

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - الجزائر

كلية الحقوق والعلوم السياسية



الآليات القانونية لضمان حسن تنفيذ الصفقات العمومية في الجزائر

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق
تخصص قانون عام

تحت إشراف:

أ.د. محمد هاملي

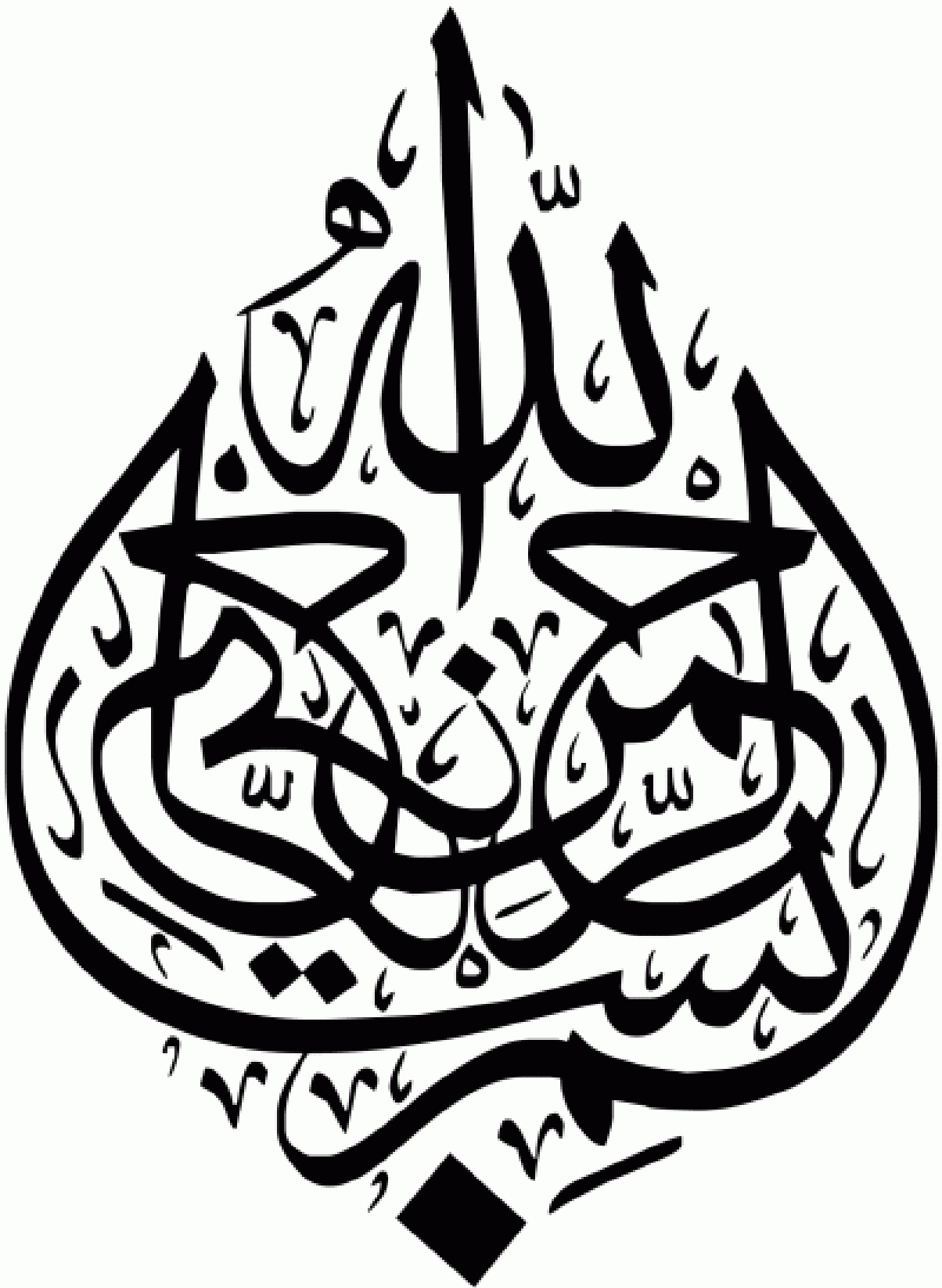
من إعداد الطالب:

عبد الحفيظ مانع

لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ	أ.د. بن طيفور نصر الدين
مشرفا ومقررا	المركز الجامعي بمغنية	أستاذ	أ.د. هاملي محمد
مناقشا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ محاضر "أ"	د. جباري زين الدين
مناقشا	جامعة تلمسان	أستاذة محاضرة "أ"	د. فليح غزلان
مناقشا	المركز الجامعي بمغنية	أستاذة محاضرة "أ"	د. ميساوي حنان

السنة الجامعية: 2020-2021



شكر وتقدير وعرفان

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ قَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَصْلِحْ لِي فِي ذُرِّيَّتِي ۗ إِنِّي تُبْتُ إِلَيْكَ وَإِنِّي مِنَ الْمُسْلِمِينَ ﴾ سورة الأحقاف: الآية 15.

بداية أشكر الله عز وجل وأثني عليه بما هو أهل له، وأحمده سبحانه وتعالى على أن منّ عليّ بإتمام هذه الرسالة، وأسأل الله العليّ القدير أن ينفع بها، إنه هو السميع المجيب. وعملاً بقوله صلى الله عليه وسلم: « لا يشكر الله من لا يشكر الناس »، يشرفني أن أتقدم بخالص الشكر وعظيم التقدير والعرفان لأستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور هاملي محمد لما بذله من جهد كبير في تشجيعي وتوجيهي ومساعدتي من أجل إنجاز هذه الرسالة حتى ظهرت في حلتها النهائية.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى جميع أعضاء لجنة المناقشة، السيد العميد الأستاذ الدكتور بن طيفور نصر الدين؛ والدكتورة فليج غزلان؛ والدكتورة ميساوي حنان؛ والدكتور جباري زين الدين؛ على قبولهم المشاركة في عضوية هذه اللجنة وتكبدهم عناء قراءة وتقييم هذه الرسالة والمساهمة في إثرائها، فلهم مني كل التقدير والإحترام، جزاهم الله عني خير الجزاء.

وشكري موصول إلى جميع أساتذة وعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة تلمسان، كما أتوجه بالشكر والتقدير إلى كل من ساهم برأيه وتوجيهه ودعمه لي في إتمام هذه الرسالة.

إهداء

الحمد لله الذي وفقني ونور قلبي بالعلم والمعرفة، فيارب لك الحمد والشكر كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك، وصلى الله على خير الأنام نبينا محمد عليه أفضل الصلاة والسلام.

أما بعد

فإلى من نزلت في حقهما الآيتين الكريمتين بعد بسم الله الرحمن الرحيم: ﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَهْزُهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا (23) ﴾ (الإسراء 23-24)

إلى روح والديّ الكريمين تغمدهما الله برحمته وأسكنهما فسيح جناته؛
إلى زوجتي أسمى رموز الإخلاص والوفاء ورفيقة الدرب؛

إلى ابنتي فلذات كبدي سارة وياسمين؛

إلى إخوتي سندي وعضدي ومشاطري أفراحي وأحزاني؛

إلى جميع الأهل والأصدقاء وكل من ساعدني من قريب أو من بعيد؛

أهدي إليكم جميعاً هذا العمل المتواضع

عبد الحفيظ مانع

قائمة بأهم المختصرات

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

1- باللغة العربية:

ج	جزء
س	سنة
ط	طبعة
ع	عدد
س	سنة
ص	صفحة
ط	طبعة
ج.ر	الجريدة الرسمية
د.ج	دينار جزائري
د.د.ن	دون دار نشر
د.م.ج	ديوان المطبوعات الجامعية
ق	قضائية

2- En français :

E.D.	Edition
Ibid	même ouvrage précédent
op. cit.	Ouvrage précité
p.	Page
T.	Tome
Art	Article
C.A.A.	Cour Administrative d'Appel
C.C.A.G.	Cahier des Clauses Administratives Générales
C.E.	Conseil d'Etat
C/	contre
I.D.P.D.	Institut du Droit de la Paix et du Developpement
J.O.R.F.	Journal Officiel de la Republique Française
L.G.D.J.	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
S.A.R.L.	société à responsabilité limitée
Sté	Société
T.A.	Tribunal Administratif

مقدمة:

تعتبر الصفقات العمومية من بين أهم الوسائل القانونية التي تمتلكها الدولة في سبيل تنفيذ البرامج والمشاريع العمومية تحقيقا للمصلحة العامة، وهي تستهلك نسبة جد معتبرة من الأموال العمومية. ولحماية هذه الأخيرة من التبديد كان يتعين وضع قواعد قانونية دقيقة ومحكمة لتنظيم إسناد الصفقات وتنفيذها، لا سيما إذا علمنا أنها تلعب دورا أساسيا في تسيير المرافق العامة، ما يقتضي بالضرورة خضوعها للمبادئ والقواعد التي تحكم سير المرافق العامة، وعلى رأسها مبدأ ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

وقد أولى المشرع اللاتحي الجزائري اهتماما بالغاً لموضوع الصفقات العمومية، وهو ما يتجلى من خلال الأوامر والمراسيم المتتالية المنظمة للصفقات العمومية، والتي كان آخرها المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام¹. حيث عرّفت المادة الثانية من المرسوم أعلاه الصفقات العمومية بأنها: "عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات". ومن ثم فإن الصفقة العمومية هي نوع من أنواع العقود الإدارية مع بعض الخصوصيات، وبالتالي تنطبق عليها الأوصاف العامة للعقد الإداري الذي يعرّف إجمالاً بأنه "ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام، بقصد تسيير مرفق عام، وتظهر فيه نيته في الأخذ بأحكام القانون العام، ويتجلى ذلك إما بتضمينه شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص، أو بالسماح للمتعاقد مع الإدارة بالاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام"². غير أن الصفقات تتسم ببعض الخصائص والصفات تجعلها متميزة عن باقي أنواع العقود الإدارية، ومن أجل تحديد مفهومها بشكل دقيق اعتمد المشرع اللاتحي الجزائري على أربعة معايير مجتمعة معاً، تتمثل على التوالي في المعيار العضوي والمعياري الشكلي والمعياري المالي والمعياري المادي.

فطبقاً للمعيار العضوي فإنه لا تعتبر صفقات عمومية سوى تلك العقود المبرمة من طرف الدولة أو الجماعات الإقليمية (البلدية والولاية) أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو

1- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436 الموافق 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري، ج.ر عدد 50 صادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.
2- سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري -دراسة مقارنة-، دار الفكر العربي، مصر، 2007، ص.942.

المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية مموله كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية¹. ووفقاً للمرسوم الرئاسي رقم 15-247 أعلاه فإنه لا تعتبر صفقات عمومية العقود المبرمة من طرف الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فيما بينها، وكذا العقود المبرمة مع المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تمارس نشاطاً لا يكون خاضعاً للمنافسة، وكذا العقود المتعلقة بالإشراف المنتدب على المشاريع، وكذا العقود المتعلقة باقتناء أو تأجير أراضٍ أو عقارات، وكذا العقود المبرمة مع بنك الجزائر، والعقود المبرمة بموجب إجراءات المنظمات والهيئات الدولية أو بموجب الاتفاقات الدولية عندما يكون ذلك مطلوباً، والعقود المتعلقة بخدمات الصلح والتحكيم، والعقود المبرمة مع محامين بالنسبة لخدمات المساعدة والتمثيل، وأخيراً العقود المبرمة مع هيئة مركزية للشراء خاضعة لأحكام تنظيم الصفقات العمومية وتتصرف لحساب المصالح المتعاقد². كما أن العقود المبرمة من طرف المؤسسات العمومية الاقتصادية لا تخضع لأحكام تنظيم الصفقات العمومية حتى ولو كانت بتمويل كلي أو جزئي بمساهمة مؤقتة أو نهائية من ميزانية الدولة أو الجماعات الإقليمية³.

أما المعيار الشكلي فيتمثل في الطابع الكتابي للصفقة العمومية والذي يقتضي ضرورة إفراغها في قالب شكلي معين. ويتضمن هذا القالب ضرورة تحرير دفتر الشروط طبقاً لما تنص عليه المادة 26 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والذي يتكون من ثلاثة أقسام، يتمثل الأول في دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على جميع أنواع الصفقات العمومية، أما القسم الثاني فيتمثل في دفتر التعليمات المشتركة التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل نوع من أنواع الصفقات العمومية على حدى، أما القسم الثالث فيتمثل في دفتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة عمومية. وإضافة إلى دفتر الشروط يجب تضمين الصفقة العمومية لبيانات خاصة وفقاً لما تنص عليه المادة 95 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. كما يتجلى الطابع الشكلي للصفقة العمومية في الملاحق التي يمكن للمصلحة المتعاقدة إبرامها،

1- أنظر المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

2- أنظر المادة 7 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

3- أنظر المادة 9 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

على أن يتم ذلك وفقا لما تنص عليه المواد من 135 إلى 139 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

ووفقا للمعيار المادي الذي يحدد مفهوم الصفقة العمومية بالنظر إلى موضوع الخدمة التي يقدمها المتعامل المتعاقد مع الإدارة، ووفقا لهذا المعيار تنقسم الصفقات العمومية إلى أربعة أنواع، الصفقات العمومية للأشغال والصفقات العمومية للوزام والصفقات العمومية للدراسات والصفقات العمومية للخدمات¹.

أما وفقا للمعيار المالي فينبغي أن يكون هذا العقد محل نفقات عمومية أو بعبارة أخرى بمقابل²، وأن يتجاوز الأسقف المالية المحددة في المادة 13 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

وقد لاحظنا أنه بالرغم من الاهتمام الكبير بعملية إبرام الصفقات العمومية، إلا أن تنفيذها لازال يعاني العديد من الإشكالات، والتي قد تتمثل إما في عدم احترام المتعامل المتعاقد للمواصفات الفنية والتقنية المحددة في دفتر الشروط، أو التأخر في عملية التنفيذ، الأمر الذي دفع بالمشروع اللائحي الجزائري إلى البحث عن آليات لمواجهة هذه الإشكالات.

في هذا السياق، تم تحديد إشكالية هذه الدراسة كآليتي: فيما تتمثل الآليات القانونية التي جاء بها المرسوم الرئاسي الجزائري رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام من أجل ضمان حسن تنفيذ الصفقات العمومية؟ وما مدى فعاليتها في تحقيق التنفيذ الأمثل للصفقات. وبالتالي ضمان أفضل أداء للمرفق العام؟

ومن أجل الإجابة على هذه الإشكالية، فإن طبيعة هذه الدراسة تفرض علينا اتباع مجموعة من المناهج العلمية، يتمثل المنهج الأول في المنهج الوصفي الذي يساعدنا كثيرا في التعريف بمختلف الآليات القانونية التي تيسر للمصلحة المتعاقدة تخطي الصعوبات والظروف التي قد تعرقل الاستمرار في تنفيذ الصفقة العمومية، وهذا من خلال التطرق للأسس التي تقوم عليها وشروط ممارستها والآثار المترتبة عنها. أما المنهج الثاني فيتمثل في المنهج التاريخي الذي يسمح لنا بالاطلاع على كيفية معالجة المشروع اللائحي الجزائري للنظام القانوني لهذه الآليات في التنظيمات التي سبقت المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والاستفادة من إيجابياتها وتفادي النقائص التي عيبت عليها، كما اعتمدت الدراسة على

1- أنظر المادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.
2- أنظر المادة 6 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

المنهج التحليلي لأجل استقراء وتحليل النصوص القانونية المنظمة لهذه الآليات من أجل كشف النقائص التي تعترضها وتوضيح التناقضات التي تضمنتها، وأيضاً من أجل تحليل الآراء الفقهية والقرارات والأحكام القضائية ذات الصلة، وأخيراً تمت الاستعانة بالمنهج المقارن لأجل مقارنة النصوص القانونية الجزائرية المنظمة لهذه الآليات مع النصوص القانونية لبعض الدول، وتم الاختصار في هذا الصدد على القانونين الفرنسي والمصري.

ويكتسي موضوع هذه الدراسة بعداً دولياً جدياً هاماً، لاسيما إذا علمنا أن هناك العديد من المشاريع التي لا يمكن تنفيذها إلا بواسطة متعاملين أجنبياً، نظراً لمحدودية القدرات التقنية والمالية للمتعاملين المحليين، حيث تجدد المصالح المتعاقدة نفسها مضطراً إلى التعاقد مع هؤلاء الأجنبياً، وهو ما سمح به المشرع اللائحي الجزائري من خلال ما أورده المادة 38 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والتي تنص بأنه: "يمكن المصلحة المتعاقدة من أجل تحقيق أهدافها، أن تلجأ بغية تنفيذ خدماتها إلى إبرام صفقات تعقد مع المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري و/أو المؤسسات الأجنبية، طبقاً لأحكام هذا المرسوم"، مع الإشارة هنا إلى أنه غالباً ما تلجأ هذه المؤسسات إلى اشتراط التحكيم الدولي كوسيلة قانونية ودية لحل المنازعات التي قد تنشأ أثناء تنفيذ الصفقة العمومية.

وتتحلى أهمية هذه الدراسة في إبراز الآليات القانونية التي تكفل للمصالح المتعاقدة تنفيذ الصفقات العمومية على أحسن وجه، وبالتالي ضمان إنجاز المشاريع الاستثمارية وفقاً للبرنامج المسطر وبأقل تكلفة، ما ينعكس إيجاباً على الخزينة العمومية وعلى أداء المرافق العامة ودورها المنوط بها. لأنه قد تفرز لنا عملية إبرام الصفقة العمومية عن اختيار متعامل اقتصادي يتمتع بكفاءات فنية وتقنية عالية وبسعر جد معقول، ولكن عند الانتقال إلى مرحلة التنفيذ تجد المصلحة المتعاقدة نفسها في مواجهة مجموعة من المشاكل والعراقيل، الأمر الذي يجعلها شبه عاجزة عن تحقيق الهدف الذي كانت تصبوا إليه من وراء إبرام الصفقة العمومية، وهنا تتدخل الآليات محل الدراسة لحلحلة هذه الصعوبات وتسهيل الطريق أمام الاستمرار في عملية التنفيذ بكل سلاسة.

وترجع دوافع اختيار هذا الموضوع إلى أسباب موضوعية وأخرى شخصية. فأما عن الأسباب الموضوعية فتتمثل أساساً في أهمية هذا الموضوع وخطورته في نفس الوقت، فهو مهم كونه يتضمن العديد من المسائل التقنية التي يجب إمطاة اللثام عنها حتى يسهل على المصلحة المتعاقدة تسيير

عملية تنفيذ الصفقة العمومية بشكل جيد، وهو خطير على أساس أن عدم التحكم فيه سيؤدي إلى نتائج جد كارثية على المرفق العام وعلى المصلحة العامة وعلى المال العام. أما فيما يتعلق بالأسباب الشخصية فتتمثل في اهتمامي بمجال الصفقات العمومية لما له من علاقة وتيطه بعملية الإداري كوني مكلف برئاسة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض على مستوى المؤسسة التي أعمل بها. وتهدف هذه الدراسة بصورة جوهرية إلى تسليط الضوء على الآليات القانونية التي تساعد المصالح المتعاقدة في ضمان حسن تنفيذ صفقاتها العمومية وكيفية تفعيلها. كما تهدف إلى التطرق لمدى فاعلية هذه الآليات وكفايتها لمواجهة وتخطي الصعوبات والعراقيل التي قد تواجهها عملية تنفيذ الصفقة العمومية. وذلك كله من وجهة نظر المشرع اللاتحي الجزائري. وعلاوة على ذلك تهدف هذه الدراسة إلى تقديم بعض الاقتراحات والحلول للإشكالات المسجلة بعد الاستئناس ببعض الحلول التي جاءت بها التشريعات المقارنة.

وجدير بالتنويه أن هناك مجموعة من الدراسات السابقة تناولت بعض جوانب هذا الموضوع، ولكن الملاحظ عليها أنها لم تتطرق إليه بشكل مباشر ودقيق، وإنما تعرض بعضها لدراسة جزء منه والبعض الآخر تطرق إليه بشكل عام، كما يلاحظ على هذه الدراسات أن جلها تمت قبل صدور المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مما يتوجب معه إنجاز دراسة جديدة تعني بتحيين المعلومات المتعلقة بهذا الموضوع وفقا لمقتضيات هذا المرسوم. ومن ضمن الدراسات السابقة التي استوقفتنا رسالة دكتوراه موسومة بعنوان "سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري"¹، و قد تطرقت هذه الدراسة لسلطة الإدارة في توقيع جزاءات عقابية على المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ العقد الإداري، وهي آلية من بين الآليات القانونية المخولة للمصلحة المتعاقدة لضمان حسن تنفيذ الصفقة العمومية. في حين تتمثل الدراسة الثانية في رسالة دكتوراه بعنوان "آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري"²، وقد تعرضت هذه الدراسة لعقد الأشغال العامة وهو نوع واحد من أنواع الصفقات العمومية. أما الدراسة الثالثة فتتمثل في رسالة دكتوراه بعنوان "النظام المالي للعقد الإداري"³، وقد تطرق فيها الباحث لدراسة المقابل المالي

1- سعيد عبد الرزاق باخبيزة، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – بن عكنون- جامعة الجزائر – يوسف بن خدة – (الجزائر)، 2008.
 2- علي بن شعبان، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة منتوري – قسنطينة – (الجزائر)، 2012.
 3- الشريف شرفي، النظام المالي للعقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان – (الجزائر)، 2014.

الذي يحصل عليه المتعامل المتعاقد مقابل تنفيذه للعقد الإداري والتعويضات المالية المستحقة له في حالة تعرضه لظروف صعبة وغير متوقعة أثناء عملية التنفيذ، وتجدد الإشارة إلى أن دراسته تتعلق بالعقد الإداري وهو أشمل وأعمّ من الصفقة العمومية. أما الدراسة الرابعة فتتمثل في رسالة دكتوراه موسومة بعنوان "الأجر في الصفقة العمومية للأشغال"¹، وقد تعرضت هذه الرسالة لدراسة آلية واحدة من بين عدة آليات قانونية تكفل ضمان حسن تنفيذ الصفقة العمومية، إضافة إلى ذلك فقد تم حصر نطاق هذه الدراسة على نوع واحد من أنواع الصفقات العمومية.

وقد اعترض إنجاز هذه الدراسة بمجموعة من الصعوبات والعراقيل، يمكن حصرها فيما يلي:

1- قلة المؤلفات الجزائرية المتخصصة والمتعمقة والمحينة في الموضوع، ما جعل من الصعوبة بمكان الاطلاع على موقف الفقه الإداري الجزائري من بعض المسائل المتعلقة بهذا الموضوع، الأمر الذي دفع إلى الاستعانة بموقف الفقه الإداري في كل من فرنسا ومصر.

2- قلة الاجتهادات المنشورة الصادرة عن القضاء الإداري الجزائري في هذا الموضوع، ما عقّد المهمة في معرفة موقفه من العديد من المسائل الرئيسية المتعلقة بالموضوع، ما دفع إلى اللجوء إلى القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر.

3- عدم صدور دفاتر الشروط الإدارية الخاصة بكل نوع من أنواع الصفقات العمومية، ما دفع إلى الاستئناس بدفاتر الشروط الإدارية الخاصة الصادرة بفرنسا.

ولكن كل ذلك لم يمنعنا من محاولة الإجابة على الإشكالية المطروحة والإحاطة بموضوع الدراسة من جميع جوانبه من خلال تقسيم خطة البحث إلى شقين رئيسيين بالنظر إلى الأطراف المتدخلة في تنفيذ الصفقات العمومية (المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها)، حيث سنتطرق في الباب الأول من هذه الرسالة إلى دراسة الآليات القانونية المخولة للمصلحة المتعاقدة من أجل ضمان حسن تنفيذ الصفقات العمومية. أما في الباب الثاني فسنعرض للضمانات الممنوحة للمتعامل المتعاقد من أجل ضمان حسن تنفيذه للصفقات العمومية.

1- ميريام أكرور، الأجر في الصفقة العمومية للأشغال، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة الجزائر 01- (الجزائر)، 2015.

الباب الأول: الآليات القانونية المخولة للمصلحة المتعاقدة لضمان حسن تنفيذ الصفقات

العمومية

تعتبر عملية تنفيذ الصفقة العمومية هدفا أساسيا ومهما بالنسبة للمصلحة المتعاقدة، لارتباطها بمبدأ ضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد، ومن ثم بات السهر على ضمان حسن تنفيذ الصفقة العمومية الشاغل الرئيسي لها، حيث يتعين عليها مراقبة المتعامل المتعاقد عند تنفيذ التزاماته التعاقدية بشكل دقيق.

ولما كان المتعامل المتعاقد غالبا ما يهدف إلى تحقيق مصالحه الشخصية ولو على حساب المصلحة العامة، كان لزاما على المصلحة المتعاقدة أن تقف له بالمرصاد، ولا يتأتى لها ذلك إلا بتوفير آليات قانونية تسمح لها بمواجهة المخالفات العقدية التي قد يرتكبها المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذه للصفقة العمومية.

ويمكن تقسيم الآليات القانونية التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة لضمان حسن تنفيذ الصفقة العمومية إلى قسمين، يتمثل القسم الأول في الآليات المخولة لها في حالة التنفيذ العادي لبنود الصفقة العمومية، وهي الحالة التي لم تتعرض فيها عملية التنفيذ لأي ظرف طارئ يستدعي تعديل بنود الصفقة العمومية أو حتى إنهاؤها إذا اقتضى الأمر ذلك، وتتمتع المصلحة المتعاقدة في نطاق هذه الحالة بمجموعة من السلطات تسمح لها بضمان السير العادي لعملية التنفيذ، من قبيل سلطة مراقبة المتعامل المتعاقد مدى تنفيذ التزاماته التعاقدية، وسلطة توقيع الجزاءات الإدارية العقدية في حالة إخلاله بهذه الالتزامات (الفصل الأول).

أما القسم الثاني من الآليات القانونية المخولة للمصلحة المتعاقدة لضمان حسن تنفيذ الصفقة العمومية فتكون في حالة تعرض عملية التنفيذ لبعض الظروف التي لم تكن متوقعة عند إعداد دفتر الشروط وإبرام الصفقة العمومية، بحيث لا يمكن للمصلحة المتعاقدة مواجهة مثل هذه الظروف إذا ما اتبعت أساليب القانون الخاص، والمتمثلة أساسا في اللجوء إلى القضاء من أجل تعديل أو فسخ الصفقة العمومية، فكان لا بد من تزويدها بآليات قانونية متميزة عن أساليب القانون الخاص لمواجهة هذه الظروف لضمان سير المرفق العام بانتظام واستمرار تحقيقا للمصلحة العامة (الفصل الثاني).

الفصل الأول: الآليات المخولة للمصلحة المتعاقدة لتنفيذ الصفقات العمومية في ظل

الحالات العادية

يقصد بتنفيذ الصفقات العمومية في ظل الحالات العادية أن لا يعترض عملية التنفيذ أي ظرف طارئ يؤدي بالمصلحة المتعاقدة إلى إعادة النظر في بنود الصفقة العمومية، بحيث تكون أمام أحد الخيارين، يتمثل الخيار الأول في تعديل بنود الصفقة العمومية إذا سقط عنها سهوا إدراج بعض الأشغال أو التوريدات أو الخدمات أو الدراسات، أو أنها قد بالغت في تقدير حجمها بحيث يتعين عليها إنقاصها، أما الخيار الثاني فيتمثل في إنهاء الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة إذا تبين لها انتفاء الجدوى من تنفيذ الصفقة العمومية، وهذا الإنهاء يختلف عن الفسخ الجزائي في كون هذا الأخير يكون بسبب المخالفات العقدية المرتكبة من طرف المتعامل المتعاقد.

ولضمان حسن تنفيذ الصفقات العمومية في ظل الحالات العادية يتعين على المتعامل المتعاقد بذل قصارى جهده في تنفيذ التزاماته التعاقدية وفقا للمواصفات الفنية والتقنية المحددة في دفتر الشروط، وخلال الآجال المحددة في بنود الصفقة العمومية، وتملك المصلحة المتعاقدة في هذا الإطار سلطة مراقبته مدى تنفيذ التزاماته التعاقدية، وليس ذلك فقط، وإنما تملك أيضا سلطة توجيهه أثناء تنفيذه لهذه الالتزامات.

فإذا ما سجلت المصلحة المتعاقدة أثناء مراقبتها للمتعامل المتعاقد في تنفيذه لالتزاماته التعاقدية أي مخالفة عقدية، سواء تمثلت هذه المخالفة في عدم امتثاله للمواصفات الفنية والتقنية المحددة في دفتر الشروط، أو في عدم احترامه لآجال التنفيذ المسطرة في بنود الصفقة العمومية، فإنه يكون من حقها - بعد إعداره وعدم استجابته لمقتضيات هذا الأخير - أن توقع عليه جزاءات إدارية عقدية من أجل رده وإجباره على تنفيذ التزاماته التعاقدية وفقا لما تنص عليه الصفقة العمومية.

ولتسليط الضوء على الآليات المخولة للمصلحة المتعاقدة لضمان حسن تنفيذ الصفقات العمومية في ظل الحالات العادية، سنعمد إلى دراسة الأحكام القانونية المرتبطة بآلية مراقبة المتعامل المتعاقد لتنفيذ التزاماته التعاقدية في المبحث الأول، على أن نتطرق في المبحث الثاني لدراسة النظام القانوني لسلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات الإدارية العقدية على المتعامل المتعاقد في حالة ارتكابه لمخالفات عقدية.

المبحث الأول: مراقبة المتعامل المتعاقد مع الإدارة لتنفيذ التزاماته العقدية

تعتبر آلية مراقبة المتعامل المتعاقد لتنفيذ التزاماته العقدية المنصوص عليها في دفتر الشروط من أهم الآليات القانونية المخولة للمصلحة المتعاقدة في سبيل ضمان حسن تنفيذ الصفقة العمومية، فبفضل هذه الآلية بإمكان المصلحة المتعاقدة التأكد من مدى تقدم المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته، كما تسمح لها هذه الآلية بالتحقق من أن عملية التنفيذ تتم بصفة شخصية من طرف المتعامل المتعاقد كما هو متفق عليه، أو أنه تعاقد بشأها بصفة كلية أو جزئية مع الغير بدون إذن وموافقة المصلحة المتعاقدة.

كما تعتبر آلية مراقبة المتعامل المتعاقد لتنفيذ التزاماته وسيلة وقائية جد مهمة في يد المصلحة المتعاقدة لتدارك العيوب والنقائص التي قد تنتج عن التقصير والإهمال في عملية التنفيذ، فبواسطتها يمكن إلزام المتعامل المتعاقد بإصلاح جميع العيوب المسجلة مباشرة عقب معاينتها دون انتظار الإنتهاء الكلي من عملية التنفيذ، كما يمكن من خلال هذه الآلية توجيه المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية على النحو الذي تراه المصلحة المتعاقدة مناسباً لضمان حسن تنفيذ الصفقة العمومية.

ويحق للمصلحة المتعاقدة ممارسة آلية مراقبة المتعامل المتعاقد لتنفيذ التزاماته العقدية دون الحاجة إلى النص عليها في القوانين أو التنظيمات أو دفاتر الشروط الخاصة بالصفقات العمومية، فهذه الآلية مسلّم بها للمصلحة المتعاقدة في إطار العقود الإدارية مثلها مثل المتعاقدين في مجال عقود القانون الخاص، ولا يوجد اختلاف بينهما إلا فيما يتعلق بسلطة توجيه المتعامل المتعاقد أثناء عملية التنفيذ، والتي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة على خلاف المتعاقدين في مجال عقود القانون الخاص.

وللتطرق أكثر لآلية مراقبة المتعامل المتعاقد لتنفيذ التزاماته العقدية من طرف المصلحة المتعاقدة، سنتعرض أولاً لمختلف هذه الإلتزامات المترتبة عن إبرام الصفقة العمومية، والتي يتوجب على المتعامل المتعاقد الوفاء بها، ومن ثم نتطرق بشكل دقيق لمختلف المواضيع المتعلقة بآلية مراقبة المتعامل المتعاقد.

المطلب الأول: نطاق الإلتزامات العقدية للمتعاقل مع الإدارة

قبل التعرض لآلية مراقبة المتعاقل المتعاقل لتنفيذ التزاماته العقدية من طرف المصلحة المتعاقدة، لا بد علينا أولاً أن نتعرف على مختلف الإلتزامات العقدية المترتبة عن إبرام الصفقة العمومية، فهي التي تشكل الموضوع الذي تنصب عليه عملية المراقبة، فمن دون معرفة ماهية هذه الإلتزامات ونطاقها لا يمكن للمصلحة المتعاقدة ممارسة آلية الرقابة عليها بشكل سليم وقانوني.

وعلى العموم فإنه يمكن تقسيم مختلف الإلتزامات العقدية المترتبة عن إبرام الصفقات العمومية إلى فرعين، يتعلق الفرع الأول بوجوب تنفيذ المتعاقل المتعاقل لبنود الصفقة العمومية المنصوص عليها في دفتر الشروط، أما الفرع الثاني فيتعلق بالإلزامية المتعاقل المتعاقل بتنفيذ التزاماته العقدية بصفة شخصية، على أن يطرح إشكال في هذا الصدد يتعلق بحالة وفاة المتعاقل المتعاقل أو إفلاسه أو تعرضه للتسوية القضائية أثناء تنفيذه لموضوع الصفقة العمومية.

الفرع الأول: تنفيذ بنود الصفقة العمومية

يقع على عاتق المتعاقل المتعاقل تنفيذ جميع بنود الصفقة العمومية المنصوص عليها في دفتر الشروط، ويلتزم على الخصوص بالإستمرار في عملية التنفيذ مهما حصل له من طارئ، فليس له الحق في وقف تنفيذ التزاماته العقدية لأي سبب كان، سواء تعلق هذا السبب بالمصلحة المتعاقدة نفسها، كأن تكون قد ساهمت بشكل أو بآخر في عرقلة عملية التنفيذ، أو تعلق هذا السبب بحادث أجنبي غير متوقع ولا دخل له فيه، ويكتفي هنا بالمطالبة بالتعويض إذا كان له محل أو فسخ الصفقة العمومية.

كما يلتزم المتعاقل المتعاقل من جهة أخرى بضرورة التقيد بالمواعيد المنصوص عليها في دفتر الشروط لتنفيذ التزاماته العقدية، وإلا تعرض لعقوبات توقعها عليه المصلحة المتعاقدة، إلا إذا أثبت أن سبب التأخر في عملية التنفيذ راجع إما لتدخل المصلحة المتعاقدة أو لسبب أجنبي لا يد له فيه. ويبقى أن نشير إلى أنه في بعض الحالات يستحيل على المتعاقل المتعاقل تنفيذ التزاماته العقدية سواء بصفة كلية أو جزئية، وذلك إما لأسباب تتعلق بالقوة القاهرة، أو تكون هذه الإستحالة راجعة لخطأ المصلحة المتعاقدة.

أولاً: الإستمرار في تنفيذ الصفقة العمومية

نظراً لتعلق موضوع الصفقات العمومية بتلبية حاجيات المرافق العامة، فإنه من الضروري الإستمرار في تنفيذه وعدم التوقف عن ذلك مهما حصل من طارئ، وذلك نظراً للأخطار التي تترتب عن مثل هذا التوقف، والتي قد تلحق ضرراً بالمصلحة العامة¹.

فالقانون الإداري لا يسمح إطلاقاً بإمكانية الرفض أو الإمتناع عن التنفيذ من طرف المتعامل المتعاقد بإرادته المنفردة كما هو الحال في عقود القانون الخاص، فليس أمامه - في حالة إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها - سوى الإلتجاء إلى القضاء الإداري للمطالبة بحقوقه دون التوقف عن التنفيذ².

وقد أكد الفقه الإداري الفرنسي أيضاً أن المبدأ السائد في مجال العقود الإدارية هو عدم السماح للمتعامل المتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد الإداري في مواجهة الإدارة³.

وعلى ضوء عدم علمنا بقرارات قضائية ذات صلة صدرت عن مجلس الدولة الجزائري، نستأنس هنا بموقف مجلس الدولة الفرنسي حيث قضى في قرار صادر له بتاريخ 07 جانفي 1976 فصلاً في قضية "Ville d'Amiens" بأنه لا يحق للمتعاقد رفض تنفيذ التزاماته العقدية بحجة عدم تنفيذ الإدارة لالتزاماتها المقابلة، فالدفع بعدم التنفيذ المعترف به في عقود القانون الخاص لا يمكن إعماله في إطار العقود الإدارية⁴.

1- محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012، ص.605.
2- محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام 2004، الكتاب الثاني - تنفيذ العقد الإداري -، دار (أبو المجد) للطباعة بالهرم، مصر، 2003، ص.14.

3-Laurent Richer, Droit Des Contrats Administratifs, 9^{ème} E.D., L.G.D.J., Paris, 2014, p.244.

4- « Par la convention portant concession de l'exploitation de places de stationnement sur la voie publique, une commune s'était engagée à transmettre au procureur de la République, aux fins de poursuites, les procès-verbaux constatant les infractions aux arrêtés municipaux réglementant le stationnement. Ne justifiant pas avoir éprouvé des difficultés auprès du Préfet pour obtenir communication de l'identité des automobilistes en infraction, la commune a méconnu ses obligations contractuelles en ne donnant aucune suite aux procès-verbaux. Toutefois, le manquement de la collectivité à ses engagements ne dispensait pas le concessionnaire d'exécuter ses propres obligations et, en particulier, d'entretenir les compteurs de stationnement et les changeurs de monnaie, ainsi que d'implanter les panneaux de signalisation nécessaires ». C.E., Arrêt du 07 janvier 1976 (Ville d'Amiens), n° 92888, www.légifrance.gouv.fr, vu le : 04 mai 2018.

وعلى خلاف المبدأ السابق قضى مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر له بتاريخ 27 مارس 1957 فصلا في قضية "Carsalade" بأنه يحق للإدارة في حالة عدم وفاء المتعاقد معها بالتزاماته كلها أو بعضها الدفع بعدم التنفيذ من أجل التحلل من التزاماتها اتجاهه¹.

ويرجع ذلك كله إلى أن مصلحة المرفق العام تتعارض كلية مع قيام المتعامل المتعاقد بوقف تنفيذ التزاماته من تلقاء نفسه، فالمصلحة المتعاقدة وحدها الأدرى بالاحتياجات الخاصة بالعمل أثناء التنفيذ، ولذلك فإن لها كامل الحرية في وقف الأشغال أو تأجيل تنفيذها².

وفي مصر قررت المحكمة الإدارية العليا في حكم صادر لها بتاريخ 28 جانفي 1978 أنه وكأصل عام فإن فسخ العقد الإداري لا يكون إلا من طرف المصلحة المتعاقدة ضمنا لحسن سير المرافق العامة، وليس للمتعاقد معها إلا حق المطالبة بالتعويض إن كان له محل، كما قررت أيضا أن الدفع بعدم التنفيذ كأصل عام أيضا لا يكون مقبولا في مجال العقود الإدارية لما تتميز به من خصائص ولا تصالها بالمرافق العامة والمصلحة العامة، ومن ثم فلا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يوقف تنفيذ العقد الإداري لأي سبب كان، حتى ولو كان الخطأ أو التقصير من جانب الإدارة في تنفيذ التزام من التزاماتها التعاقدية³.

غير أن المحكمة الإدارية العليا في مصر خففت من إلزامية مبدأ عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ من طرف المتعاقد مع الإدارة، حيث سمحت بجواز خروج طرفي العقد الإداري عن هذا المبدأ عند التعاقد، والنص في بنود العقد الإداري بالسماح للمتعاقد مع الإدارة بالتمسك بهذا الدفع⁴.

كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر في أحكام حديثة لها إلى التخفيف أكثر من حدة مبدأ عدم جواز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ من طرف المتعاقد مع الإدارة، حيث قضت في حكم صادر لها بتاريخ 24 أوت 1993 بأن تقاعس الإدارة عن تنفيذ التزام جوهري في العقد، بعدم سداد مستحقات المتعاقد معها بدون مبرر، والتي بلغت حدا يجعل المتعاقد في موقف يصعب معه الإستمرار في التنفيذ، فإن هذا التوقف عن التنفيذ يرجع إلى خطأ الإدارة الذي يعتبر السبب الرئيسي في توقف الأعمال وتأخرها، ومن ثم فإن هذا التوقف عن التنفيذ لا يصلح سببا لسحب الأعمال من المقاول⁵.

1- C.E., Arrêt du 27 mars 1957 (Carsalade). Voir : Laurent Richer, op. cité, p.244.

2- Laurent Richer, op. cit., 2014, p.244.

3- عماد مجدي عبد الملك، العقود الإدارية وأحكامها، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2011، ص.94.

4- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 76، س11 ق، جلسة 1976/12/18. أشار إليه: حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي - المبادئ والأسس العامة -، منشأة المعارف، مصر، 1998، ص.386.

5- نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية - دراسة مقارنة -، منشورات زين الحقوقية، ط 1، لبنان، 2010، ص.43.

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر على هذا التوجه في حكم صادر لها بتاريخ 06 ماي 1997، حيث قضت بأنه: "... وإن كان الأصل في تنفيذ العقود الإدارية أنه لا يجوز للمقاول الامتناع عن الوفاء بالتزاماته اتجاه المرفق العام بحجة إخلال الإدارة بأحد التزاماتها، والمتمثلة في عدم استكمال الإجراءات الإدارية، بحيث يتوجب عليه أولا الاستمرار في التنفيذ ثم المطالبة بعد ذلك بالتعويض، إلا أنه لا يجب إعمال هذا الأصل على إطلاقه إلا في الحالات التي يكون فيها المقاول في موقف يسمح له بتجاوز هذه الإجراءات الإدارية دون أن يلحقه ضرر جسيم، وهذه الأمور تختلف اختلافا جوهريا عما إذا كان إخلال الإدارة يتعلق بالتزام رئيسي في العقد يستحيل معه الاستمرار في تنفيذ العقد، وهذا الإخلال يتمثل أساسا في توقف الإدارة عن سداد مستحقات المقاول عن الأعمال التي قام بتنفيذها دون مبرر، خاصة إذا كانت هذه المبالغ كبيرة إلى حد تعرقل فيه استمراره في تنفيذ العقد"¹.

ومن خلال ما سبق يرى بعض الفقه أنه من الضروري التخفيف من حدة مبدأ عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ أو عدم إعماله من الأصل إذا كان الدفع بعدم التنفيذ لا يهدد سير المرفق العام، لا سيما إذا تعلق الأمر بإخلال جسيم من طرف المصلحة المتعاقدة بأحد التزاماتها التعاقدية الرئيسية، ومعيار جسامة هذا الإخلال يظهر من خلال عرقلته للمتعاقد مع الإدارة في الاستمرار في التنفيذ وعدم إمكانية دفع هذا العائق من طرفه إلا بتحمل ضرر كبير².

وترجع ضرورة التخفيف من حدة مبدأ عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ إلى أن الإدارة المتعاقدة هي المسؤولة عن حسن إدارة المرفق العام، ويترتب على ذلك أنه يقع على عاتقها توفير كل ما من شأنه كفالة حسن تنفيذ العقد الإداري، كما أن من شأن التخفيف من مدى هذا المبدأ الضغط على المصلحة المتعاقدة من أجل تنفيذ التزاماتها التعاقدية³.

ثانيا: الالتزام بالتنفيذ خلال المدة المحددة في الصفقة العمومية

نظرا لأهمية مدة التنفيذ وارتباطها ارتباطا وثيقا بسير المرافق العامة وتحقيق المصلحة العامة التي تستهدفها المصلحة المتعاقدة من وراء إبرامها للصفقة العمومية، فإن المشرع اللاتحي الجزائري حرص على أفراد نصوص كفيلة باحترام هذه المدة التي نص عليها في دفتر الشروط الخاص بالصفقة

1- حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر ، جلسة 1997/05/06. أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع نفسه، ص.44.

2- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة -، دار الفكر العربي، مصر، 2005، ص.549.

3- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.44.

العمومية، وهي النصوص القانونية التي تضمنت الجزاءات الإدارية التي توقع على المتعامل المتعاقد مع الإدارة عند عدم احترامه لمدة التنفيذ، حيث تنص المادة 147 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في فقرتها الأولى على أنه: "يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الإلتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإحلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به".

ويعتبر إلتزام المتعامل المتعاقد بمدة التنفيذ المحددة في دفتر الشروط إلتزاما جوهريا في الصفقة العمومية، على اعتبار أن تحديد هذه المدة من طرف المصلحة المتعاقدة يفترض استعجالها بضرورة هذا التنفيذ دون تباطؤ، وهذا من أجل ضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد¹.

ويرجع الأساس القانوني للإلتزام باحترام مدة التنفيذ من طرف المتعامل المتعاقد مع الإدارة إلى مقتضيات الصالح العام، لأنه من جهة يرتبط ارتباطا وثيقا بالمال العام، بحيث يؤدي كل تأخير في تنفيذ موضوع الصفقة العمومية إلى الرفع من تكاليف التنفيذ التي تتحملها الخزينة العمومية، ومن جهة أخرى فإن التأخر في عملية التنفيذ يؤثر بشكل سلبي على سير المرافق العامة بانتظام واضطراد².

وتجدر الإشارة إلى أن مدة التنفيذ قد تكون إجمالية وعامة تشمل جميع حصص موضوع الصفقة العمومية، وقد تكون عبارة عن مدد مجزأة وفق طبيعة ونوع كل حصة من حصص موضوع الصفقة العمومية، بحيث يتم محاسبة المتعامل المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ كل جزء في المدة المحددة له على حدى، ومن أجل ضمان حسن التنفيذ يفضل الأخذ بنظام مدد التنفيذ المجزأة إضافة إلى مدة التنفيذ العامة³.

وكأصل عام فإن مدة التنفيذ في العقود الإدارية يتم التوافق عليها برضا طرفي العقد⁴، وفي حالة عدم تحديدها في دفتر الشروط المتعلق بالعقد الإداري فإن مجلس الدولة الفرنسي قد قضى في قرار صادر له بتاريخ 7 فيفري 1951 فضلا في قضية " Ville de Paris " بأنه يجب أن تكون هناك مدة

1- أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة - كلية الحقوق - (مصر)، 1973، ص.227.

2- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.255.

3- Jean DUFAU, Droit des travaux publics, Presse Universitaire de France, Paris, 1998, p.236.

4- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.48.

طبيعية متعارف عليها، والتي تحدد حسب ظروف وقدرات المتعامل المتعاقد وتكون متناسبة مع مدة التنفيذ المعهودة في العقود المشابهة لها¹.

وقد وضع المشرع اللائحي الجزائري حلا لهذا الإشكال في المادة 95 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بنصه على البيانات التي يجب أن تتضمنها الصفقة العمومية، والتي من بينها تحديد أجل تنفيذ الصفقة العمومية.

أما بالنسبة لطريقة تحديد مدة التنفيذ في الصفقات العمومية وفق القانون الجزائري فتكون بسحب دفتر الشروط للصفقة العمومية المعنية من طرف الأشخاص الراغبين في التعامل مع المصلحة المتعاقدة، ويقوم كل واحد منهم بتقديم عرضه التقني والمالي، والذي يتضمن الأجل المقترح من طرفه لتنفيذ موضوع الصفقة العمومية، ثم تقوم المصلحة المتعاقدة بتحليل وتقييم جميع هذه العروض، وفي الأخير تقوم باختيار أفضل العروض المناسبة لها وفقا لمعايير تقنية ومالية، وبهذه الطريقة يتحدد أجل التنفيذ.

ويلاحظ على هذه الطريقة المعتمدة في تحديد مدة التنفيذ أنها تقوم على مبدأ التراضي بين طرفي الصفقة العمومية، بحيث يقترح المترشحون في العروض التي يتقدمون بها آجالا مختلفة للتنفيذ، وتقوم المصلحة المتعاقدة باختيار أجل التنفيذ الذي يناسبها من أجل تحقيق أهدافها، بحيث يدخل الأجل ضمن معايير التقييم .

والأصل أن الصفقة العمومية هي التي تحدد تاريخ بداية سريان مدة التنفيذ، ولكن في حالة عدم تضمينه ذلك فإن مدة التنفيذ يبدأ احتسابها إعتبارا من تاريخ صدور قرار المصلحة المتعاقدة بالبدء في تنفيذ موضوع الصفقة العمومية، والموجه للمتعامل المتعاقد معها في شكل أمر مصلحي، وفي حال تأخر المصلحة المتعاقدة عن إصدار هذا الأمر فإنها تتحمل وحدها مسؤولية ما قد يلحق المتعامل المتعاقد معها من أضرار مادية ناتجة عن قلب إقتصاديات العقد، كما أن هذا التأخر يعطي الحق للمتعامل المتعاقد في طلب فسخ الصفقة العمومية والمطالبة بالتعويض إن كان له محل².

غير أنه إذا كان الأصل في بدء سريان مدة التنفيذ يتعلق بتحريك المصلحة المتعاقدة، إما في شكل تصرف قانوني عن طريق إصدار أمر مصلحي يتضمن الشروع في عملية التنفيذ، أو عن طريق

1- C.E., Arrêt du 7 Fev 1951 (ville de paris), n° 77091, <https://www.doctrine.fr/d/CE/1951/U74D0DB177BAB896D4292>, vu le : 17/08/2017.

2- مليكة أسماء بن صغير، أثر عدم احترام آجال تنفيذ الصفقة، مجلة التراث، جامعة زيان عاشور -الجلفة- (الجزائر)، عدد 26، المجلد الثاني، 2017، ص.354.

عمل مادي يتمثل في تسليم موقع الأشغال أو الوثائق والتجهيزات التي يتطلبها الشروع في عملية التنفيذ، فإنه على المتعامل المتعاقد أيضا السعي لدى المصلحة المتعاقدة من أجل تمكينه من الشروع في التنفيذ.

ويجب على المصلحة المتعاقدة عند تحديدها لتاريخ البدء في سريان مدة التنفيذ، مراعاة جملة من المعطيات التي يستدعيها الشروع الفعلي في عملية التنفيذ، ومن ذلك منح المتعامل المتعاقد فرصة لإعداد إمكانياته المادية والبشرية من سلع وتجهيزات، وإنجاز الأعمال التمهيديّة التي يتطلبها الشروع في التنفيذ، وهذا حتى لا يكون أمر الشروع في التنفيذ الصادر من المصلحة المتعاقدة مجرد أمر نظري فقط¹.

وقد نص المشرع اللائحي الجزائري في الفقرة الأولى من المادة الثانية من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل على أن بدء سريان مدة التنفيذ يكون من اليوم الموالي الذي أبرمت فيه الصفقة العمومية أو نص عليه فيها لبدء سريان هذا الأجل²، كما تنص المادة 12 من هذا الدفتر في فقرتها الأولى على أنه: "يجب على المقاول مباشرة الأشغال في الآجال المحددة في أوامر المصلحة الصادرة عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري".

ويعتبر التزام المتعامل المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ موضوع الصفقة العمومية في الأجل المحدد لها في دفتر الشروط إلزاما بتحقيق نتيجة وليس التزاما ببذل عناية³، فلا يعفيه من مسؤوليته عن التأخر في عملية التنفيذ إثباته بأنه بذل عناية الرجل العادي في تنفيذ الصفقة العمومية، وإنما عليه إثبات أن سبب التأخر راجع إلى ظروف غير متوقعة ليست له علاقة بها، كأن يثبت بأن التأخر في التنفيذ راجع إلى القوة القاهرة أو إلى فعل الإدارة⁴.

وفي حالة تأخر المتعامل المتعاقد عن تنفيذ موضوع الصفقة العمومية بدون مبرر قانوني فإنه قد يتعرض لجزاء توقع عليه من طرف المصلحة المتعاقدة، وهذه الجزاءات توقع عليه دون حاجة المصلحة المتعاقدة إلى اللجوء للقضاء الإداري، لأنها تعتبر من قبيل امتيازات السلطة العامة الإستثنائية

1- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص. 261.

2- القرار المؤرخ في 16 رجب 1384 الموافق 21 نوفمبر 1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، ج.ر عدد 06 صادرة بتاريخ 19 يناير 1965.

3- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص. 262.

4- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص. 50.

المعترف لها بما في مجال العقود الإدارية، ولذا اصطلح على تسميتها بالجزاءات الإدارية العقدية، وغالبا ما تكون هذه الجزاءات منصوص عليها في دفتر شروط الصفقة العمومية، وفي حالة عدم النص عليها، فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة الرجوع على المتعامل المتعاقد معها بالتعويض عن الأضرار التي لحقتها من جراء التأخر في عملية التنفيذ وفقا لقواعد المسؤولية العقدية¹.

وتتنوع هذه الجزاءات الإدارية بحسب درجة التأخر في تنفيذ موضوع الصفقة العمومية، فقد تكون عبارة عن جزاءات مالية تتمثل في الغرامات المالية أو التعويضات المستحقة للمصلحة المتعاقدة عن الأضرار التي لحقتها من جراء هذا التأخر، وقد تكون في شكل جزاءات ضاغطة كسحب المشروع من المتعامل المتعاقد وتنفيذه على حسابه، وقد تكون على شكل جزاءات فاسخة تتمثل في فسخ الصفقة بصفة إنفرادية من طرف المصلحة المتعاقدة.

وإذا كان الأصل أن المتعامل المتعاقد مع الإدارة ملزم بالتنفيذ خلال المدة المحددة في الصفقة العمومية، فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة تمديد مدة التنفيذ أو التساهل مع المتعامل المتعاقد بعدم توقيع عليه الجزاءات الإدارية المنصوص عليها في دفتر الشروط، وذلك في حالة ما إذا كان سبب التأخر في التنفيذ يعود إلى ظروف إستثنائية خارجة عن نطاق المتعامل المتعاقد معها، والتي قد تتمثل في القوة القاهرة أو في فعل الإدارة، غير أن هذا التمديد لهذه المدة أو الإعفاء من نتائج التأخر في عملية التنفيذ من طرف المصلحة المتعاقدة يجب أن يكون في شكل قرار صريح ولا يمكن أن يفهم ضمنا من طرف المتعامل المتعاقد معها².

أما في الحالات العادية فإن تأخر المتعامل المتعاقد مع الإدارة في التنفيذ يشكل خطأ عقديا يستوجب توقيع العقوبات الإدارية عليه، ولا يجوز للمصلحة المتعاقدة في هذه الحالة التنازل عن حقها في توقيع العقوبات الإدارية عليه، لأن ذلك ينعكس سلبا على سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، ويؤدي بالنتيجة إلى الإضرار بالمصلحة العامة³.

1- مليكة أسماء بن صغير، المرجع السابق، ص.356.

2- تنص الفقرة الرابعة من المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري تنص على أنه: "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- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.52.

ثالثا: إستحالة تنفيذ الصفقة العمومية

قد تطرأ أثناء تنفيذ موضوع الصفقة العمومية أو قبل الشروع في تنفيذها ظروف غير متوقعة تجعل من هذا التنفيذ أمرا مستحيلا أو تؤثر فيه بشكل سلبي بحيث تؤدي إلى عرقلته، ففيما تتمثل هذه الظروف؟، وما هي الآثار القانونية المترتبة عنها؟

تكمن الإجابة عن هاذين التساؤلين في نص المادة 127 من القانون المدني الجزائري، حيث تنص على أنه: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك"¹.

ومن خلال المادة السابقة يتبين أن الظروف التي قد تطرأ أثناء تنفيذ الصفقة العمومية تتمثل إما في القوة القاهرة الإدارية وإما في الخطأ الصادر عن المصلحة المتعاقدة.

1- القوة القاهرة الإدارية: (La force majeure administrative)

سنتطرق لنظرية القوة القاهرة من خلال التطرق لتعريفها والتطور التاريخي الذي مرت به في الجزء الأول، ثم نتعرض في الجزء الثاني لشروط تطبيقها، وفي الجزء الثالث للآثار المترتبة عليها.

أ- تعريف نظرية القوة القاهرة الإدارية:

تعتبر القوة القاهرة من الأفكار القانونية الهامة والرئيسية، ولذا حرص كل من المشرع وصائغي العقود على النص عليها، وهذا من أجل تفادي ما يمكن أن يقع في المستقبل من عرقلة جسيمة في تنفيذ الالتزامات التعاقدية بسبب حادث فجائي قد يطرأ أثناء عملية التنفيذ، وقد تصل درجة هذه العرقلة إلى حد استحيل معه الاستمرار في عملية التنفيذ²، وفي هذا الصدد نص المشرع اللائحي الجزائري في البند السابع من الفقرة الثانية من المادة 95 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه: "ويجب أن تحتوي الصفقة العمومية، فضلا عن ذلك، على البيانات التكميلية الآتية:- كيفيات تطبيق حالات القوة القاهرة،".

1- الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
2- السيد فتوح محمد هنداي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية -دراسة مقارنة-، ط 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2016، ص.512.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن المشرع الجزائري لم يعرّف القوة القاهرة بشكل مباشر، وإنما اعتبرها كإحدى صور السبب الأجنبي الذي يؤدي إلى الإعفاء من المسؤولية، حيث تنص المادة 127 من القانون المدني على أنه: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

وقد أكد المشرع الجزائري في المادة 176 من القانون المدني على اعتبار السبب الأجنبي كسبب للإعفاء من المسؤولية عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه، حيث تنص هذه المادة على أنه: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

وقد ذهب المشرع الجزائري إلى أكثر من ذلك عندما اعتبر السبب الأجنبي كسبب لانقضاء الالتزام، حيث تنص المادة 307 من القانون المدني على أن: "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته"، وهو نفس الاتجاه الذي سلكه المشرع المصري¹.

وبهذا المعنى فإن القوة القاهرة باعتبارها إحدى صور السبب الأجنبي تؤدي إلى انفساخ العقد من تلقاء نفسه، وما لجوء المتعاقد إلى القضاء من أجل الحصول على حكم بذلك إلا من أجل تقرير الفسخ وليس من أجل إنشائه، غير أنه ثار خلاف بين الفقه والقضاء المدني في فرنسا حول هذه المسألة، حيث أيد الفقه المدني الفرنسي التوجه السابق الذي يقضي بأن الحكم بفسخ العقد إنما هو حكم كاشف وليس منشأ، في حين ذهب القضاء المدني الفرنسي إلى اعتبار القوة القاهرة سببا للمطالبة بفسخ العقد، بمعنى أن الحكم في هذه الحالة هو حكم منشأ للفسخ وليس كاشفا له².

هذا فيما يتعلق بفكرة القوة القاهرة في إطار عقود القانون الخاص، أما بالنسبة لمفهوم هذه الفكرة في نطاق العقود الإدارية فالأمر مختلف جدا نظرا لتوسع مجلس الدولة الفرنسي في معناها، ففي البداية كان المجلس يأخذ بالمعنى التقليدي والأصيل لفكرة القوة القاهرة، وحسب هذا المعنى - المستمد من القانون الخاص - فإن القوة القاهرة هي تلك الحدث الخارجي والغير متوقع الذي

1- أنظر المادة 373 من القانون رقم 131 لسنة 1948 المتضمن القانون المدني المصري بأخر تعديلاته.
2- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة -، المرجع السابق، ص. 741.

يستحيل مقاومته أو دفعه بأي حال من الأحوال، ويؤدي إلى استحالة تنفيذ موضوع العقد إما بشكل كامل أو في جزء من الالتزامات المتولدة عنه¹، كما يترتب عليها إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته العقدية، وهناك من يرى توسيع معنى القوة القاهرة ليشمل جميع صور السبب الأجنبي، ووفقاً لهذا الرأي فإن القوة القاهرة تشمل الحوادث المفاجئ وخطأ المضرور وفعل الغير².

ولكن الإشكال المطروح في هذا الصدد يتعلق بأثر القوة القاهرة على العقد الإداري، فهل تؤدي إلى فسخه أم إلى انفساخه (أي انقضائه بقوة القانون)؟ هنا أجاب مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 16 جوان 1952 فصلاً في قضية "Electricité de France" بأن القوة القاهرة - التي تمثلت في هذه القضية في حالة الحرب - قد أدت إلى هلاك موضوع العقد، وبالنتيجة إلى انفساخه³.

ولكن هل يسري الحل السابق الذي قرره مجلس الدولة الفرنسي على جميع صور القوة القاهرة التي تعتبر أقل أثراً مقارنة بحالة الحرب؟ هنا أجاب الفقيه "André De LAUBADERE" بضرورة التمييز بين الفسخ الذي يطلبه المتعاقد، وبين الفسخ الذي تطلبه الإدارة المتعاقدة، فبالنسبة للمتعاقد فإنه يتعين عليه اللجوء إلى قاضي العقد الإداري من أجل تقرير الفسخ بسبب القوة القاهرة، لأن الظروف الخاصة بالعقود الإدارية تستلزم الاستمرار في تنفيذها ضماناً لعدم توقف سير المرفق العام، ومن ثم يجب ألا يترك للمتعاقد حرية تقدير ما يعتبر من قبيل القوة القاهرة، وبالتالي حرية التحلل من التزاماته العقدية بدافع القوة القاهرة، وأما بالنسبة للإدارة المتعاقدة فإنه بإمكانها تقرير الفسخ بإرادتها المنفردة، ويسمى الفسخ في هذه الحالة فسخاً إدارياً⁴.

ويتبين من خلال ما سبق أن نظرية القوة القاهرة وفقاً للمفهوم التقليدي تختلف عن نظرية الظروف الطارئة، فبينما تؤدي القوة القاهرة إلى استحالة تنفيذ العقد استحالة مطلقة ما يخول المتعاقد الحق في طلب فسخه، فإن ظرف الطارئ وإن كان يجعل من تنفيذ العقد أمراً مرهقاً إلا أنه لا يؤدي إلى استحالته، الأمر الذي يترتب عليه حرمان المتعاقد من الحق في طلب الفسخ استناداً إلى هذا ظرف، ويبقى له حق المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به بسبب هذا ظرف الطارئ⁵.

1- Carlos Alfonso GUECHA LOPEZ, La modification du contrat administratif en droit colombien, Thèse de doctorat en droit public, Université Panthéon-Assas, France, 2015, p.256.

2- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.265.

3- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة -، المرجع السابق، ص.741.

4- السيد فتوح محمد هندواوي، المرجع السابق، ص.515.

5- مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء في اليمن -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس - (مصر)، 2006، ص.547.

وظل مجلس الدولة الفرنسي متمسكا بالمعنى السابق لفكرة القوة القاهرة إلى غاية صدور قراره الشهير في قضية " Compagnie de tramways de Cherbourg " بتاريخ 09 ديسمبر 1932، أين حول كل من طرفي العقد الإداري الحق في اللجوء إلى القضاء الإداري من أجل طلب فسخه، وهذا في حالة ما إذا صادف المتعاقد أثناء عملية التنفيذ ظرف طارئ أدى إلى الإخلال الجسيم والنهائي بالتوازن المالي للعقد، وتبين استحالة عودة هذا التوازن إلى العقد بالرغم من المساعدة المالية المستمرة المقدمة من طرف الإدارة المتعاقدة للمتعاقد معها، بل وأصبح هذا العقد غير قابل للحياة بدون هذه المساعدة المستمرة¹.

وبهذا المعنى أصبحت كل من فكريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة في نفس الحكم، ما دفع بالفقهاء إلى تسمية الفكرة الجديدة التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي عن القوة القاهرة بفكرة القوة القاهرة الإدارية " La force majeure administrative "².

وتعتبر فكرة القوة القاهرة الإدارية بمثابة تطور جديد في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، فهي تعد كتحويل مفصلي لنظرية الظروف الطارئة في حالة ما إذا بلغت الآثار المالية للظرف الطارئ الذي يواجه المتعاقد أثناء تنفيذه للعقد الإداري مبلغا يؤثر بشكل سلبي كبير على الخزينة العمومية، بسبب مساعدة الإدارة المتعاقدة المستمرة للمتعاقد معها من أجل مواصلة عملية التنفيذ، وهذا على أساس أن نظرية الظروف الطارئة تفرض على الإدارة المتعاقدة هذه المساعدة مادامت هناك إمكانية - ولو ضئيلة - في الاستمرار في عملية التنفيذ، ومن هنا تدخل المجلس لوقف هذا النزيف المالي وسمح

1- « Considérant que, au cas où des circonstances imprévisibles ont eu pour effet de bouleverser le contrat, il appartient au concédant de prendre les mesures nécessaires pour que le concessionnaire puisse assurer la marche du service public dont il a la charge, et notamment de lui fournir une aide financière pour pourvoir aux dépenses extracontractuelles afférentes à la période d'imprévision, mais que cette obligation ne peut lui incomber que si le bouleversement du contrat présente un caractère temporaire; que, au contraire, dans le cas où les conditions économiques nouvelles ont créé une situation définitive qui ne permet plus au concessionnaire d'équilibrer ses dépenses avec les ressources dont il dispose, le concédant ne saurait être tenu d'assurer aux frais des contribuables= et contrairement aux prévisions essentielles du contrat, le fonctionnement d'un service qui a cessé d'être viable; que, dans cette hypothèse, la situation nouvelle ainsi créée constitue un cas de force majeure et autorise à ce titre aussi bien le concessionnaire que le concédant, à défaut d'un accord amiable sur une orientation nouvelle à donner à l'exploitation, à demander au juge la résiliation de la concession, avec indemnité s'il y a lieu, et en tenant compte tant des stipulations du contrat que de toutes les circonstances de l'affaire ». C.E., Arrêt du 09/12/1932 (Compagnie de tramways de Cherbourg), n° 89655, www.legifrance.gouv.fr, vu le : 15/01/2017.

2- Laurent Richer, op. cit., p.250.

للإدارة المتعاقدة كما للمتعاقد بإمكانية طلب فسخ العقد على خلاف ما تقتضيه نظرية الظروف الطارئة.

ومن خلال ما سبق فإن فكرة القوة القاهرة الإدارية تفترض أن يكون الظرف الطارئ مستمرا طيلة فترة تنفيذ العقد الإداري، أما إذا كان مؤقتا فيمكن اتباع بعض الحلول لتجاوز آثاره السلبية، ومن قبيل هذه الحلول وقف عملية التنفيذ إلى حين زوال هذا الظرف، وهو ما نص عليه المشرع اللائحي الجزائري في الفقرة الخامسة من المادة 147 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بقوله: " وفي حالة القوة القاهرة تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض عقوبات مالية بسبب التأخير، ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف واستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة لذلك المصلحة المتعاقدة " .

وعلى خلاف التطور الذي عرفته فكرة القوة القاهرة في القضاء الإداري الفرنسي، فإن القضاء الإداري المصري اكتفى بالمعنى الأصلي والتقليدي لهذه الفكرة، حيث قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكمها الصادر بتاريخ 12 ديسمبر 1959 بأنه: " يجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أمرا غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع ... كما أنه يجب أن يكون من شأنه جعل التنفيذ مستحيلا استحالة مطلقة ... وكل ما تقدم من قواعد قد قننه المشرع المصري في القانون المدني، ولئن كان مجال تطبيق هذه القواعد في مجال روابط القانون الخاص، إلا أن القضاء الإداري قد اطرده على الأخذ بها باعتبارها من الأصول العامة التي يجب النزول عليها في تحديد الروابط الإدارية في مجال القانون العام مادامت تتسق مع تسيير المرافق العامة وتكفل التوفيق بين ذلك وبين المصالح الفردية الخاصة"¹.

ومن خلال ما سبق وفي ظل عدم علمنا بوجود قرارات قضائية صادرة عن مجلس الدولة الجزائري تبين موقفه من فكرة القوة القاهرة، فإنه بالرجوع إلى نص الفقرة الخامسة من المادة 147 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المشار إليها أعلاه؛ ونص المادة 151 من نفس المرسوم يمكننا أن نستنتج أن المشرع اللائحي الجزائري قد أخذ بفكرة القوة القاهرة الإدارية، حيث تنص المادة 151 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه: " زيادة على الفسخ من جانب واحد، المذكور في المادتين 149 و 150 أعلاه، يمكن القيام بالفسخ التعاقدية

1- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، س 5 ق، بتاريخ 1959/12/12. أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 656.

للفقعة العمومية، عندما يكون مبررا بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد، حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض"، فمصطلح الظروف الخارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد يشمل حالة القوة القاهرة كما يشمل الظروف الطارئة، وبالتالي فإن الفسخ التعاقدي للصفقة العمومية في حالة القوة القاهرة يمثل المعنى التقليدي لفكرة القوة القاهرة، في حين يمثل الفسخ التعاقدي للصفقة العمومية في حالة الظروف الطارئة المعنى الجديد لفكرة القوة القاهرة ألا وهو القوة القاهرة الإدارية.

ب- شروط تطبيق نظرية القوة القاهرة الإدارية:

في البداية يجب أن نميز بين الحالة التي ينص فيها دفتر الشروط على مفهوم القوة القاهرة و حالات تطبيقها، وبين الحالة التي يسكت فيها عن تنظيم حالة القوة القاهرة، فبالنسبة للحالة الأولى يجب تطبيق بنود دفتر الشروط بحذافرها على اعتبار أنها بنود اتفافية لا يجوز الخروج عليها، وفي هذا الصدد نشير إلى أن البند الخامس من الفقرة الأولى من المادة 95 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ينص على أنه من ضمن البيانات الإلزامية التي يجب أن تتضمنها الصفقة العمومية شروط فسخ الصفقة العمومية، ولكن من الناحية العملية وفي أغلب الأحوال يتم النص في دفتر شروط الصفقة العمومية على إمكانية فسخها في حالة القوة القاهرة دون أن يتم تحديد حالاتها بشكل مفصل ودقيق، الأمر الذي يحيلنا إلى دراسة الحالة الثانية التي يسكت فيها دفتر الشروط عن النص على حالة القوة القاهرة، وفي هذه الحالة أورد المشرع اللائحي الفرنسي في المنشور المؤرخ في 20 نوفمبر 1974 المتعلق بتعويض المتعاقدين في إطار الصفقات العمومية في حالة الزيادة غير المتوقعة للأعباء الاقتصادية (تطبيق نظرية الظروف الطارئة) مجموعة من الشروط يجب توفرها للقول بوجود حالة القوة القاهرة¹، وهو ما أكده الفقه والقضاء الإداري، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

1- أن يكون يكون الحادث أجنبيا عن إرادة المتعاقدين.

2- عدم إمكانية توقعه.

1- « 2.11- Les éléments constitutifs de la force majeure.

Pour admettre l'existence d'un cas de force majeure, la jurisprudence exige la réunion de trois conditions. Il faut d'abord que le titulaire d'un marché se soit trouvé en présence d'une difficulté matérielle imprévisible. Il faut ensuite que celle-ci ne provienne pas de son fait. Enfin, cette difficulté doit être d'une ampleur ou d'une nature telle qu'elle rende l'exécution des obligations contractuelles impossible soit provisoirement, soit définitivement. Cette dernière condition n'est pas réalisée lorsque, par suite des circonstances économiques ou sociales, l'exécution du contrat devient seulement onéreuse ». Circulaire du 20 novembre 1974 relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques (application de la théorie de l'imprévision), JORF n°25 du 30 novembre 1974.

3- عدم إمكانية دفعه.

الشرط الأول: أن يكون الحادث أجنبيا عن إرادة المتعاقدين

يشترط في الحادث أن يكون مستقلا تماما عن إرادة كلا من المتعاقدين حتى يمكن تكييفه على أنه قوة قاهرة، ويترتب على ذلك أن لا يكون هذا الحادث بسبب فعل أو خطأ المتعامل المتعاقد أو المصلحة المتعاقدة معه، فلا يمكن اعتبار الحادث قوة قاهرة إذا سبقه أو اقترن به خطأ عقدي¹. وبناء على ما سبق فإنه لا يمكن اعتبار تأخر المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية أو عدم امتثاله للأوامر المصلحية الموجهة إليه من طرف المصلحة المتعاقدة قوة قاهرة، كما لا يمكن اعتبار الحادث الذي ترتب عن تقصير المتعامل المتعاقد في اتخاذ الاحتياطات اللازمة قوة قاهرة².

الشرط الثاني: عدم إمكانية توقع الحادث وقت إبرام الصفقة العمومية

يشترط أيضا في الحادث حتى يمكن وصفه بالقوة القاهرة أن لا يكون في وسع المتعامل المتعاقد توقعه وقت إقباله على إبرام الصفقة العمومية، أما إذا كان هذا الحادث من قبيل الأمور التي يمكن لأي شخص حريص ومتبصر أن يتنبأ بحدوثه، فإنه لا يمكن إدخاله تحت وصف القوة القاهرة، ومن أمثلة ذلك الفيضانات والأمطار الموسمية³.

وفي ظل عدم علمنا بوجود قرارات قضائية صادرة عن مجلس الدولة الجزائري تؤكد على ضرورة توفر هذا الشرط لاعتبار حادث ما قوة قاهرة، نستأنس بما ذهب إليه كل من القضاء الإداري في فرنسا وفي مصر، حيث اعتبر مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر له بتاريخ 27 نوفمبر 1935 فصلا في قضية "Descours" بأن هطول الأمطار بقوة وغزارة في غير فصلها الموسمي ولمدة استثنائية قوة قاهرة لأنها تتجاوز توقعات طرفي العقد الإداري⁴، في حين لم يعتبر في قراره الصادر بتاريخ 02 جويلية 1931 فصلا في قضية "Nocolas" بأن هطول الأمطار بشكل عادي وفي فصلها الموسمي يشكل حالة قوة قاهرة⁵.

1- مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص.548.

2- السيد فتوح محمد هنداي، المرجع السابق، ص.517.

3- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.657.

4- C.E, Arrêt du 20/12/1935 (Descours), <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Force-majeure.htm>, vu le : 20/07/2017.

5- C.E, Arrêt du 02/07/1931 (Nocolas). أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.671.

أما بالنسبة لموقف القضاء الإداري المصري فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في حكم صادر لها بتاريخ 15 فيفري 1964 بأنه: " ... إذا أمكن توقع الحادث حتى ولو استحاله دفعه ... لم يكن قوة قاهرة ولا يترتب عليه إعفاء المدين من التزامه، والذي يتبين من الاطلاع على عقد الأشغال العامة المبرم بين المدعي والإدارة المدعى عليها أن العمل يجري في منطقة أثرية، وأنه كان من الأمور المتوقعة عند إبرام العقد توقف العمل فيه لوجود آثار في الموقع. ويترب على ذلك أن تدخل مصلحة الآثار وإيقاف العمل كان أمرا متوقعا. ولذلك فلا يعتبر هذا العمل سببا أجنبيا أو قوة قاهرة يترتب عليها أن يتحلل المدعى عليهم من التزاماتهم بتمكين المدعي من المضي في تنفيذ العمل المتفق عليه..."¹.

ومفهوم شرط عدم إمكانية التوقع لا يقصد به عدم التوقع المطلق، وإنما يكفي فقط عدم إمكانية التوقع النسبي لأنه لا يمكن تصور حادث نادر الوقوع مطلقا، ويرجع في تقدير مدى توفر هذا الشرط إلى الظروف التي أحاطت بعملية إبرام الصفقة العمومية، فعلى سبيل المثال إذا كانت الظروف تنبأ بوشوك وقوع حرب على الدولة بشكل شبه مؤكد، فإنه لا يمكن للمتعاقد الذي أبرم عقده في ظل هذه الظروف أن يتذرع بعدم إمكانية توقع حصول الحرب².

الشرط الثالث: أن يكون الحادث مستحيل الدفع

إضافة إلى الشرطين السابقين يجب أن يكون الحادث مستحيل الدفع لكي يتصف بوصف القوة القاهرة، فإذا كان الحادث أجنبيا عن طرفي الصفقة العمومية ولم يكن في إمكانهما توقعه فإن هذا لا يكفي لاعتباره قوة قاهرة، وإنما يشترط أيضا أن لا يكون في مقدور المتعامل المتعاقد دفع هذا الحادث و تجنبه³.

ومن أجل تقدير مدى توفر هذا الشرط يتم الاعتماد على المعيار الشخصي، وذلك بالنظر إلى الإمكانيات المادية والفنية التي يتمتع بها المتعامل المتعاقد والجهود المبذولة من جانبه لتجاوز هذا الحادث، فما يعد قوة قاهرة بالنسبة لمتعامل محلي لا يتوفر إلا على إمكانيات مادية وفنية جد محدودة، لا يمكن اعتباره قوة قاهرة بالنسبة لشركة ذات رأس مال ضخمة وتمتع بإمكانيات مادية وفنية هائلة⁴.

1- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعين رقم 1320 و1340، س 14 ق، جلسة 1964/02/15. أشار إليه: ماجد راغب الطلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010، ص.145.
2- مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص.549.
3- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.663.
4- السيد فتوح محمد هندراوي، المرجع السابق، ص.519.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن الاجتهاد الإداري في مصر يشترط إضافة إلى استحالة دفع الحادث من أجل إضفاء طابع القوة القاهرة عليه، أن يؤدي هذا الحادث إلى استحالة تنفيذ الالتزامات العقدية، وهو ما يميز نظرية القوة القاهرة عن باقي نظريات إعادة التوازن المالي للعقد الإداري المتمثلة في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ونظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة، حيث أن المتعاقد ملزم وفقا لهذه النظريات بالاستمرار في تنفيذ التزاماته العقدية رغم الصعوبات التي قد تواجهه أثناء عملية التنفيذ¹.

واستحالة التنفيذ قد تكون مادية كما هو الحال عند هلاك محل الالتزام المتفق عليه، وقد تكون معنوية كما لو منع القانون التعامل في موضوع الالتزام، كما قد تكون استحالة التنفيذ مطلقة و نهائية تؤدي إلى الإعفاء النهائي من التنفيذ، وقد تكون مؤقتة بحيث يتوجب على المتعاقد متابعة التنفيذ حال زوال القوة القاهرة التي سببت هذه الاستحالة، وأخيرا قد تكون استحالة التنفيذ كلية تشمل جميع الالتزامات التعاقدية، وقد تكون جزئية متعلقة ببعض الالتزامات الثانوية والفرعية فقط، والتي لا يؤثر تخلفها على موضوع العقد الإداري الأصلي بشكل يؤدي إلى إفراغه من محتواه وهدفه، فهنا يكون المتعاقد ملزم بتنفيذ باقي الالتزامات العقدية².

وعلى خلاف الاجتهاد الإداري المصري، يرى الاجتهاد الإداري الفرنسي - كما أشرنا إليه أعلاه - بأنه لا يشترط أن يؤدي الحادث إلى استحالة التنفيذ لاعتباره قوة القاهرة، وإنما يكفي فيه أن يؤدي إلى الإخلال النهائي بالتوازن المالي للعقد الإداري بحيث يستحيل إعادته إلى الحالة التي كان عليها قبل حصول هذا الحادث، وأطلق على هذه الفكرة مصطلح " القوة القاهرة الإدارية " .

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي فكرة القوة القاهرة الإدارية في عدة قرارات صادرة عنه، منها على سبيل المثال قراره الشهير الصادر بتاريخ 14 جوان 2000 فصلا في في قضية " Commune de Staffelden "، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن شركة " SOGEST " المتخصصة في تحلية مياه البحر وتوريد المياه أبرمت عقد امتياز مع بلدية " Staffelden " من أجل توريد المياه لسكانها بأسعار محددة، ولكن أثناء تنفيذ هذا العقد ارتفعت نسبة التلوث في منبع المياه الذي كانت تستغله الشركة بشكل يمنعها من استعماله لمدة عشرين سنة على الأقل، الأمر الذي دفعها إلى البحث عن منابع بعيدة للمياه، ما أدى إلى ارتفاع تكلفة توريد المياه للسكان بنسبة كبيرة عما كان متفق عليه، وأمام تعنت

1- مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص.549.

2- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.665.

البلدية ورفضها إدخال أي تعديل على العقد من أجل تدارك هذا الخلل المالي، قضى مجلس الدولة الفرنسي بفسخ هذا العقد ومنح تعويض للمتعاقد، معتبرا أن هذا التلوث يشكل قوة القاهرة على اعتبار أنه لم يكن متوقعا عند إبرام العقد ولم يكن في الإمكان دفعه وأدى إلى خلل نهائي في اقتصاديات العقد¹.

ج- الآثار المترتبة على تطبيق نظرية القوة القاهرة الإدارية:

إذا اجتمعت شروط تطبيق نظرية القوة القاهرة في حادث ما فإنه يترتب عليه إعفاء المتعامل المتعاقد من تنفيذ التزاماته العقدية مع إمكانية حصوله على التعويض إذا توفرت شروطه، وهو ما سنفصله فيما يلي:

ج.1- الإعفاء من التنفيذ:

إذا صادف المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذه لموضوع الصفقة العمومية حادث يتوفر على جميع شروط تطبيق نظرية القوة القاهرة الإدارية، فإنه يترتب عليه إعفاء هذا المتعاقد من تنفيذ التزاماته العقدية، غير أن هذا الإعفاء لا يشمل سوى الإلتزامات العقدية التي كان هذا الحادث سببا في

1- « Considérant que, au cas où des circonstances imprévisibles ont eu pour effet de bouleverser le contrat et que les conditions économiques nouvelles ont en outre créé une situation définitive qui ne permet plus au concessionnaire d'équilibrer ses dépenses avec les ressources dont il dispose, la situation nouvelle ainsi créée constitue un cas de force majeure et autorise à ce titre le concessionnaire, comme d'ailleurs le concédant, à défaut d'un accord amiable sur une orientation nouvelle à donner à l'exploitation, à demander au juge la résiliation de la concession, avec indemnité s'il y a lieu, et en tenant compte tant des stipulations du contrat que de toutes les circonstances de l'affaire ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que la pollution qui a frappé le site de captage d'eau des sources d'Illzach avait un caractère irrésistible et a constitué, en raison de son ampleur qui en interdit l'exploitation pendant une période qui pourrait atteindre deux siècles, un événement imprévisible au moment où a été conclu le contrat d'approvisionnement en eau de la commune ; que, contrairement à ce que soutient la COMMUNE DE STAFFELFELDEN, l'économie du contrat, qui liait la société Sogest et la société Lyonnaise des eaux à ladite commune, a, à la suite de cet événement, été bouleversée non seulement pendant la période courant du 4 février 1988 au 13 juillet 1989, au cours de laquelle la société Sogest a dû acquérir de l'eau distribuée par la ville de Mulhouse à un prix trois fois supérieur à celui payé par la commune en application des stipulations contractuelles mais également postérieurement à cette date du 13 juillet 1989 à partir de laquelle a été mis en service le captage de la forêt de la Hardt, le prix payé par la société Lyonnaise des eaux, qui s'était substituée à la société Sogest en application des stipulations de l'article 8 du contrat, étant en moyenne supérieur d'environ deux fois à celui payé par la COMMUNE DE STAFFELFELDEN en application des stipulations contractuelles ; que dans ces conditions, et compte tenu du refus de la commune de réviser la tarification de l'eau qui est distribuée sur son territoire, la poursuite par la société Sogest de l'exécution du contrat se heurtait à un obstacle insurmontable ; que, dès lors, c'est à bon droit que le tribunal administratif de Strasbourg a prononcé à la demande de la société la résiliation dudit contrat ». C.E, Arrêt du 14/06/2000 (Commune de Staffelden), n°184722, vu le : 17/01/2017.

استحالة تنفيذها أو سببا في زيادة تكاليف تنفيذها بشكل استثنائي، أما بالنسبة لباقي الإلتزامات العقدية فإن المتعاقد ملزم بالاستمرار في تنفيذها، إلا إذا كان هناك ارتباط جد وثيق بينها وبين الإلتزامات المعفى من تنفيذها بسبب القوة القاهرة، فهنا نكون أمام إعفاء بصفة تبعية لهذه الإلتزامات¹.

وترتبيا على ما سبق فإن المصلحة المتعاقدة لا تملك الحق في توقيع أي جزء من الجزاءات الإدارية العقدية المرصودة خصيصا لحالات عدم التنفيذ أو التأخير فيه، كما يحق للمتعاقد في هذه الحالة طلب فسخ الصفقة العمومية لاستحالة تنفيذها بسبب القوة القاهرة².

غير أنه قد يحصل أن يكون الحادث المتصف بالقوة القاهرة مؤقتا، بحيث يمتد لفترة معينة من الزمن، في حين يكون الأجل المحدد لتنفيذ الصفقة العمومية طويلا نوعا ما بالمقارنة مع هذه الفترة، ففي هذه الحالة لا يعفى المتعاقد من التنفيذ، وإنما يتم وقف عملية التنفيذ إلى حين زوال هذا الحادث ويعود لإتمام تنفيذ موضوع الصفقة العمومية³.

وفي هذا الصدد تنص الفقرتين الرابعة و الخامسة من المادة 147 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه: " - يعود القرار بالإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التأخير إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة. ويطبق هذا الإعفاء عندما لا يكون التأخير قد تسبب فيه المتعاقد الذي تسلم له في هذه الحالة أوامر بتوقيف الأشغال أو باستئنافها.

- وفي حالة القوة القاهرة، تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير، ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف واستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة".

ج.2- الحكم بالتعويض:

على خلاف ما هو عليه الأمر في عقود القانون الخاص التي يؤدي حصول القوة القاهرة أثناء تنفيذها إلى انقضاء جميع الإلتزامات العقدية دون أن يكون من حق المتعاقد الحصول على التعويض بسبب ما لحقه من خسائر، فإن المتعاقد في إطار العقود الإدارية بصفة عامة - وفي الصفقات العمومية بصفة خاصة - يمكنه الحصول على التعويض عن الأضرار التي لحقت به بفعل هذه القوة القاهرة، وهذا على أساس أن العقود الإدارية تتميز عن عقود القانون الخاص بكونها تتعلق بتسيير

1- مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص.549.

2- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.684.

3- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.270.

المرفق العام، واعتبار المتعاقد كمعاون للإدارة المتعاقدة في هذا التسيير، وبالتالي فإن تركه وحيدا يتحمل الأضرار والخسائر الناتجة عن القوة القاهرة دون منحه أي تعويض يعتبر إهدارا لحقوقه، وسيترتب عن ذلك نفور الأشخاص عن التعاقد مع الإدارة ما ينعكس سلبا على مبدأ ضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد وبالنتيجة على المصلحة العامة¹.

ويجب هنا - في اعتقادي - التمييز بين حالتين، تتمثل الأولى في حالة القوة القاهرة المحضة وهي التي تمثل المعنى التقليدي والأصلي لفكرة القوة القاهرة، وهنا لا يكون من حق المتعامل المتعاقد المطالبة بالتعويض، كما لا يجوز للمصلحة المتعاقدة منحه أي تعويض، وهو ذات النظام المطبق في عقود القانون الخاص، حيث تؤدي القوة القاهرة إلى انقضاء جميع الالتزامات العقدية بدون تعويض أي طرف من الأطراف. أما الحالة الثانية فتتمثل في المفهوم الحديث لفكرة القوة القاهرة في العقود الإدارية - أي القوة القاهرة الإدارية -، أين يؤدي الحادث الذي اعترض المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذه للصفقة العمومية إلى الاختلال النهائي والمستمر للتوازن المالي للصفقة مع إمكانية الاستمرار في تنفيذها، ففي هذه الحالة يلتزم المتعامل المتعاقد بالاستمرار في التنفيذ إلى غاية اتخاذ المصلحة المتعاقدة لقرار الفسخ بسبب القوة القاهرة، وهنا يكون من حقه المطالبة بالتعويض عن الأضرار والخسائر التي لحقت من جراء الإستمرار في التنفيذ بالرغم من تعرضه لحادث يتصف بوصف القوة القاهرة بالمعنى الحديث.

ويقصر التعويض الذي يحق للمتعامل المتعاقد المطالبة به على الأضرار المادية الفعلية والمباشرة التي تسبب فيها الحادث المتصف بوصف القوة القاهرة، ولا يمكنه بأي حال من الأحوال المطالبة بالأضرار غير المباشرة من قبيل تفويت الربح أو الضرر المعنوي أو الفوائد القانونية أو تضييع فرصة التعاقد مع طرف آخر، لأن الفسخ المترتب عن القوة القاهرة هو خارج عن نطاق المصلحة المتعاقدة، ولم يكن نتيجة خطأها أو بسبب المصلحة العامة².

2- خطأ المصلحة المتعاقدة:

إن المصلحة المتعاقدة بوصفها طرف في الصفقة العمومية يقع على عاتقها إلتزام بمساعدة المتعامل المتعاقد معها في تنفيذ موضوع الصفقة العمومية، وذلك عن طريق تذليل الصعوبات

1- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.686.

2- مفتاح خليفة عبد الحميد؛ حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2008، ص.231.

والإجراءات الإدارية التي قد يواجهها، والتنسيق مع مختلف الجهات الإدارية لتفادي عرقلة عملية التنفيذ، وهذا الإلتزام يجد أساسه القانوني في مبدأ تنفيذ العقد بحسن النية من طرف المتعاقدين. وبناء عليه فإن الإخلال بهذا الإلتزام يعتبر خطأ من جانب المصلحة المتعاقدة، وهو يمثل ظرفاً يستحيل معه التنفيذ الكلي أو الجزئي لموضوع الصفقة العمومية من طرف المتعامل المتعاقد، غير أن خطأ المصلحة المتعاقدة يختلف عن القوة القاهرة في أن هذه الأخيرة تنتج عن حادث أجنبي مستقل عن إرادة طرفي الصفقة العمومية، بينما خطأ المصلحة المتعاقدة وإن كان خارجاً عن نطاق إرادة المتعامل المتعاقد مع الإدارة، إلا أنه غير خارج عن إرادة المصلحة المتعاقدة التي كان في إمكانها ومن واجبها تفادي ارتكاب هذا الخطأ¹.

واستحالة تنفيذ الصفقة العمومية بسبب خطأ المصلحة المتعاقدة يؤدي إلى إعفاء المتعامل المتعاقد معها من عملية التنفيذ، كما يرتب مسؤوليتها في تعويض المتعامل المتعاقد معها عن الأضرار التي لحقت به والريح الذي فاته من جراء عدم تنفيذه للصفقة العمومية. وخطأ المصلحة المتعاقدة الذي قد يؤثر سلباً على عملية التنفيذ قد يأخذ عدة صور وأشكال، منها إصدار أمر مصححي للمتعامل المتعاقد معها بإنجاز منشأة أخرى غير منصوص عليها في بنود الصفقة العمومية، أو عدم القيام بإجراءات إدارية مهمة للشروع في عملية التنفيذ، وذلك كنزع ملكية العقار الذي سيقام عليه المشروع، أو تأخر المصلحة المتعاقدة في تسليم المتعامل المتعاقد معها المخططات والوثائق والمستندات المتعلقة بإنجاز الأشغال². وبما أن هذا الموضوع يتطلب شيء من التفصيل فإن الباحث يرى تأجيله إلى حين التطرق لموضوع تعويض المتعامل المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به بسبب الخطأ العقدي الذي ارتكبه المصلحة المتعاقدة.

الفرع الثاني: الإلتزام الشخصي بالتنفيذ

تقوم العقود الإدارية بصفة عامة والصفقات العمومية بصفة خاصة على التزم جوهري يقع على عاتق المتعامل المتعاقد مع الإدارة يتمثل في التزمه بالتنفيذ الشخصي لموضوع الصفقة العمومية، و يرجع أساس هذا الإلتزام إلى فكرة الإعتبار الشخصي، والتي يترتب عليها نتائج جد مهمة، تتمثل

1- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.55.

2- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.264.

في حظر التنازل عن الصفقة العمومية أو التعاقد بشأنها من الباطن أو الإستعانة بالغير أثناء تنفيذ موضوع الصفقة العمومية.

أولاً: مضمون مبدأ الإعتبار الشخصي

إن المصلحة المتعاقدة عندما تقوم باختيار المتعامل المتعاقد معها، إنما يكون ذلك بناء على عدة اعتبارات، منها الإعتبار المالي والإعتبار الفني واعتبار حسن السمعة، وكل هذه الإعتبارات تدخل تحت مفهوم واحد هو فكرة الإعتبار الشخصي في المتعامل المتعاقد مع الإدارة، وعليه فلا يمكن لهذا المتعامل المتعاقد أن ينيب عنه غيره في تنفيذ موضوع الصفقة العمومية بعد هذا الإختيار القائم أساساً على مبدأ الإعتبار الشخصي، ولا يعني التنفيذ الشخصي لموضوع الصفقة العمومية من طرف المتعاقد مع الإدارة التنفيذ المادي له بقدر ما يعني مسؤوليته الشخصية عن حسن التنفيذ¹.

ويرتبط التزام المتعامل المتعاقد مع الإدارة بقاعدة الإعتبار الشخصي في تنفيذ العقد الإداري بمدى صلتها بالمرفق العام، فكلما كانت هذه الصلة وثيقة بالمرفق العام كلما ازداد التمسك بمبدأ الإعتبار الشخصي، ولذا نلاحظ أن الإلتزام بهذا المبدأ يزداد صرامة في عقود امتياز المرفق العام لدرجة أن المصلحة المتعاقدة تبرم هذا النوع من العقود بأسلوب التراضي المباشر².

وتستند فكرة الإعتبار الشخصي في تنفيذ العقود الإدارية إلى سلطة المصلحة المتعاقدة في تنظيم المرفق العام وضمان سيره بصفة منتظمة ودائمة من جهة، وإلى الإلتزامات التي تقع على عاتق المتعامل المتعاقد معها من جهة أخرى، حيث يجب عليه أن يسهر على تنفيذ موضوع الصفقة العمومية بصفة شخصية³.

وبما أن أساس مبدأ الإعتبار الشخصي هو صلة العقد بالمرفق العام، ولما كان الهدف من المرفق العام هو تحقيق المصلحة العامة، فإن لهذا الهدف أثره الواضح في تحديد الصفات التي ينبغي على المصلحة المتعاقدة مراعاتها أثناء اختيار المتعامل المتعاقد معها، وذلك حتى تضمن التنفيذ السليم للصفقة العمومية، ما يؤدي بالنتيجة إلى كفالة سير المرفق العام بانتظام واضطراد⁴.

1- كنعان محمد محمود المبرجي، الإعتبار الشخصي في العقد الإداري -دراسة مقارنة-، دار الفكر الجامعي، مصر، 2014، ص.61-68.
2- حمامة قدوج، تصنيف الصفقات العمومية في الجزائر طبقاً للمعيار العضوي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق -جامعة الجزائر- (الجزائر)، 2010، ص.88.
3- أحمد محمد هزاع، الإعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري، مجلة القراءة والمعرفة، جامعة عين شمس (مصر)، عدد 134، 2012، ص.148.
4- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.61.

ويتحدد نطاق مبدأ الإعتبار الشخصي في تنفيذ الصفقات العمومية بمجموعة من الصفات الجوهرية التي تكون محلا للإعتبار في التعاقد، وقد يتسع هذا النطاق ليشمل كافة الصفات التي يقتضيها حسن النية في تنفيذ الصفقة العمومية، ومن هذه الصفات الجوهرية ما يلي¹:

1- الكفاية المالية: وهي تعتبر ضمانا هامة في تنفيذ الصفقات العمومية، لاسيما منها تلك التي تتطلب عملية تنفيذها سيولة مالية ضخمة، فكلما كانت المقدرة المالية للمتعاقل المتعاقد مع الإدارة كبيرة كلما أدى ذلك إلى يسر وسهولة في تنفيذ الصفقة العمومية، ما ينعكس إيجابا على سير المرفق العام محل التعاقد.

2- القدرات الفنية والتقنية: حيث أن المصلحة المتعاقدة غالبا ما تختار المتعاقل المتعاقد معها بناء على القدرات الفنية والتقنية التي يمتلكها، ويتم إثبات ذلك بما يقدمه المتعاقل المتعاقد من شهادة التخصص والتصنيف المهني، ويزداد الإهتمام بهذه الإمكانيات كلما تعلق الأمر بتنفيذ مشروعات معقدة من الناحية الفنية والتقنية كبناء الجسور والأنفاق².

3- حسن السمعة: فسيرة المتعاقل المتعاقد مع الإدارة تلعب دورا مهما في اختياره لتنفيذ موضوع الصفقة العمومية، لاسيما فيما يتعلق بمدى حرصه على تنفيذ المشاريع التي أسندت له سابقا من طرف الإدارة، سواء من حيث إتمامها في الأجل المحدد في دفتر الشروط، أو من حيث تنفيذها على الوجه الحسن، وعدم إدراجه ضمن قوائم المنع من المشاركة في الصفقات العمومية.

4- الجنسية: قد تؤخذ جنسية المتعاقل المتعاقد مع الإدارة في بعض الصفقات العمومية بعين الإعتبار، خاصة ما تعلق منها بالطابع السري كتلك المتعلقة بوزارة الدفاع الوطني، لما قد ينعكس ذلك سلبا على أمن وسلامة الدولة، كما قد تكون الجنسية محل اعتبار إذا ما تعلق الأمر بصفقات عمومية ترم وفق أسلوب طلب العروض الوطني، حيث لا يسمح للمتعاقلين الأجانب هنا بالمشاركة في مثل هذه الصفقات.

وقد أكد المشرع اللائحي الجزائري على وجوب تحري المصلحة المتعاقدة لمدى توفر هذه الصفات في المتعهدين قبل التعاقد مع أحدهم، حيث تنص المادة 56 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أن: "تستعلم المصلحة المتعاقدة، أثناء تقييم الترشيحات عند الإقتضاء، عن قدرات المتعهدين حتى يكون اختيارها لهم اختيارا سديدا، مستعملة في ذلك كل وسيلة

1- أحمد محمد هزاع، المرجع السابق، ص.150.

2- عمار عوابدي، دروس في القانون الإداري، د.م.ج، الجزائر، 2000، ص.274.

قانونية، ولاسيما لدى مصالح متعاقدة أخرى، وإدارات وهيئات مكلفة بمهمة المرفق العمومي، ولدى البنوك والممثلات الجزائرية في الخارج".

ومما يؤكد حرص المشرع اللائحي الجزائري على مبدأ الإعتبار الشخصي في تنفيذ الصفقات العمومية من طرف المتعامل المتعاقد مع الإدارة إلزامه باختيار محل إقامة مجاور لمقر إنجاز الأشغال موضوع الصفقة العمومية، حيث تنص الفقرة الأولى من المادة العاشرة من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل على أن: "المقاول ملزم باختيار محل إقامة يكون مجاوراً للأشغال ويعلم بذلك المهندس الرئيس، وفي حالة عدم الإمتثال لهذا الإلتزام في أجل خمسة عشر يوماً ابتداءً من تبليغه توقيع الصفقة، تكون جميع التبليغات المتعلقة بمقاولته صحيحة إذا أبلغت إلى مكتب البلدية المعين لهذا الغرض في دفتر الشروط الخصوصية، وإذا كانت الأشغال المنفذة واقعة في منطقة بلدية واحدة ولم يجر تعيين أية بلدية في دفتر الشروط الخصوصية فتكون التبليغات صحيحة إذا أجريت في مكتب بلدية المكان الذي تقع فيه الأشغال".

كما أكدت الفقرة الثالثة من نفس المادة أعلاه على فكرة الإعتبار الشخصي في تنفيذ الصفقات العمومية، حيث قررت منع المقاول من الإبتعاد عن ورشة الأشغال خلال مدة التنفيذ إلا بعد قبول مهندس الدائرة أو المهندس المعماري بممثل كفؤ يحل محله، دون أن يؤدي ذلك إلى التأخير أو التوقف في عملية التنفيذ، أما الفقرة الرابعة من هذه المادة فتتضمن على التزام المقاول بالسعي إلى مكاتب المهندسين المشرفين على عملية التنفيذ ومرافقتهم في تجولاتهم الميدانية كلما طلب منه ذلك.

ثانياً: التنازل عن الصفقة العمومية

يعرف التنازل عن الصفقة العمومية بأنه التصرف القانوني الذي يبرمه المتعامل المتعاقد مع الغير من أجل إحلاله محله في تنفيذ كامل التزاماته واكتساب كافة الحقوق الناشئة عن هذه الصفقة المبرمة بينه وبين المصلحة المتعاقدة¹.

1- إبراهيم الشارف الطاهر تفوقه، الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد الإداري - دراسة مقارنة -، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2010، ص.99.

ويختلف التنازل عن الصفقة العمومية عن التعاقد من الباطن في كون هذا الأخير يكون فيه التنازل جزئياً وليس كلياً في تنفيذ موضوع الصفقة العمومية، على خلاف التنازل الذي يشمل جميع الإلتزامات التعاقدية¹.

وقد أجاز المشرع اللائحي الجزائري التنازل الكلي عن الصفقة العمومية من طرف المتعامل المتعاقد بشرط حصوله على الموافقة المسبقة من طرف المصلحة المتعاقدة على هذا التنازل، حيث تنص المادة 11 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل في فقرتها الأولى على أنه: "لا يجوز للمقاول التنازل عن جزء أو كل مقاولته لمقاولين فرعيين أو تقديم مساهمة منها لشركة أو جماعة بدون إذن صريح من الإدارة".

وفي ظل عدم تطرق المشرع اللائحي الجزائري لتعريف التنازل عن الصفقة العمومية، نستأنس بالتعريف الذي أورده المشرع الفرنسي للتنازل عن العقد في المادة الأولى من القانون رقم 75-1334 الصادر بتاريخ 1975/12/31 المتعلق بالتعاقد من الباطن، حيث نص على أن التعاقد من الباطن عملية بموجبها يعمد المتعاقد وتحت مسؤوليته الخاصة بتوكيل شخص آخر بتنفيذ العقد كله أو جزء منه².

ومن خلال نص المادة السابقة يتبين لنا أن تعريف المشرع الفرنسي للتعاقد من الباطن الكلي يوافق تماماً مفهوم التنازل عن العقد، حيث أدرج كلا من مفهوم التنازل الكلي ومفهوم التنازل الجزئي ضمن تعريف التعاقد من الباطن، ولم يفرد لأي منها تعريفاً مستقلاً.

غير أن المشرع الفرنسي قرر حظر التنازل الكلي عن الصفقة العمومية على خلاف ما ذهب إليه المشرع اللائحي الجزائري في المادة 11 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل السابق ذكرها، وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة 112 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي، والتي قضت بمنع التنازل الكلي عن موضوع الصفقة العمومية، وأجازت للمتعاقد مع الإدارة فقط أن يتنازل عن جزء من التزاماته التعاقدية³. وقد

1- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.66.

2 - « Au sens de la présente loi, la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage » Art 01 de la loi française n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, JORF du 03 janvier 1976.

3- « le titulaire d'un marché public peut, dans le cadre prévues par l'article 62 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché public à condition d'avoir obtenu de l'acheteur de chaque sous-traitant et l'agrément de son conditions de paiement »

سلك المشرع المصري نفس الإتجاه الذي ذهب إليه المشرع الفرنسي، حيث قرر حظر التنازل عن تنفيذ العقود الإدارية من طرف المتعاقد مع الإدارة، وذلك وفقا لما تنص عليه المادة 92 من القانون رقم 182 لسنة 2018 المتضمن قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة¹، حيث جاء في فحواها بأنه: " لا يجوز للمتعاقد النزول عن العقد أو عن المبالغ المستحقة له كلها أو بعضها، ومع ذلك يجوز أن يتنازل عن تلك المبالغ لأحد البنوك، ويكتفي في هذه الحالة بتصديق البنك دون الإخلال بمسؤولية المتعاقد عن تنفيذ العقد، كما لا يخل بقبول نزوله عن المبلغ المستحق له بما يكون للجهة الإدارية قبله من حقوق".

وبررت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكم صادر لها بتاريخ 25 فبراير 1975 هذا التوجه بأن التزامات المتعاقد مع الإدارة هي التزامات شخصية، ومن ثم يتعين عليه تنفيذها بنفسه على أساس أن مبدأ الإعتبار الشخصي في تنفيذ العقود الإدارية من النظام العام².

كما ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري في فتاها الصادرة بتاريخ 16 جويلية 2003 إلى أن الهدف من حظر التنازل عن العقد الإداري هي منع تحول العقود الإدارية إلى مجالات للوساطات، الأمر الذي يؤدي إلى إخراجها من غايتها الأساسية المتمثلة في ضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد وتحقيق المصلحة العامة إلى تحقيق المصلحة الخاصة للمتعاقد مع الإدارة³.

ولكن بالرغم من أن نص المادة 92 أعلاه جاء مطلقا في حظر التنازل عن العقد الإداري، إلا أنه واستثناء من ذلك يجوز للإدارة المتعاقدة أن تنص في بنود العقد على السماح للمتعاقد معها بالتنازل عن العقد للغير، وفي هذه الحالة يشترط حصوله على موافقتها على هذا التنازل، وهنا يجب إعمال بنود العقد دون النظر للحظر التشريعي للتنازل الوارد في قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في مصر⁴.

Article 133 de décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relative aux marchés publics en France, JORF n°0074 du 27 mars 2016.

1- القانون رقم 182 لسنة 2018 المتضمن قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، الجريدة الرسمية للحكومة المصرية عدد 39 مكرر (د) صادرة بتاريخ 03 أكتوبر 2018.

2- حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، الطعن رقم 194، س 29 ق، جلسة 1975/02/25. أشار إليه: كنعان محمد محمود المفرجي، المرجع السابق، ص.259.

3- فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري صادرة بتاريخ 2003/7/16، رقم 528، ملف رقم 393/1/54، جلسة 2003/3/16. أشار إليها: خالد عبد الفتاح محمد، المشكلات العملية في قانون المناقصات والمزايدات الجديد وأحكام العقود الإدارية، ط 1، د.د.ن، مصر، 2009-2010، ص.273.

4- محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، 2006، ص.385.

وبالمقابل يلاحظ أن المشرع المصري واستثناء من القاعدة السابقة، يسمح للمتعاقد مع الإدارة بالتنازل عن كل أو بعض مستحققاته المالية اتجاه الإدارة المتعاقد معها لفائدة أحد البنوك، حيث يكتفى في هذه الحالة بتصديق البنك، وهذا بشرط أن لا يؤدي هذا التنازل إلى تحلل المتعاقد مع الإدارة من الوفاء بالتزاماته العقدية، وأن لا يخل هذا التنازل بما يكون للإدارة المتعاقد معها من حقوق مالية اتجاهه¹.

ويرجع الهدف من وراء إجازة هذا التنازل إلى السماح للمتعاقد مع الإدارة بتقديم ضمانات مالية للبنوك، وهذا من خلال السماح لها باستيفاء مستحققاته المالية مباشرة من الإدارة التي تعاقد معها، وذلك من أجل الحصول على مصادر تمويلية إضافية من طرفها تكفل تنفيذ التزاماته العقدية². ومن خلال ما سبق يتبين لنا أن هنالك آثارا قانونية مترتبة على التمييز بين التنازل عن الصفقة العمومية بموافقة المصلحة المتعاقدة والتنازل الحاصل دون موافقتها، لذا لابد من التطرق للتمييز بينهما.

1- التنازل عن الصفقة العمومية بموافقة المصلحة المتعاقدة:

يمكن للمصلحة المتعاقدة أن توافق على طلب المتعامل المتعاقد معها بالتنازل الكلي عن الصفقة العمومية، وهذا في حالة ما إذا طرأت ظروف على المتعامل المتعاقد معها أثناء عملية التنفيذ أثرت بشكل سلبي على كفاءته المالية أو الفنية، وتجسد هذه الموافقة أساسها القانوني في مبدأ ضمان استمرارية سير المرفق العام بانتظام واضطراد، بحيث أن الاعتراض على هذا الطلب يؤدي لا محالة إلى عرقلة عملية التنفيذ ما ينعكس سلبا على سير المرفق العام والمصلحة العامة التي تتوخاها المصلحة المتعاقدة من وراء إبرام هذه الصفقة العمومية.

فبدلا من لجوء المصلحة المتعاقدة إلى فسخ الصفقة العمومية مع المتعامل المتعاقد معها، أو سحبها منه وتنفيذها على حسابه، وما قد يواكب هذه الإجراءات من تعطيل في عملية التنفيذ نظرا لطول مدتها وتعقيداتها، فإنها غالبا ما تسلك طريقا أسهل يتمثل في الموافقة على التنازل المقدم من طرف المتعامل المتعاقد معها³، لاسيما إذا كان هذا الأخير حسن النية بأن أثبت أن عجزه عن

1- أنظر المادة 92 من القانون المصري رقم 182 لسنة 2018 المتضمن قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة.
2- عليوات ياقوتة، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة منتوري - قسنطينة - (الجزائر)، 2009، ص.202.
3- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.232.

إتمام عملية التنفيذ راجع إلى الظروف الطارئة وليس إلى تقصيره وإهماله، وعرض على المصلحة المتعاقدة متعاملا متعاقدا جديدا يتمتع بنفس قدراته المالية والفنية¹.

والقاعدة أن السلطة التي تملك الموافقة على التنازل هي نفسها السلطة التي تملك إبرام الصفقة العمومية، إلا في الحالات التي ينص فيها المشرع على جهة إدارية أخرى غير الجهة الإدارية التي أبرمت الصفقة العمومية، فيكون لهذه الجهة الإدارية وحدها سلطة الموافقة على التنازل².

كما أن الأصل أن المصلحة المتعاقدة غير مقيدة بأسلوب معين للتعبير عن موافقتها أو رفضها للتنازل ما لم يوجد نص يخالف ذلك، كما هو الحال بالنسبة للمنظم الجزائري الذي يلزم المصلحة المتعاقدة بأن تكون موافقتها على التنازل بإذن صريح³، ووفقا لبعض الفقه المصري لا يمكن تصور هذا الإذن إلا عن طريق الكتابة في شكل قرار إداري⁴.

وهذا على خلاف القضاء الإداري المصري الذي يأخذ بالموافقة الضمنية من طرف الإدارة على التنازل، حيث اعتبر تبادل المراسلات مع المتعاقد المتنازل له بمثابة موافقة على التنازل، وقرر بأن شرط الموافقة الكتابية إنما شرع لمصلحة الإدارة فلها حق التنازل عليه⁵.

غير أن تفسير القاضي الإداري المصري بأن شرط الموافقة على التنازل كتابة شرع لمصلحة الإدارة فيه نظر، لأن المشرع عندما فرض هذا القيد كان يستهدف من ورائه تحقيق المصلحة العامة و لم يشعه لمصلحة الإدارة، وبالتالي فإن الإدارة لا تملك في هذه الحالة التنازل عن هذا الشرط.

ويترتب على هذه الموافقة ميلاد عقد جديد بين المصلحة المتعاقدة والمتنازل إليه يحل محل العقد الأصلي المبرم بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد الأصلي.

ويكون المتنازل إليه أو المتعامل المتعاقد الجديد بناء على هذا العقد هو المسؤول الوحيد والمباشر اتجاه المصلحة المتعاقدة عن عملية التنفيذ، إلا إذا نص في دفتر شروط الصفقة العمومية المبرمة على بقاء مسؤولية المتعامل المتعاقد الأصلي إلى جانب مسؤولية المتعامل المتعاقد الجديد، كما أنه يحل محل المتعامل المتعاقد الأصلي في استيفاء جميع حقوقه من المصلحة المتعاقدة⁶.

1- إبراهيم الشارف الطاهر تفوقه، المرجع السابق، ص.104.

2- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.68.

3- الفقرة الأولى من المادة 11 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

4- إبراهيم الشارف الطاهر تفوقه، المرجع السابق، ص.105.

5- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.233.

6- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.69.

ومن الآثار القانونية المترتبة على موافقة المصلحة المتعاقدة على التنازل تحرر المتعامل المتعاقد الأصلي من جميع التزاماته العقدية اتجاهها، فلا يحق لها مطالبة بالاستمرار في عملية التنفيذ، كما لا يجوز لها الإمتناع عن رد التأمينات أو ما تبقى منها إلى المتعامل المتعاقد الأصلي إلا في حدود المبالغ محل النزاع بينهما، غير أنه كثيرا ما تنص دفاتر الشروط على بقاء المتعامل المتعاقد الأصلي كضامن للمتعامل المتعاقد الجديد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، و هذا حرصا على الإلتزام بمبدأ الإعتبار الشخصي في تنفيذ العقود الإدارية¹.

2- التنازل عن الصفقة العمومية بدون موافقة المصلحة المتعاقدة:

إذا تبين للمصلحة المتعاقدة أن المتنازل له لا تتوافر فيه الإمكانيات المالية والتقنية التي كانت متوافرة لدى المتعامل المتعاقد الأصلي، والتي على أساسها تم اختياره لتنفيذ الصفقة العمومية، فإنه بإمكانها رفض الموافقة على هذا التنازل تحقيقا للمصلحة العامة وضمانا لسير المرفق العام بانتظام واضطراد.

فإذا قام المتعامل المتعاقد الأصلي بتجاهل هذا الرفض وقرر المضي قدما في التنازل عن الصفقة العمومية، أو قام بالتنازل عنها بدون إعلام المصلحة المتعاقدة أصلا، فإن هذا التصرف يعتبر إخلالا جسيما بفكرة الإعتبار الشخصي في التنفيذ، وتترتب عنه آثار قانونية جد وخيمة بالنسبة للمتعامل المتعاقد الأصلي وبالنسبة للمتنازل إليه.

فالتنازل عن الصفقة العمومية بدون موافقة المصلحة المتعاقدة لا يسري في مواجهتها ولا تنشأ عنه أية رابطة عقدية بين المتنازل إليه وبين المصلحة المتعاقدة، وعليه يظل المتعامل المتعاقد الأصلي هو المسؤول المباشر والوحيد عن تنفيذ الصفقة العمومية في مواجهة المصلحة المتعاقدة².

غير أنه يمكن للمتنازل إليه في هذه الحالة الرجوع على المصلحة المتعاقدة ومطالبتها بالمقابل المالي عن الأعمال التي نفذها لمصلحتها، وهذا ليس على أساس المسؤولية العقدية وإنما على أساس فكرة الإثراء بلا سبب³، وهذا طبقا لما تنص عليه المادة 141 من القانون المدني، والتي جاء في فحواها

1- تنص المادة 11 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل في فقرتها الثانية على أنه: "وفي كل الأحوال يبقى المقاول مسؤولا شخصيا سواء كان تجاه الإدارة أو تجاه العمال والغير".

2- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.422.

3- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.74.

بأن: " كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو من الشيء ".¹

كما أنه بإمكان المتنازل إليه مطالبة المصلحة المتعاقدة بحقوق مدينه - المتعامل المتعاقد الأصلي - وفقا لنظرية حوالة الدين المقررة في قواعد القانون المدني، وهذا باعتباره دائنا له¹.

ويشكل التنازل عن الصفقة العمومية بدون إذن سابق من المصلحة المتعاقدة خطأ عقديا جسيما يبرر لها توقيع أقسى الجزاءات على المتعامل المتعاقد معها، والتي قد تصل إلى حد فسخ الصفقة العمومية وتنفيذها على حسابه، وهذا سواء نص في دفتر شروط الصفقة العمومية على هذا الجزاء أم لم ينص عليه، لأن سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع مثل هذه الجزاءات نابعة من طبيعة العقد الإداري ذاته، ولاستبعادها في مثل هذه الحالات يجب النص على ذلك صراحة².

وإضافة إلى ما سبق فإن المتعامل المتعاقد الأصلي يتحمل مسؤولية جميع الأخطاء التي ارتكبها المتنازل إليه أثناء تنفيذه للصفقة العمومية في مواجهة المصلحة المتعاقدة، وإن لم تكن هناك أية علاقة عقدية بين المتنازل إليه والمصلحة المتعاقدة³.

ويعود سبب تحميل المتعامل المتعاقد الأصلي كامل المسؤولية عن أخطاء المتنازل إليه أثناء عملية التنفيذ إلى أمرين، أولهما أن المتعامل المتعاقد الأصلي هو من قام باختيار المتنازل إليه فيتحمل تبعه اختياره بدون موافقة المصلحة المتعاقدة، والثاني أن المتعامل المتعاقد الأصلي هو المسؤول الأول والأخير عن الأخطاء المرتكبة أثناء عملية التنفيذ سواء صدرت منه أو من المتنازل إليه.

ثالثا: التعاقد من الباطن

يعرف التعاقد من الباطن بأنه تصرف قانوني يبرمه المتعامل المتعاقد الأصلي مع الغير بهدف تنفيذ جزء من موضوع الصفقة العمومية، ويشترط فيه أن يكون محل العقد الأصلي قابلا للتجزئة، وهو أمر ممكن في غالبية العقود الإدارية، لاسيما في عقود الأشغال العامة التي تتنوع في الأشكال والخدمات والمواد الداخلة في تنفيذها⁴.

1- أنظر المواد من 251 إلى 257 من الق.م.ج.

2- إبراهيم الشارف الطاهر تفوقه، المرجع السابق، ص.102.

3- Laurent Richer, op. cit., p.461.

4- إبراهيم الشارف الطاهر تفوقه، المرجع السابق، ص.106.

فالتعاقد من الباطن أصبح أمرا ضروريا في الوقت الراهن من أجل التنفيذ السلس والحسن للصفقات العمومية، وهذا نظرا للدور الهام الذي يلعبه في تسريع وتيرة الإنجاز من خلال تقسيم عملية التنفيذ على عدة مساهمين من جهة، ومساهمته في رفع جودة ودقة عملية التنفيذ من خلال إشراك مقاولين متخصصين من جهة أخرى، ما يؤدي بالنتيجة إلى تنفيذ الصفقة العمومية على أحسن وجه.

ويختلف التعاقد من الباطن عن التنازل عن الصفقة العمومية في كون أن هذا الأخير يشكل إهدارا كاملا لفكرة الإعتبار الشخصي، بحيث يؤدي التنازل إلى إحلال شخص أجنبي محل المتعامل المتعاقد الأصلي في تنفيذ كامل موضوع الصفقة العمومية، على خلاف التعاقد من الباطن الذي يبقى فيه المتعامل المتعاقد الأصلي مسؤولا مسؤولا كاملة وشخصية اتجاه المصلحة المتعاقدة عن عملية التنفيذ برمتها، حتى بالنسبة للجزء أو الأجزاء الذي تعاقد بشأنها من الباطن، بحيث يمكنها أن توقع عليه الجزاءات المترتبة عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه، حتى ولو كان ذلك راجعا إلى المتعاقد من الباطن¹.

كما يختلف التعاقد من الباطن عن عقود العمل التي تجمع المتعاقد الأصلي بالمهندسين والفنيين والعمال اللذين يستعين بهم في عملية التنفيذ، واللذين يطلق عليهم مصطلح "مستخدمي المتعاقد الأصلي"، وذلك على أساس أن المتعاقد من الباطن يعمل بصفة مستقلة عن المتعاقد الأصلي ولا يخضع لإشرافه وتوجيهه، كما أن المتعامل المتعاقد الأصلي يكون مسؤولا عن أعمال المتعاقد من الباطن وفقا لقواعد المسؤولية العقدية المبنية على أساس العقد المبرم بينهما، وهذا على خلاف مستخدمي المتعامل المتعاقد الأصلي الذين يعملون تحت إشرافه وتوجيهه، كما يكون مسؤولا عنهم وفقا للقواعد الخاصة بمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه.

وأخيرا يختلف التعاقد من الباطن عن العقود التي يبرمها المتعاقد الأصلي مع الغير من أجل تسهيل مهمته في تنفيذ موضوع الصفقة العمومية، وذلك عن طريق تزويده بالمواد الأولية أو الأصناف المطلوب توريدها أو الحصول على الموارد المالية أو المعونة الفنية اللازمة لتنفيذ موضوع الصفقة العمومية، فمثل هذه العقود لا تؤدي إلى إشراك الغير مباشرة في تنفيذ الصفقة العمومية، وإنما يقتصر دورها على توفير العناصر المادية والمالية والفنية اللازمة لعملية التنفيذ، وفي هذا الصدد ينص المشرع

1- Jean DUFAU, op. cit., p.226.

اللائحي الجزائري في الفقرة الرابعة من المادة 11 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تحديد البناء والأشغال العمومية والنقل على أن: "السمرسة ممنوعة و لا تعتبر كسمسار المقاول الفرعية التي تتعهد باليد العاملة والتي يكون فيها المقاول الفرعي رئيسا للمؤسسة المهنية ومقيدا في سجل التجارة أو سجل المهن ومالكا محلا تجاريا".

وتكمن أهمية التمييز بين التعاقد من الباطن واتفاقات تسهيل تنفيذ الصفقة العمومية في أن هذه الأخيرة جائزة كأصل عام دون اشتراط الحصول على موافقة المصلحة المتعاقدة، وذلك تأسيسا على مبدأ حرية التعاقد في اختيار طريقة الوفاء بالتزاماته، إلا إذا نص القانون أو دفتر شروط الصفقة العمومية على منع مثل هذه الإتفاقات أو نص على ضرورة الحصول على موافقة المصلحة المتعاقدة بشأنها¹.

وقد تطورت فكرة التعاقد من الباطن في فرنسا حيث عرفت ظهور نوعين منها في عقود التوريد، النوع الأول هو التعاقد من الباطن المفروض، حيث تقوم المصلحة المتعاقدة بفرض متعاقد من الباطن على المتعاقد الأصلي، وهنا تخفف مسؤولية المتعاقد الأصلي عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه إذا ما أثبت أن هذا التقصير راجع إلى المتعاقد من الباطن المفروض، وغالبا ما يتم اللجوء إلى مثل هذا النوع من التعاقد من الباطن في عقود التوريد الصناعية التي تنصب على توريدات معقدة ومخصصة للإدارة فقط، كعقود تصنيع العتاد الحربي².

أما النوع الثاني من التعاقد من الباطن الذي ظهر في عقود التوريد في فرنسا فيتمثل في التعاقد من الباطن المعين أصلا " la sous-traitance principal nommé "، وما يميز هذا النوع أن المتعاقد من الباطن يعتبر بمثابة شريك للمتعاقد الأصلي في صفقة التوريد المبرمة مع المصلحة المتعاقدة، بحيث يلزم بالتضامن مع المتعاقد الأصلي بتنفيذ موضوعها³.

وقد أقر المشرع اللائحي الجزائري التعاقد من الباطن من خلال الفقرة الأولى من المادة 140 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والتي تنص على أنه: "يمكن المتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة منح تنفيذ جزء من الصفقة لمناول بواسطة عقد مناولة، حسب الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم"، غير أنه اشترط أن يكون التعاقد من الباطن في حدود 40% من

1- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص. 241.

2- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص. 84.

3- نصري منصور نابلسي، المرجع نفسه، ص. 84.

المبلغ الإجمالي للصفقة العمومية وفقا لما نصت عليه الفقرة الثانية من ذات المادة، كما استثنى في الفقرة الثالثة منها صفقات اللوازم العادية من التعاقد من الباطن، ويقصد بها اللوازم الموجودة والتي هي غير مصنعة استنادا إلى مواصفات تقنية خصوصية أعدتها المصلحة المتعاقدة مسبقا".

وتترتب على التعاقد من الباطن - أو عقد المناولة كما اصطلح عليها المشرع اللائحي الجزائري في المادة 140 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام - مجموعة من الآثار القانونية يمكن تقسيمها إلى نوعين، النوع الأول يترتب في حالة موافقة المصلحة المتعاقدة على التعاقد من الباطن، أما النوع الثاني فيترتب في حالة عدم موافقتها على هذا التعاقد.

ففيما يتعلق بالنوع الأول من الآثار القانونية، فتتضمن المادة 141 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أن: "المتعامل المتعاقد هو المسؤول الوحيد تجاه المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ جزء الصفقة المتعامل فيها بالمناولة"، وهذا يعني بقاء مسؤولية المتعامل المتعاقد الأصلي قائمة حتى بالنسبة للجزء الذي تعاقد بشأنه من الباطن، وهذا حتى ولو لم ينص عليها في دفتر الشروط، ومن أجل إعفائه من هذه المسؤولية لا بد من النص صراحة على ذلك في الصفقة العمومية¹.

ومن ثم فإن المتعامل المتعاقد الأصلي يكون مسؤولا مسؤولية كاملة وشخصية عن كل تقصير صادر عن المتعامل المتعاقد من الباطن²، سواء تمثل هذا التقصير في تأخره عن تنفيذ الجزء المعهود إليه أو لم ينفذه بالشكل المحدد في دفتر الشروط³.

وبالنسبة لعلاقة المصلحة المتعاقدة بالمتعامل المتعاقد من الباطن، فإن موافقتها على التعاقد من الباطن لا تنشئ أية علاقة عقدية بينهما، وكل ما يترتب على هذه الموافقة إضفاء صفة المشروعية على التعاقد من الباطن، وبالتالي لا يمكنها الاعتراض عليه فيما بعد، وإلا ارتكبت خطأ عقديا يوجب مسؤوليتها بالتعويض اتجاه المتعامل المتعاقد الأصلي⁴.

1- Abdelkader CHAITAOUI, La sous-traitance dans les marchés publics : Etude comparative entre la France et l'Algérie, El-Hakika Review, n° 42, Université d'Adrar, Algérie, 2017, p.27.

2- نفس المعنى ورد في الفقرة الثانية من المادة 11 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

3- Art 01 de la Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, JORF du 03 janvier 1976. Modifier par la Loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (M.U.R.C.E.F.), JORF n°288 du 12 décembre 2001.

4- Laurent Richer, op. cit., P.461.

وبناء على ما سبق فإن دفع المقابل المالي في فرنسا كان يتم في البداية لمصلحة المتعاقد الأصلي حتى بالنسبة للأعمال المنفذة من طرف المتعاقد من الباطن، غير أن هذا الوضع قد تغير بموجب قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 10 فيفري 1997 في قضية " SEM Equipement et aménagement de l'Aude " والذي استند إلى القانون رقم 75-1334 المتعلق بالتعاقد من الباطن، حيث تقرر بناء عليه مبدأ دفع المقابل المالي مباشرة إلى المتعاقد من الباطن الثاني شرط الحصول على موافقة المصلحة المتعاقدة، كما تنص المادة 135 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي على هذا المبدأ¹، وبالتالي فإن العلاقة بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد من الباطن أصبحت - وفقاً للقوانين الفرنسية الحديثة - علاقة مالية تتمثل في دفع المستحقات المالية له بصفة مباشرة بدون الحاجة إلى تدخل المتعاقد الأصلي، وهذا حماية للمتعاقد من الباطن من إفلاس المتعاقد الأصلي².

وهو نفس التوجه الذي أخذ به المشرع اللائحي الجزائري، حيث تنص الفقرة الثانية من المادة 143 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه: "... ويقبض المناول المعتمد وفق الشروط المذكورة سابقاً، مستحقاته مباشرة من المصلحة المتعاقدة، بعنوان الخدمات المنصوص عليها في الصفقة التي تكفل بتنفيذها، حسب كفاءات تحدّد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية"³.

وتعتبر مسؤولية المتعاقد من الباطن اتجاه المصلحة المتعاقدة مسؤولية تقصيرية، وهذا لانتفاء العلاقة العقدية المباشرة، وتثار هذه المسؤولية في حالة ارتكابه أخطاءاً جسيمة أثناء تنفيذ الجزء المعهود إليه، كإخلاله بالقواعد الفنية الواجب مراعاتها أثناء التنفيذ⁴.

أما العلاقة التي تجمع المتعاقد من الباطن بالمتعاقد الأصلي فهي علاقة عقدية مباشرة تخضع لقواعد القانون الخاص، وهذا بالرغم من أنها تتعلق بتنفيذ جزء من موضوع صفقة عمومية أحد طرفيها الإدارة، وبالرغم من موافقة هذه الأخيرة على هذا التعاقد. وبالتالي فإن المتعاقد من الباطن يكون مسؤولاً أمام المتعاقد الأصلي مسؤولية عقدية عن أي إخلال في تنفيذ الجزء المعهود إليه، وهذه

1- « Lorsque le montant du contrat de sous-traitance est égal ou supérieur à 600 euros TTC, le sous-traitant, qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par l'acheteur, est payé directement, pour la partie du marché public dont il assure l'exécution ». Art 135 alinéa I du décret n°2016-360 du 25/03/2016 relatif aux marchés publics français.

2- Laurent Richer, op. cit., P.461.

3- حمامة قدوج، المرجع السابق، ص.234.

4- Laurent Richer, op. cit., p.461.

المسؤولية قائمة على أساس العقد المبرم بينهما، وفي حالة وجود منازعات تتعلق بهذا العقد فإنه يتم اللجوء إلى القضاء العادي وليس الإداري¹.

ويرى بعض الفقه ضرورة توسيع هذه العلاقة الموجودة بين المتعاقد من الباطن والمصلحة المتعاقدة من مجرد علاقة مالية إلى علاقة قانونية كاملة ومباشرة، إذ ليس من العدل تسوية المستحقات المالية للمتعاقد من الباطن بشكل مباشر من طرف المصلحة المتعاقدة، وعدم إقرار مسؤوليته المباشرة عن تنفيذ الجزء المعهود إليه أمامها في المقابل، والإكتفاء فقط بمسؤولية المتعاقد الأصلي، فكان من الأجدر النص على أن المسؤولية تكون بالتضامن فيما بينهما عن تنفيذ هذا الجزء الذي كان محلا للتعاقد من الباطن².

أما فيما يخص النوع الثاني من الآثار القانونية للتعاقد من الباطن، والمتعلقة بحالة عدم موافقة المصلحة المتعاقدة على هذا التعاقد، والتي قد تتحقق بتقديم طلب من طرف المتعاقد الأصلي إلى المصلحة المتعاقدة من أجل الموافقة على التعاقد من الباطن وقيام هذه الأخيرة برفضه، أو بإقدام المتعاقد الأصلي على التعاقد من الباطن دون إعلام المصلحة المتعاقدة أصلا، فإن هذا التعاقد لا ينشئ أية علاقة عقدية أو مالية بينها وبين المتعاقد من الباطن، وبالتالي يبقى المتعاقد الأصلي هو المسؤول الوحيد والمباشر عن كامل عملية التنفيذ، ويشكل هذا التعاقد خطأ عقديا جسيما من جانب المتعاقد الأصلي، ما يبرر توقيع جزاءات إدارية قاسية عليه قد تصل إلى حد فسخ الصفقة العمومية وتنفيذها على حسابه³، وهذا سواء نص على هذا الجزاء في دفتر الشروط أو لم ينص عليه، لأن حق المصلحة المتعاقدة في توقيعه نابع من طبيعة العقد الإداري ذاته، إضافة إلى أنه من حق المصلحة المتعاقدة مطالبة المتعاقد الأصلي بالتعويض عن كل الأضرار اللاحقة بها جراء ارتكابه لهذا الخطأ العقدي على أساس المسؤولية العقدية.

وفي هذا الصدد تنص الفقرة الثانية من المادة 143 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري، على أن يحظى اختيار المتعاقد من الباطن من طرف المتعاقد الأصلي - أو كما اصطلح عليه المشرع اللائحي الجزائري بمصطلح "المناول" - وشروط التعاقد من الباطن المتعلقة بالدفع وجوبا بموافقة المصلحة المتعاقدة المسبقة والكتابية، وذلك بعد تأكدها من عدم

1- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.93.

2- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.246.

أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.95.

3- C.E, Arrêt du 13 mars 1937 (Pradelle).

تواجهه ضمن حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية الواردة في المادة 75 من هذا المرسوم، وبعد تأكدها أيضا من قدراته المهنية والتقنية والمالية.

واستنادا إلى المادة الثالثة من القانون رقم 75-1334 المتعلق بالتعاقد من الباطن في فرنسا، فإن المتعاقد الأصلي يجب عليه الحصول على موافقة المصلحة المتعاقدة على التعاقد من الباطن¹. و قد تتم هذه الموافقة قبل الشروع في تنفيذ الصفقة العمومية أو أثناء عملية التنفيذ، وقد تكون الموافقة ضمنية كصدور إشارة بالموافقة من المصلحة المتعاقدة². كما تنص المادة 114 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي على أن سكوت المصلحة المتعاقدة لمدة 21 يوما من تاريخ تقديم الطلب الكتابي من طرف المتعاقد من أجل الحصول على الموافقة المسبقة منها على التعاقد من الباطن، يعتبر بمثابة موافقة ضمنية عليه³.

وعلى ضوء عدم علمنا بوجود قرارات قضائية ذات صلة صادرة عن مجلس الدولة الجزائري، نستأنس بما ذهب إليه القضاء الإداري المصري، وفي هذا الصدد أكدت محكمة القضاء الإداري في مصر على فكرة الإعتبار الشخصي في تنفيذ التزامات المتعاقد، واعتبرت التعاقد من الباطن المبرم بدون موافقة الإدارة المتعاقدة باطلا بطلانا مطلقا لتعلقه بالنظام العام، كما قررت بأنه يشكل خطأ عقديا جسيما من جانب المتعاقد الأصلي⁴، وهو ما أيده المحكمة الإدارية العليا في مصر⁵.

وعلى الرغم من عدم وجود أية رابطة تعاقدية بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد من الباطن، إلا أنه يمكن لهذا الأخير الرجوع على المصلحة المتعاقدة فيما يتعلق بالجزء الذي نفذه في إطار التعاقد من

1- « L'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage ; l'entrepreneur principal est tenu de communiquer le ou les contrats de sous-traitance au maître de l'ouvrage lorsque celui-ci en fait la demande ». Art 3 alinéa 1 de la loi n°75-1334 du 31/12/1975 relative à la sous-traitance

2- C.E. 25 novembre 1983, Soc. Entreprise générale de peinture réquesse. أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.94.

3- « Le silence de l'acheteur gardé pendant vingt-un jours à compter de la réception des documents mentionnés aux 2° et 3° vaut acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement ». Art 134 alinéa 4 du décret n°2016-360 du 25/03/2016 relatif aux marchés publics en France.

4- حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، الطعن رقم 16، س 11 ق، جلسة 1957/01/27. أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.96.

5- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 3596، س 36 ق، جلسة 1997/11/25. أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع نفسه، ص.96.

الباطن، وهذا على أساس فكرة الإثراء بلا سبب إذا توفرت شروط تطبيقها، كما يمكنه مطالبتها بديون مدينه التي عليها على أساس نظرية حوالة الدين المعروفة في قواعد القانون الخاص¹.
أما فيما يتعلق بآثار التعاقد من الباطن غير المرخص به على العلاقة التي تجمع المتعاقد الأصلي بالمتعاقد من الباطن فهي نفسها المترتبة على التعاقد من الباطن المرخص به، فتبقى علاقتهما عقدية خاضعة لأحكام القانون الخاص، ويرجع الفصل في المنازعات الناشئة عنها إلى اختصاص القضاء العادي.

رابعاً: الإستعانة بالغير لتنفيذ الصفقة العمومية

عادة ما يحتاج المتعاقد مع الإدارة في تنفيذه للصفقة العمومية إلى إبرام اتفاقات مع الغير من أجل الحصول على المساعدة المالية أو الفنية التي تسهل عليه عملية التنفيذ، كإبرام اتفاق مع مورد ما من أجل تزويده بالمواد الأولية التي تتطلبها عملية التنفيذ.
والاستعانة بالغير من أجل تنفيذ الصفقة العمومية لا تشكل خرقاً لفكرة الاعتبار الشخصي، لأن المتعاقد الأصلي هنا لا يتنازل عن عملية التنفيذ بصفة كلية أو جزئية، وإنما يستعين فقط بالخبرات الفنية والموارد المالية اللازمة لعملية التنفيذ، وهذا تحت إشرافه ومسؤوليته الكاملة².
وهذه الاتفاقات لا تحتاج إلى الموافقة المسبقة من المصلحة المتعاقدة، لأنها تستند إلى مبدأ حرية التعاقد في اختيار أسلوب الوفاء بالتزاماته، إلا إذا نص في دفتر شروط الصفقة العمومية على منعها أو على ضرورة الحصول بشأنها على إذن مسبق من المصلحة المتعاقدة.
وفي ظل عدم علمنا بوجود قرارات قضائية ذات صلة صادرة عن مجلس الدولة الجزائري، نستأنس بما ذهب إليه القضاء الإداري المصري، حيث اعتبرت المحكمة الإدارية العليا في مصر أنه:
" لا يسوغ القول بأن يقوم المتعهد الأصلي بتنفيذ التزاماته وحده، من غير الاستعانة بمجهودات غيره في أعمال التنفيذ وإلا وضع أمام استحالة مطلقة، وإنه بالبناء على ما تقدم، وإذ جرى العرف على السماح بهذه الاستعانة في الحدود المقررة والجاززة في العقود الإدارية..."³.

1- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.244.

2- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.99.

3- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، س 16 ق، جلسة 1966/05/14. أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.99.

الفرع الثالث: وفاة المتعامل المتعاقد مع الإدارة أو إفلاسه

نظرا للدور الهام الذي تلعبه فكرة الاعتبار الشخصي في تنفيذ الصفقات العمومية، فإن وفاة المتعاقد مع الإدارة أو إفلاسه أثناء عملية التنفيذ يطرحان إشكالا كبيرا فيما يتعلق بمآل هذه الصفقة، وهو ما ينعكس سلبا على مبدأ سير المرفق العام بانتظام واضطراد. لذا وجب علينا التعرض إلى مسألة تنفيذ الصفقة العمومية في حالة وفاة المتعاقد مع الإدارة أولا، ثم التطرق بعدها إلى تأثير إفلاس المتعاقد مع الإدارة أو تعرضه للتسوية القضائية على عملية التنفيذ.

أولا: تنفيذ الصفقة العمومية عند وفاة المتعامل المتعاقد مع الإدارة

إن موقف المشرع اللائحي الجزائري بالنسبة لحالة وفاة المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ الصفقة العمومية واضح وصريح منذ البداية، حيث تنص المادة 37 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل في فقرتها الأولى على أنه: "يفسخ العقد بقوة القانون وبدون تعويض في حالة وفاة المقاول، باستثناء الحالة التي تقبل فيها الإدارة العروض التي قد يتقدم بها إليها ورثته لتكميل الأشغال"، وهذا على خلاف مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 15-247 الذي خلا من أية إشارة إلى هذه الحالة، ولكن بالرغم من ذلك يمكن تطبيق المادة سابقة الذكر على مثل هذه الحالة.

غير أن المشرع اللائحي الجزائري لم يتعرض إلى الحالة التي يتم فيها إبرام الصفقة العمومية مع عدة متعاقدين وتوفي أحدهم، وهنا يرى الفقه ضرورة التفصيل في بنود هذه الصفقة بين ما إذا نصت على وجود تضامن بين هؤلاء المتعاقدين، أو أنها حددت لكل متعاقد إلتزامات معينة ومستقلة عن الإلتزامات باقي المتعاقدين، فبالنسبة للحالة الأولى فإن المصلحة المتعاقدة تستمر مع باقي المتعاقدين في تنفيذ موضوع الصفقة على أساس أنهم مسؤولون مسؤولية تضامنية فيما بينهم عن إتمام عملية تنفيذ، و يبقى لهم حرية الاتفاق مع ورثة المتعاقد المتوفى حول هذا الموضوع، أما في الحالة الثانية فللمصلحة المتعاقدة حق فسخ الصفقة العمومية أو الاتفاق مع الورثة على الاستمرار في تنفيذ الإلتزامات مورثهم¹. وإضافة إلى ما سبق فإن المشرع اللائحي الجزائري لم يتعرض أيضا إلى حالة انحلال الشركة المتعاقدة مع الإدارة، وهي حالة تتشابه كثيرا مع حالة الوفاة، وهنا يرى الفقه بأنه ما دامت الشركة كشخص معنوي ليس لها ورثة، فإن انحلالها يؤدي مباشرة إلى فسخ الصفقة العمومية بقوة القانون،

1- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.237.

مع مراعاة أنه في خلال فترة التصفية تبقى الشركة قائمة قانونا، ويقع على عاتقها الاستمرار في عملية التنفيذ خلال هذه الفترة إلا إذا نص في دفتر الشروط صراحة على خلاف ذلك¹.

وإذا كان موقف مجلس الدولة الجزائري غير معروف في هذه المسألة، فإن مجلس الدولة الفرنسي عادة ما يرجع في حالة وفاة المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري إلى دفاتر الشروط لكي يرتب الآثار الناتجة عن هذه الواقعة، فإن لم يجد فيها أي إشارة إلى هذه المسألة فإنه غالبا ما يرجح حق المصلحة المتعاقدة في فسخ هذا العقد، أو الاتفاق مع الورثة على الاستمرار في تنفيذ ما تبقى من التزامات مورثهم إذا لم تر ضرورة في فسخ العقد².

وتنص المادة 46 من دفتر الشروط الإدارية العامة الفرنسي المطبق في مجال عقود الأشغال العامة في فقرتها الأولى على أنه في حالة وفاة المتعاقد يفسخ العقد قانونيا إلا في حالة قبول الإدارة العرض المقدم من الورثة لإتمام تنفيذ العقد³. كما ورد في الفقرة الأولى من المادة 30 من دفتر الشروط الإدارية العامة في فرنسا المطبق في مجال عقود التوريد أنه في حالة وفاة المتعاقد أو فقدانه لأهليته، فإن ورثته أو من يتولون سلطة الوصاية عليه، يستمرون في تنفيذ العقد، غير أنه يجوز للوزير المختص أن يصدر قرارا بفسخ العقد بناء على طلب الورثة، أو إذا ارتأى أن حسن تنفيذ العقد يستند إلى الكفاءة الشخصية للمتعاقد المتوفي⁴.

أما في مصر فتنص المادة 103 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018 على الإجراء الواجب الاتباع في حالة وفاة المتعاقد مع الإدارة، حيث قضت بأنه: " في حالة وفاة المتعاقد أثناء تنفيذ العقد، يحق للجهة الإدارية إنهاء العقد ورد التأمين النهائي للورثة ما لم يكن لها مطالبات قبل المتعاقد.

1- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.105.

2- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة -، المرجع السابق، ص.427.

3- « En cas de décès ou d'incapacité civile du titulaire, le représentant du pouvoir adjudicateur peut résilier le marché ou accepter sa continuation par les ayants droit ou le curateur. Un avenant de transfert est établi à cette fin ». Art 46 alinéa 1.1 du l'arrêté du 08 septembre 2009 portant approbation du C.C.A.G. français applicables aux marchés publics de travaux, JORF n°0227 du 1 octobre 2009.

4- « En cas de décès ou d'incapacité civile du titulaire, le pouvoir adjudicateur peut résilier le marché ou accepter sa continuation par les ayants droit ou le curateur. Un avenant de transfert est établi à cette fin ». Art 30 alinéa 1 du l'arrêté du 19 janvier 2009 portant approbation du C.C.A.G. français applicables aux marchés publics de fournitures courantes et services, JORF n°0240 du 16 octobre 2009.

وتشكل بقرار من السلطة المختصة لجنة لحصر الأعمال المنجزة وتكلفتها وتحديد المبالغ المنصرف حتى تاريخ الوفاة والمبالغ المتبقية في العقد، ويدعى لحضور أعمال اللجنة ممثل عن ورثة المتوفي. ويجوز السماح للورثة أو ممثلهم حال تقديمه طلب بذلك وتوافر المقدرة الفنية والمالية للإستمرار في تنفيذ العقد بالشروط والمواصفات ذاتها المحددة به، شريطة أن يعينوا عنهم وكيلًا خلال فترة لا تتجاوز شهرا من تاريخ الوفاة لإتمام الجزء غير المنفذ من العقد، وفي حالة عدم مقدرتهم أو عدم رغبتهم في إتمام العقد يتم محاسبتهم وتنفيذ الجزء المتبقي عن طريق طرح عملية أخرى وفقا لأحكام القانون وهذه اللائحة.

أما إذ كان العقد مبرما مع أكثر من متعاقد كشريك وتوفى أحدهم جاز للجهة الإدارية إنهاء العقد مع رد التأمين النهائي ما لم يكن لها مطالبات أو السماح لبقية الشركاء بتنفيذ بنود العقد. وفي جميع الحالات يكون إنهاء العقد دون الحاجة إلى اتخاذ أي إجراءات أخرى أو الإلتجاء إلى القضاء¹.

وبناء على ما سبق يتبين لنا أن الوفاة لا تؤدي بذاتها إلى فسخ الصفقة العمومية بقوة القانون، ولكنها تمنح للمصلحة المتعاقدة حق الاختيار بين الفسخ إذا ما ارتأت أن شخصية المتعاقد المتوفي محل اعتبار كبير في عملية تنفيذ، أو السماح للورثة في الاستمرار في التنفيذ².

ثانيا: تنفيذ الصفقة العمومية في حالة إفلاس المتعامل المتعاقد مع الإدارة أو إعساره

قد يصدر أثناء تنفيذ الصفقة العمومية حكم قضائي يقرر فيه الحكم بإفلاس المتعاقد مع الإدارة أو خضوعه للتسوية القضائية، وهو ما يترتب عنه مجموعة من الآثار القانونية تتمثل أساسا في غل يده عن التصرف في أمواله وعدم إقرار جميع التصرفات القانونية التي قام بها في الفترة ما بين تاريخ توقفه عن الدفع وتاريخ صدور الحكم بإفلاسه.

وفي ظل غياب قرارات قضائية ذات صلة بالموضوع صادرة عن مجلس الدولة الجزائري، نستأنس بما ذهب إليه القضاء الإداري في فرنسا، حيث يرجع مجلس الدولة الفرنسي في هذه الحالة إلى دفتر شروط العقد من أجل معرفة أثر الحكم بإفلاس أو إعسار المتعاقد مع الإدارة على مصير هذا العقد، فإذا لم يجد أية إشارة إلى هذه الحالة فإنه يمنح للمصلحة المتعاقدة حرية الاختيار بين فسخ

1- قرار وزير المالية المصري رقم 692 لسنة 2019 يتضمن اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، جريدة الوقائع المصرية عدد 244 تابع (ب) صادرة بتاريخ 31 أكتوبر 2019.
2- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.103.

العقد إذا قدرت أن المصلحة العامة تقتضي ذلك، وإلا قررت الاستمرار في تنفيذ العقد مع الوكيل المتصرف القضائي¹.

وقد ورد في الجزء الثاني من الفقرة الأولى من المادة 46 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على الأشغال العمومية في فرنسا بأن فسخ العقد في حالة إفلاس المتعاقد أو إعساره لا يتم إلا بعد توجيه إعدار إلى المتصرف القضائي في حالة التسوية القضائية أو المصفي في حالة الإفلاس²، وهذا يعني أنه في حالة ما إذا أعلن المتصرف القضائي أو المصفي عن نيته في الاستمرار في تنفيذ العقد فإنه على الإدارة المتعاقدة الاستجابة إلى هذا المطلب وعدم المبادرة إلى فسخ العقد.

وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ 10 جويلية 1987 في قضية "C.N.R.S" أنه في حالة فسخ عقد الأشغال العامة على إثر التصفية القضائية، فإن المتعاقد مع الإدارة يعفى من تحمل التكاليف المالية الضخمة للعقود التي تبرمها الإدارة في سبيل تنفيذ العقد³.

أما المشرع المصري فقد قرر في الفقرة الأولى بند 3 من المادة 50 من القانون رقم 182 لسنة 2018 المتضمن قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة بأن إفلاس المتعاقد مع الإدارة أو إعساره يؤديان بقوة القانون إلى فسخ العقد، ولا تملك الإدارة في هاتين الحالتين حرية الاختيار بين فسخ العقد أو الاستمرار في عملية التنفيذ مع دائني المتعاقد معها. وهذا ما أكده القضاء الإداري في مصر، حيث قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكم صادر لها صادر بتاريخ 25 نوفمبر 1997 أنه: " تقديرا من المشرع لطبيعة العقود الإدارية وصلتها بالمرفق العام تم التركيز على الجانب الشخصي للمتعاقد مع الإدارة وحسن سمعته ومقدرته الفنية والمالية.... إذا حدث ما يمس تلك

1- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة -، المرجع السابق، ص.429.

2- « En cas de redressement judiciaire, le marché est résilié, si après mise en demeure de l'administrateur judiciaire, dans les conditions prévues à l'article L. 622-13 du code de commerce, ce dernier indique ne pas reprendre les obligations du titulaire.

En cas de liquidation judiciaire du titulaire, le marché est résilié si, après mise en demeure du liquidateur, dans les conditions prévues à l'article L. 641-10 du code de commerce, ce dernier indique ne pas reprendre les obligations du titulaire.

La résiliation, si elle est prononcée, prend effet à la date de l'évènement. Elle n'ouvre droit, pour le titulaire, à aucune indemnité ». Art 46 alinéa 1.2 du l'arrêté du 08 septembre 2009 portant approbation du C.C.A.G. applicables aux marchés publics de travaux.

3- « Considérant, d'une part, que la résiliation de plein droit qui intervient en cas de mise en règlement judiciaire de l'entrepreneur en application de l'article 37 du cahier des clauses administratives générales applicable au marché, a rompu tout lien entre les contractants et interdisait de ce fait au maître de l'ouvrage de faire supporter à l'entrepreneur défaillant les conséquences onéreuses des marchés qu'il a dû passer avec d'autres entreprises pour achever les travaux confiés à la Société Stribick » C.E, Arrêt du 10 juillet 1987 (C.N.R.S.), n°60843, www.legifrance.gouv.fr, vu le 26/01/2017.

الإعتبرات كان للإدارة فسخ العقد الإداري، وفي حالات معينة أوجب المشرع فسخ العقد ومصادرة التأمين في حالات إفلاس وإعسار المتعاقد مع الإدارة...."¹.

أما بالنسبة للمنظم الجزائري فقد قرر لحالة إعسار المتعامل المتعاقد أو إفلاسه نفس الحكم المطبق على حالة وفاة المتعاقد مع الإدارة، وذلك وفقا لما نصت عليه المادة 37 في فقرتها الثانية من دفتر الشروط الإدارية العامة، حيث جاء في فحواها بأنه: "أ- يفسخ العقد كذلك بحكم القانون وبدون تعويض، في حالة إفلاس المقاول وباستثناء الحالة التي تقبل بها الإدارة العروض التي يمكن أن يتقدم بها وكيل دائني التفليسة لمتابعة المقاول وذلك في الحالة التي تسمح له فيها المحكمة بمتابعة استغلال المشغل.

ويفسخ العقد كذلك في حالة التسوية القضائية التي لا يسمح فيها للمقاول بمتابعة استغلال مشغله.
ب- و على كل، تتخذ الإدارة تلقائيا وعلى عهدة المقاول التدابير الاحتياطية أو التأمينية، التي يتجلى أمر استعجالها بانتظار قرار المحكمة النهائي".

وتجدر الإشارة في هذا الإطار إلى أن مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري لم يتضمن أية حلول بالنسبة لحالة إعسار المتعامل المتعاقد أو إفلاسه ما يستوجب معه تدخل المشرع اللائحي الجزائري من أجل تدارك هذا النقص.

وعليه فإن المصلحة المتعاقدة تملك حرية الاختيار بين فسخ الصفقة العمومية وتنفيذها على حساب المتعاقد معها في حالة إفلاسه أو إعساره، وذلك متى قدرت أن شخصيته محل اعتبار كبير في عملية التنفيذ، وأن المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام يقتضيان تنفيذ الصفقة من طرفه بصفة شخصية، وإلا وافقت على الإستمرار في التنفيذ مع وكيل التفليسة إذا توفرت شروط ذلك²، والمتمثلة خصوصا في إلزامية الحصول على إذن المحكمة من طرف وكيل التفليسة بمتابعة التنفيذ في محل المتعاقد المفلس أو المعسر³، شرط أن لا يكون الإفلاس نتيجة غش أو تدليس من طرفه، لأن الإفلاس في هذه الحالة يشكل جريمة يعاقب عليها القانون⁴.

1- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 3596، س 36 ق، جلسة 1997/11/25. أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.108.

2- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.238.

3- تنص الفقرة الثانية من المادة 277 من الأمر 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن ق.أ.ج المعدل والمتمم على أنه: " في حالة الإفلاس، إذا ارتأى وكيل التفليسة استغلال المحل التجاري، لا يكون له هذا إلا بعد إذن المحكمة بناء على تقرير القاضي المنتدب بإثبات أن المصلحة العامة أو مصلحة الدائنين تقضي ضرورة ذلك".

4- أنظر المادة 383 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 08 يونيو 1966 المتضمن ق.أ.ج المعدل والمتمم.

المطلب الثاني: سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة والتوجيه

تتميز العقود الإدارية بصفة عامة والصفقات العمومية بصفة خاصة عن عقود القانون الخاص بكونها تتعلق بالمصلحة العامة، وهذا باعتبارها كوسيلة لضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، ولذلك عادة ما تسعى المصلحة المتعاقدة إلى أن يكون تنفيذها في مستوى هذا التطلع. وفي سبيل تحقيق هذا المسعى تملك الإدارة سلطة مراقبة وتوجيه المتعاقد معها أثناء تنفيذه للصفقات العمومية، وتعتبر هذه السلطة أكثر من حق بالنسبة للمصلحة المتعاقدة، حيث تصبح واجبا عليها لا يمكنها التنازل عنها بأي شكل من الأشكال¹، وذلك من أجل تحقيق الأهداف والغايات المرجوة من تنفيذ الصفقات العمومية، فما هو مفهوم هذه السلطة وما هي حدودها؟، وما هو الأساس القانوني التي تتركز عليه؟، وكيف يمكن ممارستها؟

الفرع الأول: مفهوم سلطة الرقابة والتوجيه وأساسها القانوني

إن موضوع ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطتها في الرقابة والتوجيه على المتعامل المتعاقد معها أثناء عملية التنفيذ قد يحمل في طياته بعض الآثار السلبية التي قد تشكل ضررا عليه، ولذا وجب علينا أولا تحديد مفهوم هذه السلطة، ومن ثم نتعرض للأساس القانوني الذي تتركز عليه.

أولا: مفهوم سلطة الرقابة والتوجيه

إن مفهوم سلطة الرقابة والتوجيه في مجال الصفقات العمومية قد يضيق وقد يتسع، فهو قد يضيق ليقصر فقط على سلطة الرقابة والإشراف، وقد يتسع ليشمل أيضا سلطة التوجيه². ويقصد بسلطة الرقابة والإشراف تحقق الإدارة من أن المتعامل المتعاقد معها يقوم بتنفيذ التزاماته العقدية على النحو المتفق عليه³، ويكون ذلك عن طريق الأعمال المادية والقانونية التي تقوم بها المصلحة المتعاقدة أو ممثليها من أجل التأكد بأن عملية تنفيذ الصفقة العمومية تتم وفقا للقوانين المعمول بها وطبقا للمواصفات الفنية والتقنية التي تضمنتها بنود دفتر الشروط⁴.

1- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة -، المرجع السابق، ص.433.
2- إسماعيل هبة، تنفيذ الصفقات العمومية والرقابة الخارجية عليها، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية -جامعة وهران (الجزائر)، 2017، ص.07.
3- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، ط 5، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص.07.
4- مفتاح خليفة عبد الحميد؛ حمد محمد حمد الشلحاني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2008، ص.132.

وتتم ممارسة سلطة الرقابة والإشراف في صورة أعمال مادية يجريها المهندسون والفنيون التابعون للمصلحة المتعاقدة، وذلك عن طريق زيارات ميدانية لورشات العمل من أجل التأكد من سلامة المواد المستعملة في التنفيذ وجودتها عن طريق الفحص والاختبار، ومن أجل الإطلاع أيضا على نوعية المستخدمين وكفاءتهم المهنية، لاسيما في الصفقات التي تتطلب خبرة فنية وتقنية عاليتين¹، كما تتم ممارسة سلطة الرقابة والإشراف عن طريق استلام بعض الوثائق من المتعامل المتعاقد للإطلاع عليها وفحصها من أجل التأكد من مدى مطابقتها للقوانين المعمول بها في هذا المجال، كما قد تكون هذه الممارسة الرقابية في شكل إجراء تحريات وتحقيقات للتأكد من أن العمل يسير وفقا للمواصفات والشروط المحددة في دفتر الشروط².

كما قد تمارس سلطة الرقابة والإشراف في شكل أعمال قانونية، كالتعليمات والأوامر التنفيذية أو الإعذارات التي توجهها المصلحة المتعاقدة للمتعاقد معها من أجل إصلاح عيوب التنفيذ المخالفة لما هو مقرر ومنصوص عليه في دفتر الشروط، والتي تمت معاينتها أثناء المراقبة الميدانية³. وإضافة إلى ما سبق قد يتسع مجال ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه من طرف المصلحة المتعاقدة ليشمل توجيه المتعاقد معها أثناء تنفيذه للصفقة العمومية (pouvoir de direction)⁴، وهنا لا تكفي المصلحة المتعاقدة بمجرد التأكد من مطابقة عملية التنفيذ لما هو مقرر في دفتر الشروط، وإنما تتجاوز ذلك إلى حد التغيير في طرق التنفيذ المتبعة من طرف المتعامل المتعاقد، وهذا من خلال فرض أنسب وأنجع الأساليب التي تؤدي إلى التنفيذ الجيد لموضوع الصفقة العمومية⁵. ويقصد بسلطة المصلحة المتعاقدة في توجيه المتعاقد معها أثناء عملية التنفيذ حقها في التدخل لتغيير أساليب وطرق التنفيذ التي يتبعها المتعاقد معها، وهذا إذا ارتأت أن هذه الأخيرة لا تؤدي إلى

1- محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص.591.

2- ربيحة سبكي، سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية -جامعة مولود معمري - تيزي وزو (الجزائر)، 2013، ص.15.

3- عصام بنحس، سلطات الإدارة أثناء تنفيذ الصفقات العمومية من خلال فقه قضاء المحكمة الإدارية، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق - جامعة صفاقص - (تونس)، عدد 19، 2012، ص.36.

4- Ahmed MAHIOU, Cours d'Institutions Administratifs, 3^{ème} E.D., Office Des Publication Universitaires, Algérie, 1981, p.248.

5- Aiad SHWEKAT, Les droits et les obligations des parties aux contrats administratif dans les droits français et libyen -Etude comparative-, Thèse en vue de l'obtention du doctorat, Université de TOULOUSE, France, 2016, p.61.

تحقيق الأهداف المرجوة من وراء تنفيذ الصفقة العمومية، وذلك بشرط أن لا تكون هذه الأساليب المتبعة من طرفه منصوص عليها صراحة في دفتر الشروط¹.

وتمارس المصلحة المتعاقدة سلطتها في توجيه المتعاقد معها في شكل أعمال قانونية، وذلك عن طريق إصدار أوامر وتعليمات تتضمن إلزام المتعاقد معها بتغيير أسلوب التنفيذ المتبع من طرفه، واتباع الأسلوب الوارد في هذه الأوامر والتعليمات التنفيذية².

والرقابة بمفهومها الواسع والضييق حق معترف به للمصلحة المتعاقدة حتى ولو لم ينص عليه في دفتر الشروط³، كما لا يمكنها التنازل عنه مسبقاً تحت أي طائلة لأنه يعتبر من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على مخالفته، فهذا الحق لم يقرر لفائدة المصلحة المتعاقدة إلا من أجل حماية المال العام وضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، كما أنه يدخل في إطار مسؤوليتها كسلطة عامة عن حسن إدارة المرفق العام⁴.

وسلطة الرقابة والاشراف بالمعنى السابق مرادفة لحق الرقابة والإشراف المسلم به للمتعاقدين في مجال عقود القانون الخاص، والذي عادة ما يشكل تمهيداً لتسلم العمل عند إتمامه، كما أنه يكمل رقابة الفحص اللاحق عند التسليم النهائي للعمل⁵، وهذا خلافاً لسلطة التوجيه المعترف بها للمصلحة المتعاقدة حتى في غياب النص عليها في دفتر الشروط، إذ أن هذه السلطة لا يمكن التسليم بها للمتعاقد في ظل عقود القانون الخاص إلا إذا نص عليها في بنود العقد أو قررها القانون⁶.

و تختلف سلطة الرقابة والتوجيه عن بعض التصرفات الصادرة عن الإدارة، والتي تشبهها إلى حد كبير يمكن أن تتداخل معها، ولذا كان من الضروري التمييز بينهما لدفع الغموض والإبهام، وذلك بإبراز أوجه التشابه والاختلاف بينها وبين هذه التصرفات نظراً لاختلاف الآثار القانونية المترتبة عنها.

1- Martine LAMBARD ; Gilles DUONT, Droit administratif, 6^{ème} E.D., DALLOZ, France, 2005, p.252.

2- عبد الحليم مجدوب، الضمانات القانونية المخولة لجهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد الإداري -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان (الجزائر)، 2019، ص.18.

3- محمد مقبل سالم العندلي، آثار العقد الإداري في التشريع الأردني -دراسة مقارنة-، رسالة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية -جامعة آل البيت (الأردن)، 2003، ص.10.

4- حمد محمد حمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007، ص.140.

5- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.115.

6- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.142.

وتتمثل أبرز هذه التصرفات في سلطة المصلحة المتعاقدة في التعديل الانفرادي لبنود الصفقة العمومية، فكل من سلطة الرقابة والتوجيه - لاسيما بمعناها الضيق - وسلطة التعديل الانفرادي صادرين عن المصلحة المتعاقدة في إطار الرابطة العقدية المتمثلة في تنفيذ الصفقة العمومية من جهة، و أن كلا منهما يهدف إلى التغيير في أوضاع التنفيذ. إلا أنهما يختلفان عن بعضهما البعض في أن سلطة التعديل الانفرادي لبنود الصفقة العمومية تمارس في حالة ما إذا كانت طرق التنفيذ المتبعة من طرف المتعاقد مع الإدارة منصوص عليها صراحة في دفتر الشروط، وارتأت المصلحة المتعاقدة عدم نجاعتها لتحقيق الأهداف المتوخاة من إبرام الصفقة العمومية. أما سلطة التوجيه فتمارس حتى في حالة خلو دفتر الشروط من النص عليها صراحة¹. وعليه فالاختلاف بين سلطة التعديل الانفرادي وسلطة التوجيه مبني على أساس موضوعي وليس عضوي، بمعنى أنهما يختلفان من حيث موضوعهما وليس من حيث الجهة التي تمارسهما، فهذه الأخيرة واحدة تتمثل في المصلحة المتعاقدة².

وإضافة إلى سلطة التعديل الانفرادي لبنود الصفقة العمومية هناك تصرف آخر يشبه إلى حد ما سلطة الرقابة والتوجيه يتمثل في سلطة الضبط الإداري. فهذه السلطة معروفة بأنها تهدف إلى تحقيق النظام العام بمختلف مدلولاته من الأمن العام و الصحة العمومية والسكينة العامة، وذلك عن طريق إجراءات بوليسية تتخذ في شكل لوائح وتنظيمات إدارية عامة من شأنها أن تؤدي إلى توقيع جزاءات جنائية على الأفراد.

ومن خلال ما سبق تبين لنا أوجه الاختلاف بين سلطة المصلحة المتعاقدة في الضبط الإداري و سلطتها في الرقابة والتوجيه. فممارسة هذه الأخيرة تكون في حدود الروابط العقدية التي تجمع المصلحة المتعاقدة مع المتعاقد معها، ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن تتخطى هذه الحدود، في حين أن مجالات ممارسة سلطة الضبط الإداري واسعة وتتجاوز هذه الحدود بكثير. غير أنهما يشتركان في أن المتعاقد مع الإدارة يخضع بشأهما للمصلحة المتعاقدة، فهو من جهة يخضع لإجراءات الضبط الإداري بوصفه فردا عاديا ملزم باحترام اللوائح والتنظيمات الإدارية العامة في مجال عمله، كالالتزام بتأمين العمال من جميع الحوادث سواء في صفوفات الأشغال أو التوريد أو الدراسات أو الخدمات،

1- مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص.414.

2- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.32.

ومن جهة أخرى ملزم باتباع الأوامر والتعليمات المصلحية الصادرة من المصلحة المتعاقدة في إطار ممارستها لسلطة الرقابة والتوجيه¹.

ومن جهة أخرى فإن ممارسة سلطة الضبط الإداري تختلف عن ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه من حيث الرقابة القضائية المفروضة عليهما، حيث تخضع إجراءات الضبط الإداري لقضاء الإلغاء من طرف القاضي الإداري متى توفرت شروطها وأركانها²، في حين أن سلطة الرقابة والتوجيه لا تخضع إلا لقضاء التعويض ولا تصل إلى حد إلغاء الأوامر والتعليمات الصادرة بناء على هذه السلطة³.

ومن مواطن التداخل بين استعمال المصلحة المتعاقدة لهاتين السلطتين ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 17 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تحديد البناء والأشغال العمومية والنقل بقولها: " يقع على عاتق المقاول تمام العبء المتعلق بتطبيق مجموع تشريع ونظام العمل على موظفي المقاول ولا سيما ما يخص منها الأنظمة الصحية وضمان العمال وكذلك التشريع والنظام الاجتماعي، وتستطيع الإدارة في حال المخالفة تطبيق التدابير الجزية المنصوص عليها في المادة 35 "، فهذه المادة تقضي في شقها الأول بخضوع المقاول لإجراءات الضبط الإداري المتعلقة بنظام العمل والتأمين الصحي والضمان الاجتماعي، وتنص في الجزء الثاني منها على إمكانية تدخل المصلحة المتعاقدة - بناء على حقها في سلطة الرقابة والتوجيه - بعد إعدار المقاول من أجل التكفل بإعادة الأمور إلى نصابها القانوني على نفقة ومسؤولية المقاول، وهو ما نصت عليه صراحة الفقرات الأولى والثانية والثالثة من المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة بقولها:

" 1- إذا لم يتقيد المقاول بشروط الصفقة أو بأوامر المصلحة التي يتلقاها من مهندس الدائرة أو المهندس المعماري، يعمد المهندس الرئيس إلى إنذاره بلزوم التقيد بتلك الشروط والأوامر في أجل يحدد بمقرر يجري إبلاغه له بموجب أمر المصلحة.

2- وهذا الأجل، باستثناء حالة الاستعجال، لا يجوز أن يقل عن عشرة أيام ابتداء من تبليغ الإنذار.

1- أمير جلطي، الأهداف الحديثة للضبط الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان (الجزائر)، 2016، ص.20.

2- إبراهيم يامة، لوائح الضبط الإداري بين الحفاظ على النظام العام وضمان الحريات العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان (الجزائر)، 2015، ص.271.

3- عبد الحليم مجدوب، المرجع السابق، ص.45.

3- عند انقضاء هذا الأجل، إذا لم ينفذ المقاول المقتضيات المفروضة، يجوز للمهندس الرئيس، باستثناء حالة الاستعجال بعد عرض المسألة على الوزير، أن يأمر بإجراء النظام المباشر على نفقة المقاول، ذلك النظام الذي يجوز أن يكون جزئياً".

ومن خلال ما سبق يتبين لنا بوضوح مفهوم سلطة الرقابة والتوجيه سواء في مفهومها الضيق أو الواسع، كما تم التمييز بين هذه السلطة وباقي السلطات التي تتمتع بها الإدارة والتي تشبهها إلى حد كبير، ولكن يبقى لنا إشكال في هذا الصدد يتعلق بالأساس القانوني الذي تركز عليه سلطة الرقابة والتوجيه، وذلك نظراً للخطورة التي تحوم حول ممارستها.

ثانياً: الأساس القانوني لسلطة الرقابة والتوجيه

قد يرد النص في بنود دفاتر الشروط على حق المصلحة المتعاقدة في الرقابة والتوجيه أثناء عملية تنفيذ الصفقات العمومية¹. كما قد تتضمن القوانين والتنظيمات النص على هذه السلطة وكيفية ممارستها. وفي هذه الحالة فإن البحث عن الأساس القانوني لسلطة الرقابة والتوجيه أمر يسير لأن هذا الأخير يتمثل في النصوص المذكورة ببساطة. غير أن هذا لا يعني حرمان المصلحة المتعاقدة من حقها في ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه في حالة عدم النص عليها، ولكن البحث عن الأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه السلطة يصعب نوعاً ما هنا. ولذا سنتطرق للأساس القانوني لسلطة الرقابة والتوجيه في حالة النص عليها أولاً، ثم نتعرض بعد ذلك لأساسها القانوني في حالة عدم النص عليها.

1- سلطة الرقابة والتوجيه المستندة لنص قانوني:

قد تتضمن بعض القوانين والتنظيمات الخاصة بنوع معين من أنواع الصفقات العمومية النص صراحة على سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة والتوجيه على عملية تنفيذها والطرق والأساليب المتبعة في ذلك، كما قد يرد النص على ذلك في بنود الصفقة العمومية²، كما هو الحال بالنسبة لدفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة التحديد والبناء والأشغال العمومية والنقل لسنة 1964.

1- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، ط 1، دار قنديل للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص.141.

2- Aiad SHWEKAT, op. cit., p.82.

وفي هذا الصدد تنص المادة 21 من دفتر الشروط الإدارية العامة أعلاه في فقرتها الثانية والثالثة على أنه: (2- يجب أن تكون الأدوات من كل نوع وصنف أو اختيار من الصنف الجيد ومشغولة وموضوعة قيد العمل وفقا لقواعد الفن.

3- ولا يجوز استخدامها إلا بعد اجراء التدقيقات عليها ثم قبولها من قبل مهندس الدائرة أو المهندس المعماري أو متدييهم بناء على مسعى المقاول)¹.

كما أنه وباستقراء مواد المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام نجد أن الفقرة الأولى من المادة 149 منه تنص على سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة والتوجيه، حيث جاء في فحواها بأنه: (1- إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعدارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد)، فهذا الإعدار يمثل شكلا من أشكال ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه، فمتى لم ينفذ المتعامل المتعاقد التزاماته العقدية سواء في الأجل المحدد في دفتر الشروط أو نفذها على خلاف المواصفات الفنية والتقنية المتفق عليها، فإنه بإمكان المصلحة المتعاقدة أن توجه له إعدارا كتابيا تأمره فيه بالوفاء بتعهداته المنصوص عليها في الصفقة العمومية.

وفي فرنسا أكدت المادة الثالثة من دفتر الشروط الإدارية العامة الفرنسي المطبق على صفقات الأشغال العمومية لسنة 2009 - لاسيما في الفقرة الثامنة منها - على سلطة الإدارة في ممارسة الرقابة والتوجيه على عملية تنفيذ الصفقات العمومية، حيث منحتها الحق في إصدار أوامر الخدمة (Les ordres de services) إلى المتعامل المتعاقد معها عن طريق المهندس المكلف بمهمة المراقبة التقنية للأشغال، وهذا شريطة أن تكون هذه الأوامر كتابية وليست شفوية، وطبقا لهذه المادة فإن المتعامل المتعاقد ملزم باتباع هذه الأوامر².

1- تجدر الإشارة هنا إلى ضرورة إعادة النظر في القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل ، وذلك نظرا لتغير العديد من المصطلحات الواردة فيه وعدم تماثلها مع مقتضيات الحال، فعلى سبيل المثال لا الحصر فإن مصطلح مهندس الدائرة لم يعد له وجود.

2- « 3.8.1 les ordres de services sont écrits; ils sont signés par le maitre d'œuvre, datés et numérotés. Le titulaire en cause réception datée.

3.8.2. Lorsque le titulaire estime que les prescriptions d'un ordre de service appelant des réserves de sa part, il doit, sous peine de forclusion, les notifier au maitre d'œuvre, dans un délai de quinze jours, décompté ainsi qu'il est précisé à l'article 3.2.

3.8.3. Le titulaire se conforme strictement aux ordres de service qui lui sont notifiés, que ceux-ci aient ou non fait l'objet de réserves de sa part, à l'exception des seuls cas que prévoient les articles 15.2.2 et 46.2.2. ». Art 3 aléna 8 du l'arrêté du 08 septembre 2009 portant approbation du C.C.A.G. français applicables aux marchés publics de travaux.

أما في مصر فتتص الفقرة الأولى من المادة 105 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018 على سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه حيث جاء في فحواها بأن: " يلتزم المتعاقد بتنفيذ محل العقد في الميعاد، أو المواعيد المحددة بأمر التزويد، أو الإسناد، وعليه اتباع جميع القوانين واللوائح الحكومية والمحلية ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد، كما يكون مسؤولاً عن حفظ النظام بمواقع العمل وتنفيذ أوامر الجهة الإدارية بإبعاد كل من يهمل، أو يرفض تنفيذ التعليمات، أو يحاول الغش، أو يخالف ذلك".

2- سلطة الرقابة والتوجيه حق أصيل للمصلحة المتعاقدة:

إن النص على سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة والتوجيه في القوانين أو التنظيمات واللوائح أو في دفاتر الشروط، لا يعني مطلقاً عدم تمتع الإدارة المتعاقدة بهذه السلطة في حالة عدم النص عليها، لأنها سلطة أصيلة ومستقلة بذاتها، تجد مصدرها في الطبيعة القانونية للعقد الإداري، ومن ثم فإن هذه السلطة تتصف بالطابع العام، بمعنى أنها موجودة حتى في ظل غياب النص عليها¹.

وفي هذا الإطار اتفق فقهاء القانون الإداري على أن المصلحة المتعاقدة تتمتع بسلطة الرقابة والتوجيه على عملية تنفيذ صفقاتها العمومية، حتى في ظل غياب النص عليها في القوانين أو التنظيمات الخاصة بالصفقات العمومية، كما تتمتع بهذه السلطة حتى ولو لم تنص عليها دفاتر الشروط، فهذه السلطة هي حق أصيل تملكه الإدارة بدون الحاجة إلى النص عليه، غير أنهم اختلفوا حول الأساس القانوني الذي تستند إليه هذه السلطة.

فمنهم من ذهب إلى اعتبار مبدأ ضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراب أساساً قانونياً لسلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه، وهذا بالنظر إلى أن الإدارة هي المسؤولة الوحيدة أمام الجمهور عن حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراب، حتى ولو أسندت مهمة تنفيذ المشروع محل الصفقة العمومية إلى أشخاص آخرين، وهي تملك في سبيل ذلك الحق في ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه أثناء تنفيذ الصفقات العمومية².

ويرى فريق ثان من الفقهاء أن سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه تستند إلى النية المشتركة للمتعاقدين، ومفاد ذلك أن اشتراك المتعاقد في تنفيذ صفقة عمومية ترتبط بالمرفق العام يولد لديه إرادة

1- Aiad SHWEKAT, op. cit., p.84.

2- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.36.

ضمنية بقبول خضوعه لما تمليه مقتضيات السهر على حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد، ومن بين هذه المقتضيات تمتع المصلحة المتعاقدة بسلطة الرقابة والتوجيه حتى في حالة عدم النص عليها¹. ويرى فريق ثالث من الفقهاء بأن الأساس القانوني لسلطة الرقابة والتوجيه تستند إلى فكرة المصلحة العامة، فالإدارة مقيدة في إبرامها وتنفيذها للعقود الإدارية وفي جميع تصرفاتها بصفة عامة بقيد تحقيق المصلحة العامة، ولذا يجب أن تكون ممارسة هذه السلطة في هذا النطاق، وإلا اعتبرت تعسفا في استعمال السلطة من جانب الإدارة².

وفي هذا السياق قررت المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكم صادر لها بتاريخ 20 أبريل 1957 بأن: "... العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص، مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره، وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازنة ومتساوية إلا أنها في العقود الإدارية غير متكافئة، إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة. وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري، ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية..."³.

ويرى فريق رابع بأن سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه تستند - في حالة عدم النص عليها - إلى فكرة امتيازات السلطة العامة الإستثنائية التي تميز العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص. فالإدارة تتمتع في مجال العقود الإدارية بامتيازات لا مثيل لها في العقود المدنية، وسلطة الرقابة والتوجيه - لاسيما بمعناها الواسع - تدخل في هذا الإطار⁴.

وباستقراء جميع هذه الآراء الفقهية نلاحظ أنها تصب في معنى واحد وأنها تتعلق بفكرة واحدة هي المرفق العام، فالإدارة إنما تبرم صفقاتها العمومية بهدف ضمان حسن سير المرفق العام - محل الصفقة العمومية - بانتظام واضطراد، وفي سبيل ذلك لها الحق في ممارسة امتيازات السلطة العامة، وكل ذلك يكون من أجل تحقيق المصلحة العامة التي تعتبر الهدف الأساسي المنشود من طرف الإدارة.

1- رياض عبد عيسى الزهيري، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة - جامعة بغداد - (العراق)، 1975، ص.119.
2- عبد الحلیم مجدوب، المرجع السابق، ص.34.
3- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 97، س 2 ق، جلسة 1957/04/20. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.122.
4- عبد الحلیم مجدوب، المرجع السابق، ص.35.

ووفقاً للرأي السائد في الفقه والقضاء في فرنسا ومصر، فإن سلطة الرقابة والتوجيه تتركز في أساسها القانوني على فكرة المرفق العام الذي هو موضوع الصفقة العمومية، فالإدارة مسؤولة عن حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد من أجل تحقيق المصلحة العامة، وتملك في سبيل ذلك جميع امتيازات السلطة العامة، والتي من بينها سلطة الرقابة و التوجيه¹.

وفي هذا الصدد يقول " MAURIS André Flam " - في التقرير الذي أعده بصفته مقرراً للمؤتمر الدولي العاشر للعلوم الإدارية الذي عقد بمديرد في سبتمبر سنة 1956 - بأنه: " ... مهما كانت حاجة الإدارة لمعاونة الأفراد في تنفيذ عمل ذي نفع عام، فلا ملاذ من أنها تظل مسؤولة أمام الجمهور عن حسن تنفيذ الخدمات العامة، كما أنها تتحمل مسؤولية الأضرار الناجمة عن تنفيذ المشروعات العامة على وجه سيء ... " ².

فسلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة والتوجيه مستقلة بذاتها لا تحتاج للنص عليها، وإذا تم النص عليها في دفتر الشروط أو في القوانين والتنظيمات الخاصة بالصفقات العمومية، فإن هذا لا يعني بأن هذه النصوص هي التي أنشأت هذه السلطة، وإنما ذلك يعني بأنها قامت فقط بالكشف عنها وتأكيداها وتحديد أساليب وطرق ممارستها ورسم حدودها ونطاقها³.

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أنه والرغم من تمتع المصلحة المتعاقدة بسلطة تقديرية واسعة في ممارسة حقها في الرقابة والتوجيه على تنفيذ صفقاتها العمومية، إلا أن هذا لا يعني أن سلطتها في هذا المجال مطلقة، وإنما هي مقيدة بمجموعة من الضوابط والحدود، ففيما يتمثل نطاق ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه؟ وما هي الآثار المترتبة عن ممارسة هذه السلطة؟ وما هي الأساليب والطرق المتبعة في ممارسة المصلحة المتعاقدة لهذه السلطة؟

الفرع الثاني: نطاق سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة والتوجيه وكيفية ممارستها

إن ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطتها في الرقابة والتوجيه بصفة مطلقة وعلى نحو غير محدود قد يعرض المتعامل المتعاقد معها إلى غبن كبير، ما يآثر سلباً على عملية تنفيذ الصفقات العمومية، ولذا كان من الضروري فرض بعض القيود و الضوابط عليها أثناء ممارستها لهذه السلطة، والممنوحة لها أصلاً في سبيل ضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد من أجل تحقيق المصلحة العامة.

1- رياض عبد عيسى الزهيري، المرجع السابق، ص.126.

2- علي بن شعبان، المرجع نفسه، ص.36.

3- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.122.

وستعرض في هذا الفرع إلى الحدود والقيود الواردة على سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة والتوجيه في البند الأول، على أن نتطرق في البند الثاني إلى الطرق والأساليب المتبعة في ممارسة هذه السلطة.

أولاً: نطاق سلطة الرقابة والتوجيه والآثار المترتبة عنها

تتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطة تقديرية واسعة في ممارستها لسلطة الرقابة والتوجيه على تنفيذ صفقاتها العمومية. غير أن هذا لا يعني بأن هذه السلطة مطلقة، وإنما هي مقيدة بمجموعة من الضوابط والقيود، إذا تجاوزتها ترتبت عليها آثار قانونية مهمة تهدف في مجملها إلى حماية المتعامل المتعاقد مع الإدارة من تعسفها في استعمال هذه السلطة.

1- نطاق سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة والتوجيه:

إن إطلاق يد المصلحة المتعاقدة في ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه، يؤدي إلى إرهاق المتعامل المتعاقد معها مادياً. فهذا الأخير ملزم من جهة باتباع وتنفيذ التعليمات الموجهة إليه من طرفها، ومن جهة أخرى لا يمكنه المطالبة بالتعويض المادي عن الأعباء المالية المترتبة عن تنفيذ هذه التعليمات. ولذا كان من الضروري جدا تقييد المصلحة المتعاقدة في ممارستها لهذه السلطة، حتى نضمن وجود نوع من التوازن بين تحقيق المصلحة العامة التي تنشدها الإدارة من وراء تنفيذ صفقاتها العمومية من جهة، وبين مصلحة المتعاملين المتعاقدين معها وحمايتهم من تعسفها في استعمالها لهذه السلطة من جهة أخرى.

وعليه فإن المصلحة المتعاقدة تخضع لضابطين أساسيين في ممارستها لسلطة الرقابة والتوجيه، يتمثل الأول في وجوب خضوع التعليمات والأوامر المتخذة في إطار ممارسة هذه السلطة لمبدأ المشروعية. ويقصد بذلك أن تستهدف هذه التعليمات والأوامر ضمان حسن سير المرفق العام - موضوع الصفقة العمومية - بانتظام واضطراد من أجل تحقيق المصلحة العامة. ووصف الفقهاء هذا الضابط بكونه ضابطاً عاماً، وذلك نظراً لأن المرفق العام هو أساس للقانون الإداري بصفة عامة¹.

1- رياض عبد عيسى الزهيري، المرجع السابق، ص.167.

وبناء على ذلك فإن التعليمات والأوامر التي لا ترمي إلى تحقيق الأهداف السابقة تعتبر من قبيل التعسف في استعمال السلطة، ومن ذلك توجيه أمر إلى المتعامل المتعاقد مع الإدارة يقضي بفصل أحد أعوانه بالرغم من كفاءته المهنية وعدم صدور أي خطأ من جانبه، فيكون هذا الأمر قد صدر دون الاستناد إلى مبرر قانوني أو عقدي، ما يعطي الحق لهذا المتعامل المتعاقد في طلب إلغاء هذا الأمر أو طلب التعويض عنه إذا ما لحقه ضرر بسببه¹.

أما الضابط الثاني فهو خاص يتعلق بالصفقة العمومية ذاتها، ومفاده أن لا تتجاوز المصلحة المتعاقدة في ممارستها لسلطة الرقابة والتوجيه الحدود المرسومة لها في دفتر الشروط إلى تعديل بعض بنوده بالزيادة في التزامات المتعامل المتعاقد معها أو الإنقاص منها، أو تغيير بعض أساليب التنفيذ المنصوص عليها في دفتر الشروط. فسلطة الرقابة والتوجيه تختلف عن سلطة التعديل الإفرادي للصفقة العمومية، فهي تتعلق فقط بالأمر غير المنصوص عليها صراحة في دفتر الشروط، على خلاف سلطة التعديل الإفرادي التي تتجاوز هذا المجال إلى حد استهداف تعديل بنود دفتر الشروط. ومن قبيل ذلك أن يأمر مندوب المصلحة المتعاقدة، أثناء مراقبته لمدى سلامة ومطابقة المواد الموردة للمواصفات المنصوص عليها في دفتر الشروط، بتغيير النوع المتفق عليه بنوع آخر غير وارد في بنود الصفقة العمومية²، أو أن يأمر المهندس المعماري أو مكتب الدراسات المكلف بمراقبة عملية تشييد مستشفى ما بتبليط مساحة معينة غير منصوص عليها في دفتر الشروط.

وتجدر الإشارة إلى أن نطاق سلطة الرقابة والتوجيه يختلف بحسب نوع وطبيعة كل صفقة عمومية، فهي تظهر بشكل كبير في صفقات الأشغال العمومية، حيث أن المصلحة المتعاقدة لا تقتصر في مثل هذه الصفقات على مجرد الرقابة والإشراف، وإنما تتعداها إلى توجيه المتعامل المتعاقد معها في تنفيذه لالتزاماته التعاقدية، بحيث يصبح مجرد منفذ للتعليمات والتوجيهات الصادرة إليه من طرف المصلحة المتعاقدة، وذلك نظرا لأهميتها من الناحية الإستراتيجية والإقتصادية للدولة من جهة، ولضخامة الأموال المرصودة لها من جهة أخرى³.

وتعتبر سلطة الرقابة والتوجيه من العناصر المعتادة لصفقات الأشغال العمومية، فإذا مارستها المصلحة المتعاقدة بحسن نية وفي الحدود المعقولة وترتبت عليها أعباء مالية جديدة، فإنه لا يحق

1- علي بن شعيبان، المرجع السابق، ص.53.

2- علي بن شعيبان، المرجع نفسه، ص.53.

3- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.130.

للمتعامل المتعاقد الإعتراض عليها أو طلب التعويض عنها، لأنه ملزم بتحمل مخاطرها. أما إذا تجاوزت المصلحة المتعاقدة في ممارستها لسلطة الرقابة والتوجيه التوقعات العادية للصفقة، وترتب عن ذلك تكليف المتعامل المتعاقد معها بأعباء مادية جديدة، فإنه يجوز له في هذه الحالة المطالبة بالتعويض عنها دون الإعتراض عليها أو المطالبة بإلغائها¹.

وتستمر المصلحة المتعاقدة في ممارسة سلطتها في الرقابة والتوجيه حتى بعد الإستلام النهائي للأشغال، وذلك خلال مدة عشر سنوات، وهو ما يصطلح عليه الفقهاء بالمسؤولية العشرية (الضمان العشري) التي يلزم بها المتعامل المتعاقد ومكتب الدراسات الذي قام بإنجاز المخطط المعماري لهذه الأشغال على حد سواء، وفي هذا السياق تنص المادة 22 من القرار الوزاري المشترك الجزائري المؤرخ في 15 ماي 1988 الذي يتضمن كفاءات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك² على أنه: (طبقا للمادة 554 من القانون المدني³ يعد المستشار الفني والمقاول مسؤولين بالتضامن خلال عشر (10) سنوات عن تدهم المباني والمنشآت الثابتة كلها أو جزء منها ولو كان التدهم ناشئا عن عيب في الأرض، وتشمل مسؤولية المستشار الفني ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته).

أما في صفقات التوريد⁴ فإن مجال ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه يختلف بحسب نوعيها. فهو يضيق بشكل كبير في صفقات التوريد العادية كتوريد المواد الغذائية للمطاعم المدرسية، حيث يقتصر فيها على سلطة الرقابة والإشراف دون سلطة التوجيه. فالأصل أن المصلحة المتعاقدة تكتفي في مثل هذه الصفقات بالتأكد من مدى مطابقة المواد الموردة للشروط والمواصفات المنصوص عليها في دفتر الشروط فقط، فلا يجوز توريد المنتج محل الصفقة العمومية بمواصفات تختلف عن المواصفات المنصوص عليها في دفتر الشروط، أو توريد منتج وطني بدلا من منتج أجنبي تم التعاقد بشأنه، ويبقى للمورد الحرية الكاملة في اختيار أسلوب التوريد على مسؤوليته، إلا إذا نص دفتر الشروط على طريقة محددة

1- رياض عبد عيسى الزهيري، المرجع السابق، ص.171.
2- القرار الوزاري المشترك الجزائري المؤرخ في 15 ماي 1988 الذي يتضمن كفاءات ممارسة الإستشارة الفنية في ميدان البناء وأجر ذلك، ج.ر عدد 02 بتاريخ 26 أكتوبر 1988.
3- تنص المادة 554 من ق.م.ج على أن: (يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تدهم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التدهم ناشئا عن عيب في الأرض، ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته.
وتبدأ مدة السنوات (10) العشر من وقت تسلم العمل نهائيا).
4- عرفت محكمة القضاء الإداري في مصر عقد التوريد بأنه: (اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة للمرفق العام مقابل ثمن معين). حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، س 7 ق، جلسة 1952/12/02. أشارت إليه: عليوات ياقوتة، المرجع السابق، ص.64.

لذلك، أو منح للمصلحة المتعاقدة صراحة الحق في ممارسة سلطة التوجيه على عملية التوريد، فهنا يمثل المورد لهذه الطريقة وللتعليمات الموجهة إليه أثناء تنفيذه لهذه الصفقة¹.

أما في صفقات التوريد الصناعية² كصفقة توريد طائرة أو سفينة للمؤسسة العمومية للنقل، فإن مجال ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه يتسع ليشمل سلطة التوجيه إضافة إلى سلطة الرقابة والإشراف. ويتشابه هذا النوع من الصفقات إلى حد كبير مع صفقات الأشغال العمومية من حيث ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة الرقابة والتوجيه، فالمصلحة المتعاقدة لا تقتصر هنا على مجرد التأكد من سلامة ومطابقة التوريدات المتفق عليها مع المواصفات المحددة في دفتر الشروط، بل تتجاوز ذلك إلى حد مراقبة وتوجيه المورد أثناء عملية التصنيع³.

وفي هذا الصدد تنص المادة 21 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات التوريد الصناعية في فرنسا على أن المورد ملزم بالسماح للأعوان المكلفين بالرقابة بالدخول بحرية كاملة لجميع الورشات التي تتم فيها عملية التصنيع، كما قررت مسؤوليته عن كل مضايقة قد يتعرض لها هؤلاء الأعوان أثناء ممارستهم لمهامهم الرقابية⁴.

أما نطاق ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه في صفقات الخدمات فهو نفسه المجال الذي تعرّضنا إليه في صفقات التوريد العادية، حيث تقتصر سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة والتوجيه هنا على مجرد التأكد من مطابقة الخدمات المنفذة والمقدمة من طرف المتعامل المتعاقد مع المواصفات المحددة في دفتر الشروط. ونظرا لهذا التشابه الكبير بينهما فقد أدرجهما المشرع الفرنسي في دفتر شروط موحد⁵.

1- محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام 2004، الكتاب الثالث - عوارض تنفيذ وإنهاء العقد الإداري -، دار (أبو المجد) للطباعة بالهرم، مصر، 2003، ص.83.

2- تعرف صفقات التوريد الصناعية بأنها: (عقد التصنيع والتوريد الذي بسبب تقنيته الخاصة يستدعي رقابة دائمة من الإدارة على التصنيع ذاته، وهي تتميز عن صفقات التوريد العادية بأنها تتضمن - إضافة إلى توريد المنقولات المتفق عليها - التزام المورد بتصنيعها بنفسه وبإمكانياته الخاصة، نظرا للتقنيات والمواصفات الخاصة المطلوبة فيها والمتوفرة لديه). أنظر: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.139.

3- أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص.333.

4- « 21.1. Le titulaire assure au pouvoir adjudicateur le libre accès à tous les lieux d'exécution des prestations qu'il a précisés dans les documents particuliers du marché : Il est responsable de toute entrave apportée au libre exercice de la surveillance. En tout lieu d'exécution des prestations, y compris chez ses sous-traitants ». Art 21 de l'Arrêté du 16 septembre 2009 portant approbation du C.C.A.G. applicables aux marchés publics industriels en France, JORF n°0240 du 16 octobre 2009.

5- Arrêté du 19 janvier 2009 portant approbation du C.C.A.G. des marchés publics de fournitures courantes et de services en France.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى غياب دفتر شروط خاص بصفقات التوريدات أو الخدمات في الجزائر، باستثناء تحديد قائمة الخدمات المعفاة من كفالة حسن التنفيذ والتي لم تحين بدورها لتساير مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 15-247¹.

وبالنسبة لتحديد مجال ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه من طرف المصلحة المتعاقدة على صفقات الدراسات فإنه نوعا ما معقد، وهذا بالنظر للجانب الفني والتقني الذي يميز هذا النوع من الصفقات، فالمصلحة المتعاقدة لا تتوفر على المؤهلات التقنية التي يملكها المتعامل المتعاقد في صفقات الدراسات، وبالتالي لا يمكنها عمليا ممارسة سلطة التوجيه في مثل هذه الصفقات، ويبقى لها فقط مجرد التأكد من أن هذه الصفقة تحقق الأهداف المتوخاة والمسطرة من طرفها.

وتستمر ممارسة سلطة الرقابة والإشراف على صفقة الدراسات حتى بعد نهايتها وإعداد الدراسة وتقديمها للمصلحة المتعاقدة، وذلك على أساس التزام المتعامل المتعاقد فيها بالإعلام والنصح للمصلحة المتعاقدة عن كل صغيرة وكبيرة تتعلق بهذه الدراسة². فإذا ما ظهر عيب من العيوب أثناء تنفيذ موضوع الصفقة الذي كان محل الدراسة، فإن المتعامل المتعاقد هو الذي يتحمل المسؤولية.

وقد يتولى المتعامل المتعاقد في صفقة الدراسة إعداد الدراسة والتصميم المعماري من جهة، والإشراف على عملية تنفيذ التصميم الذي قام بإنجازه من جهة أخرى، وهو ما يتم العمل به عموما في صفقات الأشغال العمومية، وهو ما يعرف بصفقة الإستشارة الفنية التي عرفها المشرع اللائحي الجزائري في المادة الثانية من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 ماي 1988 المتضمن لكيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في مجال البناء وأجر ذلك، كما يلي: " تعد الإستشارة الفنية في مفهوم هذا القرار وظيفة شاملة لمهام التصميم والدراسات والمساعدة والمتابعة والمراقبة، وإنجاز المباني مهما تكن طبيعتها ووجهتها، باستثناء المباني المخصصة للإستعمال الصناعي. ويمارسها المستشار الفني تحت مسؤوليته الكاملة وفي إطار الإلتزامات التعاقدية التي تربطه برب العمل "

وعليه يتحمل المتعامل المتعاقد في صفقة الدراسة في آن واحد المسؤولية عن العيب الذي قد ينشأ عن خلل في إعداد الدراسة والتصميم، والعيب الناتج عن التقصير في مهمة الإشراف على

1- أنظر: القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 14 جمادى الأولهـام 1431 الموافق 29 أبريل 2010 الذي يحدد قائمة صفقات الخدمات المعفية من كفالة حسن التنفيذ، ج.ر عدد 36 صادرة بتاريخ 30 ماي 2010؛ والقرار الوزاري المشترك المؤرخ في 17 ربيع الثاني عام 1434 الموافق 28 فبراير 2013 الذي يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن تنفيذ الصفقة، ج.ر عدد 62 صادرة بتاريخ 11 ديسمبر 2013.

2- إسلام عز الدين شوقارة، صفقات الدراسات في القانون الجزائري للصفقات العمومية، مذكرة الماجستير، كلية الحقوق - جامعة الجزائر 01- (الجزائر)، 2010، ص.103.

الأشغال التي أوكلت إليه بموجب صفقة الإستشارة الفنية¹. وتبقى هذه المسؤولية قائمة حتى بعد الإستلام النهائي للأشغال التي كانت محل الدراسة، وهذا خلال عشر سنوات من تاريخ الإستلام النهائي، وهو ما يعرف بالضمان العشري أو المسؤولية العشرية².

2- الآثار المترتبة على ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه:

إن سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة والتوجيه على عملية تنفيذ الصفقات العمومية قد تمارس وفق مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود وفي إطار التوقعات العادية والمعقولة للصفقة العمومية محل الرقابة، وقد تمارس بشكل تعسفي وخارج نطاق التوقعات العادية والمعقولة المعترف بها في مثل هذه الصفقات، بحيث تضيف أعباء مادية جديدة على عاتق المتعامل المتعاقد. وسنتطرق فيما يلي للآثار القانونية المترتبة عن كلتا الحالتين:

ففي الحالة الأولى يجب على المتعامل المتعاقد الامتثال للأوامر والتعليمات الموجهة إليه من طرف الإدارة المتعاقدة، ولا يحق له الاعتراض عليها سواء عن طريق التظلم الإداري أمامها أو برفع دعوى لإلغائها أمام القضاء الإداري، كما لا يمكنه المطالبة بالتعويض الإداري أو القضائي عنها، لأن الأعباء المالية أو الأضرار المترتبة عن هذه الأوامر والتعليمات تعتبر من المخاطر العادية التي يجب عليه توقعها عند إقباله على إبرام الصفقة العمومية³. غير أنه يمكن للمتعامل المتعاقد في هذه الحالة طلب التعويض عن الأضرار المادية التي لحقت من جراء ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطتها في الرقابة والتوجيه، بشرط أن يثبت أن هذه الأخيرة قد أخطأت في ممارستها لهذه السلطة، وأن هذا الخطأ هو الذي تسبب في الأضرار التي لحقت به، ومن ذلك تأخر المصلحة المتعاقدة في إصدار أمر البدء في تنفيذ الصفقة العمومية أو تأخرها في تسليم ورشة الأشغال لمدة تتجاوز الحدود المعقولة⁴.

أما في حالة ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه بشكل تعسفي وبسوء نية وخارج الحدود والتوقعات المعقولة للصفقة العمومية، فإنه يحق للمتعامل المتعاقد طلب التعويض من المصلحة المتعاقدة عن الأضرار المادية التي لحقت من جراء هذه الممارسة أمام الإدارة المتعاقدة، وفي حالة رفضها هذا الطلب

1- إسلام عز الدين شوقارة، المرجع نفسه، ص.105.

2- أنظر المادة 22 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 ماي 1988 المتضمن لكيفيات ممارسة الإستشارة الفنية في ميدان البناء وأجر ذلك.

3- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.54.

4- رياض عبد عيسى الزهيري، المرجع السابق، ص.137.

يمكنه اللجوء إلى القضاء الإداري الذي يقتصر اختصاصه في هذه الحالة على الحكم بتعويض المتعامل المتعاقد فقط، دون إمكانية إلغاء هذه الأوامر أو وقف تنفيذها¹.

وتجدر الإشارة إلى أن استجابة المتعامل المتعاقد للأوامر والتعليمات المصلحية الموجهة إليه من طرف المصلحة المتعاقدة في إطار ممارستها لسلطتها في الرقابة والتوجيه، لا يعفيه من تحمل المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن المخالفات التي ارتكبها أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، ولو تحجج في ذلك بأن المصلحة المتعاقدة لم تنبهه إلى هذه المخالفات ولم تقدم أي اعتراض عليها، فسكوت المصلحة المتعاقدة عن هذه المخالفات لا يعني موافقتها ضمناً عليها، ومسؤولية المتعامل المتعاقد تبقى قائمة حتى ولو لم تنبهه المصلحة المتعاقدة إلى المخالفة التي ارتكبها، ويمكن إثارة المسؤولية في أية لحظة حتى بعد الإستلام النهائي للصفقة العمومية، لأن المتعامل المتعاقد يخضع لنظام المسؤولية العشرية كما ذكرنا سابقاً، ولا تنتفي مسؤوليته إلا إذا أثبت أن الأضرار الحاصلة كانت نتيجة تنفيذه للأمر الموجه إليه من طرف المصلحة المتعاقدة².

وتثار في هذا الإطار مسؤولية المصلحة المتعاقدة في حال إهمالها وتقاعسها عن ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه، كأن تتأخر في إصدار أوامر مصلحية للمتعامل المتعاقد لتنبهه إلى المخالفة التي ارتكبها، أو تغض الطرف أصلاً عن هذه المخالفة. فسلطة الرقابة والتوجيه إنما منحت للمصلحة المتعاقدة كآلية قانونية لضمان حسن تنفيذ الصفقة العمومية، وبالتالي يقع على عاتقها التزام قانوني بممارستها.

في هذا السياق يرى بعض الفقه عدم مسؤولية المصلحة المتعاقدة عن إهمالها وتقاعسها في ممارسة سلطتها في الرقابة والتوجيه، وذلك على أساس أن القانون هو الذي منحها هذه السلطة، وبالتالي فلها كامل الحرية في ممارستها وفي أي وقت تشاء، سواء قبل الإستلام المؤقت للمشروع أو بعده وقبل الإستلام النهائي أو خلال فترة الضمان، إضافة إلى أنه بإمكانها هدم الأشغال المنفذة بشكل غير مطابق لدفتـر الشروط أو رفض التوريدات والخدمات غير المطابقة للمواصفات المحددة في الصفقة العمومية³.

1- أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص.325.

2- علي بن شعبان، المرجع نفسه، ص.54.

3- بلال أمين زين الدين، المسؤولية الإدارية التعاقدية وغير التعاقدية في مصر وفرنسا - دراسة مقارنة -، ط 1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2015، ص.517.

غير أن الرأي الفقهي الذي يبدو أكثر قبولاً ذلك الذي يرى بأنه يمكن الإستدلال على ثبوت مسؤولية المصلحة المتعاقدة عن إهمالها وتراخيها في ممارسة سلطتها في الرقابة والتوجيه بمدى نجاح عملية تنفيذ الصفقة العمومية ومدى مطابقة الأعمال المنفذة للمواصفات الفنية والتقنية المنصوص عليها في دفتر الشروط¹.

وفي الأخير وبعد أن تعرفنا على الحدود التي يجب أن تلتزم بها المصلحة المتعاقدة في ممارستها لسلطة الرقابة والتوجيه، والآثار القانونية المترتبة على ذلك، يثار التساؤل حول الوسائل التي تمكن المصلحة المتعاقدة من ممارسة هذه السلطة.

ثانياً: كفاءات ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه

إن المصلحة المتعاقدة باعتبارها صاحبة المشروع "Maitre D'ouvrage" لها الحق في الرقابة والإشراف على عملية تنفيذ الصفقة العمومية، وتوجيه المتعامل المتعاقد معها في تنفيذه لالتزاماته التعاقدية. فالمتعاقد معها هو مجرد منفذ لما تمليه عليه المصلحة المتعاقدة من أوامر وتعليمات بوصفها المدير الحقيقي لعملية التنفيذ².

وتمتلك المصلحة المتعاقدة في سبيل ممارستها لهذه السلطة نوعين من الوسائل، وسائل مادية ووسائل قانونية.

1- الوسائل المادية لممارسة سلطة الرقابة والتوجيه:

تمثل الوسائل المادية لممارسة سلطة الرقابة والتوجيه على عملية تنفيذ الصفقة العمومية في الزيارات الميدانية لورشات العمل والمعاينات التي يقوم بها الأعوان المعينون من طرف المصلحة المتعاقدة خصيصاً للقيام بمهمة الرقابة والتوجيه على عملية التنفيذ، وقد يتمثل هؤلاء الأعوان في المهندسين المعماريين التابعين للإدارة المتعاقدة إذا ما تعلق الأمر بصفقات الأشغال العمومية وصفقات الدراسات، وقد يكونوا عبارة عن موظفين عاديين في حالة صفقات التوريد والخدمات³.

ففي صفقات الأشغال العمومية يقوم المهندس المعماري التابع للمصلحة المتعاقدة أو مكتب الدراسات الذي تم تكليفه بمهمة الرقابة والتوجيه، بالتأكد من سلامة وجودة المواد المستعملة في عملية

1- بلال أمين زين الدين، المرجع نفسه، ص.518.

2- رياض عبد عيسى الزهيري، المرجع السابق، ص.128.

3- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.41.

البناء، وذلك بفحصها واختبارها قبل وأثناء استعمالها أو حتى بعد تحويلها، كأن يقوم بالتأكد من جودة الإسمنت المستعمل في عملية البناء قبل وأثناء خلطه أو يأخذ عينة من عمود إسمنتي ويختبر جودته، وله في سبيل ذلك كامل الحرية في الدخول إلى ورشات الأشغال، ويلتزم المقاول وأعوانه بتسهيل عمله وضمان عدم التعرض له أو مضايقته¹.

كما يحق للمهندس المعماري أو مكتب الدراسات المنوطة بمهمة الرقابة والتوجيه الإطلاع على كفاءة عمال ومستخدمي المتعامل المتعاقد، والتأكد من مدى التزامهم بإنجاز الأشغال وفق البرنامج الزمني المحدد في دفتر الشروط، ولهما في سبيل ذلك طلب تغيير من ثبتت عدم كفاءته المهنية، حيث تنص الفقرة الثالثة من المادة 13 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تحديد البناء والأشغال العمومية والنقل على أنه: " يحق لمهندس الدائرة أو المهندس المعماري أن يطلب من المقاول تبديل الأعوان والعمال لعصيانهم أو عدم أهليتهم أو عدم أمانتهم "

أما في صفقات الخدمات والتوريدات العادية، فإن العون المكلف بمهمة الرقابة والتوجيه يقوم عن طريق المعاينة الميدانية للخدمات المقدمة وفحص المنقولات الموردة بالتأكد من سلامتها ومطابقتها للمواصفات المحددة في دفتر الشروط².

بينما تشبه صفقات التوريدات الصناعية إلى حد كبير صفقات الأشغال العمومية كما ذكرنا ذلك سابقا، حيث يقوم العون المكلف بالرقابة والتوجيه بالتأكد من سلامة وجودة المواد المراد تصنيعها، عن طريق فحصها واختبارها قبل وأثناء عملية التصنيع. كما يقوم بالتأكد من أن البضاعة المحصل عليها بعد عملية التصنيع مطابقة للمواصفات المحددة في دفتر الشروط.

بالمقابل تتمثل سلطة الرقابة والتوجيه الواردة في صفقة الدراسات في قيام العون المكلف بهذه المهمة بالتأكد من أن الدراسات قد حققت الأهداف المسطرة التي كانت ترمي إليها المصلحة المتعاقدة من خلال إبرامها، وأن مكتب الدراسات المتعاقد معه قد قدم جميع المعلومات التقنية أو التصاميم والمخططات المعمارية التي تسمح بتحقيق هذه الأهداف، وذلك تنفيذا لالتزامه المتمثل في الإعلام وتقديم النصيحة للمصلحة المتعاقدة³.

1- رياض عبد عيسى الزهيري، المرجع السابق، ص.127.

2- أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص.331.

3- إسلام عز الدين شوقارة، المرجع السابق، ص.103.

ومن ناحية أخرى تهدف مهمة الرقابة والتوجيه في صفقات الدراسات إلى التأكد من عدم وجود عيوب في الدراسة التي أعدها مكتب الدراسات، والتي يمكن أن تكتشف أثناء عملية التنفيذ أو بعد الإستلام النهائي للأشغال، ويقصد بهذه العيوب كل عيب في المواد أو المنتجات أو عمل غير متقن من شأنه أن يهدد - فورا أو بعد مدة - استقرار المشروع وعمله في ظروف طبيعية¹، حيث يتحمل مكتب الدراسات المسؤولية الكاملة عن الأضرار الناتجة عنها سواء في مواجهة المصلحة المتعاقدة أو في مواجهة الغير. كما تشمل هذه المهمة التأكد من أن مكتب الدراسات لم يهمل و لم يقصر في أداء التزامه بالرقابة والتوجيه على عملية تنفيذ صفقات الأشغال العمومية، وهذا في حال ما إذا أسندت إليه هذه المهمة بغرض السهر على مطابقة عملية التنفيذ مع المخططات والتصاميم المعمارية التي قام بإعدادها².

هذا فيما يخص الوسائل المادية لممارسة سلطة الرقابة والتوجيه على عملية تنفيذ الصفقات العمومية، غير أن هناك نوع ثان من الوسائل المتبعة في ممارسة هذه السلطة والمتمثلة في الوسائل القانونية، وهي تعتبر أكثر أهمية مقارنة بالوسائل المادية، ففيما تتمثل هذه الوسائل وما هي أحكامها وآثارها القانونية؟ هذا ما سنتعرض إليه فيما يلي:

2- الوسائل القانونية لممارسة سلطة الرقابة والتوجيه:

إضافة إلى الوسائل المادية التي تمارس بواسطتها المصلحة المتعاقدة سلطتها في الرقابة والتوجيه، هناك أيضا وسائل قانونية تتبعها في سبيل ذلك، وهي تتمثل أساسا في التعليمات والأوامر المصلحية التي توجهها إلى المتعامل المتعاقد معها، والتي تعتبر أداة فعالة في مراقبته وتوجيهه.

ويمكن تعريف الأمر المصلحي في إطار تنفيذ الصفقات العمومية بأنه ذلك الأمر الصادر عن المصلحة المتعاقدة إلى المتعامل المتعاقد معها بهدف تحديد أوضاع التنفيذ وإتمام الناقص منها، أو تنبيهه إلى المخالفات التي ارتكبها وتوجيهه في عملية التنفيذ³، وهو يصدر عادة عن المهندسين أو الأعوان المكلفين بمهمة الرقابة والتوجيه عقب معاينتهم الميدانية للمخالفات المرتكبة أو النقائص المسجلة في

1- أنظر: الفقرة الثالثة من المادة 23 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 ماي 1988 المتضمن لكيفيات ممارسة الإستشارة الفنية في ميدان البناء وأجر ذلك.

2- أنظر فقرة 11 من المادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

3- «L'ordre de service» est la décision du maître d'œuvre qui précise les modalités d'exécution de tout ou partie des prestations qui constituent l'objet du marché». Art 2 alinéa 6 du l'arrêté français du 08 septembre 2009 portant approbation du C.C.A.G. Français applicables aux marchés publics de travaux.

عملية التنفيذ. كما يمكن أن يصدر هذا الأمر عن مكتب الدراسات أو الهيئة التي فوضتها المصلحة المتعاقدة في ممارسة سلطتها في الرقابة والتوجيه بعد عرضه عليها وموافقتها عليه¹.
ويعتبر الأمر المصلي قراراً إدارياً صادراً عن المصلحة المتعاقدة، وبالتالي ينطبق عليه كل ما يتعلق بالقرارات الإدارية من حيث الشروط الشكلية والموضوعية الواجب توفرها فيه، كما يخضع لما تخضع إليه القرارات الإدارية من رقابة قضائية عليه، سواء تعلق الأمر برقابة الإلغاء أو رقابة التعويض. ويتمتع الأمر المصلي الصادر للمتعاقد بقوة إلزامية، حيث يتعين عليه الإمتثال لمضمونه ومقتضياته، وهذا استناداً إلى ما تتمتع به الإدارة من امتياز التنفيذ المباشر لقراراتها الإدارية دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء الإداري، حتى لو غاب النص على هذا الإمتياز في بنود الصفقة العمومية². فبإمكان المصلحة المتعاقدة إجبار المتعاقد معها على تنفيذ أوامرها المصلحية، وفي حالة رفضه الإنصياع لها يمكنها أن تحل محله في تنفيذها على نفقته ومسؤوليته، أو أن تعهد إلى غيره بتنفيذها على حسابه³.

في هذا الصدد تنص الفقرة الرابعة من المادة 12 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل على أن المتعاقد ملزم بأن ينفذ بدقة أوامر المصلحة المبلغة إليه، وذلك بعد التدقيق في الوثائق الذي تستند عليها هذه الأوامر وإعلام المصلحة المتعاقدة قبل أي بدأ في عملية التنفيذ بالأخطاء أو السهو أو التناقضات الممكن حصولها جراء تنفيذ هذه الأوامر، والتي يسهل على رجل الفن مثله كشفها⁴.
وحتى ترتب الأوامر المصلحية الصادرة عن المصلحة المتعاقدة آثارها القانونية وتكون ملزمة باتجاه المتعاقد؛ يجب أن تكون في شكل كتابي. وفي هذا الصدد تنص الفقرة الثامنة من المادة 12 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل على أنه: " يتعين أن تصدر أوامر المصلحة كتابة و يجب أن تكون مؤرخة ومرقمة ومسجلة "، وهو نفس النهج الذي سار عليه المشرع اللائحي الفرنسي حينما نص في المادة

1- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة -، المرجع السابق، ص. 436.

2- يعرف امتياز التنفيذ المباشر بأنه: " حق الإدارة بأن تنفذ أوامرها على الأفراد بالقوة الجبرية، إذا رفضوا تنفيذها اختياراً، دون حاجة إلى إذن سابق من القضاء "، أنظر: سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية - دراسة مقارنة -، ط 1، دار الفكر العربي، مصر، 1957، ص. 450.

3- بلال أمين زين الدين، المرجع السابق، ص. 542.

4- أنظر الفقرة السادسة من المادة 12 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

3.8.1 من القرار المؤرخ في 08 سبتمبر 2009 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على الصفقات العمومية للأشغال على أنه يجب أن يكون الأمر المصلي مكتوب وموقع عليه من طرف صاحب الأشغال، كما يشترط فيه أن يكون مؤرخا ومرقما ويحمل تاريخ استلامه من طرف المتعاقد¹.

أما تلك الأوامر المصلحية الشفوية فلا تتمتع بأية قيمة قانونية، وهي غير ملزمة للمتعاقد المتعاقد حتى ولو صدرت عن الجهة المختصة، حيث تنص الفقرة الخامسة من المادة 12 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل على ما يلي: " كما يخضع للتغييرات المفروضة عليه خلال العمل، إلا أن ذلك يتم فقط عندما يأمر بتلك التغييرات مهندس الدائرة أو المهندس المعماري بموجب أمر مصلحة على مسؤوليته، ولا تعتبر تلك التغييرات إلا إذا أثبت حصولها بموجب ذلك الأمر الصادر عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري "

فالصيغة الكتابية لهذه الأوامر تكتسي أهمية كبرى، فهي تعتبر بمثابة مرجع وسند قانوني في مواجهة المصلحة المتعاقدة، فعن طريق الشكل الكتابي لهذه الأوامر المصلحية يمكن للمتعاقد إثبات أنه نفذ التعليمات الموجهة إليه من جهة، ومن جهة أخرى يمكنه استعمال ذلك كدليل قانوني لإثبات التجاوزات التي قد ترد في هذه الأوامر في حالة مطالبته بالتعويض أمام القضاء الإداري عن الأضرار التي لحقت بسببها².

غير أن المشرع اللائحي الجزائري وإن ألزم المصلحة المتعاقدة بضرورة إفراغ أوامرها المصلحية في شكل كتابي، إلا أنه لم يحدد بدقة هذا الشكل واكتفى بالإشارة إلى العناصر الأساسية فيه، مما يعني أن للمصلحة المتعاقدة كامل الحرية في اختيار الشكل الذي تراه مناسبا لهذه الأوامر والتعليمات، فقد اتخذها في شكل مذكرة أو خطاب أو رسالة موصى عليها مع إشعار العلم بالوصول.

1- «Les ordres de service sont écrits ; ils sont signés par le maître d'œuvre, datés et numérotés. Le titulaire en accuse réception datée. ». Art 3.8.1 du l'arrêté du 08 septembre 2009 portant approbation du C.C.A.G. Français applicables aux marchés publics de travaux.

2- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.44.

وإذا ارتأى المتعامل المتعاقد أن الأوامر المصلحية الموجهة إليه تتضمن إجحافاً أو تعسفاً في حقه، أمكنه الاعتراض عليها عن طريق التظلم أمام المصلحة المتعاقدة التي أصدرتها، شريطة أن يكون هذا التظلم مقدماً خلال الآجال المحددة لذلك قانوناً حفاظاً على استقرار الأوضاع¹.

وفي هذا الإطار تنص الفقرة السابعة من المادة 12 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل على أنه: "عندما يرتبي المفاوض أن مقتضيات أمر المصلحة تتجاوز التزاماته المتعاقد عليها بالصفقة، فيجب عليه تحت طائلة الفسخ، تقديم ملاحظة خطية ومعللة الأسباب إلى مهندس الدائرة أو المهندس المعماري خلال أجل عشرة أيام...".

ويبدأ سريان أجل عشرة أيام المذكور أعلاه من اليوم الموالي لاستلام المتعامل المتعاقد للأمر المصلحي، وهذا طبقاً لما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة الثانية من نفس دفتر الشروط، والتي جاء فيها بأن: "كل أجل يجري تحديده في الصفقة سواء كان للإدارة أو للمفاوض يبدأ سريانه في غداة اليوم الذي أبرم فيه العقد أو نص عليه فيه لابتداء سريان ذلك الأجل". غير أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة التنازل عن هذا الأجل إذا ارتأت أن ذلك لا يمس بوتيرة تقدم الأشغال ولا بالمصلحة العامة².

ويتم إثبات تاريخ إستلام الأمر المصلحي من طرف المتعامل المتعاقد في النسخة الثانية من هذا الأمر (Accusé de réception) أو الإيصال الذي يوقعه المتعامل المتعاقد لقاء استلامه للأمر المصلحي، أو عن طريق توقيعه في سجل تعدده المصلحة المتعاقدة خصيصاً لذلك، أو عن طريق توجيه الأمر المصلحي إلى المتعامل المتعاقد برسالة مضمونة مع طلب العلم بالاستلام، ويعتبر هنا تاريخ العلم بالاستلام حجة عليه في احتساب الأجل³، وفي نفس الوقت يجب تعسف المصلحة المتعاقدة في استغلال قصر هذا الأجل، حيث قد تعمد إلى اتخاذ أمر مصلحي ما بتاريخ معين، وتتراخى عن قصد في إعلام المتعامل المتعاقد به إلى حين اقتراب انتهاء هذا الأجل. وفي هذا الصدد تجدر الإشارة إلى أن المشرع اللاتحي الفرنسي قد وضح بشكل دقيق في المادة 3.1 من دفتر الشروط الإدارية العامة

1- أنظر المادة 830 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008 المتضمن قا.إ.م.؛ ج.ر. عدد 21 صادرة بتاريخ 23 أبريل 2008.

2- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.45.

3- أنظر الفقرة الأخيرة من المادة الثانية من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

المطبق على الصفقات العمومية للأشغال كصفات إرسال وإثبات استلام الأمر المصلحي من طرف المتعاقد¹، وهو ما نأمل من المشرع اللائحي الجزائري لتفادي جميع الإشكالات.

غير أن الإعتراض الذي قد يقدم من طرف المتعامل المتعاقد إلى المصلحة المتعاقدة، والذي يعتبر كتظلم إداري أمامها، لا يبيح له وقف تنفيذ هذه الأوامر المصلحية إلا إذا أمر بذلك المهندس أو مكتب الدراسات المكلف بمهمة الرقابة والتوجيه²، فإذا لم تستجب المصلحة المتعاقدة للإعتراض رغم تقديمه خلال الآجال القانونية سالفه الذكر، فإنه يكون بإمكان المتعاقد اللجوء إلى القضاء الإداري المختص، والذي لا يملك في هذه الحالة سوى تعويض المتعامل المتعاقد عن ما لحقه من ضرر أو ما فاته من ربح جراء الأوامر المصلحية المتخذة إتجاهه أثناء عملية التنفيذ³.

ومن صور الأوامر المصلحية وأهمها الأمر ببدء الخدمة أو بالشروع في التنفيذ، وقد نص عليه المشرع اللائحي الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 12 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، حيث جاء فيها بأنه: " يجب على المقاول مباشرة الأشغال في الآجال المحددة في أوامر المصلحة الصادرة عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري".

ويعتبر الأمر بالشروع في التنفيذ كإعلان لانطلاق عملية تنفيذ الصفقة العمومية، وهو يتمتع بهذه الأهمية الكبيرة باعتبار تاريخه نقطة بداية لاحتساب مدة التنفيذ وتحديد التاريخ المتوقع للاستلام المؤقت ومن ثم النهائي للأعمال المحددة في الصفقة العمومية⁴.

1- « La notification au titulaire des décisions ou informations du pouvoir adjudicateur qui font courir un délai est faite : - soit directement au titulaire, ou à son représentant dûment qualifié, contre récépissé ;

- soit par échanges dématérialisés ou sur supports électroniques. Les conditions d'utilisation des moyens dématérialisés ou des supports électroniques sont déterminées dans les documents particuliers du marché ;

- soit par tout autre moyen permettant d'attester la date et l'heure de réception de la décision ou de l'information.

Cette notification peut être faite à l'adresse du titulaire mentionnée dans les documents particuliers du marché ou, à défaut, à son siège social, sauf si ces documents lui font obligation de domicile en un autre lieu.

En cas de groupement, la notification se fait au mandataire pour l'ensemble du groupement ». Art 3 alinéa 1 du l'arrêté du 08 septembre 2009 portant approbation du C.C.A.G. Français applicables aux marchés publics de travaux.

2- أنظر آخر الفقرة السابعة من المادة 12 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

3- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.135.

4- « Le délai d'exécution des travaux est celui imparti pour la réalisation des travaux incombant au titulaire, y compris le repliement des installations de chantier et la remise en état des terrains et des

غير أن الشروع في تنفيذ الصفقة العمومية من طرف المتعامل المتعاقد عقب تلقيه الأمر المصلحي بذلك، متوقف على وفاء المصلحة المتعاقدة ببعض الإلتزامات المتعلقة بالشروع في عملية التنفيذ، ومن بينها ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 12 من دفتر الشروط الإدارية العامة أعلاه، والتي جاء فيها ما يلي: " يتلقى المقاول مجانا من المهندسين أو المهندسين المعماريين خلال مقاولته نسخة مصدقة عن كل الرسوم المتعلقة بالمقتضيات المقررة بالشروع وعن المستندات اللازمة لتنفيذ الأشغال " .

ومن أهم الأمور التي تلتزم المصلحة المتعاقدة بالوفاء بها تسليم موقع العمل للمتعامل المتعاقد. فتأخرها في تنفيذ هذا الإلتزام دون مبرر قانوني ولمدة غير معقولة، قد يؤدي إلى فسخ الصفقة العمومية بناء على طلب المتعامل المتعاقد، إضافة إلى تعويضه عن ما لحقه من ضرر جراء هذا الإخلال، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 34 من نفس دفتر الشروط، والتي جاء فيها بأنه: " عندما تقرر الإدارة تأجيل الأشغال لمدة تزيد على سنة واحدة سواء كان ذلك قبل بدء التنفيذ أو بعده، يحق للمقاول فسخ صفقته إذا طلب ذلك كتابيا دون الإخلال بالتعويض الذي يجوز تأديته له إذا اقتضى ذلك في إحدى الحالتين " .

وفي ظل عدم علمنا بقرارات قضائية ذات صلة صادرة عن مجلس الدولة الجزائري، نستأنس بما ذهب إليه القضاء الإداري المصري، حيث قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكم صادر لها بتاريخ 1967/06/03 أنه: " ... متى كان الثابت أنه قد حيل بين المتعاقد والبدء في تنفيذ العملية بسبب تعرض رجال الإصلاح له، الأمر الذي ترتب عليه وقف تنفيذ هذه العملية لمدة جاوزت السنة بعد صدور أمر التشغيل دون أن تقوم الهيئة المتعاقدة بتنفيذ التزاماتها بتسليم الطاعن موقع العمل وتمكينه من البدء في التنفيذ، ومن ثم فإنه إذا لوحظ أن المدة التي حددت لتنفيذ العملية هي شهران فقط، فإن عدم قيام الهيئة المذكورة بتسليم موقع العمل إلى الطاعن طيلة عام بأكمله مما يحق معه القول بأنها قد أخلت إخلالا جسيما بواجبها نحو الطاعن بعدم تمكينه من العمل، وأنها تأخرت في

lieux. Un ordre de service précise la date à partir de laquelle démarre le délai d'exécution des travaux ». Art 19.1.1 alinéa 2 du l'arrêté du 08 septembre 2009 portant approbation du C.C.A.G. Français applicables aux marchés publics de travaux.

تنفيذ التزاماتها مدة كبيرة تجاوز القدر المعقول، الأمر الذي يعتبر سببا مبررا لفسخ العقد المبرم بينهما وتعويض الطاعن عما أصابه من أضرار بسبب ذلك"¹.

كما يجب على المصلحة المتعاقدة أن تقدم للمتعاقد جميع التراخيص والتصاريح اللازمة للشروع في عملية التنفيذ، ومنها رخصة الهدم ورخصة البناء والرخص الخاصة بمرور الآليات التابعة للمتعاقد ورخص شغل الأماكن المخصصة لتنفيذ المشروع محل الصفقة العمومية، وهو الأمر الذي أكد عليه المشرع اللائحي الفرنسي في المادة 31.3 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على الصفقات العمومية للأشغال².

ومن الأوامر المصلحية التي يمكن أن تتخذها المصلحة المتعاقدة في إطار مراقبتها لعملية تنفيذ الصفقة العمومية الأمر بتأجيل عملية التنفيذ أو وقفها بصفة مؤقتة أو نهائية لأسباب فنية وتقنية، والتي يرجع أمر تقديرها إليها.

وهنا نميز بين الوقف المطلق والنهائي لعملية التنفيذ، والوقف المؤقت أو تأجيل تنفيذ الصفقة العمومية لمدة معينة. فبالنسبة للحالة الأولى تنص الفقرة الأولى من المادة 34 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل على أن الصفقة العمومية تفسخ في هذه الحالة بقوة القانون، وذلك بقولها: " عندما تأمر الإدارة بتوقيف الأشغال بصفة مطلقة تفسخ المقاوله فوراً"³. وما يلاحظ على هذه الفقرة أنها أغفلت ذكر التعويض المستحق للمتعاقد في هذه الحالة إذا ما أثبت تضرره من فسخ الصفقة العمومية.

أما فيما يتعلق بحالة الوقف المؤقت لعملية التنفيذ أو تأجيلها لمدة معينة، فتنص الفقرة الثانية من المادة 34 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل على أنه: "عندما تقرر الإدارة تأجيل الأشغال لمدة تزيد على سنة

1- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، طعن رقم 862، سنة 9 ق، جلسة 1967/06/03، أشار إليه: محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص.384.

2- « Le représentant du pouvoir adjudicateur fait son affaire de la délivrance au titulaire des autorisations administratives, telles que les autorisations d'occupation temporaire du domaine public ou privé, les permissions de voirie, les autorisations de survol par grue de propriétés voisines, les ancrages, les permis de construire nécessaires à la réalisation des ouvrages faisant l'objet du marché.

Le représentant du pouvoir adjudicateur et le maître d'œuvre apportent leur concours au titulaire pour lui faciliter l'obtention des autres autorisations administratives dont il aurait besoin, notamment pour disposer des emplacements nécessaires à l'installation des chantiers et au dépôt temporaire des déblais ». Art 31 alinéa 3 du l'arrêté du 08 septembre 2009 portant approbation du C.C.A.G. Français applicables aux marchés publics de travaux.

3- لم يوفق المشرع اللائحي الجزائري في هذه المادة بقوله " تفسخ المقاوله "، والأصح هو " تفسخ الصفقة العمومية "، لأن المقاوله تابعة للمتعاقد وهي مستقلة عن المصلحة المتعاقدة.

واحدة سواء كان ذلك قبل بدء التنفيذ أو بعده، يحق للمقاول فسخ صفقته إذا طلب ذلك كتابيا دون الإخلال بالتعويض الذي يجوز تأديته له إذا اقتضى ذلك في إحدى الحالتين". والمقصود هنا من تأجيل الأشغال قبل بدء التنفيذ هو التأجيل بعد توجيه الأمر المصلي بالشروع في التنفيذ. ونفس الحكم ينطبق في حالة ما إذا توالى التأجيلات المقررة من طرف المصلحة المتعاقدة على عملية التنفيذ، شريطة أن يتجاوز مجموع مدة التأجيل سنة واحدة، حتى ولو تحلل هذه المدة إستئناف في تنفيذ الأشغال¹.

وفي المقابل تنص الفقرة السادسة من نفس المادة 34 أعلاه على أنه: " عندما تفرض الإدارة تأجيل الأشغال لمدة تقل عن سنة، فلا يحق للمقاول فسخ الصفقة، إنما يجوز طلب التعويض في حالة تضرره بصورة محققة ".

ولا يكون طلب المتعامل المتعاقد الرامي إلى فسخ الصفقة العمومية أو المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت له أو الكسب الذي فاته مقبولا من طرف المصلحة المتعاقدة إلا إذا وجه إليها خلال أجل أربعة أشهر من تاريخ تبليغه الأمر المصلي المتضمن تأجيل عملية التنفيذ. وفي حالة التأجيلات المتتالية يبدأ في احتساب هذا الأجل من تاريخ تبليغ المتعامل المتعاقد بأمر مصلي متضمن للتأجيل².

وحماية للمتعامل المتعاقد من فساد الأشغال التي قام بتنفيذها قبل تأجيل عملية التنفيذ، تنص الفقرة الخامسة من المادة 34 أعلاه على أنه: "... إذا شرع في تنفيذ الأشغال يجوز للمقاول أن يطلب فورا الإستلام المؤقت للأشغال المنفذة ثم بالإستلام النهائي بعد انقضاء أجل الضمان"³، ولكن الإشكال المطروح في هذه الحالة يتعلق بفساد الأشغال المنفذة من طرف المتعامل المتعاقد قبل الإستئناف مجددا في عملية التنفيذ، ولذا كان من الأسلم النص على أنه يمكن للمتعامل المتعاقد طلب إجراء الإستلام المؤقت للأشغال المنفذة فور تبليغه بالأمر المصلي الرامي إلى تأجيل الأشغال، فإذا انقضى أجل الضمان كان من حقه المطالبة بإجراء الإستلام النهائي لهذه الأشغال.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى طول المدة (سنة كاملة) التي سمح بها المشرع اللائحي الجزائري للمصلحة المتعاقدة لتأجيل عملية التنفيذ، وهو ما يؤثر سلبا على وتيرة تقدم تنفيذ الصفقات

1- أنظر المادة 34 فقرة 4 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

2- أنظر المادة 34 فقرة 3 من دفتر الشروط الإدارية العامة أعلاه.

3- يلاحظ هنا أن المشرع اللائحي الجزائري أغفل ذكر "بعد التأجيل" بعد جملة "إذا شرع في تنفيذ الأشغال".

العمومية بصفة عامة، والذي قد يؤدي بالنتيجة إلى تبذير الأموال العمومية من ناحيتين، الأولى تتعلق بالنفقات المصروفة على حراسة مواقع العمل والمواد والآلات المعدة لتنفيذ الأشغال، والثانية تتعلق بالتعويضات التي يجب تأديتها للمتعاملين المتعاقدين جراء الأضرار التي لحقتهم نتيجة تأجيل عملية التنفيذ.

وبالمقارنة مع المشرع اللائحي الفرنسي نجد أنه نص على مدة أقل من المدة التي نص عليها المشرع اللائحي الجزائري فيما يخص تأجيل الإنطلاق في الأشغال، فطبقاً للفقرة الثالثة من المادة 1.1.19 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال فإن المتعامل المتعاقد لا يحق له الحصول على التعويض متى كانت مدة التأجيل في انطلاق الأشغال لا تتجاوز ستة (06) أشهر¹.

وعلاوة على كل ما ذكرناه فإن من صور الأوامر المصلحية التي يمكن للمصلحة المتعاقدة اتخاذها في إطار سلطتها في الرقابة والتوجيه الأمر بالهدم وإعادة البناء، وهذا في حالة ما إذا ثبت للمهندس أو الهيئة المكلفة بالرقابة وجود عيوب في الأشغال أثناء معاينتها، وذلك سواء تم اكتشاف هذه العيوب أثناء تنفيذ هذه الأشغال، أو تم اكتشافها بعد الإستلام المؤقت لها وقبل استلامها النهائي².

في هذا الإطار تنص الفقرة الأولى من المادة 26 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري المطبق على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل على أنه: " إذا حصل لمهندس الدائرة أو المهندس المعماري شك بوجود فساد في أشغال البناء فيجوز له إصدار أمر مصلحة بالخراب سواء كان ذلك أثناء التنفيذ أو قبل الإستلام النهائي أو بالهدم وإعادة بناء الأشغال أو أقسام الأشغال المظنون فسادها"³. ونفس الموقف تبناه المشرع اللائحي الفرنسي ولكن مع بعض الاختلاف الطفيف، حيث نص على جواز اتخاذ الأوامر المصلحية الرامية إلى إصلاح العيوب الواردة

1- « En dehors des cas de tranches conditionnelles, le titulaire ne peut se prévaloir d'aucun préjudice si la date, fixée par ordre de service, pour le début de la période de préparation lorsqu'il en existe une, ou de début d'exécution des travaux n'est pas postérieure de plus de six mois à celle de la notification du marché». Art 19.1.1 alinéa 2 du l'arrêté du 08 septembre 2009 portant approbation du C.C.A.G. Français applicables aux marchés publics de travaux.

2- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.50.

3- يعتقد الباحث بأن المشرع اللائحي الجزائري لم يوفق في استعمال بعض المصطلحات العربية الواردة في هذه الفقرة، حيث استعمل مصطلح " الخراب " بدلا من المصطلح القانوني الصحيح " الهدم "، كما استعمل كلمة " المظنون " بدلا من " المشكوك ".

في عملية البناء أو الهدم الجزئي أو الكلي للأشغال في حالة الضرورة إلى غاية انتهاء أجل الضمان، وليس فقط قبل الإستلام النهائي كما نص على ذلك المشرع اللائحي الجزائري¹.

ويلاحظ من خلال الفقرة الأولى من المادة 26 أعلاه أن المشرع اللائحي الجزائري خول للمهندس أو الهيئة المكلفة بالرقابة سلطة إصدار أمر مصلحي بالهدم، لمجرد شكه في فساد الأشغال أو وجود عيوب بها دون التأكد من ذلك، الأمر الذي قد يؤدي إلى التعسف في اتخاذ مثل هذه الأوامر المصلحية، ما ينعكس سلبا على وتيرة تقدم إنجاز الأشغال من جهة، وتعرض المتعامل المتعاقد لخسائر مالية غير مبررة من جهة أخرى.

ويبقى هذا الإشكال قائما بالرغم من استدراك المشرع اللائحي الجزائري له ونصه في الفقرة الثانية من المادة 50 من نفس دفتر الشروط على وجوب تحرير محضر بالظروف الخاصة بالإختلاف في حالة احتجاج المتعامل المتعاقد على الأمر المصلحي المتضمن هدم الأشغال المشكوك في فسادها، وعرض هذا المحضر على المهندس الرئيسي لإعطاء النتيجة المترتبة قانونا على هذا الوضع، وذلك بعد تبليغه للمتعامل المتعاقد ليقدم ملاحظاته عليه خلال أجل خمسة أيام.

وكان الأحرى بالمشرع اللائحي الجزائري أن ينحو في هذا الإطار نفس المنحى الذي نص عليه في الفقرة الثالثة من المادة 26 من نفس دفتر الشروط أعلاه، وهو اشتراط أن يكون فساد الأشغال أمرا محققا أو على الأقل معترفا به.

والأصل أن تتم عملية الهدم من طرف المتعامل المتعاقد، وفي حالة عدم امتثاله للأمر بالهدم فإن هذه عملية تباشر بحضوره أو بدعوته لذلك رسميا من طرف المصلحة المتعاقدة²، غير أنه لا يتحمل النفقات الناتجة عن عملية الهدم ولا يلتزم بتعويض المصلحة المتعاقدة عن ذلك إلا إذا كان فساد البناء محققا ومعترفا به، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من نفس المادة 26 أعلاه، حيث جاء فيها بأن: " يتحمل المقاول النفقات الناتجة عن تلك العملية (الهدم) عندما يكون فساد البناء محققا ومعترفا به دون الإخلال بالتعويض الذي يمكن أن تطالب به الدولة ".

1- « Lorsque le maître d'œuvre présume qu'il existe un vice de construction dans un ouvrage, il peut, jusqu'à l'expiration du délai de garantie, prescrire par ordre de service les mesures de nature à permettre de déceler ce vice. Ces mesures peuvent comprendre, le cas échéant, la démolition partielle ou totale de l'ouvrage ». Art 39.1 alinéa 1 du l'arrêté du 08 septembre 2009 portant approbation du C.C.A.G. Français applicables aux marchés publics de travaux.

2- أنظر المادة 26 فقرة 2 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

وبغض النظر عما ذكرناه من أمثلة للأوامر المصلحية التي يمكن للمصلحة المتعاقدة اتخاذها في نطاق سلطتها في الرقابة والتوجيه على عملية تنفيذ الصفقات العمومية، فإن لها كامل الحرية في توجيه ما تراه مناسباً للمتعاقد من أوامر مصلحية أخرى في سبيل ضمان التنفيذ الجيد لموضوع الصفقة العمومية.

غير أن الملاحظ هو أن السلطة المخولة للمصلحة المتعاقدة لرقابة وتوجيه المتعاقد معها لضمان حسن تنفيذ الصفقة العمومية، لا يحول دون تسجيل بعض العيوب والإخلالات في عملية التنفيذ نتيجة عدم امتثاله للأوامر المصلحية الموجهة إليه، فما السبيل إلى مواجهة هذا التقصير؟ هذا ما سنحاول التعرض إليه فيما يلي.

المبحث الثاني: سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات العقدية

تعتبر آلية توقيع الجزاءات العقدية على المتعاقد من طرف المصلحة المتعاقدة من أهم الآليات القانونية المخولة لها في سبيل ضمان حسن تنفيذ الصفقات العمومية، وهذا نظراً لما تتمتع به من قوة الزامية في الضغط على المتعاقد من أجل تنفيذ التزاماته العقدية وفقاً للمواصفات المنصوص عليها في دفتر الشروط¹.

فأي إخلال يرتكبه المتعاقد في التزام من التزاماته العقدية سيؤثر لا محالة على سير المرفق العام بانتظام واضطراب، سواء تمثل هذا الإخلال في امتناعه عن تنفيذ التزام ما، أو تأخر في تنفيذه عن المواعيد المحددة له سلفاً في الصفقة العمومية، أو نفذه بشكل سيء وغير مطابق للمواصفات المحددة في دفتر الشروط، أو لم يمثل للأوامر المصلحية الموجهة له من طرف المصلحة المتعاقدة، أو قام بعرقلة الهيئة المكلفة بمراقبة عملية التنفيذ عن أداء مهامها².

ونظراً للصفة التي يتمتع بها المتعاقد في إطار العقود الإدارية بشكل عام، والمتمثلة في كونه متعاوناً مع الإدارة في إدارة المرفق العام، فإن أي تقصير أو إهمال منه في تنفيذ أحد التزاماته العقدية لا يشكل خطأً عقدياً فحسب، وإنما يعتبر أيضاً خطأً في حق المرفق العام ذاته³.

ولمواجهة أي تقصير من المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية فإن المصلحة المتعاقدة تتمتع بسلطة توقيع الجزاءات الإدارية العقدية عليه، وهي سلطة تخضع لنظام قانوني مختلف عن ما هو

1- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.151.

2- Ahmed MAHIOU, op. cit., p.248.

3- حمد محمد حمد الشلحاني، المرجع السابق، ص.168.

مقرر في عقود القانون الخاص، حيث منح القانون للإدارة سلطات وامتيازات في مجال العقود الإدارية لا مثيل لها في عقود القانون الخاص، وذلك من أجل تمكينها من المحافظة على سير المرافق العامة بانتظام ودون اضطراب تحقيقا للمصلحة العامة¹، فلو اقتصر القانون على منحها ذات السلطات المتعارف عليها بين المتعاقدين في مجال عقود القانون الخاص، كالدفع بعدم التنفيذ واللجوء للقضاء من أجل توقيع الجزاء على المتعاقد معها، لأثر ذلك بشكل سلبي على سير المرافق العامة و بالنتيجة على تحقيق المصلحة العامة².

وفي ظل عدم علمنا بوجود قرارات قضائية صادرة عن مجلس الدولة الجزائري ذات صلة بالمسألة، نستأنس بما ذهب إليه القضاء الإداري في مصر، حيث أبرزت محكمة القضاء الإداري في حكم لها بتاريخ 24 نوفمبر 1957 أهمية الجزاءات العقابية وما يميزها عن تلك المقررة في عقود القانون الخاص، وذلك حينما اعتبرت: "أن كل إخلال من جانب المتعاقد مع الإدارة لا يقتصر على أن يكون إخلالا بالتزام تعاقدى فحسب، وإنما فيه أيضا مساس بالمرفق العام الذي يتصل بالعقد، واتصال العقد الإداري بالمرفق العام، وضرورة الحرص على حسن سير هذا المرفق بانتظام واضطراد... يوجب أن تكون الجزاءات المترتبة على هذا الإخلال شديدة وتنطوي في الواقع على معنى العقوبة، ولا تتفق مع أحكام القانون المدني، ومن هذه الجزاءات سلطة توقيع الغرامة عند التأخير في التنفيذ، ثم سلطة التنفيذ المباشر بأن تحل الإدارة بنفسها محل المتعاقد معها في تنفيذ الإلتزام أو أن تعهد بتنفيذه إلى شخص آخر، ويتم هذا الإجراء على حساب وتحت مسؤولية المتعاقد مع الإدارة، فيتحمل نتائجه المالية، وثالث هذه الجزاءات حق الإدارة في الفسخ أي إلغاء العقد بدون الإلتجاء إلى القضاء، وذلك في حالة تقصير المتعاقد مع الإدارة تقصيرا جسيما... ومن حيث أن هذه الجزاءات هي ضمانات جرى العرف الإداري على ذكرها في العقود الإدارية، وإن كانت لا تستقيم مع قواعد القانون المدني، إذ أن جميع الجزاءات التي يقرها القانون المدني من فسخ أو تنفيذ عيني مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى، لا تكفي للحيلولة دون عبث المتعاقد مع جهة الإدارة، وإخلاله بالصالح العام، بل لا بد لصيانة الصالح العام والأمن العام من وجود جزاءات رادعة يجري توقيعها على المتعهد المتخلف أو المقصر دون اتباع أي قواعد أو إجراءات ضيقة أو بطيئة كقواعد القانون المدني، لأن قواعد هذا القانون لا تستقيم مع السرعة التي يستلزمها حسن سير المرافق العامة، وهذه هي العلة في انطواء مثل

1- Martine LAMBARD; Gilles DUONT, op. cit., p.253.

2- عليوات ياقوتة، المرجع السابق، ص.223.

هذه الجزاءات في الواقع على معنى العقوبة، بل هي في الواقع عقوبة يجري توقيعها على المتعهد المتخلف بمجرد قيام سببها، وبصرف النظر عن القواعد التي يقررها القانون الخاص...¹.
وتتنوع الجزاءات العقدية التي توقعها المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد معها بين جزاءات مالية تتمثل في التعويض وغرامة التأخير، وجزاءات ضاغطة تتمثل في التنفيذ المباشر من طرف المصلحة المتعاقدة على نفقة ومسؤولية المتعامل المتعاقد معها، وأخيرا جزاءات فاسخة تتمثل في فسخ الصفقة العمومية². غير أن جميع هذه الأنواع تتسم بخصائص عامة ومشتركة فيما بينها، ولذا سنتطرق أولا لتحديد هذه الخصائص العامة، ثم نتعرض فيما بعد للخصائص التي يستقل بها كل نوع من الجزاءات المشار إليها.

المطلب الأول: الخصائص العامة للجزاءات العقدية في مجال الصفقات العمومية

تشارك جميع الجزاءات العقدية التي يمكن للمصلحة المتعاقدة توقيعها على المتعاقد معها عند إخلاله بالتزاماته العقدية في مجموعة من الخصائص. وفي هذا الصدد نلاحظ أن هناك قسما منها يخالف النظام القانوني للجزاءات العقدية المعروف في عقود القانون الخاص، وبالمقابل هناك قسم آخر من الخصائص يوافق في نظامه القانوني ما هو متبع في عقود القانون الخاص.
فبالنسبة للقسم الأول فإنه يتضمن مجموعة من الخصائص التي تتجلى فيها مظاهر السلطة العامة، وهي تعتبر من قبيل السلطات الإستثنائية التي تتميز بها الإدارة عند تنفيذها للعقود الإدارية، ومن أمثلتها إمكانية توقيع الجزاء دون الحاجة إلى اللجوء للقضاء، وهذا على خلاف ما هو مسلم به في إطار عقود القانون الخاص.
أما القسم الثاني فهو يشبه في نظامه القانوني القواعد العامة المتبعة في عقود القانون الخاص، وهي تعتبر بمثابة ضمانات أساسية للمتعامل المتعاقد في مواجهة تعسف المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات الإدارية العقدية عليه، وتتمثل في وجوب إعداره قبل توقيع الجزاءات عليه من جهة، وخضوع هذه الجزاءات لرقابة القضاء الإداري.

1- حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، الطعن رقم 4186، س 5 ق، جلسة 24 نوفمبر 1957. أشار إليه: بلال أمين زين الدين، المرجع السابق، ص.530.
2- محمد مقبل سالم العندي، المرجع السابق، ص.28.

الفرع الأول: الخصائص المخالفة للجزاءات المدنية العقدية

تختلف العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص في كونها تخضع لنظام قانوني خاص ومتميز، على أساس أنها تهدف إلى ضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد تحقيقاً للمصلحة العامة، وهذا على خلاف عقود القانون الخاص التي لا يستهدف أطرافها سوى تحقيق مصالحهم الشخصية. ومن أهم الأمور التي تختلف فيها العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص الجزاءات الإدارية العقدية التي يمكن توقيعها على المتعامل المتعاقد، والتي تخالف في طبيعتها ونظامها القانوني الجزاءات العقدية المعروفة في مجال عقود القانون الخاص.

وتشكل هذه الخصائص في مجملها شكلاً من أشكال إمتيازات السلطة العامة الإستثنائية التي تتمتع بها الإدارة في إطار العقود الإدارية، كما أنها تعتبر معياراً جدياً مهم في تمييز العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص.

و تتمثل الخصائص التي تشترك فيها الجزاءات العقدية والمختلفة في نظامها القانوني عن مثيلتها في عقود القانون الخاص، في إمكانية توقيعها بالإرادة المنفردة للمصلحة المتعاقدة ودون حاجة للجوء إلى القضاء من أجل استصدار قرار بتوقيعها¹. كما أنه لا يشترط لتوقيعها ضرورة النص عليها في القوانين أو اللوائح أو في دفاتر الشروط وبنود الصفقة العمومية، ويمكن للمصلحة المتعاقدة توقيع هذه الجزاءات في الوقت الذي تراه مناسباً ودون حاجة لإثبات وقوع الضرر.

أولاً: إمكانية توقيع الجزاءات العقدية بالإرادة المنفردة للمصلحة المتعاقدة

في حالة ارتكاب مخالفة من طرف المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذه للصفقة العمومية، فإنه بإمكان المصلحة المتعاقدة أن توقع عليه جزاءات عقدية مناسبة لهذه المخالفات، وذلك بإرادتها المنفردة ودون حاجة إلى الإلتجاء مسبقاً للقضاء الإداري من أجل الحكم بهذه الجزاءات². فهي تتمتع بامتياز الأسبقية "Le privilege de péalable" الذي لا مقابل له في عقود القانون الخاص³.

1- عصام بنحسن، المرجع السابق، ص.33.

2- إسماعيل هبة، المرجع السابق، ص.44.

3- نصر الدين بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام - دراسة مقارنة -، ط 1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007، ص.246.

وفي بداية الأمر لم تكن سلطة الإدارة في توقيع جزاءات عقدية على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة تشمل إلزامه بدفع تعويض عن الأخطاء والمخالفات التي ارتكبتها وتسببت لها بأضرار، وإنما كان على الإدارة اللجوء إلى القضاء الإداري من أجل استصدار قرار قضائي بدفع هذا التعويض. وحتى في حال لجوء الإدارة المتعاقدة إلى القضاء الإداري، فإنه لم يكن يحكم لها بالتعويض في أول الأمر إلا إذا تم النص عليه في العقد الإداري، بمعنى أن القضاء الإداري الفرنسي في بداية تطبيقاته لم يكن يعترف حتى بحق الإدارة المتعاقدة في التعويض وفقا للقواعد العامة المعروفة في عقود القانون الخاص، وكان جد متمسك بمبدأ الشرعية في مجال العقود الإدارية، والذي مفاده أنه لا جزاء ولا تعويض إلا بموجب نص عقدي. وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في قرار له بتاريخ 15 جويلية 1881 في قضية "Chemin de fer D'orleans à Rouen"، حيث نص القرار صراحة على عدم جواز طلب الإدارة من القاضي الحكم لها بتعويضات لم يتم النص عليها في العقد الإداري، وكانت بنود هذا العقد تقضي بأنه في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته، فإنه من حق الإدارة المتعاقدة معه أن توقع عليه غرامات مالية أو تقرر إسقاط الإلتزام، ولم ينص العقد على تعويض معين بالنسبة للمخالفات العقدية التي أغفلت الإدارة عن رصد عقوبة مالية لها¹، وبالرغم من تعلق هذا القرار بعقد الامتياز إلا أنه يمكن الإستئناس به في هذا الصدد لأن كل من عقد الإمتياز والصفقة العمومية يدخلان في نطاق العقود الإدارية.

وقد أوضح مفوض الحكومة "Marguerie" في هذه القضية أن عقود الإلتزام يقتصر دورها في تحديد نتائج عدم تنفيذ العقد وتحديد طبيعته ومداه، ولكنها لا تسمح للإدارة مانحة الإلتزام أن تلجأ للقواعد العامة من أجل المطالبة بتعويضات لم يتم النص عليها في بنود العقد، وأن النصوص المقررة في دفتر الشروط لا يمكن أن تعتبر كحد أدنى للتعويض، إذ يتعلق الأمر بتعويضات محددة مسبقا لتجنب الإشكالات المتعلقة بالتقدير².

ووفقا للمبدأ السابق الذي قرره مجلس الدولة الفرنسي، كان أمام الإدارة أحد الخيارين أحدهما مر، فإما أن توقع على المتعاقد معها جزاء إسقاط الإلتزام أي فسخ عقد الإلتزام، والذي يعتبر جزاء قاسيا مقارنة مع بساطة المخالفة العقدية التي ارتكبتها، ما يآثر سلبا على سير المرافق العامة بانتظام واضطراب، وإما أن تتساهل وتتسامح معه وتغض الطرف عن هذه المخالفة، الأمر الذي يؤدي إلى

1- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.89.

2- سعيد عبد الرزاق باخبيره، المرجع السابق، ص.45.

تفانم الوضع وزيادة عبث المتعاقد بالإدارة في تنفيذه للعقد الإداري، وهو ما يؤدي بدوره إلى عرقلة سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، ما ينعكس سلبا على تحقيق المصلحة العامة. وبقي الأمر على هذا الحال إلى أن حدث تطور جديد في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، حيث أصبح يحكم للإدارة المتعاقدة بالتعويض عن الأضرار التي لحقتها من جراء المخالفات العقدية التي ارتكبتها المتعاقد معها، وذلك بالرغم من عدم النص عليه في العقد الإداري، وهذا على أساس القواعد العامة التي تحكم عقود القانون الخاص، وذلك في قرار له بتاريخ 31 ماي 1907 فصلا في قضية "Deplanque"¹.

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن السيد "Deplanque" أبرم عقد امتياز مع إحدى القرى لإنارتها، وقد نص هذا العقد على إسقاط الإلتزام كجزاء لتقصير المتعاقد في تنفيذ التزاماته، وقد نسب بعد ذلك إلى السيد "Deplanque" التقصير في أداء بعض التزاماته العقدية، فعرض الأمر على القضاء الإداري من أجل الفصل فيه، وكان القاضي مخيرا بين أن يتمسك بنصوص العقد فيحكم بإسقاط الإلتزام، وبين أن يوقع على المتعاقد جزاء آخر، وكان من بين ما اقترحه مفوض الحكومة "Romieu" في تقريره المقدم في هذه القضية المبدأ التالي: " إن كل التزم عقدي يقابله جزاء يضمن تنفيذه، وعلى القاضي أن يطبق القواعد العامة إذا لم يتضمن العقد الإداري نصوصا صريحة على خلاف ذلك، ومن ثم يجب على القاضي في الحالة المعروضة عليه، وإعمالا للقواعد العامة أن يقرر إما إسقاط الإلتزام أو الحكم بالتعويضات"².

وطبقا للمبدأ الذي قرره مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Deplanque" فقد أصبح بإمكان القضاء الإداري تطبيق القواعد العامة المقررة في القانون المدني على العقود الإدارية في حالة عدم نصها على التعويض، فليس من المعقول تقرير هذا الحق للمتعاقدين في مجال عقود القانون الخاص الذين يستهدفون مصالحهم الخاصة والشخصية، وعدم الإعتراف به لمصلحة الإدارة المتعاقدة التي تستهدف المصلحة العامة، والتي يجب أن تكون فوق كل اعتبار³.

ولكن بالرغم من تقرير المبدأ السابق لحق الإدارة المتعاقدة في طلب التعويض من القضاء الإداري في حالة عدم النص عليه في العقد، إلا أنه لم يكن بإمكانها إلزام المتعاقد معها بدفع التعويض

1- Laurent Richer, op. cit., p.243.

2- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.153.

3- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.90.

بإرادتها المنفردة، إلى أن حصل تطور جديد في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، حيث عدل عن توجيهه السابق بأن سمح للإدارة المتعاقدة بتوقيع جزاء اقتضاء التعويض بإرادتها المنفردة ودون الحاجة إلى اللجوء للقضاء الإداري لاستصدار حكم بذلك¹.

وقد تأكد هذا المنحى في قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 11 أكتوبر 1929 فصلا في قضية شركة ملاحه جنوب الأطلسي "Compagnie de Navigation sudAtlantique"، والذي قضى بأنه إذا ترتب على تقصير الشركة المتعاقدة ضرر للدولة يكون من شأنه ثبوت الحق في التعويض، فإنه يجوز للوزير تحديد التعويض الذي تستحقه قبل المتعاقد بإرادتها المنفردة دون حاجة إلى اللجوء للقضاء لاستصدار حكم بذلك².

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن الشركة المدعية حصلت على امتياز تسيير مرفق خطوط البحرية، وبمقتضى دفتر شروط العقد كانت هذه الشركة ملزمة بأن تعرض على قضاء التحكيم المنازعات ذات الطابع الجماعي التي تحدث بينها وبين مستخدميها بخصوص شروط العمل، وقد حدث أن رفضت الشركة الملزمة العمل بذلك في ظرف معين، مما حدا بالوزير المختص بالبحرية إلى أن يصدر قرارا تنفيذيا مباشرا بتحميل الشركة مبلغا ماليا معيناً كتعويض للدولة³.

وابتداء من تاريخ قرار مجلس الدولة الفرنسي المشار إليه أعلاه أصبح بإمكان الإدارة المتعاقدة توقيع جميع أنواع الجزاءات العقدية - بما فيها اقتضاء التعويض - على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة ودون حاجة للجوء إلى القضاء الإداري، وهو ما يعرف بامتياز التنفيذ المباشر الذي تتمتع به الإدارة ليس في تنفيذ قراراتها الإدارية فحسب، وإنما أيضا في مجال تنفيذ العقود الإدارية، وهذا بالرغم من إنكار طائفة من الفقه الفرنسي لهذا الإمتياز في مجال العقود الإدارية⁴.

ويرى هؤلاء الفقهاء - ومن أبرزهم الفقيه "Chinot" - بأن العقد الإداري مثله مثل عقود القانون الخاص ينشئ حقوقا والتزامات متبادلة بين طرفيه، غالبا ما تكون منصوفا عليها في بنود العقد. ووفقا لما نصت عليه المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي⁵، والتي جاء فيها بأن:

1- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.488.

أشار إليه: سعيد عبد الرزاق باخبيزة، المرجع السابق، ص.51. (C.E, Arrêt du 11/10/1929 (Compagnie de Navigation sudAtlantique)).

3- سعيد عبد الرزاق باخبيزة، المرجع السابق، ص.51.

4- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص.54.

5- Modifié par L'article n°2 de L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 de 11 Février 2016.

"الإتفاقات (العقود) التي تمت على وجه شرعي تقوم بالنسبة إلى من عقدها مقام القانون"¹، فإنه إذا أغفلت الإدارة المتعاقدة النص في بنود العقد الإداري على شرط يضمن لها توقيع الجزاءات العقدية بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء، فإنها تلتزم بضرورة الإلتجاء إلى القضاء الإداري من أجل توقيع هذه الجزاءات، لأنه كان بإمكانها - باعتبارها الطرف الأقوى في هذه العلاقة - أن تضمن العقد الإداري جميع الشروط التي تراها مناسبة وكفيلة بضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد تحقيقا للمصلحة العامة².

وقد استند هؤلاء الفقهاء في تأسيس نظرية إنكار امتياز التنفيذ المباشر في مجال العقود الإدارية على قرار مجلس الدولة الفرنسي الفاصل في قضية "Deplanque" الذي سبقت الإشارة إليه وتقرير مفوض الحكومة "Romieu" في هذه القضية، والذي جاء فيه أنه يجب على القاضي في حالة خلو نصوص العقد الإداري من ذكر للجزاءات العقدية أن يرجع إلى القواعد العامة المعروفة في القانون المدني.

كما استند مؤيدوا هذه النظرية على تعليق الفقيه الفرنسي "Hauriou MAURICE" على قرار مجلس الدولة الفرنسي الفاصل في قضية "Deplanque"، والذي جاء فيه بأن هذا القرار قد قدم الدليل على أن الإدارة أصبحت تتنازل عن امتياز التنفيذ المباشر التي يمنحها لها العقد صراحة، وذلك من خلال لجوئها إلى القاضي لتطلب منه إما تفسير العقد أو توقيع الجزاءات المنصوص عليها فيه، وذلك من أجل تفادي المسؤولية التي قد تنتج عن ممارسة هذا الإمتياز فيما بعد³.

ولكن رغم هذه المعارضة الفقهية الشديدة التي عرفها امتياز التنفيذ المباشر في مجال العقود الإدارية، إلا أن أغلبية الفقه يعترف بحق الإدارة في ممارسة سلطتها في توقيع الجزاءات العقدية على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة في حال تقاعسه أو إخلاله بتنفيذ التزاماته العقدية، وذلك دون الحاجة إلى اللجوء للقضاء الإداري. غير أنهم اختلفوا حول الأساس القانوني الذي ترتكز عليه هذه السلطة، فمنهم من أرجع هذا الأساس إلى فكرة السلطة العامة، ومنهم من أسس هذا الإمتياز على فكرة المرفق العام وضرورة المحافظة على سيره بانتظام و اضطراد⁴.

1- « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ». Art n° 1103 de code civil français.

2- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.99.

3- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص.55.

4- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.96.

فقد ذهب كل من الفقيهان "Hauriou MAURICE" و "Georges VEDEL" إلى أن الأساس القانوني لامتياز التنفيذ المباشر الذي تتمتع به الإدارة في مجال العقود الإدارية إنما يعود إلى فكرة السلطة العامة. فالجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة تعتبر مظهرا من مظاهر السلطة العامة، فهي تعد تطبيقا لامتياز من أهم امتيازات السلطة العامة التي تملكها الإدارة في مجال العقود الإدارية، وهو امتياز التنفيذ المباشر. ويؤيد أصحاب هذا الرأي فكرتهم بدليل وجود إرتباط وثيق بين سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات بالعقد الإداري¹.

غير أن الرأي السابق يعارضه توجه فقهي بزعامة الفقيهين "Gaston JÈZE" و "André DELAUBADERE"، حيث يرى هذين الفقيهين ومن حذا حذوهما بأن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة يقوم على مبدأ ضمان استمرارية سير المرفق العام - الذي يتصل به هذا العقد - بانتظام واضطراب. فمن حق الإدارة باعتبارها المسؤولة عن سير المرافق العامة أن تتخذ جميع الإجراءات التي تكفل لها إلزام المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته العقدية، ومن بينها توقيع الجزاءات العقدية عليه بإرادتها المنفردة².

وينتقد أصحاب هذا الرأي فكرة السلطة العامة كأساس قانوني لحق الإدارة في توقيع الجزاءات العقدية على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة، وذلك لتعرضها للنقد الشديد من طرف الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر لضيق الأساس الذي تعتمد عليه، والذي دفع بالقضاء الإداري الفرنسي إلى هجرها واستبدالها بفكرة المرفق العام، وهو ما يؤكد قرار مجلس الدولة الفرنسي، الأول صادر بتاريخ 06 فيفري 1903 فصلا في قضية "Terrier"³، والثاني بتاريخ 04 مارس 1910 فصلا في قضية "Therond"⁴.

كما يرى أصحاب هذا الرأي أن فكرة السلطة العامة تقف عند الوسيلة دون الإهتمام بالغاية، فضلا عن أنها تؤدي إلى استبداد وتعسف الإدارة في استعمالها لهذه السلطة، لاسيما مع كثرة المجالات التي أصبحت الدولة تتدخل فيها⁵.

1- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص.43.

2- سعيد عبد الرزاق باخبيبره، المرجع السابق، ص.76.

3- C.E, Arrêt du 06 février 1903 (Terrier). Cité par: Marceau LONG; Prosper WEIL; Guy BRAIBANT ; Pierre DELVOLVE; Bruno GENEVOIS, les Grandes Arrêts de la Jurisprudence Administrative, T. 1, Dalloz, 20^{ème} E.D., Paris, 2015, p.65.

4- C.E, Arrêt du 04 mars 1910 (Thérond). Cité par: Marceau LONG et autres, op. cit., p.109.

5- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص.44.

وأمام هذا التضارب والتعارض بين الرأيين السابقين، يظهر أن تأسيس سلطة توقيع الجزاءات العقدية بالإرادة المنفردة للإدارة على المتعاقد معها على فكرة المرفق العام أقرب إلى الصواب منها إلى تأسيسها على فكرة السلطة العامة، ذلك أن الجزاءات العقدية إنما توقع على المتعاقد مع الإدارة بهدف إلزامه بتنفيذ التزامات منصوص عليها في العقد الإداري، والذي هو مرتبط أساساً بإدارة مرفق عام يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة. فلو لم يتعلق الأمر بإدارة المرفق العام الذي يتصف بتسييره بالحساسية، والذي يؤدي توقفه إلى نتائج خطيرة على المصلحة العامة، لما لجأت الإدارة إلى توقيع الجزاءات العقدية على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة، ولا تجتهد إلى القضاء - مثلها مثل المتعاقد معها - من أجل تطبيق الجزاء المنصوص عليه في العقد الإداري، لأن الأصل في العقود هو التراضي بين طرفي العقد لإنشاء التزامات عقدية، وأن يتم اللجوء إلى القضاء في حالة نشوب نزاع بينهما حول تنفيذ هذه الالتزامات. وبالإضافة إلى ما سبق فإن تأسيس امتياز التنفيذ المباشر في مجال العقود الإدارية على فكرة السلطة العامة، قد يؤدي إلى عدول وانصراف الأفراد عن التعاقد مع الإدارة، خوفاً من مجابهة هذه السلطة العامة، وذلك لصعوبة تحديد مضمونها ما يؤدي بالنتيجة إلى تعسف الإدارة في توقيع الجزاءات العقدية بإرادتها المنفردة. وبالنتيجة فإنه يرجح تأسيس سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات العقدية على المتعاقد معها على فكرة المرفق العام وضرورة ضمان سيره بانتظام واضطراب. إذ يكون على الإدارة اتخاذ إجراءات سريعة وفعالة من أجل إلزام المتعاقد معها بتنفيذ مضمون العقد الإداري في الأجل المحدد له دون إبطاء وتراخ، وكل ذلك بهدف تحقيق المصلحة العامة¹.

فمن غير المقبول أن تلجأ المصلحة المتعاقدة لنفس الإجراءات المتبعة في عقود القانون الخاص في حال ما إذا أحل المتعامل المتعاقد معها بالتزام من التزاماته العقدية المنصوص عليه في دفتر الشروط، كعدم تنفيذه للالتزام من التزاماته العقدية أو نفاذه بشكل معيب أو تأخر في تنفيذه، أو لم يمثل للأوامر المصلحية الموجهة إليه من طرف المصلحة المتعاقدة، على أساس أن ذلك سيؤدي لا محالة إلى عرقلة سير المرافق العامة بانتظام واضطراب، و الذي يؤثر سلباً على تحقيق المصلحة العامة².

وفي ظل غياب قرارات قضائية صادرة عن مجلس الدولة الجزائري تؤكد المبدأ السابق، نستأنس بما قرره القضاء الإداري المصري في هذا الشأن، حيث قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر في قرار لها بتاريخ 21 نوفمبر 2000 بأنه: "لجهة الإدارة الحق في فسخ العقد و مصادرة التأمين النهائي إذا

1- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص.68.

2- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة -، المرجع السابق، ص.478.

أخطأ المتعاقد، وذلك بإرادتها المنفردة دون الإلتجاء إلى القضاء باعتباره امتيازاً لجهة الإدارة لتعلق العقد الإداري بالمرفق العام، مع حقها بالرجوع على المتعاقد بالتعويض، وينتج عن هذا الجزاء إنهاء الرابطة التعاقدية"¹.

ثانياً: إمكانية توقيع الجزاءات العقدية حتى مع غياب نص صريح في دفتر الشروط

منذ بداية القرن التاسع عشر، عمد الفقه والقضاء الإداري في فرنسا إلى تأسيس نظرية مستقلة بذاتها للجزاءات العقدية التي يمكن للإدارة توقيعها على المتعاقد معها، وهي النظرية التي انطلقت من ذات الأسس التي قامت عليها نظرية العقد الإداري، والمتمثلة في ارتباط العقد الإداري بالمرفق العام واستهدافه المصلحة العامة، والتي تقتضي بالضرورة سير هذه المرافق بانتظام واضطراداً². وكانت الإدارة في بادئ الأمر تستمد سلطتها في توقيع الجزاءات العقدية على المتعاقد معها من النصوص القانونية واللوائح المنظمة للعقود الإدارية أو من النصوص العقدية ودفاتر الشروط فقط، وهو ما يعرف بمبدأ شرعية الجزاء العقدي، و كان يعني هذا أنه لا يمكنها توقيع جزاء عقدي لم تنص عليه النصوص القانونية أو العقدية من جهة، ومن جهة أخرى لا يمكنها استبدال الجزاء العقدي المنصوص عليه في اللوائح أو في دفاتر الشروط لمخالفة عقدية معينة بجزاء عقدي آخر تقدر بأنه أنسب لتحقيق المصلحة العامة³.

وقد أكد على هذا التوجه قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 15 جويلية 1881 في قضية "Chemin de fer D'Orléans à Rouen" الذي سبقت الإشارة إليه، والذي قضى بعدم الحكم للإدارة المتعاقدة بتعويضات لم يتم النص عليها في بنود العقد الإداري.

ومع بروز مستجدات وتعاقب التطبيقات القضائية، بدأ القضاء الإداري في فرنسا بإدخال تعديلات على نظرية الجزاءات الإدارية العقدية بما يتناسب ويتوافق مع هذه الوقائع الجديدة، وذلك تحقيقاً للمصلحة العامة من خلال ضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراداً، وتجسد هذا التطور في قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Deplanque" بتاريخ 31 ماي 1907 الذي سبقت الإشارة إليه،

1- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 6431، س 42 ق، جلسة 2000/11/21. أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.150.

2- عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات الإدارية في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010، ص.18.

3- سعيد عبد الرزاق باخبيره، المرجع السابق، ص.44.

حيث كان مفوض الحكومة "Romiou" قد اقترح في تقريره المقدم في هذه القضية المبادئ الجديدة التالية¹:

1- إذا أغفل العقد الإداري عند تحديده لالتزامات الطرفين جزاءات مقابلة عند الإخلال بها، فإنه لا يجب أن يترتب عن ذلك تقرير عدم وجود جزاءات.

2- إذا حدد العقد الإداري صراحة الجزاء لبعض المخالفات العقدية الجسيمة، وترك باقي المخالفات من دون جزاء، فإنه لا يمكن التسليم ببقاء هذه الأخيرة بدون جزاء.

وقد لاقت هذه الإقتراحات قبولا لدى الفقه والقضاء الإداري، حيث استخلص الفقه الإداري من خلال هذا القرار أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات العقدية على المتعاقد معها مستقلة بذاتها عن النصوص القانونية التي تنظم العقود الإدارية أو النصوص العقدية. ففي حالة عدم تقرير هذه النصوص لجزاءات عقدية أو نصت على بعضها وأغفلت البعض الآخر، فإن هذا لا يعني أن الإدارة لا تستطيع توقيع الجزاء العقدي عن المخالفات التي لم ترصد لها النصوص القانونية أو العقدية أي جزاء².

وفي ظل غياب قرارات قضائية صادرة عن مجلس الدولة الجزائري تقرر المبادئ السابقة، نستأنس بما ذهب إليه القضاء الإداري في مصر، والذي أخذ بنفس الاتجاه الذي قرره القضاء الإداري الفرنسي، حيث قضت محكمة القضاء الإداري في مصر في قرار لها بتاريخ 17 نوفمبر 1957 بخصوص جزاء وقعته الإدارة على المتعاقد المقصر رغم عدم النص عليه في العقد بما يلي: "... ومن ثم فليس بالذي يعتد به ما يقول به المدعي في مذكرته من أن شروط المزايدة لم ينص فيها على حق الوزارة في مصادرة التأمين، لأنه ما دام الغرض من التأمين هو ضمان التنفيذ ... فلا يمكن تصور قيام هذا الضمان ما لم يكن للوزارة حق مصادرة هذا التأمين في حالة عدم التنفيذ سواء نص أو لم ينص في الشروط على هذا الحق، وإلا لما كان هناك محل أصلا لاشتراط دفع تأمين مع العطاء..."³.

غير أنه إذا توقع المتعاقدون خطأ معين واتفقا على وضع جزاء محدد له في العقد الإداري، فإن الفقه والقضاء في الجزائر مستقران على أنه يجب على الإدارة في هذه الحالة أن تتقيد بهذا الجزاء، ولا يجوز لها أن توقع على المتعاقد معها جزاء آخر، سواء كان هذا الجزاء منصوص عليه في القوانين

1- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.153.

2- سعيد عبد الرزاق باخبيره، المرجع السابق، ص.49.

3- حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، الطعن رقم 1998، س 10 ق، جلسة 1957/11/17. أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.154.

واللوائح المنظمة لهذا العقد أو لم ينص عليه أصلا، وهذا حتى ولو تبين للإدارة أن الجزاء المتفق عليه غير كاف لردع المتعاقد معها¹. وهو ما أكدته المحكمة العليا في الجزائر² في قرار لها بتاريخ 13 ديسمبر 1968 في قضية شركة V.B ضد الدولة، والذي جاء فيه بأن: "بعضا من هذه العقوبات (الجزاءات) قد يرد النص عليها في العقد (الإداري)، ومن ثم فلا يمكن ممارسة هذه السلطة إلا في هذا الإطار"³. ونشير إلى أن نفس الاتجاه كان قد استقر عليه الفقه والقضاء الإداري في مصر⁴، حيث قضت المحكمة الإدارية العليا في قرار لها بتاريخ 08 أبريل 1967 بأنه: "إذا ما توقع المتعاقدان في العقد الإداري خطأ معيناً ووضعاً له جزاء، فيجب أن تتقيد جهة الإدارة بما جاء في العقد، ولا يجوز لها كقاعدة عامة أن تخالفه أو تطبق في شأنه نصوص لائحة المناقصات"⁵.

ومن خلال هذا القرار يتبين لنا أن القضاء الإداري في مصر يعتبر الأحكام التي تضمنها قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية مجرد أحكام تكميلية لإرادة الطرفين يجوز الإتفاق على مخالفتها⁶.

أما في فرنسا فإن الأمر مختلف عن ما هو في مصر، حيث أن مجلس الدولة الفرنسي لا يأخذ بالقاعدة السابقة إلا فيما يتعلق بالجزاءات المالية، وذلك باعتبارها تعويضا جزئيا متفق عليه مسبقا في العقد الإداري، أما فيما عداها فإنه يعطي للإدارة كامل الحرية في توقيع الجزاءات العقدية التي تراها مناسبة للمخالفات المرتكبة من طرف المتعاقد معها بالرغم من تحديدها في بنود العقد الإداري، فلها أن تشدد في الجزاء المنصوص عليه في العقد إذا تبين لها أنه يسير بالمقارنة مع المخالفة المقرر لها، كأن توقع جزاء الفسخ بدلا من جزاء التنفيذ المباشر. كما يمكنها التخفيف من حدة الجزاء إذا تبين لها أنه مبالغ فيه مقارنة مع المخالفة المرصود لها، بأن تستبدل - مثلا - جزاء التنفيذ المباشر بجزاء الغرامة المالية⁷.

وتجدر الإشارة إلى أن الفقهاء في مصر يرون - بالنسبة للجزاءات الإدارية العقدية المنصوص عليها - ضرورة التمييز بين سلطة الإدارة المستمدة من العقد الإداري ودفاتر الشروط، وبين سلطة

1- سعيد عبد الرزاق باخبيره، المرجع السابق، ص.61.

2- كانت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا تختص بالفصل في المنازعات الإدارية، وذلك قبل تقرير ازدواجية القضاء وإنشاء مجلس الدولة الجزائري بموجب المادة 152 من دستور 1996.

3- Ahmed Mahiou, op. cit., p.248.

4- حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص.168.

5- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، س 12 ق، جلسة 1967/04/08. اشار إليه: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة -، المرجع السابق، ص.482.

6- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص.251.

7- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.155.

الإدارة المستمدة من القوانين واللوائح المنظمة للعقد الإداري. فإذا ثار نزاع يتعلق بالجزاءات العقدية الموقعة من طرف الإدارة استنادا إلى العقد الإداري أو دفاتر الشروط فإنه يخضع لولاية القضاء الكامل، أي أن قاضي العقد هو الذي يفصل في مثل هذه المنازعات، وله أن يحكم للمتعاقد بتعويض عن هذه الجزاءات إذا كان له محل، دون أن تكون له صلاحية وقف الجزاءات العقدية أو إلغائها، وتكون الدعوى المرفوعة من طرف المتعاقد دعوى تعويض¹.

أما إذا كان النزاع النائر يتعلق بالجزاءات العقدية الموقعة من طرف الإدارة استنادا إلى القوانين واللوائح المنظمة للعقد الإداري، فإنه يخضع لقاضي الإلغاء الذي بإمكانه وقف تنفيذ هذه الجزاءات أو إلغائها، وتكون الدعوى المرفوعة من طرف المتعاقد دعوى إلغاء².

وقد بنى أصحاب هذا الرأي توجههم أعلاه على أساس أن الجزاءات العقدية الموقعة استنادا إلى القوانين واللوائح المنظمة للعقد الإداري تعتبر بمثابة قرارات إدارية، وبالتالي تخضع لقضاء الإلغاء وبالتالي يمكن وقف تنفيذها أو إلغائها، أما الجزاءات العقدية الموقعة استنادا للعقد ودفاتر الشروط تعتبر فقط إجراءات تنفيذية ولا ترقى إلى درجة القرارات الإدارية، وبالتالي فإنها لا تخضع لقضاء الإلغاء، وإنما لولاية القضاء الكامل أي قضاء التعويض³.

غير أن قسما آخر من الفقه المصري لا يرى فائدة من التمييز بين الجزاءات الموقعة استنادا إلى القوانين واللوائح التنظيمية، وبين تلك الموقعة استنادا إلى العقد الإداري ودفاتر الشروط، فهو يرى بأن جميع القرارات والإجراءات التي تتخذها الإدارة بمناسبة تنفيذ عقد إداري تدخل في مجال العقد الإداري ولا يتقيد سحبها بمواعيد دعوى الإلغاء، فهي لا تعتبر قرارات إدارية، واستندوا في ذلك إلى أن القضاء الإداري في مصر ينظر في جميع منازعات العقود الإدارية⁴.

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر على هذا التوجه الفقهي الأخير في قرار لها بتاريخ 02 فيفري 1999، والذي جاء فيه بأن: "المستقر عليه في قضاء المحكمة الإدارية العليا أن التكييف القانوني لعملية سحب العمل من المقاول هو من القرارات التي تصدرها الإدارة تنفيذا لعقد من العقود الإدارية استنادا إلى نصوص العقد، وهذه لا تعتبر قرارات إدارية وتختص محكمة القضاء الإداري بنظر

1- حمد محمد حمد الشلثماني، المرجع السابق، ص.169.

2- عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص.253.

3- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص.209.

4- محمد بن سعيد بن حمد المعمرى، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الإنعقاد والتنفيذ، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2011، ص.376.

المنازعات التي تثور بشأنها لا على أساس اختصاصها بإلغاء القرارات الإدارية النهائية، وإنما على اعتبارها المحكمة ذات الولاية الكاملة في نظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية بالتطبيق للمادة العاشرة من قانون مجلس الدولة، وعلى ذلك فإن القرار الصادر بسحب العمل من المقاول لا يعد قراراً إدارياً وإنما هو مجرد إجراء تنفيذي اتخذته المؤسسة استناداً لنصوص العقد وإلى حكم المادة 94 من لائحة المناقصات والمزايدات"، وخلصت المحكمة إلى أن هذا القرار وفقاً لهذا التكييف وباعتباره إجراء من إجراءات تنفيذ العقد الإداري لا يكون بذاته محلاً لدعوى الإلغاء ولا يجوز قبول دعوى الإلغاء لعدم توفر مقومات القرار الإداري استقلالاً عن العقد الإداري وإنما مجرد عمل تنفيذي للعقد¹.

ثالثاً: إمكانية توقيع الجزاءات العقدية في الوقت المناسب دون حاجة لإثبات الضرر

لما كان الهدف من وراء توقيع الإدارة المتعاقدة لجزاءات عقدية على المتعاقد معها بمناسبة تنفيذ العقد الإداري هو ضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد تحقيقاً للمصلحة العامة، وليس مجرد معاقبة المتعاقد على ارتكابه لمخالفة عقدية، فإنها لا تحتاج إلى إثبات وقوع ضرر نتيجة ارتكاب هذه المخالفة العقدية، على أساس أن الضرر مفترض في حالة تقاعس المتعاقد عن تنفيذ التزام من التزاماته العقدية أو في حالة تنفيذه على غير المواصفات المحددة في دفتر الشروط².

وفي ظل عدم علمنا بوجود قرارات قضائية صادرة عن مجلس الدولة الجزائي تؤكد هذا المبدأ، نلجأ إلى الإستئناس بأحكام القضاء الإداري المصري، حيث قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر في هذا الصدد في قرار لها بتاريخ 30 نوفمبر 1963 على أن: "إن الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد في روابط العقد الإداري، إذا ما خالف شروط العقد أو قصر في تنفيذ الإلتزامات المفروضة عليه بموجبها، إنما تستهدف أساساً تأمين سير المرافق العامة، فلا يشترط لتوقيعها إثبات وقوع ضرر أصاب المرفق، إذ أن هذا الضرر مفترض بمجرد تحقق سبب استحقاقها المنصوص عليه في العقد، ذلك أن التراخي في تنفيذ العقود الإدارية ينطوي في ذاته على إخلال بالتنظيمات التي رتبته الإدارة

1- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 2048، س 37 ق، جلسة 1999/02/02. أشار إليه: حمد محمد حمد الشلحاني، المرجع السابق، ص.170.

2- جلول بن سديرة، الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان- (الجزائر)، 2015، ص.45.

شؤون المرفق وتأمين سيره على أساسها، فهي اتفاق ملزم لا يحمل الترخيص في أعمال حكمه أو التقرير في تحديد مداه"¹.

وتجدر الإشارة في هذا الإطار إلى أن القضاء الإداري في مصر ذهب في أحكام حديثة له إلى أبعد من المبدأ الذي قرره سابقا، وذلك بعدم السماح للمتعاقد مع الإدارة بإثبات أن تقصيره في تنفيذ التزاماته العقدية لم يؤدي إلى وقوع أي ضرر من الأضرار، وهذا بخلاف التعويضات التي يمكن للإدارة المتعاقدة المطالبة بها، والتي يشترط فيها وقوع ضرر نتيجة تراخي المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية²، وهو ما أكده قرار المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ 16 جانفي 1982، والذي جاء فيه بأنه: "... لا تكلف الإدارة بإثبات الضرر، لأن الضرر مفترض بفرض غير قابل لإثبات العكس"³.

وإضافة إلى إمكانية توقيع الجزاء العقدي بدون حاجة إلى إثبات وجود ضرر ناتج عن ارتكاب المتعاقد مع الإدارة لمخالفة عقدية، فإن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاءات العقدية، وذلك وفقا لما تراه مناسبا لضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وهذا كله بشرط عدم تقييدها بوقت محدد في نصوص العقد الإداري لممارسة هذه السلطة⁴.

وقد أوضحت المحكمة الإدارية العليا في مصر هذا المبدأ في حكم صادر لها بتاريخ 20 ماي 1967، والذي جاء فيه بأنه: "باستثناء حالة النص على إلزام الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها في وقت معين، فإن الإدارة تترخص في اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء، بحسب ما تراه صالحا لضمان سير المرافق العامة، ومن ثم فإنه لا تترتب عليها إذا رأت في حدود سلطتها التقديرية أن تترتب في إيقاع الجزاء على المتعاقد المقصر، حتى يفىء إلى الحق من حيث النهوض بالتزاماته، وقد يكون في هذا الترتيب تحقيقا لهذه المصلحة إذا كان في أحكام العقد ما يكفل حمل المتعاقد على المبادرة إلى التنفيذ، كأن يتضمن العقد النص على إلزامه بدفع مبلغ معين، ولا يملك المتعاقد المحاججة بأن الإدارة تراخت في توقيع الجزاء عليه، و أن تراخيها قد أساء إليه، إذ لا يسوغ للمخطف أن يستفيد من تقصيره..."⁵.

1- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 1086، س 7 ق، جلسة 1963/11/30. أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.167.
2- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص.547.
3- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم 251 و 290، س 25 ق، جلسة 1982/01/29. أشار إليه: سعيد عبد الرزاق باخبيره، المرجع السابق، ص.55.
4- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.480.
5- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم 988، س 09 ق، جلسة 1967/05/20. أشار إليه: حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص.239.

الفرع الثاني: الخصائص الموافقة للجزاءات المدنية العقدية

بالرغم من اختلاف بعض خصائص الجزاءات العقدية التي يمكن توقيعها على المتعاقد في إطار العقود الإدارية عن خصائص الجزاءات المعروفة في عقود القانون الخاص، إلا أن هناك بعض الخصائص التي يشتركان فيها، وهي تتمثل بصفة عامة في تلك الخصائص التي تكفل حقوق المتعاقد مع الإدارة.

فمما لا شك فيه أن المتعاقد مع الإدارة - وبالرغم من الاختلاف الكبير بين العقود الإدارية وعقود القانون الخاص - يبقى متمتعاً ببعض الحقوق الأساسية المتعارف عليها في هذا النوع الأخير من العقود، والتي تضمن له حق الدفاع عن مصالحه في حالة تعسف الإدارة المتعاقدة.

وتتمثل هذه الخصائص أولاً في ضرورة إعدار المتعامل المتعاقد من طرف المصلحة المتعاقدة قبل توقيع الجزاء عليه، ومنحه أجلاً معيناً يتيح له تدارك المخالفات العقدية التي ارتكبها أثناء عملية التنفيذ، وهذه الخاصية وإن كانت تشبه مثيلتها في عقود القانون الخاص إلا أنها تختلف عنها في بعض الجزئيات والتفاصيل التي ترجع في أساسها إلى طبيعة العقود الإدارية.

أما الخاصية الثانية التي تشترك فيها الجزاءات الإدارية العقدية مع الجزاءات المدنية العقدية فتتمثل في خضوع توقيع الجزاء الإداري العقدي لرقابة القضاء، وهذه الخاصية تعتبر ضماناً أساسية للمتعاقد في مواجهة التعسف المحتمل من المصلحة المتعاقدة، إلا أن هذه الخاصية وكسابقتها تتميز عن شبيهتها في عقود القانون الخاص من عدة أوجه.

أولاً: ضرورة إعدار المتعامل المتعاقد قبل اتخاذ الجزاء العقدي

يعتبر إجراء الإعدار إجراءً جدياً مهماً بالنسبة للمتعاقد سواء في إطار عقود القانون الخاص أو في مجال العقود الإدارية، وهذا من ناحية إعلامه بالمخالفة العقدية التي ارتكبها وأنها تشكل إخلالاً جسيماً بتنفيذ العقد ما يبرر معها توقيع جزاء. ومن ناحية ثانية يشكل إجراء الإعدار فرصة ثانية للمتعاقد من أجل تدارك التقصير الصادر منه أثناء عملية التنفيذ لتجنب توقيع الجزاء عليه.

غير أن إجراء الإعدار في مجال العقود الإدارية يتميز بخصائص معينة تجعله مختلفاً عن مثيله في عقود القانون الخاص، ولذا سنتطرق أولاً للقاعدة العامة التي تحكمه، ثم بعد ذلك لمختلف الاستثناءات الواردة عليها والتي تسمح للمصلحة المتعاقدة بتوقيع الجزاء الإداري بدون الحاجة إلى إعدار المتعامل المتعاقد معها.

1- القاعدة العامة في إجراء الإعدار:

يقصد بالإعدار أو الإنذار المسبق "La mise en demeure préalable" التنبيه الذي توجهه المصلحة المتعاقدة إلى المتعامل المتعاقد معها، والذي توضح له فيه مدى إخلاله وتقصيره في تنفيذ التزاماته العقدية، وتأمره فيه بالإسراع في تنفيذ التزاماته إذا كان متأخرا عن المواعيد المقررة في دفتر الشروط، أو إصلاح العيوب الناتجة عن التنفيذ السيء لالتزاماته، وذلك وفقا للقواعد القانونية المعمول بها في هذا المجال، على أن تمنحه مدة محددة تسمح له بالإمتثال لمقتضيات هذا الإعدار تحت طائلة توقيع الجزاء العقدي المناسب لهذه المخالفة العقدية¹.

ولا يقتصر الإعدار فقط على إنذار المتعامل المتعاقد بعدم تنفيذه لكل أو بعض التزاماته العقدية، وإنما يفرض على المصلحة المتعاقدة أن تناقشه في أوجه دفاعه ومبرراته والأسباب التي أدت به إلى ارتكاب هذه المخالفات العقدية، وهذا تطبيقا لمبدأ احترام حقوق الدفاع للمتعامل المتعاقد²، كما يجب عليها أن تمنحه مدة معقولة تسمح له بالوفاء بالتزاماته العقدية، وبالتالي فإن الإعدار يشكل ضمانا أساسية للمتعامل المتعاقد، لاسيما إذا تعلق الأمر بجزاءات خطيرة كفسخ الصفقة العمومية أو تنفيذها على حسابه³.

وفي هذا الإطار تنص الفقرة الأولى من المادة 149 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري رقم 15-247 على أنه: "إذا لم ينفذ المتعامل المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعدارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد".

ويلاحظ على هذه المادة عدم تحديدها للمدة الدنيا التي يجب أن يتضمنها الإعدار، والتي تمنح للمتعامل المتعاقد من أجل تدارك الأخطاء التي ارتكبها في عملية التنفيذ، وهو الأمر الذي كان قد تصدت له الفقرة الثانية من المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل بقولها: "وهذا الأجل، باستثناء حالة الإستعجال، لا يجوز أن يقل عن عشرة أيام ابتداء من تبليغ الإنذار".

وبناء على المادتين السابقتين نلاحظ بأن المشرع اللائحي الجزائري قد فصل تماما في مسألة مدى ونطاق إلزامية إجراء الإعدار قبل توقيع الجزاء على المتعامل المتعاقد، فالمصلحة المتعاقدة ملزمة

1- فارس علي جانكيز، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، منشورات حلبي الحقوقية، ط 1، بيروت (لبنان)، 2014، ص.76.

2- Laurent Richer, op. cit., p.241.

3- عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص.199.

باحترام هذا الإجراء بالنسبة لجميع أنواع الجزاءات الخطيرة منها والبسيطة، سواء تم النص عليه في دفاتر الشروط أو لم يتم النص عليه.

أما بالنسبة لموقف القضاء الإداري في فرنسا من هذه المسألة، فإن مجلس الدولة الفرنسي يفرض كقاعدة عامة على الإدارة المتعاقدة الإلتزام بهذا الإجراء الجوهري في حالة ارتكاب المتعاقد معها لمخالفات عقدية. وهذا الإلتزام لاشك فيه بالنسبة لبعض الجزاءات العقدية، كغرامات التأخير "Pénalité de retard" وفسخ العقد الإداري "Résiliation". غير أن الفقه قد تردد في التسليم به بالنسبة لباقي أنواع الجزاءات العقدية، بالرغم من أن بعض قرارات مجلس الدولة الفرنسي يستفاد منها تعميم العمل بهذا الإجراء، لاسيما قراره بتاريخ 11 جوان 1944 فصلا في قضية "Genouillier"¹. وبناء على ما سبق فقد ذهب الفقه الفرنسي إلى أن عدم التزام الإدارة المتعاقدة بإجراء الإعدار قبل توقيع الجزاء على المتعاقد معها، يؤدي إلى إعفائه من النتائج المالية الباهضة المترتبة عن هذا الجزاء، وهذا مهما كانت درجة جسامة المخالفات العقدية المنسوبة إليه². بل وذهب إلى حد اعتبار أن عدم وجود نص في العقد الإداري يلزم الإدارة بوجوب إعدار المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء عليه، لا يعفيها من ضرورة احترام هذا الإجراء³.

ونشير إلى أن نفس المنحى كان قد سار عليه مجلس الدولة الفرنسي في قرار له بتاريخ 05 ماي 1944 فصلا في قضية "Veuve trompier"، حينما اعتبر أنه: "طبقا للمبادئ العامة للقانون المطبقة بذاتها حتى في حالة عدم وجود نص أن الجزاء لا يمكن توقيعه قانونا دون أن يحاط صاحب الشأن علما بالاتهامات الموجهة إليه حتى يعد دفاعه، وأنه يجب تبعا لذلك أن يخطر صاحب الشأن مقدما بأساس الاتهامات المنسوبة إليه، بحيث يتمكن من أن يبدي في هذا الموضوع جميع الملاحظات التي يقدر ضرورتها"⁴.

غير أن الفقه والقضاء الفرنسي متفق على إلزامية إجراء الإعدار بالنسبة لجزاء الفسخ فقط، وهذا سواء كان منصوبا عليه في العقد أم لم يكن منصوبا عليه، أما بالنسبة لسائر أنواع الجزاءات فإنه يمكن للإدارة التحلل من هذا الإلتزام وتوقيع الجزاء مباشرة دون إعدار المتعاقد معها، وهو ما

1- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة -، المرجع السابق، ص.484.

2- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.158.

3- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص.89.

4- C.E, arret du 05 mai 1944 (Veuve Trompier-Gravier). Cité par: Marceau LONG et autres, op. cit., p.316.

تأكدته المادة 2.3.46 من دفتر الشروط الإدارية العامة الفرنسي المطبق على صفقات الأشغال العمومية¹.

فإذا ما قررت الإدارة المتعاقدة توقيع الجزاء على المتعاقد معها دون إعداره، فإنها تتحمل تبعات هذا التصرف والمتمثلة في تعويض المتعاقد معها عن الأضرار التي لحقت به جراء توقيع الجزاء عليه دون إخطاره وإعطائه فرصة للدفاع عن نفسه، لاسيما إذا كان في إمكانه إصلاح الأخطاء التي ارتكبها أثناء عملية التنفيذ. على أنه يمكن للإدارة المتعاقدة التحلل من هذا الإلتزام في حالة عدم النص عليه في بنود العقد الإداري، لأن توقيع المتعاقد معها على العقد بالرغم من علمه بعدم تضمنه للإعذار يعني تنازله عن هذه الضمانة المقررة لمصلحته، وذلك تطبيقاً لمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"².

أما الوضع في مصر فإنه مختلف تماماً عن ما هو عليه الأمر في فرنسا، فالمشروع المصري لم يلزم الإدارة المتعاقدة بإعذار المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء عليه³، فتوقيع جزاء الغرامة المالية - وفقاً لما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 48 من القانون المصري رقم 182 لسنة 2018 المتضمن قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة - يحصل بمجرد تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية دون حاجة إلى إعداره، حيث جاء في نص هذه المادة بأنه: "وفي حالة عدم الإلتزام بالتنفيذ، لسبب راجع للمتعاقد، يحصل مقابل للتأخير يحسب من بداية المهلة دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء آخر".

أما بالنسبة لجزاء الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد، فإن المشروع اللائحي المصري قد أعفى الجهة الإدارية المتعاقدة من إجراء الإعذار في حالة الفسخ الوجوبي التلقائي للعقد المنصوص عليها في المادة 100 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 182 لسنة 2018 المتضمن قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري، والتي جاء فيها بأنه: "تتولى إدارة التعاقدات فسخ التعاقد تلقائياً في هاتين الحالتين..."، وكذا بالنسبة لحالة الفسخ الجوازي للعقد أو التنفيذ على

1- « Sauf dans les cas prévus aux g, i, k et l du 46.3.1 ci-dessus, une mise en demeure, assortie d'un délai d'exécution, doit avoir été préalablement notifiée au titulaire et être restée infructueuse.

Dans le cadre de la mise en demeure, le représentant du pouvoir adjudicateur informe le titulaire de la sanction envisagée et l'invite à présenter ses observations». Art 46.3.2 du l'arrêté du 08 septembre 2009 portant approbation du C.C.A.G. Français applicables aux marchés publics de travaux.

2- عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص.204.

3- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص.90.

حساب المتعاقد المنصوص عليهما في المادة 101 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 182 لسنة 2018 المتضمن قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري. أما بالنسبة لموقف القضاء الإداري المصري من إلزامية إجراء الإعذار، فقد كان في بداية أحكامه يعتبره إجراء وجوبيا، حيث قضت محكمة القضاء الإداري في حكم صادر لها بتاريخ 21 جوان 1953 بأن: "... الأصل أن تخلف أحد المتعاقدين في التنفيذ على نحو يضار به الطرف الآخر لا ينشئ حقا في التعويض إلا بإعذار الطرف المتخلف..."¹، غير أن نفس المحكمة تراجعت عن هذا الموقف وقضت في حكم صادر لها بتاريخ 17 مارس 1957 بأن: " تتمتع جهة الإدارة بالحق في الفسخ دون حاجة إلى النص عليه في العقد ودون إنذار..."².

2- الإستثناءات الواردة على القاعدة العامة بشأن إجراء الإعذار:

إذا كانت القاعدة العامة في الجزائر وفي فرنسا تقضي بإلزام المصلحة المتعاقدة بإنذار المتعامل المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء عليه³، فإنه يرد على ذلك بعض الإستثناءات التي تعفي الإدارة من ضرورة احترام إجراء الإعذار⁴، وهي تتمثل أولا في النص الصريح بإعفاء المصلحة المتعاقدة من إجراء الإعذار، وحالة ثبوت عدم جدوى إجراء الإعذار ثانيا، وأخيرا في حالة تنازل المتعاقد عن العقد للغير.

أ- النص الصريح بإعفاء المصلحة المتعاقدة من إجراء الإعذار:

يتمثل أول استثناء من الإستثناءات الواردة على الالتزام بإجراء الإعذار في النصوص القانونية أو اللائحية التي تنص صراحة على إعفاء الإدارة المتعاقدة من إجراء الإعذار. كما يمكن أن تتضمن بنود العقد الإداري أو دفاتر شروطه نصا صريحا وواضحا على إمكانية توقيع الجزاء دون الحاجة إلى إعذار المتعاقد.

وفي هاتين الحالتين يجب أن يكون تفسير هذه النصوص تفسيرا ضيقا، وأن تكون عباراتها واضحة وقاطعة الدلالة في إعفاء المصلحة المتعاقدة من إجراء الإعذار، وهو ما نصت عليه المادة 48

1- حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، س 7 ق، جلسة 21 يونيو 1953. أشار إليه: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.484.
2- حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، الطعن رقم 1827، س 10 ق، جلسة 1957/03/17. أشار إليه: حمدي ياسين عكاشة، ص.252.
3- علي عبد الأمير قبيلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، ج 1، ط 1، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت (لبنان)، 2011، ص.405.
4- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.485.

من القانون رقم 182 لسنة 2018 المتضمن قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في مصر والمادة 100 من لائحته التنفيذية التي سبقت الإشارة إليهما¹. وفي حالة الشك تفسر هذه النصوص لمصلحة المتعاقد مع الإدارة لأنه الطرف الأضعف، وذلك لما ينطوي عليه التوسع في تفسيرها على مخاطر جسيمة عليه، بالإضافة إلى أن هاتين الحالتين تشكلان مجرد استثناء على القاعدة العامة².

ب- ثبوت عدم جدوى إجراء الإعدار:

أما الاستثناء الثاني على قاعدة وجوب الإعدار فيتمثل في ثبوت عدم جدوى الإعدار، وذلك إذا كانت الظروف المحيطة بعملية تنفيذ العقد الإداري تؤكد بصفة قاطعة عدم فائدته، وهذا لأسباب ترجع إلى المتعاقد مع الإدارة، كأن يخالف التزاما جوهريا يستحيل تداركه، أو يعلن صراحة أنه يرفض الإستمرار في تنفيذ التزاماته العقدية، أو أنه أصبح غير قادر على الوفاء بهذه الإلتزامات³.

كما يرى البعض من الفقه إعفاء الإدارة من إجراء الإعدار إذا أحاطت بعملية تنفيذ العقد الإداري ظروف تضيي عليه طابع الضرورة الملحة، كما هو الشأن في صفقات التوريد العسكرية خلال فترة الحرب، وهنا يعتبر المتعاقد كأنه أعذر بمجرد انتهاء المدة المنصوص عليها للتنفيذ، فإذا انقضى أجل التنفيذ ولم يوفي المتعاقد بالتزاماته العقدية أمكن الإدارة المتعاقدة توقيع الجزاء عليه دون أن تكون ملزمة بإعذاره، نظرا للطابع الملح والمستعجل لهذه التوريدات، ففي هذه الحالة يعتبر انقضاء أجل التنفيذ دون الوفاء بمثابة إعدار ضمني⁴.

ومن جهة أخرى يرى بعض الفقه أن غش المتعاقد يعني الإدارة من الإلتزام بإجراء الإعدار. كما يرى البعض الآخر إعفاء الإدارة من إجراء الإعدار إذا كان المتعاقد معها في تنفيذه للعقد الإداري سيئ النية. غير أنه يجب الإحتياط عند الأخذ بهاتين الرخصتين وعدم التوسع فيهما، لأنه لا يوجد معيار ثابت ومحدد للحكم على المتعاقد بأنه ارتكب الغش أو كان سيئ النية في تنفيذه للعقد الإداري⁵.

1- عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص.210.

2- سعيد عبد الرزاق باخبيبره، المرجع السابق، ص.86.

3- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.164.

4- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.485.

5- عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص.212.

ج- تنازل المتعاقد عن العقد للغير:

بالنسبة للإستثناء الثالث على قاعدة وجوب الإعذار فإنه يتمثل في حالة تنازل المتعاقد عن العقد للغير، أو قيامه بالتعاقد من الباطن بدون إذن مسبق من الإدارة المتعاقدة¹. ففي الحالة الأولى يوجه الإعذار إلى المتعاقد الجديد (المتنازل إليه) بدلا من المتعاقد الأصلي الذي أصبح أجنبيا عن العقد الإداري بمجرد موافقة المصلحة المتعاقدة على هذا التنازل، أما في الحالة الثانية فإن المتعاقد يحرم من ضمانته إجراء الإعذار قبل توقيع الجزاء عليه، وهذا بسبب تعاقد من الباطن بالرغم من عدم حصوله على الإذن المسبق للمصلحة المتعاقدة، كما يحرم أيضا المتعاقد الجديد من هذه الضمانة على أساس اعتباره من الغير بالنسبة لهذا العقد.

ثانيا: خضوع قرارات الجزاءات الإدارية العقدية لرقابة القضاء

إن تمتع المصلحة المتعاقدة بسلطة توقيع الجزاءات الإدارية العقدية على المتعامل المتعاقد معها بإرادتها المنفردة وبدون الحاجة إلى لجوئها المسبق إلى القضاء، لا يعني مطلقا عدم خضوع هذه الجزاءات لرقابة القضاء في ممارستها لهذه السلطة. فالمتعامل المتعاقد يتمتع بضمانة أساسية في مواجهة هذه السلطة الخطيرة، وهي تتمثل في إمكانية لجوئه إلى القضاء من أجل تقدير مشروعية هذه الجزاءات ومدى ملاءمتها مع المخالفة العقدية المنسوبة له. وهذه الضمانة تعتبر من النظام العام "Ordre public"، وأي شرط في العقد الإداري يقضي باستبعادها يعتبر باطلا بطلانا مطلقا².
فرقابة القضاء تتسع في هذا الإطار لتشمل مشروعية القرار الصادر عن المصلحة المتعاقدة بتوقيع الجزاء من ناحية الشكل والإختصاص ومخالفة أحكام القانون والإنحراف في استعمال السلطة أو التعسف فيها، كما تشمل إضافة إلى ذلك مدى ملاءمة هذا القرار مع المخالفة العقدية المرتكبة من طرف المتعامل المتعاقد، وذلك بالبحث في الأسباب والدوافع التي حثت المصلحة المتعاقدة على إصدار هذا القرار³.

1- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.165.

2- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص.207.

3- عبد القادر دراجي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، مجلة المفكر - جامعة محمد خيضر- بسكرة (الجزائر)، عدد 10، 2014، ص.96.

غير أن التساؤل المطروح في هذا الصدد يتمثل في تحديد القضاء المختص في مراقبة القرارات المتضمنة توقيع الجزاء على المتعاقد مع الإدارة؟، وما هي السلطات التي يتمتع بها القاضي في مواجهة هذه القرارات؟

1- القضاء المختص بالرقابة القضائية على قرارات الجزاءات الإدارية العقديّة:

من النتائج المترتبة على الإقرار بالطبيعة الإدارية للعقد اختصاص القضاء الإداري بالنظر في المنازعات الناشئة بين طرفيه، وهذا باستثناء المسائل الأولية التي تدخل بطبيعتها في اختصاص القضاء العادي، ويتعلق الأمر بالمسائل التي يتعين الفصل فيها قبل التطرق للموضوع، وهنا يجب على القضاء الإداري التوقف عن النظر في المنازعة وإحالة المسألة على القضاء العادي للفصل فيها، ومن ثم استئناف السير في الدعوى الإدارية. ومن أمثلة المسائل الأولية أهلية المتعاقد مع الإدارة حينما يقتضي الأمر البت فيها قبل التطرق لموضوع الدعوى الإدارية¹.

وتختص جهة القضاء الكامل في نظر المنازعات المترتبة عن تنفيذ العقود الإدارية²، والتي لا يمكنها - كأصل عام - سوى الحكم بالتعويض للمتعاقد مع الإدارة في حالة ثبوت عدم مشروعية القرار محل النزاع أو تقرير عدم ملاءمته، ولا يمكن إطلاقاً أن يتوسع هذا الاختصاص إلى إلغاء هذا القرار³.

وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي في قرارين له - الأول بتاريخ 29 جوان 1966 والثاني بتاريخ 06 نوفمبر 1970 - أن صدور قرار فسخ العقد طبقاً لأوضاع شكلية وموضوعية مخالفة لشروط العقد، يسمح فقط للجهة المدعية بأن تطلب من قاضي العقد أن يقضي بصدور الفسخ على مسؤولية الإدارة وليس المدعية، وعلى العكس من ذلك فإنه لا يقبل من المدعية أن تستند إلى هذه الأوضاع المخالفة للعقد لتأييد الطلبات التي تهدف فقط إلى إلغاء قرار مجلس المقاطعة بفسخ العقد بناء على دعوى الإلغاء⁴.

1- مفتاح خليفة عبد الحميد؛ حمد محمد حمد الشلّمانى، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، المرجع السابق، ص.345.

2- كريمة خلف الله، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة قسنطينة (الجزائر)، 2013، ص.199.

3- رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها - دراسة مقارنة -، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص.130.

4- C.E, Arrêt du 29/06/1966 (Sté pour le traitement industriel des bois); C.E, Arrêt du 09/11/1970 (Sté anonyme touristique et hote Riere). أشار إليهما: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.170.

ومن ثم فإن جميع القرارات المتخذة من طرف الإدارة المتعاقدة في إطار تنفيذ العقود الإدارية، لا يمكن أن تنشئ للمتعاقد سوى الحق في المطالبة بالتعويض من خلال رفع دعوى القضاء الكامل، ولا يمكن له بأي حال من الأحوال رفع دعوى إلغاء لإبطال هذه القرارات¹.

وقد تبنى القضاء الإداري المصري ذات الاتجاه في كافة العقود الإدارية²، حيث قضت محكمة القضاء الإداري في قرار لها بتاريخ 18 نوفمبر 1956 بأنه: "متى توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري، سواء كانت المنازعة خاصة بانعقاد العقد أو صحته أو تنفيذه أو انقضائه، فإنها كلها تدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء"³.

وإذا كان الأصل في فرنسا ومصر أن تسند المنازعات الناتجة عن تنفيذ العقود الإدارية لاختصاص القضاء الكامل، إلا أن الفقه والقضاء الفرنسيين أشارا إلى استثناءات على هذا الأصل⁴، حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي في قرار له بتاريخ 24 أبريل 1964 فصلا في قضية "Sté commerciale de livraison industriels" بقبول الدعوى المقامة من الغير لإلغاء قرار الإدارة القاضي برفض فسخ العقد الإداري، وذلك على أساس أن هذا القرار يعتبر بالنسبة للغير قرارا منفصلا عن تنفيذ العقد الإداري⁵.

وقد نص هذا القرار على أنه: "إذا كانت الشركة المدعية ليست طرفا في العقد المبرم بين طرفي العقد، وبالتالي لا تستطيع أن تطلب من قاضي العقد أن يفصل في المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقد، فإن هذه الشركة باعتبارها من الغير بالنسبة للعقد المذكور، يقبل منها أن تطعن أمام قاضي الإلغاء من خلال الدفع بعدم المشروعية في كل القرارات سواء المتعلقة بإبرام العقد، أو المتعلقة بتنفيذ العقد، على أساس أن هذه القرارات يمكن النظر إليها باعتبارها قرارات منفصلة عن هذا العقد"⁶.

وقد استند مجلس الدولة الفرنسي في تبرير هذا الاستثناء - السماح للغير بالطعن بالإلغاء في قرارات الإدارة المتعلقة بتنفيذ العقد الإداري - على نظرية القرارات الإدارية المنفصلة "La Théorie des

1- حمزة خضري، الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في الجزائر، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر - بسكرة - (الجزائر)، عدد 13، ص.201.

2- أشرف محمد خليل حماد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في مجال العقود الإدارية، ط. 1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2009، ص.142.

3- حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، الطعن رقم 1180، س 10 ق، جلسة 1956/11/18. أشار إليه: حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص.99.

4- كريمة خلف الله، المرجع السابق، ص.203.

5- إكرام طالب بن دياب، القرارات الإدارية المنفصلة وتطبيقاتها على الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان (الجزائر)، 2017، ص.120.

أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.171. C.E, Arrêt du 24/02/1964 (Sté commerciale de livraisons industrielles).

"actes détachables" عن العقد الإداري¹، والتي مفادها أن كل قرار سابق على إبرام النهائي للعقد الإداري يعتبر قرارا منفصلا عنه وبالتالي يمكن الطعن فيه بالإلغاء، وهذا حتى لو تم الشروع في عملية التنفيذ²، ولكن من الناحية العملية يبقى هذا الطعن بلا فائدة حتى ولو تم الاستجابة له من طرف قاضي الإلغاء، لأنه يبقى من دون أي تأثير على عملية التنفيذ إلى أن يتمسك به أحد طرفي العقد الإداري³. وقد تبني هذا المجلس نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري لأول مرة في قضية "Martin" بتاريخ 04 أوت 1905⁴.

ونفس الاتجاه أخذ به القضاء الإداري المصري، حيث أشار إلى استثناءات ترد على قاعدة عدم جواز الطعن بالإلغاء في القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد الإداري، حيث قضت محكمة القضاء الإداري في مصر في حكم صادر لها بتاريخ 08 يناير 1956 بأن: " المحكمة ترى في تحليل العملية القانونية التي تنتهي بإبرام العقد إلى الأجزاء المكونة له أن القرارات السابقة أو اللاحقة على العقد، كوضع الإدارة لشروط المناقصة أو المزايدة وقرارات لجنة البت والقرار بإرساء المناقصة أو المزايدة هي بغير منازع قرارات إدارية منفصلة عن العقد، ومن ثم يجوز الطعن فيها بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة، ويمكن المطالبة بالتعويض عن الأضرار المترتبة عليها إن كان لهذا التعويض محل، أما العقد ذاته فإن المنازعة بشأنه تدخل في اختصاص هذه المحكمة بحسب طبيعة العقد والإختصاص المعقود للقضاء الإداري ... " ⁵.

غير أن الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة قد يؤدي إلى نتائج خطيرة، فعلى خلاف القاعدة العامة التي تقضي بأنه ما بني على باطل فهو باطل، فإن مجلس الدولة الفرنسي والمصري دأبا باستمرار على اعتبار أن إلغاء هذه القرارات لا تؤدي بذاتها إلى إبطال العقد، بل يبقى العقد الإداري سليما وناظرا إلى حين أن يتمسك أحد طرفيه بالحكم الصادر بالإلغاء - بناء على الأثر المطلق لحكم الإلغاء - أمام قاضي العقد، وعندها فقط يمكن إبطال العقد الإداري استنادا إلى إلغاء القرار الإداري المنفصل عنه والذي أدى إلى إتمام عملية التعاقد⁶.

1- أشرف محمد خليل حماد، المرجع السابق، ص.153.

2- إكرام طالب بن دياب، المرجع السابق، ص.121.

3- حمزة خضري، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر 1 (الجزائر)، 2015، ص.255.

4- C.E, Arrêt du 04 août 1905 (Martin), n°14220, www.légifrance.gouv.fr, vu le : 09/08/2018.

5- حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، س 10 ق، جلسة 1956/01/08. أشار إليه: سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.199.

6- سعاد عمروش طيبي؛ تقنية توفيق، الرقابة على القرارات الإدارية المنفصلة الصادرة أثناء المرحلة التمهيديّة للصفقة العمومية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الرابع، عدد 1، 2019، ص.93.

وقد انتقد الفقه موقف القضاء الإداري الفرنسي والمصري بهذا الخصوص، وقالوا بأن هذا الموقف يكشف عن تناقض واضح. فالعملية المركبة هي كل لا يتجزأ، والقرار الإداري المنفصل الذي حكم بإلغائه هو أحد مراحلها وينبغي عليه سلامة العملية برمتها، وبالتالي فإن إلغائه يؤدي إلى إبطال العملية كلها.

وقد أجرى مجلس الدولة الفرنسي حكمه السابق - القاضي بأن إبطال العقد الإداري لا يمكن أن يترتب على مجرد إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عنه - على جميع العمليات المركبة باستثناء العملية التي أدت إلى إبرام العقد، وهذا الموقف يرجع إلى أسباب تاريخية مقصورة على فرنسا تصب جملها في قاعدة عدم قبول دعوى الإلغاء في حالة وجود طعن مواز " Recour parallèle "، فلما بدأ المجلس بالتخلي عنها كان ذلك بصفة تدريجية، حيث ألغى القرار الذي كان أساسا في تكوين العقد دون أن يتصدى للعقد، وبالتالي فإن قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذه المسألة يعتبر كفترة إنتقالية يمكن تجاوزها¹. ومما يؤكد على ذلك عدول مجلس الدولة الفرنسي عن موقفه السابق، حيث قضى في قراره الصادر بتاريخ الفاتح من مارس 1954 فصلا في قضية " Société L'energie industrielle " بأن إلغاء القرار الصادر بالتصديق على عقد الإمتياز يجعل طلب التفسير المقدم أمام المجلس بعد ذلك غير ذي موضوع، وذلك لأن الشروط الواردة في العقد لا يمكن تنفيذها. وقرر المجلس هذا الحكم بالرغم من أنه لا الإدارة ولا المتعاقد معها طلبا من قاضي العقد ترتيب الآثار الناتجة عن الحكم الذي قضى بإلغاء القرار².

هذا بالنسبة لإمكانية الغير في رفع دعوى إلغاء ضد القرارات الصادرة من الإدارة تنفيذا لعقد إداري، ولكن هل يمكن للمتعاقد مع الإدارة أن يلجأ لقاضي الإلغاء من أجل إبطال قرارات صدرت تنفيذا للعقد الإداري؟

وفقا للقضاء الإداري الفرنسي لا يمكن للمتعاقد مع الإدارة أن يرفع دعوى إلغاء ضد قرارات غير مشروعة أدت إلى إبرام العقد الإداري على أساس نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد، وذلك لسببين:

1- في حالة رفعه لهذه الدعوى سيواجهه من طرف قاضي الإلغاء بالدفع المبني على فكرة " وجود الدعوى الموازية"، والمتمثلة هنا في دعوى القضاء الكامل التي يمكن له رفعها بوصفه طرفا في العقد

1- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة -، المرجع السابق، ص.204.
أشار إليه: سليمان محمد الطماوي، المرجع نفسه، ص.205. (Sté L'energie industrielle) Arrêt du 01/03/1954 - C.E. 2-

المتعلق بالقرار موضوع الطعن بالإلغاء¹، ولكن تجدر الإشارة في هذا الإطار إلى أن مجلس الدولة الفرنسي بدأ في العدول عن شرط انتفاء الدعوى الموازية لرفع دعوى الإلغاء. أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من هذا الشرط فإن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد لم يشر إليه إطلاقاً²، وهذا على خلاف قانون الإجراءات المدنية الملغى الذي كان ينص عليه صراحة في المادة 276 منه³، وهو ما يعني أنه يمكن للمتعاقل المتعاقد في الجزائر رفع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية التي أدت إلى إبرام الصفقة العمومية على أساس نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد بالرغم من توفره على طريق طعن مواز.

2- أن دعوى الإلغاء في هذه الحالة وإن كانت تؤدي إلى إلغاء القرار محل الطعن، إلا أنها تبقى بدون أثر على العقد الإداري، وبالتالي يجب على المتعاقد هنا اللجوء إلى قاضي العقد من أجل ترتيب هذا الأثر. ولتفادي هذا المسار الطويل من الأفضل للمتعاقد أن يلجأ مباشرة إلى القضاء الكامل.

غير أنه يمكن للمتعاقد أن يلجأ إلى قاضي الإلغاء، وهذا في حالة ما إذا لم تستند الإدارة في إصدارها للقرارات الإدارية محل الطعن بالإلغاء إلى صفتها كمتعاقدة، كأن تصدر الإدارة قرارات إدارية بناء على سلطاتها في الضبط الإداري، وأثرت هذه الأخيرة تأثيراً سلبياً على المتعاقد في تنفيذه للعقد الإداري. فهنا يحق للمتعاقد مثله مثل جميع المواطنين أن يطعن بالإلغاء ضد هذه القرارات. فهذه القرارات وإن أثرت على عملية تنفيذ العقد الإداري إلا أنها ليست لها علاقة مباشرة بها⁴.

وقد أشار مجلس الدولة الفرنسي لأول مرة إلى هذا التمييز في قراره الصادر بتاريخ 16 ديسمبر 1907 فصلاً في قضية " Grands Compagnies "، حيث ميز المفوض " Tardieu " بين القرارات الصادرة استناداً إلى الشروط الواردة في دفتر الشروط، وهنا يجب على الشركات المتعاقدة والطرف الآخر في الدعوى اللجوء إلى القضاء الكامل للنظر فيها، أما إذا صدرت هذه القرارات بالإستناد إلى القوانين واللوائح، فإنه بإمكان هذه الشركات أن تلجأ إلى قضاء الإلغاء للطعن في مشروعيتها هذه القرارات وإبطالها، وذلك بعيداً عن بنود العقد الإداري ومقتضياته⁵.

1- إكرام طالب بن دياب، المرجع السابق، ص.122.

2- أنظر المادتين: 13- 815 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير 2008 يتضمن قا.إ.م.إ.

3- أنظر المادة 276 من الأمر 66-154 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم، ج.ر عدد 47 صادرة بتاريخ 09 جوان 1966، والملغى بمقتضى المادة 1064 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير 2008 يتضمن قا.إ.م.إ.

4- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.208.

أشار إليه: سليمان محمد الطماوي، المرجع نفسه، ص.208. 5- C.E, Arrêt du 16/12/1907 (Grands Compagnies).

وقد تبنى القضاء الإداري المصري نفس التمييز المبين أعلاه، حيث قررت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكم صادر لها بتاريخ 28 يناير 1957 بأنه: "إذا كان الإلغاء مستندا إلى نص القانون فقط، وبالتطبيق لأحكامه كان القرار الصادر بالإنهاء قرارا إداريا، ويطعن فيه أمام محكمة القضاء الإداري بدعوى الإلغاء ويدخل في نطاقها ويرد عليه طلب وقف التنفيذ الخاص بالقرارات الإدارية، أما إذا كان إلغاء العقد مستندا إلى نصوص العقد نفسه وتنفيذا له فإن المنازعة بشأنه تكون محلا للطعن أمام محكمة القضاء الإداري على أساس استعداد الولاية الكاملة لهذا القضاء"¹.

2- نطاق سلطة الرقابة القضائية على الجزاءات الإدارية العقدية:

تعتبر الرقابة القضائية على سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات العقدية على المتعامل المتعاقد معها ضمانا جديا أساسية لحماية حقوقه من تعسف المصلحة المتعاقدة. وتشمل هذه الرقابة تحقق قاضي العقد من توفر الشروط القانونية والواقعية لتوقيع هذا الجزاء، إضافة إلى تأكده من مدى تناسب هذا الجزاء مع حجم المخالفة العقدية المرتكبة من طرف المتعاقد².

فتوقيع المصلحة المتعاقدة للجزاءات العقدية على المتعامل المتعاقد معها بإرادتها المنفردة لا يمكن أن يكون بصفة مطلقة وبدون أي قيد أو شرط، وإنما يخضع لرقابة القضاء الإداري، فبإمكان المتعامل المتعاقد المتضرر من هذه الجزاءات اللجوء إلى قاضي العقد، والذي لا يملك في هذه الحالة سوى تعويض المتعامل المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به من جراء هذه الجزاءات - كأصل عام - في حالة ما إذا قدر عدم مشروعية الجزاءات الموقعة، كأن يستنتج القاضي بأن المصلحة المتعاقدة وقعت جزاء عقديا ليس له ما يبرره في الواقع ولا في القانون، أو كان هذا الجزاء غير متناسب ومبالغ فيه مقارنة مع الخطأ المرتكب³.

وفي هذا الصدد تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي - وعلى خلاف المشرعين الجزائريين والمصريين - ألزم الإدارة المتعاقدة بتسبيب جميع قراراتها المتعلقة بالعقود الإدارية ومن بينها القرارات المتضمنة توقيع الجزاءات العقدية، وذلك بموجب القانون الصادر بتاريخ 11 جويلية 1979⁴، وتم

1- جمال عباس عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، المكتب العربي الحديث، مصر، 2006، ص.241.

2- حمزة خضري، المرجع السابق، ص.322.

3- بلال أمين زين الدين، المرجع السابق، ص.533.

4- Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, JORF du 12 juillet 1979, p.1711.

التأكيد بعد ذلك على هذا الإلتزام بمقتضى ثلاث مناشير صدرت بعده تتعلق كلها بتسبيب القرارات المتخذة في إطار العقود الإدارية، الأول بتاريخ 31 أوت 1979¹، والثاني بتاريخ 10 جانفي 1980²، والثالث بتاريخ 28 سبتمبر 1987³.

وبناء على القانون السابق والمناشير التالية له أصبحت الإدارة المتعاقدة في فرنسا ملزمة بتسبيب جميع قراراتها المتخذة في إطار العقود الإدارية لا سيما منها تلك القرارات المتضمنة توقيع الجزاءات العقدية على المتعاقد معها، وفي هذا الصدد يجب أن يكون التسبيب مكتوبا ومحتويا على شرح مفصل للأسباب القانونية والواقعية التي دعت إلى اتخاذ مثل هذا القرار.

ولا شك في أن الإلتزام الذي تضمنه هذا القانون يشكل ضمانا أساسية لحماية حقوق المتعاقد مع الإدارة من تعسفها في اتخاذ قراراتها، كما أنه يساهم بشكل كبير في تيسير مهمة قاضي العقد في ممارسة رقابته على هذه القرارات.

وتختلف سلطات قاضي العقد في مواجهة الجزاءات العقدية غير المشروعة الموقعة على المتعاقد مع الإدارة باختلاف أنواعها. فبالنسبة للجزاءات المالية فإن قاضي العقد يستطيع الحكم بالتخفيف منها إذا كان مبالغا فيها، أو الإعفاء منها في حالة عدم استنادها إلى مبرر قانوني أو واقعي⁴. أما بالنسبة للجزاءات الضغط والفسخ الجزائي فإن قاضي العقد لا يملك - كقاعدة عامة - سوى الحكم بتعويض المتعاقد المتضرر من هذه الجزاءات، أما سلطة إلغائها فإنه لا يتمتع بها في جميع الحالات⁵.

المطلب الثاني: أنواع الجزاءات الإدارية العقدية

في حالة ارتكاب المتعامل المتعاقد لمخالفات عقدية أثناء تنفيذه لموضوع الصفقة العمومية، فإنه يعرض نفسه لتوقيع الجزاء العقدي من طرف المصلحة المتعاقدة. وقد تتمثل المخالفات العقدية إما في الامتناع عن تنفيذ التزام عقدي ما، أو عدم الامتثال للأوامر المصلحية الموجهة إليه، أو تنفيذ الصفقة العمومية بشكل سيئ وغير مطابق لمقتضيات دفتر الشروط، أو التأخر في تنفيذ التزام من الإلتزامات العقدية عن الموعد الزمني الذي حدد له.

1- Circulaire Ministérielle du 31 août 1979 relative à la motivation des actes administratifs, JORF du 04 septembre 1979, p.2146.

2- Circulaire du 10 janvier 1980 relative à la désignation des actes administratifs à motiver en application de la loi du 11 juillet 1979, JORF du 15 janvier 1980, p.475.

3- Circulaire du 28 septembre 1987 relative à la motivation des actes administratifs, JORF du 20 octobre 1987, p.12173.

4- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.178.

5- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة -، المرجع السابق، ص.486.

وتتنوع الجزاءات العقدية التي يمكن للمصلحة المتعاقدة توقيعها على المتعامل المتعاقد. فقد تقتصر على جزاءات مالية إذا لم تكن المخالفة العقدية بدرجة كبيرة من الجسامة، وقد تأخذ شكل جزاءات ضاغطة ومؤقتة ولكنها لا تؤدي إلى إنهاء الصفقة العمومية، وهذا إذا تجاوزت المخالفة العقدية درجة معينة من الجسامة. أما إذا بلغت المخالفة العقدية حدا لا يمكن معه الإستمرار في عملية التنفيذ، فإننا نكون أمام أخطر وأقسى أنواع الجزاءات العقدية والتي تؤدي إلى إنهاء الصفقة العمومية، ألا وهي الجزاءات الفاسخة.

الفرع الأول: الجزاءات المالية

تعتبر الجزاءات المالية أخف وأهون درجات الجزاءات العقدية التي يمكن توقيعها على المتعامل المتعاقد، وإذا لم تبلغ المخالفة العقدية التي ارتكبها هذا الأخير درجة كبيرة من الجسامة، فيكتفى بإلزام المتعامل المتعاقد بدفع مبلغ مالي معين مقابل المخالفة المرتكبة، أو تتم مصادرة مبلغ مالي من مجموع المبالغ التي أودعها المتعامل المتعاقد في رصيد المصلحة المتعاقدة.

وتنقسم الجزاءات المالية في إطار الصفقات العمومية إلى ثلاثة أنواع، يتمثل النوع الأول في التعويضات المالية التي يدفعها المتعامل المتعاقد نظير الأضرار التي سببتها مخالفاته العقدية للمصلحة المتعاقدة. ويتمثل النوع الثاني في الغرامات المالية وهي عبارة عن مبالغ مالية مرصودة للمخالفات العقدية التي قد ترتكب. أما النوع الثالث فيتمثل في مصادرة التأمين المالي الذي أودعه المتعامل المتعاقد لدى المصلحة المتعاقدة لضمان حسن تنفيذ الصفقة العمومية.

أولاً: التعويضات المالية

تعتبر التعويضات المالية (Les dommages-intérêts) الجزاء الأصيل في مواجهة إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته العقدية، وهذا في حالة عدم النص على جزاءات مالية لمواجهة هذا الإخلال¹. ويتشابه النظام القانوني للتعويضات المالية في مجال الصفقات العمومية إلى حد كبير مع النظام القانوني المقرر لها في مجال العقود المدنية، سواء من حيث كيفية تقدير التعويض أو من حيث اشتراط عنصر الضرر فيها، وإن كانا يختلفان من حيث أسلوب تحصيلهما². فتحصيل التعويض المالي في الصفقات

1- محمد مقبل سالم العندلي، المرجع السابق، ص.29.

2- André DELAUBADERE; Yves GAUDEMET, Traité de Droit Administratif, T. 1, 16^{ème} E.D., L.G.D.J, Paris, 2001, p.701.

العمومية يتم بموجب أوامر بالدفع موجهة من طرف المصلحة المتعاقدة إلى المتعامل المتعاقد معها تصدرها بإرادتها المنفردة دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء¹، وهذا على خلاف الحال في عقود القانون الخاص أين يجب على المتعاقد المتضرر استصدار قرار قضائي بتعويضه.

كما يتشابه جزاء التعويض مع الغرامة التأخيرية من حيث كونهما يشكلان إلزاماً قانونياً يقع على عاتق المتعامل المتعاقد يتعهد بموجبه بدفع مبلغ مالي للمصلحة المتعاقدة، غير أنهما يختلفان من حيث الهدف الذي يرميان إليه. فالغرامة التأخيرية تهدف إلى ضمان تنفيذ الصفقة العمومية في المواعيد المحددة في دفتر الشروط، وذلك حرصاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، بينما يرمي جزاء التعويض إلى جبر الأضرار التي أحدثتها المخالفات العقدية التي ارتكبتها المتعامل المتعاقد. وعليه فإن التعويض لا يستحق إلا إذا أثبتت المصلحة المتعاقدة حصول الضرر الذي لحقها كما هو الحال في عقود القانون الخاص².

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 152 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري رقم 15-247 على جزاء التعويض بقولها: "لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية عند تطبيقها البنود التعاقدية للضمان، والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها...".

ومن خلال نص المادة المذكور أعلاه يتبين لنا بوضوح أن المشرع اللائحي الجزائري قد سمح للمصلحة المتعاقدة بالحصول على التعويض عن الأضرار التي سببتها المخالفات العقدية التي ارتكبتها المتعامل المتعاقد معها، غير أنه لم يشر صراحة إلى سلطتها في تقدير واقتضاء هذا التعويض بإرادتها المنفردة ودون حاجة للجوء إلى قاضي العقد، وإنما أشار إلى ذلك بصفة ضمنية عندما قرر عدم إمكانية المتعامل المتعاقد الاعتراض على القرارات المتخذة من طرف المصلحة المتعاقدة والرامية إلى اقتضاء التعويض وإصلاح الضرر الذي تسبب فيه بأخطائه.

ويرى البعض أن المشرع اللائحي الجزائري قد منح المصلحة المتعاقدة هذه السلطة، وذلك من خلال النص على حقها في اقتطاع مبلغ التعويض الذي تراه مناسباً لجبر الضرر الذي خلفته الأخطاء

1- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.146.

2- بن عبد المالك بوفلجة، النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، عدد 17، 2017، ص.121.

المرتكبة من طرف المتعامل المتعاقد من مبلغ كفالة حسن التنفيذ المنصوص عليها في المادة 130 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام¹.

غير أن الملاحظ على هذا الرأي أنه يؤدي إلى دمج جزاء التعويض المالي في جزاء مصادرة كفالة حسن التنفيذ، والحقيقة -برأينا- غير ذلك. فجزاء مصادرة كفالة حسن التنفيذ يختلف تماما عن جزاء التعويض، فالأول لا يمثل سوى الحد الأدنى من التعويض المستحق للمصلحة المتعاقدة في حالة ارتكاب المتعامل المتعاقد لمخالفات عقدية، أما الثاني فهو عبارة عن تعويض حقيقي وفعلي للضرر الحاصل نتيجة هذه المخالفات.

أما في فرنسا فإن الأمر أكثر وضوحا منه في الجزائر بالنسبة لسلطة الإدارة المتعاقدة في تقدير التعويضات واقتضائها بإرادتها المنفردة، حيث يسمح لها مجلس الدولة الفرنسي بتقدير مبلغ التعويض بنفسها مسبقا، وإلزام المتعاقد معها بدفع هذا المبلغ عن طريق أوامر الأداء، وفي حالة ما إذا قدر هذا الأخير أن هذا المبلغ مغالى فيه فإنه يتوجب عليه اللجوء إلى قاضي العقد الذي يملك في هذا الإطار سلطات واسعة، حيث يمكنه إنقاص هذا المبلغ أو إعفاء المتعاقد من دفعه². كما تستطيع الإدارة تجنب مسؤولية تقدير التعويض والتنازل عن سلطة إلزام المتعاقد معها بدفع مبلغ التعويض بإرادتها المنفردة واللجوء إلى قاضي العقد بدلا من هذا كله³.

وفي كل الأحوال يتم تقدير التعويضات المالية وفقا لجسامة الأضرار التي لحقت بالمصلحة المتعاقدة، وذلك مع الأخذ بالحسبان الأخطاء التي ارتكبتها هذه الأخيرة والتي ساهمت في حصول هذه الأضرار بنسبة معينة، بحيث تتحمل المصلحة المتعاقدة هذا الجزء من المسؤولية، وذلك وفقا لما هو متبع في قواعد القانون المدني⁴.

ونشير إلى أنه في البداية لم تكن الإدارة في فرنسا تتمتع بسلطة إلزام المتعاقد معها بدفع تعويضات مالية عن المخالفات العقدية التي ارتكبتها وتسببت لها بأضرار، وإنما كان عليها اللجوء إلى القضاء الإداري من أجل استصدار قرار بدفع هذا التعويض. وحتى عند لجوئها إلى القضاء لم يكن يحكم لها بالتعويض في أول الأمر إلا إذا كان قد تم النص على التعويض في بنود العقد الإداري، بمعنى

1- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.103.

2- سعيد عبد الرزاق باخبيزة، المرجع السابق، ص.230.

3- عبد القادر دراجي، المرجع السابق، ص.98.

4- Daniel CHABANOL; Jeun-Pierre JOUGUELET; François BOURRACHOT, Le régime juridique des marchés publics, E.D du Moniteur, Paris, 2005, p.293.

أن القضاء الإداري الفرنسي لم يكن يعترف - في بداية تطبيقاته - حتى بحق الإدارة المتعاقدة في الحصول على التعويض وفقاً للقواعد العامة المعروفة في عقود القانون الخاص، وكان جد متمسك بمبدأ الشرعية في مجال العقود الإدارية، والذي يقضي بأنه لا جزاء ولا تعويض إلا بموجب نص عقدي¹. وبقي الأمر على هذا الحال إلى أن حدث تطور جديد في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، حيث أصبح يحكم للإدارة المتعاقدة بالتعويض عن الأضرار التي لحقتها من جراء المخالفات العقدية التي ارتكبتها المتعاقد معها، وذلك بالرغم من عدم النص عليه في العقد الإداري، وهذا على أساس القواعد العامة التي تحكم عقود القانون الخاص، وكان ذلك بموجب قرار صادر له بتاريخ 31 ماي 1907 في قضية " Deplanque "².

ولكن بالرغم من تقرير المبدأ السابق لحق الإدارة المتعاقدة في طلب التعويض من القضاء الإداري في حالة عدم النص عليه في العقد الإداري، إلا أنه لم يكن بإمكانها إلزام المتعاقد معها بدفع التعويض بإرادتها المنفردة، إلى أن عدل مجلس الدولة الفرنسي عن هذا التوجه - بموجب قراره الصادر بتاريخ 11 أكتوبر 1929 في قضية شركة ملاحه جنوب الأطلسي " Compagnie de Navigation sud Atlantique " - أين سمح للإدارة المتعاقدة بتوقيع جزاء التعويض بإرادتها المنفردة ودون الحاجة إلى اللجوء للقضاء الإداري لاستصدار حكم بذلك.

أما الوضع في مصر فيختلف تماماً عما جرى عليه العمل في الجزائر وفي فرنسا فيما يتعلق بحق الإدارة المتعاقدة في تقدير مبلغ التعويض وإلزام المتعاقد معها بدفعه بإرادتها المنفردة ودون حاجة إلى اللجوء إلى قاضي العقد، حيث تنص الفقرة الأخيرة من المادة 51 من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018 على أنه: " وفي جميع حالات الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد يكون التأمين النهائي من حق الجهة الإدارية، كما يكون لها أن تخصص ما تستحقه من مقابل التأخير وقيمة كل خسارة تلحق بها من أي مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها، وفي حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أي جهة إدارية أخرى أيا كان سبب الإستحقاق، دون حاجة إلى اتخاذ أي إجراءات قضائية، وذلك كله مع عدم الإخلال بحقها في الرجوع عليه قضائياً بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإداري"³.

1- C.E, Arrêt du 15/07/1881 (Chemin de fér D'orleans à Rouen).

أشار إليه: عبد الرزاق
باخبيرو، المرجع السابق، ص.45.

2- Laurent Richer, op. cit., p.243.

3- أنظر في ذلك أيضاً إلى المادة 94 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 الملغى.

ويرى بعض الفقهاء أن هذا النص قد أزال الشك والغموض عن حق الإدارة المتعاقدة في تقدير واقتضاء التعويض بإرادتها المنفردة، حيث أصبح هذا الحق معترفاً به تشريعياً على خلاف ما كان عليه الأمر في قانون المناقصات والمزايدات رقم 09 لسنة 1983 الملغى¹، غير أن البعض الآخر من الفقه يرى بأنه في حالة عدم وجود بند تعاقدي ينص على هذا الحق فإنه يتعين على الإدارة المتعاقدة الإلتجاء إلى القضاء للحصول على التعويض².

ويرى بعض الفقه أنه من خلال تفحص الجملة الأخيرة من الفقرة الأخيرة من المادة 51 المذكورة أعلاه بأن الغموض مازال يساور حق الإدارة المتعاقدة في تقدير واقتضاء التعويض بإرادتها المنفردة، لأن مضمون هذه الجملة يوجب على الإدارة المتعاقدة اللجوء إلى القضاء الإداري لاستيفاء ما لم تتمكن من اقتضائه بالطريق الإداري، والمقصود هنا بطبيعة الحال هو التعويض³.

وبالرغم من أن المصلحة المتعاقدة تتمتع في جميع الأحوال بسلطة توقيع جزاء التعويض المالي بإرادتها المنفردة، إلا أن هذا لا يعني أبداً أن سلطتها هذه مطلقة، وإنما تخضع في ممارستها لرقابة قاضي العقد. وتتمثل سلطة هذا الأخير في الرقابة على جزاء التعويض المالي في التأكد من ارتكاب المتعامل المتعاقد لمخالفة عقدية أولاً، والتحقق ثانياً من حصول ضرر للمصلحة المتعاقدة ثانياً، وأخيراً التيقن من وجود علاقة سببية مباشرة بين هذا الخطأ المرتكب والضرر الحاصل. كما تشمل سلطته مراقبة مدى تناسب مبلغ التعويض المفروض من طرف المصلحة المتعاقدة مع حجم الضرر الذي لحق بها⁴.

وبناء عليه يمكن لقاضي العقد أن يحكم بإنقاص التعويض إذا كان مبالغاً فيه مقارنة مع حجم الضرر الحاصل فعلياً للمصلحة المتعاقدة، وذلك حسب القواعد العامة المتبعة في عقود القانون المدني. كما يمكنه تقليص مبلغ التعويض المالي المقدر من طرف المصلحة المتعاقدة إذا ثبت له بأن هذه الأخيرة ساهمت جزئياً في حدوث هذا الضرر. ويمكن أيضاً إعفاء المتعامل المتعاقد كلياً من مبلغ التعويض المالي، إذا تبين له أن الضرر الحاصل للمصلحة المتعاقدة كان بسبب أجنبي لا يد له فيه ولم يكن في إمكانه توقعه أو دفعه، كحصوله بفعل القوة القاهرة أو نتيجة لتدخل الإدارة أو كما يصطلح عليه الفقهاء بفعل الأمير.

1- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.187.

2- نصر الدين محمد بشير، المرجع السابق، ص.284.

3- سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص.232.

4- عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص.88.

ثانيا: الغرامات المالية

تعرف الغرامات المالية "Les pénalités" على أنها مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة المتعاقدة مسبقا، وتنص على توقيعها في العقد الإداري متى أحل المتعاقد معها بالتزام من التزاماته العقدية، لاسيما في حالة تأخره في تنفيذها¹.

وقد نص المشرع اللائحي الجزائري على الغرامات المالية في الفقرة الأولى من المادة 147 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بقوله: " يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الإلتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به ".

وتتميز الغرامات المالية بمجموعة من الخصائص التي تميزها عن باقي الجزاءات العقدية، فهي تتصف أولا بأنها ذات طبيعة إتفاقية، بمعنى أنها عبارة عن تعويض جزائي محدد مسبقا ومنصوص عليه في بنود العقد الإداري. فالمتعامل المتعاقد يعلم أنه متى أحل بالتزام من التزاماته العقدية فإنه سيتعرض لهذه الغرامات². وبالرغم من غياب موقف القضاء الإداري الجزائري من هذه المسألة، إلا أن ذلك يبقى من دون أهمية في ظل وجود نص صريح يفصل فيها، أما بالنسبة لموقف القضاء الإداري المصري فقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في قرارها الصادر بتاريخ 20 أبريل 1993 بقولها: "إن الطبيعة القانونية لغرامة التأخير هي جزاء عقدي وأنها صورة من صور التعويض الإتفاقي إذا تراخى المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، فهي مقررة ضمانا لتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها"³.

ومن نتائج الإعتراف بالطابع الإتفاقي للغرامات المالية أنه يمكن للإدارة المتعاقدة مخالفة نصوص القوانين أو اللوائح المعمول بها فيما يتعلق بتحديد مقدار الغرامة المالية، وذلك في حالة ما إذا كان هذا النص القانوني أو اللائحي غير ملزم، أو كان يحدد مجالا لمبلغ الغرامة المالية بذكره السقف الأدنى والسقف الأقصى له.

غير أن الإشكال المطروح في هذا الصدد يتعلق بحالة عدم النص في العقد على جزاء الغرامات المالية، فهل يعني هذا سقوط حق الإدارة المتعاقدة في توقيع هذا الجزاء بالرغم من النص عليه في القانون أو اللائحة المعمول بها؟

1- Brahim BOULIFA, Marchés Publics, 2^{ème} E.D., BERTI Editions, Alger, 2016, p.348.

2- هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية - دراسة تطبيقية -، ط 1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2014، ص.112.

3- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 1889، س 32 ق، جلسة 1993/04/20. أشار إليه: رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص.44.

للإجابة على هذا التساؤل ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن النصوص القانونية أو اللائحية المعمول بها في هذا الصدد تعتبر نصوصا مكتملة لإرادة المصلحة المتعاقدة، وهذا يعني أنه في حالة ما إذا أغفلت هذه الأخيرة النص على جزاء الغرامة المالية في العقد الإداري، فإن هذه النصوص تقوم بسد هذا الفراغ وتتحول من صفتها المكتملة إلى صفتها الآمرة، وبالتالي تصبح ملزمة للإدارة، لأن إرادة المشرع قد ذهبت إلى توقيع هذا الجزاء منذ البداية¹.

في هذا الصدد يلاحظ أن القوانين واللوائح المنظمة للعقود الإدارية غالبا ما تنص على أن مضامينها ملزمة لأطراف العلاقة التعاقدية²، وهذا يعني أنه يفترض علم الأطراف المتعاقدة بمحتوى هذه القوانين واللوائح قبل الإقدام على إبرام العقود الإدارية، وبالتالي الإلتزام بما نصت عليه، إلا إذا تم النص صراحة في العقد على استبعاد حكم من أحكام هذه القوانين أو اللوائح³.

غير أن غالبية الفقه في فرنسا⁴ ومصر⁵ متفقون على عدم أحقية الإدارة المتعاقدة بتوقيع جزاء الغرامة المالية في حالة عدم النص عليها في العقد الإداري، ونشير في هذا الصدد إلى عدم تمكن الباحث من معرفة موقف الفقه الإداري الجزائري من هذه المسألة. وبذلك فإنهم يؤكدون على الطابع الإتفاقي لهذا الجزاء. ولكنهم اختلفوا فيما بينهم حول مدى التزام الإدارة المتعاقدة - في حالة النص على جزاء الغرامة المالية في العقد - بحدود هذا الجزاء، ومدى إمكانية استبداله بجزاء أشد أو أخف.

وهنا ذهب الفقه والقضاء في فرنسا إلى أنه يجوز للإدارة المتعاقدة أن تقوم بتوقيع غرامات مالية أقسى من تلك التي تم النص عليها في العقد الإداري، وذلك في حالة عدم نجاعة هذه الأخيرة في حمل المتعاقد على الوفاء بالتزاماته العقدية، لاسيما عند التأخر الجسيم في عملية التنفيذ⁶. بينما يرى الفقه والقضاء المصري ضرورة التقييد بنصوص العقد عند توقيع هذا الجزاء، ولا يمكن مطلقا استبداله بجزاء أشد حتى ولو كان هذا الأخير جد ضئيل مقارنة بحجم المخالفة العقدية المرتكبة⁷.

1- أيمن فتحي محمد محمد عفيفي، غرامات التأخير في العقود الإدارية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية - (مصر)، المجلد الأول، عدد 2، 2016، ص.60.

2- أنظر المادة الأولى من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

3- منصور إبراهيم العنوم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة الشريعة والقانون، عدد 53، 2013، ص.354.

4- Claudine CHARDIGNY, Contrats et marchés publics de défense, E.D Bruylant, Paris, 2013, p.190.

5- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص.46؛ مازن ليلو راضي، دور الشروط الإستثنائية في تمييز العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2002، ص.46.

6- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص.77.

7- جلول بن سديرة، المرجع السابق، ص.65.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن مجلس الدولة الفرنسي يسلم بحق الإدارة المتعاقدة في توقيع غرامة مالية أقل من تلك المنصوص عليها في العقد الإداري أو التنازل عنها كلية، بشرط أن تكشف عن ذلك صراحة، وهو ما أكدته في قراره الصادر بتاريخ 05 جويلية 1950 فصلا في قضية "Société française de construction"، وهذا بالرغم من معارضة محكمة المحاسبات الفرنسية لهذا التوجه، حيث ترى بأن هذه الغرامات تدخل في ميزانية الدولة بمجرد حدوث المخالفة العقدية المرصودة لها¹.

كما قرر القضاء الإداري الفرنسي الحديث أن قاضي العقد يملك حق تعديل الغرامات المالية إما زيادة إذا ثبت له عدم كفايتها لمواجهة تقصير المتعاقد، أو نقصانا إذا كانت قيمتها مبالغ فيها مقارنة مع حجم المخالفات العقدية المرتكبة²، وذلك حتى ولو كان منصوصا عليها في العقد الإداري³.

ويلاحظ في هذا الصدد أن المشرع اللائحي الجزائري كان جد واضح فيما يتعلق بهذه المسألة، حيث أكد على الطابع الإتفاقي لجزاء الغرامة المالية، ولم يسمح للمصلحة المتعاقدة بمخالفة النص العقدي بحجة عدم كفاية الجزاء المنصوص عليه في حمل المتعامل المتعاقد على تنفيذ التزاماته وفقا للمقتضيات والآجال المنصوص عليها في دفتر الشروط. وهو الأمر الذي أكدته الفقرة الثالثة من المادة 147 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بقولها: "تقتطع العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصفقة من الدفعات التي تتم حسب الشروط والكيفيات المنصوص عليها في الصفقة".

وإضافة إلى الطبيعة الإتفاكية للغرامات المالية، فإن هذه الأخيرة تتميز بأنها غير مشروطة بوقوع الضرر، وفي هذا تختلف عن التعويضات المالية، حيث أنها توقع على المتعاقد بمجرد ارتكابه لمخالفات عقدية بغض النظر عن ثبوت حصول الضرر من عدمه، وهذا على خلاف التعويضات المالية التي يشترط للمطالبة بها إثبات وقوع الضرر نتيجة ارتكاب هذه المخالفات⁴. وفي ظل عدم معرفتنا لموقف

أشار إليه: سليمان محمد الطماوي الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة -، المرجع السابق، ص. 493.
1- C.E, Arrêt du 05/07/1950 (Sté française de construction).
2- Daniel CHABANOL; Jeun-Pierre JOUGUELET; François BOURRACHOT, o.p cité., p.290.
3- « Considérant que, lorsque l'application des stipulations d'un contrat administratif prévoyant des pénalités de retard fait apparaître un montant de pénalités manifestement excessif ou dérisoire, le juge du contrat, saisi de conclusions en ce sens, peut modérer ou augmenter les pénalités qui avaient été convenues entre les parties ».C.A.A Paris, , Arrêt du 23/06/2006 (SARL Serbois), n° 02PA03759, www.legifrance.gouv.fr, vu le :26/11/2017.
4- Laurent Richer, op. cit., p.242.

لموقف القضاء الإداري الجزائري من هذه المسألة نستأنس بما ذهب إليه القضاء الإداري في مصر، حيث أكدت محكمة القضاء الإداري في حكم صادر لها بتاريخ 24 نوفمبر 1957 على أنه: "من المبادئ المسلمة في فقه القانون الإداري أن غرامات التأخير في العقود الإدارية مقررة ضمنا لتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطرادا، ولذا فإن الغرامات التي ينص عليها في تلك العقود توقعها جهات الإدارة من تلقاء نفسها دون أن تلتزم بإثبات حصول الضرر، كما لا يقبل ابتداء من المتعاقد إثبات عدم حصوله، على اعتبار أن جهة الإدارة في تحديدها مواعيد معينة لتنفيذ العقد، يفترض فيها أنها قدرت أن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ في هذه المواعيد دون أي تأخير"¹.

فالغرامات المالية لا تهدف إلى جبر الضرر الحاصل من جراء التنفيذ السيء أو غير المطابق للإلتزامات العقدية أو التأخر في تنفيذها، وإنما تهدف فقط إلى دفع المتعامل المتعاقد إلى الوفاء بالتزاماته العقدية². وبناءا عليه فإنه لا يحق للمصلحة المتعاقدة فرض ما يزيد على قيمة الغرامة المالية بحجة عدم كفايتها لتعويض الضرر الفعلي الناتج عن التأخير في التنفيذ أو التنفيذ غير المطابق. كما لا يحق للمتعامل المتعاقد طلب إنقاص هذه القيمة على أساس أنها تجاوزت الضرر الحاصل³. وفي ظل عدم علمنا باجتهادات صادرة عن القضاء الإداري الجزائري تؤكد المبدأ السابق، نستأنس بما ذهب إليه القضاء الإداري المصري، حيث أكدت المحكمة الإدارية العليا في قرار صادر لها بتاريخ 28 أكتوبر 1997 على أنه: "لا تلازم بين توقيع غرامة التأخير على المتعاقد مع الإدارة وإلزامه بالتعويض، بحسبان غرامة التأخير توقع على المتعاقد مع الإدارة عن واقعة التأخير فحسب، سواء ترتب على هذا التأخير أضرار أصابت جهة الإدارة أو لم يترتب على ذلك أضرار، فيما يستلزم لتحميل المتعاقد مع الإدارة بالتعويض أن يصيب الإدارة ضرر نتيجة تأخير المتعاقد معها في تنفيذ التزامه خلال الميعاد المتفق عليه"⁴.

ومن جهة أخرى، فإن الغرامات المالية تختلف عن التعويضات المالية في كونها محددة مسبقا من طرف الإدارة المتعاقدة ومنصوص عليها في بنود العقد الإداري، على خلاف التعويضات المالية

1- حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، الطعن رقم 4196، س 09 ق، جلسة 1957/11/24. أشار إليه: هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص.114.

2- منصور إبراهيم العتوم، المرجع السابق، ص.347.

3- Christophe LAJOYE, Droit des Marchés Publics, BERTI Editions, Alger, 2007, p.173.

4- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 3761، س 41 ق، جلسة 1997/10/28. أشار إليه: فارس علي جانكيز، المرجع السابق، ص.123.

التي لا يمكن تقديرها إلا بعد وقوع الضرر فعلا، فإذا حدد مبلغها مقدما وتم النص عليها في العقد فإنها تتحول من وصف التعويضات إلى وصف الغرامات المالية¹.

وإضافة إلى ما سبق، فإن الغرامات المالية تتصف بالطابع الإنفرادي، والمقصود به هو إمكانية قيام الإدارة المتعاقدة بتوقيع جزاء الغرامة المالية بإصدار قرار إداري من طرفها دون حاجتها إلى اللجوء للقضاء. وبالتالي فإن لها كامل الحق في توقيع هذا الجزاء بإرادتها المنفردة وحتى قبل التثبت من ارتكاب المتعاقد معها لمخالفات عقدية تبرر ذلك².

غير أنه وإن كانت الإدارة المتعاقدة متحررة في توقيع جزاء الغرامات المالية من إلزامية استصدار حكم قضائي بذلك، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة وإنما تخضع في ذلك لرقابة قاضي العقد، والذي يمكنه التحقق من توفر الشروط القانونية والواقعية لتوقيع هذا الجزاء. وتبعاً لذلك يمكنه الحكم إما بإعفاء المتعاقد كلية من هذه الغرامة أو الإنقاص من قيمتها³.

من ناحية أخرى تتسم الغرامات المالية بطابعها التلقائي، وهو ما يعني إمكانية توقيعها بمجرد ارتكاب المتعاقد للمخالفة العقدية التي تبررها، دون حاجة إلى ضرورة إنذاره أو إعداره⁴. ويذهب بعض الفقه في هذا الصدد إلى أنه وإن كانت الإدارة متحررة من الإلتزام بإصدار المتعاقد معها قبل توقيع هذا الجزاء، إلا أنه يستحسن في مثل هذه الحالات إنذاره من أجل إعلامه بالتقصير الحاصل من جانبه أولاً، ومن أجل تفادي الإستمرار في هذا التقصير ثانياً، وهذا مما لا شك فيه يؤدي إلى ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراب⁵. وهو المسلك الذي انتهجه المشرع اللائحي الجزائري، حيث نص في الفقرة الأولى من المادة 149 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه: " إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعدارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد ". وقد كانت الفقرة الثانية من المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل قد حددت الحد الأدنى لهذا الأجل بعشرة أيام.

1- موسى مصطفى شحادة، الجزاءات المالية في نطاق العقود الإدارية في دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة الحقوق، عدد 3، 2018، ص.248.

2- عبد القادر دراجي، المرجع السابق، ص.99.

3- فهد بن ناصر بن سعد المسيبي، الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية في النظام السعودي -دراسة تأصيلية مقارنة بدول التعاون الخليجي-، رسالة ماجستير، كلية العدالة الجنائية -قسم الشريعة والقانون-، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية- (المملكة العربية السعودية)، 2013، ص.106.

4- حمد محمد حمد الشلحاني، المرجع السابق، ص.178.

5- عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص.49.

بالمقابل في فرنسا، نجد أن دفا تر الشروط الإدارية العامة الفرنسية - المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال¹ والمطبقة على الصفقات العمومية للتوريدات والخدمات² - لم تلزم الإدارة المتعاقدة بإجراء الإعذار أو الإنذار قبل توقيع جزاء الغرامة التأخيرية، وإنما سمحت لها بتطبيق هذا الجزاء بمجرد معاينة التأخير في عملية التنفيذ.

والملاحظ أن نفس هذا الإتجاه كان قد سلكه المشرع المصري، حيث نص في الفقرة الثانية من المادة 48 من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018 على أنه: "وفي حالة عدم الالتزام بالتنفيذ، لسبب راجع للمتعاقد، يحصل مقابل التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء آخر"، غير أنه يسمح للإدارة المتعاقدة بمنح المتعاقد معها في هذه الحالة أجل إضافي لتدارك التقصير الحاصل من طرفه، وذلك إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك.

ويشترط لتوقيع جزاء الغرامة المالية على المتعامل المتعاقد قيامه بارتكاب المخالفة العقدية التي تبررها. وقد تتمثل هذه المخالفة إما في عدم التنفيذ أو التنفيذ السيء وغير المطابق للمواصفات المتفق عليها في دفتر الشروط. كما قد تتمثل المخالفة في عدم الامتثال للمواعيد والآجال المنصوص عليها في الصفقة العمومية. ويطلق على الغرامة المالية الموقعة في الحالة الأخيرة تسمية الغرامة التأخيرية، وهي الأكثر شيوعاً مقارنة مع باقي الغرامات المالية³.

وإضافة إلى الشرط السابق يشترط أن تكون المخالفة العقدية قد ارتكبت من طرف المتعامل المتعاقد نفسه وليس بسبب أجنبي لا يد له فيه. فقد يرجع السبب إلى القوة القاهرة أو إلى فعل المصلحة المتعاقدة، وفي مثل هذه الحالات يملك قاضي العقد إعفاء المتعامل المتعاقد كلية من دفع الغرامة المالية، كما يستطيع تخفيض مبلغ الغرامة المالية بحسب نسبة مشاركة السبب الأجنبي في وقوع الإخلال⁴.

1- « Les pénalités sont encourues du simple fait de la constatation du retard par le maître d'œuvre ». Art 20.1.1 de l'arrêté du 08 septembre 2009 portant approbation du C.C.A.G. Français aux marchés publics de travaux.

2- « Les pénalités pour retard commencent à courir, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une mise en demeure... ». Art 14.1.1 de l'arrêté du 19 janvier 2009 portant approbation du C.C.A.G. Français applicables aux marchés publics de fournitures courantes et de services.

3- بن عبد الملك بوفلجة، الغرامة التأخيرية في ضوء المرسوم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مجلة الإجتهد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة- (الجزائر)، عدد 15، 2017، ص.254.

4- مفتاح خليفة عبد الحميد؛ حمد محمد حمد الشلحاني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، المرجع السابق، ص.157.

وللإعتداد بالقوة القاهرة كمبرر لإعفاء المتعامل المتعاقد من الغرامة المالية يجب أن يجتمع فيها ثلاثة شروط، وهي تتمثل أولاً في وجوب أن يكون الحادث غير متوقع ولا يمكن التنبؤ به، كهطول أمطار غزيرة لمدة غير عادية، وثانياً أن يكون هذا الحادث مستقلاً تماماً عن إرادة المتعامل المتعاقد وأن لا يكون في استطاعته تجنبه أو دفعه، وثالثاً أن يؤدي إلى استحالة تنفيذ الإلتزام العقدي محل المخالفة. وللإستفادة من الإعفاء يجب على المتعاقد إعلام المصلحة المتعاقدة بحصول القوة القاهرة في أقرب الآجال¹.

و قد نصت الفقرة الخامسة من المادة 147 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام الجزائري رقم 15-247 على القوة القاهرة بقولها: " و في حالة القوة القاهرة، تعلق الآجال و لا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير، ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف و استئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة".

وللإستفادة من الإعفاء من دفع الغرامة يجب على المتعامل المتعاقد في حالة القوة القاهرة أن يقوم بإثبات وقوعها وإثبات أنها هي التي كانت وراء حدوث الإخلال الحاصل. و في حالة عجزه عن ذلك فإنه يتحمل كامل الغرامة المالية. و فوق ذلك فإنه يحق له في مثل هذه الحالة طلب التعويض من المصلحة المتعاقدة إذا أثبت تعرضه لأضرار مالية من جراء حصول القوة القاهرة².

وإضافة إلى القوة القاهرة فإن المتعامل المتعاقد يعفى من دفع الغرامة المالية إذا أثبت أن الإخلال الذي حصل في التنفيذ مرده إلى فعل المصلحة المتعاقدة، سواء تمثل هذا الفعل في خطأ أو تقصير من جانبها، أو كان نتيجة لممارستها لحق من حقوقها، كحقها في توجيهه أثناء عملية التنفيذ أو حقها في تعديل بنود الصفقة العمومية³.

ويشترط في فعل المصلحة المتعاقدة حتى يكون معفياً من دفع الغرامة المالية أن يكون هو السبب المباشر وراء حصول الإخلال في التنفيذ، وأن لا يكون هذا الفعل متوقفاً من طرفه⁴. و من بين أفعال الإدارة التي تعفي المتعاقد من غرامات التأخير، تأخرها في تسليمه صور المخططات والتصاميم

1- إبراهيم الشارف الطاهر توفقه، المرجع السابق، ص.85.

2- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص.123.

3- عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص.70.

4- جلول بن سديرة، المرجع السابق، ص.73.

اللازمة للشروع في التنفيذ، وكذا تأخرها في تسليمه موقع العمل أو التأخر في اعتماد العينة التي سيتم التوريد بموجبها¹.

ويجوز للمتعاقد في هذه الحالة اللجوء للقضاء من أجل مطالبة الإدارة المتعاقدة معه بالتعويض عما لحقه من أضرار نتيجة أخطائها، وهو ما أكدته الفقرة الثانية من المادة 91 من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم 182 لسنة 2018 بقولها: "كما يجوز للمتعاقد اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عما يكون قد لحقه من أضرار نتيجة إخلال الجهة الإدارية بتنفيذ التزاماتها الواردة بالعقد بخطأ منها، ما لم يوافق الوزير المختص بالجهة الإدارية على اللجوء إلى التحكيم وتتضمنه شروط العقد، ويتفق عليه الطرفان وفقا للقواعد والإجراءات المنصوص عليها في قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994".

وبعد أن كانت الإدارة المتعاقدة ملزمة بأخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة قبل إعفاء المتعاقد معها من الغرامة التأخيرية طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة 23 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 الملغى²، أصبحت مخيرة في القانون الحالي لتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018 في الأخذ بهذا الرأي، وهو ما تنص عليه الفقرة الرابعة من المادة 48 من هذا القانون بقولها: "... ويجوز للسلطة المختصة استطلاع رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة إذا ارتأت ذلك".

وإضافة إلى القوة القاهرة وفعل المصلحة المتعاقدة، فإنه بإمكان هذه الأخيرة أن تقرر إعفاء المتعامل المتعاقد من الغرامة المالية، إذا كان الإخلال في التنفيذ ناتج عن ظروف وصعوبات لا ترقى إلى درجة القوة القاهرة، وكان المتعامل المتعاقد حريصا على تنفيذ موضوع الصفقة العمومية وفق المواعيد المحددة في دفتر الشروط. ولذا غالبا ما تلجأ المصلحة المتعاقدة في مثل هذه الظروف ومراعاة لحسن نية المتعامل المتعاقد إلى تمديد أجل التنفيذ وإعفائه كلية من الغرامة التأخيرية³.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن القضاء الإداري في مصر لا يجيز للإدارة المتعاقدة الإتفاق المسبق على استبعاد الغرامة المالية، وتأكيدا لهذا المسلك أفتت الجمعية العمومية لقسمي

1- موسى مصطفى شحادة، المرجع السابق، ص. 259.

2- القانون رقم 89 لسنة 1998 يتضمن قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري الملغى، الجريدة الرسمية للحكومة المصرية عدد 19 مكرر صادرة بتاريخ 08 مايو 1998.

3- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص. 120.

الفتوى والتشريع في فتواها الصادرة بتاريخ 22 جانفي 1992: "بعدم جواز الإعفاء المسبق من الغرامة ضمن شروط العقد، وإنما يكون الإعفاء لذي قيام موجب في إطار الأحكام التعاقدية واجبة الإلتباع"¹. وفي هذا الصدد تنص الفقرة الرابعة من المادة 147 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري رقم 15-247 على الإعفاء الإداري من الغرامة التأخيرية بقولها: "يعود القرار بالإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التأخير إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة، و يطبق هذا الإعفاء عندما لا يكون التأخير قد تسبب فيه المتعامل المتعاقد الذي تسلم له في هذه الحالة أوامر بتوقيف الأشغال أو باستئنافها".

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه يجب أن يكون الإعفاء الإداري من الغرامة المالية من طرف المصلحة المتعاقدة واضحا وصريحا، ولا يمكن أن يستنتج ويفهم المتعامل المتعاقد أنه قد تم إعفائه من الغرامة، من خلال المقارنة مع صفقات عمومية مشابهة للصفقة العمومية التي أبرمها تقرر فيها الإعفاء الإداري، ولذا اشترط المشرع اللائحي الجزائري في الفقرة الأخيرة من المادة 147 أعلاه تحرير شهادة إدارية من جانب المصلحة المتعاقدة في حالة الإعفاء الإداري وكذا بالنسبة للإعفاء بسبب القوة القاهرة.

وفي مصر كانت المحكمة الإدارية العليا قد قضت في حكم صادر لها صادر بتاريخ 21 مارس 1970 بأن: " اقتضاء الغرامات منوط بتقدير الجهة الإدارية المتعاقدة، باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة والقائمة تبعا لذلك على تنفيذ شروط العقد، ولذا فلها مثلا أن تقدر الظروف التي يتم فيها تنفيذ العقد وظروف المتعاقد فتعفيه من تطبيق الجزاءات المنصوص عليها في العقد كلها أو بعضها بما في ذلك غرامة التأخير إذا هي قدرت أن لذلك محلا، كما لو قدرت أنه لم يلحق بالمصلحة العامة أي ضرر من جراء التأخير أو غير ذلك من الظروف، وقياسا على هذا النظر فإن الإدارة إذا أقرت بأنها لم تحرص على تنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها لأن تنفيذها في هذه المواعيد كان غير لازم، بل قد يسبب ارتباكات أو يكلفها نفقات بدون مقتضى، كما لو حل ميعاد توريد أدوات صحية مثلا بينما لم يكن البناء الذي تعاقد آخر على تشييده قد أصبح مهيبا لتركيب هذه الأدوات، أو لو كان قد حل ميعاد توريد الآلات أو تجهيزات ولم تكن لدى الإدارة مخازن لإيداعها، وكانت في الوقت ذاته في غنى عن تركيبها أو غير ذلك من الخصوصيات المماثلة، فيتعين اعتبار قرار الإدارة

1- فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمصر، رقم 106، صادرة بتاريخ 1992/01/22. أشار إليها: أيمن فتحي محمد محمد عفيفي، المرجع السابق، ص.69.

بصد هذه الظروف والملايسات بمثابة إعفاء ضمني للمتعاقد من تنفيذ الغرامة مما لا يكون معه محل لتوقيع غرامة التأخير¹.

أما بالنسبة لكيفية تقدير واحتساب الغرامة المالية، فإن المشرع اللائحي الجزائري لم ينص في مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على طريقة محددة لحسابها، كما لم يحدد حدا أقصى لها، وإنما اكتفى بإحالة هذه المسألة إلى دفاتر شروط الصفقات العمومية، حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 26 منه على أنه: " توضح دفاتر الشروط، المحينة دوريا، الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات العمومية ". وهو ما أكدته أيضا الفقرة الثانية من المادة 147 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والتي تنص على أنه: " تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط المذكورة في المادة 26 من هذا المرسوم باعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية ".

ويتم اقتضاء مبالغ الغرامات المالية من الدفعات التي تتم حسب الشروط والكيفيات المنصوص عليها في بنود الصفقة العمومية². وتجدر الإشارة إلى أن هذه المبالغ لا يجوز اقتطاعها من مبلغ كفالة حسن التنفيذ، لأن المشرع اللائحي الجزائري لم يجر ذلك صراحة، إضافة إلى أن مصادرة كفالة حسن التنفيذ هو جزء إداري مستقل بذاته عن جزاء الغرامة المالية.

وغالبا ما تتمثل الغرامات المالية في مجال الصفقات العمومية في الغرامة التأخيرية، حيث تحرص المصالح المتعاقدة دوما من الناحية العملية على إدراج بند خاص بها في دفاتر الشروط يتضمن كيفية حسابها وفق المعادلة التالية³:
$$P = \frac{M \text{ (مبلغ الصفقة)}}{7 \times D \text{ (أجل التنفيذ)}}$$
 (الغرامة التأخيرية اليومية) P

وفي فرنسا لم يتم النص في دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال أو المطبقة على الصفقات العمومية للتوريدات والخدمات على حد أقصى لا يمكن تجاوزه عند تقدير مبلغ الغرامة التأخيرية. وبالمقابل تنص هذه الدفاتر على كيفية حساب مبلغ الغرامة التأخيرية، حيث تحدد في نسبة 1/3000 من مبلغ الصفقة العمومية بدون رسوم بالنسبة للصفقات

1- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 260 و267، س 12 ق، جلسة 1970/03/21. أشار إليه: نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص.121.

2- الفقرة الثالثة من المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

3- Mohamed Tayeb MEDJAHED, Contrat Type des marchés publics, Editions Houma, Alger, 2007, p.49.

العمومية الأشغال¹، وبالنسبة لصفقات التوريدات والخدمات يتم اتباع المعادلة الآتية²:
(عدد أيام التأخر) * R (مبلغ الخدمات أو التوريدات) / 1000 = (الغرامة التأخيرية اليومية) P

أما المشرع المصري فقد قرر حداً أقصى لا يمكن للإدارة المتعاقدة أن تتجاوزه في تقدير مبلغ الغرامة التأخيرية، وهو يتمثل بالنسبة لمقاولات الأعمال في نسبة 10% من قيمة العقد إذا لم تتجاوز مدة التأخير نسبة 10% من المدة الكلية للعملية، ويزيد مقابل التأخير إلى نسبة 15% إذا تجاوزت مدة التأخير ذلك، أما بالنسبة لباقي العقود فيتمثل في نسبة 3% من قيمة العقد إذا لم تتجاوز مدة التأخير نسبة 10% من المدة الكلية للعقد، ويزيد مقابل التأخير إلى نسبة 5% إذا تجاوزت مدة التأخير ذلك³. وقد نصت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري على طريقة معينة في حساب مبلغ الغرامة التأخيرية، وهي في الآتي:

1- في مقاولات الأعمال:

- أ- إذا لم تتجاوز مدة التأخير نسبة 01% من المدة الكلية للتنفيذ يحصل مقابل التأخير بنسبة 01% من قيمة الأعمال أو الختامي، أو من قيمة الجزء المتأخر بحسب الأحوال.
- ب- تزداد نسبة تحصيل مقابل التأخير من قيمة الأعمال أو الختامي، أو من قيمة الجزء المتأخر، بحسب الأحوال، بنسبة مدة التأخير ذاتها وإلى أن تصل إلى 01% من المدة الكلية للتنفيذ.
- ج- إذا تجاوزت مدة التأخير نسبة 10% من المدة الكلية للتنفيذ يحصل مقابل التأخير بنسبة 15% من قيمة الأعمال أو الختامي، أو من قيمة الجزء المتأخر بحسب الأحوال.

2- في باقي العقود:

- أ- إذا لم تتجاوز مدة التأخير نسبة 03% من المدة الكلية لتنفيذ محل العقد يحصل مقابل تأخير بنسبة 01% من قيمة العقد، أو من قيمة الجزء المتأخر بحسب الأحوال.
- ب- إذا لم تتجاوز مدة التأخير نسبة 06% من المدة الكلية لتنفيذ محل العقد يحصل مقابل تأخير بنسبة 02% من قيمة العقد، أو من قيمة الجزء المتأخر بحسب الأحوال.
- ج- إذا لم تتجاوز مدة التأخير نسبة 10% من المدة الكلية لتنفيذ محل العقد يحصل مقابل تأخير بنسبة 03% من قيمة العقد، أو من قيمة الجزء المتأخر بحسب الأحوال.

1- Art 20.1 de l'arrêté du 08 septembre 2009 portant approbation du C.C.A.G. Français applicables aux marchés publics de travaux.

2- Art 14.1.1 de l'arrêté du 19 janvier 2009 portant approbation du C.C.A.G. Français applicables aux marchés publics de fournitures courantes et de services.

3- الفقرة الثانية من المادة 48 من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم 182 لسنة 2018.

د- إذا تجاوزت مدة التأخير نسبة 10% من المدة الكلية لتنفيذ محل العقد يحصل مقابل تأخير بنسبة 05% من قيمة العقد، أو من قيمة الجزء المتأخر بحسب الأحوال¹.

ثالثا: مصادرة التأمين

يعرف الفقه هذا الجزاء بأنه استيلاء المصلحة المتعاقدة على المبالغ المالية التي أودعها المتعامل المتعاقد لديها ليضمن لها إما جدية العرض الذي تقدم به لنيل الصفقة العمومية²، وهو ما يصطلح عليه بالتأمين الابتدائي أو المؤقت، أو ملاءته لمواجهة مسؤوليته في حالة إخلاله بالتزاماته العقدية، وهو ما يصطلح عليه بالتأمين النهائي³.

فبالنسبة للنوع الأول وهو ما اصطلح عليه المشرع اللائحي الجزائري بكفالة التعهد، فإنه عبارة عن نسبة من قيمة العرض المالي الذي يتقدم به المترشح للإشتراك في الصفقة العمومية. وقد حددت الفقرة الأولى من المادة 125 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام مبلغ كفالة التعهد بنسبة لا تقل عن 01% من قيمة العرض المالي المتقدم به⁴.

وتتمثل القيمة القانونية لكفالة التعهد في الزام المتعهد الذي منحت له الصفقة العمومية بإتمام عملية التعاقد مع المصلحة المتعاقدة، بحيث تقوم هذه الأخيرة بمصادرة مبلغ الكفالة في حالة عدوله عن ذلك⁵. وإضافة إلى ذلك فإن أي عرض يتقدم به المتعهد لا يتضمن كفالة التعهد يتم رفضه مباشرة من طرف المصلحة المتعاقدة، وهذا في حدود الأسقف المالية المقررة في مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري رقم 15-247⁶. وفي هذا الصدد قرر المشرع اللائحي الجزائري بأن كفالة التعهد لا تكون وجوبية بالنسبة لجميع الصفقات العمومية، وإنما فقط بالنسبة للصفقات العمومية للأشغال التي يفوق مبلغ التقدير الإداري لها مليار دينار جزائري (1.000.000.000 د.ج)، والصفقات العمومية للوازم التي يفوق مبلغ التقدير الإداري لها ثلاثمائة مليون دينار جزائري (300.000.000 د.ج)⁷.

1- أنظر المادة 98 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم 182 لسنة 2018.

2- ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1996، ص.592.

3- جلول بن سديرة، المرجع السابق، ص.75.

4- تدفع كفالة التعهد من قبل جميع المتعهدين المقبلين على الترشيح لنيل الصفقة العمومية، كما يتم استرجاعها قبل التوقيع على الصفقة العمومية من طرف المتعاقد الذي فاز بها، ما يعني أن كفالة التعهد تتعلق بمرحلة ما قبل تنفيذ الصفقة العمومية (مرحلة الإبرام).

5- عبد الحفيظ مانع، طرق إبرام الصفقات العمومية وكيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق -جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان- (الجزائر)، 2008، ص.81.

6- المطة الثامنة من المادة 62 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

7- أنظر إلى الفقرة الأولى من المادة 125 والفقرتين الأولى والثانية من المادة 184 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

ويتم إصدار كفالة تعهد المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري من طرف بنك خاضع للقانون الجزائري أو من طرف صندوق ضمان الصفقات العمومية، أما المؤسسات الأجنبية فتستصدر كفالة تعهد من طرف بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها ضمان مقابل صادر من بنك أجنبي من الدرجة الأولى¹.

ويتم رد مبلغ كفالة التعهد للمتشحين اللذين لم تقبل عروضهم واللذين لم يقدموا أي طعن ضد إعلان المنح المؤقت للصفقة العمومية بعد يوم واحد من تاريخ انقضاء أجل الطعن². أما بالنسبة للمتشحين اللذين قدموا طعوناً فإنه يتم رد مبلغ كفالة التعهد لهم عند تبليغهم بقرار رفض الطعن من طرف لجنة الصفقات العمومية المختصة³. بينما يرد مبلغ كفالة التعهد للمتشرح الذي تم اختياره بمجرد إيداعه لمبلغ كفالة حسن التنفيذ⁴.

أما كفالة حسن التنفيذ (التأمين النهائي) فهي عبارة عن مبلغ مالي يتم إيداعه من طرف المتعامل المتعاقد الذي تم اختياره، وذلك خلال أجل معين يبدأ احتسابه من تاريخ إخطاره بقبوله للتعاقد معه أو من تاريخ الإعلان عن المنح النهائي للصفقة العمومية⁵، وهي تستهدف ضمان حسن تنفيذ الصفقة العمومية وفق الشروط والمواصفات المحددة في دفتر الشروط⁶.

وقد حددت الفقرة الخامسة من المادة 130 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام حداً أقصى لهذا الأجل، حيث اشترطت أن لا يتجاوز تاريخ تقديم أول طلب دفع على الحساب من طرف المتعامل المتعاقد.

ويرى الفقهاء أنه في حالة عدم التزام المتعاقد بدفع مبلغ كفالة حسن التنفيذ خلال الأجل المحدد في دفتر الشروط، فإنه يكون للإدارة المتعاقدة أن تفسخ العقد الإداري وأن تتعاقد مع المتعهد الموالي له في الترتيب. وفي هذه الحالة يحق لها مصادرة مبلغ كفالة التعهد⁷. وفي ظل عدم معرفتنا لموقف القضاء الإداري الجزائري من هذه المسألة، نستأنس بما ذهب إليه القضاء الإداري الفرنسي،

1- الفقرة الثانية من المادة 125 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

2- الفقرة الرابعة من المادة 125 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

3- الفقرة الخامسة من المادة 125 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

4- الفقرة السادسة من المادة 125 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

5- بوبكر بختي، الضمانات المالية لتنفيذ الصفقات العمومية - كفالة حسن تنفيذ الصفقة العمومية نموذجاً، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة (الجزائر)، عدد خاص، 2018، ص.297.

6- Muhannad AJJOUB, op. cit., p.421.

7- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.215.

حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 16 مارس 1928 بأن عدم قيام المورد بتكملة مبلغ التأمين في المواعيد المقررة يعتبر من الحالات التي تبرر جزاء الفسخ¹.

وقد حددت الفقرة الأولى من المادة 133 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري رقم 15-247 مبلغ كفالة حسن التنفيذ بنسبة تتراوح بين 05% و 10% من مبلغ الصفقة، وذلك حسب طبيعة وأهمية موضوع الصفقة العمومية. أما الصفقات العمومية للأشغال التي لا يزيد مبلغها عن واحد مليار دينار جزائري، فتحدد كفالة حسن التنفيذ فيها بنسبة تتراوح بين 01% و 05% من مبلغ الصفقة العمومية، مع إمكانية استبدال هذه الكفالة باقتطاعات حسن التنفيذ بنسبة 05% من مبلغ كشف الأشغال²، وهو الكشف الذي يتقدم به المقاول إلى المصلحة المتعاقدة يبين فيه كمية وحجم الأشغال المنجزة مع تحديد مبالغها بالتفصيل من أجل تسديدها له، ويتم تقديم هذا الكشف بعد نهاية كل مرحلة من المراحل المنصوص عليها في دفتر الشروط. وأما بالنسبة للصفقات العمومية للتوريد التي لا يزيد مبلغها عن ثلاثمائة مليون دينار جزائري، والصفقات العمومية للخدمات التي لا يزيد مبلغها عن مائتي مليون دينار جزائري، والصفقات العمومية للدراسات التي لا يزيد مبلغها عن مائة مليون دينار جزائري، فإن مبلغ كفالة حسن التنفيذ فيها يحدد بنسبة تتراوح بين 01% و 05% من مبلغ الصفقة العمومية³.

ويجوز للمصلحة المتعاقدة أن تعفي المتعامل المتعاقد من كفالة حسن التنفيذ، بالنسبة لبعض الصفقات العمومية للدراسات والخدمات، إذا أمكنها أن تتأكد من حسن تنفيذ الخدمات موضوع هذه الصفقات قبل دفع مستحقاتها، وهذا باستثناء الصفقات العمومية للإشراف على إنجاز الأشغال⁴، وفي هذه الحالة يمكن تعويض كفالة حسن التنفيذ باقتطاعات حسن التنفيذ، وذلك بشرط أن ينص دفتر الشروط على هذا الأمر⁵.

1-C.E, Arrêt du 16 mars 1928 (Affaire Nivert).

أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص. 215.

2- أنظر الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 133 والمطلة الأولى من المادة 184 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

3- المادة 184 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

4- الفقرة الثانية من المادة 130 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري، وقد عرفت المادة الثانية من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 28 رمضان 1408 الموافق 15 ماي 1988 المتضمن كليات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك الصفقة العمومية للإشراف على إنجاز الأشغال بأنها وظيفة شاملة لمهام التصميم والدراسات والمساعدة والمتابعة والمراقبة، وإنجاز المباني مهما تكن طبيعتها ووجهتها، باستثناء المباني المخصصة للإستعمال الصناعي، ويمارسها المستشار الفني تحت مسؤوليته الكاملة وفي إطار الإلتزامات التعاقدية التي تربطه برب العمل.

5- الفقرة الأولى من المادة 132 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه بالرغم من اتحاد الهدف المنشود من كفالة حسن التنفيذ واقتطاع حسن التنفيذ والمتمثل في ضمان التنفيذ الجيد لموضوع الصفقة العمومية، إلا أن هناك اختلافا جوهريا بينهما. فكفالة حسن التنفيذ تحدد مسبقا بناء على التقدير الإداري للصفقة العمومية، ويتم إيداعها من طرف المتعامل المتعاقد عند شروعه في عملية التنفيذ، أما اقتطاع حسن التنفيذ فتقوم به المصلحة المتعاقدة عند دفعها مبلغ كشف الأعمال المنفذة، فتقوم عند كل مرحلة من مراحل التنفيذ باقتطاع نسبة معينة من هذا المبلغ قبل دفعه للمتعامل المتعاقد¹، ويتحول الرصيد المتكون من مجموع هذه الإقتطاعات إلى اقتطاع ضمان عند الإستلام المؤقت للصفقة العمومية².

وعلاوة على ما ذكرناه يمكن للمصلحة المتعاقدة إعفاء المتعامل المتعاقد معها من كفالة حسن التنفيذ إذا لم يتعد أجل تنفيذه لموضوع الصفقة العمومية ثلاثة أشهر³. كما يمكنها أيضا إعفاءه من هذا الإلتزام إذا ما تم التعاقد معه وفق أسلوب التراضي البسيط. ويمتد الإعفاء ليشمل كافة المؤسسات العمومية المتدخلة في عملية التنفيذ⁴. وكذا الحرفيين الفنيين والمؤسسات المصغرة الخاضعة للقانون الجزائري عندما يكلفون بإنجاز عمليات عمومية لترميم الممتلكات الثقافية⁵.

وعند الإنتهاء من تنفيذ موضوع الصفقة العمومية وتسليمه للمصلحة المتعاقدة تسليما مؤقتا، تتحول كفالة حسن التنفيذ إلى كفالة ضمان إذا تم النص على أجل للضمان⁶، كما هو الأمر بالنسبة بالنسبة لاقتطاع حسن التنفيذ، على أن يتم رد مبلغ كفالة الضمان أو اقتطاع الضمان للمتعامل المتعاقد بعد شهر واحد من تاريخ الإستلام النهائي⁷.

وتجب الإشارة هنا إلى أن جزاء مصادرة التأمين يختلف عن باقي الجزاءات المالية العقدية. فهو يختلف عن جزاء التعويض من حيث عنصر الضرر، فالمصلحة المتعاقدة لا تحتاج إلى إثبات الضرر من أجل توقيع جزاء مصادرة التأمين⁸، بينما يحتاج توقيع جزاء التعويض إلى إثبات حصول أضرار من جراء المخالفات العقدية المرتكبة من طرف المتعامل المتعاقد تفوق قيمتها مبلغ كفالة حسن التنفيذ، وهذا على اعتبار أن هذه الكفالة لا تضمن الأضرار إلا في حدود قيمتها المالية⁹.

1- الشريف شريفي، المرجع السابق، ص.212.

2- الفقرة الثانية من المادة 132 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

3- الفقرة الثالثة من المادة 130 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

4- الفقرة الرابعة من المادة 130 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

5- الفقرة الرابعة من المادة 133 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

6- المادة 131 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

7- المادة 134 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

8- عماد مجدي عبد الملك، المرجع السابق، ص.82.

9- بوبكر بختي، المرجع السابق، ص.304.

فكفالة حسن التنفيذ تعتبر بمثابة الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للمصلحة المتعاقدة الحصول عليه كجزاء عن إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته العقدية، وهذا دون أن يكون للمتعاقد الحق بالاحتجاج بأن قيمة الكفالة تزيد على قيمة الأضرار الحاصلة¹. ولذا تم تكييف جزاء مصادرة الكفالة الكفالة على أنه شرط جزائي منصوص عليه في مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري رقم 15-247، وذلك في حال إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته العقدية أثناء عملية التنفيذ، وهذا ما يعني بأنه تعويض قانوني².

وفي هذا الإطار يرى أغلبية الفقه بجواز الجمع بين جزاء مصادرة كفالة التأمين النهائي (كفالة حسن التنفيذ) وجزاء التعويض، وذلك حتى تتمكن المصلحة المتعاقدة من استيفاء كامل قيمة الأضرار التي تسببت بها المخالفات العقدية التي ارتكبتها المتعامل المتعاقد، إلا إذا نصت بنود الصفقة العمومية على خلاف ذلك، وهذا على أساس أن التأمين النهائي لا يضمن سوى الحد الأدنى للتعويض المستحق للمصلحة المتعاقدة³.

وبالرغم من اعتبار جزاء مصادرة كفالة حسن التنفيذ بمثابة تعويض قانوني، إلا أنه يخضع لرقابة قاضي العقد الذي يملك صلاحية تعديله في حالة التنفيذ الجزئي للإلتزامات العقدية من طرف المتعامل المتعاقد، حيث بإمكانه إدخال ما تم إنجازه في تقدير قيمة الكفالة المستحقة فعليا للمصلحة المتعاقدة، بحيث تكون مصادرتها جزئية وليست كلية⁴.

كما يمكن لقاضي العقد وفقا لبعض الفقه إلزام المصلحة المتعاقدة بدفع الفوائد التأخيرية للمتعاقد معها، في حال قيامها بتجميد مبالغ الكفالات في رصيدها وعدم تسليمها له في الوقت المحدد بدون مبرر قانوني⁵.

ويعتبر قرار المصلحة المتعاقدة بمصادرة الكفالة قرار غير منفصل عن العقد الإداري وإنما إجراء تنفيذي له، وبالتالي فإن الطعن فيه يتم عن طريق القضاء الكامل وليس عن طريق قضاء الإلغاء. ومن ناحية أخرى يختلف جزاء مصادرة كفالة التعهد أو مصادرة كفالة حسن التنفيذ عن جزاء الغرامة التأخيرية في كون الأول يهدف إلى ضمان جدية العرض المقدم من طرف المترشح، والثاني

1- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.215.

2- الشريف شريفي، المرجع السابق، ص.219.

3- الشريف شريفي، المرجع نفسه، ص.219.

4- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص.278.

5- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.228.

يهدف إلى ضمان التنفيذ الجيد لمقتضيات وبنود الصفقة العمومية، بينما يرمي جزاء الغرامة التأخيرية إلى ضمان تنفيذ الإلتزامات العقدية وفق المواعيد المقررة في دفتر الشروط، فجزاء مصادرة الكفالة ينصب على موضوع العرض (كفالة التعهد) أو الصفقة العمومية (كفالة حسن التنفيذ)، أما جزاء الغرامة التأخيرية فيرد على مدة التنفيذ.

وتجدر الإشارة إلى وجوب التمييز بين مصادرة كفالة التعهد وكفالة حسن التنفيذ كجزاء مالي، والكفالات الأخرى التي نص عليها مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والمتمثلة أساسا في كفالة رد التسبيقات المالية وكفالة الضمان¹.

فكفالة رد التسبيقات هي عبارة عن ضمان مالي يقدمه المتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة حتى يثبت نيته لها في إرجاع التسبيق المالي الذي استفاد منه لتنفيذ الصفقة العمومية²، مع العلم أن التسبيق المالي هو كل مبلغ مالي يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع الصفقة العمومية، وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة³.

أما كفالة الضمان فهي تتمثل في المبلغ المالي الذي يدفعه المتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة من أجل ضمان إصلاح العيوب التي قد تظهر في الأشغال المنفذة خلال أجل شهر من تاريخ التسليم النهائي للصفقة العمومية⁴. وفي هذا الصدد قضى مجلس الدولة الجزائري في قرار صادر له بتاريخ 22 أبريل 2002 (قضية م.خ ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي ب.ك) بأن: "... المستأنف له الحق مبدئيا في استرجاع مبلغ الضمان ... إذ أنه تحصل على محضر قبول مؤقت للأشغال المنجزة وأن مدة الضمان انقضت منذ تاريخ 1992/05/18. لكن حيث أنه يتبين من فحص وثائق الملف ومن خلال النظر إلى المادة 47 من دفتر الشروط الإدارية العامة فإنه في حالة عدم إجابة المستأنف عليها خلال الفترة الممتدة بين التسليم المؤقت والتسليم النهائي يبقى المقاول مسؤولا عن الأشغال التي حققها ويجب عليه صيانتها. حيث أنه يتبين أن المشروع تعرض لتخريب جزئي بعد التسليم المؤقت. حيث أنه يتبين من مقتضيات المواد 85 إلى 87 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية أن الكفالات المنصوص عليها في المادة 84 و/أو اقتطاعات الضمان المنصوص عليها في المادة 85 تسترجع بأكملها في أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ التسليم النهائي

1- سعيد عبد الرزاق باخبيبره، المرجع السابق، ص.223.

2- المادة 110 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

3- الفقرة الأولى من المادة 109 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

4- أنظر المادة 134 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

للأشغال حيث يتبين أن المحضر النهائي للأشغال لم ينجز لأسباب التخريب، علماً أن المقاول يظل مسؤولاً إلى حين التسليم النهائي. وأنه بالتبعية يتعين القول أنه لا يجوز استرجاع المبلغ الخاص بالضمان ... ما دام أن المشكل قائم بين المتعاملين"¹.

وفي ذات السياق قضى مجلس الدولة الجزائري في قرار صادر له بتاريخ 15 جويلية 2002 (قضية "ع.ب" و "ز.س" ضد كتابة الدولة للتكوين المهني) بأنه لا يمكن استرداد مبلغ كفالة حسن التنفيذ إلا بعد رفع جميع التحفظات الواردة في محضر الاستلام المؤقت وتحرير محضر الاستلام النهائي².

الفرع الثاني: الجزاءات الضاغطة (Les sanctions coercitives)

تعرف الجزاءات الضاغطة على أنها وسائل إكراه تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة من أجل إرغام المتعامل المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته العقدية، ويتم اللجوء إليها متى صدر عن هذا الأخير مجموعة من المخالفات العقدية التي تصل إلى حد من الجسامه والخطورة تتأثر معها عملية التنفيذ بشكل سلبي جدا³.

وكأصل عام تعتبر وسائل الضغط والإكراه بمثابة جزاءات مؤقتة لا تؤدي إلى إنهاء الصفقة العمومية، وإنما تؤدي إلى إحلال متعامل متعاقد آخر محل المتعامل المتعاقد الأصلي من أجل تنفيذ ما أخل به هذا الأخير وعلى مسؤوليته⁴.

ويرجع أساس اللجوء إلى هذه الإجراءات القهرية إلى استهداف ضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراب، حيث تستهدف المصلحة المتعاقدة من ورائها ضمان استمرارية تنفيذ الصفقة العمومية، والحيلولة دون عرقلة سير المرفق العام ضمانا لتحقيق المصلحة العامة⁵.

1- قرار مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 2002/04/22، قضية (م.خ) ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي (ب.ك)، رقم 4546. أشار إليه: جمال سايس، الإجهاد الجزائري في القضاء الإداري، ج 3، ط 1، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص.1473.
2- قرار مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 2002/07/15، قضية (ع.ب) و(ز.س) ضد كتابة الدولة للتكوين المهني. أشار إليه: جمال سايس، ج 3، المرجع السابق، ص.1479.
3- زياد محمد سلامة جفال، الجزاءات الضاغطة والآثار المترتبة عليها في نظام عقود الإدارة الإماراتي – دراسة مقارنة بقانون المناقصات والمزايدات المصري -، مجلة الحقوق، جامعة الكويت (الكويت)، عدد 01، 2018، ص.186.
4- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص.69.
5- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.108.

وغالبا ما تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى النص على الجزاءات الضاغطة في دفاتر شروطها أو في بنود الصفقة العمومية، ولكن المتبع لقضاء مجلس الدولة الفرنسي يجده دائما يسلم بحق الإدارة المتعاقدة في توقيع هذه الجزاءات حتى ولو لم يتم النص عليها في العقد الإداري¹. وتتمثل الجزاءات الضاغطة في إطار تنفيذ الصفقات العمومية في سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه وتحت مسؤوليته بالنسبة للصفقات العمومية للأشغال، والشرء على حساب ومسؤولية المورد بالنسبة للصفقات العمومية للتوريد.

أولا: سحب العمل من المقاول والتنفيذ على حسابه (La mise en régie)

يعرف جزاء سحب العمل من المقاول بأنه تلك العقوبة التي توقعها المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد معها في حالة إخلاله الجسيم بتنفيذ التزاماته العقدية أو تأخره الفادح عن الوفاء بها، بحيث تحل محله في تنفيذ هذه الالتزامات²، وبمعنى آخر وضع مشروع المقاوله تحت الإدارة المباشرة لها، أو تعهد لمقاول آخر بتنفيذها على نفقته وتحت مسؤوليته، وذلك بهدف ضمان حسن سير المرفق العام موضوع الصفقة العمومية بانتظام واضطراد³.

وتجدر الإشارة في هذا الإطار إلى ضرورة التمييز بين نظام الاستغلال المباشر ووضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة، فيقصد بالنظام الأول ذلك الأسلوب الذي تتبعه الإدارة في تسيير مرفق من المرافق العامة بواسطة وسائلها المادية والبشرية وتحت مسؤوليتها، مستعملة في ذلك امتيازات السلطة العامة، أما النظام الثاني فالمقصود منه حلول الإدارة المتعاقدة محل المقاول المقصر في تنفيذ التزاماته العقدية التي أحل بها على حسابه وتحت مسؤوليته⁴.

وقد يقصد بنظام وضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة إضافة إلى معناه الأصلي، تكليف المقاول من طرف المصلحة المتعاقدة بتنفيذ بعض الأشغال الطارئة التي لم تتضمنها بنود الصفقة العمومية، وفي حالة رفضه تنفيذ هذه الأشغال فإنه يتوجب على المصلحة المتعاقدة تنفيذها على حسابها وتحت مسؤوليتها، ولا يمكنها هنا توقيع أي جزاء عليه⁵.

1- علي عبد الأمير قبيلان، المرجع السابق، ص.417.

2- عماد مجدي عبد الملك، المرجع السابق، ص.83.

3- حمد محمد حمد الشلثماني، المرجع السابق، ص.195.

4- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.109.

5- سعيد عبد الرزاق باخيرة، المرجع السابق، ص.247.

وتنص الفقرة الثالثة من المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل على هذا الجزاء بقولها: "عند انقضاء هذا الأجل، إذا لم ينفذ المقاول المقتضيات المفروضة، يجوز للمهندس الرئيس، باستثناء حالة الاستعجال بعد عرض المسألة على الوزير، أن يأمر بإجراء النظام المباشر على نفقة المقاول، ذلك النظام الذي يجوز أن يكون جزئيا".

كما نصت عليه بطريقة غير مباشرة المادة 152 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام كجزاء تبعية للفسخ الجزائي.

ويرى غالبية الفقه أن جزاء سحب العمل من المقاول يتعلق تعلقا وثيقا بالنظام العام، وذلك على أساس أنه يشكل إجراء جوهريا تضمن من خلاله المصلحة المتعاقدة استمرارية سير المرفق العام بانتظام واضطراب، ومن ثم لا يجوز بأي حال من الأحوال أن يتضمن دفتر الشروط بندا خاصا يجرم المصلحة المتعاقدة من حقها في توقيع هذا الجزاء، وإلا اعتبر باطلا لمخالفته للنظام العام¹.

ومع ذلك يجيز بعض الفقهاء الاتفاق بين المتعاقد والإدارة على عدم توقيع هذا الجزاء إلا بالنسبة لحالات الخطأ الجسيم التي يتعرض فيها المرفق العام لخطر يهدد استمرارية سيره بانتظام واضطراب، وإبقاء المخالفات العقدية البسيطة في منأى عن هذا الجزاء، على أن يرجع أمر تقدير درجة جسامته الخطأ أو المخالفة العقدية لقاضي العقد².

ويخضع هذا الجزاء لرقابة قضائية جد واسعة نظرا لخطورته وآثاره السيئة على المتعامل المتعاقد، إضافة إلى تمتع المصلحة المتعاقدة بسلطة توقيعه بإزادتها المنفردة ودون حاجة إلى اللجوء للقضاء، وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن جزاء سحب العمل من المقاول المقصر لا يعتبر قرارا إداريا وإنما هو مجرد إجراء من الإجراءات المتعلقة بتنفيذ العقد الإداري، وبالتالي فهو يخضع لرقابة القضاء الكامل أو الشامل (قضاء التعويض) ولا يخضع لقضاء الإلغاء³.

وفي هذا الإطار يراقب قاضي العقد مدى توفر شروط جزاء سحب العمل من المقاول المقصر، والتي تتمثل أساسا في ارتكاب هذا الأخير لمخالفة عقدية جسيمة من جهة، ووجوب إعداره قبل توقيع الجزاء عليه من جهة أخرى⁴.

1- عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص. 118.

2- سعيد عبد الرزاق باخبيزة، المرجع السابق، ص. 248.

3- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص. 190.

4- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص. 29.

فالنسبة لشرط جسامه الخطأ المرتكب من طرف المتعامل المتعاقد، فإن الفقه والقضاء في فرنسا يقيّد حق الإدارة بوضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة بوقوع خطأ جسيم من طرف المتعاقد معها، فإذا لم تكن المخالفة العقدية ترقى إلى درجة معينة من الجسامه أو كانت ذات أهمية ثانوية، فإنها لا تعتبر مبرراً كافياً لتوقيع هذا الجزاء، ويحق للمتعامل المتعاقد في هذه الحالة أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بإعفائه من النتائج المالية التي قد تترتب على هذا الجزاء، بالإضافة إلى حقه في طلب التعويض¹.

وقد حاول الفقه والقضاء تحديد حالات الخطأ الجسيم التي تسمح للمصلحة المتعاقدة بتوقيع جزاء سحب العمل من المقاوم المقصر وتنفيذه على حسابه وتحت مسؤوليته، وتوصل إلى الحالات التالية²:

- 1- عدم تنفيذ المقاوم لالتزاماته العقدية في الآجال المحددة في دفتر الشروط.
- 2- عدم استجابة المقاوم للأوامر المصلحية الصادرة إليه من طرف المصلحة المتعاقدة، وقد نصت على هذه الحالة الفقرتين الثالثة والخامسة من المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.
- 3- عدم تكملة المقاوم لمبلغ كفالة حسن التنفيذ في الموعد المحدد لذلك.
- 4- وقف تنفيذ الأعمال والتخلي عنها، حتى ولو برر هذا التخلي بخطأ المصلحة المتعاقدة كتأخرها في دفع الأقساط، فالمقاوم ليس له الحق في الدفع بعدم التنفيذ المعترف به في قواعد القانون الخاص، وإنما عليه الإستمرار في عملية التنفيذ واللجوء إلى قاضي العقد للمطالبة بحقوقه إزاء عدم وفاء المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها.
- 5- مخالفة المقاوم لأحكام دفتر الشروط وبنود الصفقة العمومية.
- 6- تنفيذ المقاوم لالتزاماته بصورة معيبة جدا وغير مطابقة للمواصفات التقنية المحددة في دفتر الشروط بحيث يجعلها غير صالحة للاستغلال.

1- زياد محمد سلامة جفال، المرجع السابق، ص.198.
2- عبد الحليم مجدوب، سحب العمل كجزاء إداري تفرضه الإدارة ضد المتعاقدين المخلين بالتزاماتهم التعاقدية - دراسة مقارنة -، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، عدد 21، 2018، ص.87.

7- تواجد المقاول في وضعية مالية جد حرجة لا تسمح له بالاستمرار في تنفيذ التزاماته العقدية، و هو ما نصت عليه الفقرة الثانية/أ من المادة 37 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

8- عدم إصلاح العيوب التي تمت معاينتها وتوجيه إعدار بشأنها للمقاول، وهنا لا تحتاج المصلحة المتعاقدة إلى توجيه إعدار جديد إليه قبل توقيع هذا الجزاء عليه.

9- يمكن أن يؤدي اجتماع مجموعة من المخالفات العقدية - التي لا تشكل لوحدها خطأ جسيما - إلى توقيع هذا الجزاء، على اعتبار أنها تشكل في مجموعها إهمالا جسيما من المقاول¹.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن هذه الحالات محددة على سبيل المثال لا الحصر، فقاضي العقد له كامل الحرية في تقدير جسامة الأخطاء التي تخول للمصلحة المتعاقدة توقيع جزاء سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه، وتبدوا أهمية النص على بعض الأخطاء المبررة لتوقيع هذا الجزاء في إخراجها عن نطاق الرقابة القضائية، بحيث لا تشمل سلطة قاضي العقد إلا المخالفات العقدية التي لم يتم النص عليها في دفتر الشروط².

وبالإضافة إلى اشتراط الخطأ الجسيم لتوقيع جزاء سحب العمل من المقاول المقصر وتنفيذه على حسابه وتحت مسؤوليته، يشترط إنذار هذا الأخير قبل توقيع هذا الجزاء عليه ومنحه مهلة معينة لإصلاح الأخطاء التي ارتكبها³، وهو ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، ونصت عليه كذلك المادة 149 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري. ويتفق الفقه الفرنسي على أن عدم احترام الإدارة المتعاقدة للإجراءات الشكلية التي تسبق توقيع جزاء سحب العمل من المقاول المقصر، ومن بينها توجيه إعدار للمتعاقد، يترتب عليها دائما إعفاء المتعاقد من النتائج المالية المترتبة عن توقيع هذا الجزاء مهما بلغت درجة جسامة المخالفات العقدية التي ارتكبها، وللإحتجاج بالإعدار يجب أن يتضمن البيانات التالية⁴:

1- تعيين المصلحة المتعاقدة وعنوانها.

1- سعيد عبد الرزاق باخبيبره، المرجع السابق، ص.250.

2- عبد الحليم مجدوب، سحب العمل كجزاء إداري تفرضه الإدارة ضد المتعاقدين المخلين بالتزاماتهم التعاقدية - دراسة مقارنة -، المرجع السابق، ص.89.

3- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.112.

4- أنظر المادة الثالثة من القرار المؤرخ في 23 ربيع الثاني 1432 الموافق 28 مارس 2011 الذي يحدد البيانات التي يتضمنها الإعدار وأجال نشره، ج.ر عدد 24 صادرة بتاريخ 20 أبريل 2011.

- 2- تعيين المتعامل المتعاقد وعنوانه.
 - 3- التعيين الدقيق للصفقة ومراجعتها.
 - 4- توضيح إن كان أول أو ثاني إعدار.
 - 5- موضوع الإعدار.
 - 6- الأجل الممنوح لتنفيذ موضوع الإعدار، والذي يجب أن لا يقل عن عشرة أيام طبقا لما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.
 - 7- العقوبات المنصوص عليها في حالة رفض التنفيذ.
- ويتم إرسال الإعدار عن طريق البريد الموصى عليه بعلم الوصول إلى المقاول المقصر، وذلك حتى يكون هناك إشعار بالاستلام من طرفه تحتفظ به المصلحة المتعاقدة لتثبت احترامها لهذا الإجراء، وفي حالة عدم استجابته لمضمون هذا الإعدار يكون من حق المصلحة المتعاقدة عندها توقيع جزاء سحب العمل منه وتنفيذه على نفقته وتحت مسؤوليته.
- وبالرغم من أن الإعدار يعتبر إجراء جوهريا وضروريا لحماية حقوق المقاول المقصر، إلا أنه يمكن الاتفاق مسبقا على إعفاء المصلحة المتعاقدة منه، وذلك بالنص صراحة في دفتر الشروط على هذا الإعفاء، وهنا يجب الالتزام بالتفسير الضيق لهذا النص في حالة غموضه لما يشكله من خطورة على المقاول المقصر، إضافة إلى أنه مجرد استثناء على القاعدة العامة¹.
- كما تعفى المصلحة المتعاقدة من إجراء الإعدار في حالة ثبوت عدم الجدوى منه، أو في حالة تنازل المقاول المقصر عن الصفقة العمومية أو تعاقدته من الباطن بشأها دون الموافقة المسبقة للمصلحة المتعاقدة، وقد تطرقنا لهذين الموضوعين بشكل مفصل عندما تعرضنا لحالات الإعفاء من الإعدار.
- وتترتب على جزاء سحب العمل من المقاول مجموعة من الآثار القانونية، تتمثل أولا في قيام المصلحة المتعاقدة بتنفيذ الجزء الذي أحل المقاول المقصر بتنفيذه، وهذا إما بنفسها عن طريق وسائلها المادية والبشرية، أو عن طريق اللجوء إلى التعاقد مع مقاولين آخرين، وفي كلتا الحالتين يكون التنفيذ على حساب المقاول المقصر وتحت مسؤوليته².

1- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.250.

2- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.513.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المصلحة المتعاقدة تصبح في مركز الوكيل عن المقاول المقصر، ولذا يجب عليها الالتزام ببذل العناية الكافية في إتمام عملية التنفيذ، وهذا يقتضي منها الحرص على تنفيذ ما أحل به المقاول المقصر في أجل معقول وبطريقة مناسبة، فإذا ما ثبت تقصيرها في ذلك تحلل المقاول المقصر من أداء التكاليف المالية الإضافية الناتجة عن هذا التقصير¹.

ومن الآثار القانونية التي تترتب على جزاء سحب العمل من المقاول المقصر تكليفه بتحمل المصاريف الإضافية الناتجة عن تنفيذ الأعمال التي أحل بها، فإذا ما أسفرت عملية التعاقد مع المقاول الجديد عن أعباء مالية إضافية عن تلك المنصوص عليها في الصفقة العمومية الأصلية فإن المقاول المقصر هو من يتحمل مسؤوليتها كاملة².

وفي هذا الصدد فإنه لا يمكن للمقاول المقصر المطالبة بمستحققاته المالية عن الأعمال التي نفذها إلا بعد تصفية جميع الحسابات مع المصلحة المتعاقدة، وذلك بعد دفعها لجميع المستحقات المالية للمقاول الجديد الذي تولى إتمام عملية التنفيذ، وخصم جميع المصاريف الإضافية الناتجة عن توقيع جزاء سحب العمل منه، كما لا يمكنه طلب استرداد كفالة حسن التنفيذ³.

وفي الحالة العكسية فإنه إذا ما ترتب عن إبرام الصفقة العمومية الجديدة خفض في الأعباء المالية نتيجة الأسعار المقترحة من المقاول الجديد لتنفيذ الأعمال الموكلة إليه، فإنه لا يمكن للمقاول المقصر المطالبة بأية حصة من هذا الربح الذي يعتبر في هذه الحالة حقا مكتسبا للمصلحة المتعاقدة⁴. وفي هذا الإطار تنص الفقرة السابعة من المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل على أن: " الزيادة الحاصلة في النفقات الناجمة من النظام المباشر أو من الصفقة الجديدة يجري اقتطاعها من المبالغ التي يستحقها المقاول، و بخلاف ذلك فمن ضمانه ولا يحول ذلك دون ممارسة الإجراءات التي تتخذ بحقه في حالة عدم التسديد".

غير أنه يسمح للمقاول المقصر بمتابعة عملية تنفيذ الأعمال التي أحل بها، فإذا تبين له أن التكاليف المالية الإضافية كانت نتيجة تقصير وإهمال المقاول الجديد أو المصلحة المتعاقدة، جاز له

1- سعيد عبد الرزاق باخبييرة، المرجع السابق، ص.258.

2- محمد بن سعيد بن حمد المعمرى، المرجع السابق، ص.446.

3- عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص.131.

4- الفقرة الثامنة من المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

المطالبة بتحميل هذه الأخيرة مسؤولية هذه الأعباء الإضافية بوصفها وكيلا عنه، ولا يمكنه بأي حال من الأحوال عرقلة عملية التنفيذ¹.

ويمكن للمصلحة المتعاقدة أن تسمح للمقاول الجديد باستخدام أدوات وآلات المقاول المقصر بهدف تنفيذ الأعمال التي أحل بها، وهذا بعد دعوته رسميا إلى إجراء إحصاء توصف فيه الآلات الخاصة به، مع تسليمه للآلات التي لا تحتاجها في عملية التنفيذ²، غير أنه إذا ترتب على سوء استعمالها تلف أو ضياع جاز له مطالبة المصلحة المتعاقدة بتعويضه عن ذلك التلف أو الضياع³.

وفي هذا الصدد تنص الفقرة الأولى من المادة 102 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم 182 لسنة 2018 على أن: "... الجهة الإدارية غير ملزمة بأخذ شيء من هذه المهمات إلا بالقدر الذي يلزم لإتمام الأعمال فقط شريطة أن تكون صالحة للاستعمال، أما ما يزيد على ذلك فيكلف المتعاقد بنقله من محل العمل".

وبالعودة إلى مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري لا نجد أي نص يخول المصلحة المتعاقدة الامتيازات التي تضمنتها المادة المذكورة أعلاه، ولكن هذا لا يمنع من النص على هذه السلطات في دفتر الشروط ضمنا لحقوقها، كما يمكنها أيضا الالتجاء إلى قاضي العقد للمطالبة بحجز ممتلكات المقاول المقصر الموجودة لديها وبيعها في المزاد العلني لاستيفاء حقوقها اتجاهه.

وتجدر الإشارة إلى أنه بإمكان المصلحة المتعاقدة رفع النظام المباشر عن المقاول المقصر، وذلك إذا أثبت أن قدراته المالية والفنية قد تحسنت وأصبح في إمكانه الاستمرار في عملية التنفيذ وإيصالها إلى نهايتها الحسنة⁴، وهذا الأثر مترتب على أساس أن جزاء سحب العمل من المقاول المقصر لا يؤدي كأصل عام إلى إنهاء الصفقة العمومية، بل تبقى العلاقة التعاقدية قائمة رغم حلول مقاول آخر محله في تنفيذ الأعمال التي لم يتم بإتمامها، وإن كانت المادة 152 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري قد جعلته إجراء تبعا للفسخ الجزائري للصفقة العمومية.

1- الفقرة السادسة من المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية أعلاه.

2- الفقرة الرابعة من المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

3- محمد بن سعيد بن حمد المعمري، المرجع السابق، ص.445.

4- الفقرة السادسة من المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية أعلاه.

ثانيا: الشراء على حساب ومسؤولية المورد المقصر (l'achat par défaut)

يمكن تعريف الشراء على حساب المورد المقصر أنه تطبيق من تطبيقات مبدأ التنفيذ العيني للالتزام، وهو عبارة عن جزاء يوقع من طرف المصلحة المتعاقدة في حالة تخلف المورد عن توريد الأصناف المتعاقد عليها في الآجال المحددة في دفتر الشروط، أو توريده لأصناف بمواصفات مختلفة عن تلك المنصوص عليها في الصفقة العمومية¹.

فعند إخلال المورد بأداء التزاماته العقدية تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى إتمام عملية التوريد على حسابه وتحت مسؤوليته، وذلك إما بنفسها أو أنها تلجأ إلى التعاقد مع مورد آخر، وهذا كله بهدف ضمان استمرارية سير المرفق العام بانتظام واضطراد تحقيقا للمصلحة العامة، ولذا يعتبر هذا الجزاء من النظام العام الذي لا يمكن الاتفاق على مخالفته².

ويعتبر جزاء الشراء على حساب المورد المقصر من الجزاءات الضاغطة المؤقتة التي لا تؤدي كأصل عام إلى إنهاء الصفقة العمومية، وإنما يهدف فقط إلى تنفيذ التوريدات التي أخل بها على حسابه وتحت مسؤوليته، وعليه فإن هذا الجزاء لا يطبق على باقي التوريدات التي لم يحل أجلها بعد³. ويشترط لتوقيع جزاء الشراء على حساب المورد المقصر وتحت مسؤوليته شرطين أساسيين، يتمثل الأول في وجوب أن يرتكب هذا الأخير مخالفة عقدية جسيمة تؤثر بشكل سلبي على سير المرفق العام بانتظام واضطراد، والثاني يتمثل في وجوب إعدار المورد المقصر قبل توقيع الجزاء عليه، ونذكر فيما يلي مجموعة من الأخطاء العقدية التي تبرر للمصلحة المتعاقدة توقيع هذا الجزاء:

1- الامتناع أو عدم القدرة على تنفيذ التوريدات المتفق عليها.

2- التأخر الفادح عن المواعيد المقررة لتنفيذ التوريدات المتعاقد عليها، ونشير هنا إلى أن معنى التأخر المبرر لتوقيع هذا الجزاء يختلف من صفقة عمومية إلى أخرى، فقد يعتبر التأخر اليسير في تنفيذ التوريدات خطأ عقديا جسيما بالنسبة لصفقة توريدات مواد غذائية لإقامة جامعية ما، وبالعكس من ذلك قد لا يعتبر التأخر لعدة أيام خطأ عقديا جسيما، كتوريد أجهزة إلكترونية لمخبر جامعي، لاسيما إذا كان هذا الأخير مازال في مرحلة التشييد، فالأمر يتعلق بالضرورة الملحة والعاجلة للتوريدات التي تأخر المورد في تنفيذها⁴.

1- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.263.

2- سعيد عبد الرزاق باخبييرة، المرجع السابق، ص.263.

3- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.515.

4- حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص.202.

3- تنفيذ التوريدات بصفة غير مطابقة للمواصفات المنصوص عليها في دفتر الشروط.

4- إحلال مورد آخر محله في تنفيذ كل التوريدات أو جزء منها دون الموافقة المسبقة للمصلحة المتعاقدة.

وإضافة إلى شرط جسامة الخطأ العقدي، يشترط من أجل توقيع جزاء الشراء على حساب المورد المقصر وتحت مسؤوليته أن يتم إعداره قبل ذلك، وأن يمنح مهلة معينة تسمح له بتدارك المخالفة العقدية التي ارتكبتها، ويجب أن يتضمن هذا الإعذار مجموعة المخالفات العقدية المنسوبة إليه، وأن يشير صراحة إلى أنه في حالة عدم تصحيحه لهذه الأوضاع خلال الأجل الممنوح له فإنه سيتعرض لتوقيع هذا الجزاء¹، وهو ما نصت عليه المادة 149 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

وفي هذا الإطار أكد مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر له بتاريخ 09 نوفمبر 1932 فصلا في قضية " WEIL " على ضرورة احترام الإدارة المتعاقدة لإجراء الإعذار قبل توقيع جزاء الشراء على حساب المورد المقصر وتحت مسؤوليته، وقرر في هذا الشأن إعفاء هذا الأخير من جميع الأعباء المالية الإضافية الناتجة عن هذا الجزاء في حالة عدم إعداره المسبق، حتى ولو كان مرتكبا لمخالفة عقدية تبرر توقيع هذا الجزاء².

وتترتب على جزاء الشراء على حساب ومسؤولية المورد المقصر مجموعة من الآثار القانونية، تتمثل أولها في وجوب التزام المصلحة المتعاقدة بذات الشروط والمواصفات المنصوص عليها في دفتر الشروط عند إقدامها على عملية الشراء إذا تولتها بنفسها، أو عند تعاقدها بشأنها مع مورد آخر، وللمورد الأصلي حق مراقبتها في ذلك، فإذا أخلت بهذا الالتزام كأن تشتري توريدات بمواصفات مختلفة عن تلك التي تم التعاقد وفقها فإنه لا يتحمل الفرق في الأسعار الناتج عن هذا التغيير³.

ونشير هنا إلى أن المصلحة المتعاقدة تصبح في مركز الوكيل عن المورد المقصر في حالة توقيعها لهذا الجزاء، ولذا فعليها الالتزام بما تنص عليه المادة 576 من القانون المدني الجزائري، والتي جاء في فحواها بأنه: " يجب دائما على الوكيل أن يبذل في تنفيذه للوكالة عناية الرجل العادي "، فإذا تسببت

1- سعيد عبد الرزاق باخيرة، المرجع السابق، ص.270.

أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.267.

3- رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص.84.

2- C.E, Arrêt du 09 novembre 1932 (affaire Weil).

المصلحة المتعاقدة بخطئها في زيادة الأعباء المالية فإن المورد المقصر لا يتحمل إلا الجزء الذي يرجع إلى تقصيره وإهماله.

وفي ظل غياب قرارات قضائية صادرة عن مجلس الدولة الجزائري تتعلق بالمسألة أعلاه، نستأنس بما ذهب إليه القضاء الإداري المصري، حيث قضت المحكمة الإدارية العليا في قرار صادر لها بتاريخ 21 مارس 2000 بأن: " التنفيذ على الحساب لا يخول جهة الإدارة شراء أصناف غير الأصناف المتعاقد عليها، ولكنه لا يحول دون قيام الإدارة من أن تشتري على حساب المورد المقصر ما يماثل الصنف المتعاقد عليه، وإن اختلف عنه جودة - زيادة أو نقصا - وتحاسب على فرق الجودة، ووفقا للمواصفات الفنية للأصناف المتعاقد عليها بنفس شروط المناقصة الأولى ومدتها عدا السعر الذي تحدده المناقصة الثانية لنفس الصنف"¹.

ومن بين الآثار المترتبة على جزاء الشراء على حساب ومسؤولية المورد المقصر، أن يتحمل هذا الأخير جميع الأعباء المالية الإضافية الناتجة عن عملية الشراء الجديدة، بما في ذلك الفرق في الأسعار وغرامات التأخير والمصاريف الإدارية، مع السماح له بمراقبة تنفيذ عملية الشراء هذه، فإذا ما استطاع إثبات أن الأعباء المالية الإضافية إنما نتجت عن خطأ وتقصير من جانب المصلحة المتعاقدة أو من طرف المورد الجديد، أمكنه المطالبة بإعفائه من هذه الأعباء بالقدر الذي ساهمت هذه الأخطاء في حصوله²، وقد أشارت إلى ذلك المادة 152 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري على نحو غير مباشر.

أما إذا أسفرت عملية التعاقد مع المورد الجديد عن أسعار تقل عن تلك المتفق عليها في الصفقة العمومية الأصلية، فإنه لا يحق للمورد المقصر المطالبة بالاستفادة من هذا الربح، وإضافة إلى ذلك لا يعنى في هذه الحالة من دفع الغرامات التأخيرية والمصاريف الإدارية الناتجة عن عملية إبرام الصفقة العمومية الجديدة³.

1- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 6230، س 43 ق، جلسة 2000/03/21. أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.270.

2- نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص.336.

3- حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص.201.

ومن الآثار المترتبة على جزاء الشراء على حساب ومسؤولية المورد المقصر اعتبار المصلحة المتعاقدة في مركز الوكيل عنه، فعليها أن تحافظ على حقوقه بعدم مساهمتها بأخطائها في رفع حجم الأعباء المالية التي سيتحملها، وذلك بأن تبذل العناية ذاتها التي تبذلها في أعمالها الخاصة¹.

كما يترتب على جزاء الشراء على حساب ومسؤولية المورد المقصر حرمانه من المشاركة في تنفيذ التوريدات التي أحل بها، سواء بصفة مباشرة عن طريق الاشتراك في عملية التعاقد الجديدة، أو بصفة غير مباشرة عن طريق التعاقد من الباطن مع المورد الجديد، وفي هذا الإطار تنص الفقرة الثالثة من المادة 36 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للتوريدات في فرنسا على أن يقدم المورد المقصر للمورد الجديد جميع المعلومات والوسائل الضرورية اللازمة لتنفيذ التوريدات التي أحل بها².

وبعد تطرقنا للشروط التي يجب توفرها لتوقيع الجزاءات الضاغطة - سواء تمثلت في جزاء سحب العمل من المقاول المقصر أو جزاء الشراء على حساب و مسؤولية المورد المقصر - والآثار القانونية المترتبة عنها، نتعرض لمدى خضوعها للرقابة القضائية وما هي السلطات التي يتمتع بها القاضي في مواجهة تعسف المصلحة المتعاقدة في توقيع مثل هذه الجزاءات.

وفي هذا الصدد قد توصلنا في موضوع سابق إلى أن جميع الجزاءات الإدارية العقدية التي يمكن للمصلحة المتعاقدة أن توقعها على المتعامل المتعاقد تخضع لرقابة القضاء الإداري، بما فيها الجزاءات الضاغطة، وتخضع لرقابة القضاء الكامل أو الشامل (قضاء التعويض) ولا تخضع بتاتا لرقابة الإلغاء، وذلك على أساس أنها لا تعتبر قرارات إدارية منفصلة، وإنما هي مجرد إجراءات تنفيذية لمضمون العقد الإداري.

وبالتالي فإن قاضي العقد له كامل الصلاحية في ممارسة الرقابة على توقيع الجزاءات الضاغطة، فله أن يتأكد من مدى احترام المصلحة المتعاقدة لإجراء الإعذار إلا إذا تم إعفائها منه لسبب من الأسباب التي تطرقنا إليها سابقا، كما له أن يتحقق من ارتكاب المتعامل المتعاقد لمخالفة عقدية تبرر

1- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة -، المرجع السابق، ص. 518.

2- « *Le titulaire du marché résilié n'est pas admis à prendre part, ni directement ni indirectement, à l'exécution des prestations effectuées à ses frais et risques. Il doit cependant fournir toutes informations recueillies et moyens mis en œuvre dans le cadre de l'exécution du marché initial et qui seraient nécessaires à l'exécution de ce marché par le tiers désigné par le pouvoir adjudicateur* ». Art 36.3 du l'arrêté français du 19 janvier 2009 portant approbation du C.C.A.G. Français applicables aux marchés publics de fournitures courantes et de services.

توقيع مثل هذه الجزاءات، فإذا تبث له عدم توفر هذين الشرطين الأساسيين أمكنه إعفاء المتعامل المتعاقد من الأعباء المالية الإضافية الناتجة عن توقيع هذه الجزاءات، ولا يمكن لقاضي العقد إلغاء هذه الجزاءات مطلقاً مهما كانت العيوب التي تحوم حول قرار توقيعها¹.

وإضافة إلى ما سبق فإنه بإمكان قاضي العقد تعويض المتعامل المتعاقد عن جميع الأضرار التي لحقت من جراء توقيع هذه الجزاءات في حالة عدم مشروعيتها، كما تتوسع سلطته الرقابية لتشمل التحقيق في ظروف تنفيذ هذه الجزاءات حتى في حالة مشروعيتها، فإذا تبين له أن المصلحة المتعاقدة أو المتعامل المتعاقد الجديد هو الذي تسبب بتقصيره وإهماله في رفع التكاليف المالية أثناء تنفيذه للالتزامات العقدية الموكلة إليه، أمكنه إعفاء المتعامل المتعاقد المقصر من هذه الأعباء.

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أنه يحق للمصلحة المتعاقدة أن تجمع بين وسائل الضغط التي تهدف إلى إرغام المتعامل المتعاقد على الوفاء بالتزاماته العقدية مع باقي الجزاءات الإدارية العقدية الأخرى التي تتنافى مع طبيعتها القانونية، فبإمكانها الجمع بين وسائل الضغط مثلاً والغرامات المالية أو مصادرة التأمين النهائي، لأن كلا من هذين الجزائين لا يؤديان بطبيعتهما إلى إنهاء العلاقة التعاقدية، بخلاف ذلك فإنه لا يمكن الجمع بين وسائل الضغط وجزاء الفسخ لأنهما متناقضان في الغاية والنتيجة، حيث أن وسائل الضغط لا تؤدي إلى إنهاء الصفقة العمومية بخلاف جزاء الفسخ².

الفرع الثالث: الجزاءات الفاسخة

يمكننا تعريف الفسخ كجزاء إداري في الصفقات العمومية بأنه استبعاد المتعامل المتعاقد من عملية التنفيذ بصفة نهائية، وذلك في حالة إخلاله الجسيم أو خطئه المتكرر بتنفيذ التزاماته العقدية، مما يفقد المصلحة المتعاقدة أملها في حسن تنفيذه لموضوع الصفقة العمومية³، ويعتبر الفسخ الجزائي أقصى أنواع الجزاءات الإدارية العقدية الذي توقعه المصلحة المتعاقدة بإرادتها المنفردة بناءً على سلطتها التقديرية⁴.

وتتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطة توقيع جزاء الفسخ بموجب قرار انفرادي دون حاجة إلى اللجوء للقضاء الإداري من أجل تسليطه على المتعامل المتعاقد، كما لها أن توقعه حتى في ظل غياب

1- أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص.365.

2- حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص.204.

3- Claudine CHARDIGNY, op. cit., p.207.

4- يونس إسماعيل حسن كه ردي، أحكام الفسخ في العقود الإدارية - دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، ط 1، مصر، 2015، ص.23.

النص عليه في دفتر الشروط أو في بنود الصفقة العمومية، وذلك على أساس أن هذه السلطة مخولة للمصلحة المتعاقدة بقوة القانون ضمانا لاستمرارية سير المرفق العام بانتظام واضطراد تحقيقا للمصلحة العامة، ومن ثم فإن هذه السلطة تعتبر من النظام العام التي لا يجوز التنازل عنها أو الاتفاق على استبعادها في دفتر الشروط¹.

ويختلف جزاء الفسخ عن الفسخ لدواعي المصلحة العامة في أن الأول يعتبر كعقوبة توقع على المتعامل المتعاقد عند ارتكابه لمخالفة عقدية جسيمة، أما الثاني فتقرره المصلحة المتعاقدة بغض النظر عن الأخطاء العقدية الصادرة عن المتعامل المتعاقد، وذلك متى ارتأت بأن مقتضيات المصلحة العامة تستدعي فسخ الصفقة العمومية، وفي هذه الحالة يكون من حق المتعامل المتعاقد المطالبة بالتعويض عن جميع الأضرار التي لحقت من جراء هذا الفسخ، على خلاف الأمر بالنسبة للفسخ الجزائي الذي يتحمل فيه كامل الأعباء المالية الناتجة عنه إضافة إلى مصادرة التأمين وتعويض المصلحة المتعاقدة إذا كان له محل².

ومن جهة أخرى فإن الفسخ الجزائي يختلف أيضا عن الفسخ القضائي والفسخ الاتفاقي، فإذا كان الفسخ الجزائي يوقع من طرف المصلحة المتعاقدة دون حاجة إلى اللجوء لاستصدار قرار قضائي بذلك، فإن الفسخ القضائي لا يكون إلا بلجوء المتعامل المتعاقد إلى القضاء للمطالبة به في حال تعنت المصلحة المتعاقدة عن الوفاء بالتزاماتها العقدية، أما الفسخ الاتفاقي فهو على خلاف النوعين السابقين، ويكون باتفاق المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد على إنهاء الرابطة العقدية بينهما بطريقة ودية.

وفي هذا الصدد تنص الفقرة الثانية من المادة 149 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري على جزاء فسخ الصفقة العمومية بقولها: " وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة".

1- زينة مقداد، سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد الثاني، عدد 4، 2018، ص.423.
2- سعيد عبد الرزاق باخيرة، المرجع السابق، ص.286.

ويختلف الفسخ الجزائي عن الجزاءات الضاغطة في كونه يؤدي إلى إنهاء العلاقة التعاقدية بين المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة، وهذا على خلاف الجزاءات الضاغطة التي تعتبر كأصل عام مؤقتة ولا تؤدي إلى إنهاء الصفقة العمومية¹.

ويمكن التمييز بين نوعين من الفسخ الجزائي، النوع الأول يتمثل في الفسخ المجرد أو البسيط " La résiliation aux torts pure et simple "، وهو الفسخ الذي تكتفي فيه المصلحة المتعاقدة بإنهاء العلاقة العقدية بينها وبين المتعامل المتعاقد دون أن تحمله التبعات المالية التي قد تنتج عن إبرام الصفقة العمومية الجديدة، ولا يحق للمتعاقد في هذه الحالة طلب الحصول على التعويض²، ولكن هذا لا يعني منع المصلحة المتعاقدة من توقيع غرامة التأخير أو إلزامه بدفع تعويضات عن الأضرار التي لحقتها من جراء فسخ الصفقة العمومية معه، إضافة إلى حقها في مصادرة كفالة حسن التنفيذ³.

كما يترتب عن الفسخ البسيط أو المجرد إعداد كشف بجميع الأشغال أو التوريدات التي أنجزها فعليا المتعامل المتعاقد وفق المواصفات الفنية والتقنية المنصوص عليها في دفتر الشروط، ومن ثم تقوم المصلحة المتعاقدة بتصفية الصفقة العمومية بعد خصم مبالغ الأعمال أو التوريدات التي لم ينجزها المتعامل المتعاقد أو تلك التي نفذها بطريقة غير مرضية ومخالفة لما هو متفق عليه⁴.

وقد عارض بعض الفقهاء الفسخ البسيط على أساس أنه يناقض المصلحة العامة التي تقتضي أن يتحمل المتعاقد المقصر جميع التكاليف المالية الإضافية الناتجة عن إبرام العقد الإداري الجديد وليس الخزينة العمومية، ذلك أن هذه التكاليف ناتجة بالأساس عن خطئه و تقصيره، ومن ثم فليس من العدل أن تتحمل الخزينة العمومية مسؤولية إهماله في عملية التنفيذ⁵.

غير أن رأيا فقهيًا آخر قال برأي وسط يتيح توقيع جزاء الفسخ البسيط عليه وحماية مصالح الخزينة العمومية، وذلك بإلزام الإدارة المتعاقدة بالنص صراحة على جزاء الفسخ على حساب ومسؤولية المتعاقد في بنود العقد الإداري في حالة ما إذا أرادت تحميله بالأعباء المالية الإضافية التي قد

1- هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص.156.

2- قرار مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 2013/11/21، رقم 77577. ورد في: مجلة مجلس الدولة الجزائري، عدد 11 لسنة 2013، ص.80.

3- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.533.

4- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.295.

5- عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص.148.

تنتج عن إبرام العقد الإداري الجديد، فإذا غاب هذا النص فسر ذلك بأن نية الإدارة المتعاقدة ذهبت إلى توقيع جزاء الفسخ البسيط أو المجرد¹.

أما النوع الثاني فيتمثل في الفسخ على حساب ومسؤولية المتعامل المتعاقد "La résiliation aux torts"، وهو يعتبر أشد وأقسى من النوع الأول، فالمصلحة المتعاقدة هنا لا تكفي بإهاء الصفقة العمومية فقط، وإنما تحمل المتعامل المتعاقد معها جميع الأعباء المالية التي قد تترتب عن إبرام الصفقة العمومية الجديدة الرامية إلى تنفيذ الالتزامات العقدية التي أحل بها، بحيث يلتزم بدفع الفروقات المالية الناتجة عن هذا الإجراء، وهذه من ميزات التنفيذ على حساب المتعاقد، فهذا النوع من الفسخ يتضمن قرارين، الأول فسخ الصفقة العمومية على حساب ومسؤولية المتعامل المتعاقد المقصر، والثاني اختيار متعامل متعاقد جديد².

وفي حالة الفسخ على مسؤولية المتعامل المتعاقد تلزم المصلحة المتعاقدة بالسماح للمتعامل المتعاقد الذي فسخت صفقته بمراقبة عملية اختيار المتعامل المتعاقد الجديد، وذلك على أساس أنه هو الذي سيتحمل التكاليف المالية الإضافية التي فاقت القيمة المالية للصفقة العمومية الأصلية، غير أنه لا يستفيد من فرق الأسعار في حالة ما إذا خلصت عملية إبرام الصفقة الجديدة إلى اختيار متعامل متعاقد بأقل من القيمة المالية للصفقة الأصلية³.

وبالرجوع إلى نص المادة 152 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، يتبين لنا أن المشرع اللاتحي الجزائري قد أخذ بكلا نوعي جزاء الفسخ، حيث تنص الفقرة الأولى من المادة المذكورة أعلاه على جزاء الفسخ على مسؤولية المتعامل المتعاقد، في حين تنص الفقرة الثانية من نفس المادة على جزاء الفسخ البسيط والمجرد.

أما بالنسبة للمنظم الفرنسي فقد أخذ بالنوعين معا، حيث خير الإدارة المتعاقدة بين توقيع جزاء الفسخ البسيط وجزاء الفسخ على حساب ومسؤولية المتعاقد معها، وذلك في حالة عدم تداركه للمخالفات العقدية التي ارتكبها بالرغم من إعذاره ومنحه مهلة معينة لذلك⁴.

1- محمد بن سعيد بن حمد المعمرى، المرجع السابق، ص. 271.

2- بن عبد المالك بوفلجة، تطبيقات الفسخ الجزائي في مجال الصفقات العمومية، مجلة الفقه والقانون، عدد 53، 2017، ص. 10.

3- أنظر: الفقرتين السابعة و الثامنة من المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

4- « c- Le titulaire, dans les conditions prévues à l'article 48, ne s'est pas acquitté de ses obligations dans les délais contractuels, après que le manquement a fait l'objet d'une constatation contradictoire et d'un avis du maître d'œuvre, et si le titulaire n'a pas été autorisé par ordre de service à reprendre l'exécution des travaux ; dans ce cas, la résiliation du marché décidée peut être soit simple, soit aux frais et risques du titulaire et, dans ce dernier cas, les dispositions des articles 48.4 à 48.7

وعلى خلاف الوضع في فرنسا فإن المشرع المصري لم يأخذ إلا بجزء الفسخ البسيط أو المجرد، حيث لم تتضمن المادتين 50 و51 من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في مصر رقم 182 لسنة 2018 المصري أية إشارة إلى أن جزء الفسخ يكون على حساب ومسؤولية المتعاقد، وإنما اكتفت بالنص على الحالات التي يكون فيها الفسخ وجوبيا والحالات التي يكون فيها الفسخ جوازيا. وعليه فإن حالات الفسخ الوجوبي وفق نص المادة 50 من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في مصر رقم 182 لسنة 2018 تتمثل أولا في استعمال الغش والتلاعب من طرف المتعاقد بنفسه أو بواسطة غيره في التعامل مع الجهة الإدارية المتعاقدة أو في حصوله على العقد الإداري، وثانيا في إفلاس المتعاقد أو إعساره، أما حالات الفسخ الجوازي فتتمثل - حسب نص المادة 51 من نفس القانون - في إخلال المتعاقد بأي شرط من شروط العقد الإداري.

ويشترط لتوقيع جزء الفسخ شرطان أساسيان، أولهما أن تكون المخالفة العقدية التي ارتكبتها المتعامل المتعاقد جسيمة، فليس كل خطأ عقدي يرتكبه هذا الأخير يبرر للمصلحة المتعاقدة توقيع جزء الفسخ، ويكون ذلك في حالة إخلاله بالتزام تعاقدى أو قانوني جوهرى في الصفقة العمومية¹. ويرجع الأمر في مسألة تقدير مدى جسامته المخالفة العقدية المرتكبة إلى المصلحة المتعاقدة تحت رقابة قاضي العقد².

ويرى جانب من الفقه الفرنسي بأن نفس الأخطاء التي تؤدي إلى توقيع الجزاءات الضاغطة تؤدي إلى توقيع الفسخ الجزائي، في حين يرى البعض الآخر منهم بأنه يشترط لتوقيع الفسخ الجزائي أن تكون هذه الأخطاء أشد جسامته من تلك التي تؤدي إلى توقيع الجزاءات الضاغطة، وذلك على أساس أن هذه الأخيرة تلجأ إليها الإدارة المتعاقدة في مرحلة سابقة على الفسخ الجزائي ولا تؤدي إلى إنهاء العلاقة التعاقدية³.

وقد نص دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تحديد البناء والأشغال العمومية والنقل على بعض حالات الفسخ الجزائي، وهي تتمثل فيما يلي:

s'appliquent ». Art 46.3.1 du l'arrêté français du 08 septembre 2009 portant approbation du C.C.A.G. Français applicables aux marchés publics de travaux.

1- سورية ديش، الجزاءات الإدارية غير المالية في قانون الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، عدد 2، 2016، ص.229.

2- السلال سعيد جمعة الهويدي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة - دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة في الإمارات العربية المتحدة والدول الأجنبية -، رسالة ماجستير (الإمارات العربية المتحدة)، 1994، ص.142.

3- سعيد عبد الرزاق باخبيره، المرجع السابق، ص.329.

1- حالة عدم قبول المصلحة المتعاقدة للممثل المقترح من طرف الشركة، أو لم تقم هذه الأخيرة بتعيين ممثل لها في أجل 15 يوما، أو تبين بعد إبرام الصفقة أن الشركة لم تعد قائمة أو وضعها الأساسي لم يعد قانونيا¹.

2- التعاقد من الباطن أو المشاركة على الصفقة مع شركة أو جماعة بدون إذن مسبق من المصلحة المتعاقدة، وفي هذه الحالة يوقع إجراء الفسخ دون إنذار المتعامل المتعاقد².

3- إذا لم يتقيد المتعامل المتعاقد بشروط الصفقة العمومية أو بأوامر المصلحة التي يتلقاها من مهندس الدائرة أو المهندس المعماري³.

4- حالة الوفاة أو الإفلاس أو التسوية القضائية، وتنص المادة 37 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل على هذه الحالة بقولها: "1- الوفاة: يفسخ العقد بحكم القانون وبدون تعويض في حالة وفاة المقاول، باستثناء الحالة التي تقبل فيها الإدارة العروض التي قد يتقدم بها إليها ورثته لتكميل الأشغال.

2- الإفلاس أو التسوية القضائية: أ- يفسخ العقد كذلك بحكم القانون وبدون تعويض، في حالة إفلاس المقاول، وباستثناء الحالة التي تقبل بها الإدارة العروض التي يمكن أن يتقدم بها وكيل دائني التفليسة لمتابعة المقاول وذلك في الحالة التي تسمح له فيها المحكمة بمتابعة استغلال المشغل".

5- حالة وقوع التدليس والمخالفات المتكررة لشروط الشغل أو التقصير الخطير⁴.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن هذه المخالفات إنما وردت على سبيل المثال لا على سبيل الحصر وتخص فقط عقود الأشغال العامة، فبإمكان المصلحة المتعاقدة أن توقع جزاء الفسخ حتى بالنسبة للأخطاء العقدية التي لم يتم النص عليها في دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، فالإدارة تتمتع بحق أصيل في تقدير المخالفات العقدية التي تبرر توقيع جزاء الفسخ⁵.

كما يجدر التنبيه في هذا الإطار أيضا إلى أن رقابة قاضي العقد بالنسبة لهذه المخالفات هي رقابة ضيقة ومحدودة، حيث يكفي بالتحقق من وقوع هذه المخالفات من عدمه، دون أن تكون له

1- الفقرة الثانية من المادة التاسعة من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

2- الفقرة الثالثة من المادة الحادي عشر من دفتر الشروط الإدارية أعلاه.

3- الفقرتين الأولى و الخامسة من المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية أعلاه.

4- الفقرة الأخيرة من المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية أعلاه.

5- فتيحة حابي، فسخ صفقات إنجاز الأشغال العمومية، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية والإقتصادية، عدد 9، 2015، ص.101.

السلطة في مراقبة مدى تناسب جسامه هذه المخالفة مع جزاء الفسخ، ونفس الأمر بالنسبة للأخطاء العقدية التي يتم إدراجها في بنود الصفقة العمومية أو دفتر الشروط¹.

وعلى العكس من ذلك يتمتع قاضي العقد بسلطة رقابية واسعة بالنسبة للمخالفات العقدية التي لم يتم النص عليها، حيث يمكنه إضافة إلى التأكد من حصولها أن يراقب مدى تناسبها مع جزاء الفسخ، فإذا قدر أن هذا الجزاء مبالغ فيه مقارنة مع حجم المخالفة المرتكبة فإنه يقضي بالتعويض لمصلحة المتعامل المتعاقد دون أن يكون في مقدوره إلغاء هذا الجزاء².

أما الشرط الثاني فيتمثل في إلزامية إعدار المتعامل المتعاقد من طرف المصلحة المتعاقدة قبل توقيع جزاء الفسخ عليه، كما هو الأمر عليه تماما بالنسبة للجزاءات الضاغطة، وهذا نظرا للآثار الخطيرة المترتبة عن توقيع هذه الجزاء³، و هو ما أكد عليه المشرع اللائحي الجزائري في المادة 149 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

وفي ظل غياب قرارات قضائية صادرة عن مجلس الدولة الجزائري تقرر مبدأ إلزامية الإعدار قبل توقيع جزاء الفسخ على المتعامل المتعاقد، نستأنس بما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي الذي قضى في قرار صادر له بتاريخ 06 ماي 1988 فصلا في قضية " Mobileau " بأن الإدارة المتعاقدة ملزمة بإعدار المقاول قبل توقيع جزاء الفسخ عليه سواء نص العقد على ذلك أم لم ينص، وأنها إذا خالفت هذا الإجراء اعتبر قرارها بالفسخ الجزائري معييا ومخالفا للقانون، وكنتيجة لذلك يعفى المقاول من جميع الأعباء المالية الإضافية المترتبة عن هذا القرار⁴.

وهو نفس الإتجاه الذي أخذ به المشرع اللائحي الفرنسي حيث نص في دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال على إلزامية الإعدار قبل توقيع جزاء الفسخ ودعوة المقاول إلى تقديم ملاحظاته ودفعاته، وهذا باستثناء حالة الوفاة أو عدم قدرته على الوفاء بالتزاماته العقدية، أو في حالة قيامه بأعمال احتيالية أثناء عملية التنفيذ، أو كان محل إدانة بسبب مخالفات قام بها ضد التشريع المعمول به في المجال الصناعي أو التجاري، أو قدم وثائق ومعلومات كاذبة في سبيل الحصول على الصفقة العمومية⁵.

1- سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص.341.

2- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.120.

3- بن عبد المالك بوفلجة، تطبيقات الفسخ الجزائري في مجال الصفقات العمومية، مجلة الفقه والقانون، المرجع السابق، ص.12.

4- C.E, Arrêt du 06 mai 1988 (affaire Mobileau).

أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.286.

5- « Sauf dans les cas prévus aux g, i, k et l du 46.3.1 ci-dessus, une mise en demeure, assortie d'un délai d'exécution, doit avoir été préalablement notifiée au titulaire et être restée infructueuse.

Dans le cadre de la mise en demeure, le représentant du pouvoir adjudicateur informe le titulaire de=

أما في مصر فيلاحظ بأن قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري الحالي رقم 182 لسنة 2018 ولائحته التنفيذية لم ينص على الإلتزام بإجراء الإعدار قبل توقيع جزاء الفسخ على المتعاقد، وهذا على خلاف المادة 84 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 الملغى، والتي ألزمت صراحة الإدارة المتعاقدة بضرورة إعدار المقاول ومنحه مهلة 15 يوماً قبل توقيع جزاء الفسخ عليه بالنسبة لعقد الأشغال العامة.

وذهبت طائفة من الفقه المصري إلى ضرورة إعدار المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ عليه كمبدأ قانوني عام، وذلك استناداً إلى القواعد التي تحكم عملية تنفيذ العقود في مجال القانون الخاص، والتي تقضي بالإلزامية إعدار المتعاقد المتخلف عن الوفاء بالتزاماته قبل تقديم طلب الفسخ من طرف المتعاقد المتضرر¹.

ويجب أن يتضمن الإعدار جميع البيانات التي يتطلبها القانون أو التنظيم الساري المفعول، ومن بينها تحديد المخالفة المرتكبة من طرف المتعاقد؛ والأجل الممنوح له لتداركها؛ والعقوبات المحتملة توقيعها عليه في حالة رفضه إصلاح ما ارتكبه². كما يجب توجيه الإعدار وفق الإجراءات المنصوص عليها، وهنا نشير إلى أن المشرع اللائحي الجزائري اشترط توجيه إعدارين قانونيين قبل توقيع جزاء الفسخ، وأن يتم تبليغ الإعدار برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام³. وأن ينشر في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني، وأن يجرى باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل، وأن يرسل طلب النشر في نفس الوقت الذي تم فيه تبليغ المتعاقد بالإعدار، على أن لا يسري مفعوله إلا من تاريخ النشر الأول في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومية أو في الجرائد⁴.

غير أنه وبالرغم من تقرير مبدأ إلزامية الإعدار قبل توقيع جزاء الفسخ على المتعامل المتعاقد، إلا أنه ترد على هذا المبدأ بعض الاستثناءات التي تكون المصلحة المتعاقدة معفاة بمقتضاها من احترام هذا الإلتزام، وتتمثل هذه الأخيرة في الحالات التالية:

la sanction envisagée et l'invite à présenter ses observations ». Art 46.3.2 du l'arrêté français du 08 septembre 2009 portant approbation du C.C.A.G. Français applicables aux marchés publics de travaux.

- 1- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص. 289.
- 2- أنظر المادة الثالثة من القرار المؤرخ في 23 ربيع الثاني 1432 الموافق 28 مارس 2011 الذي يحدد البيانات التي يتضمنها الإعدار وأجال نشره.
- 3- أنظر المادة الرابعة من القرار المؤرخ في 23 ربيع الثاني 1432 الموافق 28 مارس 2011 الذي يحدد البيانات التي يتضمنها الإعدار وأجال نشره.
- 4- أنظر المادة الخامسة من القرار أعلاه.

1- إذا نص القانون أو التنظيم صراحة على إعفاء المصلحة المتعاقدة من الالتزام بالإعذار قبل توقيع جزاء الفسخ.

2- إذا نص على هذا الإعفاء صراحة في بنود الصفقة العمومية أو في دفتر شروطها، وفي هذه الحالة يجب أن تكون عبارة النص واضحة وقاطعة الدلالة على الإعفاء.

3- إذا تم التنازل عن الصفقة العمومية أو التعاقد من الباطن بشأنها من دون إذن مسبق من المصلحة المتعاقدة.

4- إذا ارتكب المتعامل المتعاقد أفعال غش وتدليس أثناء تنفيذه لموضوع الصفقة العمومية.

5- إذا اقتضت ظروف الحال الاستعجال في فسخ الصفقة العمومية، فهنا لا حاجة للإعذار المسبق.

6- إذا كان جزاء الفسخ نتيجة استعمال المصلحة المتعاقدة لوسيلة من وسائل الضغط، والتي لم تسفر عن أي تقدم في عملية التنفيذ من جانب المتعامل المتعاقد، وكان قد سبق ذلك إعذار¹.

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أنه يبقى من حق المتعامل المتعاقد تقديم تظلم ضد قرار جزاء فسخ الصفقة العمومية أمام المصلحة المتعاقدة التي أصدرت هذا القرار، وهذا في خلال أجل أربعة أشهر من تاريخ تبليغه الشخصي بهذا القرار². ويجب على المصلحة المتعاقدة أن تشير إلى هذا الأجل عند تبليغها لهذا القرار، وإلا كان من حق المتعامل المتعاقد تقديم تظلمه أمامها حتى ولو انقضى هذا الأجل، بشرط أن يكون ذلك خلال مدة معقولة³.

ومن خلال ما سبق يتبين لنا أن المصلحة المتعاقدة تملك مجموعة مهمة من السلطات التي تمكنها من ضمان حسن تنفيذ الصفقة العمومية، والتي تتمثل أولاً في سلطة الرقابة والتوجيه التي تهدف إلى مراقبة المتعامل المتعاقد مدى تنفيذه لالتزاماته العقدية وفقاً لما هو مقرر في دفتر الشروط من جهة، وإلى تكليفه باتباع أساليب معينة في التنفيذ من جهة أخرى، وفي حالة ارتكابه لمخالفة عقدية - سواء بتنفيذه لالتزاماته العقدية بشكل سيء وغير مطابق لبنود الصفقة العمومية أو بتأخره في تنفيذها - فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن توقع جزاءات عقدية عليه.

غير أن عملية تنفيذ الصفقة العمومية قد تواجهها ظروف معينة لم تكن متوقعة عند إبرامها، ما يجعل الآليات التي تطرقنا إليها سابقاً غير كافية لمواجهة هذه الظروف وتفادي عرقلة عملية التنفيذ،

1- فتيحة حابي، المرجع السابق، ص.104.

2- أنظر المادة 829 من القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن ق.إ.م.إ.

3- أنظر المادة 831 من القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن ق.إ.م.إ.

ما يجعلنا نتساءل عن الآليات الكفيلة التي تمكن المصلحة المتعاقدة من تجاوز هذه الصعوبات في ظل هذه الظروف.

الفصل الثاني: الآليات المخولة للمصلحة المتعاقدة لتنفيذ الصفقات العمومية في ظل الظروف العارضة

قد تعترض المصلحة المتعاقدة بعد إبرام الصفقة العمومية وأثناء عملية تنفيذها بعض الظروف التي لم يكن في إمكانها توقعها قبل الإقدام على إبرامها، ما يجعل مهمتها في المحافظة على سير المرافق العامة بانتظام واضطراد تحقيقا للمصلحة العامة عسيرة جدا، ومن أجل دفع هذا العسر عن المصلحة المتعاقدة منحها القانون سلطة استثنائية تخولها الحق في مخالفة بنود الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة ودون موافقة الطرف الآخر.

وتتمثل هذه السلطة أساسا في إمكانية لجوء المصلحة المتعاقدة إلى تعديل شروط الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة، أو إنهاؤها قبل إتمام تنفيذ موضوعها بصفة منفردة ودون وجود أي خطأ يذكر من جانب المتعامل المتعاقد، وذلك لدواعي المصلحة العامة، وتشكل هاتين السلطتين خرقا واضحا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين المعروف في عقود القانون الخاص، والذي يقضي بعدم السماح لأحد طرفي العقد بتعديله أو فسخه بصفة انفرادية إلا بموافقة الطرف الآخر أو الالتجاء للقضاء.

ويقابل الاعتراف للمصلحة المتعاقدة بسلطة التعديل أو الإنهاء الانفرادي للصفقة العمومية، التسليم بحق المتعامل المتعاقد في اقتضاء التعويض عن الأضرار التي لحقت نتيجة ممارسة المصلحة المتعاقدة لهذه السلطات.

وفيما يلي سنتعرض في المبحث الأول لسلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل شروط الصفقة العمومية انفراديا، على أن نتطرق في المبحث الثاني لسلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء الصفقة العمومية انفراديا ودون خطأ من جانب المتعامل المتعاقد.

المبحث الأول: سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل شروط الصفقة العمومية

إن العقد الإداري مثله مثل جميع العقود ما هو إلا اتفاق بين إرادتين أو أكثر من أجل توليد مراكز قانونية فردية. فالتراضي هو العنصر الجوهرية في العقد الإداري ولا يمكن تعويضه بأي عنصر آخر، وهو المصدر المباشر لجميع الالتزامات العقدية، ومن ثم فإن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يحكم عقود القانون الخاص يشمل أيضا العقد الإداري كقاعدة عامة¹.

وقد تبنى مجلس الدولة الفرنسي مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الإدارية منذ مطلع القرن العشرين، حيث أكد على سبيل المثال في قراره الصادر بتاريخ 14 ديسمبر 1923 فصلا في

1- حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص.145.

قضية " Société des grands moulins de carbeil " بأن العقد الإداري كما العقود المدنية يقوم أساسا على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ولا يمكن لأطراف العقد أن يعدلوه أو يفسخوه إلا بإرادتهم المشتركة¹.

غير أنه وإن كان مبدأ العقد شريعة المتعاقدين يحكم أيضا العقود الإدارية، إلا أنه يجب تطبيقه بطريقة مرنة وسلسلة تتوافق مع ضرورة الوفاء باحتياجات المرفق العام والمحافظة على سيره بانتظام واضطراد، ومن ثم فإن المصلحة المتعاقدة وضمن شروط معينة تتمتع بحق تعديل بعض شروط الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة ودون حاجة إلى موافقة المتعامل المتعاقد معها، وذلك على أساس أن الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية وعدم وجود مساواة بين الإدارة المتعاقدة والمتعاقد معها، وهذا على خلفية أن الأولى تستهدف المصلحة العامة في حين أن الثاني لا يراعي إلا مصالحه الشخصية².

وقد اعترف مجلس الدولة الفرنسي لأول مرة بحق الإدارة المتعاقدة في تعديل بنود العقد الإداري بإرادتها المنفردة بمقتضى قراره الصادر بتاريخ 11 مارس 1910 فصلا في قضية " Compagnie Générale Française des tramways " والمتعلقة بعقد التزام النقل بالسكك الحديدية³، وتتلخص وقائع هذه القضية في إبرام إدارة السكك الحديدية عقد التزام مع أحد المؤسسات الخاصة لتأمين النقل العمومي بواسطة الترامواي في مدينة مرسيليا، واتخذت بعد ذلك قرارا بزيادة عدد دورات أكثر من تلك المنصوص عليها في دفتر الشروط خلال فصل الصيف لمواجهة الطلب المتزايد من الجمهور، فقامت هذه المؤسسة برفع دعوى قضائية ضد هذا القرار، وانتهى الأمر بإقرار مجلس الدولة الفرنسي بحق الإدارة في تعديل عقد الالتزام هذا بإرادتها المنفردة⁴، ثم توسع الأمر ليشمل بعد ذلك جميع العقود الإدارية بما فيها عقود الأشغال العامة وعقود التوريد⁵.

وللتطرق بشكل مفصل لسلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري سنتعرض أولا لتحديد ماهية هذه السلطة وشروط تطبيقها، على أن نتطرق فيما بعد ملحق الصفقة العمومية باعتباره الوسيلة القانونية لتعديل بنودها.

1- C.E, Arrêt du 14/12/1923 (Sté des grands moulins de carbeil). أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.316.
2- ماجد راغب الطلو، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.168.
3- مفتاح خليفة عبد الحميد؛ حمد محمد حمد الشلحاني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، المرجع السابق، ص.140.
4- C.E, Arrêt du 11/03/1910 (Compagnie Générale Française des tramways). Voir : Marceau LONG et autres, op. cit., p.113.
5- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.115.

المطلب الأول: ماهية سلطة التعديل الانفرادي لبنود الصفقة العمومية وشروطها

سنقسم هذا المطلب إلى جزئين رئيسيين، نتعرض في الجزء الأول إلى مفهوم سلطة التعديل الانفرادي لشروط الصفقة العمومية والأساس القانوني الذي تستند إليه، على أن نخصص الجزء الثاني لشرح الشروط الواجب توفرها عند ممارسة هذه السلطة وتحديد النطاق القانوني لها حتى لا تعتبر المصلحة المتعاقدة متعسفة في استعمالها.

الفرع الأول: مفهوم سلطة التعديل الانفرادي لبنود الصفقة العمومية وأساسها القانوني

لقد تعرضنا فيما سبق لسلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة والإشراف على المتعامل المتعاقد معها أثناء تنفيذها للصفقة العمومية، وبيننا بأن المقصود بالمعنى الضيق لهذه السلطة هو حق المصلحة المتعاقدة في تغيير بعض أوضاع وأساليب التنفيذ التي لم يتم النص عليها أصلا في دفتر الشروط، أما إذا كان قد تم النص على هذه الأوضاع في بنود الصفقة العمومية فإن المصلحة المتعاقدة تتحول من ممارسة سلطتها الرقابية إلى ممارسة سلطتها في التعديل الانفرادي¹.

وعليه فإن المصلحة المتعاقدة تستطيع ممارسة سلطتها في التعديل الانفرادي للصفقة العمومية في حال تعرضها لظروف معينة لم تحسب لها أي حساب عند إبرامها لها، وذلك على أساس أن عملية التنفيذ تتأثر بشكل أو بآخر بالظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية المحيطة بها، ونظرا للخطورة الكبيرة التي تحيط بممارسة هذه السلطة فإنه يجب علينا تحديد مفهومها تحديدا دقيقا لا يدع مجالاً للغموض، كما يجب علينا توضيح الأساس القانوني الذي تستند إليه².

أولاً: مفهوم سلطة التعديل الانفرادي لبنود الصفقة العمومية

سنقسم هذا الموضوع إلى ثلاثة أجزاء، نتعرض في الجزء الأول لمظاهر وصور ممارسة سلطة التعديل الانفرادي لشروط الصفقة العمومية، ثم نتطرق في الجزء الثاني لموقف الفقه والقضاء من هذه السلطة بين منكر لها و معترف بها والأسانيد التي يعتمد عليها كل فريق في بناء رأيه، وفي الأخير نتطرق إلى التمييز بين هذه السلطة ونظرية عمل الأمير.

1- محمد مقبل سالم العنذلي، المرجع السابق، ص.18.

2- Ahmed MAHIU, op. cit., p.249.

1- مظاهر ممارسة سلطة التعديل الانفرادي لبنود الصفقة العمومية:

إن الظروف التي يمكن أن تطرأ على عملية تنفيذ الصفقة العمومية متعددة ومتنوعة، فمنها ما قد يفرض على المصلحة المتعاقدة زيادة أو إنقاص في حجم الأشغال أو كمية التوريدات التي تم الاتفاق عليها مسبقاً، ومنها ما قد يجبرها على توجيه التعاقد معها إلى تغيير أسلوب التنفيذ الذي ينتهجه والمنصوص عليه في دفتر الشروط، وأخيراً هناك من الظروف ما تعرقل التعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية وفق الجداول الزمنية المتفق عليها مما يضطر المصلحة المتعاقدة إلى منحه آجالاً إضافية من أجل الوفاء بهذه الالتزامات¹.

فقد يتبين للإدارة صاحبة المشروع أثناء عملية التنفيذ أنها قد أغفلت بعض الأشغال التي تتطلبها عملية إتمام المشروع، أو قد تقرر المصلحة المتعاقدة إضافة بعض الأعمال التي تراها ضرورية لسير المرفق العام، ونفس الأمر بالنسبة للتوريدات فقد يظهر أثناء عملية التنفيذ أن تقدير الحاجات الأولى بعيد جداً عن الحاجيات الفعلية للمرفق العام².

وبالعكس تماماً قد يتضح للمصلحة المتعاقدة أنها قد أدرجت بعض الأعمال أو الأجزاء غير الضرورية للمرفق العام، أو أنها قد بالغت نوعاً ما في تقدير كمية التوريدات التي يحتاجها المرفق العام للاستمرار في سيره بانتظام واضطراد³.

ومن هنا يمكن للمصلحة المتعاقدة إجراء تعديل بصفة منفردة لبنود الصفقة العمومية في حجم الأعمال والأشغال المتفق عليها، أو في كمية التوريدات المنصوص عليها، وذلك إما بالزيادة إذا كانت هذه الأخيرة غير كافية لسد متطلبات المرفق العمومي، أو بالنقصان إذا كان مبالغاً فيها مقارنة مع الاحتياج الفعلي للمرفق العمومي موضوع الصفقة العمومية، حيث أنه غالباً ما يختلف التقدير التخميني المسبق عن الحاجيات الفعلية التي يكشف عنها الميدان والواقع العملي المعاش أثناء عملية التنفيذ⁴.

1- Ibrahim réfaat mohamed EL-BÉHÉRÉRY, Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux, thèse pour le doctorat en Droit, université de nice sophia-antipolis -institut du droit, de la paix et du développement (I.D.P.D.), France, 2004, p.461.

2- محمد حمودي؛ محمد علي، مدى فاعلية ضوابط اللجوء للملحق في تنظيم الصفقات العمومية، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، عدد 5، 2018، ص.44.

3- أنظر في ذلك الفقرة الأولى من المادة 31 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

4- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة لل عقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.437.

وإضافة إلى المظهر السابق لسلطة التعديل الانفرادي لشروط الصفقة العمومية، والمتمثل في تعديل مقدار الالتزامات العقدية للمتعاقل المتعاقد، فإن المصلحة المتعاقدة بإمكانها تعديل طرق وأساليب التنفيذ بالرغم من تحديدها و النص عليها مسبقا في دفتر الشروط، أما في حالة عدم النص عليها فإن أمر تعديلها لا يتطلب ممارسة سلطة التعديل الانفرادي، وإنما يدخل في صلب اختصاصها الرقابي والتوجيهي، كما ذكرنا سابقا بخصوص سلطة الرقابة والتوجيه¹.

فإذا قدرت المصلحة المتعاقدة أن الأسلوب المتبع في عملية التنفيذ والمنصوص عليه في دفتر الشروط قد يؤثر بشكل سلبي على سلامة الأشغال أو العمال، أو أنه لا يؤدي إلى تنفيذ موضوع الصفقة العمومية بالشكل الحسن فإن لها أن تأمر بتعديله، لا سيما إذا تم ابتكار أساليب تنفيذ جديدة أو اختراع آلات متطورة لها صلة بعملية التنفيذ، كأن تأمر المصلحة المتعاقدة بتغيير الوسائل المستعملة في التنفيذ بوسائل أخرى متطورة².

ويبدو مظهر تعديل طرق وأساليب التنفيذ بشكل أوضح في الصفقات العمومية للأشغال أكثر منه بالنسبة للصفقات العمومية للتوريدات العادية، نظرا للتعقيدات الفنية والتقنية التي تتضمنها عموما عملية تنفيذها في حين أن الصفقات العمومية للتوريدات العادية تقتصر فقط على توفير سبل تسيير المرفق العام، كما يظهر أيضا بشكل كبير في الصفقات العمومية للتوريدات الصناعية، أين تتدخل المصلحة المتعاقدة لتعديل الأساليب المتبعة في عملية التصنيع³.

أما المظهر الثالث والأخير لممارسة هذه السلطة فيتمثل في تعديل آجال التنفيذ، وذلك إذا طرأت ظروف خارجة عن إرادة كل من المصلحة المتعاقدة والمتعاقل المتعاقد جعلت من تنفيذ موضوع الصفقة العمومية ضمن الآجال المحددة في دفتر الشروط مستحيلة، أو إذا منحت المصلحة المتعاقدة مهلة إضافية للمتعاقل المتعاقد معها من أجل تدارك المخالفات العقدية التي ارتكبتها، أو إذا قررت المصلحة المتعاقدة تأجيل عملية التنفيذ إلى وقت لاحق على خلفية عدم كفاية الاعتماد المالي المخصص لتنفيذ هذه الصفقة⁴.

1- Muhannad AJJOUR, La notion de liberté contractuelle en droit administratif français, Thèse de doctorat en droit public, Université Panthéon-Assas Paris II, France, 2016, p.213.

2- Martine LAMBARDE ; Gilles DUONT, op. cit., p.252.

3- علي عبد الأمير قبيلان، المرجع السابق، ص.376.

4- سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص.167.

كما تملك المصلحة المتعاقدة تعجيل عملية التنفيذ بتقصير آجالها عن الموعد المتفق عليه، وهذا إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك كما في حالة الحرب، أو إذا ارتأت أن الظروف الاجتماعية تقتضي الاستعجال في عملية التنفيذ، كما هو الحال بالنسبة لتشييد الوحدات السكنية أو المستشفيات أو المؤسسات التعليمية¹.

2- موقف الفقه والقضاء من سلطة الإدارة في التعديل العقد الاداري:

تصنف سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الاداري على أنها أخطر وأشد السلطات في مواجهة المتعاقد معها، وغالبا ما تحرص الادارة المتعاقدة على النص عليها صراحة في دفاتر شروطها، وفي هذه الحالة لا يطرح أي إشكال بخصوصها لأن المتعاقد قد اطلع مسبقا على ورود هذه السلطة في العقد الاداري ورضي بها عند إقدامه على التعاقد².

غير أن التساؤل المطروح يتعلق بمدى تمتع الادارة المتعاقدة بسلطة التعديل الانفرادي للعقد الاداري في ظل غياب النص عليها، وهنا يلاحظ انقسام الفقه والقضاء بين معترف للإدارة بهذه السلطة حتى ولو أغفلتها بنود العقد الاداري وبين معارض لها.

ومن أبرز الفقهاء الذين أنكروا سلطة التعديل الانفرادي للعقد الاداري في فرنسا " Jean L'HUILLIER"، وقد رفض هذا الفقيه الاعتراف للإدارة المتعاقدة بحق التعديل الانفرادي للعقد الاداري³، وذلك على أساس أن هذه السلطة هي من ابتداء الفقهاء فقط ولم يؤيدها قضاء مجلس الدولة الفرنسي، بل على العكس من ذلك تماما فإن أغلب أحكامه تناقضها⁴.

وقد ناقش الفقيه " Jean L'HUILLIER " الفقهاء المؤيدين لسلطة التعديل الانفرادي بأن الحكم الرئيسي الذي اعتمدوا عليه - حكم شركة ترام مرسيليا الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 11 مارس 1910 الذي سبقت الاشارة إليه - لا يؤيد إطلاقا الاعتراف للإدارة المتعاقدة بهذه السلطة، وأنه قد فات هؤلاء أن هذا الحكم القضائي قد جاء تطبيقا لنص قانوني خاص بالحالة المعروضة على المجلس⁵، وهو نص المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي الذي يقضي بأن تنفيذ

1- محمد حمودي؛ محمد علي، المرجع السابق، ص.45.

2- مفتاح خليفة عبد الحميد؛ حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، المرجع السابق، ص.136.

3- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.159.

4- فؤاد نصر الله عوض، سلطة الإدارة (صاحبة المناقصة) في تعديل العقود الإدارية وحق المتعاقد معها في توفير الضمانات المالية له، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق - جامعة منصور - (مصر)، عدد 14، 2014، ص.392.

5- عبد الرزاق عريش، صلاحية الإدارة في التعديل الانفرادي لعقد الأشغال العامة - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا- الجامعة الأردنية (الأردن)، 1998، ص.56.

العقود لا يقتصر على ما ورد فيها، وإنما يشمل أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للعرف وقواعد العدالة والقانون حسب طبيعة الالتزام، وهذا يعني أنه في إطار العقود الإدارية أنه يجب انتهاج العرف والممارسة الإدارية في تنفيذها، وفي هذا الصدد يقضي العرف الإداري بأن الإدارة عادة ما تضمن عقودها بنودا تسمح لها بتعديلها بصفة منفردة، ومن ثم فإن هذه السلطة يجب افتراضها في حال سهو الإدارة عن النص عليها في دفاتر شروطها.

وإضافة إلى ما سبق فقد استند مجلس الدولة الفرنسي أيضا في هذا القرار - حسب " Jean L'HUILLIER" - على نص صريح في مرسوم 06 أوت 1881 الخاص بالسكك الحديدية، والذي يمنح للمديرين سلطة تحديد جدول مواعيد القطارات، إلا أنه توسع في تفسير هذا النص ليشمل أيضا سلطتهم في فرض التعديلات التي يرونها مناسبة لضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد¹. وفي مقابل ذلك استند الفقيه " Jean L'HUILLIER" إلى ثلاثة أحكام قضائية صادرة عن ذات المجلس بعد حكم الشركة العامة لترامواي مرسيليا ترفض الاعتراف للإدارة المتعاقدة بهذه السلطة، الأول في قضية " Ville de Vesinet" بتاريخ 23 ماي 1936، والثاني في قضية " Hôpital-Hospice de Chauny" بتاريخ 11 جويلية 1941، والثالث في قضية " Ville de Limoges" بتاريخ 19 جانفي 1946².

وتتمثل وقائع قضية " Hôpital-Hospice de Chauny" في أن إدارة مستشفى "Chauny" تعاقدت مع أحد المهندسين لإعداد المخططات والتصاميم لإعادة تشييد المستشفى والإشراف على عملية البناء، وبما أن هذا المهندس اضطرته ظروفه للإقامة في مدينة أخرى لجأ إلى إشراك مهندس آخر يقيم في مدينة "Chauny"، وعرض الأمر على إدارة المستشفى فوافقت مع اشتراطها تقسيم الأجر المتفق عليه في العقد بينهما فرفض المهندس هذا الشرط، ولما عرض النزاع على مجلس الدولة الفرنسي قضى بعدم أحقية الإدارة في تعديل شروط العقد بصفة منفردة، وألزمها بدفع جميع الأتعاب للمهندس الذي تعاقدت معه.

أما قضية " Ville de Vesinet" فتتمثل وقائعها في أن إدارة مدينة "Vesinet" أبرمت عقد امتياز مع شركة توزيع الغاز وتضمن في ملحقه شرطا يقضي بأن المحاسبة على سعر الغاز المورد للأفراد تتم

1- سعيد عبد الرزاق باخبيزة، المرجع السابق، ص.173.

2- C.E, Arrêt du 11/07/1941 (Hôpital-Hospice de Chauny) ; C.E, Arrêt du 23/05/1936 (Ville de Vesinet) ; أشار إليها: عبد الرزاق عريش، المرجع السابق، ص.56. C.E, Arrêt du 19/01/1946 (Ville de Limoges).

على أساس نصوص هذا الملحق ابتداء من آخر ديسمبر التالي لإبرامه، وعند حلول هذا التاريخ قررت إدارة المدينة تطبيق أسعار أقل مما هو متفق عليه، وعند عرض النزاع على مجلس الدولة الفرنسي قضى بأن عناصر التعريف المدروحة في العقد والتي تضمنها الملحق يمكن أن تحسب دون تدخل إدارة المدينة، ولها أن تتدخل في حالة اعتراض المتفاعلين على طريقة احتساب الأسعار من أجل إرغام الملتزم على احترام بنود العقد و ملحقه، ولا يحق لها مطلقاً فرض تعريف جديدة بمفردها.

وبخلاف الفقيه "Jean L'HUILLIER" الذي ينكر بشكل مطلق الاعتراف بسلطة الإدارة المتعاقدة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، فإن الفقيه "Jezz" يرى بأن الإدارة المتعاقدة لا تتمتع بهذه السلطة إلا في إطار عقود الامتياز وعقود الاشغال العامة، أما خارج هذا المجال فإنه لا يحق لها تعديل العقد الإداري إلا بموجب نص تشريعي أو عقدي¹.

وقرر الفقيه "Gaston JEZE" بأن الإدارة المتعاقدة لا تتمتع بسلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري بناءً على وجود سلطة عقدية تسمح لها بذلك، وإنما بالاستناد إلى الطبيعة الخاصة لكل من عقدي الالتزام و الاشغال العامة، فكل من هذين العقدين يتضمن شروطاً تنظيمية أو لائحية يمكن للإدارة المتعاقدة تعديلها بصفة منفردة، ومن ثم فإن هذا التعديل لا يرد على الشروط التعاقدية وإنما يمس المركز التنظيمي للملتزم أو المقاول².

ومن خلال ما سبق يلاحظ أن الفقيه "Gaston JEZE" يميز بين نوعين من الشروط في عقدي الالتزام والأشغال العمومية، شروط تنظيمية أو لائحية يمكن للإدارة المتعاقدة تعديلها انفرادياً بالاستناد إلى سلطتها في تنظيم المرفق العام، وشروط عقدية تخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين مثلها مثل الشروط التعاقدية في مجال عقود القانون الخاص لا يمكن تعديلها إلا بموافقة الطرف الآخر.

ولكن بالرغم من أدلة أصحاب الرأي السابق الذين ينكرون حق الإدارة المتعاقدة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، إلا أن غالبية الفقه في فرنسا يعترفون لها بهذه السلطة حتى في ظل غياب النص عليها تشريعياً أو تنظيمياً أو عقدياً³، ويعتبرون أن تضمين العقد لنص بخصوصها لا ينشؤها وإنما يكشف عنها وينظمها من حيث حدودها ونتائجها المالية⁴.

1- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.438.

2- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.62.

3- عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي، القدرة القانونية للإدارة في تعديل العقد الإداري، مجلة كلية الحقوق - جامعة النهرين - (العراق)، المجلد التاسع، عدد 17، 2006، ص.30.

4- فؤاد نصر الله عوض، المرجع السابق، ص.390.

ويقررون في ذات الإطار أن الاعتراف بهذه السلطة للإدارة المتعاقدة لا يعني إسقاط القوة الإلزامية للعقد في مواجهتها وبقاء هذه القوة فقط في مواجهة المتعاقد معها، وإنما يعني أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين لا ينطبق على العقود الإدارية بصفة عامة ومطلقة، وإنما سيكون محكوماً بمبدأ التوازن المالي الذي يضمن حقوق الطرف الآخر بالرغم من التغيير الحاصل في التزاماته، وهذا على خلاف ما هو عليه الأمر في عقود القانون الخاص أين تحدد حقوق والتزامات الأطراف بشكل نهائي¹.

وفي نفس هذا الاتجاه أقر مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 02 فيفري 1983 فصلاً في قضية "Union des transports publics urbains et régionaux" بسلطة الإدارة في التعديل الانفرادي لعقودها الإدارية²، وذلك إما في سبيل تنفيذ موضوعها على أحسن وجه، أو من أجل التكيف مع متطلبات المرفق العام التي تتغير بشكل مستمر، أو بهدف الاستفادة من التطور التكنولوجي الجديد، واستند المجلس في اعترافه للإدارة المتعاقدة بهذه السلطة إلى كونها نابعة من القواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية³.

أما في مصر فقد ذهب غالبية الفقهاء إلى التأكيد على سلطة الإدارة المتعاقدة في تعديل العقد الإداري بصفة انفرادية حتى ولو لم ينص العقد أو دفتر الشروط على ذلك⁴، كما أكدت المادة 96 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم 182 لسنة 2018 على هذه السلطة بقولها: "... ومع ذلك إذا استجد أثناء التنفيذ ما يوجب تعديل العقد فيتم التعديل بما لا يجاوز (25%) من كمية كل بند لعقود المقاولات، وبما لا يجاوز (15%) من كمية كل بند لباقي العقود...".

وإضافة إلى تأييد الفقه المصري لسلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري من جانب الإدارة، فقد أكد القضاء المصري على ذات المبدأ، حيث قررت المحكمة الإدارية العليا في حكم صادر لها بتاريخ 28 أبريل 1992 بأن: "العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص هو - احتياجات

1- عبد الرزاق عريش، المرجع السابق، ص.64.

2- « Cons. enfin qu'en disposant, dans l'article 14, alinéa 1, que l'autorité organisatrice peut, en cours de contrat, apporter unilatéralement des modifications à la consistance des services et à leurs modalités d'exploitation, que l'usage de cette prérogative peut entraîner une révision des clauses financières du contrat, et enfin que les modifications ainsi apportées ne doivent pas être incompatibles avec le mode de gestion choisi, les auteurs du décret attaqué se sont bornés à faire application des règles générales applicables aux contrats administratifs ». C.E, Arrêt du 02/02/1983 (Union des transports publics urbains et régionaux), n°34027, www.legifrance.gouv.fr, vu le: 13/02/2017.

3- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.326.

4- مفتاح خليفة عبد الحميد؛ حمد محمد حمد الشلحاني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، المرجع السابق، ص.142.

المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة-، ويترتب على ذلك أن للإدارة حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة"¹.

وبالرغم من شبه الإجماع هذا حول تمتع الإدارة المتعاقدة بسلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري في مصر، إلا أن هناك طائفة من الفقهاء المصريين عارضوا الاعتراف بهذه السلطة، بل وذهبوا إلى حد إنكار الطبيعة التعاقدية لمعظم العقود الإدارية واعتبارها من الأعمال التنظيمية "Actes règles" أو الشرطية "Actes conditions"²، غير أن هذا الرأي يتعارض مع النصوص التشريعية وأحكام القضاء الإداري المصرية، حيث قررت المحكمة الإدارية العليا في حكم صادر لها بتاريخ 08 أبريل 1967 بأن: "العقد الإداري ليس عملاً شرطياً يتضمن إسناد مراكز قانونية عامة إلى أشخاص بذواتهم"³.

ومن خلال استعراضنا لمختلف الآراء الفقهية والأحكام القضائية في فرنسا ومصر حول مسألة الاعتراف للإدارة المتعاقدة بسلطة التعديل الانفرادي لعقودها الإدارية حتى مع عدم النص عليها، يتضح لنا جلياً وجود إجماع يقضي بالتسليم للإدارة المتعاقدة بممارسة هذه السلطة.

ويبدو هذا الرأي منطقي وقانوني على أساس اختلاف المراكز القانونية للإدارة والمتعاقد معها، حيث نجد مركز الإدارة في مستوى أعلى من مركز المتعاقد معها كونها تستهدف المصلحة العامة، في حين أن المتعاقد معها لا يستهدف سوى مصالحه الشخصية.

وما دام أن سلطة التعديل الانفرادي تنحصر فقط في تغيير الالتزامات العقدية للمتعاقد بالزيادة أو النقصان، مع المحافظة على مبدأ التوازن المالي للعقد الإداري الذي يقضي بتعويض المتعاقد عن جميع الأضرار التي لحقت نتيجة هذا التعديل، فإنها لا تثير أي إشكال قانوني نظراً لتوافقها وانسجامها مع قواعد العدالة.

ثانياً: الأساس القانوني لسلطة التعديل الانفرادي لشروط العقد الاداري

بعد أن أقر غالبية الفقهاء بسلطة الإدارة المتعاقدة في التعديل الانفرادي للعقد الاداري، انقسموا في تحديد الأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه السلطة، فبينما ذهب بعضهم إلى تأسيسها على فكرة السلطة العامة، رأى آخرون بأن مبدأ حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد هو الذي

1- حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص.329.

2- عبد الرزاق عريش، المرجع السابق، ص.62.

3- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.329.

يصلح أن يكون أساساً قانونياً لهذه السلطة، ومن ثمّ وجب علينا عرض ومناقشة أدلة كل من الرأيين لمعرفة الراجح منها والمرجوح.

1- سلطة التعديل الانفرادي تقوم على أساس فكرة السلطة العامة:

يعتبر أصحاب هذا الرأي أن سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي لعقودها الادارية مظهر من مظاهر السلطة العامة تباشره باستعمال امتياز التنفيذ المباشر، وبالتالي فإن تمتعها بممارسة هذه السلطة لا يكون بوصفها طرفاً متعاقداً وإنما باعتبارها سلطة عامة تواجه فرداً من الافراد، ويترتب على هذا الرأي أن القرار الذي تصدره الإدارة لتعديل شروط العقد الاداري إنما هو قرار إداري منفصل عن العملية التعاقدية " Acte détachable " ¹.

وانتقد غالبية الفقهاء هذا الرأي على أساس أنه يخلط بين الوسيلة والهدف الذي تريد الإدارة تحقيقه، فالسلطة العامة ما هي إلا وسيلة في يد الإدارة تستعملها لتحقيق المصلحة العامة وتسيير المرفق العام الذي يعتبر غايتها الأساسية، فلا يمكن للإدارة أن تستند إلى فكرة السلطة العامة - التي هي مجرد وسيلة لتحقيق المصلحة العامة - لتبرير سلطتها في التعديل الانفرادي لعقودها الادارية ². كما تم انتقاد فكرة السلطة العامة كأساس لسلطة التعديل الانفرادي للعقد الاداري في كونها تسمح للإدارة بتعديل شروط العقد الاداري متى شاءت دون حاجة إلى ضرورة تبرير هذا التعديل بظروف غير متوقعة طرأت أثناء عملية التنفيذ، وهذا ما يتعارض جملة وتفصيلاً مع الهدف الذي تسعى إليه الإدارة من وراء تعديل العقد الإداري، والمتمثل في تحقيق المصلحة العامة من خلال المحافظة على حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد ³.

2- سلطة التعديل الانفرادي تقوم على أساس فكرة المرفق العام:

يرى أصحاب هذا الرأي أن سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الاداري إنما تقوم على أساس فكرة المرفق العام، ذلك أنه لا يمكن تقييد الإدارة المتعاقدة بعقود لم تعد تتجاوب مع حاجيات

1- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.67.
2- كمال العطرأوي، سلطة الإدارة في تعديل عقد الأشغال العامة أثناء مرحلة التنفيذ، مجلة العلوم القانونية والسياسية (الجزائر)، عدد 17، 2018، ص.506.
3- سعيد عبد الرزاق باخيرة، المرجع السابق، ص.180.

المرفق العام ومتطلباته، حتى أصبحت الإدارة عاجزة عن توفيرها، وهذا ما ينعكس سلبيًا على تحقيق المصلحة العامة¹.

فالمرفق العام يخضع لمبدأ القابلية للتأقلم مع جميع الظروف المستجدة، وذلك لمواكبة مستلزمات المصلحة العامة التي تتغير باستمرار مع تغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية من جهة، وللاستفادة من التطور التكنولوجي الحاصل من جهة أخرى، ووسيلة الإدارة في تحقيق هذا المبدأ هو سلطتها في التعديل الانفرادي لعقودها الادارية، ومن هذا المنطلق فإنه لا يمكن تأسيس هذه السلطة إلا على أساس متطلبات المرفق العام².

ومن ثم فإن المصلحة العامة قد تقتضي - تبعًا لتغير متطلبات وحاجات المرفق العام وحصول ظروف جديدة لم تكن موجودة عند التعاقد - تعديل في التزامات المتعاقد معها إما بالزيادة أو بالنقصان، وهذا الأساس هو الذي يفسر لنا تمتع الإدارة بهذه السلطة حتى مع عدم النص عليها ضمن شروط العقد الإداري³. فهذه السلطة نابعة من مبادئ القانون العام ومن طبيعة العقد الإداري ذاته، ويترتب على هذا اعتبار هذه السلطة من النظام العام، فلا يجوز للإدارة المتعاقدة التنازل عنها أو الاتفاق مسبقًا مع المتعاقد معها على حرمانها منها⁴.

وفي ظل غياب قرارات قضائية صادرة عن مجلس الدولة الجزائري ذات صلة بهذا الموضوع، نستأنس بأحكام القضاء الإداري المصري التي طالما رجحت هذا الأساس، حيث قضت محكمة القضاء الإداري في حكم صادر لها بتاريخ 24 مارس 1970 بأن طبيعة العقود الادارية وغايتها تفترض مسبقًا وقوع ظروف طارئة وغير متوقعة أو تغير في ظروف العقد الإداري وأساليب تنفيذه تبعًا لحاجات المرفق العام، ومن ثم فإنه يكون من حق الإدارة المتعاقدة - بوصفها المسؤولة عن تسيير هذا المرفق - تعديل شروط وبنود العقد الإداري ليتوافق مع هذه الحاجات المستجدة والملحة تحقيقًا للمصلحة العامة⁵.

1- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.443.

2- عبد الرزاق عريش، المرجع السابق، ص.83.

3- سعيد عبد الرزاق باخبييرة، المرجع السابق، ص.181.

4- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.594.

5- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.337.

الفرع الثاني: شروط ممارسة سلطة التعديل الانفرادي لبنود الصفقة العمومية

بعد أن تعرفنا على مفهوم سلطة الإدارة المتعاقدة في التعديل الانفرادي لعقودها الإدارية، يثار أمامنا إشكال جد مهم يتمثل في مدى حرية الإدارة المتعاقدة في ممارسة هذه السلطة، فهل تمارسها بشكل مطلق وبدون أية قيود؟ أم أن هناك شروط تحكم ممارسة هذه السلطة؟

إن ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطتها في التعديل الانفرادي للصفقة العمومية بشكل مطلق و بدون خضوعها لأية قيود يؤدي لا محالة إلى تعسفها في ذلك، ومن ثم كان لا بد من إخضاعها لشروط محددة تضمن لنا أن استعمال هذه السلطة لا يكون إلا في إطار الاستجابة لحاجيات المرفق العام المتغيرة باستمرار تحقيقاً للمصلحة العامة. وتتمثل هذه الشروط على التوالي في ضرورة اقتصار التعديل على شروط الصفقة العمومية المتصلة بالمرفق العام، واحترام المصلحة المتعاقدة لمبدأ المشروعية، ثم تعويض المتعاقد عن جميع الأضرار التي قد تنشأ عن ممارسة هذه السلطة، وأخيراً انحصار هذا التعديل في موضوع الصفقة العمومية.

أولاً: اقتصار التعديل على شروط الصفقة العمومية المتصلة بالمرفق العام

لقد توصلنا فيما سبق إلى أن غالبية الفقه قد أسس سلطة التعديل الانفرادي لشروط العقد الإداري على فكرة تكيف العقد مع حاجات ومتطلبات المرفق العام المتزايدة والمتغيرة باستمرار، وهذا ما يقتضي انحصار ممارسة هذه السلطة في الشروط التي تتعلق فقط بسير المرفق العام وتوفير مستلزماته بقصد إشباع حاجات الأفراد¹.

وعليه فلا يجوز للمصلحة المتعاقدة ممارسة سلطتها في التعديل الانفرادي لبنود الصفقة العمومية على الشروط والمزايا المتعلقة بالمتعامل المتعاقد معها لاسيما منها المزايا المالية²، فلا يمكن لهذه السلطة أن تشمل الأجر المحدد في دفتر الشروط الذي يتلقاه المقاول عن الأشغال المنفذة من جانبه، كما لا يحق للمصلحة المتعاقدة تعديل أسعار المواد المتفق على توريدها³.

وبناء على ما سبق يمكننا تقسيم شروط الصفقة العمومية إلى قسمين أساسيين، القسم الأول يتمثل في الشروط الخاصة بتسيير وتنظيم المرفق العام وتوفير الحاجيات والمتطلبات اللازمة لسيره على

1- علي عبد الأمير قبيلان، المرجع السابق، ص.382.

2- أيوب بن منصور الجربوع، ضوابط سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة - دراسة تحليلية في ضوء قضاء ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية، مجلة جامعة الملك سعود (المملكة العربية السعودية)، المجلد 20، عدد 1، 2008، ص.84.

3- محمد بن سعيد بن حمد المعمرى، المرجع السابق، ص.420.

أحسن وجه، ويدخل في هذا القسم على سبيل المثال طرق وأساليب التنفيذ والجدول الزمنية المحددة لعملية التنفيذ، وهذا النوع من الشروط يمكن للمصلحة المتعاقدة تعديله بصفة منفردة ودون التشاور مع المتعامل المتعاقد معها¹.

أما القسم الثاني من شروط الصفقة العمومية فيتعلق بمصالح ومزايا المتعامل المتعاقد، وهي تلك المزايا التي من أجلها أقدم على المشاركة في طلب العروض وإبرام الصفقة العمومية مع المصلحة المتعاقدة، وتعتبر هذه الشروط أجنبية عن فكرة تسيير وتنظيم المرفق العام وتوفير حاجياته، وبالتالي لا يجوز للمصلحة المتعاقدة المساس بهذا النوع من الشروط وإلا اعتبر تصرفها هذا مخالفا للقانون، مما يسمح للمتعامل المتعاقد معها طلب فسخ الصفقة العمومية².

وفي ظل غياب قرارات قضائية صادرة عن مجلس الدولة الجزائري تتعلق بتقرير مبدأ عدم جواز خضوع الشروط المتضمنة مزايا مالية للمتعاقد لسلطة التعديل الانفرادي من جانب الإدارة المتعاقدة، نستأنس بما ذهب إليه كل من القضاء الإداري الفرنسي والقضاء الإداري المصري.

وفي هذا الإطار أكد مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر له بتاريخ 09 مارس 1951 فصلا في قضية "Didonna" بأن الشروط المتعلقة بالأثمان تعتبر شروطا مستقرة لا يجوز المساس بها³. كما أكدت محكمة القضاء الإداري المصرية على ذات المبدأ، حيث جاء في قرارها الصادر بتاريخ 16 ديسمبر 1956 بأن: "... هذه السلطة ليست مطلقة، بل يرد عليها قيود منها أن تقتصر على نصوص العقد المتصلة بسير المرفق ومقتضياته..."⁴.

غير أن المشرع اللائحي الفرنسي خرج عن القاعدة السابقة، والتي تقضي بعدم المساس بالمزايا المالية للمتعاقد مع الإدارة، وقرر بأنه يجوز للإدارة المتعاقدة تعديل المقابل المالي الذي يتقاضاه المتعاقد معها عن الأشغال المتفق على تنفيذها إما بالزيادة أو بالنقصان، دون أن يكون من حقه المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت من جراء هذا التعديل، وذلك في حدود خمسة في المائة 05 % من

1- حمد محمد حمد الشلثماني، المرجع السابق، ص.157.

2- جورج فوديل؛ بيار دلفولفييه، القانون الإداري، ج 1، ترجمة منصور القاضي، ط 1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص.351.

3- أشار إليه: سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص.186. C.E, arrêt du 09/03/1951 (Affaire Didonna).

4- حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، الطعن رقم 1960، س 11ق، جلسة بتاريخ 1956/09/16. أشار إليه: مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.162.

المبلغ الإجمالي للصفقة العمومية التي يكون فيها الأجر جزافيا، وفي حدود 20% من المبلغ الإجمالي للصفقة العمومية التي يحدد فيها الأجر بناء على قائمة سعر الوحدة¹.

ثانيا: تغير الظروف التي تم إبرام الصفقة العمومية في ظلها

مادام أن سلطة التعديل الانفرادي لشروط الصفقة العمومية تقوم على أساس توفير حاجيات ومتطلبات المرفق العام لمواكبة التغيرات الطارئة والتطورات الحاصلة، فإنها تفترض بالضرورة حصول ظروف جديدة لم تكن موجودة أو حتى متوقعة عند إبرام الصفقة العمومية²، ومن ثم فإن لجوء المصلحة المتعاقدة إلى ممارسة هذه السلطة دون تغير الظروف التي أبرمت الصفقة العمومية في ظلها يعتبر تعسفا في استعمال حقها، ما يستوجب معه منح المتعاقد معها في طلب إبطال هذه التعديلات أمام قاضي العقد³.

وفي هذا الإطار تنص الفقرة السابعة من المادة 136 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري على أنه: " يمكن المصلحة المتعاقدة عندما تبرر الظروف ذلك، إبرام ملحق لصفقة تم تنفيذ موضوعها، لأداء خدمات أو اقتناء لوازم للتكفل بالنفقات الضرورية لضمان مواصلة المرفق العام الذي أنشأ من قبل، ولكن مهما يكن من أمر قبل الاستلام النهائي للصفقة، إذا قرر مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي المعني بذلك، شريطة أن لا يكون في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف التي استدعت هذا التمديد، وأن لا تكون نتيجة ممارسات مماتلة من طرفها...".

ويعتبر شرط تغير الظروف -برأي بعض الفقه- مبررا لإقرار سلطة التعديل الانفرادي وليس أساسا لها، وتبقى مقتضيات حسن سير المرفق العام وحاجياته هي الأساس القانوني الأوحدهذه السلطة، وذلك كنتيجة منطقية لمبدأ قابلية المرفق العام للتغيير والتعديل وفقا للمستجدات الحاصلة⁴.

1- « Si la diminution du montant des travaux, par rapport au montant contractuel, est supérieure à la diminution limite définie à l'alinéa suivant, le titulaire a droit à être indemnisé en fin de compte du préjudice qu'il a éventuellement subi du fait de cette diminution au-delà de la diminution limite.

La diminution limite est fixée :

- pour un marché à prix forfaitaires, à 5 % du montant contractuel ;
- pour un marché sur prix unitaires, à 20 % du montant contractuel; ... ». Art 16.1 du l'arrêté français du 08 septembre 2009 portant approbation du C.C.A.G. Français applicables aux marchés publics de travaux.

2- عبد القادر محفوظ، سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري -دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية -جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان- (الجزائر)، 2014، ص.43.

3- كمال العطر اوي، المرجع السابق، ص.510.

4- عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي، المرجع السابق، ص.36.

غير أن الإشكال المطروح بالنسبة لهذا الشرط يتمثل في مدى إمكانية المصلحة المتعاقدة في ممارسة سلطتها في التعديل الانفرادي لشروط الصفقة العمومية في ظل غياب ظروف جديدة طرأت على عملية التنفيذ بعد إبرامها¹، وتكون هذه الحالة عند سهو المصلحة المتعاقدة في تقدير بعض حاجيات المرفق العام أو خطئها في هذا التقدير عند إبرامها للصفقة، فهل يمكنها تدارك هذا السهو أو الخطأ بممارسة سلطتها في التعديل الانفرادي؟

في هذا الصدد يرى جانب من الفقه بعدم جواز ممارسة الإدارة المتعاقدة لسلطتها في التعديل الانفرادي في مثل هذه الحالة، وأنه يجب عليها أن تتحمل لوحدها مسؤولية خطئها في تقدير الحاجيات والمتطلبات الفعلية التي يحتاجها المرفق العام عند إبرامها للعقد الإداري².

في حين سلم غالبية الفقه بحق الإدارة المتعاقدة في ممارسة سلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري حتى في حالة خطئها في التقدير السليم لحاجيات المرفق العام، منتقدين في الوقت ذاته الرأي السابق كونه تجاهل الأساس الذي تقوم عليه هذه السلطة، فهذه الأخيرة قائمة على فكرة توفير الاحتياجات اللازمة لسير المرفق العام، والذي يخضع بدوره لقاعدة القابلية للتعديل والتغيير، فمن حق الإدارة المتعاقدة ممارسة سلطة التعديل الانفرادي متى تبث أن هذا التعديل سيؤدي لا محالة إلى تحسين أداء المرفق العام للخدمة العمومية المنوطة به تحقيقاً للمصلحة العامة³.

كما انتقد الفقه الرأي السابق - الداعي إلى عدم الاعتراف للإدارة المتعاقدة بحقها في التعديل الانفرادي للعقد الإداري عند خطئها في تقدير احتياجات المرفق العام - على أنه يغلب فكرة استقرار العقود التي تحمي مصالح المتعاقد الشخصية على تحقيق المصلحة العامة، والتي لا تتأتى إلا بتمكين الإدارة المتعاقدة من سلطتها في التعديل الانفرادي سواء أخطأت أو لم تخطأ في تقديراتها، إعمالاً للقواعد الضابطة لسير المرفق العام⁴.

ثالثاً: تقييد الإدارة بمبدأ المشروعية

لما كانت ممارسة سلطة التعديل الانفرادي للصفقة العمومية من جانب المصلحة المتعاقدة تصرفاً قانونياً متمثلاً في أوامر مصلحة صادرة منها وموجهة للمتعاقد معها، وجب أن تخضع

1- إبراهيم الشارف الطاهر توفقه، المرجع السابق، ص.80.

2- سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص.187.

3- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.118.

4- مفتاح خليفة عبد الحميد؛ حمد محمد التلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، المرجع السابق، ص.144.

هذه الأخيرة لمبدأ المشروعية، والذي يقتضي صدور هذه الأوامر وفق الأشكال والإجراءات المقررة لذلك، وأن تستهدف تحقيق المصلحة العامة دون أي شيء آخر، وأن تكون متطابقة مع أحكام القواعد القانونية والتنظيمية التي تتعلق بصفة مباشرة أو غير مباشرة مع موضوع الصفقات العمومية¹.
فيجب أن تكون الأوامر المصلحية المتضمنة للتعديلات التي تقرها المصلحة المتعاقدة في شكل كتابي وصادرة عن الهيئة المختصة قانوناً²، وهي تتمثل في الإدارة التي أبرمت الصفقة العمومية، كما يجب أن يبين هذا الأمر مضمون هذه التعديلات وحجمها بشكل دقيق وصریح³.
وفي ظل غياب قرارات قضائية صادرة عن مجلس الدولة الجزائري تؤكد على هذا الشرط، نستأنس بما ذهب إليه القضاء الإداري المصري، حيث قررت المحكمة الإدارية العليا في حكم صادر لها بتاريخ 22 نوفمبر 1980 أن: "حقوق المتعاقد مع الإدارة و التزاماته تتحدد طبقاً لنصوص العقد الذي يربط بينه وبين تلك الجهة، وما قد يطرأ عليه من التعديلات، وأن العقد الإداري لا ينشأ ولا يتعدل إلا بإرادة صحيحة من جهة الإدارة صادرة ممن يملك التعبير عن هذه الإرادة، إذ لا يملك إبرام العقود الإدارية ولا تعديلها إلا من نيط بهم قانوناً هذا الاختصاص، ومقتضى ذلك أنه حين يجوز لجهة الإدارة أن تعدل من شروط العقد الإداري، فلا سبيل إلى قيام هذا التعديل والاعتداد به قانوناً ما لم تلتزم عند إجرائه قواعد الاختصاص المقررة، فلا يتأتى التعديل إلا من السلطة المختصة بإجرائه، ولا ينتج ما عدا ذلك من التعليمات الصادرة من غير هذه السلطة أثراً ما في تعديل العقد وتحرير آثاره و تغيير مقتضاه"⁴.

كما قضى مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر له بتاريخ 18 جوان 1930 فصلاً في قضية " Cie P.L.M et autres " بإبطال كل تعديل يرد على العقد الإداري لا يكون متوافقاً مع القواعد والإجراءات الشكلية المقررة في هذا الخصوص، ومن قبيل ذلك التعديلات التي تخص الامتيازات المالية للمتعاقد⁵.

1- مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007، ص.66.
2- أنظر الفقرة السادسة من المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.
3- عبد القادر محفوظ، المرجع السابق، ص.48.
4- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 845، س19ق، جلسة 1980/11/22. أشار إليه: حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص.224.
5- أشار إليه: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود. (Affaire Cie P.L.M et autres) Arrêt du 18/06/1930 - C.E.

وإضافة إلى ما سبق فإن تقييد المصلحة المتعاقدة بمبدأ المشروعية عند ممارستها لسلطتها في التعديل الانفرادي يفرض عليها عدم تجاوز الحدود الاتفاقية المنصوص عليها صراحة في بنود الصفقة العمومية، حيث أنه غالباً ما تتضمن دفاتر الشروط النص صراحة على سلطة التعديل الانفرادي وكيفية ممارستها والضوابط والقيود التي تحدها¹.

وبناء عليه، فإنه إذا تم النص بشكل صريح على قيود وضوابط محددة يجب على المصلحة المتعاقدة عدم تجاوزها عند إجرائها لتعديلات معينة على دفتر الشروط، فإن هذه الأخيرة ملزمة بممارسة سلطتها في التعديل الانفرادي ضمن هذه القيود وإلا كان تصرفها غير مشروع، وهذا على أساس القوة الملزمة للعقد، غير أنه وفي المقابل لا يحق للطرف الآخر بأي حال من الأحوال فرض بند يحرم المصلحة المتعاقدة من حقها في ممارسة هذه السلطة بشكل مطلق².

وقد ثار إشكال في هذا الشأن يتعلق بمدى استقرار العقد الإداري وعدم تمتع الإدارة المتعاقدة بممارسة سلطتها في التعديل الانفرادي لشروطه، متى كان الطرف الآخر لهذا العقد متعاملاً اقتصادياً أجنبياً، ويطلق على هذا النوع من العقود تسمية العقود الإدارية الدولية.

وتطوي الصفقات العمومية الدولية على قدر كبير من الأهمية، لاسيما بالنسبة للوضع الاقتصادي الراهن في الجزائر، حيث تسعى الحكومة جاهدة لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية وجذب المتعاملين الاقتصاديين الأجانب لتنفيذ مشاريعها خاصة في ظل عجز المتعاملين الاقتصاديين المحليين عن تحقيق هذه المهمة من الناحيتين المادية والتقنية.

ولكن في مقابل هذه الامتيازات التي توفرها الصفقات العمومية الدولية، هناك تحديات وصعوبات تواجهها هذه الأخيرة في عملية إبرامها كما في عملية تنفيذها، فغالبا ما يطالب المتعامل الاقتصادي الاجنبي بثبات واستقرار شروط الصفقة العمومية وعدم تعديلها من طرف المصلحة المتعاقدة بإرادتها المنفردة³.

وفي هذا الإطار، انقسم الفقه بين مؤيد ومعارض لفكرة ثبات شروط العقد الإداري الدولي، حيث يرى جانب من الفقه أن الشروط التي تفرض استقرار العقود الإدارية الدولية هي شروط صحيحة على أساس أن العقد شريعة المتعاقدين، وبالتالي لا يجوز للدولة تعديلها بإرادتها المنفردة سواء

1- حمزة خضري، المرجع السابق، ص.336.

2- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.446.

3- حفيدة السيد الحداد، الإتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2001، ص.09.

بطريقة مباشرة من خلال تعديل بنود العقد ذاته، أو بطريقة غير مباشرة عن طريق تعديل النصوص القانونية التي لها علاقة بالعقد الإداري الدولي¹.

غير أن هناك طائفة أخرى من الفقه تعارض فكرة ثبات شروط العقد الإداري الدولي وعدم تمتع الإدارة المتعاقدة بسلطة التعديل الانفرادي، وذلك على أساس أن هذه الفكرة تتصادم مع مبدأ سيادة الدولة المتعاقدة ومع حقوقها المستمدة من القانون الدولي والوطني، كما أن المتعاقد الأجنبي يعلم علم اليقين أن التعاقد مع دولة ذات سيادة يعني خضوعه لقواعد قانونها العام، والذي يقتضي بالضرورة تمتعها بحقها في التعديل الانفرادي لعقودها الإدارية سواء مع المتعاقدين المحليين أو المتعاقدين الأجانب².

ولكن بالمقارنة بين الرأيين السابقين يبدو أن الرأي القائل بفكرة ثبات واستقرار شروط العقد الإداري الدولي هي الأنسب لضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وذلك من خلال جذب المتعاملين الاقتصاديين الأجانب ذوي الكفاءة الفنية والتقنية العاليتين، والذين يتمتعون بإمكانيات مادية هائلة، فلا ضير من التخلي عن سلطة التعديل الانفرادي لهذه العقود في مقابل هذه الامتيازات، لاسيما إذا علمنا أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين هو الأصل وأن هذه السلطة ما هي إلا استثناء مقرر لمصلحة المرفق العام، فإذا انتفت هذه المصلحة انتفت معها هذه السلطة.

رابعاً: اقتصار التعديل على موضوع الصفقة العمومية

بالرغم من اعتراف غالبية الفقه بحق الإدارة المتعاقدة في التعديل الانفرادي لشروط العقد الإداري، إلا أنهم وضعوا حدوداً لهذه السلطة يجب على الإدارة الالتزام بها، وتصب مجمل هذه الحدود في عدم تغيير موضوع العقد الإداري أو طبيعة الالتزامات المتفق عليها، بحيث يجد المتعاقد نفسه أمام عقد جديد لا علاقة له بالعقد القديم³، وهو ما نصت عليه المادة 136 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

فلمتعاقداً عند إقباله على إبرام العقد الإداري وضع في حسبانته جميع احتمالات التعديل التي قد تجربها الإدارة المتعاقدة وفق القوانين والتنظيمات السارية المفعول، أو طبقاً لما هو منصوص عليه في دفتر الشروط، وذلك بموازنتها مع إمكانياته المادية والفنية، فمن غير المقبول أن يجد المتعاقد نفسه أمام

1- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.352.

2- نصري منصور نابلسي، المرجع نفسه، ص.353.

3- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.119.

شروط جديدة خارجة تماما عن النطاق القانوني والواقعي للعقد الإداري الذي أبرمه مع الإدارة، بحيث أنه لو عرضت عليه في أول الأمر عند التعاقد ما كان ليقبلها¹.

وفي هذا الإطار نجد مجلس الدولة الفرنسي يستعمل عدة عبارات للدلالة على هذا الشرط، فتارة يعبر عنه بعبارة " هذا التعديل يجاوز بدرجة ملحوظة توقعات المتعاقدين "، وتارة أخرى يكتفي للحكم بفسخ العقد الإداري بسبب تجاوز الإدارة المتعاقدة لحدودها في ممارسة سلطتها في التعديل الانفرادي باستعمال عبارة " أن يكون أحد الشروط الأساسية والجوهرية قد تم تعديله "².

وفي ظل غياب اجتهادات قضائية صادرة عن مجلس الدولة الجزائري تؤكد على هذا الشرط، نستأنس بما ذهب إليه القضاء الإداري المصري، حيث قررت محكمة القضاء الإداري في حكم صادر لها بتاريخ 30 جوان 1957 أنه: " إذا كان من شأن التعديل زيادة أعباء المتعاقد مع الإدارة، إلا أنه لا يصح أن تتجاوز الأعباء الجديدة الحدود الطبيعية المعقولة في نوعها وأهميتها، وبحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عرض جديد أو تغيير في موضوع العقد أو محله "³.

ومن بين الأمور التي لا تعتبر ضمن الحدود الطبيعية والمعقولة للعقد الإداري - وبالتالي لا يمكن للإدارة المتعاقدة تعديله بإرادتها المنفردة - موقع التنفيذ، فلا يجوز بأي حال من الأحوال تغيير الموقع المخصص لورشة الأعمال، كما تدخل أيضا المزايا المالية للمتعاقد ضمن هذه الحدود التي لا يحق للإدارة المتعاقدة المساس بها، فهذين العنصرين يعتبران من العناصر الأساسية والجوهرية في العقد التي يراعيها المتعاقد عند إقباله على التعاقد مع الإدارة⁴.

وفي هذا الصدد تنص الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 136 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه: " 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، وزيادة على ذلك لا يمكن أن يغير الملحق موضوع الصفقة ومداها".

وفي حالة ما إذا تعلقت سلطة التعديل الانفرادي بالأعمال أو التوريدات، فيشترط أن يكون التعديل في الكم دون النوع، وهذا يعني أن الزيادة أو الإنقاص يجب أن يكون من ذات نوع وجنس

1- عبد الإله خلفي، منازعات الأشغال الإضافية في الصفقات العمومية، مجلة الملف (المغرب)، عدد 13، 2008، ص.163.

2- سعيد عبد الرزاق باخبيزة، المرجع السابق، ص.188.

3- حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، الطعن رقم 983، س 7 ق، جلسة 1957/06/30. أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.347.

4- محمد بن سعيد بن حمد المعمرى، المرجع السابق، ص.421.

الأعمال أو التوريدات الأصلية، بحيث تتم المحاسبة المالية عليها وفقا للأسعار المتفق عليها بالنسبة للأعمال أو التوريدات الأصلية¹.

ويلاحظ في هذا الإطار أن المشرع اللاتحي الجزائري لم يضع نسبا معينة ينبغي على المصلحة المتعاقدة عدم تجاوزها في ممارستها لسلطة التعديل الانفرادي لحجم الأشغال أو التوريدات، وإنما ألزمها فقط بأن تبرر أمام لجنة الصفقات العمومية المختصة أنه لم يتم المساس بالشروط الأصلية للمنافسة وأنه لم يتم التراجع فيها، وأن الإعلان عن إجراء جديد بعنوان الأشغال أو الخدمات محل التعديل بالزيادة لا يسمح بإنجاز المشروع حسب الشروط المثلى للآجال والأسعار، وهذا كلما تجاوز مبلغ ملحوظ يتعلق بالزيادة في الخدمات أو القيمة الإجمالية لجميع الملاحق المبرمة نسبة خمسة عشر في المائة (15%) من المبلغ الأصلي للصفقة في حالة الصفقات العمومية للوازم والدراسات والخدمات، وعشرين في المائة (20%) من المبلغ الأصلي للصفقة في حالة الصفقات العمومية للأشغال².

وبناء على موقف المشرع اللاتحي الجزائري السابق، يبدو واضحا أنه أطلق يد المصلحة المتعاقدة في إجراء ما تشاء من تعديلات دون تقييدها بسقف محدد، وهذا ما ينعكس إيجابا على وتيرة تقدم تنفيذ موضوع الصفقة العمومية، كونه يجنب المصلحة المتعاقدة الإجراءات الطويلة والمعقدة لإبرام صفقة عمومية جديدة لإتمام تنفيذ نفس الموضوع، مادام أن الأمر سيتم وفق ذات الشروط والأسعار المحددة في الصفقة الأصلية.

ونفس الاتجاه كان قد اتخذته المشرع اللاتحي الفرنسي، حيث أجاز للإدارة المتعاقدة زيادة حجم الأشغال بنسبة الثلث من الحجم الكلي للأشغال المتعاقد عليها، أو إنقاص حجمها بنسبة الربع من الحجم الكلي للأشغال المحددة في دفتر الشروط دون أن يكون من حق المتعاقد معها المطالبة بالتعويض، على أنه إذا تجاوز حجم التعديل النسب المقررة سابقا فإنه يكون من حق المتعاقد طلب التعويض عن الأضرار التي لحقت من هذه التعديلات³.

1- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.447.

2- أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

3- « Dans le cas de travaux réglés sur prix unitaires, lorsque, par suite d'ordres de service ou de circonstances qui ne sont ni de la faute ni du fait du titulaire, l'importance de certaines natures d'ouvrages est modifiée de telle sorte que les quantités exécutées diffèrent de plus d'un tiers en plus ou de plus d'un quart en moins des quantités portées au détail estimatif du marché, le titulaire a droit à être indemnisé en fin de compte du préjudice que lui ont éventuellement causé ces changements ».
Art 17.2 alinéa 1 du l'arrêté français du 08 septembre 2009 portant approbation du C.C.A.G. Français applicables aux marchés publics de travaux.

والاتجاه ذاته سار عليه المشرع اللائحي المصري، حيث سمح للإدارة المتعاقدة بممارسة سلطتها في التعديل الانفرادي في حدود خمسة وعشرين في المائة (25%) من كمية كل بند لعقود المقاولات، وبما لا يجاوز (15%) من كمية كل بند لباقي العقود، ويتم هذا التعديل بذات الشروط والأسعار الواردة في العقد الأصلي، وذلك بعد الحصول على موافقة السلطة المختصة أو مجلس الوزراء بحسب الأحوال، وأن يصدر التعديل خلال فترة سريان العقد، وأن لا يؤثر هذا التعديل على أولوية المتعاقد في ترتيب عطائه¹.

وإضافة إلى ما سبق، فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة تعديل الطرق والأساليب المتبعة في عملية التنفيذ بصفة انفرادية دون موافقة المتعامل المتعاقد معها، وذلك كلما ارتأت أن هذه التعديلات ستساهم بشكل فعال في تسريع وتيرة إنجاز المشروع محل الصفقة العمومية، أو كانت هذه التعديلات ضرورية لمواكبة التطور العلمي والتكنولوجي الحاصل.

غير أن هذه التعديلات يجب أن تكون مقيدة بالإمكانات المادية والفنية المتوفرة للمتعامل المتعاقد، بحيث أنها لا تؤدي إلى إرهاقه ماليا بدرجة جسيمة، وذلك على أساس أن المصلحة المتعاقدة كانت على دراية كافية بحدود إمكانياته عند التعاقد، فكان الأجدر بها اختيار متعامل متعاقد يتمتع بإمكانات مادية وتقنية أكبر من تلك المتوفرة لدى المتعامل المتعاقد معها، بدلا من فرض تعديلات جديدة قد تجرّها إلى دفع تعويضات جد مهمة لهذا الأخير هي في غنى عنها².

خامسا: تعويض المتعامل المتعاقد عن الأضرار التي لحقته من جراء التعديل الانفرادي

إن التسليم للمصلحة المتعاقدة بحقها في التعديل الانفرادي لشروط الصفقة العمومية لا يكون بدون مقابل، وإنما يجب عليها دفع التعويض المناسب للمتعامل المتعاقد معها عن الأضرار التي لحقته من جراء هذا التعديل، وذلك على أساس المحافظة على التوازن المالي للصفقة العمومية ومبدأ المسؤولية العقدية بدون خطأ من جانب المصلحة المتعاقدة³.

فممارسة سلطة التعديل الانفرادي قد تلحق أضرارا بالمتعامل المتعاقد سواء في حالة زيادة التزاماته العقدية أو في حالة الإنقاص منها، ففي الحالة الأولى سيترتب لا محالة على هذه التعديلات

1- أنظر المادة 96 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم 182 لسنة 2018.

2- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.349.

3- عبد الرزاق عريش، المرجع السابق، ص.143.

أعباء مالية إضافية لم يتوقعها المتعامل المتعاقد عند إبرامه للصفقة العمومية، أما في الحالة الثانية فإن هذه التعديلات سينتج عنها بالضرورة نقص في قيمة الربح الذي كان يستهدفه المتعامل المتعاقد. وفي هذا الإطار فإنه غالباً ما تنص القوانين واللوائح أو دفاتر شروط العقد الإداري على نسب معينة يمكن للإدارة المتعاقدة في حدودها ممارسة سلطة التعديل الانفرادي دون أن يكون من حق المتعاقد معها المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تكون قد لحقت نتيجة هذه التعديلات، فإذا تجاوزت التعديلات المقررة هذه النسب أمكنه حينئذ فقط طلب التعويض¹.

ويثار هنا إشكال جد مهم يتعلق بأحقية المتعاقد في التعويض عن الأضرار التي سببتها له التعديلات المقررة من طرف الإدارة المتعاقدة، وهذا في حالة عدم تجاوزها النسب المنصوص عليها في القوانين واللوائح أو في دفاتر الشروط وتمثل الإجابة عن هذا التساؤل في أن المتعاقد ملزم بتحمل هذه التعديلات على أساس أنه قد اطلع على هذه النصوص ورضي بها قبل إقدامه على التعاقد مع الإدارة، وبالتالي يفترض فيه أنه قد توقعها وأدخلها في حساباته.

وفي ظل غياب اجتهادات قضائية صادرة عن مجلس الدولة الجزائري تؤكد على حق المتعامل المتعاقد في اقتضاء التعويضات المناسبة عن الأضرار التي قد تنشأ عن ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطتها الانفرادية في تعديل شروط الصفقة العمومية، نستأنس بما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في قضية " Ville de Saint-Malo "، حيث قضى بأنه إذا تسببت ممارسة الإدارة لسلطتها في التعديل الانفرادي بأي ضرر للمتعاقد معها، فإن ذلك يقتضي تعويضه عن التكاليف المالية الإضافية، وهذا باعتبار ممارسة هذه السلطة كتطبيق من تطبيقات نظرية عمل الأمير².

كما قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر ذات المبدأ السابق، حيث قضت في حكم صادر لها بتاريخ 11 ماي 1968 بأنه من حق الإدارة المتعاقدة تعديل شروط العقد الإداري بصفة انفرادية، ولكن بشرط تعويض المتعاقد معها عن الأضرار التي لحقت من جراء هذا التعديل³.

وإضافة إلى حق المتعاقد في طلب التعويض عن الأضرار الناشئة عن ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطتها في التعديل الانفرادي للصفقة العمومية، بإمكانه اللجوء إلى قاضي العقد من أجل المطالبة

1- أنظر المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفيضات المرفق العام الجزائري، والمادة 17 من دفتر الشروط الإدارية العامة الفرنسي المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.344..C.E, Arrêt du 27 octobre 1978 (ville de Saint-Malo).

3- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 439، س 11 ق، جلسة 1968/05/11. أشار إليه: حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص.220.

بالغاء التعديلات المقررة بطريقة غير مشروعة من طرفها، كما يجوز له طلب فسخ الصفقة العمومية إذا تجاوزت هذه التعديلات الحدود المألوفة والمعقولة¹، كأن تتجاوز النسب المنصوص عليها في القوانين والتنظيمات أو في دفاتر الشروط².

المطلب الثاني: الملحق باعتباره آلية لتعديل الصفقة العمومية

إن ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطتها في التعديل الانفرادي لبنود الصفقة العمومية لا يمكن أن يتم إلا عن طريق إبرام ملحق يتضمن مجموع التعديلات المراد إدراجها، وحتى نحيط بجميع الأحكام القانونية التي تحكم عمليتي إبرامه وتنفيذه، لا بد علينا أولاً أن نتطرق لمفهوم الملحق (الفرع الأول)، ثم نتطرق بعد ذلك للرقابة الممارسة على عملية إبرامه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم ملحق الصفقة العمومية

من أجل التطرق لمفهوم ملحق الصفقة العمومية بشكل مفصل، يتعين علينا أولاً تعريفه، ومن ثم التعرض لمختلف أنواعه.

أولاً: تعريف ملحق الصفقة العمومية

لقد عرفت الفقرة الأولى من المادة 136 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري ملحق الصفقة العمومية على أنه وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة العمومية، يبرم في جميع الحالات إذا كان الهدف منه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة العمومية، غير أن الآثار المالية التي تكون بالعملة الصعبة والناجمة عن تنفيذ بنود تعاقدية غير تلك التي تتضمن تعديلات في كميات الخدمات، لا يمكن أن تكون بأي حال من الأحوال موضوع ملحق للصفقة العمومية، وإنما يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرر بشأنها شهادة إدارية فقط، على أن يتم إرسال نسخة من هذه الشهادة إلى كل من بنك الجزائر والبنك التجاري المعني.

ومن خلال هذه المادة يتبين لنا أن الملحق هو إتفاق إضافي للصفقة العمومية تبرمه المصلحة المتعاقدة مع المتعامل المتعاقد معها من أجل تنفيذ بعض الخدمات التكميلية التي أغفلت عن إدراجها في دفتر الشروط، كما قد يكون الهدف منه إنقاص حجم الخدمات المتعاقد عليها، وأخيراً قد تكون

1- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة لل عقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 448.

2- المادة 30 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

الغاية منه تعديل بند أو أكثر من بنود الصفقة العمومية، كما هو الحال بالنسبة لحالة وفاة المتعامل المتعاقد وإحلال ورثته محله في إتمام تنفيذ موضوع الصفقة العمومية¹.

فالملاحق هو وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة العمومية الأصلية، ولا يمكن أن يكون بأي حال من الأحوال مستقلا عنها، وفي ظل غياب قرارات صادرة عن مجلس الدولة الجزائري تؤكد على هذا المبدأ، نستأنس بما ذهب إليه القضاء الإداري الفرنسي، حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 28 جويلية 1995 فصلا في قضية " Préfet de larégion Île-de-France c/Soc. De gérance " Jeane d'Arc " أن إلغاء الصفقة العمومية يؤدي حتما إلى إلغاء الملحق التابع لها، وهذا على أساس أن هذا الأخير غير مستقل عن الصفقة العمومية².

وبناء على ما سبق فإنه يشترط في ملحق الصفقة العمومية أن يتضمن تعديلات جديدة في التزامات المتعامل المتعاقد -سواء بالزيادة أو بالنقصان-³، ولكن يجب أن لا تصل هذه التعديلات إلى حد تصبح فيه منفصلة ومستقلة تماما عن الإلتزامات العقدية المنصوص عليها في دفتر الشروط⁴.

وفي هذا الإطار نشير إلى أن المصطلح الذي كان يستعمله المشرع اللائحي الجزائري في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية في هذا السياق كان يثير إشكالا كبيرا، حيث كانت تنص الفقرة الثانية من المادة 103 منه على أنه: " يمكن أن تغطي الخدمات موضوع الملحق عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة الإجمالي "، ولكن بصدر المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام حل هذا الإشكال وأصبح الأمر واضحا جدا، حيث استعمل المشرع اللائحي الجزائري مصطلح "الخدمات التكميلية" بدلا من مصطلح "العمليات الجديدة"⁵.

1- Laurent Richer, op. cit., p.444.

2- « Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 255 bis du code des marchés publics, dont les dispositions sont applicables aux marchés passés au nom des collectivités locales : "Lorsque le montant des prestations exécutées atteint le montant fixé par le marché, la poursuite de l'exécution des prestations est subordonnée : Soit à la conclusion d'un avenant ..." ; que, par un jugement du 9 juin 1992 devenu définitif, le tribunal administratif de Paris a annulé le marché passé le 18 février 1991 entre la société de gérance Jeanne d'Arc et la société "Etablissements Marcel Leblanc" ; que cette annulation prive de base légale l'avenant n° 1" conclu le 3 avril 1991... ». C.E, Arrêt du 28 juillet 1995 (Préfet de larégion Île-de-France c/Soc. De gérance Jeane d'Arc), n° 143438, www.légifrance.gouv.fr, vu le 31/07/2018.

3- سميرة ابن خليفة، الملحق وعامل التوازن الإقتصادي للصفقة العمومية في القانون الجزائري، مجلة الواحات للبحوث والدراسات (الجزائر)، المجلد التاسع، عدد 2، 2016، ص.200.

4- يونس إسماعيل حسن كه ردي، المرجع السابق، ص.156.

5- أنظر الفقرة الثالثة من المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

وفضلا عن مصطلح "الخدمات التكميلية" استعمل المشرع اللائحي الجزائري مصطلح "الخدمات الإضافية" في الفقرة الرابعة من المادة 136 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والتي جاء فيها: "عندما لا يمكن الكميات المحددة في الصفقة تحقيق موضوعها، لاسيما في حالة صفقات الأشغال، باستثناء الحالات التي ترجع لمسؤولية المؤسسة، فإنه يمكن المصلحة المتعاقدة، في انتظار إنهاء الملحق، إصدار أوامر بالخدمة تسمح بالأمر بخدمات إضافية و/أو تكميلية. وفي حالة الخدمات التكميلية بأسعار جديدة، يمكن المصلحة المتعاقدة إصدار أوامر بالخدمة بأسعار مؤقتة". ويكمن الفرق ما بين الخدمات الإضافية والخدمات التكميلية في أن الخدمات من النوع الأول هي من جنس موضوع الصفقة العمومية الأصلية، وبالتالي فإن أسعارها تكون محددة مسبقا، وفي هذا النوع من الخدمات تقوم المصلحة المتعاقدة بطلب كميات إضافية من الخدمات المنصوص عليها في دفتر الشروط في حالة عدم كفاية الحجم الأولي منها لإتمام إنجاز موضوع الصفقة العمومية، أما الخدمات التكميلية فهي خدمات وليدة ظروف جديدة وغير متوقعة لم يتم أخذها في الحسبان عند إبرام الصفقة العمومية الأصلية ولكنها ليست غريبة عن موضوعها، وهي خدمات ضرورية لإتمام إنجاز الصفقة العمومية وللاستغلال الأحسن والأمثل للخدمات الأصلية المنصوص عليها في دفتر الشروط، ويطبق عليها أسعار جديدة تكون نتيجة اتفاق بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها، وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تصدر أوامر بالخدمة بأسعار مؤقتة ريثما يتم الإنتهاء من جميع الخدمات التكميلية، ومن قبيل هذه الخدمات طلب المصلحة المتعاقدة من المتعامل المتعاقد معها ترميم أحد قنوات صرف المياه الصحي التي تهدمت بفعل انهيار أحد الجسور أثناء إنشاء إحدى السكك الحديدية، أو نقل الأتربة اللازمة للعمل بسبب رطوبة الأرض، أو إنشاء قنوات جانبية لتصريف المياه بمناسبة تشييد أرصفة جديدة للمetro¹.

وفي هذا الإطار تنص المادة 137 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري على أنه: "يخضع الملحق للشروط الإقتصادية الأساسية للصفقة. وفي حالة تعذر الأخذ بالأسعار التعاقدية المحددة في الصفقة بالنسبة للخدمات التكميلية الواردة في ملحق، فإنه يمكن أن تحدد أسعار جديدة، عند الإقتضاء".

1- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.469.

والأصل أن الخدمات -سواء كانت تكميلية أو إضافية- لا يمكن أن تكون محل تسوية بملحق للصفقة العمومية، إلا إذا كانت منفذة بناء على أوامر بالخدمة صادرة عن المصلحة المتعاقدة، غير أنه يمكن لهذه الأخيرة تسوية الخدمات المنفذة من طرف المتعامل المتعاقد معها بدون صدور أي أوامر بالخدمة بشأنها، وهذا عن طريق إبرام ملحق للصفقة العمومية، وذلك في حالات إستثنائية لم يكن بإمكان المصلحة المتعاقدة توقعها عند إبرام الصفقة العمومية، ولا يد لطرفي هذه الصفقة في حدوثها، ومن قبيل هذه الحالات ترميم جسر على وشك الإختيار بفعل أعمال الحفر التي تتطلبها عملية تنفيذ الصفقة العمومية¹.

وفي ظل غياب قرارات قضائية صادرة عن مجلس الدولة الجزائري تأكد المبدأ السابق، نستأنس بما ذهب إليه القضاء الإداري الفرنسي، حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 14 جوان 2002 في قضية " Ville d'Angers " أنه يمكن - في حالات إستثنائية - أن تكون الخدمات المنفذة من طرف المقاول - من تلقاء نفسه ودون تلقيه أي أوامر بالخدمة بخصوصها من طرف المصلحة المتعاقدة - مدفوعة الأجر، وهذا حتى بالنسبة للصفقات العمومية للأشغال المبرمة بسعر جزائي².

والأصل أن إبرام الملحق يجب أن يكون في إطار تنفيذ صفقة عمومية بأن يتضمن خدمات تكميلية أو إضافية ضرورية لحسن تنفيذ موضوع هذه الصفقة، إلا أن المشرع اللائحي الجزائري أجاز للمصلحة المتعاقدة إبرام ملحق لصفقة عمومية تم تنفيذها، حيث تنص الفقرة السابعة من المادة 136 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه: " يمكن المصلحة المتعاقدة، عندما تبرر الظروف ذلك، إبرام ملحق لصفقة تم تنفيذ موضوعها، لأداء خدمات أو اقتناء لوازم، للتكفل بالنفقات الضرورية لضمان مواصلة المرفق العام الذي أنشئ من قبل، ولكن مهما يكن من أمر قبل الإستلام النهائي للصفقة، إذا قرر مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي المعني ذلك،

1- أنظر الفقرة السادسة من المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

2- « Considérant que les dispositions de l'article 15.3 du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux, qui prévoient l'indemnisation des travaux supplémentaires réalisés au-delà de la masse initiale des travaux et sur ordre de service du maître d'ouvrage, pour des montants, dans le cas des marchés à prix forfaitaire, excédant le vingtième de la masse initiale, ne fait pas obstacle à l'indemnisation de travaux supplémentaires réalisés sans ordre de service du maître d'ouvrage, mais indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art, quel qu'en soit le montant ; ». C.E, Arrêt du 14 juin 2002 (Ville d'Angers), n°219874, www.légifrance.gouv.fr, vu le 30/07/2018.

شريطة أن لا يكون في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف التي استدعت هذا التمديد، وأن لا تكون نتيجة ممارسات مماثلة من طرفها. ولا يمكن أن تتجاوز مدة الملحق ثلاثة أشهر والكميات بالزيادة، نسبة عشرة في المائة (10%) المذكورة في الفقرة الأولى من المادة 139 أدناه."

ويمكن تسجيل ملاحظتين على هذه المادة تتمثلان فيما يلي:

1- لا تخضع الملاحق التي تتضمن الخدمات المنصوص عليها في الفقرة السابعة من المادة 136 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لرقابة لجان الصفقات العمومية المختصة، وهذا على أساس أن مبالغها لا يمكن أن تتجاوز النسبة المحددة لاختصاص هذه اللجان في رقابة الملاحق¹، ما يعني بالنتيجة أن المصلحة المتعاقدة تتمتع بسلطة تقديرية مطلقة في إبرام هذا النوع من الملاحق، وهو الأمر الذي يثير تناقضا واضحا بالنسبة لهذه الملاحق، فمن جهة يفرض المشرع اللائحي الجزائري توفر مجموعة من الشروط من أجل إبرام هذا النوع من الملاحق، ومن جهة أخرى يحرر المصلحة المتعاقدة من أي رقابة على مدى توفر هذه الشروط. وفي هذا الإطار كان من الأولى على المشرع اللائحي الجزائري أن يخضع هذا النوع من الملاحق لرقابة لجان الصفقات العمومية المختصة بالرغم من عدم تجاوز مبالغها نسبة (10%)، وهذا قياسا على الملاحق المبرمة وفقا للفقرة الثانية من المادة 138 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي أخضعها المشرع اللائحي الجزائري لرقابة لجان الصفقات العمومية المختصة مهما كان مبلغها، وهذا نظرا لاشتراكهما في السبب الذي من أجله تم إبرام هذه الملاحق، والمتمثل في الظروف الإستثنائية وغير المتوقعة.

2- لقد نصت الفقرة الثالثة من المادة 103 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى على هذا النوع من الملاحق²، إلا أن هذه الأخيرة وخلافا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري كانت تبرم من طرف المصلحة المتعاقدة من أجل تمديد الصفقة العمومية الأصلية قصد أداء خدمات أو اقتناء لوازم للتكفل بالنفقات الضرورية اللازمة لضمان مواصلة الخدمة العمومية، وهو أمر منتقد على أساس أن هذه الخدمات أو اللوازم مستقلة تماما عن موضوع الصفقة العمومية الأصلية، وعليه فقد وفق المشرع

1- أنظر الفقرة الأولى من المادة 139 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.
2- أنظر إلى المادة 103 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى.

اللائحي الجزائري عندما نص على أن إبرام هذا النوع من الملاحق خارج عن إطار تنفيذ الصفقة العمومية الأصلية وليس تمديدا لها كما كان منصوبا عليه في السابق.

وتخضع عملية إبرام ملحق الصفقة العمومية لنفس الإجراءات الشكلية المتبعة في إبرام الصفقة العمومية، باستثناء الإجراءات التي أدت إلى اختيار المتعامل المتعاقد كالإعلان عن الصفقة العمومية وفتح الأظرفة وتقييمها والإعلان عن المنح المؤقت ثم النهائي للصفقة العمومية، ومن ثم يجب أن يكون الملحق في شكل كتابي وأن يكون موقعا من نفس السلطة التي وقعت على الصفقة العمومية، كما يجب أن يخضع لرقابة لجنة الصفقات العمومية المختصة في حدود الأسقف المالية المحددة في المادة 139 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام¹، والتي تنص على أنه: "لا يخضع الملحق في مفهوم المادة 136 أعلاه، إلى فحص هيئات الرقابة الخارجية القبلية، إذا كان موضوعه لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات التقنية والمالية وأجل التعاقد، وكان مبلغه أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق لا يتجاوز، زيادة أو نقصانا، نسبة عشرة في المائة (10%) من المبلغ الأصلي للصفقة.

ويخضع الملحق لهيئة الرقابة الخارجية في حالة ما إذا تضمن خدمات تكميلية في مفهوم المادة 136 أعلاه تتجاوز مبالغها النسبة المحددة أعلاه".

ومن خلال هذه المادة يتبين لنا أن حالات عرض ملحق الصفقة العمومية على هيئات الرقابة الخارجية القبلية للصفقات العمومية تتمثل في ثلاث حالات هي:

1- الحالة الأولى إذا كان الملحق يعدل في تسمية الأطراف المتعاقدة أو في الضمانات التقنية والمالية أو في أجل التعاقد، و في هذه الحالة يتم عرض هذا الملحق على هيئات الرقابة الخارجية القبلية حتى ولو لم يتجاوز مبلغه نسبة عشرة في المائة (10%) من المبلغ الأصلي للصفقة العمومية -زيادة أو نقصانا-.

2- الحالة الثانية إذا كان مبلغ الملحق أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق يتجاوز -زيادة أو نقصانا- نسبة عشرة في المائة (10%) من المبلغ الأصلي للصفقة العمومية، وهذا باستثناء الحالتين المنصوص عليهما في الفقرتين الثانية و الثالثة من المادة 138 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وتعلق هاتين الحالتين بحالة الملحق الذي يعدل في السعر الأولي للصفقة العمومية والأجل

1- ميريام أكرور، المرجع السابق، ص.122.

التعاقدية الأصلي لها أو في أحدهما بسبب ظروف إستثنائية وغير متوقعة وخارجة عن إرادة الطرفين، أما الحالة الثانية فتتعلق بحالة إبرام ملحق لضبط الكميات النهائية للصفقة العمومية في خارج الآجال التعاقدية، فالنسبة لهاتين الحالتين يتم عرضهما على هيئات الرقابة الخارجية القبلية للصفقات العمومية مهما كان مبلغها، حتى ولو كان أقل من (10%) من المبلغ الأصلي للصفقة العمومية. وتجدر الإشارة في هذا الإطار إلى أن المشرع اللائحي الجزائري كان يميز في السابق بين ملاحق الصفقات العمومية التي تخضع لرقابة لجنة الصفقات العمومية التابعة للمصلحة المتعاقدة وملاحق الصفقات العمومية التي تخضع لرقابة اللجان الوطنية للصفقات العمومية، حيث كان يشترط بالنسبة للنوع الأول من الملاحق أن يتجاوز مبلغه نسبة (20%) من المبلغ الأصلي للصفقة العمومية حتى يتم عرضه على لجنة الصفقات العمومية المختصة، في حين كان يشترط بالنسبة للنوع الثاني من الملاحق أن يتجاوز مبلغه نسبة (10%) فقط من المبلغ الأصلي للصفقة العمومية حتى يتم عرضه على لجنة الصفقات العمومية المختصة¹، ولكن مع صدور المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وحد المشرع اللائحي الجزائري هاتين النسبتين وجعلهما (10%) من المبلغ الأصلي للصفقة العمومية.

3- الحالة الثالثة إذا كان مبلغ الخدمات التكميلية يتجاوز نسبة 10% من المبلغ الأصلي للصفقة العمومية.

وتجدر الإشارة في هذا السياق إلى أن المشرع اللائحي الجزائري حدد فقط النسبة الدنيا -وهي 10% من المبلغ الأصلي للصفقة العمومية- التي إذا تجاوزها مبلغ ملحق الصفقة العمومية يتم عرضه إلزاميا على هيئات الرقابة الخارجية القبلية للصفقات العمومية المختصة، بحيث أن المصلحة المتعاقدة غير ملزمة بعرض الملاحق التي تبرمها وتكون مبالغها أقل من هذه النسبة، في حين أنه أغفل أمر تحديد النسبة القصوى لمبلغ الملحق التي لا يمكن للمصلحة المتعاقدة تجاوزها عند إبرامه، كما أنه لم يحدد بشكل دقيق الشروط الواجب احترامها عند إبرام الملحق وحالاته، واكتفى فقط بالإشارة إلى وجوب احترام الشروط الأصلية للمنافسة وأنه لم يتم التراجع فيها، ما يعني أن هذه الأخيرة تتمتع بحرية كبيرة في إبرام ما تشاء من الملاحق مهما كان مبلغها². وهذا على خلاف ما ذهب إليه المشرع

1- أنظر المادة 106 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى.

2- أنظر المادة 139 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

اللائحي الفرنسي في مرسوم تنظيم الصفقات العمومية، حيث حدد -بصفة دقيقة- في المادة 139 منه حالات اللجوء إلى إبرام ملحق للصفقة العمومية، وهي تتمثل فيما يلي¹:

1- عندما يتم النص في الصفقة العمومية الأصلية على إمكانية إدراج تعديلات مهما كانت مبالغها، وذلك في إطار إعادة النظر في بنود هذه الصفقة، سواء تعلقت هذه التعديلات بشروط مراجعة وتعيين الأسعار، أو تعلقت بتقنيات واضحة ودقيقة ولا تتضمن أية غموض. ويجب أن تبين هذه

1- « Le marché public peut être modifié dans les cas suivants :

1° Lorsque les modifications, quel qu'en soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de variation du prix ou d'options claires, précises et sans équivoque.

Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage ;

2° Lorsque, sous réserve de la limite fixée au I de l'article 140, des travaux, fournitures ou services supplémentaires, quel qu'en soit leur montant, sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le marché public initial, à la double condition qu'un changement de titulaire :

a) Soit impossible pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment à des exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants achetés dans le cadre du marché public initial ;

b) Présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts pour l'acheteur ;

3° Lorsque, sous réserve de la limite fixée au I de l'article 140, la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir ;

4° Lorsqu'un nouveau titulaire remplace le titulaire initial du marché public, dans l'un des cas suivants :

a) En application d'une clause de réexamen ou d'une option conformément au 1° ;

b) Dans le cas d'une cession du marché public, à la suite d'une opération de restructuration du titulaire initial, à condition que cette cession n'entraîne pas d'autres modifications substantielles et ne soit pas effectuée dans le but de soustraire le marché public aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Le nouveau titulaire doit remplir les conditions qui avaient été fixées par l'acheteur pour la participation à la procédure de passation du marché public initial ;

5° Lorsque les modifications, quel qu'en soit leur montant, ne sont pas substantielles.

Une modification est considérée comme substantielle lorsqu'elle change la nature globale du marché public. En tout état de cause, une modification est substantielle lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie :

a) Elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage d'opérateurs économiques ou permis l'admission d'autres opérateurs économiques ou permis le choix d'une offre autre que celle retenue ;

b) Elle modifie l'équilibre économique du marché public en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché public initial ;

c) Elle modifie considérablement l'objet du marché public ;

d) Elle a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire en dehors des hypothèses prévues au 4° ;

6° Lorsque le montant de la modification est inférieur aux seuils européens publiés au Journal officiel de la République française et à 10 % du montant du marché initial pour les marchés publics de services et de fournitures ou à 15 % du montant du marché initial pour les marchés publics de travaux, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si les conditions prévues au 5° sont remplies ». Art 139 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relative aux marchés publics en France.

الشروط طبيعة ومجال تطبيق هذه التعديلات أو التقنيات، وكذا الشروط التي يجب توفرها من أجل إدراج هذه التعديلات أو التقنيات.

2- عندما يتطلب حسن تنفيذ موضوع الصفقة العمومية أشغال أو توريدات أو خدمات إضافية ضرورية لم تكن متوقعة عند إبرام هذه الصفقة، على أن لا يتجاوز مبلغها النسبة المحددة في الفقرة الأولى من المادة 140 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية الفرنسي، وهي 50% من المبلغ الأصلي للصفقة العمومية، وهذا بشرط أن تغيير المتعاقد سيكون مستحيلا لأسباب إقتصادية أو تقنية تتعلق خصوصا بمتطلبات عدم القابلية للإستبدال أو عدم القابلية للإستخدام المشترك مع التجهيزات أو الخدمات أو المنشآت التي تم تنفيذها في إطار الصفقة العمومية الإبتدائية، أو أن تغيير المتعاقد سي طرح إشكالا كبيرا أو أنه سيؤدي إلى ارتفاع معتبر في الأسعار.

3- عندما يصبح تعديل الصفقة العمومية ضروريا بسبب ظروف لم تكن متوقعة من طرف المصلحة المتعاقدة ولا يمكن دفعها، وهذا بشرط أن لا يتجاوز مبلغ هذا التعديل النسبة المحددة في الفقرة الأولى من المادة 140 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية الفرنسي (50% من المبلغ الأصلي للصفقة العمومية).

4- عندما يتم تعويض المتعاقد الأصلي بمتعاقد جديد في إحدى الحالات الآتية:

أ- بتطبيق شرط من شروط إعادة النظر في الصفقة العمومية الأصلية كما هو مبين في الفقرة الأولى من المادة 139 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية الفرنسي.

ب- في حالة النزاع أو التخلي عن الصفقة العمومية من طرف المتعاقد الأصلي، وهذا بشرط أن لا يؤدي ذلك إلى إدخال تعديلات كبيرة على الصفقة العمومية الأصلية، وأن لا يكون ذلك بهدف التهرب من التزامات الإشهار والمنافسة الشفافة، وأن تتوفر في المتعاقد الجديد جميع الشروط المنصوص عليها في دفتر الشروط من طرف المصلحة المتعاقدة من أجل إبرام الصفقة العمومية الأصلية.

5- عندما تكون التعديلات المزمع إدراجها غير معتبرة، وهذا مهما كان مبلغها، وتكون هذه التعديلات معتبرة إذا أدت إلى تغيير في الطبيعة الإجمالية للصفقة العمومية، وعلى كل حال تكون هذه التعديلات معتبرة إذا توفرت فيها أحد الشروط التالية:

أ- إذا أدت هذه التعديلات إلى إدخال بعض الشروط التي لو كانت موجودة عند إبرام الصفقة العمومية الأصلية لأدت إلى جلب اهتمام متعاملين إقتصاديين آخرين، أو أدت إلى قبول متعاملين

إقتصاديّين آخريّن، أو أدت إلى منح الصفقة العمومية لمعامل إقتصاديّ آخر غير الذي تمّ التعاقد معه.

ب- إذا أدت إلى تغيير التوازن الإقتصاديّ للصفقة العمومية لمصلحة المتعامل المتعاقد بدرجة لم تكن متوقعة في الصفقة العمومية الأصلية.

ج- إذا أدت إلى تغيير كبير ومعتبر في طبيعة الصفقة العمومية.

د- إذا أدت إلى تغيير المتعامل المتعاقد بمعامل متعاقد جديد في غير الحالات الواردة في الفقرة الرابعة من المادة 139 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية الفرنسيّ.

6- عندما يكون مبلغ التعديل أقل من الأسقف المالية المحددة على مستوى الإتحاد الأوروبي بالنسبة لمبلغ التعديلات والمنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، وفي نفس الوقت أقل من (10%) من المبلغ الأصلي للصفقة العمومية بالنسبة لصفقات الخدمات والتوريدات، و(15%) من المبلغ الأصلي للصفقة العمومية بالنسبة للصفقات العمومية للأشغال، وهذا بدون الحاجة إلى التأكيد من مدى توفر الشروط المنصوص عليها في الفقرة الخامسة من المادة 139 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية الفرنسيّ.

وفضلاً عن الشروط السابقة التي نص عليها مرسوم تنظيم الصفقات العمومية الفرنسيّ من أجل إدراج تعديلات جديدة على الصفقة العمومية الأصلية، ألزم المشرع اللائحي الفرنسيّ المصلحة المتعاقدة احترام الأسقف المالية المحددة في المادة 140 من هذا المرسوم¹، والتي تقتضي ما يلي:

1- « I. - Lorsque le marché public est conclu par un pouvoir adjudicateur, le montant des modifications prévues aux 2° et 3° de l'article 139 ne peut être supérieur à 50 % du montant du marché public initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique au montant de chaque modification.

Ces modifications successives ne doivent pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence.

II. - Pour le calcul du montant des modifications mentionnées au 6° de l'article 139 et au I du présent article, l'acheteur tient compte de la mise en œuvre de la clause de variation des prix.

Lorsque plusieurs modifications successives relevant du 6° de l'article 139 sont effectuées, l'acheteur prend en compte leur montant cumulé.

III. - Pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée, l'acheteur publie un avis de modification dans les hypothèses prévues aux 2° et 3° de l'article 139.

Cet avis est publié au Journal officiel de l'Union européenne dans les conditions fixées à l'article 36, conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics ». Art 140 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relative aux marchés publics en France.

1- يجب أن لا يتجاوز مبلغ التعديلات الواردة وفقا للفقرتين الثانية والثالثة من المادة 139 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية الفرنسي المشار إليها سابقا نسبة (50%) من المبلغ الأصلي للصفقة العمومية، ويتعلق الأمر بخدمات إضافية لم تكن متوقعة عند إبرام الصفقة العمومية، أو تعديلات كانت نتيجة ظروف طارئة لم تكن متوقعة عند إبرام الصفقة العمومية. وفي حالة إدراج عدة تعديلات من هذا القبيل فإن تطبيق النسبة المشار إليها سابقا تطبق على كل تعديل على حدة. وفي هذا الإطار يشترط أن لا يكون إدراج مثل هذه التعديلات المتتابة بهدف التهرب من التزامات الإشهار والمنافسة الشفافة بين المتعاملين الإقتصاديين.

2- عند حساب مبلغ التعديلات المشار إليها في الفقرة السادسة من المادة 139 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية الفرنسي والفقرة الأولى من المادة 140 منه يجب الأخذ بعين الاعتبار شرط مراجعة الأسعار. وفي حالة إدخال عدة تعديلات متتابة وفقا لما تنص عليه الفقرة السادسة من المادة 139 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية الفرنسي، فإن تطبيق النسبة المشار إليها في هذه الفقرة يكون على مجموع مبالغ هذه التعديلات، وليس على مبلغ كل تعديل على حدة.

3- يجب على المصلحة المتعاقدة في حالة إبرامها للصفقة العمومية وفقا لأحد الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في مرسوم تنظيم الصفقات العمومية الفرنسي، أن تقوم بإشهار الإعلان عن التعديل الذي يتم في إطار الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 139 من هذا المرسوم.

ويشترط المشرع اللائحي الجزائري في حالة تجاوز مبلغ ملحق الصفقة العمومية الذي يتعلق بزيادة في الخدمات -أو القيمة الإجمالية للعديد من الملاحق من هذا النوع- نسبة خمسة عشر في المائة (15%) من المبلغ الأصلي للصفقة العمومية بالنسبة لصفقات التوريدات والخدمات والدراسات، وعشرين في المائة (20%) بالنسبة لصفقات الأشغال، أن تقوم المصلحة المتعاقدة بالتبرير أمام لجنة الصفقات العمومية المختصة بأنه لم يتم المساس بالشروط الأصلية للمنافسة وأنه لم يتم التراجع فيها، وأن الإعلان عن إجراء جديد بعنوان الخدمات بالزيادة لا يسمح بإنجاز المشروع حسب الشروط المثلى للأجال والسعر، وهذا باستثناء حالة الملاحق التي ترم لتدارك تبعات تقنية غير متوقعة وخارجة عن إرادة الطرفين¹.

ويمكن تسجيل أربعة ملاحظات على هذه المادة تتمثل فيما يلي:

1- أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

1- بالعودة إلى المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية نجد أنه أغفل النص على التزام المصلحة المتعاقدة بالتبرير أمام هيئات الرقابة القبلية للصفقات العمومية المختصة بأنه لم يتم المساس بالشروط الأصلية للمنافسة أو أنه لم يتم التراجع فيها عند إبرام الملاحق، ما يعني أن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام جاء ليؤكد على ضرورة احترام مبادئ المساواة والمنافسة الشفافة بين المترشحين لإبرام الصفقة العمومية، وهذا من خلال وضع حد للملاحق المبرمة بهدف التهرب من هذه المبادئ.

2- أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة إبرام ملاحق تتعلق بالزيادة في الخدمات دون أن تكون ملزمة بالتبرير أمام لجنة الصفقات العمومية المختصة بأنه لم يتم المساس بالشروط الأصلية للمنافسة وأنه لم يتم التراجع فيها، وأن الإعلان عن إجراء جديد بعنوان هذه الخدمات لا يسمح بإنجاز المشروع حسب الشروط المثلى للأجال والسعر، وهذا بشرط أن لا تتجاوز القيمة الإجمالية لهذه الملاحق النسب المحددة أعلاه، أي أن تكون هذه النسبة بين 10% و 15% من المبلغ الأصلي للصفقة العمومية بالنسبة لصفقات التوريدات والخدمات والدراسات، وبين 10% و 20% من المبلغ الأصلي للصفقة العمومية بالنسبة لصفقات الأشغال، ولكن هذا لا يعني إفلات المصلحة المتعاقدة من واجب احترام الشروط الأصلية للمنافسة عند إبرامها لهذه الملاحق، حيث يمكن للجنة الصفقات العمومية المختصة أن تطلب من المصلحة المتعاقدة هذا التبرير بالنسبة لهذه الملاحق في إطار بسط رقابتها عليها، على أساس أنه يمكنها رفض منح التأشيرة لهذه الملاحق إذا قدرت أن إبرامها لم يكن إلا من أجل التهرب من مبادئ المنافسة الشفافة عند إبرام الصفقة العمومية، ولكن كان من الأفضل لو نص المشرع اللائحي الجزائري على إلزامية التبرير أمام لجنة الصفقات العمومية المختصة بالنسبة لجميع الملاحق التي يتم إبرامها من طرف المصلحة المتعاقدة حتى يضمن عدم مخالفة المبادئ التي تنص عليها المادة الخامسة من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

3- أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة إبرام ملاحق تتعلق بالإنقاص من حجم الخدمات التي تم التعاقد عليها دون أن تكون ملزمة بالتبرير أمام لجنة الصفقات العمومية المختصة بأنه لم يتم المساس بالشروط الأصلية للمنافسة و أنه لم يتم التراجع فيها، وهذا مهما كانت القيمة الإجمالية لهذه الملاحق، وهو أمر منتقد، لأنه لو تم الإعلان في البداية عن الصفقة العمومية بهذه الكمية من الخدمات لناها متعامل متعاقد آخر.

4- أن المصلحة المتعاقدة معفاة من إلزامية التبرير أمام لجنة الصفقات العمومية المختصة عند إبرامها للملاحق التي تهدف إلى تغطية التبعات التقنية غير المتوقعة والخارجة عن إرادة الطرفين، وكان من الأفضل للمنظم الجزائري النص على إلزام المصلحة المتعاقدة بسرد هذه التبعات التقنية، والتبرير بأنها لم تكن متوقعة عند إبرام الصفقة العمومية وأنها خارجة عن إرادة الطرفين، وأن الإعلان عن إجراء جديد بعنوان هذه التبعات التقنية لا يسمح بإنجاز المشروع حسب الشروط المثلى للأجال والسعر. وتقضي القاعدة العامة في إبرام ملحق الصفقة العمومية أن تكون التعديلات المقرر إدراجها في حدود آجال التنفيذ التعاقدية المنصوص عليها في الصفقة العمومية الأصلية، غير أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة الخروج على هذه القاعدة في الحالات التالية¹:

1- عندما تكون التعديلات المزمع إدراجها في ملحق الصفقة العمومية عديمة الأثر المالي، ويتعلق الأمر هنا بإدراج أو تعديل بند تعاقدي أو أكثر غير البنود المتعلقة بآجال التنفيذ، وترتب على هذا التعديل تأخير في آجال التنفيذ المتفق عليها مسبقاً، دون أن يؤثر ذلك بشكل أو بآخر على المبلغ الإجمالي للصفقة العمومية².

2- إذا ترتب على أسباب إستثنائية وغير متوقعة وخارجة عن إرادة طرفي الصفقة العمومية، إختلال معتبر للتوازن الإقتصادي لهذه الصفقة، وأدى هذا الإختلال إلى تأخير في أجل التنفيذ التعاقدية الأصلي، فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة إبرام ملحق لهذه الصفقة يتضمن تعديل في آجال التنفيذ التعاقدية على خلاف القاعدة العامة³. ويلزم المشرع اللاتحي الجزائري المصلحة المتعاقدة بعرض الملحق في هذه الحالة على هيئة الرقابة الخارجية القبلية المختصة مهما يكن مبلغه، حتى ولو كان هذا المبلغ أقل من السقف المالي المحدد -وهو 10% من المبلغ الأصلي للصفقة العمومية- لعرض الملاحق على هذه اللجنة⁴.

3- إذا لم يكن بالإمكان -وبصفة إستثنائية- إبرام ملحق للصفقة العمومية محل ضبط الكميات النهائية لهذه الصفقة في الآجال التعاقدية، فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة الخروج على القاعدة العامة

1- عثمان بن دراجي، مجال تدخل المراقب المالي في الصفقات العمومية في ضوء القانون الجديد للصفقات العمومية (المرسوم الرئاسي رقم 15-247)، يوم دراسي حول قانون الصفقات العمومية الجديد 15-247، جامعة محمد خيضر بسكرة (الجزائر)، 17 ديسمبر 2015، ص.07.

2- أنظر الفقرة الأولى من المادة 138 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

3- أنظر الفقرة الثانية من المادة 138 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

4- أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 138 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

في هذا الإطار وإبرام ملحق لهذه الصفقة يتضمن تعديل للآجال التعاقدية، ويمكنها إبرام هذا الملحق حتى بعد الإستلام المؤقت لهذه الصفقة، شريطة أن يكون ذلك قبل إمضاء الحساب العام والنهائي¹، على أن يتم عرض هذا الملحق على هيئة الرقابة الخارجية القبلية للصفقات العمومية مهما يكن مبلغه، كما هو الشأن بالنسبة للحالة الثانية المشار إليها سابقاً².

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن الفقرة الثالثة من المادة 105 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية كانت تنص في السابق على أن هذه الحالة تتعلق بحالة إقفال الصفقة العمومية نهائياً، غير أن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام جعل هذه الحالة تتعلق بملحق ضبط الكميات النهائية للصفقة العمومية وليس بملحق الإقفال النهائي للصفقة العمومية، ويكمن الاختلاف بينهما في أن الأول يبرم من أجل التحديد النهائي لكميات الأشغال أو التوريدات أو الخدمات المنفذة، في حين أن الثاني يتعلق بإيقاف الصفقة العمومية بصفة نهائية سواء ببلوغ الهدف المنشود من إبرامها وتنفيذها، أو بالوصول إلى تسوية ودية للنزاعات الناشئة عنها، أو بالتخلي عنها لأسباب معينة، كإنهائها بالإرادة المنفردة للمصلحة المتعاقدة أو إنهائها بسبب القوة القاهرة³.

ثانياً: أنواع ملاحق الصفقة العمومية

يمكن تقسيم ملاحق الصفقة العمومية إلى مجموعة من الأصناف حسب الموضوع التي تتضمنه وتنظمه، وذلك على النحو التالي:

1- ملحق الخدمات المضافة أو المنقصة أو التكميلية:

ويبرم هذا النوع من الملاحق إما من أجل الإنقاص من حجم الخدمات التي تم النص عليها في دفتر الشروط، إذا تبين للمصلحة المتعاقدة عدم حاجتها إليها بناء على سلطتها في التعديل الإفرادي للصفقة العمومية، وهذا مقابل تعويض منصف وعادل للمتعاقد عن الضرر الذي لحقه من جراء هذا التعديل والريح الذي فاتته⁴.

1- أنظر الفقرة الثالثة من المادة 138 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

2- أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 138 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

3- سهام شقظمي، النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق -جامعة باجي مختار- عنابة (الجزائر)، 2011، ص.32.

4- أنظر الفقرة الأولى من المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

كما يبرم هذا الصنف من الملاحق لتغطية مجموعة من الخدمات اللازمة لحسن تنفيذ موضوع الصفقة العمومية، وبهذه الصفة قد تتضمن هذه الملاحق إما خدمات إضافية أو خدمات تكميلية¹، كما قد تتضمن خدمات غير متوقعة وخارجة عن إرادة طرفي الصفقة العمومية².

2- ملحق الخدمات المنفصلة عن موضوع الصفقة العمومية الأصلية:

يبرم هذا النوع من الملاحق من أجل تنفيذ خدمات أو اقتناء لوازم للتكفل بالنفقات الضرورية لضمان استمرار سير المرفق العام المرتبط بالصفقة العمومية الأصلية محل عملية التنفيذ بانتظام واططراد³.

وما يميز هذه الملاحق أنها تتضمن خدمات منفصلة تماما عن موضوع الصفقة العمومية الأصلية، على خلاف ما هو عليه الأمر بالنسبة للخدمات الإضافية أو التكميلية أو غير المتوقعة. ولكن بالرغم من هذه الإستقلالية إلا أن هناك ارتباطا بين هذه الخدمات والصفقة العمومية الأصلية يتمثل في المرفق العام المتصل بهذه الصفقة، فهذه الخدمات وإن كانت مستقلة عن موضوع الصفقة العمومية الأصلية إلا أنها لازمة لحسن استغلال واستمرار المرفق العام المرتبط بهذه الصفقة، ومن ثم فإن هناك علاقة تكامل بينهما.

3- ملحق التعديل:

إضافة إلى ملحق الخدمات المضافة أو المنقصة، يمكن للمصلحة المتعاقدة إبرام ملحق من أجل تعديل بند أو أكثر من البنود التعاقدية للصفقة العمومية دون أن يتضمن ذلك إنقاص من حجم الخدمات أو إضافة خدمات أخرى، ومن قبيل هذه الملاحق ما يلي:

1- الملحق الذي تبرمه المصلحة المتعاقدة من أجل إدخال ورثة المتعامل المتعاقد محله في حالة موافقتهم على ذلك، أو الملحق الذي تبرمه من أجل فسخ الصفقة العمومية في حالة وفاة المتعامل المتعاقد ورفض ورثته الإستمرار في تنفيذها.

1- أنظر الفقرة الرابعة من المادة 136 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

2- أنظر الفقرة الثانية من المادة 138 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

3- أنظر الفقرة السابعة من المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

2- الملحق الذي تبرمه المصلحة المتعاقدة من أجل إحلال متعامل متعاقد جديد محل المتعامل المتعاقد الأصلي نتيجة توقيع إحدى جزاءات الضغط والإكراه عليه بسبب تقصيره الجسيم في عملية التنفيذ، ومن ذلك التنفيذ على حسابه وتحت مسؤوليته.

3- الملحق الذي تبرمه المصلحة المتعاقدة من أجل تغيير أسلوب التنفيذ المتبع من طرف المتعامل المتعاقد بأسلوب جديد يتوافق مع التطور التقني الجديد ويؤدي إلى حسن تنفيذ موضوع الصفقة العمومية.

4- الملحق الذي تبرمه المصلحة المتعاقدة من أجل التعديل في تسمية بنك محل الوفاء الذي يعتمد عليه المتعامل المتعاقد نتيجة تغييره لسبب من الأسباب، كأن يعلن بنك محل الوفاء المذكور في الصفقة العمومية إفلاسه.

4- ملحق إعادة التوازن الإقتصادي للصفقة العمومية:

قد تؤدي ظروف إستثنائية غير متوقعة وخارجة عن إرادة طرفي الصفقة العمومية ولا يمكن دفعها إلى اختلال فادح في التوازن الإقتصادي لهذه الصفقة¹، الأمر الذي يجعل المتعامل المتعاقد أمام أعباء مالية لم يكن يتصورها إطلاقاً عند إقباله على إبرام هذه الصفقة، ومن قبيل هذه الظروف وقوع زلزال يؤدي إلى انهيار جسر موصل إلى ورشة العمل، ما يجعل المتعامل المتعاقد مضطراً إلى سلوك طريق آخر بعيد ومكلف.

ومن أجل دفع الغبن عن المتعامل المتعاقد في مثل هذه الظروف سمح المشرع اللائحي الجزائري للمصلحة المتعاقدة بإبرام ملحق قصد إعادة التوازن المالي للصفقة العمومية، وهذا من خلال صرف تعويضات مالية مقابل ما تحمله من أعباء وتعرض له من أضرار.

ويتم إبرام هذا النوع من الملاحق على أساس مجموعة من النظريات التي تتمثل في نظرية القوة القاهرة و نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ونظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة.

5- ملحق ضبط الكميات النهائية للصفقة العمومية:

قد تعجز المصلحة المتعاقدة في بعض الحالات -بسبب ظروف معينة- عن ضبط كامل حجم الخدمات وكميات التوريدات التي تم تنفيذها من طرف المتعامل المتعاقد إلى غاية الإنتهاء من تنفيذ

1- أنظر الجزء الثاني من الفقرة الأولى من المادة 138 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

موضوع الصفقة العمومية، وهذا بالرغم من التحديد الأولي لها في دفتر الشروط، حيث تجدد المصلحة المتعاقدة نفسها مضطرة إلى إصدار أوامر بالخدمة لتغطية الخدمات والأشغال والتوريدات اللازمة لحسن تنفيذ موضوع الصفقة العمومية، والتي لم تكن متوقعة عند إبرام هذه الصفقة ولم يتم النص عليها في دفتر الشروط، فالأصل أن تقوم المصلحة المتعاقدة بإبرام ملحق للصفقة العمومية يتضمن ضبط هذه الكميات خلال الآجال التعاقدية، غير أن المشرع اللائحي الجزائري أجاز استثناءا للمصلحة المتعاقدة إبرام ملحق يتضمن الضبط النهائي لهذه الكميات حتى بعد انقضاء هذه الآجال، بل وحتى بعد الإستلام المؤقت للصفقة العمومية، ولكن في جميع الحالات قبل الإستلام النهائي لهذه الصفقة.

6- ملحق الإقفال النهائي للصفقة العمومية:

لم ينص عليه المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وهذا على خلاف المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الذي نصت الفقرة الثانية من المادة 105 منه على أنه: "... إذا كان الغرض من الملحق إقفال الصفقة، بصفة إستثنائية، إقفال الصفقة نهائيا". ولكن من الناحية العملية مازال العمل جاريا بهذا النوع من الملاحق، ويتعلق هذا الملحق بتنظيم عملية إغلاق الصفقة العمومية نهائيا في بعض الحالات الإستثنائية، كحالة إنهاء الصفقة العمومية من طرف المصلحة المتعاقدة بإرادتها المفردة لدواعي المصلحة العامة، أو إنهاؤها باتفاق بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد، أو إنهاؤها بسبب القوة القاهرة، أو في حالة التوصل إلى تسوية ودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقة العمومية، أو في حالة فسخ الصفقة العمومية إما نتيجة إفلاس أو إعسار المتعامل المتعاقد أو بسبب تنازله عن الصفقة العمومية بدون موافقتها أو كعقوبة له نتيجة تقصيره الفادح في تنفيذ موضوع هذه الصفقة.

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تدرج في ملحق واحد جميع المواضيع التي تنظمها الأنواع الثلاثة الأولى من الملاحق، باستثناء الموضوع الذي ينظمه ملحق الإقفال النهائي للصفقة لاستحالة الجمع بين موضوعه والمواضيع الأخرى، فيمكن أن يتضمن الملحق الواحد النص على خدمات إضافية أو تكميلية، وفي نفس الوقت ينص على استبدال المتعامل المتعاقد الأصلي بمتعامل جديد لسبب من الأسباب، وينص أخيرا على ضبط الكميات النهائية للخدمات المنفذة.

الفرع الثاني: الرقابة على ملاحق الصفقة العمومية

على خلاف الصفقة العمومية الأصلية التي تخضع لمختلف أنواع الرقابة المنصوص عليها في المادة 156 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والمتمثلة في الرقابة الداخلية والرقابة الخارجية ورقابة الوصاية، فإن الملاحق لا تخضع سوى للرقابة الخارجية ورقابة الوصاية¹، وهذا في حدود النسبة المبينة في الفقرة الأولى من المادة 139 من المرسوم المذكور أعلاه. ويعود السبب في ذلك إلى أن الملحق يشكل وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة الأصلية، وبالتالي فإنه من المنطقي أن لا يخضع الملحق للرقابة الداخلية الممارسة من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض².

وتتمثل غاية الرقابة الخارجية لملاحق الصفقات العمومية في التأكد من مطابقة الملاحق المعروضة على هيئات الرقابة الخارجية للتشريع والتنظيم المعمول بهما، كما تهدف هذه الرقابة أيضا إلى التحقق من مطابقة التزام المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بكيفية نظامية³. أما غاية رقابة الوصاية فتتمثل في التحقق من مطابقة الصفقة العمومية التي تبرمها المصلحة المتعاقدة لأهداف الفعالية والاقتصاد، والتأكد من كون العملية التي هي موضوع الصفقة تدخل فعلا في إطار البرامج والأسبقيات المرسومة للقطاع⁴.

ومن أجل دراسة هذا الموضوع بشكل مفصل سنتعرض لهيئات الرقابة الخارجية القبلية للصفقات العمومية واختصاصاتها في الجزء الأول من هذا الفرع، على أن نتطرق في الجزء الثاني منه للآثار المترتبة على هذه الرقابة.

أولا: هيئات الرقابة الخارجية القبلية للصفقات العمومية واختصاصاتها

تنص المادة 165 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه: "تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة مذكورة في المادة 6 من هذا المرسوم، لجنة للصفقات تكلف بالرقابة الخارجية للصفقات العمومية في حدود مستويات الإختصاص المحددة في المادة 173 و184 من هذا المرسوم"، وبالرجوع إلى المادة السادسة من هذا المرسوم نجد أنها تحدد لنا المصالح المتعاقدة التي تخضع لأحكام مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام عند إقبالها على إبرام ملاحق

1- دحو كراش، الملحق في الصفقات العمومية في القانون الجزائري والفرنسي، النشر الجامعي الجديد، الجزائر، 2017، ص.194.
2- أنظر المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.
3- أنظر الفقرة الأولى من المادة 163 من المرسوم الرئاسي أعلاه.
4- أنظر المادة 164 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

للاصفقة العمومية، وهي تتمثل في الدولة والجماعات الإقليمية (الولاية والبلدية) والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية. وقبل التطرق لتشكيلة واختصاصات مختلف هيئات الرقابة الخارجية القبلية للصفقات العمومية الموضوعة لدى المصالح المتعاقدة العادية، لا بد أن نشير إلى أن لجان الصفقات العمومية التابعة للهيئات العمومية المنصوص عليها في المادة الرابعة من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام يتم تحديد تشكيلتها من طرف مسؤول هذه الهيئة، على أن تكون اختصاصاتها وقواعد عملها هي نفسها المتبعة بالنسبة للجنة القطاعية للصفقات العمومية التي سندرستها بالتفصيل في موضوع لاحق، وهذا باستثناء لجان الصفقات العمومية الموضوعة لدى مجلس الأمة والمجلس الشعبي الوطني التي تمارس وظيفتها الرقابية وفق النظام الداخلي لكل منهما¹.

كما نشير في نفس السياق إلى أن الرقابة الخارجية القبلية للصفقات العمومية التي ترمها وزارة الدفاع الوطني تختص بها حصرياً لجنة أو لجان موضوعة لديها، ويتم تحديد تشكيلتها واختصاصاتها من طرفها، وهذا نظراً للطبيعة الخاصة والسرية التي تتسم بها هذه الصفقات². أما خارج نطاق الهيئات العمومية ووزارة الدفاع الوطني فإن جميع هيئات الرقابة الخارجية القبلية للصفقات العمومية الموضوعة لدى المصالح المتعاقدة العادية يمكن تصنيفها إلى قسمين، يتمثل القسم الأول في لجنة الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة، أما القسم الثاني فيتمثل في اللجنة القطاعية للصفقات العمومية، وستتطرق فيما يلي إلى تشكيلها واختصاصات كل من هاتين اللجنتين:

1- اختصاصات لجنة الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة وتشكيلتها:

تختص لجنة الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة بصفة عامة بتقديم مساعدتها في مجال تحضير الصفقات العمومية وإتمام تراتيبها، ودراسة دفاتر الشروط والصفقات والملاحق ومعالجة الطعون التي يقدمها المتعهدون³، وهي تنقسم إلى خمسة أقسام على أساس الإختصاص المحلي والمالي، وهي تتمثل في اللجنة الجهوية للصفقات العمومية، ولجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية والهيكل غير المركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري، واللجنة الولائية للصفقات، واللجنة البلدية

1- أنظر المادة 167 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

2- أنظر المادة 168 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

3- أنظر المادة 169 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

للفقعات، ولجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير المركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري غير المذكور في القائمة المنصوص عليها في الفقرة الأخيرة من المادة 172 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام¹.

أ- اختصاصات وتشكيلة اللجنة الجهوية للصفقات العمومية:

تختص اللجنة الجهوية للصفقات العمومية بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق الخاصة بالمصالح الخارجية الجهوية للإدارات المركزية، وهذا بشرط احترام الأسقف المالية المحددة في الفقرات الأربع الأوائل من المادة 184 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام²، وهذا على النحو التالي:

1- كل دفتر شروط أو صفقة أشغال يقل مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة مليار دينار جزائري (1.000.000.000 د.ج) أو يساويه، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة شريطة أن يتجاوز مبلغه نسبة (10%) من المبلغ الأصلي للصفقة العمومية أو يساويه.

2- كل دفتر شروط أو صفقة لوازم يقل مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة ثلاثمائة مليون دينار جزائري (300.000.000 د.ج) أو يساويه، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة شريطة أن يتجاوز مبلغه نسبة (10%) من المبلغ الأصلي للصفقة العمومية أو يساويه.

3- كل دفتر شروط أو صفقة خدمات يقل مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة مائتي مليون دينار جزائري (200.000.000 د.ج) أو يساويه، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة شريطة أن يتجاوز مبلغه نسبة (10%) من المبلغ الأصلي للصفقة العمومية أو يساويه.

4- كل دفتر شروط أو صفقة دراسات يقل مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة مائة مليون دينار جزائري (100.000.000 د.ج) أو يساويه، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة شريطة أن يتجاوز مبلغه نسبة (10%) من المبلغ الأصلي للصفقة العمومية أو يساويه.

وتجدر الإشارة في هذا الإطار إلى أن الأسقف المالية المشار إليها أعلاه تخص مبالغ الصفقة العمومية دون مبالغ الملحق، على أساس أن الملحق ما هو إلا وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة العمومية

1- حنان بوسلامة، الرقابة على الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية (الجزائر)، المجلد ب، عدد 47، 2017، ص.157.

2- أنظر الفقرة الأولى من المادة 171 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

الأصلية وبالتالي لا يهم مبلغه، غير أنه إذا كان مجموعهما يفوق الحدود المالية المبينة سابقا فإن هذه الصفقات العمومية وملاحقتها تخرج من اختصاص اللجنة الجهوية للصفقات العمومية وتدخل في نطاق اختصاص اللجنة القطاعية للصفقات العمومية¹، ونفس الحكم يطبق بالنسبة للملاحق التي تتضمن خدمات تكميلية بمبالغ مالية ترفع من المبلغ الأصلي للصفقة العمومية إلى ما يجاوز الحدود المالية المبينة سابقا².

وتجدر الإشارة فيما يتعلق بالهياكل التي يسمح لها بإنشاء مثل هذه اللجان، إلى أن المشرع اللاتحي الجزائري لم يفتح المجال أمام جميع الهياكل المختصة، وإنما حصرها في قائمة يتم إعدادها بموجب قرار صادر عن الوزير المعني.

أما فيما يتعلق بتشكيلة اللجنة الجهوية للصفقات العمومية، فإنها تتكون من³:

1- الوزير المعني أو ممثله، رئيسا.

2- ممثل المصلحة المتعاقدة.

3- ممثلين إثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة).

4- ممثل عن الوزير المعني بالخدمة، حسب موضوع الصفقة (بناء - أشغال عمومية - ري)، عند الإقتضاء.

5- ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة.

ب- اختصاصات وتشكيلة لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية والهيكلي غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري:

تختص لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية والهيكلي غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق الخاصة بهذه المؤسسات، وهذا بشرط أن لا تتجاوز مبالغها الأسقف المالية المحددة في الفقرات الأربع الأولى من المادة 184 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام⁴، وهذا وفقا لما تمت الإشارة

1- أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 184 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

2- أنظر الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 184 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

3- أنظر الفقرة الثانية من المادة 171 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

4- أنظر الفقرة الأولى من المادة 172 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

إليه سابقا بالنسبة للجنة الجهوية للصفقات العمومية، بحيث لو تجاوزت هذه الحدود المالية لدخلت في نطاق اختصاص اللجنة القطاعية للصفقات العمومية.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن المشرع اللائحي الجزائري لم يفتح الباب على مصراعيه أمام جميع الهياكل غير المركزية للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري من أجل تشكيل هذه اللجنة، وإنما حصرها في قائمة تصدر بموجب قرار من الوزير المعني¹.

وتتشكل هذه اللجنة من:

- 1- ممثل عن السلطة الوصية، رئيسا.
- 2- المدير العام أو مدير المؤسسة أو ممثله.
- 3- ممثلين إثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة).
- 4- ممثل عن الوزير المعني بالخدمة، حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري) عند الإقتضاء.
- 5- ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة.

ج- اختصاصات وتشكيلة اللجنة الولائية للصفقات العمومية:

تختص اللجنة الولائية للصفقات العمومية بدراسة ما يلي²:

- 1- دفاتر الشروط والصفقات والملاحق التي تبرمها الولاية والمصالح غير المركزية للدولة والمصالح الخارجية للإدارات المركزية غير تلك الواردة في القائمة التي نصت عليها الفقرة الأخيرة من المادة 172 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وهذا بشرط أن لا تتجاوز مبالغها الأسقف المالية المحددة في الفقرات الأربع الأولى من المادة 184 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام³، وهذا وفقا لما تمت الإشارة إليه سابقا بالنسبة للجنة الجهوية للصفقات العمومية، بحيث لو تجاوزت هذه الحدود المالية لدخلت في نطاق اختصاص اللجنة القطاعية للصفقات العمومية.

1- أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 172 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

2- أنظر الفقرة الأولى من المادة 173 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

3- أنظر الفقرة الأولى من المادة 172 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

2- دفاتر الشروط والصفقات التي تبرمها البلدية والمؤسسات العمومية المحلية، التي يساوي مبلغها أو يفوق التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة مائتي مليون دينار جزائري (200.000.000 د.ج) بالنسبة لصفقات الأشغال أو اللوازم، وخمسين مليون دينار جزائري (50.000.000 د.ج) بالنسبة لصفقات الخدمات، وعشرين مليون دينار جزائري (20.000.000 د.ج) بالنسبة لصفقات الدراسات.

3- الملاحق التي تبرمها البلدية والمؤسسات العمومية المحلية، بشرط أن تكون مبالغها تتجاوز نسبة (10%) من المبلغ الأصلي للصفقة العمومية.

وتتشكل اللجنة الولائية للصفقات العمومية من¹:

1- الوالي أو ممثله، رئيسا.

2- ممثل المصلحة المتعاقدة.

3- ثلاثة ممثلين عن المجلس الشعبي الولائي.

4- ممثلين إثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة).

5- مدير المصلحة التقنية المعنية بالخدمة بالولاية، حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري) عند الإقتضاء.

د- اختصاصات وتشكيلة اللجنة البلدية للصفقات العمومية:

تختص اللجنة البلدية للصفقات العمومية بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق الخاصة بالبلدية، بشرط أن لا تتجاوز مبالغها الأسقف المالية المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 173 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بحيث لو تجاوزت هذه المبالغ لدخلت في نطاق اختصاص اللجنة الولائية للصفقات العمومية.

وتتشكل هذه اللجنة من:

1- رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله، رئيسا.

2- ممثل عن المصلحة المتعاقدة.

3- منتخبين إثنين (2) يمثلان المجلس الشعبي البلدي.

1- أنظر الفقرة الثانية من المادة 173 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

- 4- ممثلين إثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة).
- 5- ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة بالولاية، حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري) عند الإقتضاء.

هـ- اختصاصات وتشكيلة لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري غير المذكور في القائمة المنصوص عليها في الفقرة الأخيرة من المادة 172 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام:

تختص لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري غير المذكور في القائمة المنصوص عليها في الفقرة الأخيرة من المادة 172 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق الخاصة بالمؤسسة، وهذا بشرط أن لا تتجاوز مبالغها الأسقف المالية المحددة في المادة 173 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بحيث لو تجاوزت هذه الحدود لدخلت في نطاق اختصاص اللجنة الولائية للصفقات العمومية¹.

وتتشكل هذه اللجنة من²:

- 1- ممثل السلطة الوصية، رئيسا.
- 2- المدير العام أو مدير المؤسسة أو ممثله.
- 3- ممثل منتخب عن مجلس المجموعة الإقليمية المعنية.
- 4- ممثلين إثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة).
- 5- ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة بالولاية، حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري) عند الإقتضاء.

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن المشرع اللاتحي الجزائري أجاز للوالي أو لرئيس المجلس الشعبي البلدي -حسب الحالة- بتجميع المؤسسات العمومية المحلية التابعة لقطاع واحد كبير في لجنة واحدة

1- أنظر الفقرة الأولى من المادة 175 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

2- أنظر الفقرة الثانية من المادة 175 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

أو أكثر إذا كان عددها كبيرا، ويكون المدير أو المدير العام للمؤسسة العمومية عضوا فيها حسب الملف المبرمج¹.

2- اللجنة القطاعية للصفقات العمومية:

تنص المادة 179 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه: "تحدث لدى كل دائرة وزارية لجنة قطاعية للصفقات، تكون مختصة في حدود المستويات المحددة في المادة 184 أدناه".

وتتمثل صلاحيات اللجنة القطاعية للصفقات العمومية فيما يلي²:

- 1- مراقبة صحة إجراءات إبرام الصفقات العمومية.
 - 2- مساعدة المصالح المتعاقدة التابعة لها في مجال تحضير الصفقات العمومية وإتمام تراتيبيها.
 - 3- المساهمة في تحسين ظروف مراقبة صحة إجراءات إبرام الصفقات العمومية.
- وإضافة إلى ما سبق تختص اللجنة القطاعية للصفقات العمومية في مجال الرقابة بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق والبطون المقدمة من طرف المتعهدين ضد إجراء من إجراءات عملية إبرام الصفقة العمومية المتعلقة بكل المصالح المتعاقدة التابعة للقطاع المعني³، وهذا بشرط أن تتجاوز مبالغها الأسقف المالية المبينة في المادة 184 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث تنص هذه الأخيرة على أن تفصل اللجنة القطاعية للصفقات العمومية في:

- 1- كل دفتر شروط أو صفقة أشغال يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة مليار دينار جزائري (1.000.000.000 د.ج)، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة شريطة أن يتجاوز مبلغه نسبة (10%) من المبلغ الأصلي للصفقة العمومية أو يساويه.
- 2- كل دفتر شروط أو صفقة لوازم يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة ثلاثمائة مليون دينار جزائري (300.000.000 د.ج)، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة شريطة أن يتجاوز مبلغه نسبة (10%) من المبلغ الأصلي للصفقة العمومية أو يساويه.

1- أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 175 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

2- أنظر المادة 180 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

3- أنظر المادة 182 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

3- كل دفتر شروط أو صفقة خدمات يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة مائتي مليون دينار جزائري (200.000.000 د.ج)، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة شريطة أن يتجاوز مبلغه نسبة (10%) من المبلغ الأصلي للصفقة العمومية أو يساويه.

4- كل دفتر شروط أو صفقة دراسات يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة مائة مليون دينار جزائري (100.000.000 د.ج)، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة شريطة أن يتجاوز مبلغه نسبة (10%) من المبلغ الأصلي للصفقة العمومية أو يساويه.

5- كل دفتر شروط أو صفقة أشغال أو لوازم للإدارة المركزية يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة اثني عشر مليون دينار جزائري (12.000.000 د.ج)، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة شريطة أن يتجاوز مبلغه نسبة (10%) من المبلغ الأصلي للصفقة العمومية أو يساويه.

6- كل دفتر شروط أو صفقة دراسات أو خدمات للإدارة المركزية يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة ستة ملايين دينار جزائري (6.000.000 د.ج)، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة شريطة أن يتجاوز مبلغه نسبة (10%) من المبلغ الأصلي للصفقة العمومية أو يساويه.

7- كل ملحق للصفقة العمومية الأصلية يتضمن خدمات تكميلية بمبالغ مالية ترفع من المبلغ الأصلي للصفقة العمومية إلى الأسقف المالية المبينة سابقا، وهذا وفقا لما تنص عليه الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 184 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والتي جاء فيها ما يلي:
"تفصل اللجنة القطاعية للصفقات، في مجال الرقابة، في كل مشروع:

- صفقة تحتوي على البند المنصوص عليه في المادة 139 من هذا المرسوم يمكن أن يرفع تطبيقه المبلغ الأصلي إلى مقدار المبالغ المحددة أعلاه، أو أكثر من ذلك"¹.

8- كل ملحق يرفع المبلغ الأصلي للصفقة العمومية إلى المستويات المشار إليها آنفا.

كما تختص اللجنة القطاعية للصفقات العمومية أيضا بدراسة الملفات التابعة لقطاع وزاري آخر غير ذلك التي عينت خصيصا له، وذلك عندما تتصرف الدائرة الوزارية المعنية -في إطار صلاحياتها- لحساب دائرة وزارية أخرى².

أما في مجال التنظيم فإن اللجنة القطاعية للصفقات العمومية تعمل على¹:

1- تجدر الإشارة هنا إلى أن صياغة هذه الفقرة تتضمن خلافا واضحا، وهذا على أساس أن البند المنصوص عليه في المادة 139 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري يتعلق بالخدمات التكميلية، وهذه الأخيرة لا يمكن النص عليها في الصفقة العمومية الأصلية، وإنما يتم إدراجها عن طريق إبرام ملحق لهذه الصفقة.
2- أنظر المادة 181 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

- 1- اقتراح أي تدبير من شأنه تحسين ظروف مراقبة صحة إبرام الصفقات العمومية.
- 2- اقتراح النظام الداخلي النموذجي الذي يحكم عمل لجان الصفقات العمومية وفقا لما هو منصوص عليه في المادتين 177 و 190 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. وتشكل اللجنة القطاعية للصفقات العمومية من²:
- 1- الوزير المعني أو ممثله، رئيسا.
- 2- ممثل الوزير المعني، نائب رئيس.
- 3- ممثل المصلحة المتعاقدة.
- 4- ممثلان (2) عن القطاع المعني.
- 5- ممثلان عن وزير المالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة).
- 6- ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة.

ثانيا: إجراءات الرقابة الخارجية القبلية للصفقات العمومية والآثار المترتبة عنها

قبل التطرق للإجراءات المتبعة أمام هيئات الرقابة القبلية الخارجية، تجدر الإشارة إلى أنه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تطلب إجباريا التأشيرة بخصوص مشروع الملحق الذي تنوي إبرامه³، إلا إذا لم يتجاوز مبلغ هذا الملحق أو مجموع الملاحق المراد إبرامها نسبة 10% زيادة أو نقصانا من المبلغ الإجمالي للصفقة الأصلية⁴.

وفي سبيل الإلمام بجميع الاجراءات المتبعة أمام هيئات الرقابة القبلية الخارجية والآثار المترتبة على هذه الرقابة، سنعمد إلى تقسيم هذه الإجراءات إلى ثلاثة مراحل، تتمثل الأولى في مرحلة إيداع ملفات مشاريع الملاحق على مستوى الكتابة الدائمة للجنة الصفقات العمومية المختصة، والثانية في مرحلة إرسال الملفات إلى المقرر وأعضاء اللجنة، والثالثة والأخيرة في مرحلة البت في هذه الملفات.

1- أنظر المادة 183 من المرسوم الرئاسي أعلاه.
2- أنظر المادة 185 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.
3- أنظر الفقرة الأولى من المادة 196 من المرسوم الرئاسي أعلاه.
4- أنظر المادة 139 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

1- مرحلة إيداع ملفات مشاريع الملاحق:

- عقب انتهاء المصلحة المتعاقدة من إعداد ملف مشروع الملحق تقوم بإرساله إلى الكتابة الدائمة للجنة الصفقات العمومية المختصة، ويجب أن يتضمن هذا الملف مجموع الوثائق التالية¹:
- 1- مشروع ملحق يحتوي على كل البنود المعدلة للصفقة، ويجب أن يكون العقد مرفقا بكشف وصفي وكشف كمي وتقديري، وعند الاقتضاء، بجدول الأسعار بالوحدة، كما يجب أن يكون مرفقا بكل الوثائق التبريرية والوثائق التقنية.
 - 2- تفويض السلطة بالامضاء، عندما لا يكون الموقع على الملحق هو المسؤول المكلف قانونا.
 - 3- بطاقة فردية للعملية، عند الاقتضاء، مقرر التمويل المناسب.
 - 4- المذكرة التحليلية.
 - 5- تقرير تقديمي للملف، يبرر نتيجة مشروع الملحق، وكل معلومة إضافية من شأنها أن تقدم توضيحات لأعضاء لجنة الصفقات.
 - 6- محضر التفاوض على الأسعار في حالة إدراج أشغال تكميلية بأسعار جديدة.
 - 7- الوثائق التبريرية للحصة المحولة، عند الاقتضاء.
 - 8- وصل إيداع الملف لدى لجنة الصفقات العمومية المختصة.
- وتتولى الكتابة الدائمة للجنة الصفقات العمومية -تحت إشراف رئيس اللجنة- القيام بمجموع المهام المادية التي يقتضيها عملها، لا سيما منها²:
- 1- التأكد من أن الملف المقدم كامل بالاستناد إلى أحكام هذا المرسوم، وحسب ما هو مبين في النظام الداخلي.
 - 2- تسجيل ملفات مشاريع الصفقات ومشاريع الملاحق، وكذلك أية وثيقة تكميلية، وإعطاء إشعار بالتسليم مقابل ذلك.
 - 3- إعداد جدول الأعمال.
 - 4- إعداد استدعاءات أعضاء اللجنة وممثلي المصلحة المتعاقدة والمستشارين المحتملين.
 - 5- إرسال الملفات إلى المقررين.

1- أنظر نموذج المذكرة التحليلية لمشروع الملحق المرفق بالمرسوم التنفيذي رقم 11-118 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1432 الموافق 16 مارس سنة 2011 يتضمن الموافقة على النظم الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية، ج.ر عدد 16 صادرة بتاريخ 13 مارس 2011.

2- أنظر المادة 199 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

- 6- إرسال المذكرة التحليلية لمشروع الصفقة أو الملحق والتقارير التقديمي إلى أعضاء اللجنة.
- 7- إرسال ملفات مشاريع دفاتر الشروط والطعون إلى أعضاء اللجنة.
- 8- تحرير التأشيرات والمذكرات ومحاضر الجلسات.
- 9- إعداد التقارير الفصلية عن النشاط.
- 10- تمكين أعضاء اللجنة من الاطلاع على المعلومات والوثائق الموجودة لديها.
- 11- متابعة رفع التحفظات المنصوص عليها في المادة 195 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وهذا بالاتصال مع المقرر.

2- مرحلة إرسال ملفات مشاريع الملاحق إلى المقرر وأعضاء اللجنة:

سنقسم هذه المرحلة إلى قسمين، نتعرض في القسم الأول للإجراءات المتعلقة بالمقرر، على أن نتطرق في القسم الثاني للإجراءات المرتبطة بأعضاء اللجنة.

أ- إرسال ملفات مشاريع الملاحق إلى المقرر:

بعد إيداع المصلحة المتعاقدة ملف مشروع الملحق لدى الكتابة الدائمة للجنة الصفقات العمومية المختصة، يقوم رئيس هذه اللجنة بتعيين أحد أعضائها ليقيم لها تقريرا تحليليا عن الملف المدوع أمامها¹، وهذا من أجل تسهيل مهمة أعضائها في دراسة وفحص هذا الملف ومساعدتهم في اتخاذ القرار المناسب بشأنه، إما بمنح التأشير للمصلحة المتعاقدة أو برفضها². وتجدر الإشارة هنا إلى أن تعيين المقرر يجب أن يكون بخصوص كل ملف على حدى، وليس مقرر دائم لجميع الملفات³، كما لا يمكن تعيين رئيس لجنة الصفقات العمومية المختصة أو نائبها بصفة مقرر⁴.

وبالنسبة للجنة القطاعية للصفقات العمومية يمكن لرئيسها تعيين خبير كمقرر إذا كان ملف مشروع الملحق المعروض للدراسة يتضمن بعض التعقيدات والتفاصيل التقنية التي تتطلب الاستعانة بأهل الخبرة من أجل دراسته، وهذا على خلاف لجنة الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة التي لا يمكنها ذلك⁵. وفي هذا الصدد يرى الباحث أنه كان من الأفضل للمنظم الجزائري أن يسمح أيضا

1- نجمة عباس؛ لطفي حصروري، الرقابة على الصفقات العمومية في ظل القانون الجديد، أوراق المؤتمر العلمي الوطني: قانون الصفقات العمومية بين تجديد آليات الرقابة وتجسيد الرشادة في صرف المال العام، جامعة البليدة 2 (الجزائر)، 2017، ص.367.

2- أنظر الفقرة الأولى من المادة 193 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

3- أنظر الفقرة الثالثة من المادة 193 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

4- أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 193 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

5- أنظر الفقرة الثانية من المادة 193 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

لرئيس هذه اللجنة بتعيين خبير كمقرر، في حالة ما إذا تضمن الملف المعروض عليها نفس التعقيدات التقنية السابقة، والتي لا يمكن لأي عضو من أعضائها الإحاطة والإلمام بها.

وفي هذا الصدد يقوم المقرر بشرح جميع التفاصيل والنقاط التي تضمنها مشروع الملحق، وبيّن لأعضاء اللجنة الإجراءات والقواعد الواجب احترامها في مثل هذا الملف، وهذا وفقاً لمقتضيات مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

ومن أجل أن يتسنى للمقرر دراسة ملف مشروع الملحق بشكل معمق، يجب أن ترسل إليه الكتابة الدائمة للجنة الملف كاملاً قبل ثمانية أيام على الأقل من انعقاد الاجتماع المخصص لدراسته¹. ولكن تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن المشرع اللاتحي الجزائري لم يبين لنا جزاء مخالفة لجنة الصفقات العمومية المختصة لهذا الأجل، فهل يؤدي عدم احترامه إلى جعل قرار رفض منح التأشيرة معيباً؟، وإذا كان الأمر كذلك هل يمكن الطعن فيه بالالغاء من طرف المصلحة المتعاقدة؟، وأمام أي جهة يمكن تقديم هذا الطعن؟

وللإجابة على هذا التساؤل يرى الباحث أن هذا الأجل منصوص عليه لفائدة ومصلحة المقرر، وهذا حتى يتمكن من دراسة الملف المرسل إليه بشكل دقيق، ويتسنى له إعداد التقرير التحليلي بشكل مفصل، تمهيداً ل عرضه على أعضاء اللجنة، وبهذا الأسلوب يكون المشرع اللاتحي الجزائري قد ضمن دراسة جدية وحقيقية لهذا الملف، الأمر الذي يجنب الخزينة العمومية أعباء مالية إضافية هي في غنى عنها.

ب- إرسال المذكرة التحليلية والتقرير التقديمي لمشروع الملحق إلى الأعضاء:

تقوم المصلحة المتعاقدة بمناسبة كل ملف مشروع ملحق تنوي عرضه على لجنة الصفقات العمومية المختصة لدراسته وفحصه تمهيداً للحصول على التأشيرة، بإعداد مذكرة تحليلية وتقرير تقديمي لهذا المشروع وتودعه رفقة باقي وثائق الملف لدى الكتابة الدائمة لهذه اللجنة في أجل لا يقل عن ثمانية أيام قبل انعقاد الاجتماع المخصص لدراسة هذا الملف²، ويتم إعداد هذه المذكرة التحليلية

1- أنظر الفقرة الرابعة من المادة 193 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.
2- أنظر المادة 197 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

والتقرير التقديمي طبقا لنموذج يحدده النظام الداخلي للجنة الصفقات العمومية المختصة¹، وهما يشتملان على العناصر الأساسية التي تساعد أعضاء اللجنة على ممارسة مهامهم. وعلى خلاف ما هو متبع بالنسبة للمقرر، فإن الكتابة الدائمة للجنة الصفقات العمومية المختصة وبعد استلامها لملف مشروع الملحق، لا تقوم بإرسال كامل الملف إلى أعضاء اللجنة، وإنما ترسل فقط المذكرة التحليلية والتقرير التقديمي لهذا المشروع²، ومن أجل دراسة وفحص الملف بشكل دقيق من طرف الأعضاء؛ يمكنهم الاطلاع على المعلومات والوثائق الموجودة لدى الكتابة الدائمة لهذه اللجنة³.

3- مرحلة البت في ملف مشروع الملحق:

بعد إيداع ملف مشروع الملحق لدى الكتابة الدائمة للجنة الصفقات العمومية المختصة، وتؤكد هذه الأخيرة من أن الملف المودع لديها يشتمل على جميع الوثائق المطلوبة، تقوم بإخطار رئيس اللجنة الذي يبادر بدوره إلى استدعاء أعضاء اللجنة وكل شخص ذي خبرة يمكن الاستعانة به لدراسة وفحص هذا الملف⁴، ويجب أن لا يقل الأجل الفاصل بين تاريخ استلام الاستدعاء من طرف الأعضاء والتاريخ المحدد للإجتماع عن ثمانية أيام على الأقل⁵. ويتعين على أعضاء اللجنة أن يشاركوا بصفة شخصية في اجتماعاتها، ولا يمكن أن يمثلهم في حال غيابهم أو حدوث مانع لهم إلا مستخلفوهم⁶.

ولا تصح اجتماعات لجنة الصفقات العمومية إلا باكتمال النصاب القانوني، والمتمثل في الأغلبية المطلقة لأعضائها سواء الحاضرين أو الغائبين، بمعنى أنه إذا كان عدد أعضاء اللجنة هو عشرة فإن الأغلبية المطلقة لأعضائها هو ستة، وفي حالة عدم توفر هذا النصاب تجتمع اللجنة من جديد في غضون الثمانية أيام الموالية⁷، وهنا تصح مداولاتها مهما كان عدد الأعضاء الحاضرين⁸. وفي حالة

1- أنظر نموذج المذكرة التحليلية لمشروع الملحق المرفق بالمرسوم التنفيذي رقم 11-118 المتضمن الموافقة على النظم الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية.

2- أنظر الفقرة السادسة من المادة 199 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

3- أنظر الفقرة العاشرة من المادة 199 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

4- أنظر الفقرتين الأولى والثانية من المادة 191 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

5- أنظر الفقرة الرابعة من المادة 193 و المادة 197 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

6- أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 191 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

7- نوال إيرابن، لجان الرقابة على الصفقات العمومية و دورها في حماية المال العام، مجلة دفاتر البحوث العلمية (الجزائر)، عدد 7، 2016، ص.199.

8- أنظر المادة 198 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

عدم صدور التأشيرة خلال الآجال المحددة تخطر المصلحة المتعاقدة رئيس لجنة الصفقات العمومية المختصة الذي يتولى استدعاء أعضاء اللجنة للاجتماع في غضون الثمانية أيام الموالية لتاريخ الإخطار، وهنا أيضا تصح اجتماعات اللجنة مهما كان عدد الأعضاء الحاضرين¹.

وتتخذ لجنة الصفقات العمومية قراراتها بأغلبية الأعضاء الحاضرين، وفي حالة تعادل الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحا². ويجب على اللجنة أن تبت في الملف المدوع لديها خلال الأجل المحدد، ويتمثل هذا الأجل بالنسبة للجنة صفقات المصلحة المتعاقدة في مدة أقصاها عشرون (20) يوما من تاريخ إيداع الملف لدى الكتابة الدائمة لهذه اللجنة³، وبالنسبة للجنة القطاعية للصفقات في مدة أقصاها خمسة وأربعون (45) يوما من تاريخ إيداع الملف لدى الكتابة الدائمة لهذه اللجنة⁴. غير أنه يمكن تأجيل دراسة الملف المسجل في جدول أعمال اللجنة، وهذا لاستكمال المعلومات المطلوبة لفحص هذا الملف، وفي هذه الحالة توقف الآجال ولا تعود للسريان إلا ابتداء من تاريخ تقديم هذه المعلومات⁵.

ويكون قرار لجنة الصفقات العمومية إما بمنح التأشيرة لمشروع الملحق المعروض عليها، ما يعني السماح للمصلحة المتعاقدة المعنية بإتمام عملية إبرامه والشروع في تنفيذه، وإما رفض منح هذه التأشيرة⁶، وفيما يلي سنتطرق لدراسة كل حالة من هاتين الحالتين:

أ- منح التأشيرة:

عند تأكد لجنة الصفقات العمومية بأن ملف مشروع الملحق لا يتضمن أية مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية السارية المفعول، يمكنها منح التأشيرة للمصلحة المتعاقدة⁷، كما يمكنها منح هذه التأشيرة حتى ولو تضمن ملف مشروع الملحق مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، ولكن بشرط أن لا يكون هناك أي تأثير لهذه المخالفة على المبادئ التي تحكم عملية إبرام الصفقات العمومية⁸، والتي تتمثل في مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية؛ ومبدأ المساواة في معاملة المرشحين؛

1- أنظر الفقرة الثالثة من المادة 191 من المرسوم الرئاسي أعلاه.
2- أنظر الفقرة الثالثة من المادة 191 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.
3- أنظر المادة 178 من المرسوم الرئاسي أعلاه.
4- أنظر المادة 189 من المرسوم الرئاسي أعلاه.
5- أنظر الفقرة السابعة من المادة 195 من المرسوم الرئاسي أعلاه.
6- أنظر الفقرة الأولى من المادة 195 من المرسوم الرئاسي أعلاه.
7- كريمة علة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة الجزائر 01- (الجزائر)، 2013، ص.199.
8- أنظر الفقرة الأولى من المادة 195 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

المرشحين؛ ومبدأ شفافية الإجراءات¹، وهو ما أكدته الفقرة الأخيرة من المادة 136 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بقولها: "عندما يتجاوز مبلغ ملحق يتعلق بزيادة في الخدمات أو القيمة الإجمالية للعديد من الملاحق ... نسبة خمسة عشر في المائة (15%) من المبلغ الأصلي للصفقة في حالة صفقات اللوازم والدراسات والخدمات، ونسبة عشرين في المائة (20%) في حالة صفقات الأشغال، فإنه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تبرر لدى لجنة الصفقات المختصة أنه لم يتم المساس بالشروط الأصلية للمنافسة، وأنه لم يتم التراجع فيها وأن إعلان إجراء جديد، بعنوان الخدمات بالزيادة، لا يسمح بإنجاز المشروع حسب الشروط المثلى للأجل والسعر".

غير أنه تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه يجب على المراقب المالي والمحاسب المكلف في حالة ما إذا تبين لهما عدم مطابقة ملف مشروع الملحق؛ الذي كان موضوع التأشيرة؛ لأحكام تشريعية تتعلق بالصفقات العمومية، أن يعلما كتابيا لجنة الصفقات العمومية المختصة بذلك. ويمكن لهذه اللجنة بعد إخطارها من طرف المراقب المالي والمحاسب المكلف أن تسحب هذه التأشيرة مهما يكن من أمر، وهذا قبل تبليغ الملحق للمتعاقد².

وهنا يجب التنبيه إلى أن المشرع اللائحي الجزائري حصر سلطة الإخطار في المراقب المالي والمحاسب العمومي المكلف فقط، وكان من الأجدر توسيعها لتشمل أعوان المصلحة المتعاقدة وكل شخص لديه مصلحة في هذا الإخطار. كما تجدر الإشارة إلى أن هذا الإخطار يتعلق فقط بمخالفة الأحكام التشريعية المتعلقة بالصفقات العمومية، وكان من الأسلم توسيع نطاق الإخطار ليشمل أيضا مخالفة الأحكام التنظيمية المتعلقة بالصفقات العمومية، لاسيما إذا علمنا أن جل الأحكام المتعلقة بالصفقات العمومية هي أحكام تنظيمية. كما يجب التنبيه أيضا إلى أن اللجنة ليست ملزمة بسحب التأشيرة بعد إخطارها من طرف المراقب المالي والمحاسب المكلف، وإنما هي مخيرة في ذلك، وكان من الأسلم على المشرع اللائحي الجزائري في هذه الحالة أن يلزم اللجنة بسحب التأشيرة، لاسيما إذا علمنا أنه لا يمكن فرض التأشيرة -سواء كانت شاملة أو غير شاملة- على المراقب المالي والمحاسب المكلف في حالة عدم مطابقتها للأحكام التشريعية المتعلقة بالصفقات العمومية³. ويتخذ القرار بشأن

1- أنظر المادة الخامسة من المرسوم الرئاسي أعلاه.

2- أنظر الفقرة الثانية من المادة 196 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

3- أنظر الفقرة الأولى من المادة 196 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

بشأن سحب التأشيرة أو عدم سحبها بأغلبية أصوات الأعضاء الحاضرين بعد دراسة الإخطار الموجه إلى اللجنة، كما هو متبع بالنسبة لقرار منح أو رفض منح التأشيرة.

ويمكن أن تكون التأشيرة الممنوحة للمصلحة المتعاقدة بخصوص مشروع الملحق المودع لدى اللجنة خالية من أية تحفظات، كما يمكن أن تكون مرفقة بتحفظات¹، وهنا يجب التمييز بين التحفظات غير الموقفة والتحفظات الموقفة، فبالنسبة للتحفظات غير الموقفة هي تلك التحفظات المتصلة بالشكل، وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة الشروع في تنفيذ الملحق بمجرد رفع هذه التحفظات، دون أن يكون هذا الملحق محل دراسة من جديد من طرف اللجنة المختصة، وهنا يتعين على الكتابة الدائمة للجنة الصفقات العمومية المختصة متابعة رفع هذه التحفظات بالاتصال مع المقرر². أما فيما يتعلق بالتحفظات الموقفة فهي تلك التحفظات المتصلة بموضوع مشروع دفتر الشروط أو الصفقة أو الملحق، وفي هذه الحالة لا يمكن للمصلحة المتعاقدة البدء في عملية التنفيذ إلا بعد رفع هذه التحفظات وعرض ملف مشروع الملحق من جديد على اللجنة المختصة من أجل التأكد من رفع هذه التحفظات والتأشير عليها³.

وبعد رفع جميع التحفظات المحتملة المرافقة للتأشيرة المسلمة من طرف لجنة الصفقات العمومية المختصة، يجب على المصلحة المتعاقدة أن تعرض مشروع الملحق على الهيئات المالية (المراقب المالي والمحاسب العمومي المكلف) لكي تلتزم بالنفقات المترتبة عليه، وهذا قبل موافقة السلطة المختصة عليه والشروع في تنفيذه⁴.

وفي هذا الصدد تجدر الإشارة إلى أنه يمكن للمراقب المالي والمحاسب العمومي المكلف رفض الالتزام بالنفقة لمشروع ملحق بالرغم من حصوله على تأشيرة اللجنة، إلا إذا كانت هذه التأشيرة شاملة؛ وهي تلك التأشيرة التي يوافق عليها جميع أعضاء لجنة الصفقات العمومية المختصة، ولكن حتى في هذه الحالة يمكن لهما رفض الالتزام بالنفقة إذا كانت التأشيرة الشاملة غير مطابقة لأحكام تشريعية متعلقة بالصفقات العمومية⁵.

1- أنظر الفقرة الخامسة من المادة 195 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

2- مونية جليل، المناقشة في الصفقات العمومية في الجزائر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة الجزائر 01- (الجزائر)، 2015، ص.94.

3- Brahim BOULIFA, op. cit., p.329.

4- أنظر الفقرة السادسة من المادة 195 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

5- أنظر الفقرة الأولى من المادة 196 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

وعقب حصول المصلحة المتعاقدة على التأشيرة على الملحق، يجب عليها إيداع نسخة منها لدى المصالح المختصة إقليمياً في الإدارة الجبائية والضمان الإجتماعي التي تتبعها المصلحة المتعاقدة مقابل وصل استلام، وهذا في خلال الخمسة عشر (15) يوماً الموالية لإصدار هذه التأشيرة¹. وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن المشرع اللاتحي الجزائري ألزم المصلحة المتعاقدة في حالة عدولها عن إبرام صفقة عمومية كانت موضوع تأشيرة؛ أن تعلم لجنة الصفقات العمومية المختصة بذلك²، ولم يشر إلى حالة عدول المصلحة المتعاقدة عن إبرام ملحق كان موضوع تأشيرة من طرف هذه اللجنة، وكان من الأسلم لو نص المشرع اللاتحي الجزائري على إلزام المصلحة المتعاقدة بإعلام اللجنة عن هذا العدول؛ على أساس احترام قاعدة توازي الأشكال، وعلى اعتبار أن الملحق بوصفه وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة العمومية، فإن ما ينطبق على الأصل ينطبق على الفرع.

ب- رفض منح التأشيرة:

يمكن للجنة الصفقات العمومية المختصة عند دراستها لمشروع الملحق أن تقرر رفض منح التأشيرة للمصلحة المتعاقدة، وهذا في حالة ما إذا انطوى هذا الأخير على مخالفات للتشريع أو التنظيم المعمول بهما، ترتب عليها إخلال بالمبادئ التي تحكم الصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة الخامسة من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام³. ويتم تبليغ المصلحة المتعاقدة بقرار رفض منح التأشيرة وبجميع القرارات التي توصلت إليها اللجنة، في غضون ثمانية أيام على الأكثر من انعقاد الجلسة المخصصة لدراسة مشروع الملحق⁴. غير أنه يمكن تجاوز هذا القرار بشرط أن لا يكون معللاً بعدم مطابقة مشروع الملحق للأحكام التشريعية المتعلقة بالصفقات العمومية، وأن يتخذ مقرر التجاوز خلال أجل لا يتعدى تسعين (90) يوماً كحد أقصى من تاريخ تبليغ قرار الرفض، أما إذا كان رفض منح التأشيرة معللاً بعدم مطابقة مشروع الملحق للأحكام التنظيمية المتعلقة بالصفقات العمومية، فإنه يمكن اتخاذ مقرر التجاوز، وفي هذه الحالة فإن مقرر التجاوز يفرض على المراقب المالي والمحاسب العمومي المكلف⁵.

1- أنظر الفقرة الرابعة من المادة 196 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

2- أنظر الفقرة الثالثة من المادة 196 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

3- أنظر الفقرة الثالثة من المادة 195 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

4- أنظر الفقرة الثامنة من المادة 195 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

5- أنظر المادة 202 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

وفي هذا الصدد يرى الباحث أن تجاوز مقرر رفض التأشيرة أمر منتقد وخطير، لأنه سيؤدي لا محالة إلى التهرب من الأحكام القانونية التي وضعها المشرع اللائحي الجزائري للحفاظ على المال العام، لا سيما إذا علمنا أن المشرع اللائحي الجزائري لم يقيد هذا التجاوز بأي شرط، مما يمنح للهيئة التي تملك تجاوز مقرر الرفض سلطة واسعة في اتخاذه.

وقد حدد المشرع اللائحي الجزائري السلطات المخولة باتخاذ مقرر التجاوز في المادتين 200 و201 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وهي تتمثل في الوزير أو مسؤول الهيئة العمومية المعني، أو الوالي في حدود صلاحياته؛ ويتعين عليه إعلام وزير الداخلية والجماعات المحلية بهذا المقرر، أو رئيس المجلس الشعبي البلدي في حدود صلاحياته؛ ويتوجب عليه إعلام الوالي بهذا المقرر، ويجب اتخاذ هذا المقرر بناء على تقرير المصلحة المتعاقدة، كما يتعين إرسال نسخة من مقرر التجاوز إلى مجلس المحاسبة وإلى الوزير المكلف بالمالية (سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والمفتشية العامة للمالية) وإلى لجنة الصفقات العمومية المختصة¹.

المبحث الثاني: سلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة
تقضي القاعدة العامة في جميع العقود سواء المدنية منها أو الإدارية بأن هذه الأخيرة لا تنقضي إلا بانتهاء المدة المحددة فيها أو بتنفيذ الموضوع المتفق عليه، وهو ما يطلق عليه بالانقضاء الطبيعي أو العادي للعقود. فالصفقات العمومية للأشغال مثلا لا تنقضي إلا بتمام تنفيذ المشروع المحدد في دفتر الشروط بجميع أجزائه وتفصيله، والصفقات العمومية للتوريدات لا تنتهي هي الأخرى إلا بتوريد جميع المواد المنصوص عليها في بنود الصفقة العمومية، كما ينتهي العقد بانقضاء الأجل المحدد له كما هو الحال بالنسبة لعقود الامتياز².

غير أنه يجوز في بعض الحالات أن تنتهي العقود قبل انقضاء المدة الزمنية المحددة لها أو حتى قبل إتمام تنفيذ موضوعها، وهو ما يطلق عليه بالانقضاء المبسر أو غير العادي للعقود، وهنا تشترك جميع عقود القانون الخاص مع العقود الإدارية في حالات معينة نصت عليها القواعد العامة المنظمة لانقضاء العقود قبل أوانها³.

1- أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 200 والفقرة الأخيرة من المادة 201 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

2- مفتاح خليفة عبد الحميد؛ حمد محمد حمد الشلحاني، انقضاء العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2013، ص.315.

3- نصرري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.361.

وتتمثل هذه الحالات في أربعة صور أساسية، حيث قد ينتهي العقد قبل أوانه إذا استحال تنفيذ موضوعه بسبب القوة القاهرة، وقد ينتهي أيضا إذا استحال تنفيذه بسبب هلاك محله، وقد ينص القانون أو العقد على اعتبار العقد مفسوخا في حالات معينة، وأخيرا قد يفسخ العقد بحكم قضائي بناء على طلب أحد المتعاقدين إذا أخل المتعاقد الآخر بتنفيذ التزاماته العقدية¹.

غير أن العقود الإدارية ونظرا لطبيعتها الخاصة تنفرد بحالات خاصة ومختلفة تماما عن القواعد العامة المقررة لإنهاء العقد بصفة غير طبيعية، حيث يجوز للإدارة المتعاقدة إنهاء العقد الإداري بصفة انفرادية ودون اللجوء لاستصدار حكم قضائي كجزاء للمتعاقد معها الذي أخل بتنفيذ التزاماته العقدية إخلالا جسيما، وهو ما يعرف بالفسخ الجزائي.

كما يجوز أيضا للإدارة المتعاقدة إنهاء العقد الإداري بصفة انفرادية حتى في حالة عدم صدور أي إخلال أو تقصير من جانب المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته العقدية، وذلك إذا ما قدرت أن ضمان استمرارية سير المرفق العام المرتبط بهذا العقد يقتضي إنجاءه قبل حلول أجله أو قبل إتمام تنفيذ موضوعه تحقيقا للمصلحة العامة².

ونظرا لأهمية سلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء صفقاتها العمومية بصفة انفرادية وبدون خطأ من المتعامل المتعاقد معها لدواعي المصلحة العامة توجب علينا أولا التعرض للأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه السلطة وتحديد نطاق ممارستها، قبل أن نتعرض فيما بعد للشروط الواجب توفرها لممارسة هذه السلطة والآثار المترتبة عنها.

المطلب الأول: ماهية سلطة إنهاء الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة

سنعرض في الفرع الأول من هذا المطلب إلى تحديد الأساس القانوني الذي تستند إليه سلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء صفقاتها العمومية بإرادتها المنفردة دون خطأ من جانب المتعامل المتعاقد وطبيعتها القانونية، إذ لا يعقل من الناحية المنطقية والقانونية تمتع المصلحة المتعاقدة بهذه السلطة الخطيرة دون الاستناد إلى مبرر قانوني، ثم نتطرق بعد ذلك في الفرع الثاني من هذا المطلب إلى تعيين نطاق وحدود ممارسة هذه السلطة، فلا يمكن بأي حال من الأحوال ممارستها بشكل مطلق.

1- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.736.

2- Ibrahim Réfaat Mohamed EL-BÉHÉRÉRY, op. cit., p.467.

الفرع الأول: الأساس القانوني لسلطة إنهاء الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة

سنتطرق في الجزء الأول من هذا الفرع إلى مختلف الآراء الفقهية التي تعرضت لمسألة تحديد الأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة الإدارة المتعاقدة في إنهاء صفقاتها العمومية لدواعي المصلحة العامة، على أن نتعرض في الجزء الثاني لتحديد الطبيعة القانونية لهذه السلطة.

أولاً: الأساس القانوني لسلطة إنهاء الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة

لقد اختلفت الآراء الفقهية حول مسألة تحديد الأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء صفقاتها العمومية لدواعي المصلحة العامة دون خطأ من جانب المتعامل المتعاقد معها، فمنهم من يرى أنها تقوم على أساس فكرة الصالح العام ومقتضيات سير المرافق العامة، ومنهم من يرى أنها تقوم على أساس فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام، بينما ذهب فريق ثالث إلى أخذ موقف وسط بين الرأيين السابقين وقال بأن الأساس القانوني لهذه السلطة يقوم على أساس مزدوج يجمع بين الأساسين الأول والثاني¹.

1- الأساس القانوني القائم على فكرة الصالح العام ومقتضيات سير المرافق العامة:

يرى أصحاب هذا الرأي أن العقد الإداري يقوم على أساس توفير حاجيات المرفق العام من أجل ضمان سيره بانتظام واضطراد تحقيقاً للمصلحة العامة، فإذا تبين للإدارة المتعاقدة أن هذا العقد لم يعد يستجيب لمتطلبات المرفق العام، بمعنى أنه أصبح غير مفيد له أو أصبح يشكل عبئاً ثقيلاً عليه من الناحية المالية، أمكن لها إنهاء هذا العقد بصفة انفرادية دون خطأ من المتعاقد معها².

فمن غير المعقول إلزام الإدارة بالاستمرار في عقد إداري لم يعد يتوافق مع التطورات الحاصلة، سواء من الناحية التكنولوجية، كأن تخترع وسائل متطورة جديدة يمكن استعمالها في تسيير المرفق العام بدلاً من الوسائل القديمة التي تم التعاقد بشأنها، أو من الناحية السياسة الاقتصادية المنتهجة من طرف الدولة، والتي تقتضي إنهاء جميع العقود الإدارية التي لا تتوافق معها أو التي اتضح عدم فائدتها³.

وفي هذا الصدد أكد الإجتهد الفقه في فرنسا بشكل قاطع أنه يمكن للإدارة المتعاقدة إنهاء أي عقد إداري في سبيل تحقيق المصلحة العامة، ويعتبر هذا الحق من النظام العام الذي لا يمكن

1- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.363.

2- Gilles LEBRETON, Doit Administratif Général, DALLOZ, Paris, 2015, p.317.

3- مفتاح خليفة عبد الحميد؛ حمد محمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، المرجع السابق، ص.66.

التنازل عنه. حيث يرى الأستاذ " PEQUIGNOT " أنه يحق للإدارة المتعاقدة فسخ عقودها إذا اقتضى ذلك الصالح العام، لأنه من غير المقبول أن يصبح العقد حائلا بين الإدارة وبين تحقيق أهدافها وتأمين المنفعة العامة¹. كما يرى الأستاذ " BENOIT " أن سلطة الإدارة المتعاقدة في فسخ عقودها تستند إلى مصلحة المرفق العام التي تقتضي إنهاءها متى أصبحت غير متلائمة مع احتياجاته أو أصبحت تشكل عبئا ثقيلا عليه².

ونفس الاتجاه تبناه الاجتهاد الفقهي المصري، حيث يرى الدكتور محمد سليمان الطماوي أن الأساس الذي تقوم عليه سلطة الادارة في إنهاء عقودها الإدارية دون خطأ من جانب المتعاقد معها يتمثل في استهدافها تحقيق الصالح العام من خلال توفير الاحتياجات التي يتطلبها ضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، فإذا ما قدرت أن هذه العقود لم تعد ذات فائدة للمرفق العام أو أصبحت لا تحقق المصلحة العامة المنشودة فإنه بإمكانها إنهاؤها بإرادتها المنفردة دون حاجة إلى تبرير ذلك بارتكاب المتعاقد معها لمخافة عقدية³.

وقد أكد القضاء الإداري المصري على هذا التوجه، حيث قررت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم صادر لها بتاريخ 20 أبريل 1957 أن: "العقود الادارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره، وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود، وأن لها دائما حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما يترأى لها أنه أكثر اتفاقا مع الصالح العام، كما يترتب عليها كذلك أن للإدارة دائما سلطة إنهاء العقد، إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام، وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويضات إن كان لها وجه، على خلاف الأصل في العقود المدنية..."⁴.

وفي قرار آخر للمحكمة الإدارية العليا في مصر حديث نسبيا صادر لها بتاريخ 15 ماي 2001 أكدت بأنه : "للجهة الإدارية الحق في إنهاء عقودها الإدارية قبل الأوان حتى ولو لم يرتكب

1- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.121.

2- مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص.78.

3- محمد بن سعيد بن حمد المعمري، المرجع السابق، ص.467.

4- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، س 2 ق، جلسة 1957/04/20. أشار إليه: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.779.

المتعاقدين معها أي خطأ إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام، وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويضات إن كان لها وجه، وهذا على خلاف الأصل في العقود المدنية¹.

2- الأساس القانوني القائم على فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام:

يرى أنصار هذا الرأي أن سلطة الإدارة المتعاقدة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة دون خطأ من المتعاقد معها إنما تقوم على فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام. فممارسة هذه السلطة عبارة عن نتيجة طبيعية لنظام السلطة العامة، وهذا بصفة مستقلة عن جميع الشروط التي يمكن لأطراف العقد الإداري إدراجها فيه².

فالإدارة المتعاقدة تملك دائما سلطات استثنائية لا يمكنها التنازل عنها في إطار الشروط العقدية أو من تلقاء نفسها، بحيث يمكنها ممارسة هذه السلطات -بما فيها سلطة الإنهاء بإرادتها المنفردة- حتى ولو لم يتم النص عليها في بنود العقد الإداري، وهذا على أساس أن الإدارة المتعاقدة هي المسؤولة المباشرة عن تسيير المرفق العام محل العقد الإداري، وبالتالي يجب تمكينها من امتيازات استثنائية من أجل تحمل هذه المسؤولية³.

ويذهب أنصار هذا الرأي إلى أن سلطة الإدارة المتعاقدة في إنهاء عقودها الإدارية تقوم على فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام أكثر من قيامها على فكرة الصالح العام ومقتضيات سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وأن الفكرة الأخيرة تصلح شرطا لممارسة هذه السلطة وليس أساسا لها، بمعنى أن إنهاء العقود الإدارية يجب أن يكون في إطار استهداف المصلحة العامة عن طريق توفير حاجيات المرفق العام⁴.

ويرى العميد " VEDELE " الذي يعتبر من أكبر المدافعين عن هذا الاتجاه أن سلطة إنهاء العقد الإداري دون خطأ من المتعاقد هي نظام من أنظمة السلطة العامة تستطيع الإدارة المتعاقدة تقريره بإرادتها المنفردة، وأن ممارسة هذه السلطة يجب أن تتعلق باستهداف المصلحة العامة⁵.

1- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، رقم 3567، س 44 ق، جلسة 2001/05/15. أشار إليه: محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص.260.

2- مفتاح خليفة عبد الحميد؛ حمد محمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، المرجع السابق، ص.68.

3- مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص.80.

4- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.122.

5- مفتاح خليفة عبد الحميد؛ حمد محمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، المرجع السابق، ص.69.

3- الأساس القانوني القائم على فكرة المصلحة العامة وامتيازات السلطة العامة:

يرى أنصار هذا الرأي أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة المتعاقدة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة دون خطأ من المتعاقد معها إنما يقوم ويستند إلى أساس يجمع بين الاتجاهين السابقين. فهو يقوم على فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام من جهة، ومن جهة أخرى يجب ممارسة هذه السلطة في إطار استهداف المصلحة العامة وتوفير حاجيات ومتطلبات المرفق العام لضمان سيره بانتظام واضطراباً¹.

ومن أنصار هذا الرأي الفقيهين الفرنسيين " DELAUBADERE " و " TERNEYRE " اللذين ذهبوا إلى أن الشخص العام بحكم استهدافه تحقيق المصلحة العامة والسهر على حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراباً، وبمقتضى السلطة العامة التي يتمتع بها له أن ينهي العقد بإرادته المنفردة دون صدور أي خطأ عقدي من جانب المتعاقد معه، ولو لم يتضمن أي شرط عقدي يجيز ذلك².

وينتقد هذا الرأي الفقهي لكونه لم يقدم لنا أساساً قانونياً مستقلاً بذاته لسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية من جانب واحد دون خطأ من المتعاقد معها، وإنما اكتفى فقط بالجمع بين الأساسين السابقين، وهو ما لا يمكن تصوره نظراً للتعارض الكبير بينهما والآثار القانونية الناتجة عن كل من هذين الأساسين. وعليه فإن الأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة إنما يتمثل في فكرة المصلحة العامة من خلال توفير متطلبات المرفق العام من أجل ضمان سيره بانتظام واضطراباً، لأنه حتى في حالة تأسيس هذه السلطة على فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام، فإنه يجب تقييد ممارستها بغاية أساسية هي استهداف الصالح العام وحاجيات المرفق العام، وبالتالي يعود بنا الأمر إلى الأساس الأول³.

وخلاصة القول هنا أن الرأي الفقهي الراجح يرى بأن الأساس القانوني لسلطة الإدارة المتعاقدة في إنهاء عقودها الإدارية من جانب واحد دون صدور مخالفة عقدية من جانب المتعاقد معها هو فكرة المصلحة العامة وحاجيات المرفق العام، أما فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام ماهي إلا وسيلة لممارسة هذه السلطة⁴.

1- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.368.

2- مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص.82.

3- مفتاح خليفة عبد الحميد؛ حمد محمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، المرجع السابق، ص.70.

4- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.369.

ثانيا: الطبيعة القانونية لسلطة إنهاء الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة

اختلف الفقه الفرنسي حول تحديد الطبيعة القانونية لسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة ومدى تعلقها بالنظام العام، بمعنى مدى إمكانية الإدارة المتعاقدة في ممارسة هذه السلطة في حالة عدم النص عليها في بنود العقد الإداري أو في القوانين واللوائح المنظمة للعقود الإدارية، أو حتى في حالة النص صراحة في العقد على استبعادها¹.

فذهب الرأي الغالب في الفقه الفرنسي إلى اعتبار أن سلطة الإدارة المتعاقدة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة تتصل اتصالا وثيقا بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز لها التنازل عن هذه السلطة لأي سبب كان، ولا أن تتفق مع المتعاقد معها على استبعادها في بنود العقد الإداري، كما يحق لها ممارستها سواء تم النص عليها في العقد الإداري أو في القوانين واللوائح المنظمة للعقود الإدارية أو تم إغفال النص عليها، وذلك باعتبارها حقا ثابتا لها².

وعلى خلاف الرأي الفقهي السابق يرى البعض أن سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة لا ترتبط بالنظام العام، ومن ثم يجب على الإدارة النص على هذه السلطة في بنود العقد الإداري حتى تتمكن من ممارستها، أو أن تستند في ذلك لنصوص قانونية أو لائحية تتضمن النص على هذه السلطة³.

وقد استقر القضاء الإداري الفرنسي على أن سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة هي من النظام العام، وبالتالي يمكنها ممارستها دون الحاجة إلى الاستناد إلى نص تعاقدي أو قانوني أو لائحي يجيز لها ذلك، وهو ما أكدته باستمرار قرارات مجلس الدولة الفرنسي المتعاقبة، ومنها قراره الصادر بتاريخ 02 ماي 1958 فضلا في قضية " Distilleries de Magnac-Laval"⁴، وقراره الصادر بتاريخ 05 فيفري 1986 فضلا في قضية " Sogam"¹، وقراره الصادر بتاريخ 22 أبريل 1988 فضلا في قضية " Société France 5"².

1- Laurent Richer, op. cit., p.222.

2- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.747.

3- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.370.

4- « 6- Cons., d'autre part, que, si les droits résultant, pour leurs titulaires, des marchés de fournitures d'alcool à l'Etat en cours d'exécution constituaient des biens auxquels l'article 7 de la loi du 11 juillet 1953 ne permettait pas au Gouvernement de porter atteinte, il lui appartenait, en tout état de cause, en vertu des règles applicables aux contrats administratifs, et sous réserve des droits à indemnité des intéressés, de mettre fin, comme il l'a fait, à ces marchés de fournitures ; qu'aucune disposition dudit décret du 9 août 1953 ne fait obstacle à ce que les intéressés fassent valoir leurs droits à l'indemnité ; ». C.E, Arrêt du 02/05/1958 (Distilleries de Magnac-Laval), n° 32.401, http://archiv.jura.uni-saarland.de/france/saja/ja/1958_05_02_ce.htm, vu le : 27/08/2017.

وقد سلك الفقه الإداري المصري نفس الاتجاه الذي سلكه الرأي الغالب في الفقه الإداري الفرنسي، حيث يرى أنه لا يجوز للإدارة المتعاقدة التنازل مسبقاً عن سلطتها في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة، لأنها من النظام العام³، فهي لا تستطيع توقع ما ستؤول إليه الأمور مستقبلاً من حيث احتياجات المرفق العام، وبالتالي يجب عليها الاحتفاظ بهذه السلطة احتياطاً لكل ظرف قد يستجد أثناء السير في تنفيذ العقد الإداري⁴.

وقد سارت المحكمة الإدارية العليا بمصر على هذا النهج في حكم صادر لها صادر بتاريخ 24 نوفمبر 1998، جاء في فحواه بأن: "الإدارة في ممارستها لسلطة تعديل العقد أو إنجائه إنما تستعمل حقاً، وهذه السلطة لا تستمدّها الإدارة من نصوص العقد، بل من النظام العام لسير المرافق العامة الذي يحكم كفاءة سيرها وانتظامها في أداء خدماتها بما يحقق المصلحة العامة، ومن ثم فحق الإدارة في التعديل مقرر بغير حاجة إلى نص، أو إلى موافقة الطرف الآخر عليه، كما أنه لا يجوز للإدارة نفسها أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة لأنها تتعلق بكيان المرفق العام"⁵.

وبعد تحديد الفقه والقضاء للطبيعة القانونية لسلطة الإدارة المتعاقدة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة، ثار نقاش فقهي كبير حول التكييف القانوني لهذه السلطة، حيث ذهب غالبية الفقه الفرنسي إلى اعتبار أن هذه السلطة صورة من صور التعديل الانفرادي لبند وشروط العقد الإداري من طرف الإدارة، وأنها تقتصر على تعديل الشرط المتعلق بالمدة المحددة لتنفيذ موضوع هذا العقد⁶.

حيث ذهب الفقيه "J.Rivero" إلى أن حق الإدارة المتعاقدة في إنهاء عقودها الإدارية لدواعي المصلحة العامة إنما هو امتداد طبيعي لسلطتها في التعديل الانفرادي. كما يرى الفقيه "A.DELAUBADERE" أن سلطة الإنهاء ما هي إلا شكل من أشكال التعديل الانفرادي للعقد الإداري⁷. ويأيد الفقيه "GEORGEL" التوجه السابق بتأكيد أنه سلطة التعديل الانفرادي يمكن أن تذهب إلى أقصى حد لها بتقريرها إنهاء العقد الإداري قبل أوانه إذا دعت المصلحة العامة ذلك⁸.

أشار إليه: مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص.89.

1- C.E, Arrêt du 05/02/1986 (Sogam).

2- C.E, Arrêt du 22/04/1988 (Société France 5), n° 86241, www.légifrance.gouv.fr, vu le : 27/08/2017.

3- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.749.

4- ماهر أبو العينين، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص.242.

5- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 1001، س 42 ق، جلسة 1998/11/24. أشار إليه: مفتاح خليفة عبد الحميد؛ حمد

محمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، المرجع السابق، ص.77.

6- محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص.378.

7- André Delaubadère ; Yves Gaudemet, op. cit., p.704.

8- مفتاح خليفة عبد الحميد؛ حمد محمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، المرجع السابق، ص.71.

ويرى هذا الاتجاه الفقهي أن الإدارة المتعاقدة تتمتع بسلطة تعديل بنود العقد الإداري بإرادتها المنفردة كلما دعت مقتضيات واحتياجات المرفق العام إلى ذلك، وأن هذه السلطة تعتبر خاصة من خصائص العقد الإداري لا تحتاج فيها الإدارة إلى نص قانوني أو لائحي أو عقدي يبيح لها ذلك. وتشمل هذه السلطة التعديل في التزامات المتعاقد مع الإدارة سواء بالزيادة أو بالنقصان، كما تشمل أيضا التعديل في الأساليب والوسائل المتبعة في عملية التنفيذ إذا كان قد تم النص عليها في بنود العقد. وأخيرا تشمل سلطة التعديل الانفرادي تغيير مدد التنفيذ إما بتقليصها أو تمديدتها أو إنهاؤها إذا تطلبت المصلحة العامة ذلك.

وبالتالي فإنه بإمكان الإدارة المتعاقدة أن تقرر في أي مرحلة كانت عليها عملية تنفيذ العقد الإداري إنهاء الأجل المحدد لتنفيذه بإرادتها المنفردة ودون خطأ من جانب المتعاقد معها ودون حاجة إلى وجود نص يجيز لها ذلك، على اعتبار أن هذه السلطة مجرد صورة من صور التعديل الانفرادي للعقد الإداري¹.

وقد انتهج الفقه الإداري المصري نفس التوجه السابق، حيث أكد الفقيه "سليمان محمد الطماوي" على أن سلطة إنهاء العقود الإدارية إنما تنصب فقط على شرط المدة المتفق عليها، فإذا ما أصبحت العقود الإدارية غير ذات فائدة للمرفق العام أو لم تعد مسيرة للمصلحة العامة، فإنه بإمكان الإدارة المتعاقدة إنهاؤها بشكل انفرادي دون صدور أي خطأ من جانب المتعاقد معها².

وعلى خلاف الإجماع الفقهي السابق في كل من فرنسا ومصر على اعتبار سلطة الإدارة المتعاقدة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة دون خطأ من المتعاقد معها شكل من أشكال سلطة التعديل الانفرادي، عارض جانب من الفقه الاتجاه معتبرا أن هذه السلطة مستقلة و قائمة بذاتها بعيدا عن سلطة التعديل الانفرادي³.

وفي هذا السياق يرى الفقيه الفرنسي "BENOIT" أن سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة دون خطأ من المتعاقد معها تم الاعتراف بها من قبل القضاء، وهي تختلف تماما عن سلطة التعديل الانفرادي من حيث نطاق تطبيقهما، فسلطة التعديل الانفرادي تعني التغيير في التزامات المتعاقد بأن يفرض عليه إنجاز أعمال إضافية أو تقديم توريدات أو خدمات

1- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.122.

2- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.750.

3- مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص.86.

جديدة لم تتضمنها بنود العقد الإداري، في حين أن سلطة الإنهاء ترمي إلى الإلغاء الجزئي أو الكلي للالتزامات المتعاقد دون تعويضها بغيرها¹.

ويرى الدكتور "محمد صلاح عبد البديع" أن سلطة الإدارة المتعاقدة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة دون خطأ من المتعاقد معها تتميز بنظام قانوني مستقل ومنفرد عن سلطة التعديل الانفرادي، ولا يمكن تصنيفها على أنها شكل من أشكال هذه الأخيرة، وذلك للأسباب التالية²:

1- إن سلطة الإنهاء يترتب عليها انقضاء الروابط التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد معها، سواء بصفة جزئية أو بصفة كلية، في حين أن العلاقة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد معها تبقى مستمرة في إطار ممارسة سلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري.

2- إن أحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر لم تشر إطلاقاً إلى اعتبار سلطة الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة شكلاً من أشكال سلطة التعديل الانفرادي، بل أكدت دوماً ومراراً على أنها سلطة قائمة بذاتها.

ونعتقد أنه من خلال المقارنة بين الرأيين السابقين أن سلطة الإدارة المتعاقدة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة تعتبر صورة من صور التعديل الانفرادي لتعلقها بشرط المدة، بالرغم من اختلاف الآثار القانونية المترتبة عن كل من السلطتين، والمتمثلة في انقضاء العلاقة العقدية بالنسبة لسلطة الإنهاء واستمرارها في حالة التعديل الانفرادي.

الفرع الثاني: نطاق وشروط ممارسة سلطة إنهاء الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة

بعد أن تطرقنا إلى تحديد الأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء صفقاتها العمومية بإرادتها المنفردة دون خطأ من جانب المتعامل المتعاقد معها لدواعي المصلحة العامة، وإلى الطبيعة القانونية لهذه السلطة و تكيفها القانوني، يطرح إشكال حول نطاق ممارستها من طرف الإدارة والشروط الواجب توفرها فيها حتى تمارس بصفة مشروعة وقانونية.

وعليه سنتطرق في الجزء الأول من هذا الفرع لمدى شمول ممارسة هذه السلطة لجميع العقود التي تبرمها الإدارة، سواء تعلق الأمر بعقود الإدارة التي تخضع لقواعد القانون الخاص، أو بالعقود

1- مفتاح خليفة عبد الحميد؛ حمد محمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، المرجع السابق، ص.74.

2- مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص.87.

الإدارية التي تخضع لقواعد القانون العام، على أن نتعرض في الجزء الثاني منه للشروط الواجب توفرها عند ممارسة هذه السلطة حتى تمارس بطريقة قانونية لا تعسف فيها.

أولاً: نطاق ممارسة الإدارة المتعاقدة لسلطة إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة

سنتطرق في هذه الجزئية لتحديد نطاق ممارسة الإدارة لسلطتها في إنهاء العقد الإداري بدون خطأ من المتعاقد معها لدواعي المصلحة العامة، من خلال إبراز موقف كل من الفقه الإداري والقضاء الإداري والقوانين واللوائح المنظمة للعقود الإدارية.

1- موقف الفقه الإداري من الإقرار للإدارة بسلطة إنهاء العقد الإداري لدواعي

المصلحة العامة:

إنقسم الفقه الإداري الفرنسي حول مسألة الإقرار للإدارة بسلطة إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة دون خطأ من جانب المتعاقد معها لدواعي المصلحة العامة إلى ثلاثة طوائف، حيث ترفض الطائفة الأولى بزعامه الفقيه الفرنسي " L'HUILLIER " الإقرار بهذه السلطة في حالة عدم النص عليها في العقد¹، وترى بأن هذه السلطة معترف بها للإدارة المتعاقدة ليس بوصفها قاعدة من قواعد القانون العام، وإنما باعتبارها تطبيقاً للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 1194 من القانون المدني الفرنسي بشأن جميع عقود القانون الخاص، والتي تقضي في فحواها بأن تنفيذ العقود لا يقتصر على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه فقط، وإنما يشمل إضافة إلى ذلك كل ما هو من مستلزماتها وفقاً للعرف ومبادئ العدالة والقانون حسب طبيعة الإلتزامات المتعاقدة عليها، وأن هذا المفهوم يترجم في نطاق القانون الإداري تحت مسمى العادات والأعراف الإدارية².

وفي هذا الصدد يرى جانب من الفقه الفرنسي بضرورة التسليم للإدارة المتعاقدة بسلطة إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة دون خطأ من جانب المتعاقد معها لدواعي المصلحة العامة في جميع العقود التي تبرمها دون تمييز بين عقود الإدارة التي تخضع لقواعد القانون الخاص والعقود الإدارية التي تخضع لقواعد القانون العام، حتى ولو لم يتم النص عليها في العقد، وذلك إذا ما تطلبت المصلحة العامة ذلك³.

1- مفتاح خليفة عبد الحميد؛ حمد محمد الشلmani، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، المرجع السابق، ص.95.

2- « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi ». Art 1194 du code civil français.

3- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.375.

وعلى خلاف الرأي الأول أعلاه يذهب جانب آخر من الفقه الفرنسي إلى الإقرار بهذه السلطة في جميع العقود التي تبرمها الإدارة في حالة عدم النص عليها باستثناء عقود الإلتزام. حيث يرى الفقيه " DUFAU " أنه بالإضافة إلى عدم قدرة الإدارة على التعديل من جانب واحد لعقد الإلتزام أثناء تنفيذه، يمنع عليها إنهاءه قبل انقضاء أجله المحدد في دفتر الشروط، وذلك على أساس أن الملتزم له حق مكتسب في استغلال المرفق العام خلال مدة عقد الإلتزام، وأن إنهاء هذا العقد لا يمكن أن يتم إلا في حالة التخلي عن تنفيذه من جانب الملتزم أو في حالة القوة القاهرة أو بالنص في العقد أو في القانون على إمكانية استرداد هذا المرفق العام من طرف الإدارة مانحة الإلتزام قبل نهاية المدة المتفق عليها في هذا العقد¹.

وعلى العكس من الرأيين الفقهيين الأول والثاني أعلاه، ترى غالبية الفقه الفرنسي بأن سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بصفة إنفرادية دون وقوع خطأ من جانب المتعاقد معها لدواعي المصلحة العامة، تعتبر امتيازاً استثنائياً من امتيازات السلطة العامة، إضافة إلى أنها إحدى الصفات المميزة للعقود الإدارية. حيث يرى الفقيه " JEZE " أن حق الإدارة في إنهاء عقد التوريد مضمون حتى في حالة سكوت العقد عن النص عليه، فهو حق ثابت وغير منازع فيه. ويرى الفقيه " RIVERO " أن الإدارة تتمتع بسلطة إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة حتى في الحالات التي لا يعترف فيها العقد بذلك. ويضيف الفقيه " LLORENS " أن سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية لدواعي المصلحة العامة قاعدة مطبقة على جميع العقود الإدارية حتى في غياب النص عليها، ولا يحق لها التنازل عنها مسبقاً².

أما بالنسبة للفقه الإداري المصري فإن هناك إجماعاً على الإقرار بسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة دون صدور خطأ من المتعاقد معها لدواعي المصلحة العامة دون حاجة إلى النص عليها في العقد، وأنه لا يمكن للإدارة التنازل عنها مقدماً أو الإتفاق على عدم استخدامها، وأن هذه السلطة تعتبر إمتيازاً من امتيازات الإدارة في العقد الإداري ومن أهم سماته المميزة له³.

1- مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص.106.

2- مفتاح خليفة عبد الحميد؛ حمد محمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، المرجع السابق، ص.94.

3- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.749.

1- موقف القضاء الإداري من نطاق سلطة الإنهاء لدواعي المصلحة العامة:

في ظل غياب قرارات قضائية صادرة عن مجلس الدولة الجزائري بخصوص الاعتراف بسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية -خصوصا الصفقات العمومية منها- بإرادتها المنفردة دون وقوع خطأ من جانب المتعاقد معها لدواعي المصلحة العامة، نستأنس بما ذهب إليه كل من القضاء الإداري في فرنسا ومصر.

وفي هذا الصدد اعترف كل من القضاء الإداري في فرنسا ومصر بسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية لدواعي المصلحة العامة، وهذا حتى في حالة غياب النص عليها في بنود العقد، على أساس أنها حق عام ثابت لها بالنسبة لجميع العقود الإدارية، مع الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي اعتبر في قرار صادر له بتاريخ 20 أكتوبر 2000 فصلا في قضية " Société Citécable Est " أن العقد الإداري القائم على سبب غير مشروع لا يحتاج إلى قرار من الإدارة لإنهائه لأنه باطل أصلا¹.

فبالنسبة لعقد الإمتياز أكد مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر له بتاريخ 22 أبريل 1988 في قضية " Société France 5 et autres " أنه يحق للسلطة المتعاقدة مانحة الإلتزام بمقتضى القواعد المطبقة على العقود الإدارية، ومع مراعاة حق الملتزم في التعويض أن تنهي عقد الإلتزام قبل حلول أجله لدواعي المصلحة العامة².

كما أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر في قرار صادر لها بتاريخ 24 نوفمبر 1994 على تمتع الإدارة مانحة الإلتزام بسلطة إنهاء هذا العقد عن طريق استرداد الإلتزام، وذلك بغير حاجة إلى النص عليها في العقد، وذلك عن طريق تقريرها أن سلطة الجهة الإدارية في تعديل العقد سواء أثناء تنفيذ العقد أو عند تجديده لا يجوز التنازل عنها لتعلقها بالنظام العام³.

أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.376. 1- C.E, Arrêt du 20/10/2000 (Sté Citécable Est).

2- « Considérant qu'il appartient à l'autorité concédante, en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs et sous réserve des droits d'indemnisation du concessionnaire, de mettre fin avant son terme à un contrat de concession dès lors qu'il existe des motifs d'intérêt général justifiant, à la date à laquelle elle prend sa décision, que l'exploitation du service concédé doit être abandonnée ou établie sur des bases nouvelles ; qu'elle peut user de cette faculté alors même qu'aucune disposition législative ou réglementaire, non plus qu'aucune stipulation contractuelle, n'en ont organisé l'exercice; ». C.E, Arrêt du 22/04/1988 (Société France 5 et autres), n°86241, www.légifrance.gouv.fr, vu le : 19/02/2018.

3- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 42/1001، جلسة 1998/11/24. أشار إليه: محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص.127.

أما بالنسبة لعقود الأشغال العامة فقد كان مجلس الدولة الفرنسي في بداية قرارته -لاسيما قراره الصادر بتاريخ 20 جانفي 1905- يستند إلى نص المادة 1749 من القانون المدني الفرنسي¹ في تقرير سلطة الإدارة في إنهاء عقد الأشغال العامة بإرادتها المنفردة، حيث تنص هذه المادة على حق رب العمل في فسخ عقد المقاولة بصفة منفردة مع تعويض عادل للمقاول عن جميع نفقاته وعن كل الأشغال التي قام بتنفيذها، وعن كل الأرباح التي كان يتوقع جنيها من هذه المقاولة. وقد حظيت قرارات مجلس الدولة هذه بتأييد كبير من طرف مفوض الحكومة "ROMIEU"². ولكن بصودر قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 06 فيفري 1925 فصلا في قضية "Gouverneur Générale D'Algérie" عدل القضاء الإداري الفرنسي عن موقفه بالإستناد إلى نص المادة 1794 من القانون المدني الفرنسي، وأصبح يعترف للإدارة بسلطتها في إنهاء عقد الأشغال العامة وفقا لنص المادة 33 من دفتر الشروط، وقرر في ذات الوقت أن المادة 1794 غير قابلة للتطبيق على عقود الأشغال العامة³.

واستقرت بعد ذلك اجتهادات مجلس الدولة الفرنسي على الإعتراف للإدارة بسلطتها في إنهاء عقود الأشغال العامة بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة حتى في ظل غياب أي نص عقدي عليها، وهو ما أكدته أحكامه الصادرة على التوالي: الأول بتاريخ 23 جانفي 1952 فصلا في قضية "Secrétaire d'ETAT aux Force Armées"، والثاني بتاريخ 04 جانفي 1957 فصلا في قضية "Ville de Paris"، والثالث بتاريخ 06 جوان 1986 فصلا في قضية "Callin et Vincent"⁴.

وقد ذهب القضاء الإداري المصري إلى نفس الإتجاه السابق، حيث قررت المحكمة الإدارية العليا في حكم صادر لها بتاريخ 28 جانفي 1978 بأن: "فسخ العقد الإداري كأصل عام تترخص فيه جهة الإدارة ضمانا لحسن سير المرفق العام، وليس للمتعاقد معها إلا حق المطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى"⁵.

وقد تأكد هذا المنحى في حكم لاحق لذات المحكمة صادر لها بتاريخ 15 نوفمبر 1992، حيث قررت أن: "جهة الإدارة تمتلك من جانبها وحدها وإيرادتها المنفردة حق تعديل العقد أثناء

1- « Le maître peut résilier, par sa seule volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, endédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise ». Art 1794 du code civil français.

2- مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص.92.

3- André Delaubadère ; Yves Gaudemet, op. cit., p.704.

4- C.E, Arrêt du 23/01/1952 (Secrétaire d'ETAT aux Force Armées) ; C.E, Arrêt du 04/01/1957 (Ville de Paris) ; C.E, Arrêt du 06/06/1986 (Callin et Vincent). ص.379. المرجع السابق، ص.379.

5- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 1125، س 15 ق، جلسة 1978/01/28. أشار إليه: حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص.257.

تنفيذه وتعديل التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، فتزيد من أعباء الطرف الآخر أو تنقصها بشرط أن تقضي حاجة المرفق أو المصلحة العامة بهذا التعديل. الحق في تعديل العقد المقرر لجهة الإدارة بإرادتها المنفردة يشمل سلطة إنهاء العقود الإدارية قبل الأوان، فللإدارة دائما وفقا لمقتضيات الصالح العام سلطة إنهاء العقد من غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فحق الإدارة في التعديل أو الإنهاء للعقد الإداري مقرر بغير حاجة إلى النص عليه في العقد أو إلى موافقة الطرف الآخر عليه¹.

بالنسبة لعقود التوريد لقد نهج مجلس الدولة الفرنسي بشأها نفس الإتجاه الذي نهجه بخصوص عقود الأشغال العامة، حيث لم يكن يعترف للإدارة بسلطتها في إنهاء عقود التوريد بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة باعتبارها امتيازاً من امتيازات السلطة العامة، وإنما كان يؤسس هذه السلطة في بداية أحكامه على نص المادة 1794 من القانون المدني الفرنسي². غير أنه سرعان ما عدل من موقفه السابق من خلال قراره الصادر بتاريخ 09 ديسمبر 1927 فصلا في قضية " Consort Gargiulo"، وذلك بتأسيس سلطة إنهاء الإدارة لعقد التوريد بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة على أساس أنها سلطة إستثنائية ممنوحة لها في سبيل توفير إحتياجات ومتطلبات المرفق العام تحقيقاً للمصلحة العامة، وهذا مقابل تعويض عادل للمورد المتعاقد معها عن هذا الإنهاء³.

واستقرت بعد ذلك اجتهادات مجلس الدولة الفرنسي في هذا الإتجاه، حيث قضى في قرارين له، الأول صادر بتاريخ 02 ماي 1958 فصلا في قضية " Distillerie de Magnac – Laval"⁴، والثاني صادر بتاريخ 25 جانفي 1963 فصلا في قضية " Société des Alcools du Vexin"، بأنه يحق للإدارة إنهاء عقد التوريد بإرادتها المنفردة دون صدور أي تقصير من المورد إذا اقتضت ضرورات المصلحة العامة ذلك، بشرط تعويضه تعويضا عادلا عن هذه الإنهاء⁵.

وقد سار القضاء الإداري المصري على ذات النهج بالإعتراف للإدارة بسلطتها في إنهاء عقود التوريد بإرادتها المنفردة دون صدور خطأ من المورد كلما دعت مقتضيات المصلحة العامة ذلك، وهذا

1- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 3986، س 35 ق، جلسة 1992/11/15. أشار إليه: محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، الكتاب الثالث، ص.242.

2- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.380. أشار إليه: مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص.95.

3- C.E, Arrêt du 09/12/1927 (Consort Gargiulo).

4- C.E, Arrêt du 02/05/1958 (Distillerie de Magnac – Laval). Voir : Muhannad AJJOUR, op. cit., p.216.

5- C.E, Arrêt du 25/01/1963 (Sté des Alcools du Vexin). أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.381.

دون الحاجة إلى النص عليها في بنود العقد، حيث قررت محكمة القضاء الإداري في حكم صادر لها بتاريخ 17 مارس 1957 أن جهة الإدارة تتمتع بسلطة فسخ العقد الإداري دون حاجة إلى النص عليه في العقد ودون إعدار¹.

وقد تأكد هذا المنحى في حكم المحكمة الإدارية العليا صادر لها بتاريخ 28 جانفي 1978 السابق الإشارة إليه، حيث جاء فيه بأنه لا يحق للمتعاقد مع الإدارة فسخ العقد بإرادته المنفردة، وإنما يتعين عليه اللجوء إلى القضاء الإداري من أجل المطالبة به إن توفرت مبرراته، لأن الأصل في هذا الإطار أن الفسخ سلطة تترخص بها الإدارة ضمنا لحسن سير المرافق العامة وتحقيقا للمصلحة العامة، وليس للمتعاقد معها سوى المطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى.

2- موقف المشرع من الإقرار بسلطة الإنهاء لدواعي المصلحة العامة:

لقد أقر المشرع اللائحي الجزائري بموجب مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام للمصلحة المتعاقدة بسلطة فسخ الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة حتى بدون صدور أي خطأ من المتعامل المتعاقد معها إذا دعتا مقتضيات المصلحة العامة إلى ذلك².

وقبل ذلك نص دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تحديد البناء والأشغال العمومية والنقل على هذه السلطة أيضا، ولكن بدون تقييدها بشرط استهداف المصلحة العامة، وإنما ترك المجال واسعا للسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة، حيث تنص المادة 34 منه في فقرتها الأولى على أنه: "عندما تأمر الإدارة بتوقيف الأشغال بصفة مطلقة تفسخ المقاوله فوراً". وعليه تظهر ضرورة تعديل هذا النص ليصبح متوافقا مع مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ساري المفعول.

أما في فرنسا تنص الفقرة الثانية من المادة 45 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العمومية على أنه يمكن للإدارة المتعاقدة إنهاء الصفقة العمومية في أي مرحلة من مراحل تنفيذها إذا قدرت أن ضرورات المصلحة العامة تقتضي ذلك، وهذا مقابل تعويض عادل للمتعاقد معها عن هذا الإنهاء وفق الأوضاع التي نصت عليها المادة 4.46 من نفس الدفتر³. ونفس

1- حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، الطعن رقم 1827، س 10 ق، جلسة 1957/03/17. أشار إليه: حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص.252.

2- المادة 150 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

3- « Le pouvoir adjudicateur peut également mettre fin, à tout moment, à l'exécution des prestations pour un motif d'intérêt général. Dans ce cas, le titulaire a droit à être indemnisé du préjudice qu'il

الحكم أكدته الفقرة الثانية من المادة 29 من دفتر الشروط الإدارية العامة الفرنسي المطبقة على الصفقات العمومية للتوريد¹.

وعلى خلاف ما هو عليه الأمر بالنسبة للجزائر وفرنسا، فإن المشرع المصري لم يتطرق لسلطة الإدارة المتعاقدة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة دون خطأ من المتعاقد معها لدواعي المصلحة العامة، فهو لم يشر إلى هذه السلطة لا في قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم 182 لسنة 2018 ولا في لائحته التنفيذية، وإنما اكتفى فقط بالإشارة إلى حالات فسخ العقد بشكل تلقائي من جانب الإدارة، والمتمثلة في استعمال الغش أو التلاعب من طرف المتعاقد معها، أو في حالة إفلاسه أو إعساره²، أو في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته العقدية³. ولكن بالرغم من ذلك إلا أن هذا لا يعني عدم قدرة الإدارة ممارسة هذه السلطة المقررة من طرف القضاء الإداري المصري، والمدعمة أيضا من غالبية الفقه الإداري المصري، باعتبارها سلطة معترف بها للإدارة حتى في غياب أي نص قانوني أو عقدي يقرها، فهي سلطة ناتجة عن النظرية العامة المستقلة للعقد الإداري.

ثانيا: شروط ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة الإنهاء لدواعي المصلحة العامة

إن الإعتراف للمصلحة المتعاقدة بسلطة إنهاء صفقاتها العمومية بإرادتها المنفردة دون صدور أي خطأ من جانب المتعامل المتعاقد معها لدواعي المصلحة العامة ليس مطلقا، وإنما يجب عليها مراعاة بعض الشروط الضرورية لممارستها. ويمكن تقسيم هذه الشروط والضوابط إلى صنفين، يتمثل الصنف الأول في وجوب استهداف المصلحة العامة وتوفير حاجيات ومتطلبات المرفق العام. أما الصنف الثاني فيتمثل في ضرورة التزام المصلحة المتعاقدة بالقيود اللازمة لمشروعية قرار الإنهاء.

1- شرط استهداف المصلحة العامة أو تحقيق حاجيات المرفق العام:

يقصد بهذا الشرط أن تكون ممارسة سلطة الإنهاء بالإرادة المنفردة من جانب الإدارة ودون صدور خطأ من المتعاقد معها مقيدا باستهداف توفير احتياجات ومتطلبات المرفق العام تحقيقا

subit du fait de cette décision, selon les modalités prévues à l'article 46.4. ». Art 45 alinéa 2 du C.C.A.G. Français applicables aux marchés publics de travaux.

1- « *Le pouvoir adjudicateur peut également mettre fin, à tout moment, à l'exécution des prestations pour un motif d'intérêt général. Dans ce cas, le titulaire a droit à être indemnisé du préjudice qu'il subit du fait de cette décision, selon les modalités prévues à l'article 33. ». Art 29 alinéa 2 du C.C.A.G. Français applicables aux marchés publics de fournitures.*

2- أنظر المادة 50 من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم 182 لسنة 2018.

3- أنظر المادة 100 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم 182 لسنة 2018.

للمصلحة العامة، دون استهداف أمر آخر دون ذلك¹، فعلى سبيل المثال الإنهاء الذي يكون بهدف التعاقد مع مقاول آخر بمقابل مالي أقل من الذي يطلبه المقاول الذي تم التعاقد معه في الأصل هو ممارسة غير مشروعة لهذه السلطة².

فقيده المصلحة العامة يعتبر بالنسبة للإدارة الباعث الأساسي في جميع أعمالها الإدارية حتى تتمتع بصفة المشروعية، وهذا على خلاف الأفراد العاديين الذين يستهدفون دوما تحقيق مصالحهم ورغباتهم الشخصية ضمن إطار الشرعية القانونية. وبالتالي فإن أي عمل من أعمال الإدارة لا يستهدف تحقيق المصلحة العامة يعتبر مشوبا بعيب الإنحراف في استعمال السلطة³.

ولمفهوم المصلحة العامة معنيان، أحدهما سياسي والآخر قانوني. فالمعنى السياسي يمكن تحديده من حيث المعيار الكمي الذي يعني تغليب مصلحة الجماعة على مصلحة الأفراد، كما يمكن تحديده من جانب المعيار النوعي الذي يعني تغليب المصلحة بالنظر إلى أهميتها وقيمتها بالنسبة للمجتمع. أما المعنى القانوني للمصلحة العامة فيتمثل في مجموعة الغايات والأهداف الأساسية والمشاركة التي تحددها النصوص الدستورية والقانونية والتنظيمية⁴.

وفي ظل غياب قرارات قضائية صادرة عن مجلس الدولة الجزائري تؤكد على هذا الشرط، نستأنس بما ذهب إليه كل من القضاء الإداري في فرنسا ومصر من وجوب التأكيد -في قرارات قضائية لهما تمت الإشارة إليها سابقا⁵- على استهداف المصلحة العامة وحاجيات المرفق العام من طرف الإدارة عند ممارسة هذه السلطة.

ويخضع تقدير مدى توفر شرط استهداف المصلحة العامة وتوفير حاجيات المرفق العام عند ممارسة سلطة إنهاء العقد الإداري من جانب الإدارة دون خطأ من المتعاقد معها إلى رقابة القضاء الإداري، والذي يرجع إليه أمر الفصل في مدى تحقق هذا الشرط من عدمه⁶. وفي هذا الصدد

1- Patrice CHRETIEN ; Nicola CHIFLOT ; Maxime TOURBE, Doit Administratif, T. 1, DALLOZ, Paris, 2016, p.517.

2- زينة مقداد، المرجع السابق، ص.422.

3- عبد الوهاب محمد؛ رواب جمال، الإنهاء الفردي للصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة في ظل أحكام المرسوم الرئاسي 247-15، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية - جامعة زيان عاشور بالجلفة - (الجزائر)، عدد 9، 2018، ص.536.

4- محمد خليفي، الصواب القضائية للسلطة التقديرية للإدارة، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان - (الجزائر)، 2016، ص.212.

5- أنظر : - قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 02 فيفري 1987 فصلا في قضية " Sté TV6 et autres " .

- قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 22 أبريل 1988 فصلا في قضية " Sté France 5 " .

- حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ 15 نوفمبر 1992.

6- حورية بن أحمد، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - (الجزائر)، 2018، ص.280.

نلاحظ أن القضاء الإداري المقارن يشترط توفر شرط المصلحة العامة عند ممارسة الإدارة لسلطتها في إنهاء العقد الإداري دون خطأ من المتعاقد معها حتى ولو تم النص على هذه السلطة في بنود هذا العقد أو تم الإتفاق مع المتعاقد على ممارسة هذه السلطة، حيث قررت محكمة القضاء الإداري في مصر في قرار لها صادر بتاريخ 23 جوان 1953 أن العقد المبرم بين مصلحة التنظيم وأحد الأفراد بخصوص تأجير مقصف المصلحة، وإن كان قد نص في بنوده على حق المصلحة في إنهائه في أي وقت شاءت، إلا أن ذلك مقيد بوجود مصلحة عامة تقتضيه، وأن الإدارة إذا ذكرت أسباب الإنهاء فإن للقضاء حق مراقبتها¹.

وعلى ضوء الممارسات القضائية يمكن إعطاء بعض الأمثلة والحالات التي يتوفر فيها هذا الشرط وتلك التي لا يتوفر فيها². فمن بين الحالات التي قرر فيها مجلس الدولة الفرنسي توفر شرط المصلحة العامة في سلطة إنهاء العقد الإداري تلك المتعلقة بتنظيم وإدارة المرفق العام، حيث تملك الإدارة المتعاقدة إنهاء العقد الإداري بسبب إعادة تنظيم المرفق العام أو تغيير أسلوب إدارته، ومن قراراته المتواترة في هذا الصدد حكمه الصادر بتاريخ 11 جويلية 1913 فصلا في قضية "Compagnie des chemins de fer du sud de la france"، وحكمه الصادر بتاريخ 26 فيفري 1975 فصلا في قضية "Société du port de pêche de l'orient"، وحكمه الصادر بتاريخ 29 أبريل 1994 فصلا في قضية "Colombani"³.

ومن بين الحالات التي استنتج فيها مجلس الدولة الفرنسي توفر شرط المصلحة العامة في ممارسة سلطة الإنهاء الإفرادي دون خطأ من المتعاقد، إنقضاء الغرض الأساسي الذي تعاقدت بشأنه الإدارة أو تغيير الظروف بعد إبرام العقد، حيث قضى المجلس في قرار صادر له بتاريخ 09 جانفي 1925 فصلا في قضية "Chantiers de Saint-Nazaire" أن توقف القتال عقب الحرب العالمية الأولى يمنح السلطة للإدارة في إنهاء عقود التوريد المتعلقة بالجهود الحربية لزوال الفائدة من الإستمرار فيها⁴، ونفس

1- حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، الطعن رقم 832، س 7 ق، جلسة 1953/06/23. أشار إليه: أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص.270.

2- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.751.

3- Laurent Richer, op. cit., p.224.

4- أشار إليه: مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص.509. C.E, Arrêt du 09/01/1925 (Chantiers de Saint-Nazaire).

ونفس المعنى أكده المجلس في قراره الصادر بتاريخ 23 جانفي 1952 فصلا في قضية " Secrétaire " D'état aux force armées " عقب انتهاء الحرب العالمية الثانية¹.

ومن بين الحالات الأخرى التي يتوفر فيها شرط المصلحة العامة في ممارسة سلطة إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة إنقضاء احتياجات المرفق العام الذي أبرم العقد لأجل توفيرها وزوال الغرض الذي تعاقدت بشأنه الإدارة²، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر في قرار صادر لها بتاريخ 03 مارس 1968³.

وتتلخص وقائع القضية التي فصل فيها الحكم أعلاه في أن إدارة المشتريات بمصلحة المخازن بوزارة الصحة قد طلبت توريد عدد كبير من المبايق الزجاجية، فتقدم أحد الأفراد بعبء على أساس توريد الكمية المطلوبة وفقا للعيينة التي تقدم بها، ولما طرح النزاع على القضاء قررت المحكمة الإدارية العليا أن الأحكام الخاصة بتحديد الغلط لا تنطبق على هذه الحالة، لأن تحديد الإدارة المتعاقدة للصف المطلب على النحو السابق لا يعتبر من قبيل الغلط لتلاقي الإرادتين على العينة التي كانت محل اعتبار عند التعاقد، وأن السبب الحقيقي لرفض الإدارة تسلم المبايق هو عدم الحاجة إليها بعد أن تمسكت بمصلحة الأمراض الصدرية بأنه ليس لها وجه للإنتفاع بها، وبالنتيجة قررت المحكمة أنه يحق للجهة الإدارية التحلل من هذا العقد مقابل تعويض للمتعاقد معه الذي لم يثبت ارتكابه لأي خطأ.

ومن الحالات التي تبرر للإدارة المتعاقدة ممارسة سلطة الإنهاء بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة التعديل في احتياجات المرفق العام وصدور قوانين جديدة تتعلق به. وفي هذا الصدد قرر مجلس الدولة الفرنسي بموجب قراره الصادر بتاريخ 22 أبريل 1988 مشروعية تصرف الحكومة بإنهائها لعقد التزام الشركة صاحبة امتياز استغلال القناة السادسة بالتلفزيون الفرنسي، لأن هذا التصرف كان بناء على أسباب تتعلق بالمصلحة العامة⁴.

أشار إليه: مفتاح خليفة عبد الحميد؛ حمد محمد (Secrétaire D'état aux forces armées). C.E, Arrêt du 23/01/1952
الشلياني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، المرجع السابق، ص.108.
2- مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص.509.
3- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، جلسة 1968/03/03. أشار إليه: محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، الكتاب الثالث، ص.249.

4- « ... Considérant qu'il appartient à l'autorité concédante, en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs et sous réserve des droits d'indemnisation du concessionnaire, de mettre fin avant son terme à un contrat de concession dès lors qu'il existe des motifs d'intérêt général justifiant, à la date à laquelle elle prend sa décision, que l'exploitation du service concédé doit être abandonnée ou établie sur des bases nouvelles ; qu'elle peut user de cette faculté alors même qu'aucune disposition législative ou réglementaire, non plus qu'aucune stipulation contractuelle, n'en ont organisé

وترجع وقائع هذه القضية إلى صدور قانون بتاريخ 30 سبتمبر 1986 يتعلق بحرية الإعلام، والذي ألغى نظام عقود الإلتزام في استغلال التلفزيون وأقام قواعد جديدة لاستغلال مرفق التلفزيون متمثلة في وجوب الحصول على رخصة إدارية لاستغلال المرفق، فقامت عقبه الحكومة الفرنسية بإصدار مرسوم بتاريخ 02 فيفري 1987 ينهي عقد الإلتزام للشركة صاحبة امتياز استغلال القناة الخامسة بالتلفزيون الفرنسي.

ومن بين أسباب المصلحة العامة التي تبرر للإدارة إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة تغير الظروف الإقتصادية، حيث وبمقتضى قراره الصادر بتاريخ 08 جويلية 2005 فصلا في قضية "Jedjiga" أجاز مجلس الدولة الفرنسي للحكومة إنهاء بعض العقود الإدارية غير الأساسية والتي تمثل عبئا كبيرا على الميزانية العامة للدولة¹.

كما أقر مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر له بتاريخ 21 ديسمبر 1979 فصلا في قضية "Société Vincent-Frères" للإدارة المتعاقدة بسلطة إنهاء العقد الإداري لأسباب ذات طابع فني، وأدرجها ضمن إطار المصلحة العامة. و تتعلق وقائع القضية التي فصل فيها القرار المذكور بنشوب خلاف بين متعاقدين من متعاقدي الإدارة أثناء تنفيذ العقد، مما شكل معه تهديدا على التنفيذ الجيد له، ما استدعى تدخل الإدارة المتعاقدة وإنهاء هذا العقد بصفة منفردة².

ومن بين الأسباب المتعلقة بالمصلحة العامة والتي تبرر للإدارة المتعاقدة ممارسة سلطة إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة رغبتها في تطوير الوسيلة المستخدمة في تسيير المرفق العام ليصبح متواكبا مع التطورات العلمية الحديثة.

كما اعتبر مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر له بتاريخ 07 أكتوبر 1994 فصلا في قضية "Lopez" أن بطلان بند من بنود العقد الإداري يخول للإدارة المتعاقدة سلطة إنهاء هذا العقد لدواعي المصلحة العامة، ونفس المبدأ أكده المجلس في قرار صادر له بتاريخ 10 جويلية 1996 فصلا في قضية

l'exercice ». C.E, Arrêt du 22 avril 1988 (Société France 5), n°86241, www.legifrance.gouv.fr, vu le : 15 mars 2018.

1- « Considérant qu'aucune disposition du décret du 15 février 1988 pris par l'application de la loi du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif aux agents non titulaires de la fonction publique territoriale ne distingue, entre les vacataires et les contractuels, quant à la possibilité qu'a l'administration de résilier à tout moment le contrat d'un agent non titulaire pour un motif d'intérêt général... ». C.E, Arrêt du 08 juillet 2005 (Mme Jedjiga X), N° 259615, résiliation du contrat d'un agent public pour des motifs budgétaire, www.legifrance.gouv.fr, vu le : 01 avril 2018.

2- C.E, Arrêt du 21/12/1979 (Société Vincent-Frères)..252. أشار إليه: محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص.252.

"Compagnie des Transport de L'atlantique" بشأن حالة عدم تنسيق وتنظيم موضوع العقد الإداري، وقرر بأن هذه الحالة توفر للإدارة شرط المصلحة العامة من أجل إنهاء هذا العقد¹.

كما اعتبر ذات المجلس في قرار صادر له بتاريخ 07 ماي 2013 فصلا في قضية " Société auxiliaire de parcs de la région parisienne " أن تجاوز المدة المحددة لعقد الإمتياز في القانون المنظم لعقود امتياز المرفق العام هي مبرر من مبررات المصلحة العامة لإنهائه².

وعلى خلاف الحالات السابقة التي قرر فيها القضاء الإداري توفر شرط المصلحة العامة في سلطة إنهاء العقود الإدارية بالإرادة المنفردة للإدارة، فإن هناك حالات أخرى لم يعترف لها القضاء الإداري بتوفر شرط المصلحة العامة، وبالتالي قرر بأن ممارسة سلطة الإنهاء في مثل هذه الحالات يشكل انحرافا في استعمال السلطة من جانب الإدارة المتعاقدة³.

وفي هذا الصدد قرر مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر له بتاريخ 24 نوفمبر 1982 فصلا في قضية " Commune de Boux willer " أنه لا يجوز للإدارة المتعاقدة إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة دون خطأ صادر من جانب المتعاقد معها لأسباب شخصية بحيث لا علاقة لها بالمصلحة العامة⁴.

كما قضى ذات المجلس في قرار صادر له بتاريخ 26 أكتوبر 1960 فصلا في قضية " Sieur Rioux " بأنه لا يحق للإدارة إنهاء عقودها لأسباب ذات طابع سياسي أو تتعلق بالنشاط النقابي، حيث كان مفوض الحكومة " CHARDEAU " قد طالب بإلغاء قرارات الإدارة القاضية بفصل العمال المتعاقدين والمستندة لأسباب تتعلق بالطابع السياسي والمتعارضة تماما مع الإتجاه القضائي القائم على

1- C.E, Arrêt du 07/10/1994 (Lopez); C.E, Arrêt du 10/07/1996 (Compagnie des Transport de L'atlantique). أشار إليهما: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.390.

2- « Considérant, en troisième lieu, qu'eu égard à l'impératif d'ordre public imposant de garantir, par une remise en concurrence périodique, la liberté d'accès des opérateurs économiques aux contrats de délégation de service public et la transparence des procédures de passation, la nécessité de mettre fin à une convention dépassant la durée prévue par la loi d'une délégation de service public constitue un motif d'intérêt général justifiant sa résiliation unilatérale par la personne publique, sans qu'il soit besoin qu'elle saisisse au préalable le juge ; que par suite, le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit en ne retenant pas comme propre à créer un doute sérieux le moyen tiré de ce que le maire de Fontainebleau ne pouvait constater la " caducité " des contrats litigieux et en prononcer la résiliation unilatérale ; qu'il n'a pas non plus inversé la charge de la preuve ». C.E, Arrêt du 07 mai 2013 (Sté auxiliaire de parcs de la région parisienne), n°365043, www.legifrance.gouv.org, vu le 17 avril 2018.

3- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.752.

4- أشار إليه: مفتاح خليفة عبد الحميد؛ حمد محمد الشلماني، C.E, Arrêt du 24/11/1982 (Commune de Boux willer). العقود الإدارية وأحكام إبرامها، المرجع السابق، ص.111.

احترام حرية الرأي لكل العمال، مادام أن هذا الرأي لم يترجم في شكل ممارسات لا تتفق ومصلحة المرفق العام أو لم يشكل إخلالا بالنظام العام¹.

غير أن الفقه الإداري اختلف فيما يتعلق بمدى تمتع الإدارة بممارسة سلطتها في إنهاء عقودها الإدارية بصفة منفردة دون صدور أي خطأ من المتعاقد معها لأسباب مالية خالصة، حيث ذهب البعض منهم إلى جواز ذلك مقررا بأن الإدارة تملك حقا مطلقا في ذلك سواء قبل تنفيذ العقد أو أثنائه، وسواء قدرت بأن موضوع العقد أصبح من المتعذر تنفيذه أو أنه أصبح غير ذا فائدة للمرفق العام، أو لأسباب تتعلق بالمصلحة المالية للإدارة، وهي ليست مضطرة في هذا إلى تبرير موقفها بتوضيح الأسباب التي دفعتها إلى ذلك².

غير أن الرأي الراجح في الفقه والقضاء الإداري المقارن يرى عدم صلاحية الإعتبارات المالية كأساس تستند إليه الإدارة في ممارسة سلطتها في إنهاء العقد الإداري بصفة إنفرادية دون خطأ من المتعاقد معها، وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر له بتاريخ 26 فيفري 1975 فصلا في قضية "Société du port de pêche de l'orient"³.

ولكن يثور التساؤل في هذا الصدد حول إمكانية الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة دون صدور أي خطأ من المتعاقد معها إذا كان الإستمرار في تنفيذه سيكلفها خسارة مالية فادحة؟، ومدى اعتبار هذا السبب من المصلحة العامة؟

وللإجابة عن هذا السؤال ذهب الفقيه "PEQUIGNOT" إلى اعتبار الطابع الباهظ والمكلف ماليا للعقد الإداري سببا من أسباب المصلحة العامة الذي يبرر للإدارة ممارسة سلطتها في إنهاء هذا العقد بإرادتها المنفردة دون ارتكاب المتعاقد معها لأي خطأ⁴.

غير أن الرأي الراجح في الفقه والقضاء الفرنسي والمصري يرى عدم مشروعية استناد الإدارة في ممارسة سلطتها في إنهاء عقودها الإدارية لأسباب تتعلق بالطابع المالي المكلف للعقد الإداري، وذلك على أساس أن القول بخلاف ذلك سيؤدي إلى زعزعة الثقة في العقود المبرمة مع الإدارة والدعوة إلى الشك في عدالتها ونزاهتها⁵.

أشار إليه: محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص.254.
1- C.E, Arrêt du 26/10/1960 (Sieur Rioux).
2- مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص.120.
3- أشار إليه نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، (Sté du port de pêche de l'orient), Arrêt du 26/02/1975, ص.393.
4- محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص.256.
5- مفتاح خليفة عبد الحميد؛ حمد محمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، المرجع السابق، ص.112.

ولكن في نظرنا يجب التمييز بين حالتين، تتمثل الحالة الأولى في إبرام صفقة عمومية بمبلغ مالي باهظ ومكلف بناء على التقدير المالي للمصلحة المتعاقدة التي رضيت منذ البداية بالشروط المالية لهذه الصفقة، ففي هذه الحالة لا يمكن لهذه الأخيرة إنهاء هذه الصفقة بإرادتها المنفردة ودون صدور أي خطأ عقدي من جانب المتعامل المتعاقد معها متحججة في ذلك بالطابع المالي المكلف للصفقة، وهذا على أساس أنها هي المسؤولة الوحيدة عن التقدير المالي لهذه الصفقة، حيث كان عليها منذ البداية العدول عن مباشرة إجراءات الصفقة.

أما الحالة الثانية فتتمثل في حالة إبرام صفقة عمومية بمقابل مالي مناسب وغير مكلف، ولكن أثناء تنفيذها استجدت ظروف لم تكن متوقعة من طرف المصلحة المتعاقدة عند إبرام هذه الصفقة دعت إلى صب مبالغ مالية إضافية باهظة زيادة على المبلغ الأصلي، ففي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة إنهاء هذه الصفقة بإرادتها المنفردة دون ارتكاب المتعامل المتعاقد معها لأي خطأ عقدي بشرط منحه تعويضا ماليا عادلا عن ما فاته من ربح وما لحقته من خسارة من جراء هذا الإنهاء، ويعتبر هذا السبب من الأسباب المدرجة تحت مفهوم المصلحة العامة.

2- شرط مشروعية قرار الإنهاء:

إضافة إلى الشرط السابق المتمثل في استهداف المصلحة العامة واحتياجات المرفق العام عند ممارسة الإدارة لسلطتها في إنهاء العقد الإداري دون خطأ من المتعاقد معها، فإنه يشترط أيضا أن يتمتع قرار الإنهاء هذا بصفة المشروعية، أي أن لا يكون مشوبا بعيب الإنحراف في استعمال السلطة، ويكون صادرا من السلطة المختصة¹.

فحتى يتمتع قرار إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة ودون صدور أي خطأ من المتعاقد معها بطابع المشروعية، لا بد أن يصدر عن ذات الجهة الإدارية التي قامت بإبرام العقد وبنفس الشروط والإجراءات التي مرت بها عملية الإبرام، وهذا وفقا لقاعدة توازي الأشكال في إصدار القرار الإداري².

في هذا الصدد تنص المادة 150 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري على حق المصلحة المتعاقدة في فسخ الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة دون ارتكاب المتعامل

1- عبد الوهاب محمد؛ رواب جمال، المرجع السابق، ص.535.

2- زينة مقداد، المرجع السابق، ص.422.

المتعاقدين معها لأي خطأ عقدي إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، دون الإشارة إلى الإجراءات والشكليات الواجب اتباعها في هذا الصدد، وهنا يطرح التساؤل حول مدى إمكانية فسخ الصفقة العمومية دون العودة إلى لجنة الصفقات العمومية المختصة من أجل الحصول على تأشيرة لهذا الفسخ كما هو الحال بالنسبة للإجراء المتبع عند إبرام الصفقة العمومية؟

وبالرجوع إلى نصوص مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لم نجد أي إشارة لهذا الإشكال سوى ما تضمنته الفقرة الثالثة من المادة 196 من هذا المرسوم، والتي تنص على أنه: "إذا عدلت المصلحة المتعاقدة عن إبرام إحدى الصفقات التي كانت موضوع تأشيرة، فإنها يجب أن تعلم بذلك لجنة الصفقات العمومية المختصة".

ويتضح من خلال المادة السابقة أن تراجع المصلحة المتعاقدة عن إبرام الصفقة العمومية بعد حصولها على تأشيرة لا يقتضي إلزامها بضرورة الحصول على تأشيرة جديدة من لجنة الصفقات العمومية المختصة بشأن عدولها عن إبرام الصفقة العمومية، وإنما يكفي فقط إعلامها بذلك.

وبما أن عدول المصلحة المتعاقدة عن إبرام الصفقة العمومية يشبه فسخ الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة من حيث إنهاء الآثار المترتبة عنهما، فإنه يمكن القياس على الحكم الذي تضمنته المادة 196 السابق ذكرها والقول بأنه في حالة فسخ الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة فإنه يجب على المصلحة المتعاقدة إعلام لجنة الصفقات العمومية المختصة بذلك دون ضرورة التزامها بالحصول على تأشيرة منها على هذا الفسخ.

وفي ظل عدم علمنا بوجود قرارات قضائية صادرة عن القضاء الإداري الجزائري تقدم لنا حلولاً لهذا الإشكال المطروح، نستأنس بما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي الذي قرر إمكانية مخالفة قاعدة توازي الأشكال في إصدار القرار الإداري عندما يتعلق الأمر بفسخ العقد الإداري، حيث قضى في قرار صادر له بتاريخ 17 مارس 1972 فصلاً في قضية "Dame Figaroli" بأن: "قيام الإدارة بفسخ العقد لا يخضع بالضرورة لتصديق سلطة الوصاية، حتى ولو تطلب إبرام العقد تدخل هذه السلطة، إلا إذا ورد نص على خلاف ذلك يلزم الإدارة بضرورة الحصول على تصديق سلطة الوصاية على قرارها بفسخ العقد"¹.

1- C.E, Arrêt du 17/03/1972 (Dame Figaroli).

أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.395.

كما قرر ذات المجلس في قرار صادر له بتاريخ 02 فيفري 1987 فصلا في قضية " Société T.V " 6 et autres " أنه وإن كانت القاعدة تقتضي أن قرار الإنهاء لدواعي المصلحة العامة يجب أن يصدر عن ذات الإدارة التي أبرمت العقد، إلا أنه يمكن للمشرع بصفة إستثنائية إنهاء العقود الإدارية لدواعي المصلحة العامة، ومن أمثلة ذلك القانون الصادر بتاريخ 20 جوان 1940 الذي قرر فيه المشرع أن جميع العقود المبرمة من طرف الدولة من أجل احتياجات الدفاع القومي التي مازالت في مرحلة التنفيذ تعتبر منبهة بقوة القانون، باستثناء العقود التي تقرر الإدارة المختصة استمرارها أو تقبل تعديلها من أجل إعادة بناء الإقتصاد الوطني¹.

كما قضى ذات المجلس في قراره الصادر بتاريخ 22 أبريل 1988 فصلا في قضية " Société de France 5 " المشار إليه سابقا أنه يمكن للحكومة أيضا اتخاذ قرار الإنهاء لدواعي المصلحة العامة، وأن تنازلها عن ذلك لمصلحة المشرع لا يمنعها إطلاقا من ممارسة هذه السلطة بنفسها².

و نفس الإتجاه السابق كانت قد سارت عليه المحكمة الإدارية العليا في مصر في قرارها الصادر بتاريخ 03 ماي 1984، حين قضت بأن قرار إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة الصادر من الجهة الإدارية غير المختصة يعتبر مشوبا بعيب الإنحراف في استعمال السلطة، ونفس الوصف يضاف على قرار الإنهاء لدواعي المصلحة العامة الصادر من الإدارة المختصة ولكن لم يحترم فيه الإجراءات المنصوص عليها في القانون أو التنظيم أو العقد، أو إذا تضمن أحد العيوب الموضوعية التي تؤدي إلى إبطال القرار الإداري الصادر بناء على السلطة التقديرية، كالغلط في الوقائع التي بني عليها قرار الإنهاء³.

وتجدر الإشارة إلى أن قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة لا يمكن أن يسري بأثر رجعي، وإنما يسري بأثر فوري ومباشر من تاريخ تبليغ هذا القرار إلى المتعاقد، وهو ما

1- نصري منصور نابلسي، نفس المرجع، ص.396.

2- « Considérant qu'il appartient à l'autorité concédante, en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs et sous réserve des droits d'indemnisation du concessionnaire, de mettre fin avant son terme à un contrat de concession dès lors qu'il existe des motifs d'intérêt général justifiant, à la date à laquelle elle prend sa décision, que l'exploitation du service concédé doit être abandonnée ou établie sur des bases nouvelles ; qu'elle peut user de cette faculté alors même qu'aucune disposition législative ou réglementaire, non plus qu'aucune stipulation contractuelle, n'en ont organisé l'exercice ». C.E, Arrêt du 22/04/1988 (Sté de France 5), n°86241, www.legifrance.gouv.fr, vu le : 20/02/2018.

3- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 25/3 ، س 21 ق، جلسة 1984/05/03. أشار إليه: مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص.118.

أكده مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر له بتاريخ 12 أبريل 1977 فصلا في قضية " Siennr Tlatti " Salal Eddine¹.

ويثور التساؤل بشأن مدى التزام الإدارة بتسبب قرارها بإنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، ذلك أن الاتجاه الفقهي الذي كان سائدا في فرنسا قبل صدور القانون رقم 79-587 بتاريخ 11 جويلية 1979 والمتعلق بتسبب القرارات الإدارية وتحسين العلاقة ما بين الإدارة والمواطنين كان يعني الإدارة من تسبب قرارها بإنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة²، وهو نفس المسلك الذي انتهجه مجلس الدولة الفرنسي، حيث قضى في قراره الصادر بتاريخ 16 نوفمبر 1917 فصلا في قضية " Caledonienes " بأنه: " ليس هناك أي نص قانوني يلزم الإدارة بتسبب قراراتها الصادرة بإنهاء عقد التوريد"³.

ولكن بعد صدور القانون أعلاه والمراسيم المطبقة له اختلف الفقهاء حول التزام الإدارة بضرورة تسبب قرارها بإنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، حيث ذهب الاتجاه الغالب في فرنسا إلى أن هذا القرار لا يخضع للقانون رقم 79-587 الصادر بتاريخ 11 جويلية 1979 المتعلق بوجوب تسبب الإدارة لقراراتها الإدارية، كما لا يخضع أيضا للمنشور الصادر بتاريخ 10 جانفي 1980 والمتعلق بتحديد القرارات الإدارية الواجبة التسبب تطبيقا لقانون 11 جويلية 1979، والذي أخضع قرارات الإدارة المتضمنة للجزاءات الضاغطة أو الفاسخة للالتزام بالتسبب⁴.

وترجع الحكمة من وراء إلزام الإدارة بتسبب قراراتها المتضمنة للجزاءات الضاغطة أو الفاسخة إلى أن المتعاقد يكون قد ارتكب مخالفة عقدية قد تستوجب حسب درجة جسامتها إما جزاء ضاغطا فقط أو جزاء فاسخا إذا كانت المخالفة جسيمة. ومن هنا تظهر أهمية التسبب وأهمية منح القاضي الإداري سلطة الرقابة على هذه الأسباب من حيث المشروعية ومن حيث مدى ملاءمتها للمخالفة المرتكبة، فإذا قدر هذا الأخير أن الجزاء مبالغ فيه مقارنة مع المخالفة المرتكبة قضى بالتعويض للمتعاقد مع الإدارة. في حين أن هذه الحكمة غير موجودة تماما في قرار الإنهاء لدواعي المصلحة

أشار إليه: مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص.125. 1- C.E, Arrê du 12/04/1972 (Siennr Tlatti Salal Eddine).
2- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.398.
3- أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص.271.
4- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.399.

العامّة، وهذا لأنّ المتعاقد مع الإدارة سيحصل في جميع الأحوال على التعويض على أساس أن إنهاء العقد الإداري لم يكن بسبب ارتكابه خطأً عقدياً¹.

وبالتالي فإنّ الإدارة تتمتع بكامل السلطة التقديرية في ممارستها لسلطة إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة دون صدور أي خطأ عقدي من جانب المتعاقد معها لدواعي المصلحة العامة، وهي معفاة في ذلك من الإلتزام بتسبب قرارها هذا². ولكن هذا لا يعني عدم خضوعها للرقابة القضائية في هذا الشأن، وإنما يستطيع القاضي الإداري بناء على طلب المتعاقد البحث في الأسباب الحقيقية التي دفعتها إلى إنهاء العقد الإداري لفحص مدى جدتها وارتباطها بالمصلحة العامة ومتطلبات المرفق العام³. وهذه الرقابة تشمل فقط مشروعية قرار الإنهاء دون التطرق لمدى ملائمته، فالقاضي الإداري لا يملك أن يحل محل الإدارة في تقدير مدى ملاءمة السبب مع قرار الإنهاء.

وبعد تطرقنا لماهية سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة من خلال التعرض للأساس القانوني الذي تقوم عليه وتكييفها وطبيعتها القانونية ونطاقها وشروطها، يثور التساؤل حول الآثار القانونية المترتبة عن قرار الإنهاء ومدى خضوعه للرقابة القضائية.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطتها في الإنهاء لدواعي المصلحة العامة ومدى خضوع هذه السلطة للرقابة القضائية

سنترك في هذا المطلب للآثار المترتبة عن قرار المصلحة المتعاقدة بإنهاء الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة دون خطأ من المتعامل المتعاقد معها في الفرع الأول، على أن نتعرض في الفرع الثاني لمدى خضوع هذا القرار للرقابة القضائية.

الفرع الأول: الآثار المترتبة على ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطتها في الإنهاء لدواعي المصلحة العامة

تتمثل الآثار المترتبة عن ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطتها في إنهاء الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة في أثرين مهمين، يتمثل الأول في وجوب تعويض المتعامل المتعاقد عن جميع الأضرار التي لحقت من جراء قرار الإنهاء، أما الأثر الثاني فيتمثل في نهاية العلاقة التعاقدية.

1- السلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص.270.

2- أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص.271.

3- محمد خليفي، المرجع السابق، ص.178.

أولاً: حق المتعامل المتعاقد في التعويض عن قرار الإنهاء لدواعي المصلحة العامة

إن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة تشكل خطراً كبيراً على المصالح المالية للمتعاقد معها، بحيث تحرمه من الأرباح التي كان يستهدفها من وراء التعاقد مع الإدارة¹. وانطلاقاً من هذا حرص القضاء الإداري على تعويضه عن جميع الخسائر التي لحقت به والكسب الذي فاتته من جراء قرار الإنهاء هذا².

غير أن الفقهاء اختلفوا في تحديد الأساس القانوني الذي يقوم عليه تعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به من جراء إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة إلى ابتهاجين. حيث يرى الاتجاه الفقهي الأول أن هذا الأساس يتمثل في فكرة التوازن المالي للعقد الإداري، فتلتزم الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد معها كلما أدى تدخلها أثناء التنفيذ إلى الاختلال في التوازن المالي له، ومن بين تدخلات الإدارة اتخاذها قرار إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة³.

في حين ذهب الاتجاه الثاني إلى القول بأن الأساس القانوني للتعويض في حالة إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة إنما يتمثل في المسؤولية التعاقدية للإدارة بدون خطأ، وذلك لأن قرار الإنهاء اتخذ بمناسبة تنفيذ عقد من جهة، ومن جهة أخرى فإن الإدارة المتعاقدة لم ترتكب أي خطأ في هذه الحالة⁴.

غير أنه يمكن التوفيق بين الرأيين السابقين كونهما يؤديان إلى نفس النتائج، وبالتالي فإن الأساس القانوني لتعويض المتعاقد في حالة ممارسة الإدارة لسلطتها في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة دون صدور أي خطأ عقدي من جانبه لدواعي المصلحة العامة يقوم على فكرة المسؤولية التعاقدية بدون خطأ بهدف إعادة التوازن المالي للعقد⁵.

ومن أجل تحديد مدى استحقاق المتعاقد للتعويض عند إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة نميز بين حالتين، تتمثل الحالة الأولى في النص في بنود العقد الإداري على التعويض من حيث مقداره وكيفية وشروطه، وهو ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 03 مارس 2017 فصلاً في قضية "Société Leasecom"، والذي قضى فيه بأنه يمكن للإدارة المتعاقدة إدراج بنود عقدية

1- السلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص.210.

2- Patrice Chrétien et autres, op. cit., p.517.

3- ماجد بن عتيق الزهراني، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك - كلية القانون - (الأردن)، 2014، ص.51.

4- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.602.

5- ماجد بن عتيق الزهراني، المرجع السابق، ص.52.

تحدد نطاق وكيفية تقدير التعويض في حالة إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة، ولكن بشرط أن تكون هذه البنود شرعية ومتناسبة مع حجم الضرر الذي تحمله المتعاقد نتيجة هذا الإنهاء¹، أو النص عليه في القوانين واللوائح المنظمة لهذا العقد، وهو ما يصطلح عليه بالتعويض الإتفاقي أو العقدي، وهنا يجب الإلتزام بهذه النصوص حتى ولو تضمنت حرمان المتعاقد من التعويض². ففي هذه الحالة يمكن لطرفي العقد الإداري الإتفاق بكل حرية على تحديد عناصر حساب التعويض الذي قد يستفيد منه المتعاقد في حالة إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة.

فقد يتم الإتفاق على منحه تعويضا جزافيا، أو قد يتم الإتفاق على استبعاد التعويض بالنسبة لبعض الأضرار التي قد تلحقه من جراء هذا الإنهاء³. كما قد يتم الإتفاق على استبعاد التعويض مطلقا بنص عقدي صريح، أو استبعاد عنصر التعويض المتعلق بالكسب الذي فات المتعاقد من وراء هذا الإنهاء، وهو ما أقره مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 19 ديسمبر 2012 فصلا في قضية "Soc AB Trans"، والذي قضى فيه بعدم استحقاق المتعاقد للتعويض عن إنهاء العقد الإداري ما دامت بنود هذا العقد قد استبعدت صراحة التعويض في هذه الحالة، وهذا مهما كان الداعي لهذا الإنهاء⁴.

1- «... Considérant qu'en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, la personne publique cocontractante peut toujours, pour un motif d'intérêt général, résilier unilatéralement un tel contrat, sous réserve des droits à indemnité de son cocontractant ; que, si l'étendue et les modalités de cette indemnisation peuvent être déterminées par les stipulations contractuelles, l'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités fait toutefois obstacle à ce que ces stipulations prévoient une indemnité de résiliation qui serait, au détriment de la personne publique, manifestement disproportionnée au montant du préjudice subi par le cocontractant du fait de cette résiliation ; que si, dans le cadre d'un litige indemnitaire, l'une des parties ou le juge soulève, avant la clôture de l'instruction, un moyen tiré de l'illicéité de la clause du contrat relative aux modalités d'indemnisation du cocontractant en cas de résiliation anticipée, il appartient à ce dernier de demander au juge la condamnation de la personne publique à l'indemniser du préjudice qu'il estime avoir subi du fait de la résiliation du contrat sur le fondement des règles générales applicables, dans le silence du contrat, à l'indemnisation du cocontractant en cas de résiliation du contrat pour un motif d'intérêt général ; que, dans l'hypothèse où le juge inviterait les parties à présenter leurs observations, en application de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, sur le moyen soulevé d'office et tiré de l'illicéité de la clause d'indemnisation du contrat, le cocontractant de la personne publique peut, dans ses observations en réponse soumises au contradictoire, fonder sa demande de réparation sur ces règles générales applicables aux contrats administratifs... ».C.E, Arrêt du 03 mars 2017 (Sté Leasecom), n°392446, www.legifrance.gouv.fr, vu le : 05 avril 2018.

2- أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص.274.

3- السلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص.211.

4- «... Considérant, toutefois, que si les principes généraux applicables aux contrats administratifs permettent aux personnes publiques, sans qu'aucune disposition législative ou réglementaire, non plus qu'aucune stipulation contractuelle ne le prévoient, de résilier un contrat pour un motif d'intérêt général, sous réserve de l'indemnisation du préjudice éventuellement subi par le cocontractant, ces mêmes principes ne s'opposent pas à ce que des stipulations contractuelles écartent, comme en

وعلاوة على ذلك قد يتم النص في القوانين أو اللوائح المنظمة للعقد الإداري على مشتملات التعويض الذي يمنح للمتعاقد في حالة إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة و على كيفية حسابه، كما قد يتم النص في هذه القوانين أو اللوائح على استبعاد التعويض بكامله أو جزء منه أو استبعاده في حالات محددة، وهو ما اعتمده المشرع اللائحي الفرنسي في دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على مختلف أنواع الصفقات العمومية، ومن ذلك على سبيل المثال ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 4.46 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال¹.

في هذا الصدد يثور تساؤل حول مدى إمكانية الإدارة تضمين العقد الإداري شرطا يقضي بإعفائها من المسؤولية الناتجة عن ممارستها لسلطة الإنهاء لدواعي المصلحة العامة، وهنا تجدر الإشارة إلى أن الفقه ميز بين حالتين، تتمثل الحالة الأولى في النص على الإعفاء المطلق، وهنا أجمع الفقه على عدم مشروعية هذا الشرط، وذلك على أساس أنه يتعارض مع مبادئ القانون الإداري التي تقر حق المتعاقد في التعويض طبقا للنظريات السائدة في نظام العقود الإدارية، ومنها حقه في إعادة التوازن المالي للعقد، أما الحالة الثانية فتتمثل في النص على الإعفاء من المسؤولية بالنسبة لحالة أو حالات محددة، حيث اعتبر الفقه هذا الشرط مشروعاً على أساس أن المتعاقدين قد توقعوا حصوله ورضي المتعاقد مسبقاً بتحمل جميع الآثار المترتبة عنه².

أما الحالة الثانية فتتمثل في غياب نص قانوني أو لائحي أو تعاقدي مسبق ينظم مبدأ التعويض عند إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة ومقداره، وهنا يخضع التعويض للقواعد العامة التي تقر أن الحصول على التعويض لا يكون إلا بإثبات الضرر الحاصل للمتعاقد وتوفر علاقة مباشرة بين هذا الضرر وقرار إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة، وهو ما يصطلح عليه بالتعويض

l'espèce, tout droit à indemnisation en cas de résiliation du contrat par la personne publique ; que s'agissant, en outre, d'un marché à bons de commande sans minimum, la cour administrative d'appel n'a, en tout état de cause, pas commis d'erreur de droit ni dénaturé les stipulations du contrat, en faisant application de l'article 11 du cahier des clauses administratives particulières et en jugeant que ses stipulations faisaient obstacle à ce que la société AB Trans soit indemnisée du préjudice né de la résiliation du contrat, quand bien même il serait établi que cette dernière n'était pas justifiée par un motif d'intérêt général».C.E, Arrêt du 19 décembre 2012 (Sté AB Trans), n°350341, www.legifrance.gouv.fr, vu le : 17 avril 2018.

1- «Lorsque le représentant du pouvoir adjudicateur résilie le marché pour motif d'intérêt général, le titulaire a droit à une indemnité de résiliation, obtenue en appliquant au montant initial hors taxes du marché, diminué du montant hors taxes non révisé des prestations reçues, un pourcentage fixé par les documents particuliers du marché ou, à défaut, de 5 % ». Art 46.4 alinéa 1 du C.C.A.G. français applicables aux marchés publics de travaux.

2- ماجد بن عتيق الزهراني، المرجع السابق، ص.53.

القضائي على أساس أن القضاء الإداري هو الذي أرسى هذه المبادئ والقواعد من خلال تصديده لمجموعة من القضايا المتعلقة بهذا الشأن¹.

وفي هذا الصدد قررت الغرفة الإدارية بمحكمة الجزائر العاصمة في حكم صادر لها بتاريخ 08 نوفمبر 1967 بأن: "فسخ العقد من طرف الإدارة حتى ولو حصل للمصلحة العامة، يتضمن بالمقابل حق المتعاقد بالتعويض الذي ينبغي أن يأخذ بالإعتبار كل الفوائد التي كان سيحصل عليها فيما لو نفذ العقد"، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن بلدية سيدي عيسى أرست مناقصة على السيد "خليف" لسنة 1967، وكان من حق هذا المتعاقد أن يحصل على كل الحقوق الخاصة بالدخول إلى السوق مقابل دفع مبلغ مالي معين للبلدية، غير أنه في فيفري من سنة 1967 تم انتخاب سلطة جديدة لتسيير البلدية، أين قررت هذه الأخيرة وبشكل انفرادي فسخ العقد، وعند عرض النزاع على الغرفة الإدارية بمحكمة الجزائر منحت الحق للمتعاقد واعتبرت أن الفسخ قد جرى في غير وقته².

ونفس التوجه كان قد نهجه مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر له بتاريخ 21 ديسمبر 1928 فصلا في قضية "Société Nerson"، أين رفض تعويض المتعاقد عن إنهاء الإدارة للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة لعدم وجود ضرر حقيقي لحق به من جراء هذا الإنهاء³. وهو ما أكدته في قراره الصادر بتاريخ 07 نوفمبر 1930 فصلا في قضية "Tesseyre"، والذي قرر فيه رفض تعويض المتعاقد عن إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة لأن الإستمرار في تنفيذ العقد ذاته كان مرهقا ومكلفا له، وبالتالي فإن إنهاء هذا العقد لم يرتب أي ضرر له⁴.

كما أقرت محكمة القضاء الإداري المصري المبدأ السابق في حكمها الصادر بتاريخ 25 جوان 1961، والذي قضت فيه بأن: "التعويض يخضع للأحكام العامة المقررة في هذا الصدد ومنها شرط حصول ضرر من جراء إنهاء العقد، فإذا ثبت أن إنهاء العقد لم يرتب ضررا فلا محل للتعويض"⁵.
والتعويض المستحق للمتعاقد في حالة إنهاء الإدارة للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة هو التعويض الكامل "Reparation Integrale"، وهو يشمل عنصرين يتمثل الأول في الخسارة التي لحقت،

1- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.753.

2- حكم محكمة الجزائر العاصمة بتاريخ 1967/11/08 في قضية "خليف". أشار إليه: أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، ط 4، د.م.ج، الجزائر، 1986، ص.384.

3- C.E, Arrêt du 21/12/1928 (Sté Nerson). أشار إليه: أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص.275.

4- C.E, Arrêt du 07/11/1930 (Tesseyre). أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.403.

5- حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، الطعن رقم 960، س 10 ق، جلسة 1961/06/25. أشار إليه: حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص.256.

وهو يتضمن جميع النتائج المالية السلبية التي أضرت به، وهو ما أكده المشرع اللائحي الفرنسي في دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على مختلف أنواع الصفقات العمومية¹. وقد يتضمن كذلك الأضرار الأدبية والمعنوية التي لحقت المتعاقد من جراء هذا الإنهاء كالتأثير في سمعته التجارية. ولا يخضع هذا العنصر لأية استثناءات أو قيود، وهذا بشرط توفر العلاقة السببية بين إنهاء العقد الإداري والأضرار التي لحقت بالمتعاقد، وذلك بأن تكون هذه الأخيرة نتيجة مباشرة لسلطة الإنهاء².

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن تعويض المتعاقد عن الخسائر التي لحقت له لا يمكن أن يكون إلا على أساس تعاقدي، وهذا يعني أن القاضي الإداري لا يستطيع الحكم للمتعاقد بالتعويض عن الخسائر التي لحقت به قبل إبرام العقد أو بعد نهايته، أي الخسائر التي ليست لها علاقة مباشرة بفترة تنفيذ العقد الإداري³.

أما العنصر الثاني للتعويض الكامل فيتمثل في تعويض المتعاقد عن الأرباح التي فاتته من جراء إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، والتي يتم البدء في حسابها من تاريخ إنهاء العقد⁴. غير أن مجلس الدولة الفرنسي استبعد التعويض عن الربح الفائت في حالتين، تتمثل الأولى في حالة إنهاء العقد بسبب ظروف خارجية لا يد للإدارة المتعاقدة فيها ولم يكن في إمكانها توقعها ولا دفعها، كحالة

1- «*Le titulaire a droit, en outre, à être indemnisé de la part des frais et investissements, éventuellement engagés pour le marché et strictement nécessaires à son exécution, qui n'aurait pas été prise en compte dans le montant des prestations payées. Il lui incombe d'apporter toutes les justifications nécessaires à la fixation de cette partie de l'indemnité, dans un délai de quinze jours après la notification de la résiliation du marché*». Art 46.4 alinéa 2 du C.C.A.G. français applicables aux marchés publics de travaux.

2- مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص.512.

3- السلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص.216.

4- «... Considérant que lorsque le juge est saisi d'une demande d'indemnisation du manque à gagner résultant de la résiliation unilatérale d'un marché public pour motif d'intérêt général, il lui appartient, pour apprécier l'existence d'un préjudice et en évaluer le montant, de tenir compte du bénéfice que le requérant a, le cas échéant, tiré de la réalisation, en qualité de titulaire ou de sous-traitant d'un nouveau marché passé par le pouvoir adjudicateur, de tout ou partie des prestations qui lui avaient été confiées par le marché résilié ; que, dans l'hypothèse où, à la date à laquelle le juge statue sur le litige relatif à la résiliation, il résulte de l'ensemble des circonstances particulières de l'espèce, que, alors même qu'il n'a pas exécuté de telles prestations dans les conditions mentionnées ci-dessus ou que leur exécution n'est pas en cours, le titulaire du marché résilié est susceptible d'être chargé, dans un délai raisonnable, de tout ou partie de ces prestations à l'occasion d'un nouveau marché, il appartient au juge de surseoir à statuer sur l'existence et l'évaluation du préjudice né de la résiliation ». C.E, Arrêt du 26 mars 2018 (Sté Balineau), N°401060, www.légifrance.gouv, vu le 05 avril 2018.

وقوع الحرب أو حالة انتهاء الحرب، وهو ما أكده قراره الصادر بتاريخ 08 جويلية 1925 فصلا في قضية "Chantier de la loire"¹.

وقد اختلف الفقه الإداري في تأسيس موقف مجلس الدولة الفرنسي من استبعاد الربح الفائت من نطاق التعويض الممنوح للمتعاقد في حالة إنهاء العقد الإداري بسبب قيام الحرب أو انتهائها، حيث رأى جانب منه بأن هذا الموقف يمكن تأسيسه من خلال اعتبار هاتين الحالتين من بين حالات القوة القاهرة التي تجبر الإدارة على إنهاء عقودها، وبالتالي يجب استبعاد الأرباح من مبلغ التعويض والإكتفاء فقط بتعويض المتعاقد عن الخسائر التي لحقت².

بينما انتقد جانب ثان الإتجاه السابق على أساس أنه إذا تم اعتبار حالتي نشوب الحرب وانتهائها من حالات القوة القاهرة التي تؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد الإداري، فإنه يترتب على ذلك استبعاد التعويض برمته بما في ذلك التعويض عن الخسائر، وقرر هذا الجانب بأن استبعاد الأرباح من نطاق التعويض في هاتين الحالتين يمكن تأسيسه بالإستناد إلى قواعد العدالة التي تلزم المتعاقد بالتخلي عن أرباحه التي كان يطمح إليها من وراء إبرام العقد، إذا فرضت ظروف خارجة عن نطاق الإدارة إنهاء عقودها، ما دام أنه سيعوض عن كامل الخسائر التي لحقت من جراء هذا الإنهاء³.

أما الحالة الثانية التي استبعد فيها مجلس الدولة الفرنسي التعويض عن الربح الفائت فتمثل في صدور قرار فسخ العقد بناء على طلب المتعاقد أو بسبب تخليه عن تنفيذ موضوعه بموافقة من الإدارة المتعاقدة معه، وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي ذلك في قراره الصادر بتاريخ 19 جويلية 1930 فصلا في قضية "Ministre de la guerre"⁴.

ويشترط لاستحقاق التعويض عن الكسب الضائع أن لا يكون المتعاقد مع الإدارة شخصا من أشخاص القانون العام، وهذا على أساس أن هذا الأخير يشترك مع الإدارة المتعاقدة في أنهما لا يستهدفان تحقيق المصلحة الخاصة، وإنما يهدفان إلى تحقيق المصلحة العامة، وبالتالي في حالة إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة فإنه لا يحق للمتعاقد إذا كان شخصا عاما أن يطالب بالتعويض عن الأرباح التي فاتته من جراء هذا الإنهاء⁵.

أشار إليه: أبو مراد هند أحمد موسى، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية (الأردن)، 1999، ص.96.
2- السلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص.220.
3- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.754.
4- أشار إليه: السلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص.223. (Ministre de la guerre).
5- نفس المرجع، ص.224.

ثانياً: إنقضاء العلاقة التعاقدية

يترتب على إنهاء المصلحة المتعاقدة للصفقة العمومية بإزادتها المنفردة ودون ارتكاب المتعامل المتعاقد معها لأي خطأ تعاقدي لدواعي المصلحة العامة إنقضاء جميع الإلتزامات التعاقدية الناتجة عن هذه الصفقة، سواء من جانب المصلحة المتعاقدة أو من طرف المتعامل المتعاقد، كما يجب في هذه الحالة تصفية الآثار المالية الناشئة عن هذه الصفقة، وتستند هذه التصفية على أساس المبالغ المالية المستحقة للمتعامل المتعاقد أو للمصلحة المتعاقدة على حد سواء¹.

وقد سمح المشرع الفرنسي في هذا الإطار للإدارة المتعاقدة بأن تقوم بإجراء تصفية مؤقتة للمبالغ المالية المستحقة لها أو عليها في حدود نسبة مئوية قصوى لا تتعدى 80% دون انتظار إجراء التصفية النهائية، فإذا كان المتعاقد معها دائناً لها أمكنها أن تحرر لفائدته إذنا بصرف 80% من الرصيد المستحق له، وفي الحالة العكسية يتوجب عليه رد المبالغ المالية المستحقة عليه لفائدة الإدارة المتعاقدة معه في حدود نفس النسبة السابقة². فإذا ما تعلق الأمر بإنهاء صفقة عمومية للأشغال لدواعي المصلحة العامة فإنه يجب على المتعامل المتعاقد أن يقوم بإثبات الأشغال أو الأعمال التي نفذها قبل اتخاذ قرار الإنهاء، وأن يقوم بإحصاء وجرد وصفي لجميع التجهيزات والوسائل والمواد المتعلقة بإنجاز موضوع الصفقة، كما يجب عليه أن يقوم بتحرير محضر يضمن فيه جميع الأجزاء المنفذة³، وهو ما أكدت عليه المادة 1.1.47 من دفتر الشروط الإدارية العامة الفرنسي المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال⁴.

1- مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص.513.

2- « En cas de résiliation totale ou partielle du marché, les parties peuvent s'accorder, sans attendre la liquidation définitive du solde, sur un montant de dettes et de créances, hors indemnisation éventuelle, acceptées par elles, à titre provisionnel.

Si le solde est créditeur au profit du titulaire, le pouvoir adjudicateur lui verse 80 % de ce montant. S'il est créditeur au profit du pouvoir adjudicateur, le titulaire lui reverse 80 % de ce montant. Un délai peut être accordé au titulaire pour s'acquitter de sa dette ; dans cette hypothèse, le titulaire doit fournir la garantie prévue à l'article 104. ». Art 95 du Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relative aux marchés publics en France.

3- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.407.

4- « En cas de résiliation, il est procédé, le titulaire ou ses ayants droit, tuteur, administrateur ou liquidateur, dûment convoqués dans les conditions prévues par les documents particuliers du marché, aux constatations relatives aux ouvrages et parties d'ouvrages exécutés, à l'inventaire des matériaux approvisionnés ainsi qu'à l'inventaire descriptif du matériel et des installations de chantier. Il est dressé procès-verbal de ces opérations dans les conditions prévues à l'article 12. Ce procès-verbal comporte l'avis du maître d'œuvre sur la conformité aux dispositions du marché des ouvrages ou parties d'ouvrages exécutés ». Art 47.1.2 du C.C.A.G. français applicables aux marchés publics de travaux.

أما فيما يتعلق بمرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام فقد نص في الفقرة الثانية من المادة 152 منه على أنه: "وفي حالة فسخ صفقة عمومية جارية التنفيذ باتفاق مشترك يوقع الطرفان وثيقة الفسخ التي يجب أن تنص على تقديم الحسابات المعدة تبعا للأشغال المنجزة والأشغال الباقي تنفيذها وكذلك تطبيق مجموع بنود الصفقة بصفة عامة".

وقبل ذلك كان البند الأول من الفقرة أ من المادة 43 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل قد نص على أنه: "أ- في حالات الفسخ المنصوص عليها بالمواد 9 و11 و18 و30 و31 و34 و35 و37 من هذا النص: 1- تجرى مشاهدة الأشغال المنفذة بصحبة المفاوض أو ذوي حقوقه الحاضرين أو ممن يدعون رسميا إلى مشاهدة الأشغال المنجزة وإجراء إحصاء الأدوات التموينية وكذلك إحصاء ووصف الآلات وتجهيزات ورشة المفاوض".

وتملك المصلحة المتعاقدة في حالة إنهاؤها للصفقة العمومية للأشغال الحق في شراء الوسائل والتجهيزات المملوكة للمتعاقد معها والتي استعملها في تنفيذ الصفقة. كما يجوز لها شراء المنشآت المنفذة من طرفه¹، وهو ما أكدته البند الثاني من الفقرة أ من المادة 43 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، والذي جاء فيه بأنه: "2- للدولة حق الخيار، دون الإلزام، بالشراء الكلي أو الجزئي: أ- للأشغال المؤقتة التي قبل بها المهندسون أو المهندسون المعماريين.

ب- الآلات المنشأة خصيصا لتنفيذ أشغال المقاول وغير القابلة للاستعمال من جديد بصورة جارية في ورشات الأشغال العمومية"².

ويجب على المتعاقد عند إنهاء الصفقة العمومية للأشغال لدواعي المصلحة العامة أن يسحب جميع مستلزماته وأدواته من ورشة الأشغال خلال المدة التي تحددها له المصلحة المتعاقدة، فإذا لم يتم تحديد هذه المدة ففي أجل معقول، ويمكن للمصلحة المتعاقدة في حالة عدم امتثال المتعاقد

1- السلال سعيد جمعة الهويدي، نفس المرجع، ص.229.
2- وهو ما نص عليه أيضا المشرع اللانحي الفرنسي في المادة 3.1.47 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، والتي جاء فيها ما يلي:

«Le maître de l'ouvrage dispose du droit de racheter, en totalité ou en partie :
-les ouvrages provisoires réalisés dans le cadre du marché et utiles à l'exécution du marché ;
-les matériaux, produits de construction, équipements, progiciels, logiciels et outillages approvisionnés, acquis ou réalisés pour les besoins du marché, dans la limite où il en a besoin pour le chantier ».

المتعاقداً لأمر الإخلاء أن تقوم بنفسها وعلى مسؤوليته برفع الأدوات والمواد والتجهيزات الخاصة به وفقاً للمبادئ العامة المطبقة في مجال عقود الأشغال العامة¹، وهذا ما أكد عليه المشرع اللائحي الفرنسي في المادتين 1.37 و 2.37 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال².

وفي ذات السياق تنص المادة 2.1.47 من نفس الدفتر المشار إليه أعلاه على أنه يجب على الإدارة المتعاقدة خلال أجل عشرة أيام من تاريخ تحرير محضر الجرد الوصفي النهائي للأشغال المنفذة، أن تتخذ قراراً تحدد فيه جميع الإجراءات التي تهدف إلى تأمين المنشآت المنفذة والمحافظة عليها، والتي قد تتضمن هدم بعض المنشآت، وتعلم به المقاول الذي يتوجب عليه تنفيذه خلال المدة المحددة في القرار أو خلال مدة معقولة، وفي حالة عدم تنفيذه لهذا القرار يمكن لها - بعد إعداره وعدم امتثاله للإعذار - أن تقوم بتنفيذ هذه الإجراءات تحت مسؤوليته وعلى حسابه³.

أما بالنسبة للصفقات العمومية للتوريد فإنه يترتب على إنهاؤها لدواعي المصلحة العامة توقف الموردين عن تسليم البضائع المتفق على توريدها، وذلك من التاريخ الذي يصبح فيه قرار الإنهاء نافذاً، وللمصلحة المتعاقدة رفض استلام التوريدات المتفق عليها بعد هذا التاريخ⁴، على أن تقوم بتصفية

1- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.407.

2- « *Au fur et à mesure de l'avancement des travaux, le titulaire procède au dégagement, au nettoyage et à la remise en état des emplacements mis à sa disposition par le maître de l'ouvrage pour l'exécution des travaux* ». Art 37.2 du cahier des clauses administratives générales françaises applicables aux marchés publics de travaux ; « *A défaut d'exécution de tout ou partie de ces prescriptions, après ordre de service resté sans effet et mise en demeure par le représentant du pouvoir adjudicateur, les matériels, installations, matériaux, décombres et déchets non enlevés peuvent, à l'expiration d'un délai de trente jours après la mise en demeure, être transportés d'office, suivant leur nature, soit en dépôt, soit dans des sites susceptibles de les recevoir en fonction de leur classe, aux frais et risques du titulaire, ou être vendus aux enchères publiques* ». Art 37.1 du C.C.A.G. français applicables aux marchés publics de travaux.

3- « *Dans les dix jours suivant la date de signature de ce procès-verbal, le représentant du pouvoir adjudicateur fixe les mesures qui doivent être prises avant la fermeture du chantier pour assurer la conservation et la sécurité des ouvrages ou parties d'ouvrages exécutés. Ces mesures peuvent comporter la démolition de certaines parties d'ouvrages.*

A défaut d'exécution de ces mesures par le titulaire dans le délai imparti par le représentant du pouvoir adjudicateur, le maître d'œuvre les fait exécuter d'office.

Sauf dans les cas de résiliation ouvrant droit à indemnité, ces mesures sont à la charge du titulaire ». Art 47.1.2 du C.C.A.G. français applicables aux marchés publics de travaux.

4- مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص.513.

المبالغ المالية المستحقة لها أو عليها والمترتبة عن الصفقة، وهو ما أكد عليه المشرع اللائحي الفرنسي في المادة 1.34 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للتوريد¹.

الفرع الثاني: الرقابة القضائية على قرار المصلحة المتعاقدة بالإلغاء لدواعي المصلحة العامة

إن تمتع المصلحة المتعاقدة بسلطة إنهاء الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة دون ارتكاب المتعامل المتعاقد معها لأي مخالفة عقدية لدواعي المصلحة العامة، لا يعني بتاتا بأن ممارستها لهذه السلطة الخطيرة تكون بشكل مطلق، وإنما هي سلطة تقديرية تخضع بشأنها لرقابة القضاء الإداري الذي يمكنه التحقق من مدى مشروعية هذه الممارسة، وهل تمت وفقا للشروط القانونية المرسومة لها². في هذا الصدد يملك القاضي مجموعة من السلطات والإختصاصات في مواجهة قرار الإلغاء إذا ما ثبت له عدم مشروعيته، وهو ما سنتطرق له في الجزء الثاني من هذا الفرع، ولكن قبل ذلك يجب علينا تحديد القضاء المختص في الرقابة على قرار الإلغاء³.

أولاً: القضاء المختص في الرقابة على قرار المصلحة المتعاقدة بالإلغاء لدواعي المصلحة العامة

إن تحديد القضاء المختص في الرقابة على قرار إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة مرهون بضرورة التمييز بين ما إذا كان الطعن المرفوع إليه مقدم من طرف المتعاقد بذاته، أو مقدم من طرف الغير الخارج عن العلاقة التعاقدية.

1- الطعن الموجه ضد قرار الإلغاء لدواعي المصلحة العامة من طرف المتعاقد:

في ظل عدم علمنا بوجود قرارات قضائية صادرة عن القضاء الإداري الجزائري ذات صلة بهذا الموضوع نستأنس بما ذهب إليه كل من القضاء الإداري في فرنسا ومصر. حيث أن القضاء الإداري الفرنسي مستقر على أنه -في حالة توجيه الطعن بالإلغاء ضد قرار الإدارة بإلغاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة من طرف المتعاقد- يجب أن يتم ذلك عن طريق دعوى القضاء الكامل أمام قاضي العقد، ولا يمكنه بأي حال من الأحوال الإلتجاء إلى قاضي الإلغاء عن طريق رفع دعوى

1- «La résiliation fait l'objet d'un décompte de résiliation, qui est arrêté par le pouvoir adjudicateur et notifié au titulaire ». Art 34.1 du C.C.A.G. français applicables aux marchés publics de fournitures.

2- السلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص.235.

3- مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص.514.

الإلغاء، بمعنى أن قاضي العقد هو المختص بالرقابة على قرار الإنهاء لدواعي المصلحة العامة إذا تم الطعن فيه من طرف المتعاقد¹.

وفي هذا الإطار قرر المجلس المذكور في قرار صادر له بتاريخ 05 جانفي 1945 فصلا في قضية "Saintard" أن دعوى القضاء الكامل هي الوسيلة الوحيدة التي يملكها المتعاقد للطعن في قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة²، وهو ما أكدته ذات المجلس في قراره الصادر بتاريخ 23 جوان 1986 فصلا في قضية "Thomas"³.

وخلافا للمبدأ السابق كان مجلس الدولة الفرنسي قد قضى في قراره الصادر بتاريخ 02 ماي 1958 فصلا في قضية "Distillerie de Magnac-Laval" قبول الطعون المقدمة من طرف المتعاقد عن طريق دعوى الإلغاء إستثناء، والتي تهدف إلى إلغاء قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، والذي اتخذ شكل مرسوم تنظيمي يتضمن إنهاء مجموعة من العقود الإدارية لدواعي المصلحة العامة⁴.

وقد اعتبر مجموعة من الفقهاء الفرنسيين، ومنهم الفقيه "LACHAUME" والفقيه "CALLAY" والفقيه "DELAUBDERE" والفقيه "DELVOLVE" والفقيه "MAUROUN"، أن الإستثناء السابق الذي أورده مجلس الدولة الفرنسي هو في الحقيقة إستثناء مزيف، لأن قرار الإدارة بإنهاء هذه الطائفة من العقود الإدارية لدواعي المصلحة العامة ليس نابعا من سلطاتها المستمدة من العقد الإداري، وإنما هو مجرد تنفيذ لمرسوم لائحي صادر من جهة إدارية أخرى لا علاقة لها بها، وبالتالي فإن هذا القرار يكتسب وصف القرار الإداري المنفصل عن العملية التعاقدية، وبالنتيجة فإنه يمكن الطعن ضده عن طريق دعوى الإلغاء⁵.

وتجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي وفي نفس الموضوع رفض في قرار صادر له بتاريخ 11 ديسمبر 1959 فصلا في قضية "Sté Générale Technique 19" بقبول دعوى الإلغاء الموجهة من طرف المتعاقد ضد مرسوم لائحي يتضمن إنهاء عقد إداري واحد فقط وليس مجموعة من العقود⁶،

1- Laurent Richer, op. cit., p.294.

2- C.E, Arrêt du 05 janvier 1945 (Saintard).

3- C.E, Arrêt du 23 juin 1986 (Thomas).

4- C.E, Arrêt du 02 mai 1958 (Distillerie de Magnac-Laval), n°32401, www.archiv.jura.uni-saarland.de, voir le : 10 avril 2018.

5- السلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص.240.

6- C.E, Arrêt du 11 décembre 1959 (Sté Générale Technique 19). أشار إليه: مفتاح خليفة عبد الحميد؛ حمد محمد الشلماني، انقضاء العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.296.

بالرغم من قبوله في قراره المشار إليه أعلاه لدعوى الإلغاء الموجهة ضد مرسوم لائحى يقضي بإنهاء طائفة من العقود الإدارية.

ونفس الإتجاه الذي نوجه القضاء الإداري في فرنسا سلكه القضاء الإداري المصري، حيث قررت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 29 نوفمبر 1994 أن: "قضاء العقود الإدارية ينتمي أساسا إلى القضاء الكامل، إذ يكون للمحكمة التصدي للمنازعة الناشئة عن العقد الإداري وجميع ما يتوزع عنها"¹. وهو ما أكدته أحكام المحكمة المتلاحقة والحديثة في مصر، حيث قضت في حكمها الصادر بتاريخ 04 فيفري 2002 بأن: "اختصاص القضاء الإداري بالفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية هو اختصاص شامل ومطلق"².

وكما هو الحال بالنسبة للقضاء الإداري الفرنسي إستثنى القضاء الإداري المصري من المبدأ السابق القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري، حيث سمح للمتعاقد بتقديم طعون ضدها عن طريق دعوى الإلغاء، حيث قررت محكمة القضاء الإداري في مصر في حكم صادر لها بتاريخ 24 مارس 2002 إلغاء قرار فسخ عقد إداري باعتبار أن المدعي قد تم إخطاره بقبول عطائه، وبالتالي لا يجوز الرجوع في تنفيذ أمر الإسناد الذي سلم له³.

2- الطعن الموجه ضد قرار الإنهاء لدواعي المصلحة العامة من طرف الغير:

بالنسبة للطعن المقدم من طرف الغير والموجه ضد قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة دون صدور أي خطأ عقدي من جانب المتعاقد معها لدواعي المصلحة العامة، فإنه لا يمكن رفعه عن طريق دعوى القضاء الكامل أمام قاضي العقد، وهذا على أساس أن هذا الغير يعتبر غريبا وأجنبيا عن العلاقة التعاقدية القائمة بين الإدارة والمتعاقد معها، وبالتالي لا يملك الطعن في قرارات الإدارة المتعلقة بتنفيذه أو بإنهائه، طبقا لمبدأ الأثر النسبي للعقد الذي يقضي باقتصار آثار العقد على أطرافه فقط⁴.

1- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 3683، س 36 ق، جلسة 29 نوفمبر 1994. أشار إليه: حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص.110.
2- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، طعن رقم 7798، س 455 ق، جلسة 04 فيفري 2002. أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.415.
3- حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، طعن رقم 7418، س 55 ق، جلسة 24 مارس 2002. أشار إليه: محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام 2004، الكتاب الأول -إبرام العقد الإداري-، دار (أبو المجد) للطباعة بالهرم، مصر، 2003، ص.143.
4- أشرف محمد خليل حماد، المرجع السابق، ص.152.

وبناء على ما سبق فإنه لا يمكن للغير الأجنبي عن العقد الإداري إلا رفع دعوى تعويض من أجل المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت من جراء اتخاذ الإدارة المتعاقدة لقرار من القرارات المتعلقة بتنفيذ أو إنهاء هذا العقد¹.

أما بالنسبة لإمكانية توجيه الغير لدعوى الإلغاء ضد قرارات الإدارة المتعلقة بتنفيذ أو إنهاء العقد الإداري على أساس نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد، فقد اختلف الفقهاء بين مؤيد ومعارض. فمنهم من ذهب إلى عدم قدرة الغير على رفع هذه الدعوى أمام قاضي الإلغاء، على اعتبار أن هذه القرارات لا يمكن أن تكون بأي حال من الأحوال منفصلة عن العلاقة العقدية، فهي مجرد إجراءات تنفيذية لمضمون النصوص العقدية، وبالتالي فإنه لا يحق لغير أطراف العقد الإداري الطعن فيها أمام قاضي العقد².

ولكن خلافا للتوجه الفقهي السابق، فإن غالبية الفقه الإداري الفرنسي يرى ضرورة قبول دعوى الإلغاء المرفوعة من طرف الغير ضد قرارات الإدارة المتعلقة بتنفيذ العقد أو بإنهائه. ويرى هذا الاتجاه بأنه وبالرغم من كون الغير أجنبيا عن العلاقة العقدية، إلا أنه ليس كذلك بالنسبة للآثار المترتبة عنها، وبالتالي يجب عدم حرمانه من حقه في المحافظة على مصالحه التي قد تتضرر بالقرارات المتخذة من طرف الإدارة والمرتبطة بتنفيذ أو إنهاء العقد الإداري، وبالنتيجة يجب التسليم له بحقه في رفع دعوى الإلغاء ضد هذه القرارات³.

ويرى الفقيه الفرنسي "Delaubadère" في هذا الإطار بأنه مادام تم قبول دعوى الإلغاء من طرف المتعاقد مع الإدارة ضد المرسوم اللائحي القاضي بإنهاء مجموعة من العقود الإدارية لدواعي المصلحة العامة، على اعتبار هذا الأخير قرار إداري منفصل عن العقد الإداري، فإن المنطق يقضي بقبول هذه الدعوى في حالة رفعها من طرف الغير بشرط توفر المصلحة فيهم⁴.

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي على هذا التوجه وإن كان ذلك على مرحلتين متتاليتين، حيث قرر في المرحلة الأولى قبول دعوى الإلغاء المرفوعة من طرف الغير ضد قرارات الإدارة المتعلقة بتنفيذ أو إنهاء العقد الإداري، وذلك بمقتضى قراره الصادر بتاريخ 24 أبريل 1964 فصلا في قضية "SA de livraisons industrielles et commerciales LIC"، والذي قضى فيه بقبول دعوى الإلغاء ضد

1- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.418.
2- السلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص.244.
3- أشرف محمد خليل حماد، المرجع السابق، ص.153.
4- السلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص.247.

قرار الإدارة برفض فسخ العقد الإداري مع المتعاقد معها، وقرر المجلس إبتداء من هذا الحكم السماح للغير برفع دعوى الإلغاء ضد جميع قرارات الإدارة المتعلقة سواء بإبرام العقد الإداري أو بتنفيذه من خلال الدفع بعدم مشروعيته، وهذا على أساس أن هذه القرارات عبارة عن قرارات إدارية منفصلة عن العلاقة العقدية¹.

وفي المرحلة الثانية قرر المجلس ضميا بمقتضى حكمه الصادر بتاريخ 11 جانفي 1984 فصلا في قضية "Fayard"، إعتبار قرار الإدارة برفض فسخ العقد الإداري قرارا إداريا منفصلا عن العلاقة العقدية، وبالتالي يجوز للغير الطعن فيه عن طريق دعوى الإلغاء².

أما بالنسبة لمدى إمكانية الغير في توجيه طعن بالإلغاء ضد قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة فقد اختلف الفقه والقضاء الفرنسي بشأنه، حيث ذهب الفقهاء "Delaubadère" و "Moderne" و "Delvolvé" إلى أنه لا يجوز للغير تقديم هذا الطعن، وبرروا توجههم هذا بأنه إذا كان المتعاقد مع الإدارة محروم من الطعن في هذا القرار عن طريق دعوى الإلغاء أمام قاضي الإلغاء إلا استثناء كما رأينا سابقا، على أساس أن قرار الإنهاء لدواعي المصلحة العامة لا يعتبر بالنسبة إليه قرارا منفصلا عن العقد الإداري، فإنه من باب أولى يحرم الغير أيضا من رفع هذا الطعن على أساس أنهم أجنب عن العقد³.

غير أن مجلس الدولة الفرنسي وخلاف للرأي الفقهي السابق قضى في قراره الصادر بتاريخ 02 فيفري 1987 فصلا في قضية "Société T.V.6 et autres" بقبول دعوى الإلغاء الموجهة من طرف الغير ضد قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، حيث قضى بأن قرار الإدارة بإنهاء عقد الإلتزام المبرم بينها وبين "Société T.V.6" لدواعي المصلحة العامة يعتبر قرارا منفصلا عن العقد، وبالتالي يمكن للشركات "Scorpio-Music" و "Aréna" و "Pathé-Marconi-Emi" التي تعتبر أجنبية عن هذا العقد أن تطعن ضده عن طريق دعوى الإلغاء⁴.

1- C.E, Arrêt du 24 avril 1964 (Sté de livraisons industrielles et commerciales LIC), n°53518, www.affaires-publiques.com, vu le : 14 avril 2018.

2- C.E, Arrêt du 11 janvier 1984 (Fayard), n°30250, www.juricaf.org, vu le : 14 avril 2018.

3- السلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص.249.

4- « ... Considérant, d'une part, que les sociétés Scorpio-Music, Aréna et Pathé-Marconi-Emi n'étant pas parties au contrat de concession conclu entre l'Etat et la Société T.V.6, ne sauraient demander au juge du contrat de statuer sur la résiliation de celui-ci ; qu'en revanche, contrairement à ce que soutient le ministre de la culture et de la communication, la décision de résilier le contrat, contenue dans le décret attaqué, décision qui est détachable des relations contractuelles, peut être déférée par les tiers au juge de l'excès de pouvoir... ». C.E, Arrêt du 02 février 1987 (Sté T.V.6 et autres), n°81131, www.legifrance.gouv.fr, vu le : 15 février 2018.

وكان مفوض الحكومة "Fornacciarri" قد طالب في تقريره المقدم في هذه القضية برفض الطعن بالإلغاء المقدم من طرف الغير، وذلك لعدة أسباب و مبررات تتمثل في الآتي¹:

1- أن الشركات صاحبة الطعن ليست طرفا في عقد الإمتياز محل دعوى الإلغاء.
2- أن قرار إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة لا يعتبر قرارا إداريا منفصلا عن العقد الإداري بالنسبة للغير.

3- أنه من الغريب جدا صدور الحكم بإلغاء قرار الإنهاء بناء على طعن موجه من طرف الغير الخارج عن العلاقة العقدية، في حين يتم رفض هذا الطعن في حالة توجيهه من طرف المتعاقد أمام قاضي العقد.

4- إن قبول هذا الطعن من الغير والحكم بإلغاء قرار الإنهاء، والذي يعني إعادة العقد الإداري إلى مرحلة التنفيذ بناء على طلب الغير، يعتبر أمرا غير منطقي وغير سليم لكونه يتعارض مع رغبة الإدارة وأحيانا حتى مع إرادة المتعاقد معها، ويسمح للغير بالتدخل في العلاقة العقدية بالرغم من وجود اتفاق وتفاهم بين أطرافها.

5- إن منح الفرصة للغير من أجل الطعن بالإلغاء ضد قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة يعتبر توجهها غير سليم، لأنه من ناحية يسمح لهذا الغير بالتدخل في علاقات عقدية لا علاقة له بها لا من قريب ولا من بعيد، ومن ناحية أخرى فإن الحصول على حكم بإلغاء قرار الإنهاء وإحياء العقد من جديد يطرح إشكالا عمليا كبيرا، لاسيما في حالة اتفاق طرفي العقد ورضاهما على إنتهائه وعدم الإستمرار فيه.

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي على توجهه السابق بالرغم من الإنتقادات التي وجهت إليه من طرف الفقه ومفوض الحكومة "Fornacciarri"، حيث قضى في قراره الصادر بتاريخ 22 أبريل 1988 في قضية "Société France 5" بقبول الطعن بالإلغاء المقدم من طرف الغير ضد قرار الإدارة بإنهاء عقد امتياز لدواعي المصلحة العامة².

وقد حاول بعض الفقه تبرير توجه مجلس الدولة الفرنسي السابق، والذي يقضي بعدم إمكانية المتعاقد توجيه طعن بالإلغاء ضد قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة أمام قاضي الإلغاء من جهة، ومن جهة أخرى السماح للغير برفع دعوى الإلغاء ضد نفس القرار أمام قاضي

1- السلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص.250.

2- C.E, Arrêt du 22 avril 1988 (Sté France 5), n°86241, www.legifrance.gouv.fr, vu le 15 avril 2018.

الإلغاء، بالقول بأن المتعاقد يملك طريق طعن مواز أو دعوى موازية ضد هذا القرار يتمثل في دعوى القضاء الكامل التي يستطيع أن يرفعها أمام قاضي العقد، في حين أن الغير لا يملك أي طريق آخر للطعن في هذا القرار سوى الطعن فيه عن طريق دعوى الإلغاء¹.

وقد ذهب مفوض الحكومة "Fornacciarì" في إطار انتقاده لمسلك مجلس الدولة الفرنسي السابق، إلى أن المجلس كان سريع التأثير بطبيعة وخصائص عقد الإلتزام لاسيما فيما يتعلق بتقديمه خدمة عمومية لمستخدمي المرفق العام محل العقد، وبالتالي سمح لهم بالطعن بالإلغاء ضد قرار الإدارة بإنهائه لدواعي المصلحة العامة بالرغم من كونهم أجنب عن العقد².

أما التبرير الذي اعتمده مجلس الدولة الفرنسي والمتمثل في اعتبار قرار الإنهاء قرارا منفصلا عن العقد بالنسبة للغير من ناحية، ومن ناحية أخرى اعتباره قرارا متصلا بالعقد ومجرد إجراء تنفيذي له بالنسبة للمتعاقد، هو تبرير غير منطقي ولا يستقيم مع مبادئ القانون وقواعد العدالة.

وهكذا ومن خلال قضاء مجلس الدولة الفرنسي، يتبين لنا أنه بإمكان الغير توجيه طعن ضد قرار الإدارة بإنهاء عقد الإمتياز لدواعي المصلحة العامة سواء عن طريق دعوى الإلغاء، ولكن السؤال المطروح في هذا الإطار يتمثل في مدى شمول هذا التوجه القضائي لسائر أنواع العقود الإدارية بما فيها الصفقات العمومية؟، أم أنه يقتصر فقط على عقود الإمتياز؟

في هذا الشأن ذهب الفقيه "TERNEYRE" إلى أنه بناء على الصيغة العامة التي ورد بها قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 02 فيفري 1987 فصلا في قضية "Société France 5" الذي سبقت الإشارة إليه، فإن مبدأ قبول دعوى الإلغاء الموجهة من طرف الغير ضد قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة يشمل جميع طوائف العقود الإدارية، ولا يقتصر فقط على عقد الإمتياز³. في حين ذهب مفوض الحكومة "Fornacciarì" في تقريره المقدم في ذات القضية إلى أن هذه المكنة معترف بها فقط في إطار عقود الإمتياز، ولا يمكن التسليم بها في باقي أنواع العقود الإدارية، وبصفة عامة فإن نطاق تطبيقها يقتصر فقط على العقود التي تتضمن إدارة مرفق عام⁴.

1- السلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص.253.

2- السلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص.256.

3- C.E, Arrêt du 02 février 1987 (Sté T.V.6 et autres), n°81131, www.légifrance.gouv.fr, vu le : 16 mars 2018.

4- السلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص.254.

في ذات الإطار ذهب مفوض الحكومة "Daël" في تقريره المقدم حول قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 08 جانفي 1988 فصلا في قضية "Ministre chargé du plan et de l'Aménagement du territoire"¹ إلى أن إمكانية رفع دعوى الإلغاء من طرف الغير ضد قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة ينحصر مجال تطبيقها على العقود الإدارية التي يملك قاضي العقد بشأنها سلطة إلغاء هذا القرار، وذلك لتفادي الوقوع في التناقض المثار سابقا حول إمكانية إلغاء قرار الإنهاء بناء على الطعن المقدم من الغير وعدم جواز ذلك إذا ما قدم الطعن من طرف المتعاقد، حيث أنه من المستحيل أن يملك قاضي الإلغاء سلطة أكبر من سلطة قاضي العقد. و بمفهوم المخالفة فإنه لا يمكن الإعتراف بهذا المبدأ بالنسبة للعقود الإدارية التي لا يملك فيها قاض العقد سلطة إلغاء قرار الإنهاء لدواعي المصلحة العامة².

وفي سبيل وضع حل لهذا الإشكال المطروح، والمتمثل في قبول الطعن بالإلغاء من طرف الغير ضد قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة وعدم جواز ذلك بالنسبة للمتعاقد، إنقسم الفقه إلى طائفتين، طائفة تنادي برفض الطعن بالإلغاء الموجه من طرف الغير ضد قرار الإنهاء وقطع هذا الطريق أمامهم، في حين ذهب غالبية الفقه إلى وجوب منح قاضي العقد سلطة إلغاء قرار إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة بالنسبة لجميع طوائف العقود الإدارية، ومهما كانت صفة صاحب الطعن بالإلغاء سواء كان متعاقدا أو من الغير، شريطة توفر المصلحة في صاحب هذا الطعن، وهذا من أجل الخروج من دائرة الإلتواءات والتناقضات القانونية التي سبقت الإشارة إليها³. وقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي بالتوجه أعلاه في أحدث قراراته، حيث قرر قبول الطعون المقدمة من طرف الغير ضد قرارات الإدارة المتعلقة بتنفيذ العقد الإداري عن طريق دعوى القضاء الكامل أمام قاضي العقد، وذلك حينما قضى في قراره الصادر بتاريخ 30 جوان 2017 فصلا في قضية "Sociétés France-Manche et The Channel Tunnel Group" بقبول دعوى القضاء الكامل "recours de pleine juridiction" الموجهة من طرف هذه الشركات ضد قرار الإدارة "Syndicat mixte"

1- C.E, Arrêt du 08 janvier 1988 (Ministre chargé du plan et de l'Aménagement du territoire), n°74361, www.revuegeneraledudroit.eu, vu le : 16 avril 2018.

2- السلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص.255.

3- السلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع نفسه، ص.262.

(SMPAT) de promotion de l'activité transmanche " برفض فسخ عقد الإمتياز المبرم بينها وبين المتعاقد معها، بالرغم من كون هذه الشركات أجنبية عن هذا العقد وليست طرفا فيه¹.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه لا يمكن للمتعاقد ولا للغير الإستناد في توجيه الطعن بالإلغاء الموجه ضد قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة والمقدم أمام قاضي العقد على الأسباب المترتبة عن مخالفة هذا القرار لبنود وشروط العقد، وإنما يمكنهم الإستناد فقط إلى الدفوع المنبثقة عن مخالفة هذا القرار لقواعد المشروعية. كما لا يمكن للمتعاقد ولا للغير طلب التعويض عن قرار الإنهاء أو طلب أمر آخر ضمن الطعن بالإلغاء الموجه ضد قرار الإنهاء أما قاضي العقد، وإنما يجب عليهم الإلتزام فقط بطلب إلغاء قرار الإنهاء².

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن القضاء الإداري في مصر قد أقر مبدأ قبول الطعن بالإلغاء الموجه من طرف الغير ضد قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة الصادر استنادا إلى سلطتها اللائحية في عقد الإلتزام، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 03 ديسمبر 1977³.

ثانيا: نطاق الرقابة القضائية على قرار الإنهاء لدواعي المصلحة العامة والآثار المترتبة عليها

سنتطرق في هذا الإطار لنطاق الرقابة القضائية المفروضة على قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة دون خطأ من المتعاقد معها لدواعي المصلحة العامة، ويقصد بذلك مدى شمول هذه الرقابة لرقابة المشروعية ورقابة الملاءمة أم أنها تقتصر فقط على رقابة المشروعية، ثم نتعرض بعد ذلك للآثار المترتبة على هذه الرقابة، أو بمعنى آخر سلطات القاضي الإداري في مواجهة قرار الإنهاء لدواعي المصلحة العامة، فهل تشمل سلطته إلغاء القرار و التعويض عنه؟، أم تنحصر سلطته فقط في التعويض عنه دون إمكانية إغائه؟

1- « ... Considérant qu'un tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par une décision refusant de faire droit à sa demande de mettre fin à l'exécution du contrat, est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction tendant à ce qu'il soit mis fin à l'exécution du contrat ; que s'agissant d'un contrat conclu par une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales, cette action devant le juge du contrat est également ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'Etat dans le département... ».C.E, Arrêt du 30 juin 2017 (Sté France-Manche et The ChannelTunnel Group), n°398445, www.legifrance.gouv.fr, vu le : 18 avril 2018.

2- السلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص.262.

3- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، طعن رقم 110، س 13 ق، جلسة 03 ديسمبر 1977. أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.419.

1- نطاق الرقابة القضائية على قرار الإنهاء لدواعي المصلحة العامة:

إن نطاق الرقابة القضائية الممارسة على قرار إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة تختلف اختلافاً كلياً عن الرقابة القضائية التي يمارسها القاضي الإداري على قرار الفسخ الجزائي للعقد الإداري، فإذا كانت هذه الأخيرة تشمل رقابة الملاءمة إضافة إلى رقابة المشروعية، فإن الرقابة القضائية التي يمارسها القاضي الإداري على قرار الإنهاء لدواعي المصلحة العامة تقتصر فقط على رقابة المشروعية دون رقابة الملائمة، وهي بمثابة الحد الأدنى من الرقابة التي يمكن أن يمارسها القاضي الإداري¹.

فرقابة القاضي الإداري على قرار الإنهاء لدواعي المصلحة العامة تنحصر فقط في التحقق من مدى توفر مبرر المصلحة العامة لإنهاء العقد الإداري، ولا تشمل تقدير مدى تناسب هذا السبب مع قرار الإنهاء، وهذا على خلاف ما هو عليه الأمر بالنسبة للرقابة القضائية على قرار الفسخ الجزائي التي تشمل إضافة إلى التأكد من ارتكاب المتعاقد لمخالفة عقدية تقدير مدى ملاءمة وتناسب هذه المخالفة مع قرار الفسخ الجزائي².

وبناء على ما سبق فإن الإدارة المتعاقدة تتمتع بمطلق الحرية في تقدير مدى كفاية وتناسب مبرر المصلحة العامة لإنهاء العقد الإداري، دون أن تكون خاضعة في ذلك لرقابة القاضي الإداري، فهذا الأخير لا يملك سلطة التكييف القانوني للمبرر الذي زعمته الإدارة من أجل إنهاء العقد الإداري، والقول بأن هذا الإنهاء كان مؤسساً على المصلحة العامة³.

وفي ظل غياب قرارات قضائية صادرة عن القضاء الإداري الجزائري ذات علاقة بهذا الموضوع، نستأنس بما ذهب إليه القضاء الإداري الفرنسي. وفي هذا الصدد نلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي أكد في قراره الصادر بتاريخ 09 ديسمبر 1927 فصلاً في قضية "Gargiuls" على أن الإدارة المتعاقدة هي صاحبة الإختصاص المطلق في تقدير الأسباب المرتبطة بالمرفق العام والمصلحة العامة والتي تؤدي إلى إنهاء العقد الإداري. فهي القاضي الأول والأخير فيما يتعلق بتقدير مدى ملاءمة هذه الأسباب لإنهاء العقد الإداري، ولا يمكن للقاضي الإداري تحديد الأسباب المرتبطة بالمصلحة العامة والتي تؤدي

1- هند أحمد موسى، المرجع السابق، ص.132.

2- مفتاح خليفة عبد الحميد؛ حمد محمد الشلماني، انقضاء العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.308.

3- السلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص.264.

إلى إنهاء العقد الإداري، وتحديد الأسباب المتعلقة بالصالح العام والتي لا يمكنها أن تؤدي إلى إنهاء العقد الإداري¹.

ويرى الفقيه "Terneyre" أن نطاق الرقابة القضائية الممارسة على قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة ضيق جدا، فمن جهة لا يملك القاضي الإداري سلطة إلغائه، ومن جهة أخرى فإنه لا فائدة ترجى من معرفة الأسباب التي دعت الإدارة إلى إنهاء العقد الإداري، ما دام أن المتعاقد سيحصل في جميع الأحوال على التعويض عن هذا الإنهاء، لأن مسؤولية الإدارة التعاقدية تثار بمجرد إنائها للعقد الإداري بدون صدور أي خطأ عقدي من جانب المتعاقد معها. وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي، حين قضى في قراره الصادر بتاريخ 05 فيفري 1986 فصلا في قضية "Sogam" بأنه من حق المتعاقد الحصول على التعويض عن قرار الإنهاء حتى ولو كان هذا الأخير مطابقا للقانون وغير تعسفي².

وعموما من أجل تحديد نطاق الرقابة القضائية على قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، يجب التمييز بين ما إذا كانت الأسباب التي استندت إليها الإدارة في اتخاذها لقرار الإنهاء منصوص عليها في العقد أم غير منصوص عليها.

فبالنسبة للحالة الأولى المتمثلة في تضمن العقد الإداري للأسباب التي تبرر للإدارة إنهاءه، يمكن للقاضي مراقبة وفحص التكييف القانوني للوقائع الواردة في الأسباب حتى يتحقق من مدى اكتسابها لوصف المصلحة العامة، ويتوصل بناء على ذلك إلى اعتبار أن إنهاء العقد كان لدواعي المصلحة العامة وليس لأسباب أخرى تدخل في إطار الإنهاء التعسفي³. وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 26 فيفري 1975 فصلا في قضية "Soc du port de pêche tolorient" عندما قضى بأنه ينتج من التحقيق أن الخلاف الناشئ بين الملتزم ومستخدمي المرفق هو الرغبة في أن يعهد المرفق إلى مؤسسة عامة محلية لا تهدف إلى تحقيق الربح بإدارة المرفق كانت هي الأسباب الحقيقية وراء اتخاذ القرار المطعون فيه، وهذه الأخيرة تعتبر من أسباب المصلحة العامة التي تسمح للإدارة بممارسة إجراء الإسترداد⁴.

1- C.E, Arrêt du 19 décembre 1927 (Gargiuls). Voir : André DELAUBADERE ; Yves GAUDEMET, op. cit., p.704.

2- C.E, Arrêt du 05 février 1986 (Sogam). المرجع السابق، انقضاء العقود الإدارية، ص.309.

3- السلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص.268.

4- « ... Cons. Qu'il résulte de l'instruction que la mesentente opposant le concessionnaire aux usagers du port et le desir de confier le service a un etablissement public local sans objet lucratif ont ete a

أما الحالة الثانية المتمثلة في عدم تضمن العقد الإداري لأي سبب من الأسباب التي تبرر للإدارة إنهاءه، فيكون للإدارة سلطة تقديرية واسعة في إنهاء العقد الإداري بخصوص كل سبب ترى فيه أنه متعلق بالمصلحة العامة وبمجاجيات المرفق العام، ولا يمكن للقاضي هنا مراقبة مدى ملاءمة هذه الأسباب لقرار الإنهاء. ولكن هذا لا يعني أن الإدارة سوف تغفل من كل رقابة، إذ يبقى للقاضي في هذه الحالة رقابة المشروعية التي تعتبر الحد الأدنى من الرقابة، فيكون للقاضي فحص هذه الأسباب والتأكد من أن قرار الإنهاء لم يكن بطريقة تعسفية، وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 31 جانفي 1968 فصلا في قضية "Office public d'H.L.M"، والذي قضى فيه بتنزيل جزاء الفسخ الموقع على المتعاقد من جزاء الفسخ تحت مسؤوليته وعلى حسابه إلى جزاء الفسخ المجرد والبسيط¹.

ويبدو من خلال قرارات مجلس الدولة الفرنسي أعلاه أن الحكمة من وراء تمييزه بين نطاق الرقابة القضائية على القرارات الإدارية المتضمنة جزاءات ضاغطة أو فاسخة، لتشمل رقابة الملاءمة إضافة إلى رقابة المشروعية، وبين القرار الإداري المتضمن إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة ليقصر فقط على رقابة المشروعية دون رقابة الملاءمة، تتمثل في أن النوع الأول من القرارات مؤسس على ارتكاب المتعاقد لمخالفة عقدية جسيمة وأنه يؤدي إلى حرمان هذا الأخير من التعويض، ولذا ألزم المشرع الفرنسي الإدارة بضرورة تسبب هذا النوع من القرارات كما ذكرنا سابقا، كما قام بتوسيع نطاق الرقابة القضائية على هذه القرارات، وهذا على خلاف قرار إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، والذي لا يؤدي مطلقا إلى حرمان المتعاقد من التعويض حتى ولو كان مؤسسا على القوانين واللوائح²، لأن المتعاقد لم يصدر منه أي خطأ تعاقدي، ولذا قصر مجلس الدولة الفرنسي نطاق الرقابة القضائية على هذا النوع من القرارات على رقابة المشروعية دون رقابة الملاءمة، وهذا على أساس أن تقدير مدى ملاءمة السبب لإنهاء العقد الإداري هو من اختصاص الإدارة المتعاقدة باعتبارها المسؤولة عن تنظيم وتسيير المرفق العام، ولا يمكن للقضاء التدخل في هذا الاختصاص

l'origine de la decision attaquée a l'exclusion de toute preoccupation d'ordre financier ; que ces motifs d'interet general etaient au nombre de ceux qui permettaient a l'administration d'engager la procedure de rachat dans le cadre des stipulations de l'article 33 du cahier des charges... ». C.E 26 février 1975, Sté du port de pêche tolorient, n°86185, www.legifrance.gouv.fr, vu le : 29 avril 2018.

1- « ... La résiliation des contrats passés entre l'office public d'ur brasseur prononcée par ledit office P.H.L.M. D'ales et le sie ublic par une déision notifiée au sieur y... par une lèttre recommandée en date du 27 octobre 1964, est pure et simple... ». C.E, Arrêt du 31 janvier 1968 (Office public d'H.L.M), n°69783, www.juricaf.org, vu le : 29 avril 2018.

2- السلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص.270.

وتقدير مدى ملائمة السبب الذي استندت إليه الإدارة لإنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، لأن هذا يعتبر مناقضاً لمبدأ أساسي في القانون الإداري مفاده عدم إمكانية تدخل القضاء في أعمال الإدارة عن طريق إصدار أوامر لها¹.

ونفس المسلك السابق الذي سلكه القضاء الإداري الفرنسي انتهجه القضاء الإداري المصري، حيث قررت محكمة القضاء الإداري في حكم صادر لها بتاريخ 12 ديسمبر 1982 أنه: "من حيث إنه للإحاطة بمدى حق الإدارة في إنهاء العقود الإدارية فإنه يتعين مراعاة الأحكام الآتية: 1- إن سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية ليست مطلقة تلجأ إليها الإدارة كيفما أرادت، ولكنها سلطة تقديرية يجب أن تستهدف تحقيق المصلحة العامة.

2- إن الإدارة حينما تستعمل تلك السلطة، إنما تستعملها تحت رقابة القضاء، والقاضي إذا ما لجأ إليه صاحب الشأن عليه أن يتحرى الأسباب الحقيقية التي دفعت الإدارة إلى إنهاء العقد، ويصبح القرار الإداري الصادر بالإنهاء غير مشروع إذا قام الإنهاء على سبب غير سليم، أو إذا استهدفت الإدارة مصلحة غير المصلحة العامة.

3- إن سلطة القاضي الإداري محددة في هذه الحالة، فهي مقصورة على التحقق من جدية السبب الذي استهدفته الإدارة ولكنه لا يمكنه التصدي لبحث مدى ملاءمة إنهاء العقد للسبب الذي قام عليه الإنهاء.

4- إذا ثبت للقضاء الإداري أن القرار الصادر بإنهاء العقد لا يقوم على سبب مشروع فإنه يمكنه إلغاء القرار"².

2- الآثار المترتبة على الرقابة القضائية على قرار الإنهاء لدواعي المصلحة العامة:

في ظل غياب قرارات قضائية صادرة عن القضاء الإداري الجزائري ذات صلة بهذا الموضوع نستأنس بما ذهب إليه القضاء الإداري في فرنسا ومصر. وفي هذا الصدد يتبين لنا من خلال تفحص قرارات مجلس الدولة الفرنسي أنه قد استقر على أن قاضي العقد لا يتمتع كقاعدة عامة بصلاحيات إلغاء قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة بدون وقوع أي خطأ من المتعاقد معها،

1- مفتاح خليفة عبد الحميد؛ حمد محمد الشلmani، انقضاء العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.310.

2- حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، الطعن رقم 1554، س 35 ق، جلسة 12 ديسمبر 1982. أشار إليه: حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص.260.

وإنما يملك فقط في حالة ثبوت عدم مشروعية هذا القرار تقدير قيمة التعويض عن الأضرار التي لحقت بالمتعاقدين من جراء هذا الإنهاء¹.

ويمكن تبرير هذا المنحى بأن المتعاقد مع الإدارة لا يحق له في إطار منازعات تنفيذ العقود الإدارية أن يطلب من قاضي العقد إلغاء قرار الإنهاء لدواعي المصلحة العامة عن طريق دعوى الإلغاء، لأن هذا القرار لا يعتبر بالنسبة إليه قراراً إدارياً منفصلاً عن العقد، وإنما يملك فقط المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت من جراء هذا الإنهاء عن طريق دعوى القضاء الكامل. هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن المبدأ السائد في هذا الإطار أن جميع منازعات تنفيذ العقود الإدارية تحل عادة في شكل تعويضات يتم تقديرها من طرف قاضي العقد².

ويعتبر المنحى السابق امتداداً للمبدأ العام الذي قرره مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 24 نوفمبر 1972 فصلاً في قضية "Société Ateliers de nettoyage de Fontainebleu"، والذي مفاده أن قاضي المنازعات المرتبطة بالعقود الإدارية لا يمكنه بأية حال من الأحوال أن يلغي تدبيراً من التدابير المتخذة من طرف الإدارة أياً كان نوعه أو طبيعته، وإنما تقتصر سلطته على تعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقت من جراء هذا التدبير في حالة ثبوت عدم مشروعيته³. كما يعتبر هذا المنحى نتيجة منطقية للتطبيق الصارم للمبدأ التقليدي السائد في القانون الإداري، والذي مفاده عدم جواز تدخل القضاء الإداري في أعمال الإدارة من خلال توجيه أوامر إليها، ومن ثم وجب على قاضي العقد عدم الاستجابة لطلبات الإلغاء الموجهة ضد قرار إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة⁴.

1- Voir : - C.E, Arrêt du 19 décembre 1927 (Gargiuls).

- C.E, Arrêt du 31 janvier 1968 (Office public d'H.L.M.), n°69783.

- C.E, Arrêt du 26 février 1975 (Sté du port de pêche tolorient), n°86185.

- C.E, Arrêt du 05 février 1986 (Sogam).

2- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.421.

3- « ... Cons. que le juge des contestations relatives aux marchés administratifs n'a pas le pouvoir de prononcer l'annulation des mesures prises par l'administration a l'encontre de son cocontractant ; qu'il lui appartient seulement de rechercher si ces actes sont intervenus dans des conditions de nature a ouvrir au profit de celui-ci un droit a indemnité ; que les conclusions de la demande de la société ateliers de nettoyage, teinture et apprêts de fontainebleau tendent uniquement a l'annulation de la decision, prise par le commandant de x... interarmee des sports de fontainebleau en application de l'article 7 du cahier des prescriptions communes, de ne pas renouveler le marché a l'expiration de la période d'un an pour laquelle il avait été conclu ; qu'elles ne peuvent, dès lors, être accueillies... ».C.E, Arrêt du 24 novembre 1972 (Sté Ateliers de nettoyage de Fontainebleu), n°84054, www.légifrance.gouv.fr, vu le : 29 avril 2018.

4- السلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص.273.

غير أنه وخلافا للقاعدة السابقة التي تحرم قاضي العقد من سلطة إلغاء قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، فإن مجلس الدولة الفرنسي قد اعترف -ولو بصفة ضمنية- لقاضي العقد بسلطة إلغاء قرار الإدارة بإنهاء عقد الإمتياز، وذلك في قراره الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1983 فضلا في قضية "S.A.R.L. Comexp" الذي جاء فيه بأنه: "مادام أن العقد لا يتعلق بعقد إمتياز، وأن الشركة الطاعنة لم تقدم إستثمارات تتعلق بتجهيزات ثابتة من أجل استهلاكها خلال مدة الإستغلال، فإنه لا يحق للقاضي الإداري إلغاء قرار الإنهاء المتخذ"¹.

وفي قرار لاحق لمجلس الدولة الفرنسي صادر بتاريخ 09 ديسمبر 1983 فضلا في قضية "Sté anonyme d'étude, de participation et de développement" اعترف المجلس صراحة لقاضي العقد بسلطة إلغاء قرار الإنهاء لدواعي المصلحة العامة، حيث قضى بأنه لا يجوز لقاضي العقد في إطار عقد الإمتياز أن يلغي التدابير التي تتخذها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، وإنما يمكنه فقط تقدير مدى استحقاق هذا الأخير للتعويض، وهذا باستثناء قرار إنهاء هذا العقد بصفة نهائية².

وقد استقر مجلس الدولة الفرنسي على هذا المنحى في العديد من قراراته المتوالية والمتتابعة، والتي منحت قاضي العقد سلطة إلغاء قرارات الإدارة بإنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة لتضاف إلى سلطته في الحكم بالتعويض في عقود الإمتياز³.

ويرجع السبب في منح قاضي العقد سلطة إلغاء قرار الإدارة بإنهاء عقود الإلتزام لدواعي المصلحة العامة إلى فكرة جوهرية مفادها أن الملتزم الذي قام إبتداء بضخ إستثمارات مالية كبيرة

1- « ... Cons., en premier lieu, que s'agissant d'un contrat qui n'est pas un contrat de concession, et pour lequel la société requérante n'a pas effectué d'investissement en matériel fixe devant s'amortir sur toute la durée de l'exploitation, ceux-ci ayant été à la charge exclusive de la commune de Saint-Tropez, il n'appartient pas au juge administratif d'annuler la mesure de résiliation prise par cette commune ; que les irrégularités alléguées contre cette décision ne pourraient, le cas échéant, que lui ouvrir droit à réparation du préjudice qu'elle aurait subi... ». C.E, Arrêt du 30 septembre 1983 (S.A.R.L. Comexp), n°26611, www.legifrance.gouv.fr; vu le 30 avril 2018.

2- « ... Cons., sur le second point, qu'il n'appartient pas au juge du contrat de concession d'annuler les décisions prises par la personne publique concédante envers son cocontractant, mais seulement de rechercher si ces mesures sont intervenues dans des conditions de nature à ouvrir droit à indemnité de ce dernier ; qu'il n'en va autrement que dans le cas où la décision attaquée a pour objet de mettre fin définitivement aux relations contractuelles ; que tel n'était pas l'objet des décisions contestées par lesquelles le conseil municipal de Passy s'est borné à différer momentanément l'exécution des deux premiers ouvrages prévus, et à prévoir l'ouverture de négociations avec le concessionnaire en vue d'une modification de l'objet de la concession... ». C.E, Arrêt du 09 décembre 1983 (Sté anonyme d'étude, de participation et de développement), n° 34607, www.legifrance.gouv.fr, vu le : 30 avril 2018.

3- Voir : - C.E, Arrêt du 02 février 1987 (Sté T.V.6 et autres), n°81131.

- C.E, Arrêt du 22 avril 1988 (Sté France 5), n°86241.

لاستغلال المرفق العام محل عقد الإمتياز، والتي تم استهلاكها على فترة طويلة نوعا ما، يجب أن يتمتع بحقوق و ضمانات أكثر مقارنة بباقي العقود الإدارية¹.

وقد وسع مجلس الدولة الفرنسي المبدأ السابق ليشمل إضافة إلى عقود الإمتياز عقود مقاولات الأشغال العامة طويلة الأجل، حيث قضى في قراره الصادر بتاريخ 26 نوفمبر 1971 فصلا في قضية "S.I.M.A" بأنه إذا كان قاضي المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة لا يملك كقاعدة عامة سلطة الحكم بإلغاء التدابير الصادرة من الإدارة صاحبة العمل في مواجهة المتعاقد معها، ويحق له فقط أن يبحث عما إذا كانت هذه التدابير قد صدرت في ظروف من شأنها أن تنشئ لصالح هذا المتعاقد الحق في التعويض، فإن الوضع يكون على خلاف ذلك عندما يتعلق الأمر بعقود طويلة المدة يكون الغرض منها تنفيذ واستغلال أعمال تحتاج إلى استثمارات مالية كبيرة من جانب المتعاقد ويجب استهلاكها أثناء كامل مدة الإستغلال، بحيث تستوجب منح المتعاقد مع الإدارة ضمانات مشابهة لتلك الضمانات الممنوحة للمتزمي المرافق العامة².

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي على هذا المنحى في قرارات أخرى، منها قراره الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1983 فصلا في قضية "Comexp"، وقراره الصادر بتاريخ 11 جويلية 1986 فصلا في قضية "Sté Missenard"³.

1- السلال سعيد جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص.275.

2- تتعلق هذه القضية بعقد مقاولات أشغال عامة مبرم بين "Société Industrielle Municipale et Agricole" ومدينة "Toulon" من أجل تشييد واستغلال مصنع لمعالجة النفايات المنزلية لمدة 30 سنة.

« ... Cons. que, si le juge des contestations relatives aux marchés de travaux publics n'a pas, en principe, le pouvoir de prononcer l'annulation des mesures prises par le maître de z... a l'encontre de son cocontractant et s'il lui appartient seulement de rechercher si ces mesures sont intervenues dans des conditions de nature à ouvrir au profit de celui-ci un droit à indemnité, il en est autrement lorsqu'il s'agit, comme en l'espèce, de contrats de longue durée ayant pour objet la réalisation et l'exploitation d'ouvrages nécessitant des investissements importants dont l'amortissement doit être effectuée pendant toute la durée de l'exploitation, et comportant pour le cocontractant de l'administration des garanties analogues à celles accordées aux concessionnaires de services publics ou de travaux publics ; que, dès lors, la société requérante est fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Nice a rejeté comme irrecevables ses demandes tendant à l'annulation, d'une part, de l'arrêté du maire de Toulon du 13 août 1957, modifié par arrêté du 14 août 1957, décidant la mise sous séquestre de l'usine de traitement des ordures ménagères et, d'autre part, de l'arrêté du 10 juin 1960 du ministre de l'intérieur prononçant la déchéance du "concessionnaire"... ». C.E, Arrêt du 26 novembre 1971 (S.I.M.A), n° 75710, www.legifrance.gouv.fr, vu le : 30 avril 2018.

3- C.E, Arrêt du 30 septembre 1983 (Comexp), n° 26611, www.legifrance.gouv.fr, vu le : 03 mai 2018.

- C.E, Arrêt du 11 juillet 1986 (Sté Missenard), n° 27645, www.legifrance.gouv.fr, vu le : 03 mai 2018.

أما بالنسبة للقضاء الإداري في مصر، فقد قصر سلطة قاضي العقد على تعويض المتعاقد -إن كان له محل- في حالة إنهاء الإدارة للعقد الإداري بصفة إنفرادية لدواعي المصلحة العامة دون وقوع أي خطأ عقدي من جانبه، وهو ما قرره المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 26 جانفي 1999، حيث قضت بأن: "حق الإدارة في التعديل أو الإنهاء للعقد الإداري مقرر بدون حاجة إلى النص عليه في العقد أو إلى موافقة الطرف الآخر عليه، وليس للطرف الآخر في العقد إلا الحق في التعويضات إن كان لها وجه وتوافرت الشروط الموجبة لاستحقاق التعويض"¹. كما قررت في حكم لها حديث نسبيًا صادر بتاريخ 15 ماي 2001 بأن: "الأصل أن للجهة الإدارية الحق في إنهاء عقودها الإدارية قبل الأوان حتى ولو لم يرتكب المتعاقد معها أي خطأ إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام، وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويضات إن كان لها وجه، وهذا على خلاف الأصل في العقود المدنية"².

ومن خلال ما سبق يتبين لنا أن القاضي الإداري لا يملك -في إطار ممارسة رقابته على قرار المصلحة المتعاقدة بإنهاء الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة- سلطة إلغاء هذا القرار، وإنما يتمتع فقط بسلطة تعويض المتعامل المتعاقد عن جميع الأضرار التي لحقت به، وهذا لأن الصفقات العمومية بصفة عامة يتم تنفيذها في آجال قصيرة عادة ما تكون سنتين أو أربع سنوات كحد أقصى، وهذا بخلاف عقود الإمتياز التي تصل مدة تنفيذها إلى أجل أطول من ذلك بكثير، إضافة إلى أن المتعامل المتعاقد في إطار تنفيذ الصفقات العمومية لا يقوم بضخ إستثمارات مالية كبيرة يتم استهلاكها خلال مدة التنفيذ كما هو الحال في عقود الإمتياز، وإنما يتولى فقط تنفيذ مجموعة من الإلتزامات التعاقدية بمقابل مالي محدد في بنود الصفقة العمومية.

وبناء على كل ما تطرقنا إليه في هذا الباب نخلص إلى أن المصلحة المتعاقدة تملك مجموعة من الوسائل القانونية تستطيع من خلالها ضمان حسن تنفيذ الصفقات العمومية، سواء في ظل الظروف العادية بواسطة سلطة المراقبة والتوجيه وسلطة توقيع الجزاءات الإدارية، أو في ظل الظروف الطارئة بواسطة سلطة التعديل الإنفرادي للعقد الإداري وسلطة إنهائه لدواعي المصلحة العامة. ولكن في مقابل كل هذا يثور التساؤل حول حقوق وضمانات المتعامل المتعاقد في مقابل تنفيذه لالتزامته

1- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، طعن رقم 583، س 40 ق، جلسة 26 جانفي 1999. أشار إليه: محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، الكتاب الثالث، ص.517.
2- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 3576، س 44 ق، جلسة 15 ماي 2001. أشار إليه: محمد ماهر أبو العينين، المرجع نفسه، ص.260.

العقدية؟ هل هي كفيلة بإضفاء قدر من التوازن على العلاقة التعاقدية؟ هذا ما سنتطرق إليه في الباب الثاني من هذه الدراسة.

الباب الثاني: الضمانات القانونية الممنوحة للمتعاقد لضمان حسن تنفيذ الصفقات العمومية

لا يكفي منح المصلحة المتعاقدة آليات وسلطات في مواجهة المتعاقد لضمان حسن تنفيذ الصفقات العمومية، وإنما يتعين تزويد هذا الأخير بضمانات تكفل له جميع حقوقه، الأمر الذي يسهل له تنفيذ التزاماته التعاقدية، وهذا باعتباره معاوناً للمصلحة المتعاقدة في تحقيق المصلحة العامة من خلال ضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

وتعتبر هذه الضمانات بمثابة آلية لمواجهة السلطات المخولة للمصلحة المتعاقدة لضمان حسن تنفيذ الصفقات العمومية حتى لا تؤدي إلى الإخلال بحقوق المتعاقد وبالنتيجة إلى عزوف الخواص عن التعامل مع الإدارة، فعلى سبيل المثال تمتع المصلحة المتعاقدة بسلطة التعديل الانفرادي لبنود الصفقة العمومية يقابله الضمان بتعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقت من جراء التعديلات المدرجة.

وتتنوع الضمانات الممنوحة للمتعاقد لضمان حسن تنفيذ الصفقة العمومية، فقد تتعلق بالحصول على السعر، وفي هذا الصدد منح المشرع اللائحي الجزائري ضمانات مهمة تيسر على المتعاقد تنفيذ التزاماته التعاقدية، فعلى سبيل المثال خوله حق الحصول على تسبيقات مالية ونص على آلية الدفع على الحساب .

بالإضافة إلى ما سبق هناك ضمانات تتعلق بتعويض المتعاقد إما عن الأخطاء العقدية التي ارتكبتها المصلحة المتعاقدة وتسببت بأضرار له، أو على أساس مبدأ الإثراء بلا سبب في حالة تنفيذه لأعمال غير تعاقدية عادت بالفائدة على المصلحة المتعاقدة، كأن ينفذ بعض الأشغال الضرورية المستعجلة دون صدور أوامر بالخدمة من طرف المصلحة المتعاقدة.

وأخيراً هناك ضمانات تتعلق بإعادة التوازن المالي للصفقة العمومية في حالة اختلاله إما بسبب الظروف الطارئة أو نتيجة عمل الإدارة المثقلة لكاهله أو بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة.

ولدراسة جميع هذه الضمانات بشكل مفصل ستعرض في الفصل الأول من هذا الباب للضمانات المتعلقة بالحصول على السعر واقتضاء التعويضات، على أن نخصص الفصل الثاني منه للضمانات المتعلقة بإعادة التوازن المالي للصفقة العمومية.

الفصل الأول: الضمانات المتعلقة بالحصول على السعر واقتضاء التعويضات

حتى نضمن وفاء المتعامل المتعاقد بجميع التزاماته التعاقدية المنصوص عليها في الصفقة العمومية على أكمل وجه يجب أن نوفر له حماية حقيقية لجميع حقوقه، والتي يأتي على رأسها الحصول على السعر المحدد في بنود الصفقة العمومية واقتضاء التعويضات عن الأضرار التي قد تلحقه بسبب الأخطاء العقدية التي قد ترتكبها المصلحة المتعاقدة أثناء عملية التنفيذ، ولا تتأتى هذه الحماية إلا من خلال النص على ضمانات فعالة يمكن اللجوء إليها من طرف المتعامل المتعاقد في حالة الإعتداء على أي حق من حقوقه.

وفي هذا السياق نص المشرع اللائحي الجزائري على ضمانات جد مهمة تتعلق بالحصول على السعر، وألزم المصلحة المتعاقدة بعدم التماطل في الوفاء به من خلال النص على آلية الدفع على الحساب، وليس هذا فحسب، بل ونص على آليات تسمح للمتعامل المتعاقد بالحصول على تسبيقات مالية حتى قبل الشروع في عملية التنفيذ.

وبالإضافة إلى الضمانات المشار إليها أعلاه، يتمتع المتعامل المتعاقد بضمانات لا تقل أهمية عن سابقتها، تتمثل في حقه في اقتضاء التعويضات عن الخسائر والأضرار التي قد تلحق به أثناء عملية التنفيذ، إما بسبب ارتكاب المصلحة المتعاقدة لأخطاء عقدية قد تؤدي إلى إلحاق الأضرار والخسائر به، أو بفعل تنفيذه لأعمال غير تعاقدية لم يتم النص عليها في دفتر الشروط أدت إلى إثراء المصلحة المتعاقدة على حسابه.

ولتسليط الضوء أكثر على هذه الضمانات، سنتطرق لدراسة النظام القانوني للسعر في الصفقة العمومية وأساليب الوفاء به في المبحث الأول، على أن نتعرض في المبحث الثاني لدراسة حق المتعامل المتعاقد في الحصول على التعويض.

المبحث الأول: السعر في الصفقة العمومية

كل متعاقد مع الإدارة يهدف إلى تحقيق ربح من وراء هذا التعاقد، وهو ما يصطلح عليه بالمقابل المالي. ويختلف هذا الأخير باختلاف أنواع العقود الإدارية، وبالنظر إلى نوع الخدمة التي يقدمها المتعاقد مع الإدارة، فإن كانت هذه الخدمة موجهة مباشرة إلى الجمهور فإن المقابل المالي يكون في صورة "الرسم" الذي يتم دفعه من طرف المنتفعين بهذه الخدمة، وهو ما ينطبق على عقود

الإمياز¹، وأما إذا كانت الخدمة مقدمة مباشرة لمصلحة الإدارة فإن المقابل المالي قد يكون في صورة "مرتب" كما هو الحال بالنسبة لعقود التوظيف، أو في صورة "فائدة" كما هو الحال بالنسبة لعقد القرض، وأخيرا قد يكون المقابل المالي في شكل "السعر"، وهو ما ينطبق على الصفقات العمومية موضوع دراستنا².

وإضافة إلى المقابل المالي المقرر بصفة أصلية (السعر أو الرسم)، قد يتمتع المتعاقد مع الإدارة بامتيازات مالية أخرى، كضمان حد أدنى من الربح، أو التزام الإدارة بمنحه قروضا مالية من أجل تنفيذ العقد. أو ضمانه لدى بنوك من أجل الحصول على قروض، وكل هذه الإميازات تدخل في إطار المقابل المالي الذي يجب على الإدارة الوفاء به³.

ويعرف السعر على أنه المقابل المادي للأعمال أو التوريدات أو الخدمات التي يقدمها المتعاقد المتعاقد لفائدة المصلحة المتعاقدة، وهو يعتبر من الحقوق الجوهرية للمتعاقد المتعاقد، على أساس أن هذا الأخير يسعى دائما إلى تحقيق الربح من وراء تنفيذه للصفقات العمومية، وهو أمر طبيعي ومشروع⁴.

وستتطرق من خلال هذا المبحث إلى تحديد الطبيعة القانونية للسعر في الصفقة العمومية وطرق تحديده في المطلب الأول، على أن نتعرض في المطلب الثاني لأساليب الوفاء به.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للسعر في الصفقة العمومية وطرق تحديده

يتعين علينا قبل التطرق لأساليب تحديد السعر في الصفقة العمومية أن نتعرض للطبيعة القانونية له، حيث أن ذلك يفيد في معرفة مدى اعتبار السعر في الصفقة العمومية من الشروط التعاقدية، وكذا في مدى تمتع المصلحة المتعاقدة بسلطة تعديل هذا السعر.

كما أن مسألة تحديد السعر في الصفقة العمومية أمر أساسي وجوهري يتوجب على كل من المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها الإهتمام به بشكل دقيق، وهذا تفاديا لأي نزاع قد يطرح بشأنه في المستقبل.

1- مطيع على حمود جبير، المرجع السابق، ص.516.
2- حميدة سهتالي، السعر في الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل و المتمم، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية -جامعة تيزي وزو- (الجزائر)، 2015، ص.22.
3- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.557.
4- Carlos Alfonso GUECHA LOPEZ, op. cit., p.192.

ولتسليط الضوء على كل ذلك سنتطرق في الفرع الأول لتحديد الطبيعة القانونية للسعر في الصفقة العمومية، على نخصص الفرع الثاني لطرق تحديد السعر في الصفقة العمومية.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للسعر في الصفقة العمومية

لقد أجمع فقهاء القانون الإداري في كل من فرنسا ومصر على أن الشروط المتعلقة بالمقابل المالي في العقود الإدارية هي شروط عقدية، ومن ثم لا تستطيع الإدارة تعديله بإرادتها المنفردة دون موافقة المتعاقد معها، كما لا يمكن لهذا الأخير طلب الزيادة فيه¹.

وفي هذا الصدد تقضي القاعدة العامة بأن المقابل المالي في العقد الإداري بصفة عامة والسعر في الصفقة العمومية بصفة خاصة يتم تحديده في بنودها باتفاق بين المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة، وإن كان هذا الإتفاق يختلف نوعاً ما عن الإتفاق المعروف في عقود القانون الخاص، فهو لا يشمل مرحلة التفاوض المباشر على هذا السعر بين طرفي الصفقة العمومية، وإنما يقتصر فقط على اختيار المصلحة المتعاقدة لأفضل العروض المالية المقدمة من طرف المترشحين، وفي حالة رسو الصفقة العمومية على أحدهم وإتمام إجراءات إبرامها بصفة نهائية معه، فإن السعر في هذه الصفقة يتمثل في العرض المالي المقدم من طرف المترشح الذي حاز عليها².

غير أن المصلحة المتعاقدة وخلافاً لما سبق، تتمتع بحرية أوسع في التعاقد وبالنتيجة في تحديد السعر للصفقة العمومية في بعض الحالات التي أوردها مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، أين يمكنها اختيار المتعامل المتعاقد والتفاوض معه مباشرة. وتتمثل هذه الحالات في حالة استيراد المنتجات والخدمات التي تتطلب من المصلحة المتعاقدة السرعة في اتخاذ القرار بحكم طبيعتها والتقلبات السريعة في أسعارها ومدى توفرها، وكذا الممارسات التجارية المطبقة عليها. وهنا يقوم الوزير المعني بتأسيس لجنة وزارية مشتركة خاصة بتشكيل من أعضاء مؤهلين في الميدان المعني برئاسة ممثل المصلحة المتعاقدة، وتكلف هذه اللجنة بإجراء المفاوضات واختيار الشريك المتعاقد. ولا يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى هذا الأسلوب إلا بخصوص المنتجات والخدمات الواردة على سبيل الحصر في قائمة المنتجات والخدمات الصادرة بموجب قرار وزاري مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بالتجارة والوزير المعني. ويتعين على المصلحة المتعاقدة في هذه الحالة تحرير صفقة

1- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.557.

2- الشريف شريفي، المرجع السابق، ص.243.

تسوية خلال أجل لا يتعدى ثلاثة أشهر إبتداء من تاريخ الشروع في تنفيذ هذه الخدمات، على أن تعرض هذه الصفقة على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية¹.

وإضافة إلى الحالة السابقة فإن المصلحة المتعاقدة تتمتع بنفس الحرية التعاقدية في حالة لجوئها إلى إبرام الصفقة العمومية عن طريق أسلوب التراضي، سواء التراضي البسيط أو التراضي بعد الإستشارة، غير أن مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام قيدها بحالات محددة من أجل اللجوء إلى هذا الأسلوب².

غير أنه وإن كانت القاعدة العامة تقضي بوجوب إبرام الصفقة العمومية وتحديد السعر قبل الشروع في تنفيذ موضوعها، إلا أنه ونظرا لظروف معينة قد تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى خرق القاعدة السابقة والشروع في تنفيذ الصفقة العمومية قبل إبرامها وتحديد السعر فيها أو تحديد العناصر التي يستعان بها لتحديد، كما قد تغفل المصلحة المتعاقدة عن إدراج بعض الأشغال أو التوريدات المهمة في بنود الصفقة العمومية، مما يطرح إشكالا حول تحديد السعر لها، الأمر الذي قد يؤدي إلى إثارة نزاعات بينهما. وفي هذه الحالة يمكن تحديد السعر بالإتفاق بين طرفي الصفقة العمومية عن طريق الإعتماد على السعر المتداول في السوق، وهذا تطبيقا للقاعدة العامة المنصوص عليها في القانون المدني في حالة عدم وجود بند في الصفقة يتعلق بتحديد السعر أو بتحديد العناصر المساعدة لتحديد³.

وتتمثل الحالات العملية لعدم النص على تحديد السعر في الصفقة العمومية في ثلاث حالات هي:

أولا: حالة الإستعجال الملح

قد تلجأ المصلحة المتعاقدة في ظل ظروف معينة إلى التعاقد مباشرة مع المتعامل المتعاقد قبل إبرام الصفقة العمومية، أي قبل تحديد السعر، حيث تطلب منه توريد سلع وبضائع معينة أو إنجاز بعض الأشغال أو تقديم بعض الخدمات، على أن يلتزم المتعامل المتعاقد فيما بعد بتقديم فاتورة

1- أنظر المادة 23 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.
2- أنظر إلى المادتين 49 و 51 من المرسوم الرئاسي أعلاه، والمادة السابعة من المرسوم الرئاسي رقم 20-237 المؤرخ في 12 محرم 1441 الموافق 31 أوت 2020 الذي يحدد التدابير الخاصة المكيفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في إطار الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد-19) ومكافحته، ج.ر عدد 51 صادرة بتاريخ 2020/08/31.
3- أنظر إلى المادتين 356 و 357 من القانون المدني الجزائري.

الحساب، وهنا يتبع الطرفان الأسلوب الذي قرره المشرع في سبيل تحديد السعر¹، وإلا يتم الإحتكام إلى سعر السوق².

في هذا الصدد تنص الفقرة الأولى من المادة الثانية عشر من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه: "في حالة الإستعجال الملح المعلل بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان أو وجود خطر يهدد استثمار أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي ولا يسعه التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالات الإستعجال، وأن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها، يمكن مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني أن يرخص بموجب مقرر معلل، بالشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة العمومية، ويجب أن تقتصر هذه الخدمات على ما هو ضروري فقط لمواجهة الظروف المذكورة أعلاه".

ومن خلال المادة السابقة نلاحظ أن المشرع اللائحي الجزائري سمح لمسؤول المصلحة المتعاقدة بالشروع في تنفيذ الصفقة العمومية قبل إبرامها وتحديد السعر فيها، بشرط توفر حالة الإستعجال الملح والترخيص الذي يكون في شكل مقرر معلل، وأن يتم إرسال نسخة من هذا المقرر إلى مجلس المحاسبة وإلى الوزير المكلف بالمالية³.

وفي هذه الحالة يتم تحديد كمية الأشغال أو التوريدات أو الخدمات، وكذا كيفية تحديد السعر، عن طريق تبادل الرسائل بين المصلحة المتعاقدة و المتعاقد معها، وهو ما تنص عليه الفقرة الثالثة من المادة الثانية عشر من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بقولها: "عندما لا يسمح الإستعجال الملح بإعداد الصفقة قبل الشروع في بداية تنفيذ الخدمات، يثبت اتفاق الطرفين عن طريق تبادل الرسائل". على أن يتم في مثل هذه الحالة إبرام صفقة عمومية على سبيل التسوية خلال أجل لا يتجاوز ستة أشهر إبتداء من تاريخ التوقيع على المقرر المتضمن الترخيص للشروع في تنفيذ الخدمات، وهذا إذا تجاوز مبلغ هذه الأخيرة السقف المالي المحدد في الفقرة الأولى من المادة الثالثة عشر من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والذي يتمثل في مبلغ إثني عشر مليون دينار (12.000.000 د.ج) بالنسبة للأشغال واللوازم، ومبلغ ستة ملايين دينار

1- أنظر إلى المادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

2- مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص.520.

3- أنظر الفقرة الثانية من المادة 12 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

(6.000.000 د.ج) بالنسبة للدراسات والخدمات، وأن يتم عرضها على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية للصفقات العمومية. أما إذا كان المبلغ أقل من السقف المذكور أعلاه يتم تحرير إتفاقية تسوية بدون عرضها على هيئات الرقابة الخارجية للصفقات العمومية، لأنها لا تكتسب في هذه الحالة وصف الصفقة العمومية¹.

ثانيا: الأمر الموجه من طرف المصلحة المتعاقدة بتنفيذ أكثر مما اتفق عليه في الصفقة العمومية

قد يتبين للمصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية أنها قد غفلت عن إدراج بعض الأشغال أو نسيت ذكر بعض الأصناف من السلع، وهنا يمكنها توجيه أوامر مصلحة إلى المتعامل المتعاقد معها -سواء كان مقاولا أو موردا- من أجل تدارك هذا السهو. وفي هذه الحالة نميز بين ما إذا كانت هذه الأشغال أو التوريدات من نفس جنس وموضوع الصفقة العمومية الأصلية، وهنا يسري السعر المحدد في هذه الأخيرة على هذه الأشغال أو التوريدات². أما إذا كانت هذه الأشغال أو التوريدات تختلف من حيث الجنس والموضوع عن الصفقة العمومية الأصلية، فإن تحديد السعر يخضع للإتفاق والتفاوض من جديد بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها³.

وفي حالة عدم التوصل إلى اتفاق بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها بخصوص السعر لهذه الأشغال والتوريدات، فإنه لا يمكن للمصلحة المتعاقدة فرض سعر معين على المتعامل المتعاقد معها بإرادتها المنفردة، لأنه يعتبر من الشروط التعاقدية التي يجب الإتفاق عليها⁴. وفي هذه الحالة يتوجب على طرفي الصفقة العمومية عرض الأمر على قاض العقد الإداري من أجل تحديد السعر للأشغال والتوريدات الإضافية التي تختلف من حيث الجنس والموضوع عن تلك المنصوص عليها في الصفقة العمومية الأصلية، ونفس الحل يتبع في حالة عدم تحديد السعر في الصفقة العمومية وعدم التوصل إلى اتفاق بشأنه⁵.

1- أنظر إلى المادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

2- الشريف شريفي، المرجع السابق، ص.248.

3- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.442.

4- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.148.

5- مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص.521.

ثالثا: حالة التدابير الخاصة بالوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد-19)

وهي حالة فرضتها الظروف الجديدة المتعلقة بانتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد-19)، حيث وجدت المصالح المتعاقدة نفسها مكبدة الأيدي أمام الانتشار السريع لهذا الفيروس، ما استدعى تدخل المشرع اللائحي الجزائري لوضع إجراءات خاصة على خلاف ما تقتضيه القاعدة العامة في إبرام الصفقة العمومية، حيث رخص لمسؤول الهيئة العمومية والوزير والوالي بالشروع في تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة العمومية، بشرط أن تقتصر هذه الخدمات على ما هو ضروري للتمكين من مواجهة انتشار وباء كورونا (كوفيد-19)، وأن يكون هذا التجاوز بموجب مقرر معلل صادر عن مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي¹. ولم يقف المشرع اللائحي الجزائري عند هذا الحد فقط، بل وسمح بإمكانية إثبات الاتفاق بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد في مثل هذه الظروف، وفي حالة الاستعجال الملح، عن طريق تبادل الرسائل².

وفي ذات السياق سمح المشرع اللائحي الجزائري للمصلحة المتعاقدة بالقيام بعدة طلبات من نفس الطبيعة، بموجب مقرر معلل صادر عن مسؤول هذه المصلحة، شريطة أن تقتصر هذه الطلبات على ما هو لازم لمكافحة انتشار وباء كورونا (كوفيد-19)، وهذا بدون الحاجة إلى إجراء استشارة كما هو مقرر في الفقرة الأولى من المادة 21 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، كما يمكنها اللجوء إلى نفس المتعاقد بخصوص هذه الطلبات على خلاف ما تقتضيه الفقرة الثانية من نفس المادة المشار إليها آنفا³. كما أبقى المشرع اللائحي الجزائري في نفس الإطار المصلحة المتعاقدة من الالتزام بتحديد احتياجاتها مسبقا قبل الشروع في أي إجراء لتلبية هذه الطلبات، على خلاف ما تقتضيه الفقرة الأولى من المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المذكور أعلاه⁴.

ولتسريع وتيرة تنفيذ الخدمات والطلبات الضرورية لمواجهة انتشار وباء كورونا (كوفيد-19) ذهب المشرع اللائحي الجزائري، بصفة استثنائية، إلى حد السماح للمصالح المتعاقدة بإجراء التسوية

1- الفقرة الأولى من المادة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 20-237 الذي يحدد التدابير الخاصة المكيفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في إطار الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد-19) ومكافحته.

2- الفقرة الثانية من المادة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 20-237 أعلاه.

3- المادة الثالثة من المرسوم الرئاسي رقم 20-237 الذي يحدد التدابير الخاصة المكيفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في إطار الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد-19) ومكافحته.

4- المادة الثالثة من المرسوم الرئاسي رقم 20-237 الذي يحدد التدابير الخاصة المكيفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في إطار الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد-19) ومكافحته.

المالية لهذه الخدمات والطلبات حتى قبل إبرام صفقة التسوية، شريطة أن تكون قد نفذت فعلا وأن يصادق الأمر بالصرف المختص على أداء هذه الخدمات أو الطلبات (service fait)¹، وهذا على خلاف ما تقتضيه المادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن المشرع اللائحي الجزائري اشترط على المصالح المتعاقدة إبرام صفقة عمومية على سبيل التسوية، بالنسبة لجميع الطلبات أو الخدمات المنفذة في إطار التدابير الخاصة بالوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد-19)، وذلك خلال أجل أقصاه عشرة أشهر ابتداء من تاريخ التوقيع على المقرر المنصوص عليه في المادتين الثانية والثالثة من المرسوم الرئاسي رقم 20-237 الذي يحدد التدابير الخاصة المكيفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في إطار الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد-19) ومكافحته، وأن يتم عرض هذه الصفقة على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية للصفقات العمومية لدراسته في حالة تجاوز مبلغها الأسقف المالية المحددة في الفقرة الأولى من المادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام².

وبعد أن قررنا أن السعر يعد من العناصر التعاقدية التي يجب الإتفاق عليها، يطرح إشكال جد مهم في هذا الإطار يتعلق بمدى إمكانية تعديل السعر من قبل أحد طرفي الصفقة العمومية دون موافقة الطرف الآخر.

الأصل أنه متى تم تحديد السعر للصفقة العمومية والنص عليه في بنودها، فإنه يصبح ملزما لطرفيها ولا يمكن لأحدهما التحلل منه بداعي الخطأ أو السهو في تقديره، أو عدم تناسبه مع الظروف الجديدة، وذلك على أساس أنه من العناصر التعاقدية التي تم الإتفاق عليها، وهو ما يعرف بمبدأ نهائية وثبات السعر³.

وتنص الفقرة الأولى من المادة 42 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل على مبدأ نهائية السعر في الصفقة العمومية للأشغال، حيث جاء فيها بأنه: "لا يجوز للمقاول فيما عدا الحالات المنصوص عليها بالمادة

1- المادة الخامسة من المرسوم الرئاسي أعلاه.

2- المادة السادسة من المرسوم الرئاسي أعلاه.

3- خليل صالح السامرائي، عقد الأشغال العامة - إبرام - تنفيذ - انتهاء -، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2017، ص.230.

33 من هذا النص، التذرع بأية حجج للرجوع عن أسعار الصفقة التي اتفق بذاته عليها"، في حين لم يرد أي نص بخصوص هذا المبدأ في مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام سوى ما يتعلق بحالات تحيين ومراجعة الأسعار التي خصصها المشرع اللائحي بأحكام لائحية¹.

وبالتالي فإنه لا يمكن للمتعاقد الإحتجاج بأن المصلحة المتعاقدة قد أبرمت صفقات عمومية مماثلة لتلك التي هو طرف فيها بمقابل مالي أعلى بكثير من ذلك الذي عرضه، أو أن القيمة الحقيقية للأشغال المنفذة أو البضائع الموردة تزيد على السعر المنصوص عليه في الصفقة العمومية، أو أن الظروف الإقتصادية والإجتماعية قد تغيرت بشكل واضح عن تلك الظروف التي أبرمت الصفقة العمومية في ظلها، وعلى العموم لا يمكن الإستناد إلى اعتبارات العدالة من أجل المطالبة بالزيادة في السعر².

على أن ذلك لا يمنع المتعاقد المتعاقد من أن يطلب من المصلحة المتعاقدة تصحيح الأخطاء المادية التي وقع فيها أثناء تدوين العرض المالي الذي تقدم به من أجل نيل الصفقة العمومية. ولا إشكال يطرح هنا بخصوص هذا الطلب إذا تم تقديمه قبل إبرام الصفقة العمومية معه، ولكن الإشكال يطرح في حالة تقديم هذا الطلب بعد إبرام الصفقة العمومية بصفة نهائية، فهل يمكن للمصلحة المتعاقدة الإستجابة لهذا الطلب؟ أم أنها ملزمة بالتقيد بالعرض المالي الذي قدمه بالرغم من الأخطاء المادية الواردة فيه؟، لاسيما إذا علمنا أنه في حالة قبولها لهذا الطلب سيؤثر ذلك بشكل واضح على قواعد المنافسة، فقد يصبح العرض المالي الذي تقدم به أسوأ من العروض المالية للمتريشحين الذين خسروا هذه الصفقة.

ولم يقدم لنا المشرع اللائحي الجزائري حلا للإشكال أعلاه في مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وهذا على خلاف ما انتهجه المشرع اللائحي المصري، حيث تنص الفقرة الثانية من المادة 71 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم 182 لسنة 2018 على أنه: "ويكلف رئيس لجنة البت إثنين من أعضاء اللجنة لمراجعة العروض المالية بعد تفريغها مراجعة حسابية تفصيلية والتوقيع عليها بما يفيد هذه المراجعة، وتكون

1- أنظر المواد من 96 إلى 107 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

2- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.568.

نتيجة هذه المراجعة هي الأساس الذي يعول عليه في تحديد سعر العطاء، وإذا تبين من المراجعة وجود أخطاء حسابية فيجب تصحيحها وفقا لأي من الحالات الآتية:

- 1- اختلاف بين سعر الوحدة وإجمالي سعر الوحدات يعول على سعر الوحدة.
- 2- اختلاف بين السعر المبين بالتفقيط وبين السعر المبين بالأرقام على السعر المبين بالتفقيط.
- 3- تقديم أكثر من نسخة للعطاء طبقا للكراسة وتبين وجود اختلاف في السعر بين النسخ المقدمة يعول على ما جاء بالنسخة الأصلية".

ونفس القاعدة السابقة تسري على المصلحة المتعاقدة، بحيث لا يمكنها تعديل السعر بإرادتها المنفردة دون موافقة المتعامل المتعاقد معها، كأن تتذرع بأن هناك دراسات تقنية أنجزت تبين من خلالها أن السعر المنصوص عليه في الصفقة العمومية مرتفع جدا مقارنة بالسعر الحقيقي¹.

وعلاوة على ذلك سبق وأن أشرنا بأن المصلحة المتعاقدة وهي تمارس سلطتها في التعديل الإفرادي لشروط الصفقة العمومية، لا يمكنها المساس بالإميازات المالية للمتعاقد معها، على أساس أن سلطة التعديل الإفرادي مبنية على أساس مدى اتصال الشروط التعاقدية محل التعديل الإفرادي بالمرفق العام وضمان حسن سيره بانتظام واضطراد، وأن هذه الإميازات -ومن بينها السعر- ليست لها علاقة بالمرفق العام.

وإضافة إلى ما سبق، فإن مبدأ نهائية السعر تقتضيه إعتبرات عملية، تتمثل في إحجام المتعاملين الإقتصاديين عن التعامل مع المصلحة المتعاقدة في حالة منحها سلطة تعديل السعر بإرادتها المنفردة دون موافقتهم، ما ينعكس سلبا على حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، لأن ذلك يؤدي إلى انعدام الثقة في التعامل معها، فضلا عن أن هذه السلطة تضرب في صميم مبدأ العقد شريعة المتعاقدين دون استنادها إلى مبرر قانوني كما ذكرنا سابقا².

وبالرغم من إجماع الفقهاء على مبدأ نهائية وثبات السعر، إلا أن المشرع اللائحي الجزائري قد تدخل بمجموعة من النصوص القانونية التي وردت في مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تنص على إمكانية قيام المصلحة المتعاقدة بمخالفة المبدأ السابق، ويتعلق الأمر بتحيين ومراجعة الأسعار في حالات محددة وتتوفر مجموعة من الشروط والضوابط.

1- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.149.
2- الشريف شريفي، المرجع السابق، ص.241.

في هذا الصدد تنص الفقرة الأولى من المادة 97 من المرسوم أعلاه على أنه: "يمكن أن يكون السعر ثابتا أو قابلا للمراجعة، وعندما يكون السعر قابلا للمراجعة يجب أن تحدد الصفقة صيغة أو صيغ مراجعته، وكذلك كليات تطبيق هذه الصيغة أو الصيغ الخاصة بالمراجعة، ضمن الشروط المحددة في المواد من 101 إلى 105 أدناه".

غير أن الصفقات العمومية التي تقل مبالغها عن الأسقف المالية المقررة في الفقرة الأولى من المادة الثالثة عشر من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، لا يمكن أن تكون محل تحيين ومراجعة للأسعار¹.

وفيما عدا ذلك فإنه يمكن إجراء تحيين ومراجعة أسعار الصفقات العمومية، باستثناء الصفقات العمومية المبرمة عن طريق أسلوب التراضي البسيط التي لا يمكن أن تكون محل لتحيين الأسعار، وهذا على خلاف الصفقات العمومية المبرمة عن طريق أسلوب التراضي بعد الإستشارة التي يقبل تحيين أسعارها، وهو ما يستنبط بمفهوم المخالفة من الفقرة الثانية من المادة 98 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

بالمقابل نلاحظ أن المشرع اللائحي الجزائري كان في السابق يسمح بتحيين أسعار الصفقة العمومية المبرمة عن طريق أسلوب التراضي بنوعيه دون استبعاد التراضي البسيط، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية على أنه: "يمكن المصلحة المتعاقدة أن تحين أسعار صفقة مبرمة حسب إجراء التراضي..."².

وفيما يلي سنتطرق لأسلوب معالجة المشرع اللائحي الجزائري لكل من موضوع تحيين أسعار الصفقات العمومية وموضوع مراجعة أسعارها، وهذا من خلال النصوص القانونية التي جاء بها مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

1- تحيين أسعار الصفقات العمومية:

يقصد بتحيين أسعار الصفقة العمومية إعادة النظر فيها من أجل مراعاة الظروف الإقتصادية التي حصلت في الفترة الممتدة من تاريخ إيداع العرض إلى غاية صدور الأمر بالشروع في التنفيذ من

1- تتمثل هذه الأسقف في مبلغ إثني عشر مليون دينار جزائري (12000000 د.ج) بالنسبة للصفقات العمومية للأشغال أو اللوازم، ومبلغ ستة ملايين دينار جزائري (6000000 د.ج) بالنسبة للصفقات العمومية للدراسات والخدمات، ونفس الحكم يطبق على الصفقات العمومية التي لا يتجاوز أجل تنفيذها ثلاثة (03) أشهر. أنظر إلى الفقرة الأخيرة من المادة 97 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

2- المرسوم الرئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق 07 أكتوبر سنة 2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر عدد 58 صادرة بتاريخ 07 أكتوبر 2010.

طرف المصلحة المتعاقدة¹. وقد يكون تحيين أسعار الصفقة بموجب بند من بنودها، وهنا لا إشكال يطرح بشرط أن يكون هذا الأخير صريحا في دلالاته، وأن يحترم في تطبيقه مجموعة الشروط التي حددتها المادة 100 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والتي تتمثل فيما يلي:

1- أن يتم تحديد مبلغ التحيين بتطبيق صيغة مراجعة الأسعار دون الجزء الثابت، والتي ينبغي أن تستعمل كمرجع، باستثناء الحالات المبررة كما ينبغي، حتى وإن كانت الأسعار غير قابلة للمراجعة²، وهذا يعني أنه يجب النص على صيغة المراجعة في الصفقة العمومية، حتى ولو كانت هذه الأخيرة غير قابلة لمراجعة الأسعار، وذلك من أجل استعمالها لتحديد مبلغ التحيين.

في هذا الإطار تجدر الإشارة إلى أن المادة 66 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى كانت تنص على أسلوبين لتحديد مبلغ التحيين بقولها: "يمكن تحديد مبلغ التحيين إما بطريقة إجمالية وجزافية وبتوافق مشترك، وإما بتطبيق صيغة مراجعة الأسعار إذا نصت الصفقة على ذلك".

2- لا يمكن تطبيق تحيين الأسعار إلا على الفترة التي تتراوح بين تاريخ آخر أجل لصلاحيّة العرض وتاريخ تبليغ الأمر بالشروع في الخدمات التعاقدية³.

أما إذا ورد بند ضمن بنود الصفقة العمومية يقضي بأن أسعار هذه الصفقة ثابتة و غير قابلة للتحيين أو المراجعة، فإنه لا يمكن للمتعاقد تقديم طلب بهذا الخصوص، و هو ما أكده مجلس الدولة الجزائري في قراره الصادر بتاريخ 16 سبتمبر 2003 فصلا في قضية الشركة ذات المسؤولية المحدودة (E.M.B) ضد والي ولاية الشلف، و الذي قضى في إحدى حثياته بأن: "المادة الثالثة من الملحق رقم 01 للصفقة تنص بأن أسعار الصفقة غير قابلة للتحيين و بالتالي فإن طلب المستأنف ليس له أي أساس لأن الصفقة المبرمة بين الطرفين لمتنص على ذلك"⁴.

1- محمد حمودي، تعديل السعر في الصفقة العمومية - التحيين والمراجعة - دراسة في إطار المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية (الجزائر)، المجلد الأول، عدد 9، 2018، ص.171.

2- أنظر الفقرة الأولى من المادة 100 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

3- أنظر الفقرة الثانية من المادة 100 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

4- قرار مجلس الدولة الجزائري، رقم 11413، صادر بتاريخ 16/09/2003، قضية الشركة ذات المسؤولية المحدودة (E.M.B) ضد والي ولاية الشلف. أشارت إليه: حميدة سهتالي، المرجع السابق، ص.124.

وقد يغيب النص على إجراء تحيين الأسعار ضمن بنود الصفقة العمومية، وهنا لا يمكن للمصلحة المتعاقدة قبول تحيين الأسعار إلا في حالات محددة على سبيل الحصر وتوفر مجموعة من الشروط.

ومن خلال تفحص نصوص مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، يتبين لنا أنه لا يمكن إجراء تحيين الأسعار إلا إذا كان يفصل بين التاريخ المحدد لإيداع العروض وتاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة، أجل يفوق مدة تحضير العرض زائد ثلاثة (03) أشهر، بشرط أن يكون هناك تغير في الظروف الاقتصادية يقتضي إجراء التحيين¹.

غير أننا نلاحظ أن هناك تناقض بخصوص إجراء التحيين، حيث أن المشرع اللاتحي الجزائري جعل إجراء التحيين أمر إختياري وجوازي بالنسبة للمصلحة المتعاقدة وقيده بأجل يفوق مدة تحضير (صلاحية) العروض مضاف إليها مدة ثلاثة أشهر من جهة²، في حين أنه قرر في الفقرة الأخيرة من المادة 99 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بأن إجراء التحيين هو حق للمتعاقد متى تجاوز الأجل الفاصل بين التاريخ المحدد لإيداع العروض وتاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة مدة صلاحية العروض.

وللخروج من هذا التناقض يرى الباحث أن إجراء التحيين هو حق للمتعاقد متى تجاوز الأجل الفاصل بين التاريخ المحدد لإيداع العروض وتاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة مدة صلاحية العروض مضاف إليها مدة شهر واحد، على اعتبار أن آجال صلاحية العروض تمدد بشهر إضافي بالنسبة للمؤسسة الحائزة على الصفقة العمومية³.

وفي هذا السياق قضى مجلس الدولة الجزائري في قرار صادر له بتاريخ 15 أبريل 2003 فصلا في قضية ق.ع "ضد بلدية متليلي" بأن: "تحيين الأسعار يمكن قبوله إذا كان الأجل يفوق مدة صلاحية العروض التي تفصل بين التاريخ المحدد لإيداع العرض وتاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة أي الشروع في بداية الأشغال..."⁴.

1- أنظر الفقرة الأولى من المادة 98 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

2- أنظر الفقرة الأولى من المادة 98 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

3- أنظر الفقرة الثالثة من المادة 99 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

4- قرار مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 15 أبريل 2003، قضية ق.ع ضد بلدية متليلي. أشارت إليه: ميريام أكرور، المرجع السابق، ص.98.

ويشترط لتطبيق إجراء تجميع الأسعار، أن لا يكون التأخر في تنفيذ الصفقة العمومية منسوبا إلى المتعاقد المتعاقد، وهو ما تنص عليه الفقرة الأخيرة من المادة 100 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بقولها: "غير أنه، يمكن السماح بتجميع الأسعار في حالة التأخر في بداية تنفيذ الصفقة إذا لم يتسبب في ذلك المتعاقد المتعاقد. وتطبق هذه الأحكام كذلك على الصفقات المبرمة بأسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة".

كما يلاحظ أيضا أنه يمكن تطبيق حالات تجميع الأسعار المذكورة أعلاه حتى على الصفقات العمومية المبرمة بأسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة، كما يمكن تطبيقها أيضا حتى في حالة النص في الصفقة العمومية على عدم جواز تجميع الأسعار، وهذا على أساس أن تجميع الأسعار مرده تقصير المصلحة المتعاقدة في إصدار الأمر بالشروع في التنفيذ إلى ما بعد نهاية صلاحية العرض المقدم من طرف المتعهد المعني، ما يجعله في حل من التزامه بهذا العرض، وبالتالي فإن تجميع الأسعار يعتبر بمثابة تعويض من طرف المصلحة المتعاقدة عن التقصير الذي وقعت فيه.

وفي هذا الإطار يطرح تساؤل يتعلق بمدى إمكانية المتعاقد المتعاقد في الإلتجاء إلى قاضي العقد من أجل المطالبة بتجميع الأسعار في حالة رفض المصلحة المتعاقدة إجراءه، وما هي السلطات التي يملكها القاضي في هذا الخصوص؟

وللإجابة على هذا التساؤل يمكن القول بأنه يمكن للمتعاقد المتعاقد المتضرر من قرار المصلحة المتعاقدة برفض تجميع الأسعار الإلتجاء إلى قاضي العقد، وذلك من أجل فحص مدى مشروعية هذا القرار من جميع جوانبه، لاسيما من حيث مدى تعسف المصلحة المتعاقدة في ممارسة سلطتها التقديرية في رفض تجميع الأسعار بالرغم من توفر شروطه. فإذا تبين للقاضي أن المصلحة المتعاقدة قد تعسفت في إصدار هذا القرار فلا يمكنه سوى الحكم بالتعويض للمتعاقد عن الأضرار التي لحقت من جراء عدم تجميع الأسعار، ولا يمكن للقاضي إلزام المصلحة المتعاقدة بتجميع الأسعار، على أساس مبدأ عدم جواز توجيه الأوامر إلى الإدارة من طرف القاضي الإداري.

أما بالنسبة لكيفية تحديد مبلغ التجميع فإنه يتم بناء على صيغة المراجعة التي يجب أن تنص عليها الصفقة العمومية، حتى ولو كانت هذه الصفقة مبرمة بأسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة، وذلك دون احتساب الجزء الثابت¹.

1- أنظر الفقرة الأولى من المادة 100 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

والأصل أنه لا يمكن تطبيق إجراء تجميع الأسعار إلا على الفترة الممتدة بين تاريخ آخر أجل لصلاحية العرض، وتاريخ تبليغ الأمر بالشروع في التنفيذ¹، غير أنه إذا كانت طبيعة الأشغال تتطلب تجزئة عملية التنفيذ إلى عدة حصص تبدأ آجال تنفيذها من تواريخ مختلفة، فإنه يتم تجميع أسعار كل حصة ابتداء من التاريخ الأصلي المحدد لبداية تنفيذ هذه الحصة².

ويتم حساب مبلغ التجميع بالإعتماد على صيغ حسابية محددة، وهنا تجدر الإشارة إلى أن الأرقام الإستدلالية القاعدية التي يجب الأخذ بها عند حساب معامل التجميع هي أرقام شهر نهاية صلاحية العرض³، أما أرقام التجميع فهي أرقام شهر إصدار الأمر بالشروع في التنفيذ، وهذا وفقاً لما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 33 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، والتي جاء فيها: "أن الأسعار الأصلية الواجبة الإعتبار هي الناتجة من التسعير بالتاريخ الأصلي لآجال التنفيذ والمحددة بأمر المصلحة المشار إليها أعلاه وأسعار الصفقة المفترضة والمعدة بتاريخ موضح في دفتر الشروط الخصوصية".

ومن خلال ما سبق يتبين لنا أن إجراء تجميع أسعار الصفقات العمومية لا يمكن أن يتم إلا في الفترة التي تسبق الشروع الفعلي في عملية التنفيذ، أما في الفترة التي تلي بداية تنفيذ موضوع الصفقة العمومية، فإن الإجراء الواجب الإلتباع في حالة ما إذا طرأت ظروف إقتصادية أدت إلى التغيير في الأسعار هو إجراء مراجعة الأسعار، وهو ما سنتطرق إليه في الجزء الموالي.

2- مراجعة أسعار الصفقة العمومية:

إن مراجعة أسعار الصفقات العمومية هي عملية تهدف إلى ضمان مسايرة هذه الأسعار مع التقلبات الإقتصادية التي يمكن أن تطرأ في الفترة ما بين تاريخ الشروع في عملية التنفيذ إلى غاية نهايتها، وهي تعبر عن رغبة من المصالح المتعاقدة في حماية المتعاملين المتعاقدين معها⁴. وطبقاً للفقرة الأخيرة من المادة 101 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فإن الصفقات العمومية التي لا تتضمن صيغاً لمراجعة الأسعار هي صفقات عمومية مبرمة

1- أنظر الفقرة الثانية من المادة 100 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

2- أنظر الفقرة الخامسة من المادة 33 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

3- أنظر الفقرة الثالثة من المادة 100 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

4- حميدة سهتالي، المرجع السابق، ص.126.

بأسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة، ومن ثم فإنه يجب النص صراحة في بنود الصفقة العمومية على إجراء مراجعة الأسعار حتى يمكن اللجوء إليه في حالة الظروف الاقتصادية التي تتطلبه¹.

وقد أخذ المشرع الفرنسي بإجراء مراجعة أسعار الصفقات العمومية، وعرفه في الفقرة الخامسة من المادة 18 من قانون الصفقات العمومية على أنه إجراء يستهدف تعديل الأسعار المنصوص عليها في الصفقة العمومية لتواكب التقلبات الاقتصادية الطارئة أثناء عملية التنفيذ².

ووفقا لما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 97 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فإن الصفقة العمومية المبرمة بسعر قابل للمراجعة يجب أن تحدد بشكل دقيق صيغة أو صيغ مراجعته، وكذلك كفاءات تطبيق هذه الصيغة أو الصيغ الخاصة بالمراجعة.

في هذا الإطار قضى مجلس الدولة الجزائري في قراره الصادر بتاريخ 21 جانفي 2003 فصلا في قضية "مقاولة الأشغال العمومية والبناء والري ضد ولاية غرداية" بأنه: "حيث أن مراجعة الأسعار تخضع إلى وجود شروط وهي أن تكون المراجعة منصوص عليها فعلا في الصفقة وأن هذا الشرط جد ضروري ولا يمكن حتى ملحق الصفقة أن يشير إليه إذا حررت الصفقة بثمن غير قابل للمراجعة، وأن الشرط الثاني يتعلق بوجود كفاءات تطبيق هذه المراجعة، وحيث أن المستأنف لم يثبت لمجلس الدولة هذين الشرطين، وبالتالي يتعين إذا القول بأن طلبه المتعلق بالمراجعة غير جدي وينبغي رفضه"³.

كما قرر مجلس الدولة الجزائري رفض جميع الطلبات المتعلقة بمراجعة الأسعار في حالة النص صراحة في بنود الصفقة العمومية على استبعادها، حيث قضى في قراره الصادر بتاريخ 18 مارس 2002 فصلا في قضية "قديسي عبد القادر ضد بلدية غرداية" بأنه: "حيث إنه فيما يتعلق بالوضعيات 11 و12 و13 المتعلقة بمراجعة الأسعار فإن المادة 3/4 من العقد الرابط بين الطرفين تنص فعلا ... على عدم مراجعة الأسعار ويتعين عدم إجابة المستأنف لطلبه المتعلق بهذه الوضعيات"⁴.

1- محمد حمودي، المرجع السابق، ص.173.

2- « Un prix révisable est un prix qui peut être modifié pour tenir compte des variations économiques dans les conditions fixées ci-dessous ». Art 18 aléna IV du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relative aux marchés publics en France.

3- قرار مجلس الدولة الجزائري الصادر بتاريخ 21 جانفي 2003 في قضية مقاولة الأشغال العمومية والبناء والري ضد ولاية غرداية. أشارت إليه: ميريام أكرور، المرجع السابق، ص.108.

4- قرار مجلس الدولة الجزائري الصادر بتاريخ 18 مارس 2002 في "قضية قديسي عبد القادر ضد بلدية غرداية". أشارت إليه: ميريام أكرور، المرجع السابق، ص.108.

ونشير إلى أنه عندما تكون الصفقة العمومية مبرمة بسعر قابل للمراجعة، فإنه لا يمكن العمل ببند مراجعة الأسعار في الحالات الآتية¹:

1- في الفترة التي تغطيها صلاحية العرض، وهذا على أساس أن المتعهد ملزم بالعرض الذي قدمه طيلة أجل صلاحيته، والذي تم تحديده في الإعلان عن طلب العروض مضاف إليه مدة شهر بالنسبة للمتعهد الذي حاز على الصفقة العمومية².

2- في الفترة التي يغطيها بند تحيين الأسعار، وذلك على أساس أنه لا يمكن الجمع بين إجرائي تحيين الأسعار ومراجعتها، إضافة إلى أن تحيين الأسعار يكون في الفترة التي تسبق الإنطلاق في عملية التنفيذ بينما مراجعة الأسعار تكون في الفترة الموالية للشروع في التنفيذ.

3- أكثر من مرة واحدة كل ثلاثة أشهر، ما عدا في حالة وجود إتفاق مشترك بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها على تحديد فترة تطبيق أطول³.

كما لا يمكن العمل ببند مراجعة الأسعار إلا بالنسبة للأشغال المنفذة فعلا، أما الأشغال التي لم تنفذ بعد فلا يمكن تطبيق بند مراجعة الأسعار عليها حتى ولو طرأت تغيرات إقتصادية تستوجب هذه المراجعة⁴.

ويتمتع الإتفاق المتعلق بمراجعة أسعار الصفقة العمومية بالقوة الملزمة لطرفيه، فمتى توفرت شروطه وحالاته توجب على المصلحة المتعاقدة الإستجابة لطلب المتعامل المتعاقد بخصوصه، وإلا أمكنه اللجوء إلى قاضي العقد من أجل المطالبة بمراجعة الأسعار والتعويض عن الأضرار التي لحقت به بسبب هذه المماطلة من جانب المصلحة المتعاقدة. ومن ناحية أخرى لا يمكن للمتعامل المتعاقد المطالبة بتطبيق بند مراجعة الأسعار في غير الحالات والعناصر التي يشملها الإتفاق أو بغير توفر شروطه⁵.

ويتم مراجعة أسعار الصفقة العمومية وفقا لصيغة المراجعة المنصوص عليها في دفتر الشروط، والتي تتضمن مجموعة من العناصر نص عليها مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في الفقرة الثالثة من المادة 102 منه، وتمثل هذه العناصر فيما يلي:

1- أنظر الفقرة الأولى من المادة 101 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

2- أنظر الفقرة الثالثة من المادة 99 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

3- أنظر الفقرة الأولى من المادة 104 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

4- أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 101 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

5- ميريام أكرور، المرجع السابق، ص.109.

1- جزء ثابت لا يمكن أن يقل عن النسبة المنصوص عليها في العقد فيما يخص التسبيق الجزافي. ومهما يكن من أمر، لا يمكن أن يقل هذا الجزء عن خمسة عشر في المئة (15%) من مبلغ الصفقة، وهذا الجزء يتحمله المتعاقد المتعاقد.

2- حد استقرار التغيير في الأجور قدره خمسة في المئة (05%)، وهذه النسبة يتحملها المتعاقد المتعاقد ولا تدخل في إجراء مراجعة الأسعار.

3- الأرقام الإستدلالية "الأجور" و"المواد" المطبقة ومعامل التكاليف الإجتماعية.

ويجب أن تراعى في صيغ مراجعة الأسعار الأهمية المتعلقة بطبيعة كل خدمة في الصفقة العمومية، وذلك من خلال تطبيق معاملات وأرقام إستدلالية تخص "المواد" و"الأجور" و"العتاد"¹.
و تتمثل المعاملات التي يجب مراعاتها في صيغ مراجعة الأسعار، فيما يلي²:

1- المعاملات المحددة مسبقا والواردة في الوثائق المتعلقة باستشارة المؤسسات، باستثناء الحالات المبررة كما ينبغي.

2- المعاملات المحددة باتفاق مشترك بين الأطراف المتعاقدة، عندما يتعلق الأمر بصفقة عمومية مبرمة حسب إجراء التراضي البسيط.

أما بالنسبة للأرقام الإستدلالية المعمول بها في صيغ مراجعة الأسعار فهي تلك الأرقام التي تنشر في الجريدة الرسمية وفي النشرة الرسمية لصفقات المتعاقد العمومي³ وفي كل نشرة أخرى مؤهلة لاستقبال الإعلانات القانونية والرسمية. وتطبق المصالح المتعاقدة هذه الأرقام الإستدلالية إبتداء من تاريخ التصديق والموافقة عليها بقرار من الوزير المكلف بالسكن، بالنسبة لقطاع البناء والأشغال العمومية والري⁴.

ويلاحظ في هذا الإطار أن المشرع اللائحي الجزائري قد سمح للمصالح المتعاقدة بتطبيق الأرقام الإستدلالية بمجرد موافقة الوزير المكلف بالسكن، دون انتظار نشرها في الجريدة الرسمية، وهذا على

1- أنظر الفقرة الأولى من المادة 102 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

2- أنظر الفقرة الثانية من المادة 102 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

3- تم استحداثها بموجب المرسوم رقم 84-116 المؤرخ في 11 شعبان عام 1404 الموافق 12 ماي 1984 المتضمن إحداث النشرة الخاصة بالصفقات التي يبرمها المتعاقد العمومي، ج.ر عدد 20 مؤرخة في 15 ماي 1984.

4- أنظر الفقرة الأولى من المادة 103 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

خلاف ما جاء في المادة الرابعة من القانون المدني، والتي تنص على أن: "تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية. تكون نافذة المفعول بالجزائر العاصمة بعد مضي يوم كامل من تاريخ نشرها، وفي النواحي الأخرى في نطاق كل دائرة بعد مضي يوم كامل من تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة، ويشهد على ذلك تاريخ ختم الدائرة الموضوع على الجريدة".

وتجدر الإشارة في هذا الإطار أن المشرع اللائحي الجزائري أولى أهمية كبيرة لقطاع البناء والأشغال العمومية والري مقارنة بباقي القطاعات، حيث ألزم المصالح المتعاقدة في هذا المجال بالأخذ بالأرقام الإستدلالية المنشورة في الوسائل المحددة على سبيل الحصر في الفقرة الأولى من المادة 103 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والمتمثلة في الجريدة الرسمية وفي النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وفي كل نشرة أخرى مؤهلة لاستقبال الإعلانات القانونية والرسمية، وهذا على خلاف باقي القطاعات، أين اكتفى فيها المشرع اللائحي الجزائري بالأرقام الإستدلالية التي تعدها الهيئات المخولة دون اشتراط نشرها في وسائل محددة¹.

ويلاحظ في هذا الإطار أن المشرع اللائحي الجزائري خفف من حدة الإجراءات المتبعة بشأن التصديق والموافقة على الأرقام الإستدلالية، حيث سمح -في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام- للمصالح المتعاقدة بتطبيق الأرقام الإستدلالية ابتداء من تاريخ التصديق والموافقة عليها بقرار من الوزير المعني، في حين كان يلزمها -في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية- بانتظار موافقة الوزير المكلف بالمالية².

أما فيما يتعلق بصيغ مراجعة الأسعار المرتبطة بالخدمات التي تؤديها المؤسسات الأجنبية، وتدفع مبالغها بالعملة الصعبة، فإنه يمكن استعمال الأرقام الإستدلالية لبلد المتعامل المتعاقد أو أرقام إستدلالية رسمية أخرى³.

ونشير إلى أن الإشكال الذي كان مطروحا في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، كان يتعلق بتأخر نشر الأرقام الإستدلالية في الوسائل الرسمية، ما يجعل

1- أنظر الفقرة الثانية من المادة 103 من المرسوم الرئاسي أعلاه.
2- أنظر الفقرة الأولى من المادة 69 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى.
3- أنظر الفقرة الثالثة من المادة 103 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

المصلحة المتعاقدة في حيرة من أمرها بشأن مراجعة الأسعار. وهنا تدخل المشرع اللائحي الجزائري ليضع حلا لهذا الإشكال بموجب الفقرة الأخيرة من المادة 103 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والتي قررت بأنه: "يمكن للمصلحة المتعاقدة، إذا لم يتم نشر الأرقام الإستدلالية أو المؤشرات عند تاريخ إعداد الحساب العام النهائي، إستثناء، مراجعة الأسعار المعنية عندما يتم نشر هذه الأرقام الإستدلالية أو المؤشرات".

الفرع الثاني: طرق تحديد السعر في الصفقة العمومية

لقد حدد المشرع اللائحي الجزائري طرقا على سبيل الحصر من أجل تحديد السعر في الصفقة العمومية، وهذا طبقا لما تنص عليه المادة 96 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والتي جاء فيها بأن: " يدفع أجر المتعاقد وفق الكيفيات الآتية:

1- بالسعر الإجمالي والجزائي.

2- بناء على قائمة سعر الوحدة.

3- بناء على النفقات المراقبة.

4- بسعر مختلط.

يمكن المصلحة المتعاقدة مراعاة لاحتزام الأسعار، تفضيل دفع مستحقات الصفقة وفق صيغة السعر الإجمالي والجزائي".

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد نص على ثلاث أساليب يتم اعتمادها من أجل تحديد سعر الصفقة العمومية، وهي تتمثل كقاعدة عامة إما في طريقة الأسعار الوحدوية أو في أسلوب الأسعار الجزافية¹، وإستثناء في أسلوب الأسعار المؤقتة².

وفيما يلي سنتطرق لشرح كل طريقة من الطرق التي اعتمدها المشرع اللائحي الجزائري على النحو الآتي بيانه:

1- « Les prix des prestations faisant l'objet d'un marché sont soit des prix unitaires appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées, soit des prix forfaitaires appliqués à tout ou partie du marché, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées ». Art 17 aléna 1 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relative aux marchés publics en France.

2- « Il est possible de conclure des marchés publics à prix provisoires dans les cas exceptionnels suivants ». Art 19 aléna 1 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relative aux marchés publics en France.

أولاً: الصفقة العمومية المبرمة بالسعر الإجمالي والجزائي

لم يعرف المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الصفقة العمومية المبرمة بالسعر الإجمالي والجزائي ولا تنظيمات الصفقات العمومية التي سبقته، وإنما تم تعريف هذا الأسلوب في المادة الأولى من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل حيث جاء فيها: "إن صفقة السعر الإجمالي الشامل هي الصفقة التي حدد فيها على التمام الشغل المطلوب من المقاول والذي يجري تحديد سعره جملة ومسبقاً".

ويمكن تعريف الصفقة العمومية المبرمة بالسعر الإجمالي والجزائي على أنها: "الصفقة التي يكون فيها الشغل المطلوب من المقاول محددًا مسبقاً"، أو هي "الصفقة التي يكلف فيها مقاول، بواسطة سعر واحد محدد مسبقاً بتنفيذ أشغال محددة في مخطط واضح ومتفق عليه"¹.

ويلاحظ أن إبرام الصفقة العمومية وفق هذا الأسلوب يبدو بسيطاً وسهلاً من الناحية العملية، حيث يتم الإتفاق بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد على إنجاز مجموعة من الأعمال دون تفصيلها، مقابل سعر جزائي وإجمالي لجميع هذه الأعمال دون وجود أي توزيع لهذا السعر، وهذا على خلاف باقي الطرق التي يتم فيها تفصيل الأعمال وتوزيع السعر فيها بشكل دقيق، وهذا ما دفع بالمشروع اللائحي الجزائري إلى تفضيل هذه الطريقة في تحديد سعر الصفقة العمومية².

ويمكن أن تكون الصفقة العمومية مبرمة كلياً بالسعر الإجمالي والجزائي، أي أن كل الأشغال المنصوص عليها في الصفقة تكون بسعر واحد إجمالي وجزائي، كما يمكن أن تبرم في جزء منها بالسعر الإجمالي والجزائي، وفي الجزء الآخر بناء على قائمة سعر الوحدة، وهو ما يعرف بأسلوب السعر المختلط.

ويشترط في الصفقة العمومية المبرمة بالسعر الإجمالي والجزائي توفر مجموعة من الشروط، تتمثل في الآتي:

1- أن يتم تحديد موضوع الصفقة العمومية بصفة دقيقة، وهو ما تنص عليه المادة 95 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بقولها: "يجب أن تشير كل صفقة عمومية إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما وإلى هذا المرسوم. ويجب أن تتضمن على الخصوص البيانات الآتية:

1- ميريام أكرور، المرجع السابق، ص.76.

2- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.156.

- موضوع الصفقة محددًا وموصوفًا وصفًا دقيقًا¹.

وتجدر الإشارة في هذا الإطار إلى أن تحديد موضوع الصفقة العمومية المبرمة بالسعر الإجمالي والجزائي يتم بنفس الطريقة المعتمدة في الصفقة العمومية المبرمة بناء على قائمة سعر الوحدة، إلا أن الاختلاف بينهما يكمن في طريقة تحديد السعر، فيمكن تفصيل هذه الأشغال والأعمال بحسب نوعها وطبيعتها¹.

2- أن يتم تحديد السعر بطريقة إجمالية وجزائية، بحيث يشمل جميع الأعمال والأشغال المنصوص عليها في الصفقة العمومية، وذلك دون وجود أي كشف تفصيلي أو وحدوي لأسعار هذه الأعمال أو الأشغال، ولكن هذا لا يمنع من وجود كشف تحليلي للسعر الإجمالي والجزائي².

3- عدم قابلية السعر الإجمالي والجزائي للتعديل، ففي حالة عدم دراسة المتعامل المتعاقد للعرض المالي الذي قدمه للمصلحة المتعاقدة بصفة جدية، لا يعطيه الحق في طلب تعديل السعر على أساس عدم تناسبه مع الأشغال أو الأعمال المنفذة فعلا.

كما لا يمكن للمتعاقد التذرع بوجود أخطاء في الجدول التفصيلي للأشغال³ أو في جدول تحليل الأسعار⁴، كما لو كان حجم الأشغال المنفذة فعلا يختلف عما ورد في الجدول التفصيلي للسعر الإجمالي والجزائي، وهو ما تؤكدته الفقرة الثالثة/ب من المادة 38 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل بقولها: "إن الاختلافات الملحوظة عرضيا أثناء الإنجاز بالنسبة للكميات المذكورة في المستند أعلاه والتي لم تكن ناتجة عن أوامر إدارية صريحة، وكذا الأغلط التي يمكن العثور عليها في الحسابات التي حدد السعر الإجمالي بموجبها، لا يمكن أن يترتب عليها بأي حال من الأحوال أي تعديل لهذا السعر...".

ويجب على المتعامل المتعاقد تنفيذ التزاماته العقدية المنصوص عليها في الصفقة العمومية بالرغم من الظروف الاقتصادية التي قد تواجهه، دون أن يكون له الحق في المطالبة بإعادة النظر في السعر المتفق عليه، باستثناء حالة القوة القاهرة التي يجب فيها على المصلحة المتعاقدة تعديل السعر⁵، وهذا

1- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.157.

2- ميريام أكرور، المرجع السابق، ص.78.

3- يتضمن الجدول التفصيلي للأشغال حجم وكمية الأشغال التي سيتم تنفيذها بالتفصيل مع بيان آجال هذا التنفيذ.

4- يتضمن جدول تحليل الأسعار بيان تفصيلي لأسعار الأشغال أو التوريدات التي ستنتفد من طرف المتعامل المتعاقد، حيث يبين فيه سعر الوحدة بدون رسوم ثم السعر الإجمالي مشتملا لجميع الرسوم.

5- الشريف شريفي، المرجع السابق، ص.253.

المبدأ مستوحى من المادة 561 من القانون المدني، والتي تنص على أنه: "إذا أبرم العقد بأجر جزائي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة إلا أن يكون ذلك راجعا إلى خطأ رب العمل أو يكون مأذونا به منه واتفق مع المقاول على أجره.

ويجب أن يحصل هذا الإتفاق كتابة، إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة. على أنه إذا انهار التوازن الإقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث إستثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاول، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد".

وبناء على ما سبق فإن المتعامل المتعاقد لا يمكنه المطالبة بإعادة النظر في السعر الإجمالي والجزائي أو المطالبة بالتعويض إلا في حالات محددة على سبيل الحصر، وتتمثل هذه الحالات في حالة تنفيذ أشغال إضافية بناء على أوامر إدارية مصلحة صادرة عن المصلحة المتعاقدة، أو في حالة تنفيذ أشغال ضرورية ولازمة لإتمام تنفيذ موضوع الصفقة العمومية، أو في حالة ما إذا طرأت ظروف قاهرة وغير متوقعة أدت إلى قلب اقتصاديات الصفقة العمومية¹.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن الطابع الإجمالي والجزائي لسعر الصفقة العمومية لا يمكن أن يتغير بفعل وجود بند لتحيين الأسعار أو مراجعتها مراعاة للظروف الإقتصادية التي قد تطرأ أثناء عملية التنفيذ².

ثانيا: الصفقة العمومية المبرمة بناء على قائمة سعر الوحدة

عرفها دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الصفقات الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل في الفقرة ب/ب من المادة الأولى منه بأنها: "الصفقات التي يجري تسديدها على أسعار الوحدات وفقا للمقادير المنفذة فعليا، ويجوز بصورة خاصة إعداد أسعار الوحدات على الصفقة المعتبرة (الجدول) أو إعدادها على أسعار النشرة المتداولة (المتسلسلة)".

ويتبع هذا الأسلوب في تحديد السعر عندما يتعلق الأمر بصفقة عمومية تتضمن تنفيذ عدة أشغال متماثلة أو توريد أصناف متشابهة، بحيث لا تكون الكمية الإجمالية دائما محددة سلفا في

1- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.157.

2- ميريام أكرور، المرجع السابق، ص.80.

الصفقة، فتقوم المصلحة المتعاقدة بتحديد سعر لكل عنصر أو وحدة من هذه الوحدات، ويتحدد السعر الكلي والنهائي لهذه الصفقة بمجموع هذه الأسعار الوحدوية المقابلة للعناصر المنفذة فعلا¹، ومثال ذلك أن تتعاقد المصلحة المتعاقدة مع مقاول من أجل طلاء مجموعة من العقارات على أن يتم تحديد السعر الإجمالي بناء على سعر المتر المربع الواحد، أو أن تتعاقد المصلحة المتعاقدة على توريد كمية من البضائع على أن يتحدد السعر الإجمالي وفق السعر الوحدوي لهذه البضائع.

وبناء على ما سبق فإن السعر الوحدوي لا يمكن أن يكون قابلا للتغيير، باعتباره سعرا إجماليا وجزائري، وإنما الذي يكون قابلا للتعديل هو السعر النهائي لمجموع الأشغال أو التوريدات المنفذة، لأنه لا يمكن تحديده بشكل دقيق إلا بعد تنفيذ الخدمات التعاقدية، وذلك بتطبيق الأسعار الوحدوية على هذه الخدمات، وهو ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 12 ماي 1982 فضلا في قضية "Soc des autoroutes Paris-Rhin-Rhône"².

ويتم تحديد السعر في الصفقة العمومية المبرمة بناء على قائمة سعر الوحدة باتباع أحد الأسلوبين التاليين:

1- تحديد السعر على أساس الجدول (Bordereau):

تحدد الأسعار وفق هذا الأسلوب بناء على "أسعار النشرة المتداولة"، والتي يتم إعدادها بناء على كشف وصفي معد من طرف المصلحة المتعاقدة بالإستناد إلى عروض المتنافسين³. ويتم اللجوء إلى هذا الأسلوب في الصفقات العمومية للأشغال التي لا يمكن تحديد حجمها وكمياتها مسبقا، فيكتفى فيها بتحديد سعر لكل وحدة أو نوع متماثل، على أن يحدد السعر النهائي والإجمالي بتطبيق هذه الأسعار الوحدوية على الأشغال المنفذة فعلا، ويطلق على الصفقات العمومية المبرمة وفق هذا الأسلوب تسمية "الصفقات بناء على قائمة الأسعار"⁴.

2- تحديد السعر على أساس التسلسل (Série):

على خلاف الأسلوب السابق، فإن هذا الأسلوب تكون فيه كمية وحجم الأشغال والخدمات المراد تنفيذها محددة مسبقا، إضافة إلى تحديد سعر لكل نوع أو صنف من هذه الأشغال

1- ميريام أكرور، المرجع نفسه، ص.82.

2- C.E, Arrêt du 12 mai 1982 (Sté des autoroutes Paris-Rhin-Rhône), n° 14735, www.légifrance.gouv.fr, vu le : 27 mai 2018.

3- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.158.

4- ميريام أكرور، المرجع السابق، ص.84.

أو الخدمات، ويطلق على الصفقات العمومية المبرمة وفق هذا الأسلوب تسمية "الصفقات بناء على الكشف"¹.

ويجمع هذا الأسلوب بين خصائص الصفقات العمومية المبرمة بالسعر الإجمالي والجزائي والصفقات العمومية المبرمة بناء على قائمة الأسعار، غير أنه يختلف عن هذه الأخيرة في كون الخدمات المراد تنفيذها محددة سلفاً، كما أنه يختلف عن الصفقات العمومية المبرمة بالسعر الإجمالي والجزائي في أن كمية وحجم الخدمات المراد تنفيذها قابلة للتعديل والتغيير، وأن السعر النهائي لا يمكن تحديده إلا بعد تنفيذ الخدمات التعاقدية².

وسواء تم إبرام الصفقة العمومية وفق الأسلوب الأول أو الثاني فإن تحديد السعر النهائي لا يمكن أن يتم إلا بعد تنفيذ جميع الخدمات التعاقدية والإطلاع عليها من طرف المصلحة المتعاقدة، وهو ما أكدته الفقرة 2/أ من المادة 38 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الصفقات الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل بقولها: "الصفقة التي تتضمن عدة أسعار أو جدول أسعار، يعد الحساب طبقاً لمقادير الأشغال المنجزة فعلياً والواقعة مشاهدتها رسمياً وفقاً لنص المادة 39 التالية، ولأسعار الوحدات المبنية في النشرة أو الجدول والمعدلة عند الإقتضاء طبقاً لشروط مراجعة الأسعار التي يمكن أن تتطلبها الصفقة والتابعة عند الزوم للتخفيض (أو الإضافة) الواردة في المشاركة".

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى الطابع النهائي للسعر المتوصل إليه بتطبيق الأسعار الوحدوية، بحيث لا يمكن للمتعاقد المطالبة بالزيادة في السعر الإجمالي على أساس عدم تناسبه مع الأشغال المنفذة فعلياً، أو بسبب تجاوز هذه الأخيرة الحجم المنصوص عليه في دفتر الشروط بفعل التغييرات التي أحدثتها المتعاقد دون إعلام أو موافقة المصلحة المتعاقدة³.

وفي هذا الإطار تنص الفقرة 2/ب من المادة 38 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الصفقات الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل على أنه: "في الحالة المنصوص عليها بالمقطع 3 من المادة 22، عندما تكون قيمة الأشغال المنفذة أعلى من قيمة الأشغال المقررة بدفتر الشروط الخصوصية أو أوامر المصلحة فتعد الحسابات على أساس الأشغال الأخيرة". وبالرجوع إلى

1- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.159.

2- مراد زوايد، النظام القانوني للوفاء بالمقابل المالي بقانون الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة محمد بوقرة - بومرداس (الجزائر)، 2012، ص.34.

3- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.159.

الفقرة الثالثة من المادة 22 من نفس الدفتر نجد أنها تنص على أنه: "عندما يعترف المهندسون أو المهندس المعماري أن التغييرات المحدثة من قبل المقاول ليست مخالفة لقواعد الفن أو للذوق السليم فيجوز في هذه الحالة الأخذ بالمقتضيات الجديدة دون أن يحق للمقاول طلب أية زيادة في السعر بسبب الإتساعات الأكثر قوة أو بسبب القيمة الأكثر ارتفاعاً في الأدوات والأشغال، وفي هذه الأحوال تجرى القياسات على أساس الإتساعات المنصوص عليها بدفتر الشروط الخصوصية أو بأوامر المصلحة، وإذا حدث العكس و كانت الإتساعات أكثر ضآلة أو كانت الأدوات أقل قيمة فيعمد بنتيجة ذلك إلى تنقيص القياسات والأسعار".

ونشير إلى أن ذات الموقف السابق أخذ به المشرع اللائحي المصري، حيث تنص الفقرة الثالثة من المادة 117 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم 182 لسنة 2018 على أنه: "ويعتبر المقاول مسؤولاً عن التحري بنفسه عن صحة المقادير والأوزان وتعتبر كل فئة من الفئات المدرجة بجدول الفئات ملزمة للمقاول أثناء العقد وغير قابلة لإعادة النظر لأي سبب ولا يكون للمقاول حق طلب مبالغ زيادة أو تعويضات بشأنها".

ثالثاً: الصفقة العمومية المبرمة بناء على النفقات المراقبة

لقد عرفها دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل في الفقرة ب/ج من المادة الأولى منه بقولها: "إن صفقة النفقات المراقبة هي الصفقات التي تكون نفقات المقاول فيها حقيقية ومراقبة (اليد العاملة والأدوات والمواد المستهلكة وكراء الآلات والنقل وما إلى ذلك...) والتي تستهدف تنفيذ شغل محدود، ويجري تسديدها إليه مع إضافة زيادة في مقابل النفقات العامة والريح".

غير أن الفقرة الرابعة من المادة 38 من دفتر الشروط الإدارية العامة السابق الإشارة إليه لم تحدد لنا العناصر التي يعتمد عليها في سبيل تحديد السعر في هذه الصفقة واكتفت بالإحالة في ذلك إلى دفتر الشروط الإدارية الخصوصية، وذلك بقولها: "إن الحساب المتعلق بالصفقات المبرمة على النفقات المراقبة هي موضوع مقتضيات منصوص عليها في دفتر الشروط الخصوصية".

وعلى خلاف النص السابق، فإن المادة 106 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ألزمت المصلحة المتعاقدة التي تلجأ إلى أسلوب الصفقة العمومية بناء على النفقات المراقبة بأن تبين في بنود هذه الصفقة طبيعة مختلف العناصر التي

تساعد على تحديد السعر الواجب دفعه وكيفية حسابها وقيمتها، ولكنها لم تعرف لنا هذا الأسلوب بشكل واضح، كما لم تحدد شروط وحالات اللجوء إليه.

وبناء على ما سبق، يمكن تعريف الصفقة العمومية المبرمة بناء على النفقات المراقبة بأنها تلك الصفقة التي يكون فيها تحديد السعر بالإعتماد على الوثائق الثبوتية التي يقدمها المتعاقد، والتي تتضمن كشفاً دقيقاً عن جميع النفقات والتكاليف التي تحملها، والتي تكون خاضعة لمراقبة وفحص دقيقين من طرف المصلحة المتعاقدة¹.

ويتميز هذا الأسلوب في تحديد السعر بعدم معرفة السعر مسبقاً، حيث يتحدد بعد تنفيذ جميع الأشغال والخدمات، وبعد تقديم الكشوفات والحسابات من طرف المتعاقد، ويتشكل السعر وفق هذا الأسلوب من جزئين، يتمثل الجزء الأول في التكاليف والنفقات الحقيقية التي تحملها المتعاقد، أما الجزء الثاني فيتمثل في هامش الربح الذي يحصل عليه المتعاقد مقابل أدائه للأشغال والخدمات المتفق عليها، لأنه لا يعقل أن يكون أداها بدون مقابل².

وينتقد أسلوب الصفقة العمومية المبرمة بناء على النفقات المراقبة من عدة جوانب، يتمثل أولها في إمكانية تضخيم الفواتير والكشوفات من طرف المتعاقد مقارنة بقيمتها الحقيقية، ما ينعكس سلباً على المال العام والخزينة العمومية، إضافة إلى عدم امتلاك المصالح المتعاقدة لإمكانيات وتقنيات المراقبة الفعالة لهذه الكشوفات، ويضاف إلى ذلك إمكانية تواطؤ المصلحة المتعاقدة مع المتعاقد المتعاقد معها فيما يتعلق بالقيمة الحقيقية للأشغال والخدمات المنفذة من طرفه³.

وإضافة إلى الإنتقادات السابقة لهذا الأسلوب في تحديد السعر، فإن المشرع اللائحي الجزائري لم يحدد شروطاً دقيقة وحالات معينة للجوء لهذا الأسلوب، ما يفتح المجال واسعاً أمام المصلحة المتعاقدة لاتباعه.

كما يطرح إشكال حول كيفية اختيار المتعاقد في هذا الأسلوب، هل على أساس إجراء طلب العروض أم على أساس إجراء التراضي؟، وإذا قلنا بأنه يختار على أساس إجراء التراضي، فأى نوع منه، هل إجراء التراضي البسيط أم التراضي بعد الإستشارة؟، وفيما تتمثل معايير انتقاء المتعاقد المتعاقد في ظل غياب العرض المالي؟

1- ميريام أكرور، المرجع السابق، ص.88.

2- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.161.

3- ميريام أكرور، المرجع السابق، ص.89.

وبالرجوع إلى المرسوم رقم 82-145 المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي نجده قد أشار إلى أسلوب متشابه إلى حد كبير مع أسلوب الصفقة العمومية المبرمة بناء على النفقات المراقبة، وهو أسلوب الصفقة العمومية المبرمة بناء على الكلفة مع أجرة الأتعاب، وهو في الحقيقة أسلوب أكثر دقة على أساس أنه قائم على عنصرين واضحين لا يثيران أي غموض، يتمثل العنصر الأول في التكاليف التي تحملها المتعامل المتعاقد في إطار تنفيذه للصفقة العمومية، أما العنصر الثاني فيتمثل في الأجرة المستحقة لهذا الأخير مقابل تنفيذه للخدمات المتفق عليها¹، بينما في أسلوب الصفقة العمومية المبرمة بناء على النفقات المراقبة؛ يكون تحديد السعر وفق الوثائق الثبوتية التي لا تتضمن سوى أسعار الأشغال أو التوريدات أو الخدمات المنفذة.

وما يمكن ملاحظته على أسلوب الصفقة العمومية المبرمة بناء على النفقات المراقبة الذي أخذ به المشرع اللائحي الجزائري من خلال مقارنته بأسلوب الصفقة العمومية المبرمة بأسعار مؤقتة والذي أخذ به المشرع الفرنسي في المادة 19 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي، أن هذا الأخير كان دقيقا جدا في تحديد حالات اللجوء إلى هذا الأسلوب²، والتي تتمثل فيما يلي:

1- في حالة الخدمات المعقدة أو الخدمات التي تتطلب تقنيات جديدة، وهذا بشرط توفر ضرورة الإستعمال الملح في تنفيذها أو وجود أخطار فنية كبيرة، بحيث لا يمكن تحديد سعر هذه الخدمات مسبقا.

2- في حالة تأخر ظهور نتائج التحقيق حول كلفة الخدمات المتماثلة التي تم طلبها من المتعاقد بناء على صفقة أبرمت في وقت سابق.

1- أنظر المادة 56 من المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 16 جمادى الثانية 1402 الموافق 10 أبريل 1982 الذي ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج.ر عدد 15 صادرة بتاريخ 13 أبريل 1982.

2- « Il est possible de conclure des marchés à prix provisoires dans les cas exceptionnels suivants :

1- Lorsque, pour des prestations complexes ou faisant appel à une technique nouvelle et présentant soit un caractère d'urgence impérieuse, soit des aléas techniques importants, l'exécution du marché doit commencer alors que la détermination d'un prix initial définitif n'est pas encore possible;

2- Lorsque les résultats d'une enquête de coût de revient portant sur des prestations comparables commandées au titulaire d'un marché antérieur ne sont pas encore connus;

3- Lorsque les prix des dernières tranches d'un marché à tranche, tel que définie à l'article 72, sont fixés au vu des résultats, non encore connus, d'une enquête de coût de revient portant sur les premières tranches, conclues à prix définitifs;

4- Lorsque les prix définitifs de prestations comparables ayant fait l'objet de marchés antérieurs sont remis en cause par le candidat pressenti ou par le pouvoir adjudicateur, sous réserve que ce dernier ne dispose pas des éléments techniques ou comptables lui permettant de négocier de nouveaux prix définitifs;

5- Lorsque les prestations font l'objet d'un partenariat d'innovation ». Art 19 alléna I du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relative aux marchés publics en France.

- 3- في حالة ما إذا تقرر تحديد أسعار الأقساط الأخيرة من صفقة مبرمة بالأقساط بناء على نتائج تحقيق - لم تعرف بعد- حول تكاليف الأقساط الأولى المبرمة بسعر نهائي.
- 4- في حالة ما إذا كانت الأسعار النهائية للخدمات المتماثلة التي كانت موضوع صفقة سابقة محل شك من طرف المترشح المعين أو من طرف المصلحة المتعاقدة، بشرط عدم امتلاك هذه الأخيرة لعناصر تقنية أو محاسبية تسمح لها بالتفاوض من جديد على أسعار هذه الخدمات.
- 5- في حالة الخدمات التي تكون محل اختراع من طرف أحد المترشحين.
- وإضافة إلى تحديد المشرع الفرنسي لحالات اللجوء إلى أسلوب الأسعار المؤقتة، فقد نص في الفقرة الثانية من المادة 19 من قانون الصفقات العمومية على أن تتضمن الصفقة العمومية المبرمة وفق هذا الأسلوب جميع العناصر والميكانيزمات التي تسمح للمصلحة المتعاقدة بتحديد السعر النهائي لهذه الصفقة ومراقبة الوثائق والكشوفات المثبتة لكلفة إنجاز الخدمات¹.

رابعاً: الصفقة العمومية المبرمة بناء على السعر المختلط

لقد تم النص على هذا الأسلوب لأول مرة في المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية دون أن يعطي له أي تعريف²، ونفس التوجه نُهجته المشرع اللائحي الجزائري في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث تنص المادة 96 من هذا المرسوم على إمكانية دفع أجر المتعاقد وفق أسلوب السعر المختلط دون أن تعرفه. ولكن من خلال تسميته يمكن تعريفه بأنه ذلك الأسلوب الذي يجمع في طياته بين الأساليب السابقة، فهو لا يعتبر أسلوب مستقل بذاته وإنما يستند في وجوده إلى باقي الأساليب.

ومن خلال ما سبق يظهر لنا أن أسلوب الصفقة العمومية المبرمة بناء على السعر المختلط قد يجمع إما بين السعر الإجمالي والجزائي والسعر الوحدوي، وإما بين السعر الإجمالي والجزائي والسعر بناء

1- « Les marchés conclus à prix provisoire précisent:

1- Les conditions dans lesquelles sera déterminé le prix définitif, éventuellement dans la limite d'un prix plafond;

2- L'échéance à laquelle devra intervenir un avenant pour fixer le prix définitif;

3- Les règles comptables auxquelles le titulaire se verra se conformer;

4- Les vérifications sur pièces et sur place que le pouvoir adjudicateur se réserve d'effectuer sur les éléments techniques et comptables du coût de revient ». Art 19 alléna II du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relative aux marchés publics en France.

2- مرسوم رئاسي رقم 02-250 مؤرخ في 13 جمادى الأولى 1423 الموافق 24 يوليو 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى، ج.ر عدد 52 صادرة بتاريخ 28 يوليو 2002.

على النفقات المراقبة، وإما بين السعر الوحدوي والسعر بناء على النفقات المراقبة، وعن طريق هذا الأسلوب يمكن للمصلحة المتعاقدة تفادي الإنتقادات الموجهة للأساليب السابقة من خلال الجمع بين إيجابياتها وتفايدي سلبياتها.

غير أن الممارسة العملية دائما ما تبين لنا أن لجوء المصلحة المتعاقدة إلى هذا الأسلوب يكون من خلال تقسيم الصفقة العمومية إلى حصتين، حصة تبرم بناء على السعر الإجمالي والجزائي وتعلق غالبا بأشغال أو خدمات محددة سلفا، في حين تبرم الحصة الثانية بناء على قائمة سعر الوحدة، وهي عادة ما تعلق بأشغال أو خدمات متماثلة لا يمكن تحديدها مسبقا¹.

وبعد أن تطرقنا إلى مختلف الطرق والأساليب التي اعتمدها المشرع اللائحي الجزائري من أجل تحديد السعر في الصفقات العمومية -والتي تتمثل إما في السعر الإجمالي والجزائي أو في السعر الوحدوي أو في السعر بناء على النفقات المراقبة أو في السعر المختلط-، يثار التساؤل حول الكيفيات التي انتهجها المشرع اللائحي الجزائري من أجل تسديد المقابل المالي للمتعاقد، وما الضمانات التي يتمتع بها هذا الأخير في سبيل الحصول على هذا المقابل؟

المطلب الثاني: أساليب تسديد السعر في الصفقات العمومية

من أجل الإحاطة بجميع الأساليب التي نص عليها المشرع اللائحي الجزائري لتسديد السعر المنصوص عليه في بنود الصفقة العمومية، يتعين علينا تقسيمها إلى شقين، حيث نتعرض في الشق الأول لأساليب تسديد السعر أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، على نتطرق في الشق الثاني لأساليب تسديد السعر عند استلام الصفقة العمومية.

الفرع الأول: أساليب تسديد السعر في الصفقات العمومية أثناء تنفيذها

تقضي القاعدة العامة في تسديد أجر المتعاقد في الصفقات العمومية بعدم حصول هذا الأخير على السعر المتفق عليه إلا بعد التنفيذ الفعلي لكامل التزاماته العقدية². غير أن المشرع اللائحي الجزائري ومراعاة منه للظروف المالية التي قد يتعرض لها المتعاقد في سبيل الوفاء

1- ميريام أكرور، المرجع السابق، ص.93.

2- Muhannad AJJOUR, op. cit., p.420.

بالتزاماته العقدية سمح للمصلحة المتعاقدة بالخروج عن القاعدة السابقة، وهذا من خلال تمكينها من صرف مبالغ مالية للمتعاقد حتى قبل شروعه في التنفيذ باستعمال آلية التسبيق¹.
وإضافة إلى التسبيق نص المشرع اللائحي الجزائري على أسلوب آخر للوفاء بأجر المتعاقد المتعاقد، من خلاله يتمكن هذا الأخير من استلام جزء من مستحقاته المالية والتي تكون مقابلة لتنفيذ جزء من موضوع الصفقة العمومية. ويعرف هذا الأسلوب بالدفع على الحساب، وقد نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 108 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بقولها: "تم التسوية المالية للصفقة بدفع التسبيقات و/أو الدفع على الحساب...". وفيما يلي سنتطرق لشرح وتوضيح كل أسلوب من هذين الأسلوبين على حدة.

أولاً: التسبيق (L'avance)

عرفته الفقرة الأولى من المادة 109 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بقولها: "يقصد في مفهوم المادة 108 أعلاه بما يأتي: - التسبيق: هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة". ونشير إلى أن دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل كان قد نص على التسبيق المالي في المادة 44 منه.

ويعتبر أسلوب التسبيق المالي أحد الآليات الفعالة التي تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة من أجل ضمان حسن تنفيذ الصفقة العمومية وفق الآجال المتفق عليها، وذلك من خلال تدعيم القدرة المالية للمتعاقد²، كما يضمن هذا الأسلوب مبدأ المساواة بين كافة المترشحين للصفقة العمومية بغض النظر عن مدى تمتعهم بالإمكانات المالية التي تسمح لهم بالشروع في عملية التنفيذ³.

وتعتبر التسبيقات المالية عبارة عن سلفة تمنحها المصلحة المتعاقدة لفائدة المتعاقد المتعاقد الذي يظل مدينا بها إلى غاية التنفيذ الكلي لالتزاماته العقدية المنصوص عليها في بنود الصفقة العمومية، ويتم استرداد هذه المبالغ من خلال الإقتطاعات التي تقوم بها المصلحة المتعاقدة من المبالغ المستحقة للمتعاقد⁴.

1- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.178.
2- عبد الغني بن زمام، تمويل الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة الجزائر (الجزائر)، 2008، ص.19.
3- ميريام أكرور، المرجع السابق، ص.188.
4- أنظر المادة 116 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

ولا يمكن أن يؤدي دفع هذه التسيبقات المالية إلى تخفيف المسؤولية العقدية عن المتعامل المتعاقد، والذي يظل ملزما بالتنفيذ الكامل والمطابق للإلتزامات المنصوص عليها في الصفقة العمومية¹. وفي هذا الصدد تنص الفقرة الثالثة من المادة 108 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أن هذه التسيبقات المالية لا تمثل تسديدا نهائيا لمبلغ الصفقة العمومية. وعلى الرغم من إيجابيات نظام التسيبقات المالي، إلا أنه يأخذ عليه أنه يؤدي إلى التلاعب في معايير انتقاء المتعامل المتعاقد، لا سيما منها إمكانياته المالية والتي تعتبر من أهم المعايير التي يختار على أساسها. فمن المفروض أن المتعامل المتعاقد قد تم اختياره بناء على توفره على إمكانيات مالية تؤهله لتنفيذ موضوع الصفقة العمومية بأريحية دون حاجة إلى المساعدة المالية من طرف المصلحة المتعاقدة عن طريق التسيبقات.

غير أن المشرع اللائحي الجزائري وتداركا منه لهذه الإنتقادات أحاط نظام التسيبقات المالي بمجموعة من الشروط والضمانات، وهو ما تنص عليه المادة 110 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بقولها: "لا تدفع التسيبقات إلا في حالة الصفقات العمومية التي يفوق مبلغها الحدود المنصوص عليها في المادة 13 من هذا المرسوم، وإذا قدم المتعامل المتعاقد مسبقا كفالة بقيمة معادلة بإرجاع تسيبقات يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية بالنسبة للمتعهدين الجزائريين، ويجب أن تصدر كفالة المتعهدين الأجانب من بنك خاضع للقانون الجزائري، يشملها ضمان مقابل صادر من بنك أجنبي من الدرجة الأولى. وتحرر كفالة إرجاع التسيبقات حسب نموذج يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية".

وما يلاحظ على المادة 110 أعلاه أن المشرع اللائحي الجزائري ضيق من مجال نظام التسيبقات المالي، فبعدما كان مفتوحا في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية²، أصبح محصورا في الأسقف المالية المنصوص عليها في المادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، بحيث لا يمكن منح التسيبقات المالي بالنسبة للصفقات العمومية للأشغال أو اللوازم التي يساوي مبلغها أو يقل عن إثني عشر مليون دينار جزائري (12.000.000 د.ج)، ونفس الأمر بالنسبة للصفقات العمومية للخدمات أو الدراسات التي يساوي مبلغها أو يقل عن ستة ملايين دينار جزائري (6.000.000 د.ج).

1- أنظر الفقرة الثانية من المادة 108 من المرسوم الرئاسي أعلاه.
2- أنظر المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى.

أما بالنسبة لشرط كفالة إرجاع التسيقات فقد كان مفروضا في السابق على المتعاملين الخواص فقط دون المتعاملين العموميين¹، ولكن بصدور المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية تم إلغاء هذه المعاملة التفضيلية بالنسبة للمتعاملين العموميين².

ولم تكن قيمة كفالة إرجاع التسيقات محددة في نصوص تنظيم الصفقات العمومية إلا بعد صدور المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، حيث كان تحديد مبلغ هذه الكفالة متروكا للمصلحة المتعاقدة تحدده وفق سلطتها التقديرية، وغالبا ما كانت تفرض مبلغا أعلى من قيمة التسيقات المالية الممنوحة للمتعاقد، الأمر الذي يؤدي إلى إفراغ نظام التسيق المالي من معناه و يجعله من دون فائدة. ولكن بصدور المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى أصبحت قيمة هذه الكفالة محددة بما يعادل قيمة التسيقات المالية الممنوحة، حيث نصت المادة 63 منه على أنه: "لا تدفع التسيقات إلا إذا قدم المتعاقد المتعاقد مسبقا كفالة بقيمة معادلة بإرجاع تسيقات..."، وهو ما تم تأكيده في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام³.

ولكن التساؤل الذي يطرح نفسه بجدة في هذا الإطار يتعلق بمدى إلزامية نظام التسيق المالي للمصلحة المتعاقدة في حالة عدم النص عليه في بنود الصفة العمومية، فهل المصلحة المتعاقدة ملزمة بالإستجابة لطلب المتعاقد المتعلق بإفادته بالتسيق المالي في حالة توفر جميع شروطه؟ أم هي مخيرة في ذلك؟

من خلال التمعن في نص الفقرة الأولى من المادة 108 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام نجد أن المشرع اللائحي الجزائري لم يلزم المصلحة المتعاقدة بمنح التسيق المالي للمتعاقد، وإنما ترك لها حرية اللجوء إلى هذا النظام بشرط التزامها بمجموعة القيود والضمانات التي نص عليها هذا المرسوم⁴. وهو ما أكدته المادة 113 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بالنسبة للتسيق على التموين، وذلك بقولها: "يمكن أصحاب صفقات عمومية للأشغال واللوازم أن يحصلوا بالإضافة إلى التسيق الجزائي، على تسيق على التموين

1- أنظر الفقرة الثانية من المادة 68 من المرسوم رقم 82-145 الذي ينظم الصفقات التي يبرمها المتعاقد العمومي الملغى.
2- أنظر المادة 64 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 02 جمادى الأولى 1412 الموافق 09 نوفمبر 1991 الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى، ج.ر عدد 57 صادرة بتاريخ 13 نوفمبر 1991.
3- أنظر المادة 110 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.
4- الفقرة الأولى من المادة 108 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري تنص على أنه: "تتم التسوية المالية للصفقة بدفع التسيقات و/أو الدفع على الحساب وبالتسويات على رصيد الحساب".

إذا أثبتوا حيازتهم عقودا أو طلبات مؤكدة للمواد أو المنتجات الضرورية لتنفيذ الصفقة". ولكن ما يلاحظ على هذه المادة أن المشرع اللاتحي الجزائري أشار صراحة إلى الطابع الاختياري للتسبيق على التموين، وهو ما قد يفهم منه بمفهوم المخالفة أن التسبيق الجزائري يتمتع بالطابع الإلزامي. ولكن برجعنا إلى الأمر رقم 67-90 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى نجد أن المشرع الجزائري كان قد نص صراحة على الطابع الإختياري للتسبيق الجزائري، حيث نصت المادة 87 من هذا الأمر على أنه: "يجوز -دون إجراءات- منح سلفة تدعى إجمالية من قبل الإدارة المتعاقدة لأصحاب الصفقات العمومية..."¹.

بالمقابل، وبالعودة إلى دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، لاسيما الفقرة الأولى من المادة 44 منه، نجد أن المشرع اللاتحي الجزائري نص صراحة على الطابع الإلزامي للتسبيق الإجمالي أو الجزائري².

ومن خلال قراءة النصوص السابقة يمكن أن نتوصل إلى أن التسبيق المالي الجزائري ليس ملزم للمصلحة المتعاقدة إلا في إطار الصفقات العمومية التي تضمنها دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، وهي تتمثل أساسا في الصفقات العمومية للأشغال، أما خارج هذا الإطار فإن المصلحة المتعاقدة لها كامل السلطة التقديرية في منح التسبيق الجزائري للمتعاقد من عدمه، وهذا في انتظار تدخل المشرع اللاتحي الجزائري والفصل في مدى إلزامية التسبيق الجزائري للمصلحة المتعاقدة بنص صريح وواضح³.

بالمقابل أشار المشرع الفرنسي بشكل صريح إلى أن المصلحة المتعاقدة ملزمة بدفع تسبيق مالي للمتعاقد معها في حالة تجاوز مبلغ الصفقة العمومية 50.000 أورو بدون احتساب الرسوم، وهذا بشرط أن تتجاوز مدة الإنجاز المنصوص عليها في الصفقة العمومية شهرين⁴.

1- الأمر رقم 67-90 مؤرخ في 09 ربيع الأول 1387 الموافق 17 يونيو 1967 يتضمن قانون الصفقات العمومية الملغى، ج.ر عدد 52 صادرة بتاريخ الموافق 27 يونيو 1967.

2- المادة 44 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الصفقات الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والري تنص على أنه: "يجوز، بقطع النظر عن أحوال التسبيق الإجمالي الذي يكون أداؤه إجباريا للمقاول...".

3- عبد الغني بن زمام، المرجع السابق، ص.30.

4- « Une avance est accordée au titulaire d'un marché public lorsque le montant initial du marché public ou de la tranche affermie est supérieur à 50.000 euros HT et dans la mesure où le délai d'exécution est supérieur à deux mois ». Art 110 alléna I du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relative aux marchés publics en France.

وعموما وبالرجوع إلى مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام نجد أن التسيقات المالية التي تمنحها المصلحة المتعاقدة للمتعاقد تنقسم إلى نوعين، تسيقات جزافية وتسيقات على التمويل¹، وفيما يلي نتطرق لكل نوع من هذين النوعين على حدى:

1- التسيق الجزافي: (Les avances forfaitaires)

يعرف التسيق الجزافي بأنه عبارة عن مبلغ مالي يشكل نسبة مئوية محددة من المبلغ الإجمالي للصفقة العمومية، وقد حدد المشرع اللائحي الجزائري قيمته القصوى بنسبة لا تتعدى 15% من السعر الأولي للصفقة العمومية²، وهذا على خلاف المشرع الفرنسي الذي حدد هذه النسبة ب 5% من السعر الأولي للصفقة العمومية³.

غير أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة -بصفة إستثنائية- منح تسيق جزافي يفوق القيمة المحددة سابقا، في حالة ما إذا كان سيترتب عن رفضها قواعد الدفع أو التمويل المقررة على الصعيد الدولي ضرر أكيد بها، وذلك بمناسبة تفاوضها على إبرام صفقة عمومية، بشرط حصولها على الموافقة المسبقة والصریحة من الوزير الوصي أو مسؤول الهيئة العمومية أو الوالي حسب الحالة. ويتم منح هذه الموافقة بعد استشارة لجنة الصفقات العمومية المختصة⁴.

ولم يحدد لنا المشرع اللائحي الجزائري تاريخا معينا لدفع التسيق الجزافي من طرف المصلحة المتعاقدة، ولكن بما أنه اشترط على المتعاقد تقديم كفالة إرجاع التسيقات، فإن دفع التسيق الجزافي لا يمكن أن يكون قبل تاريخ إيداع هذه الكفالة، وبما أن التسيق الجزافي يهدف إلى المساعدة المالية للمتعاقد المتعاقد، فإنه من الأفضل أن يتم النص في تنظيم الصفقات العمومية على أن دفعه يكون مباشرة بعد إيداع هذه الكفالة، حتى يغلق الباب في وجه المصالح المتعاقدة أمام احتمال تقاعسها في دفعه⁵.

1- محدودة فالكو، كيفية الدفع في الصفقات العمومية (صفقات الأشغال)، مجاميع المعرفة (الجزائر)، المجلد الأول، عدد 1، 2015، ص.102.

2- سعد لقليب؛ بن الشيخ النوي، حقوق والتزامات الطرف المتعاقد في الصفقة العمومية وفقا للقانون الجديد للصفقات العمومية رقم 15-247، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية (الجزائر)، عدد 6، 2017، ص.56.

3- Voir : l'article 110 alléna II du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relative aux marchés publics en France.

4- أنظر الفقرة الثالثة من المادة 111 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

5- ميريام أكرور، المرجع السابق، ص.196.

ويمكن أن تقوم المصلحة المتعاقدة بدفع التسبيق الجزائي مرة واحدة، كما يمكنها أن تدفعه على عدة أقساط وفق رزنامة زمنية يتم النص عليها في الصفقة العمومية¹، ويجدر التنويه إلى أن المشرع اللائحي الجزائري كان قبل المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية يمنع دفع التسبيق الجزائي مرة واحدة إلا في حالة الصفقات العمومية التي تقل مدة تنفيذها عن سنة أو تساويها²، الأمر الذي كان يجعل نظام التسبيق المالي متناقضا مع الحكمة منه ويجعلنا نعتقد أنه عبارة عن مقابل للأشغال المنفذة وليس تسبيقا ماليا.

2- التسبيق على التموين: (Les avances sur approvisionnements)

يعرف التسبيق على التموين بأنه عبارة عن مبلغ مالي يتم دفعه للمتعاقد بصفة مسبقة من أجل توريد المواد والمنتجات الضرورية لتنفيذ الصفقة العمومية³، وهو يتعلق فقط بالصفقات العمومية للأشغال والصفقات العمومية للتوريدات، أما الصفقات العمومية للخدمات والصفقات العمومية للدراسات فهي مستثناة من هذا النوع من التسبيق⁴.

ويختلف التسبيق على التموين عن التسبيق الجزائي في أن قيمته معينة في حدود أسعار هذه المواد والمنتجات وليس بنسبة مئوية من السعر الأولي للصفقة العمومية⁵.

وكان التسبيق على التموين يسمى في السابق بالسلفة عن المواد الأولية⁶، إلى أن جاء المرسوم رقم 82-145 المشرع اللائحي للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي الملغى وأطلق التسمية الجديدة التي استمرت في تنظيمات الصفقات العمومية اللاحقة⁷.

وعلى خلاف التسبيق الجزائي الذي لم يحدد المشرع اللائحي الجزائري طابعه القانوني بشكل صريح، فإن المادة 113 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تنص بشكل واضح على أن التسبيق على التموين يتسم بالطابع الإختياري، حيث تتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطة تقديرية واسعة في منحه أو رفضه، بشرط أن لا يكون قرارها بالرفض تعسفيا.

1- أنظر المادة 112 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

2- أنظر المادة 72 من المرسوم رقم 82-145 الذي ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي الملغى.

3- Brahim Boulifa, op. cit., p.360.

4- أنظر المادة 113 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

5- عبد الغني بن زمام، المرجع السابق، ص.41.

6- أنظر المادة 88 من الأمر رقم 67-90 المتضمن قانون الصفقات العمومية الملغى.

7- أنظر المادة 73 من المرسوم رقم 82-145 الذي ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي الملغى.

ويشترط من أجل منح التسبيق على التموين أن يثبت المتعامل المتعاقد حيازته لعقود أو طلبات مؤكدة للمواد أو المنتجات الضرورية لتنفيذ الصفقة العمومية¹، إضافة إلى تقديمه لكفالة مالية معادلة لقيمة هذه المواد والمنتجات². ويمكن للمصلحة المتعاقدة في هذا الإطار أن تطلب من المتعامل المتعاقد التزاما صريحا بإيداع هذه المواد والمنتجات في ورشة الأشغال أو في مكان التسليم خلال أجل يتناسب مع الرزامة التعاقدية المنصوص عليها في الصفقة العمومية، وهذا تحت طائلة استرداد التسبيقات³.

ولا يجوز للمتعاقد المتعاقد والمناولين ومتلقي الطلبات الثانويين أن يتصرفوا في التموينات التي كانت محل التسبيق على التموين في سبيل تنفيذ أشغال أو توريد لوازم غير منصوص عليها في الصفقة العمومية، كما لا يمكنهم أن يتصرفوا في اللوازم المنصوص عليها في الصفقة العمومية والتي تم إيداعها في الورشة أو في مكان التسليم المتفق عليه، في حالة عدم استعمالها في موضوع هذه الصفقة بالرغم من أن المصلحة المتعاقدة قد دفعت ثمنها⁴.

ولكن بالرغم من الإلتزام السابق الذي يقع على عاتق المتعامل المتعاقد، فإن المواد والمنتجات التي حظيت بالتسبيقات على التموين تبقى ملكا له، بيد أنه لا يمكنه رفعها من الورشة إلا بعد حصوله على إذن بذلك من طرف المصلحة المتعاقدة بعد استردادها لكامل هذه التسبيقات⁵.

ولم يحدد المشرع اللائحي الجزائري النسبة القصوى لمبلغ التسبيق على التموين بشكل مباشر كما فعل بالنسبة للتسبيق الجزائري، وإنما حدد فقط النسبة القصوى الجامعة بين التسبيق الجزائري والتسبيق على التموين، والتي لا يمكن أن تتجاوز بأي حال من الأحوال نسبة 50% من المبلغ الإجمالي للصفقة العمومية، ومن خلال هذه النسبة يمكن أن نستنتج النسبة القصوى للتسبيق على التموين، والتي تتمثل في نسبة 35% من المبلغ الإجمالي للصفقة العمومية، وهذا على أساس أن النسبة القصوى للتسبيق الجزائري تتمثل في 15% من المبلغ الإجمالي للصفقة العمومية⁶.

1- أنظر الفقرة الأولى من المادة 113 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

2- أنظر المادة 110 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

3- أنظر الفقرة الثانية من المادة 113 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

4- أنظر المادة 114 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

5- أنظر الفقرة الثالثة من الماد 45 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

6- محدودة فالكو، المرجع السابق، ص.103.

وعليه يمكن القول أن المشرع اللائحي الجزائري قد حدد سقفاً أعلى بالنسبة للتسبيق على التموين مقارنة بالتسبيق الجزائري، ويرجع هذا الاختلاف في نظرنا إلى أهمية الضمان الذي يشمل كل نوع من نوعي التسبيق، فبالنسبة للتسبيق الجزائري فهو مضمون بكفالة مالية فقط، في حين أن التسبيق على التموين مضمون بجائزة المواد والمنتجات المودعة في الورشة أو في مكان التسليم في يد المصلحة المتعاقدة إضافة إلى الكفالة البنكية.

وكما هو الحال بالنسبة للتسبيق الجزائري، فإن المشرع اللائحي الجزائري لم يحدد تاريخاً معيناً تلتزم به المصلحة المتعاقدة من أجل دفع التسبيق على التموين. وفي هذا الإطار نقترح بأن يتم دفع هذا التسبيق بمجرد تقديم المتعامل المتعاقد لإثباتات على حيازته لعقود أو طلبات مؤكدة للمواد والمنتجات الضرورية لتنفيذ الصفقة العمومية، وتقديمه لكفالة مالية معادلة لقيمة هذه المواد و المنتجات.

وسواء تعلق الأمر بالتسبيق الجزائري أو التسبيق على التموين فإن استرجاع مبالغها يتم عن طريق الإقتطاعات التي تقوم بها المصلحة المتعاقدة من المبالغ المستحقة للمتعاقد. ويتم الشروع في عملية الخصم على أبعد تقدير عندما يصل مجموع المبالغ المدفوعة للمتعاقد في شكل دفع على الحساب أو تسوية على رصيد الحساب نسبة 35% من المبلغ الأصلي للصفقة العمومية، على أن يتم استرداد كامل التسبيقات عندما يصل مجموع المبالغ المدفوعة للمتعاقد نسبة 80% من المبلغ الأصلي للصفقة العمومية¹. وأجاز المشرع اللائحي الجزائري للمصلحة المتعاقدة في هذا الإطار أن تقوم بتحرير جزئي لكفالة استرجاع التسبيقات معادل للمبالغ التي تم اقتطاعها².

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن المشرع اللائحي الجزائري لم يلزم المصلحة المتعاقدة في المرسوم الرئاسي الملغى رقم 10-236 بنسبة معينة من المبالغ المدفوعة للمتعاقد تبدأ عندها عملية الإقتطاع، وإنما ترك لها حرية تحديد وتيرة الإقتطاعات في بنود الصفقة العمومية، وذلك ابتداء من دفع أول كشف أو فاتورة³.

1- أنظر الفقرة الأولى من المادة 116 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

2- أنظر الفقرة الثانية من المادة 116 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

3- أنظر المادة 83 من المرسوم الرئاسي الملغى رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى.

ثانيا: الدفع على الحساب (Les acomptes)

عرفه المشرع اللائحي الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 109 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه: "كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة". وبذلك فإن الدفع على الحساب يختلف عن التسبيق في كونه مقابل تنفيذ فعلي لجزء من موضوع الصفقة العمومية، في حين أن التسبيق يكون قبل أي تنفيذ فعلي للصفقة العمومية¹.

فالدفع على الحساب هو مبلغ مالي تقوم المصلحة المتعاقدة بصرفه لمصلحة المتعامل المتعاقد نظير ما نفذه من أشغال أو توريدات وهذا بعد معاينتها وتقييمها لهذه الخدمات². ويهدف هذا الأسلوب من التسوية المالية إلى تخفيف الأعباء المالية الملقاة على عاتق المتعامل المتعاقد، فعوض انتظار الإنتهاء من التنفيذ الكامل للصفقة العمومية من أجل صرف مستحقاته المالية، تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى صرف جزء من مستحقاته تعادل حجم ما نفذه من خدمات، حيث يعتبر الدفع على الحساب تدعيما للمتعاقد في سبيل ضمان حسن تنفيذ الصفقة العمومية³.

ويلاحظ أن هناك تناقضا في مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام فيما يتعلق بتحديد الطابع القانوني للدفع على الحساب، فمن ناحية يستشف من خلال صياغة المادة 117 من هذا المرسوم أن الدفع على الحساب إختياري وجوازي بالنسبة للمصلحة المتعاقدة، حيث تنص المادة المذكورة على أنه: "يمكن أن يقدم دفع على الحساب لكل صاحب صفقة عمومية، إذا أثبت القيام بعمليات جوهرية في تنفيذ هذه الصفقة...". ومن ناحية أخرى نجد أن المادة 122 من هذا المرسوم تلزم صراحة المصلحة المتعاقدة بصرف الدفعات على الحساب، حيث تنص على أنه: "يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تقوم بصرف الدفعات على الحساب أو التسوية النهائية، في أجل لا يمكن أن يتجاوز ثلاثين (30) يوما إبتداء من استلام الكشف أو الفاتورة...". ولكن من خلال التمعن والتدقيق في هاتين المادتين نجد أن المادة 122 من هذا المرسوم واضحة وصريحة في تحديد الطابع الإلزامي للدفع على الحساب، حيث حددت شروطه وآجاله بشكل دقيق، على خلاف المادة

1- عبد الغني بن زمام، المرجع السابق، ص.49.

2- سعد لقليب؛ بن الشيخ النوي، المرجع السابق، ص.57.

3- الشريف شريفي، المرجع السابق، ص.272.

117 التي أغفلت هذه الشروط والآجال، وعليه نخلص إلى أن الدفع على الحساب يتسم بالطابع الإلزامي.

أما بالنسبة لموقف المشرع الفرنسي من المسألة السابقة فهو أكثر وضوحا من موقف المشرع اللائحي الجزائري، حيث تنص المادة 91 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي بشكل صريح على أن التنفيذ الجزئي للصفقة العمومية يعطي الحق للمتعاقد مع الإدارة في الحصول على أجره عن طريق الدفع على الحساب، بشرط أن لا يتجاوز مبلغه قيمة الخدمات المنفذة فعليا من طرفه¹، وهو ما أكدته دفتر الشروط الإدارية العامة الفرنسي المطبق على الصفقات العمومية للأشغال في الفقرة الثانية من المادة 2.2.13 منه، والتي ألزمت المصلحة المتعاقدة بصرف الدفع على الحساب إذا لم يتم إعلام المتعاقد معها بكشف الدفع على الحساب² "l'état d'acompte" خلال أجل سبعة أيام من تاريخ تقديم طلبه باستيفاء أجر ما نفذه من أشغال (demande de paiement)³.

وقد تبني المشرع المصري نفس الموقف أعلاه، حيث تنص المادة 45 من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم 182 لسنة 2018 على أنه: "... وفي مقاولات الأعمال تصرف الجهة الإدارية دفعات تحت الحساب تبعا لتقدم العمل، وذلك خلال ستين يوما تحسب من تاريخ تقديم المستخلص لها معززا بالمستندات على النحو الوارد بشروط التعاقد وقبول هذه المستندات من الجهة الإدارية، وتلتزم خلالها بمراجعتة والوفاء بقيمة ما يعتمد".

غير أن ما يسجل على المشرع المصري أنه لم يأخذ بأسلوب الدفع على الحساب إلا بالنسبة لعقود مقاولات الأشغال العمومية، ولم يعترف به بالنسبة لعقود التوريد العامة على خلاف موقف المشرع اللائحي الجزائري والمشرع الفرنسي، وهذا أمر يأخذ عليه لاسيما في ظل التطور الذي تشهده

1- « Les prestations qui donne lieu à un commencement d'exécution du marché ouvrent droit à des acomptes.

Le montant d'un acompte ne peut exéder la valeur des prestations auxquelles il se rapporte ». Art 91 allénéa 1 et 2 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relative aux marchés publics en France.

2- يقصد بكشف الدفع على الحساب الإحصاء الذي يعده مكتب الدراسات لجميع الأشغال المنفذة من طرف المتعاقد مع تفصيل دقيق لأجرها، و هذا بعد معاينتها وقبولها على أساس أنه تم تنفيذها طبقا للمعايير التقنية المحددة في دفتر الشروط.

3- « Si cette notification n'intervient pas dans un délai de sept jours à compter de la réception de la demande du titulaire, celui-ci en informe le représentant du pouvoir adjudicateur qui procède au paiement sur la base des sommes qu'il admet ». Art 13.2.2 allénéa 2 du C.C.A.G. français applicables aux marchés publics de travaux.

الصفقات العمومية للتوريد، خصوصا صفقات التوريد الصناعية منها التي تشبه إلى حد كبير الصفقات العمومية للأشغال لا من حيث الأهمية ولا من حيث نظامها القانوني¹.

ومن خلال استقراء نصوص تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام يمكن إحصاء أربعة أنواع من الدفع على الحساب، وهي تتمثل فيما يلي:

1- الدفع على الحساب بعد إنجاز عمليات جوهرية في الصفقة العمومية:

تنص المادة 117 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه: "يمكن أن يقدم دفع على الحساب لكل صاحب صفقة عمومية، إذا أثبت القيام بعمليات جوهرية في تنفيذ هذه الصفقة". ويكون إثبات العمليات المذكورة من خلال تقديم المتعامل المتعاقد لمحاضر أو كشوفات وجاهية تتضمن الأشغال المنجزة ومصاريفها²، وهو ما كانت قد نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 45 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجدييد البناء والأشغال العمومية والنقل بقولها: "يجري نسق تأدية الدفعات على نفس النسق المحدد لتهيئة الحسابات التفصيلية المؤقتة".

2- الدفع على الحساب عند التموين بالمنتجات المسلمة في الورشة:

لقد أشارت الفقرة الثانية من المادة 117 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام إلى هذا النوع من الدفع على الحساب بقولها: "غير أنه، يجوز لأصحاب صفقات عمومية للأشغال أن يستفيدوا من دفعات على الحساب عند التموين بالمنتجات المسلمة في الورشة، والتي لم تكن محل دفع عن طريق التسبيقات على التموين، حتى نسبة ثمانين في المائة (80%) من مبلغها المحسوب بتطبيق الأسعار بالوحدة للتموين المعدة خصيصا للصفقة المقصودة على أساس الكميات المعاينة".

ومن خلال النص السابق يتبين لنا أنه يمكن للمتعامل المتعاقد أن يحصل على الدفع على الحساب مقابل تسليمه للمنتجات المخصصة لتنفيذ الصفقة العمومية في الورشة. ويمكن أن يصل

1- الشريف شريفي، المرجع السابق، ص.272.
2- على خلاف المادة 117 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري الذي لم يحدد الوثائق التي يجب تقديمها من طرف المتعامل المتعاقد من أجل الحصول على الدفع على الحساب وأحال هذا الأمر إلى دفتر الشروط، فإن المادة 85 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى قد حددت هذه الوثائق بشكل واضح، حيث نصت على أنه: "... و يتوقف هذا الدفع على تقديم إحدى الوثائق الآتية، حسب الحالة:
- محاضر أو كشوف 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 الإجتماعي المختص".

مبلغ هذا الدفع إلى حدود نسبة ثمانين في المائة (80%) من قيمة هذه المنتجات. ويتم حساب هذا المبلغ بناء على قائمة سعر الوحدة لهذه المنتجات المنصوص عليه في بنود الصفقة العمومية، وهذا بعد معاينة الكميات المسلمة من طرف المصلحة المتعاقدة.

ويشترط من أجل الحصول على هذا النوع من الدفع على الحساب ما يلي:

1- أن يتعلق الأمر بتنفيذ صفقة عمومية للأشغال، فالصفقات العمومية للتوريد والخدمات والدراسات مستثناة من هذا النوع.

2- أن يتم تسليم المنتجات الممونة من طرف المتعامل المتعاقد في الورشة، ويتم إثبات هذا التسليم عن طريق المعاينة التي تقوم بها المصلحة المتعاقدة في الورشة.

3- أن لا تكون هذه المنتجات محل تسيقات على التمويل تم دفعها للمتعاقد.

4- أن تكون هذه المنتجات و التموينات مقتناة في الجزائر¹، وقد حرص المشرع اللاتحي الجزائري على إدراج هذا الشرط من أجل تدعيم المنتج الوطني².

3- الدفع على الحساب للأجور والتكاليف الإجتماعية:

يلتزم المتعامل المتعاقد في إطار تنفيذه للصفقات العمومية -الاسيما الصفقات العمومية للأشغال- بدفع أجور المستخدمين الذين يعملون لديه، كما يتحمل التكاليف الإجتماعية لهؤلاء المستخدمين، ويتم حساب مصاريف المستخدمين في وحدة من وحدات العمل بتطبيق أجر ساعات العمل المدفوع لليد العاملة المستعملة مضروبة في أوقات الإنجاز³، بينما يتم تحديد الأوقات الأولية لإنجاز كل وحدة عمل تبعا لطريقة التنفيذ والوسائل المستخدمة⁴، ويتكون أجر ساعات العمل من العناصر التالية⁵:

5- أجر ساعة العمل في المنصب.

6- العلاوات والتعويضات المختلفة.

7- التكاليف الإجتماعية.

1- أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 117 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتوقيضات المرفق العام الجزائري.

2- ميريام أكرور، المرجع السابق، ص.206.

3- أنظر المادة 1.2 من ملحق القرار المؤرخ في 13 ربيع الثاني 1407 الموافق 15 ديسمبر 1986 يتضمن طريقة حساب أسعار أشغال البناء، ج.ر عدد 18 صادرة بتاريخ 29 أبريل 1987.

4- أنظر المادة 1.1.2 من ملحق القرار أعلاه.

5- أنظر المادة 2.1.2 من ملحق القرار أعلاه.

ومن أجل الحصول على الدفع على الحساب للأجور والتكاليف الإجتماعية للمستخدمين يجب على المتعامل المتعاقد تقديم الوثائق التي تثبت هذه المبالغ. ولم يبين المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام هذه الوثائق، وإنما اكتفى بالإحالة بخصوصها على دفتر الشروط¹. بينما بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي الملغى رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية نجد بأنه كان يحدد هذه الوثائق في جدول الأجور المطابق للتنظيم المعمول به أو جدول التكاليف الإجتماعية مؤشر عليه من طرف صندوق الضمان الإجتماعي المختص².

4- التسبيق على دفع الحساب:

نصت عليه المادة 123 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وذلك بقولها: "يمكن المصلحة المتعاقدة أن تمنح، بصفة إستثنائية، تسبيقا على دفع الحساب المنصوص عليه في المادة 108 من هذا المرسوم، مع مراعاة الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها وحسب الشروط الصريحة الآتية:

- إذا انقضى الأجل التعاقدى لتسوية طلب الدفع على الحساب الذي قدمه المتعامل المتعاقد.
 - يجب ألا يتجاوز مبلغ التسبيق بأي حال من الأحوال، نسبة الثمانين في المائة (80%) من المبلغ الإجمالي للصفقة.
 - لا يجوز أن تتجاوز الإستفادة من هذا التسبيق الإضافي لدى جمعها مع التسبيقات الممنوحة -بأي حال من الأحوال- نسبة السبعين في المائة (70%) من المبلغ الإجمالي للصفقة.
- ويسدد هذا التسبيق خلال الآجال والإجراءات الأكثر سرعة، وتتم تسوية ذلك حسب نفس الكيفيات".

وبغض النظر عن الأنواع السابقة للدفعات على الحساب، فإن وتيرة هذه الدفعات يجب أن تكون بصفة دورية كل شهر، حيث يتوجب على المصلحة المتعاقدة أن تقوم بصرف مبالغ الدفعات على الحساب للمتعامل المتعاقد كل شهر، وذلك بعد تقديمه للوثائق التي تثبت إنجازها للخدمات

1- أنظر المادة 118 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.
2- أنظر المادة 85 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى.

المتفق عليها والتي يتم تحديدها في دفتر الشروط. غير أنه يمكن تمديد هذه المدة بما يتناسب مع طبيعة الخدمات¹.

وقد أكدت الفقرتين الأولى والثانية من المادة 122 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على الإلتزام السابق، حيث تنصان على أنه: "يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تقوم بصرف الدفعات على الحساب أو التسوية النهائية، في أجل لا يمكن أن يتجاوز ثلاثين (30) يوما ابتداء من استلام الكشف أو الفاتورة، غير أنه يمكن تحديد أجل أطول لتسوية بعض أنواع الصفقات بقرار من الوزير المكلف بالمالية. ولا يمكن أن يتجاوز هذا الأجل شهرين".

ومن أجل تفادي أي إشكال يتعلق بأجل صرف الدفع على الحساب، ألزم المشرع اللائحي الجزائري المصلحة المتعاقدة بتحديد النص عليه في بنود الصفة العمومية، كما ألزمها أن تعلم المتعامل المتعاقد كتابيا بتاريخ الدفع يوم إصدار الحوالة²، وفي حالة إغفال المصلحة المتعاقدة تحديد هذا الأجل والنص عليه في الصفة العمومية فإنه يتم تحديده على أساس المدة القصوى الواردة في المادة 122 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام³.

فإذا ما وقع تقصير من المصلحة المتعاقدة في صرف مبلغ الدفع على الحساب خلال الأجل المحدد في الصفة العمومية، فإن ذلك يخول للمتعاقد -وبدون اتخاذ أي إجراء- الحق في الحصول على فوائد التأخير، يتم حسابها على أساس نسبة الفائدة التوجيهية لبنك الجزائر مضافا إليها نقطة واحدة، وهذا ابتداء من اليوم الموالي لتاريخ نهاية هذا الأجل إلى غاية اليوم الخامس عشر (15) -مدرجا- الموالي لتاريخ نهاية هذا الأجل⁴.

ويلاحظ في هذا الصدد وجود تناقض بين الفقرتين الرابعة⁵ والخامسة من المادة 122 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث تنص الفقرة الرابعة من هذه المادة على أن الفترة التي تحسب خلالها فوائد التأخير تتمثل في مدة 15 يوما ابتداء من تاريخ نهاية الأجل

1- أنظر المادة 118 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

2- أنظر الفقرة الثالثة من المادة 122 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

3- تنص الفقرتين الأولى والثانية من المادة 122 من المرسوم الرئاسي أعلاه على أنه: "يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تقوم بصرف الدفعات على الحساب أو التسوية النهائية، في أجل لا يمكن أن يتجاوز ثلاثين (30) يوما، ابتداء من استلام الكشف أو الفاتورة، غير أنه يمكن تحديد أجل أطول لتسوية بعض أنواع الصفقات بقرار من الوزير المكلف بالمالية. ولا يمكن أن يتجاوز هذا الأجل شهرين".

4- أنظر الفقرة الرابعة من المادة 122 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

5- تنص الفقرة الرابعة من المادة 122 من المرسوم الرئاسي أعلاه على أنه: "يخول عدم صرف الدفعات على الحساب، في الأجل المحدد أعلاه للمتعاقد وبدون أي إجراء، الحق في الإستفادة من فوائد التأخير...، ابتداء من اليوم الذي يلي تاريخ نهاية هذا الأجل حتى اليوم الخامس عشر (15) مدرجا، الذي يلي تاريخ صرف الدفعات على الحساب".

المحدد في الصفحة العمومية لصرف الدفعات على الحساب إلى غاية اليوم الخامس عشر (15) -محسوبا- الموالي لتاريخ صرف هذه الدفعات، في حين يفهم من الفقرة الخامسة من نفس المادة على أن مدة الخمسة عشر (15) يوما المنصوص عليها في الفقرة الرابعة من هذه المادة تحسب إبتداء من تاريخ نهاية الأجل المحدد في الصفحة العمومية لصرف الدفعات على الحساب، وليس إبتداء من تاريخ صرف هذه الدفعات¹.

وتنص الفقرة الخامسة من المادة 122 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه في حالة قيام المصلحة المتعاقدة بصرف الدفعات على الحساب للمتعاقد المتعاقد بعد انقضاء أجل خمسة عشر (15) يوما المشار إليه سابقا، ولم يواكب ذلك تسديد فوائد التأخير وإعلام المتعاقد المتعاقد بتاريخ صرف هذه الدفعات، فإن هذا الأخير يستمر في الإستفادة من فوائد التأخير إلى غاية تاريخ صرف مبالغ الدفعات على الحساب.

ومن خلال مضمون الفقرة الخامسة من المادة 122 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام نلاحظ أن المشرع اللائحي الجزائري قد أبدى حرصا شديدا فيما يتعلق بإعلام المتعاقد المتعاقد بتاريخ صرف الدفعات على الحساب، حيث رتب على إخلال المصلحة المتعاقدة بهذا الإلتزام تسديدها لفوائد التأخير إلى غاية تمكين المتعاقد المتعاقد من مبالغ هذه الدفعات. ويترتب على عدم دفع المصلحة المتعاقدة لكل الفوائد على التأخير أو جزء منها، عند صرف الدفعات على الحساب، زيادة بنسبة إثنين في المائة (2%) من مبلغ هذه الفوائد على كل شهر تأخير. وتقدر مدة التأخير التي تحسب على أساسه هذه النسبة بشهر كامل محسوبا يوما بيوم²، وتعد كل فترة تقل عن شهر كشهر كامل³.

وتنص الفقرة السابعة من المادة 122 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه لا يمكن توقيف الأجل المحدد في الصفحة العمومية لصرف الدفعات على الحساب من طرف المصلحة المتعاقدة إلا مرة واحدة، وذلك عن طريق إرسال رسالة موصى عليها مع طلب إشعار بالإستلام إلى المتعاقد المتعاقد قبل ثمانية (8) أيام على الأقل من انقضاء هذا الأجل، تطلعه من

1- تنص الفقرة الخامسة من المادة 122 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري على أنه: "غير أنه، في حالة ما إذا تم صرف الدفعات على الحساب بعد أجل الخمسة عشر (15) يوما المحددة في الفقرة السابقة...."

2- أنظر الفقرة السادسة من المادة 122 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

3- أنظر الفقرة بداية الفقرة السابعة من المادة 122 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

خلالها على الأسباب المنسوبة إليه والتي تبرر رفض صرف هذه الدفعات. ويجب أن تتضمن هذه الرسالة على الخصوص الوثائق الواجب تقديمها أو استكمالها، كما يجب أن تبين أنها تهدف إلى توقيف أجل صرف هذه الدفعات إلى غاية تقديم المتعامل المتعاقد - بواسطة رسالة موصى عليها مع طلب إشعار بالإستلام البريدي- الوثائق التي توضح جميع التبريرات التي طلبت منه. وفي نفس السياق تنص الفقرة الثامنة من نفس المادة السابقة على أنه لا يمكن أن يتجاوز أجل صرف الدفعات على الحساب من طرف المصلحة المتعاقدة خمسة عشر (15) يوما ابتداء من تاريخ نهاية التوقيف.

وفي حالة وجود اختلاف بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها حول مبلغ الدفع على الحساب، فإنه يتم صرف هذه الدفعات على أساس مؤقت للمبالغ المقبولة من المصلحة المتعاقدة¹. فإذا تبين في الأخير أن المبالغ المدفوعة للمتعامل المتعاقد تقل عن المبالغ المستحقة له، فإنه يحق له استلام فوائد على التأخير يتم حسابها على أساس الفرق المسجل².

وفي حالة ما إذا طلبت المصلحة المتعاقدة من صندوق ضمان الصفقات العمومية التدخل لتسديد مبالغ الدفعات على الحساب لفائدة المتعامل المتعاقد، فإنه يمكن إعادة التنازل عن الفوائد على التأخير لحسابه، فيستفيد من فوائد التأخير عن صرف مبالغ الدفعات على الحساب بدلا من المتعامل المتعاقد، الذي ستصرف لحسابه هذه المبالغ في الآجال المحددة لها في الصفة العمومية من طرف صندوق ضمان الصفقات العمومية³.

ويتم تقييم مبلغ الدفع على الحساب وفقا لما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 45 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل على النحو التالي⁴:

1- أنظر الفقرة الثامنة من المادة 122 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام الجزائري

2- أنظر الفقرة التاسعة من المادة 122 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

3- أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 122 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

4- « En ce qui concerne les marchés comportant un bordereau des prix ou basés sur une série, chaque acompte est calculé :

a- en ajoutant au montant, rabais déduit (ou majoration comprise) des travaux ou des fournitures exécutés, portés au dernier décompte provisoire la valeur, rabais déduit (ou majoration comprise) des approvisionnements portés à ce même décompte sous réserve d'un abattement de 20% lorsque les approvisionnements ne sont pas reçus définitivement.

b- En diminuant la somme ainsi obtenue du montant des acomptes précédemment payés à l'entrepreneur et, s'il y a lieu, des sommes dont l'entrepreneur peut être débiteur envers l'Etat à l'occasion de l'exécution de son marché, et notamment de la part remboursable des avances fixée par le contrat ». Art 45 alléna 2 du C.C.A.G. Français applicables aux marchés de travaux.

1- تضاف قيمة التموينات الواردة في آخر جدول تفصيلي مؤقت إلى مبلغ الأشغال والتوريدات المنفذة والواردة في هذا الجدول، وفي حالة عدم استلام هذه التموينات من قبل بصفة نهائية يتم خصم 20% من قيمتها.

2- تخصم مبالغ الدفعات على الحساب التي تم تسديدها للمقاول في السابق، كما يتم خصم المبالغ التي يدين بها المقاول للدولة والتي تم منحها له بمناسبة تنفيذ الصفقة، وأخيرا يتم خصم مبالغ التسبيقات التي صرفتها له المصلحة المتعاقدة.

الفرع الثاني: أساليب تسديد السعر في الصفقات العمومية عند استلامها

إن المبدأ العام فيما يتعلق بتسديد السعر في الصفقة العمومية يقضي بأن المصلحة المتعاقدة غير ملزمة بالوفاء بكامل السعر المنصوص عليه في بنود الصفقة العمومية إلا بعد تأكدها من تنفيذ المتعامل المتعاقد لجميع التزاماته العقدية وفق الشروط والمواصفات المتفق عليها، ولا يمكن للمصلحة المتعاقدة التحقق من ذلك إلا بعد استلام الصفقة العمومية¹.

وبناء على ما سبق، فإنه لا يمكننا التعرض لأساليب الوفاء بكامل السعر في الصفقات العمومية، إلا بعد التطرق للإجراءات التي تمر بها عملية استلام الصفقة العمومية.

أولا: إجراءات استلام الصفقات العمومية

يلتزم المتعامل المتعاقد بعد انتهائه من تنفيذ جميع التزاماته العقدية المنصوص عليها في دفتر الشروط، بالمبادرة إلى إعلام المصلحة المتعاقدة كتابيا بجاهزية الصفقة العمومية لاستلامها²، وعندئذ يتوجب على هذه الأخيرة القيام بجميع العمليات الممهدة لاستلام هذه الصفقة خلال الآجال المحددة في دفتر الشروط، وأن تدون نتائج هذه العمليات في محضر تقرر بناء عليه إما استلام الصفقة أو عدم استلامها³، وهذا على أساس أن عملية تسليم الصفقة العمومية واستلامها التزم على عاتق طرفي الصفقة العمومية، ولا يمكن لأي منهما أو لكليهما التحلل منه أو الإخلال به⁴.

1- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.477.

2- أنظر الفقرة الأولى من المادة 148 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

3- أنظر الفقرة الثانية من المادة 148 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

4- أنظر الفقرة الثالثة من المادة 148 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

وتعتبر عملية استلام الصفقة العمومية بمثابة إقرار من جانب المصلحة المتعاقدة بإنجاز موضوع الصفقة العمومية وفقا للشروط والمواصفات المتفق عليها، فهي لا تتم إلا بعد معاينة ميدانية تقوم بها للأشغال والخدمات المنفذة من طرف المتعامل المتعاقد¹.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن المشرع اللاتحي الجزائري لم يحدد أجلا معيناً تلتزم خلاله المصلحة المتعاقدة بإجراء العمليات الممهدة لاستلام الصفقة العمومية بعد إعلامها من طرف المتعامل المتعاقد بانتهائه من عملية التنفيذ، وهذا على خلاف ما انتهجه المشرع اللاتحي الفرنسي -بالنسبة للصفقات العمومية للأشغال- الذي حدد هذا الأجل بمدة عشرين يوماً تحسب ابتداء من تاريخ إعلان المتعاقد لصاحب الأشغال (Le maitre d'oeuvre) عن إتمامه عملية التنفيذ، أو ابتداء من التاريخ الذي حدده المتعاقد في هذا الإعلان لانتهاء عملية التنفيذ²، وفي حالة تقاعس صاحب الأشغال (مكتب الدراسات الذي يعمل لفائدة المصلحة المتعاقدة) عن القيام بالعمليات الممهدة لاستلام الصفقة العمومية، يقوم المتعاقد بإعلام المصلحة المتعاقدة مباشرة برسالة موصى عليها مع علم الوصول عن استعداده لتسليم الصفقة العمومية، وهنا تلتزم هذه الأخيرة بإجراء هذه العمليات خلال أجل لا يتجاوز ثلاثين يوماً تحسب ابتداء من تاريخ استقبال هذه الرسالة³.

وتتمثل العمليات الممهدة لاستلام الصفقة العمومية في إجراء معاينة ميدانية للأشغال والخدمات المنفذة وفحص المواد الموردة أو عينة منها، وهذا للتحقق من مدى مطابقتها للمواصفات والشروط التقنية الواردة في دفتر الشروط. ويمكن إجراء الإختبارات عليها للتأكد من مدى سلامتها وعدم وجود عيوب أو نقص بها. كما تشمل هذه العمليات التأكد من تهيئة الأرضية لاستلام المشروع، بما في ذلك رفع الآلات المستعملة في الإنجاز، وإزالة المواد الأولية من الإسمنت المستعمل

1- هشام العقراوي، نهاية تنفيذ الصفقات العمومية في ظل المرسوم المحدد لدفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الصادر بتاريخ 13 ماي 2016، مجلة العلوم القانونية -سلسلة فقه القضاء الإداري- (المغرب)، عدد 5، 2018، ص.89.

2- « *Le maître d'œuvre procède, le titulaire ayant été convoqué, aux opérations préalables à la réception des ouvrages dans un délai qui est de vingt jours à compter de la date de réception de l'avis mentionné ci-dessus ou de la date indiquée dans cet avis pour l'achèvement des travaux, si cette dernière date est postérieure* ». Art 41.1 alléna 2 du C.C.A.G. français applicables aux marchés publics de travaux.

3- « *Dans le cas où le maître d'œuvre n'a pas arrêté la date de ces opérations dans le délai fixé, le titulaire en informe le représentant du pouvoir adjudicateur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Celui-ci fixe la date des opérations préalables à la réception, au plus tard, dans les trente jours qui suivent la réception de la lettre adressée par le titulaire...* ». Art 41.1.2 alléna 1 du C.C.A.G. français applicables aux marchés publics de travaux.

وغير المستعمل والرمل والحصى والأخشاب وغيرها، إضافة إلى إزالة الأتربة¹، وفي حالة عدم امتثال المتعامل المتعاقد لهذه الإلتزامات كان للمصلحة المتعاقدة الحق في تنفيذها على حسابه.

وعلى خلاف المشرع اللائحي الجزائري الذي لم يحدد العمليات الممهدة لاستلام الصفقة العمومية، فإن المشرع اللائحي الفرنسي قد نص عليها بشكل جد مفصل في المادة 2.41 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال²، وفي المادة 1.22 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للتوريد³.

ويتم إجراء العمليات الممهدة لاستلام الصفقة العمومية بحضور المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة، وهو ما أكدته الفقرة الأولى من المادة 46 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل الجزائري بقولها: "يتعين على المقاول إعلام مهندس الدائرة أو المهندس المعماري بكتاب مضمون عن إتمام الأشغال، ويقوم عند ذاك مهندس الدائرة أو المهندس المعماري بالإستلام المؤقت بحضور المقاول أو بعد دعوته للحضور رسميا. وفي حالة تغيب المقاول يشار إلى ذلك في المحضر".

ويجب على المصلحة المتعاقدة أو صاحب الأشغال (مكتب الدراسات) - بالنسبة للصفقات العمومية للأشغال- تدوين جميع نتائج هذه العمليات في محضر يوقع عليه المتعامل المتعاقد وممثل

1- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.279.

2-« Les opérations préalables à la décision de réception comportent, en tant que de besoin :

- la reconnaissance des ouvrages exécutés ;
 - les épreuves éventuellement prévues par le marché ;
 - la constatation éventuelle de l'inexécution des prestations prévues au marché ;
 - la vérification de la conformité des conditions de pose des équipements aux spécifications des fournisseurs conditionnant leur garantie ;
 - la constatation éventuelle d'imperfections ou malfaçons ;
 - la constatation du repliement des installations de chantier et de la remise en état des terrains et des lieux ;
 - les constatations relatives à l'achèvement des travaux
- L'article 22.1 du cahier des clauses administratives générales français applicables aux marchés publics de fournitures : « Les prestations faisant l'objet du marché sont soumises à des vérifications quantitatives et qualitatives, destinées à constater qu'elles répondent aux stipulations du marché. Les opérations de vérification sont effectuées dans les conditions prévues par les documents particuliers du marché. A défaut d'indication dans le marché, les opérations de vérification sont effectuées selon les usages de la profession pour les fournitures courantes ou services en cause. Les matières et objets nécessaires aux essais sont prélevés par le pouvoir adjudicateur sur les prestations livrées au titre du marché ». Art 41.2 allégué 1 du C.C.A.G. français applicables aux marchés publics de travaux.

المصلحة المتعاقدة وممثل صاحب الأشغال، وبناء على هذا المحضر تقرر المصلحة المتعاقدة إما استلام الصفقة العمومية أو عدم استلامها¹.

فإذا تبين للمصلحة المتعاقدة من خلال المعاينة الميدانية للأشغال والتوريدات والخدمات أنها لم تنفذ وفق المواصفات المنصوص عليها في دفتر الشروط، أو أن بعض الأشغال أو التوريدات أو الخدمات الواردة في الصفقة العمومية لم يتم تنفيذها بعد، أو أن المشروع غير مهياً بعد للإستلام نظراً لوجود بقايا المواد الأولية المستعملة في عملية التنفيذ أو وجود الآلات بشكل يوحى بأننا أمام ورشة أشغال، ففي مثل هذه الحالات تقرر المصلحة المتعاقدة تأجيل عملية الإستلام إلى حين تنفيذ المتعامل المتعاقد لجميع التزاماته على الوجه المنصوص عليه في دفتر الشروط. ويجب أن يكون هذا التأجيل في شكل قرار يتم تبليغه للمتعاقد المتعاقد دون إبطاء، وإلا تحملت المصلحة المتعاقدة مسؤولية الأضرار التي قد تلحق بالأشغال والتوريدات والخدمات التي كانت محل معاينة من طرفها²، حيث لا يكتفى في مثل هذه الحالات بالملاحظات والأوامر الشفوية الموجهة للمتعاقد³.

أما إذا قدرت المصلحة المتعاقدة أن هذه الأشغال والخدمات في وضعية جيدة تسمح باستغلالها ووضع اليد عليها، فإنها تقرر الإعلان عن استلامها. وهنا نشير إلى أن المشرع اللاتحي الجزائري قد اعتمد نظام الإستلام الوحيد كقاعدة عامة، ويقصد به ذلك النظام الذي يتم فيه استلام الصفقة العمومية على مرحلة واحدة ووحيدة. ويتبع هذا النظام بالنسبة للصفقات العمومية التي لا تتضمن مدة ضمان للأشغال أو التوريدات أو الخدمات المنفذة⁴، ونجد هذا النظام بشكل أساسي في الصفقات العمومية للتوريدات والخدمات والدراسات، على اعتبار أن هذه الأنواع من الصفقات العمومية لا تتطلب من الناحية التقنية أجلا للضمان، حيث يكفي بشأنها مجرد عملية مراقبة بسيطة من طرف أعوان المصلحة المتعاقدة من أجل التأكد من سلامتها وجودتها ومدى مطابقتها لدفتر الشروط، وإن كان هذا لا يمنع المصلحة المتعاقدة من النص على أجل للضمان حتى بالنسبة لهذه الأنواع من الصفقات العمومية⁵، وهذا على خلاف الصفقات العمومية للأشغال التي تتطلب من

1- أنظر الفقرة الثانية من المادة 148 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

2- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص. 480.

3- أنظر الفقرة الثالثة من المادة 148 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

4- أنظر الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 148 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

5- أنظر الفقرة الثانية من المادة 132 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

الناحية التقنية أجلا للضمان يتم عند نهايته التأكد من سلامة ومتانة هذه الأشغال وعدم تعرضها لأية أضرار، ولكن هذا لا يعني أن المصلحة المتعاقدة ملزمة بإدراج بند خاص بالضمان في هذا النوع من الصفقات العمومية، وهو ما تؤكدته الفقرة الأولى من المادة السابعة من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل بقولها: "يلزم المقاول بتقديم الضمان إذا نص عليه في دفتر الشروط الخصوصية".

وإضافة إلى نظام الإستلام الوحيد السابق الإشارة إليه، فقد اعتمد المشرع اللائحي الجزائري نظام الإستلام الثنائي، والذي يقصد به أن استلام الصفقة العمومية يتم على مرحلتين، مرحلة الإستلام المؤقت ثم تليها مرحلة الإستلام النهائي¹. ويتبع هذا النظام في الصفقات العمومية التي يتم النص فيها على أجل للضمان²، كما يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إليه عندما يتم النص في الصفقة العمومية على أجل جزئي منفصل عن الأجل الكلي، وهنا تقوم بإجراء استلام مؤقت جزئي للخدمات الموافقة لهذا الأجل³.

ونفس التوجه السابق سلكه المشرع اللائحي الفرنسي، حيث اعتمد على نظام الإستلام الوحيد كأصل عام و نظام الإستلام الثنائي كاستثناء، ولكنه جعل نظام الإستلام الوحيد يحل محل الإستلام المؤقت وليس الإستلام النهائي، ذلك أنه نص على أجل للضمان في حالة استلام الصفقة العمومية، وهو ما يذكرنا بنظام الإستلام الثنائي الذي يتم النص فيه على مدة ضمان تفصل بين الإستلام المؤقت والإستلام النهائي⁴.

وإضافة إلى النظام السابق أخذ المشرع اللائحي الفرنسي بنظام الإستلام الثنائي كاستثناء، حيث يمكن اعتماده بالنسبة للصفقات العمومية التي لم تنص صراحة على اتباع أحكام دفاتر الشروط الإدارية العامة. كما يمكن اللجوء إليه عن طريق النص عليه في بنود الصفقة العمومية، على أساس أن المشرع اللائحي الفرنسي لم يلزم المصلحة المتعاقدة باتباع نظام الإستلام الوحيد⁵.

1- Mohamed Tayeb MEDJAHED, op. cit., p.49.

2- أنظر الفقرة السادسة من المادة 148 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

3- أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 148 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

4- « Le délai de garantie est, sauf prolongation décidée comme il est précisé à l'article 44.2, d'un an à compter de la date d'effet de la réception ». Art 44.1 alinéa 1 du C.C.A.G. français applicables aux marchés publics de travaux.

5- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.275.

وعلى غرار المشرعين اللائحين الجزائري والفرنسي، أخذ المشرع اللائحي المصري بنظام الاستلام الثنائي، حيث نص في المادة 118 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم 182 لسنة 2018 على الاستلام المؤقت وجعله محصورا في نطاق عقود الأشغال العامة، ونص في المادتين 109 و120 من نفس اللائحة التنفيذية على الاستلام النهائي. واستلام الصفقة العمومية -سواء كان وفق نظام الإستلام الوحيد أو وفق نظام الإستلام الثنائي- قد يكون بدون تحفظات مثلما قد يكون مشمولاً بمجموعة من التحفظات. ويكون الإستلام بدون تحفظات في حالة عدم تسجيل أي نقائص أو عيوب أثناء معاينة الأشغال والتوريدات والخدمات محل عملية الإستلام، وفي هذه الحالة تقوم المصلحة المتعاقدة بتحديد تاريخ لاستلام الصفقة العمومية وتعلم المتعامل المتعاقد بذلك¹.

وفي هذا الإطار قضى مجلس الدولة الجزائري في قرار صادر له بتاريخ 05 ماي 1990 فصلا في قضية "ب.م ضد ب.ش" بأنه: "من المستقر عليه قانونا أنه إذا لم يبد صاحب المشروع أي تحفظ عند الإستلام النهائي فإن الدين المطالب به يلغى، لأنه يعني في الواقع اعتراف من صاحب المشروع بمطابقة الأشغال للصفقة، ومن ثم فإن قضاة الموضوع -في القرار المطعون فيه- الذي اعتبر رفض البلدية لدفع التكاليف المطالب بها من طرف المستأنف عليه يشكل إثراء بلا سبب، قد طبقوا بقضائهم هذا صحيح القانون"².

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن المشرع اللائحي الجزائري لم يحدد أجلا معيناً يتعين خلاله على المصلحة المتعاقدة إعلام المتعامل المتعاقد بقرارها المتعلق باستلام الصفقة العمومية بدون تحفظات، وهذا على خلاف ما ذهب إليه المشرع اللائحي الفرنسي الذي أكرّم المصلحة المتعاقدة بإعلام المتعاقد معها بقرارها المتضمن استلام الصفقة العمومية -سواء بدون تحفظ أو بتحفظ- خلال أجل لا يتعدى ثلاثين يوماً يحسب ابتداء من تاريخ تحرير محضر المعاينة³.

1- أنظر الفقرة الرابعة من المادة 148 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

2- قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 66148 بتاريخ 05 ماي 1990 في قضية "ب.م ضد ب.ش". أشار إليه : سايس جمال، المرجع السابق، ج 1، ص.534.

3- « Au vu du procès-verbal des opérations préalables à la réception et des propositions du maître d'œuvre, le maître de l'ouvrage décide si la réception est ou non prononcée ou si elle est prononcée avec réserves. S'il prononce la réception, il fixe la date qu'il retient pour l'achèvement des travaux. La décision ainsi prise est notifiée au titulaire dans les trente jours suivant la date du procès-verbal ». Art 41.2 alléna 1 du C.C.A.G. français applicables aux marchés publics de travaux.

وعلى خلاف استلام الصفقة العمومية بدون تحفظات، قد يكون استلامها مشمولاً بمجموعة من التحفظات التي قد تبديها المصلحة المتعاقدة، وفي هذا الإطار تنص الفقرة الخامسة من المادة 148 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه: "وإذا قررت المصلحة المتعاقدة استلام الصفقة بتحفظات، فإن محضر الإستلام يجب أن يتضمن جميع التحفظات مرفقا بأجل لرفعها ويبلغ للمتعاقد. ويعلم هذا الأخير كتابيا المصلحة المتعاقدة بالتاريخ الذي سيتم فيه رفع التحفظات. وتقوم المصلحة المتعاقدة بالتأكد من رفع التحفظات وتعلم المتعاقد معها بذلك. وتعد المصلحة المتعاقدة مقرر رفع التحفظات أو إبقائها وتبلغه للمتعاقد معها"¹.

ويتضح من خلال ما سبق أن المشرع اللاتحي الجزائري بين بشكل واضح الإجراءات الواجب اتباعها عند استلام الصفقة العمومية بتحفظات، غير أنه لم يبين لنا نوع التحفظات التي من الممكن إبدائها عند استلام الصفقة العمومية والأجل الممنوح للمتعاقد من أجل رفعها، واكتفى فقط بمنح المصلحة المتعاقدة إمكانية استلام الصفقة العمومية بتحفظات².

خلافاً لذلك فإن المشرع اللاتحي الفرنسي حدد بشكل واضح التحفظات التي يمكن للمصلحة المتعاقدة إبدائها عند استلام الصفقة العمومية، ومن قبيل هذه التحفظات إخضاع الأشغال والخدمات محل عملية الإستلام إلى مجموعة من التجارب والإختبارات بعد فترة من بداية استعمالها أو خلال فصل معين من فصول السنة، ونتائج هذه الإختبارات هي التي تحدد مصير عملية الإستلام، فإذا كانت إيجابية بادرت المصلحة المتعاقدة إلى إتمام عملية الإستلام، أما إذا كانت سلبية تعين على المتعاقد إعادة تنفيذ هذه الأشغال والخدمات³.

1- تجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن أول إشارة من طرف المشرع اللاتحي الجزائري لاستلام الصفقة العمومية مع التحفظ كان في الفقرة الثامنة من المادة العاشرة من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 28 رمضان 1408 الموافق 15 ماي 1988 المتضمن كليات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، والتي نصت على أن مهمة تنفيذ الأشغال ومراقبتها -والتي تقع على عاتق صاحب الأشغال (مكتب الدراسات)- تشمل: "مساعدة رب العمل عند الإستلام المؤقت مع الإدلاء بالتحفظات الواجب الإشارة إليها وإدراجها في محضر لهذا الغرض. وهذه التحفظات تتعلق خاصة بعيوب في العمل وعدم الإلتقان وكل نقص آخر ملاحظ وكذلك عدم تنفيذ الخدمات المنصوص عليها في الصفقة".

2- أنظر الفقرة الخامسة من المادة 148 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

3- « Dans le cas où certaines épreuves doivent, conformément aux stipulations prévues par les documents particuliers du marché, être exécutées après une durée déterminée de service des ouvrages ou certaines périodes de l'année, la réception ne peut être prononcée que sous réserve de l'exécution concluante de ces épreuves.

Si de telles épreuves, exécutées pendant le délai de garantie défini à l'article 44.1, ne sont pas concluantes, la réception est rapportée ». Art 41.4 du C.C.A.G. français applicables aux marchés publics de travaux.

ومن قبيل التحفظات التي أوردها المشرع اللائحي الفرنسي تلك المتعلقة بحالة عدم تنفيذ المتعاقد لبعض الأشغال أو الخدمات المنصوص عليها في دفتر الشروط، حيث يمكن للمصلحة المتعاقدة في هذه الحالة استلام الصفقة العمومية مع التحفظ بتعهد المتعاقد بإنجاز هذه الأشغال والخدمات خلال أجل لا يتجاوز ثلاثة أشهر، على أن يتم -في شأنها- اتباع نفس الإجراءات الممهدة لاستلام الصفقة العمومية، كمعاينتها وتحرير محضر عنها¹.

ومن التحفظات التي أوردها المشرع اللائحي الفرنسي تلك المتعلقة بحالة وجود نقائص أو عيوب في الأشغال والخدمات التي كانت محل معاينة، حيث يمكن للمصلحة المتعاقدة استلام الصفقة العمومية في هذه الحالة مع التحفظ بتعهد المتعاقد بإصلاح هذه العيوب خلال الأجل الذي تحدده له، أو قبل ثلاثة أشهر من انقضاء أجل الضمان في حالة عدم تحديد أجل لإصلاح هذه العيوب، وفي حالة عدم امتثاله لذلك أمكن للمصلحة المتعاقدة -بعد إعداره- تنفيذ هذه الإصلاحات على حسابه وتحت مسؤوليته².

ومن التحفظات التي أوردها المشرع اللائحي الفرنسي تلك المتعلقة بحالة عدم مطابقة الأشغال المنفذة للمواصفات التقنية المنصوص عليها في دفتر الشروط، فيمكن للمصلحة المتعاقدة في هذه الحالة استلام الصفقة العمومية كما هي، مع تقديم اقتراح للمتعاقد معها من أجل تخفيض السعر المتفق عليه، ولكن بشرط أن تكون العيوب والنقائص التي تمت معاينتها بسيطة، بحيث لا تصل درجة جسامتها إلى حد يؤثر على سلامة وأمن هذه الأشغال، أو على الإستعمال الحسن لها، فإذا وافق المتعاقد على هذا المقترح بادرت المصلحة المتعاقدة إلى استلام الصفقة العمومية بدون تحفظات، أما في

1-« S'il apparaît que certaines prestations prévues par les documents particuliers du marché et devant encore donner lieu à règlement n'ont pas été exécutées, le maître de l'ouvrage peut décider de prononcer la réception, sous réserve que le titulaire s'engage à exécuter ces prestations dans un délai qui n'excède pas trois mois. La constatation de l'exécution de ces prestations doit donner lieu à un procès-verbal dressé dans les mêmes conditions que le procès-verbal des opérations préalables à la réception prévu à l'article 41.2 ». Art 41.5 du C.C.A.G. français applicables aux marchés publics de travaux.

2-« Lorsque la réception est assortie de réserves, le titulaire doit remédier aux imperfections et malfaçons correspondantes dans le délai fixé par le représentant du pouvoir adjudicateur ou, en l'absence d'un tel délai, trois mois avant l'expiration du délai de garantie défini à l'article 44.1. Au cas où ces travaux ne seraient pas faits dans le délai prescrit, le maître de l'ouvrage peut les faire exécuter aux frais et risques du titulaire, après mise en demeure demeurée infructueuse ». Art 41.6 du C.C.A.G. français applicables aux marchés publics de travaux.

الحالة العكسية فإن استلام الصفقة العمومية يكون مع التحفظ بتعهد المتعاقد بإصلاح هذه العيوب¹.

والأصل أن تتم عملية استلام الصفقة العمومية من طرف المصلحة المتعاقدة صراحة وليس بشكل ضمني، وهذا من خلال اتباع الإجراءات التي سبقت الإشارة إليها والمنصوص عليها في هذا الصدد وتحرير محضر الإستلام، وهو الإتجاه الذي سلكه المشرع اللائحي الجزائري وأكد عليه في المادة 148 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث أُلزم المصلحة المتعاقدة بإعلام المتعامل المتعاقد بقرارها المتضمن استلام الصفقة العمومية وتحديد تاريخ له، سواء كان هذا الإستلام بتحفظات أو بدون تحفظات، وسواء كان على مرحلة واحدة أو على مرحلتين، كما أُلزمها من جهة أخرى بأن يكون رفضها لاستلام الصفقة العمومية في شكل كتابي من خلال إصدارها لقرار عدم الإستلام².

غير أن الإشكال المطروح في هذا الإطار يتعلق بعدم تحديد المشرع اللائحي الجزائري لآجال معينة يتم خلالها القيام بالعمليات الممهدة لاستلام الصفقة العمومية بعد قيام المتعامل المتعاقد بإعلام المصلحة المتعاقدة عن انتهاء عملية التنفيذ، حيث اكتفى بإحالة هذه المسألة على دفتر الشروط وعلى بنود الصفقة العمومية، ولكن حتى بالنسبة لهذه الإحالة لا يمكن أن نفهم من خلالها أن المشرع اللائحي الجزائري أُلزم المصلحة المتعاقدة بالنص على هذه الآجال في دفتر الشروط وفي بنود الصفقة العمومية، وإنما اكتفى فقط بالإشارة إلى أن هذه الآجال يتم النص عليها في دفتر الشروط وفي بنود الصفقة العمومية، وهو ما نستشفه من خلال الصياغة اللغوية للفقرة الثانية من المادة 148 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والتي جاء فيها ما يلي: "ويتم عندئذ، القيام

1-«Si certains ouvrages ou certaines parties d'ouvrages ne sont pas entièrement conformes aux spécifications du marché, sans que les imperfections constatées soient de nature à porter atteinte à la sécurité, au comportement ou à l'utilisation des ouvrages, le maître de l'ouvrage peut, eu égard à la faible importance des imperfections et aux difficultés que présenterait la mise en conformité, renoncer à ordonner la réfection des ouvrages estimés défectueux et proposer au titulaire une réfection sur les prix.

Si le titulaire accepte la réfection, les imperfections qui l'ont motivée se trouvent couvertes de ce fait et la réception est prononcée sans réserve.

Dans le cas contraire, le titulaire demeure tenu de réparer ces imperfections, la réception étant prononcée sous réserve de leur réparation ». Art 41.7 du C.C.A.G. français applicables aux marchés publics de travaux.

2- تجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع اللائحي الجزائري لم يتطرق لمسألة استلام الصفقة العمومية لا في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى، ولا في تنظيمات الصفقات العمومية السابقة عليه، ما يعني اهتمامه البالغ بهذه المرحلة الحساسة من مراحل تنفيذ الصفقة العمومية.

بالعمليات القبلية للإستلام التي يحدد أجلها في دفتر الشروط و الصفقة...". وما يزيد الأمر تعقيدا عدم نص المشرع اللائحي الجزائري على آجال محددة يتم خلالها إعلام وتبليغ المتعامل المتعاقد بقرار المصلحة المتعاقدة المتعلق باستلام أو عدم استلام الصفقة العمومية، بالرغم من إلزامه للمصلحة المتعاقدة على إصدار مثل هذه القرارات. فما هو الحل المتبع في حالة تقاعس المصلحة المتعاقدة عن القيام بالعمليات القبلية لاستلام الصفقة العمومية أو عن إصدار قرار الإستلام أو عدم الإستلام بالرغم من تبليغها كتابيا من طرف المتعامل المتعاقد عن انتهاء عملية التنفيذ؟ هل يمكن تفسير ذلك على أنه استلام ضمني من جانبها؟

إن إجابة المشرع اللائحي الجزائري عن هذا التساؤل واضحة وصريحة في نص المادة 148 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث قرر بأنه لا مجال للإستلام الضمني في إطار أحكام تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فاستلام أو عدم استلام الصفقة العمومية لا يمكن أن يتم إلا بموجب قرار كتابي صادر عن المصلحة المتعاقدة، غير أن هذه الأخيرة تتحمل كامل المسؤولية عن الأضرار التي قد تلحق بالأشغال أو الخدمات موضوع عملية الإستلام خلال الفترة الممتدة من تاريخ إعلامها كتابيا بانتهاء عملية التنفيذ من طرف المتعامل المتعاقد إلى غاية تاريخ إصدار قرارها المتعلق باستلام أو عدم استلام الصفقة العمومية. ولكن تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه يمكن أن تحيط مجموعة من الظروف بفترة سكوت المصلحة المتعاقدة عن الرد على طلب المتعامل المتعاقد بإجراء استلام للصفقة العمومية يمكن تفسيرها على أنها استلام ضمني لهذه الصفقة، ومن قبيل ذلك وضع اليد على المنشآت المنفذة و استغلالها.

أما الوضع في فرنسا فإنه مختلف تماما عما هو في الجزائر، حيث كان القضاء الإداري الفرنسي يجيز -قبل صدور دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال لسنة 1976¹- أن تتم عملية استلام الصفقة العمومية بشكل ضمني، وذلك في حالة ما إذا بدأت المصلحة المتعاقدة في استعمال الأشغال المنفذة فيما أعدت له قبل استلامها رسميا، حيث اعتبر أن وضع اليد الفعلي، أي الحيازة "La prise de possession effective" من جانب المصلحة المتعاقدة على الأشغال يقوم مقام الإستلام المؤقت إذا كشف عن نية الطرفين القاطعة في ذلك²، خصوصا إذا

1- Décret n°76-87 du 21 janvier 1976 approuvant le C.C.A.G. Français applicables aux marchés publics de travaux, J.O du 30 janvier 1976.

2- خليل صالح السامرائي، المرجع السابق، ص.281.

واكبت هذه الحيازة ما يدل على هذه النية، كعدم إبداء أي اعتراضات على هذه الأشغال واستعمالها فيما خصصت له، مع التنويه إلى أن القضاء لم يعمم هذه القاعدة (وضع اليد الفعلي على الأشغال) على جميع الحالات، وإنما كان يقوم بدراسة الظروف الخاصة لكل حالة على حدة، ويقرر بناء على ذلك تطبيق هذه القاعدة من عدمه¹.

ومع صدور دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال سنة 1976، نص المشرع اللاتحي الفرنسي صراحة على إمكانية الإستلام الضمني للصفقة العمومية، حيث قرر في المادة 3.41 من هذا الدفتر بأنه يجب على المصلحة المتعاقدة إصدار قرارها بخصوص عملية استلام الصفقة العمومية - سواء باستلامها أو عدم استلامها، وسواء كان هذا الإستلام بتحفظات أو بدون تحفظات - في أجل لا يتعدى مدة 45 يوماً، يحسب إبتداء من تاريخ تحرير المحضر من طرف صاحب الأشغال (Maitre d'œuvre) بشأن العمليات الممهدة لاستلام الصفقة العمومية، والذي يتضمن بالضرورة الإقتراحات المقدمة من جانبه بخصوص عملية الإستلام، فإذا انقضى هذا الأجل دون إصدار أي قرار من جانب المصلحة المتعاقدة اعتبرت هذه الإقتراحات مقبولة من طرفها، وهو ما يعني استلاماً ضمناً للصفقة العمومية².

وقد أكد المشرع اللاتحي الفرنسي على المبدأ السابق من خلال النص في المادة 8.41 من ذات الدفتر على أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة -إستثناء- في حالة الإستعجال أن تقوم بجيازة الأشغال واستغلالها قبل استلامها رسمياً، وهذا بشرط تحرير محضر عن حالة الأشغال يوم استلامها للرجوع إليه في حالة النزاع "état des lieux contradictoire"، وهذا على خلاف القاعدة العامة التي تقضي بأنه لا يمكن وضع اليد الفعلي من طرف المصلحة المتعاقدة على الأشغال أو الخدمات المنفذة واستغلالها إلا بعد استلامها بشكل رسمي³.

1- محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.786.

2-« Au vu du procès-verbal des opérations préalables à la réception et des propositions du maître d'œuvre, la personne responsable du marché décide si la réception est ou non prononcée ou si elle est prononcée avec réserves. Si elle prononce la réception, elle fixe la date qu'elle retient pour l'achèvement des travaux. La décision ainsi prise est notifiée à l'entrepreneur dans les quarante-cinq jours suivant la date du procès-verbal.

A défaut de décision de la personne responsable du marché notifiée dans le délai précisé ci-dessus, les propositions du maître d'œuvre sont considérées comme acceptées.

La réception, si elle est prononcée ou réputée comme telle, prend effet à la date fixée pour l'achèvement des travaux ». Art 41.3 du Décret n°76-87 approuvant le C.C.A.G. Français applicables aux marchés publics de travaux.

3-«Toute prise de possession des ouvrages par le maître de l'ouvrage doit être précédée de leur réception.

واستمر تبني المشرع اللائحي الفرنسي لمبدأ الإستلام الضمني للصفقة العمومية، خصوصا مع صدور دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال لسنة 2009 ساري المفعول، حيث ضيق الخناق أكثر فأكثر على المصلحة المتعاقدة، فلم يكتف باعتبار الإقتراحات المقدمة من طرف صاحب الأشغال مقبولة ضمينا من جانب المصلحة المتعاقدة فقط، وإنما قرر فرضها عليها وعلى المتعاقد معها، فضلا عن تقليصه للأجل الممنوح لها من أجل الرد على هذه الإقتراحات من مدة 45 يوما إلى مدة 30 يوما فحسب¹.

ولكن بالرغم من صراحة المشرع اللائحي الفرنسي في اعتباره بأن عدم إعلام المتعاقد كتابة بقرار المصلحة المتعاقدة بخصوص استلام الصفقة العمومية خلال الآجال القانونية يكفي على أنه استلام ضمني من جانبها لهذه الصفقة، فإن مجلس الدولة الفرنسي لا يزال يراعي الظروف التي أحاطت بسكوت المصلحة المتعاقدة خلال هذه الآجال، ويقرر بالإستناد إليها التفسير الممكن إسباغه على هذا السكوت، وهو استلام ضمني للصفقة العمومية أم رفض لاستلامه؟

وفي هذا الصدد قضى المجلس المذكور في قرار صادر له صادر بتاريخ 06 فيفري 2009 فصلا في قضية "SOCIETE JACQUES ROUGERIE" بأنه بالرغم من عدم إعلام المتعاقد بقرار المصلحة المتعاقدة برفض استلام الصفقة العمومية خلال الآجال المحددة لذلك، فإنه لا يمكن تفسير ذلك على أنه استلام ضمني مادام أن صاحب الأشغال قد أعلن صراحة عن هذا الرفض في اجتماع جمعه مع هذا المتعاقد².

Toutefois, s'il y a urgence, la prise de possession peut intervenir antérieurement à la réception, sous réserve de l'établissement préalable d'un état des lieux contradictoire ». Art 41.8 du Décret n°76-87 approuvant le C.C.A.G. Français applicables aux marchés publics de travaux.

1-« Au vu du procès-verbal des opérations préalables à la réception et des propositions du maître d'œuvre, le maître de l'ouvrage décide si la réception est ou non prononcée ou si elle est prononcée avec réserves. S'il prononce la réception, il fixe la date qu'il retient pour l'achèvement des travaux. La décision ainsi prise est notifiée au titulaire dans les trente jours suivant la date du procès-verbal. La réception prend effet à la date fixée pour l'achèvement des travaux.

Sauf le cas prévu à l'article 41.1.3, à défaut de décision du maître de l'ouvrage notifiée dans le délai précisé ci-dessus, les propositions du maître d'œuvre s'imposent au maître de l'ouvrage et au titulaire ». Art 41.3 du L'arrêté du 08 septembre 2009 portant approbation du C.C.A.G. français applicables aux marchés publics de travaux.

2- « ...Considérant qu'après avoir relevé dans le cadre de son pouvoir souverain d'appréciation que la commune de Fleury d'Aude avait manifesté clairement et publiquement son refus de procéder à la réception de l'ouvrage à l'occasion de la réunion organisée le 22 décembre 1989 avec l'ensemble des intervenants concernés, la cour administrative d'appel a pu sans erreur de droit en déduire qu'en raison du désaccord ainsi exprimé, l'absence d'information postérieure de la part du maître d'ouvrage délégué n'avait pu valoir réception tacite de l'ouvrage en application de l'article 41-3 du CCAG Travaux et écarter pour ce motif le moyen présenté par la SOCIETE JACQUES ROUGERIE tiré de ce

وفي ذات السياق إعتبر ذات المجلس في قرار حديث له صادر بتاريخ 26 مارس 2018 فصلاً في قضية " Société française du tunnel routier du Fréjus (SFTRF) " أن إبرام المصلحة المتعاقدة للملحق للصفقة العمومية مع نفس المتعاقد من أجل أداء خدمات تكميلية بتاريخ لاحق على تاريخ استلامها الذي كان بتحفظات، وتسوية جميع المستحقات المالية الناتجة عن هذه الصفقة دون إجراء أي اقتطاع ضمان يتناسب مع التحفظات المسجلة عند استلام الصفقة العمومية، يمكن تكييفه على أنه استلام ضمني نهائي للصفقة العمومية من جانب المصلحة المتعاقدة بالرغم من وجود تحفظات¹. وتترتب على عملية استلام الصفقة العمومية مجموعة من الآثار القانونية تتمثل فيما يلي:

1- الطابع الإعفائي لعملية الإستلام:

فلا يمكن للمصلحة المتعاقدة مطالبة المتعامل المتعاقد معها بإصلاح العيوب والنقائص التي كانت ظاهرة لها عند استلام الصفقة العمومية والتي لم تسجل بشأنها أي تحفظ، حيث يمكن اعتبار تغاضي المصلحة المتعاقدة عن هذه العيوب والنقائص بأنه قبول ضمني لها².

2- بدء سريان الأجل المحدد لرفع التحفظات:

فبعد الإنتهاء من العمليات الممهدة لاستلام الصفقة العمومية وتحرير محضر المعاينة، يبدأ سريان الأجل الذي حدده المصلحة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد معها من أجل رفع التحفظات التي سجلتها في هذا المحضر. وعند نهاية هذا الأجل تقوم المصلحة المتعاقدة بالتأكد من رفع التحفظات

que sa responsabilité contractuelle ne pouvait plus être engagée compte tenu de la réception définitive de l'ouvrage ». C.E, Arrêt du 06 février 2009 (Sté JACQUES ROUGERIE), n°294214, www.légifrance.gouv.fr, vu le : 10 juillet 2018.

1- « ... Considérant, en premier lieu, qu'il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que, pour juger que la réception par la SFTRF de l'ouvrage que constitue le " skip de visite " devait être regardée comme étant tacitement intervenue, la cour administrative d'appel de Lyon s'est fondée sur la circonstance que, postérieurement à la réception des travaux prononcée avec réserves le 23 novembre 1998, la SFTRF a conclu un avenant au contrat de la société Akros pour des prestations complémentaires, utilisé l'ouvrage à plusieurs reprises, avec ou sans les agents de cette société chargée de la réalisation des installations et, enfin, réglé le solde du marché de travaux, le 24 janvier 2002, sans procéder à une retenue correspondant aux réserves ; qu'en prenant appui sur ce faisceau d'indices pour en déduire, au terme de son appréciation souveraine, que la SFTRF avait entendu procéder à la réception tacite de l'ouvrage litigieux, la cour administrative d'appel, dont l'arrêt est suffisamment motivé, n'a pas entaché celui-ci d'erreur de droit ». C.E, Arrêt du 26 mars 2018 (Sté française du tunnel routier du Fréjus (SFTRF)), n°406208, www.légifrance.gouv.fr, vu le : 10 juillet 2018.

2- ميريام أكرور، المرجع السابق، ص.265.

وتعلم المتعاقد المتعاقد معها بذلك، وتحرر بناء على هذه المعاينة مقرر رفع التحفظات أو إبقائها وتبلغه للمتعاقد معها¹.

وفي حالة عدم قيام المتعاقد المتعاقد برفع التحفظات المسجلة فإنه يكون أمام المصلحة المتعاقدة أحد الخيارين، فإما أن تقرر تجاوز هذه التحفظات مقابل إنقاص سعرها من السعر الإجمالي المستحق له، وإما أن تقوم برفعها على حسابه ومسؤوليته².

3- بداية حساب آجال الضمان التعاقدية:

هذا الأثر يخص فقط الصفقات العمومية التي يتم النص فيها على مدة للضمان، والتي يتم استلامها وفق نظام الإستلام الثنائي على مرحلتين. وهنا نكون أمام الإستلام المؤقت وليس النهائي، حيث يلتزم المتعاقد المتعاقد بإصلاح جميع العيوب التي قد تظهر خلال هذا الأجل بما فيها تلك العيوب التي كانت ظاهرة عند الإستلام المؤقت ولم تسجل بشأنها المصلحة المتعاقدة أي تحفظ³.

وفي هذا الصدد يمكن للمصلحة المتعاقدة توجيه أوامر مصلحة للمتعاقد المتعاقد من أجل إصلاح العيوب التي قد تظهر خلال فترة الضمان، وفي حالة عدم امتثاله لهذه الأوامر فإنه يكون من حقها الإلتجاء إلى وسائل الضغط والإكراه لإلزامه على ذلك، كأن توقع عليه غرامات مالية أو تقوم بإصلاح هذه العيوب على حسابه وتحت مسؤوليته⁴.

وتعتبر مدة الضمان بمثابة فترة اختبار يتم خلالها تجربة الأشغال أو التوريدات أو الخدمات محل عملية الإستلام من أجل التأكد من مدى صلاحيتها، وقد حددها المشرع اللائحي الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 47 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تحديد البناء والأشغال العمومية والنقل بقوله: "في حالة عدم ورود نص صريح في دفتر الشروط الخصوصية، يحدد هذا الأجل (أجل الضمان) بستة أشهر ابتداء من تاريخ التسليم المؤقت لأشغال الصيانة وحفر الأسس والطرق الحجرية وبسنة واحدة للأشغال الأخرى"، وهي نفس المدة التي نص عليها المشرع اللائحي الفرنسي في المادة 1.44 من دفتر الشروط الإدارية العامة الفرنسي المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، ولكن بدون التمييز بين أنواع الأشغال التي أشار إليه المشرع اللائحي

1- أنظر الفقرة الخامسة من المادة 148 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام الجزائري.

2- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.481.

3- Mohamed Tayeb MEDJAHED, op. cit., p.49.

4- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية-دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.788.

الجزائري سابقاً¹. ونفس الموقف انتهجه المشرع اللائحي المصري في المادة 119 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم 182 لسنة 2018².
وتجدر الإشارة إلى أن بدء سريان أجل الضمان يكون من تاريخ تحرير محضر الإستلام المؤقت ويستمر إلى غاية الإستلام النهائي للصفقة العمومية، غير أن الفقرة الثانية من المادة 48 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل الجزائري تنص على أن سريان مفعول الضمان لا ينقضي إلا بعد مضي مدة شهر واحد بعد الإستلام النهائي للصفقة العمومية، وهذا شريطة أن لا تقوم المصلحة المتعاقدة بتوجيه رسالة موصى عليها مع علم الوصول إلى الضامن، تعلمه من خلالها أن المتعاقد لم يكمل جميع التزاماته، ففي هذه الحالة لا يجوز وضع حد لنفاذ الضمان إلا برفع اليد الذي تجر به المصلحة المتعاقدة عن مبالغ هذا الضمان، وهنا يطرح إشكال يتعلق بالمعزى من إضافة شهر واحد لأجل الضمان بعد استلام الصفقة العمومية إستلاماً نهائياً، لاسيما وأن المشرع اللائحي الجزائري قد رتب نتيجة جد خطيرة على الإعتراض الكتابي المسجل من طرف المصلحة المتعاقدة أمام الضامن، والتي تتمثل في فتح أجل الضمان على مصراعيه إلى حين رفع المصلحة المتعاقدة ليدها عن مبالغ الضمان. وكان من الأسلم للمنظم الجزائري عدم إضافة هذا الشهر مادام أن المصلحة المتعاقدة تملك تأجيل الإستلام النهائي إلى حين وفاء المتعاقد بجميع التزاماته.

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أنه إذا كنا أمام استلام مؤقت جزئي فإن أجل الضمان يبدأ سريانه اعتباراً من تاريخ أول استلام مؤقت جزئي³. غير أن المشرع اللائحي الجزائري لم يوضح لنا هنا ما إذا كان هذا الأجل خاصاً بالخدمات التي كانت محل استلام مؤقت جزئي أو أنه يتعلق بكامل الخدمات المنصوص عليها في الصفقة العمومية، والأقرب إلى الصواب في اعتقادنا أن هذا الأجل خاص فقط بالخدمات التي كانت محل استلام مؤقت جزئي، لأنه لو فرضنا العكس لوجدنا أنفسنا أمام خدمات لم تخضع لكامل فترة الضمان أو لم تخضع لها أصلاً، كأن تكون هذه الخدمات قد

1-« Le délai de garantie est, sauf prolongation décidée comme il est précisé à l'article 44.2, d'un an à compter de la date d'effet de la réception ». Art 44.1 du L'arrêté du 08 septembre 2009 portant approbation du C.C.A.G Français applicables aux marchés publics de travaux.

2- تنص المادة 119 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم 182 لسنة 2018 على أن: "يضمن المتعاقد الأعمال موضوع العقد وحسن تنفيذها على الوجه الأكمل لمدة سنة واحدة من تاريخ الاستلام المؤقت..."

3- أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 148 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

نفذت أياما قليلة قبل انتهاء أجل الضمان الخاص بالخدمات التي كانت محل أول استلام مؤقت جزئي. وما يؤكد لنا هذا الطرح أن المشرع اللائحي الجزائري نص في نهاية الفقرة الأخيرة من المادة 148 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه لا يمكن أن ترد كفالة أو اقتطاع الضمان إلا بعد انتهاء أجل ضمان جميع الخدمات.

4- إنتقال الملكية وتبعية الهلاك والمخاطر:

بمجرد استلام المصلحة المتعاقدة للمنشآت المنفذة واللوازم الموردة إستلاما نهائيا تنتقل إليها ملكيتها بعدما كانت ملكا للمتعاقد، وتنتقل معها بذلك مسؤولية تبعية الهلاك والمخاطر إليها¹.

وتجدر الإشارة هنا بالنسبة للصفقات العمومية التي يتم استلامها على مرحلتين بأن هذه الملكية لا تنتقل إلى المصلحة المتعاقدة بمجرد الإستلام المؤقت، وإنما تنتقل إليها بعد انقضاء أجل الضمان واستلام هذه المنشآت والتوريدات بصفة نهائية. وعليه، فإن تبعية هلاكها والمخاطر التي قد تنتج عنها تبقى على عاتق المتعاقد إلى غاية استلام الصفقة العمومية إستلاما نهائيا، غير أن هذه التبعية لا تشمل الأضرار والمخاطر التي تسببت بها المصلحة المتعاقدة أو القوة القاهرة، وهذا وفقا للقواعد المقررة في هذا الإطار².

5- إسترداد المتعاقد لمبالغ الضمان:

من أهم الآثار المترتبة على عملية استلام الصفقة العمومية بالنسبة للمتعاقد إسترداده لجميع المبالغ المالية المقتطعة كضمان لحسن تنفيذ الصفقة العمومية، سواء تمثلت في كفالة حسن التنفيذ أو في اقتطاع حسن التنفيذ أو في كفالة الضمان أو في اقتطاع الضمان³، وهذا بشرط أن لا يكون مدينا للمصلحة المتعاقدة بأية مبالغ، سواء تلك الناتجة عن التعويضات المستحقة لها، أو تلك الناتجة عن التسبيقات المالية التي استفاد منها أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، وفي هذه الحالة يرد له ما زاد على قيمة هذه المبالغ⁴.

1- ميريام أكرور، المرجع السابق، ص.269.

2- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة لل عقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.789.

3- أنظر المواد من 130 إلى 134 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

4- أنظر الفقرة الأولى من المادة 48 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

في هذا الصدد تجدر الإشارة إلى أن المشرع اللائحي الجزائري لم يحدد لنا تاريخ رد مبالغ كفالة حسن التنفيذ أو اقتطاع حسن التنفيذ بالنسبة للصفقات العمومية التي لا تتضمن أجلا للضمان، وهذا على خلاف ما فعله بالنسبة لكفالة الضمان أو اقتطاع الضمان، حيث ألزم المصلحة المتعاقدة برد مبالغها خلال أجل لا يتعدى مدة شهر واحد يحسب ابتداء من تاريخ الإستلام النهائي¹، فهل يتم رد مبالغ كفالة أو اقتطاع حسن التنفيذ بمجرد الإستلام النهائي للصفقة العمومية على أساس أنه يتم استلامها وفق نظام الإستلام الوحيد وبالتالي لا تخضع لمرحلة الإستلام المؤقت؟، أم أن رد مبالغ هذه الكفالات يكون خلال أجل لا يتجاوز مدة شهر واحد من تاريخ الإستلام النهائي قياسا على رد مبالغ كفالة أو اقتطاع الضمان؟

والأقرب إلى الصواب في اعتقادنا أن مبالغ كفالة أو اقتطاع حسن التنفيذ يتم ردها للمتعاقد المتعاقد بمجرد الإستلام النهائي للصفقة العمومية، وهذا على أساس عدم وجود نص خاص يحدد لنا تاريخ رد مبالغ هذه الكفالات كما هو الحال بالنسبة لرد مبالغ كفالة أو اقتطاع الضمان، الأمر الذي يرجعنا إلى القواعد العامة التي تحكم عملية الإستلام، والتي تقضي في هذا الصدد أن رد مبالغ كفالة أو اقتطاع حسن التنفيذ يتم بمجرد الإستلام النهائي للصفقة العمومية². ومن جهة أخرى فإن الإستلام النهائي للصفقة العمومية من طرف المصلحة المتعاقدة يعتبر بمثابة إقرار من جانبها أن المتعامل المتعاقد قد نفذ جميع التزاماته العقدية وفقا للمواصفات المحددة في دفتر شروط الصفقة العمومية³، ومن ثم فإنه لا فائدة من حجز مبالغ هذه الكفالات مدة أكثر من ذلك.

6- بداية حساب آجال الضمان غير التعاقدية:

بمجرد الإستلام النهائي للصفقة العمومية وانقضاء أجل الضمان التعاقدية، تنقضي العلاقة العقدية التي تجمع المتعامل المتعاقد بالمصلحة المتعاقدة. وبناء عليه فإنه لا يمكن لهذه الأخيرة مطالبة المتعامل المتعاقد بإصلاح العيوب التي قد تظهر في المستقبل على أساس المسؤولية العقدية⁴، ولكن يبقى أمامها إمكانية مطالبة بإصلاح هذه العيوب بالنسبة للصفقات العمومية للتوريد عن طريق دعوى ضمان العيوب الخفية المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري بالنسبة لعقد البيع⁵.

1- أنظر المادة 134 من المرسوم الرئاسي أعلاه، وكذلك الفقرة الأولى من المادة 48 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

2- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.482.

3- ميريام أكرور، المرجع السابق، ص.264.

4- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.792.

5- أنظر المواد من 376 إلى 386 قام.ج.

في هذا الصدد حددت المادة 383 من القانون المدني الجزائري مدة تقادم دعوى ضمان العيوب الخفية بقولها: "تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول. غير أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بسنة التقادم متى تبين أنه أخفى العيب غشا منه". ويحدد يوم التسليم بالنسبة للصفقات العمومية للتوريد بتاريخ تحرير محضر الإستلام النهائي، ويجب على المصلحة المتعاقدة إعلام المتعامل المتعاقد معها بالعيوب فور اكتشافه وإلا اعتبرت راضية به¹.

ويضمن المتعامل المتعاقد جميع العيوب التي قد تظهر في اللوازم المورددة إذا لم تكن مشتملة على الصفات التي تعهد بوجودها عند التسليم، كما يضمن أيضا جميع العيوب التي تنقص من قيمة هذه اللوازم أو تنقص من الإنتفاع بها بحسب الغاية المقصودة منها أو بحسب ما هو مذكور في دفتر الشروط أو بحسب ما يظهر من طبيعتها أو استعمالها، وهذا حتى ولو لم يكن عالما بوجود هذه العيوب، غير أنه لا يضمن العيوب التي كانت المصلحة المتعاقدة على علم بها عند التسليم أو كان في استطاعتها الإطلاع عليها بمجرد معاينتها وفحصها، إلا إذا أثبتت أن المتعامل المتعاقد أكد لها خلو هذه اللوازم من العيوب أو أنه أخفاها بنية الغش².

وإذا ضمن المتعامل المتعاقد صلاحية التجهيزات المورددة لمدة معلومة ثم ظهر خلل فيها، فعلى المصلحة المتعاقدة أن تعلمه بهذا الخلل في أجل شهر من ظهوره، وأن ترفع دعوى ضمان العيوب الخفية خلال أجل ستة أشهر من تاريخ الإعلام، ما لم يتم النص في بنود الصفقة العمومية على خلاف هذه الأحكام³.

وفضلا عن دعوى ضمان العيوب الخفية السابق الإشارة إليها، فإن المصلحة المتعاقدة تملك طريقا آخر لضمان سلامة المنشآت المنفذة من جميع العيوب التي قد تظهر خلال العشر سنوات التالية لاستلام الصفقة العمومية للأشغال استلاما نهائيا، وهو ما يعرف بالضمان العشري الذي نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة 47 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، وذلك باشرطها لمصلحة الدولة حالة الدعوى

1- أنظر الفقرة الثانية من المادة 380 ق.م.ج.

2- أنظر المادة 379 ق.م.ج.

3- أنظر المادة 386 ق.م.ج.

الخاصة بالضمان المنصوص عليه بالمادتين 1792 و2370 من القانون المدني الفرنسي¹، وتقابل هاتين المادتين حالياً المواد من 554 إلى 557 من القانون المدني الجزائري. ويعتبر هذا الضمان من النظام العام، وبالتالي فإن كل شرط يهدف إلى الإعفاء أو الحد منه يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً².

غير أن المصلحة المتعاقدة لا تملك التمسك بهذا الطريق بالنسبة للعيوب التي كانت ظاهرة لها عند الإستلام النهائي ولم تسجل بشأنها أي تحفظات، وهذا على أساس أن الإستلام النهائي يتميز بالطابع الإعفائي للمتعاقد كما ذكرنا سابقاً.

وتملك المصلحة المتعاقدة أو صاحب المشروع حق رفع دعوى الضمان العشري في مواجهة المتعاقد المتعاقد (المقاول) وصاحب الأشغال (مكتب الدراسات) على حد السواء، حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 554 من القانون المدني الجزائري على أن: "يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيده من مبان أو أقامه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التهدم ناشئاً من عيب في الأرض، ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته". ولكن تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه إذا اقتصر دور مكتب الدراسات على وضع مخططات التصميم فقط دون أن يكلف بالإشراف والرقابة على عملية التنفيذ، فإنه لا يكون مسؤولاً إلا عن العيوب الناتجة بصفة مباشرة من هذه التصاميم³.

ولم يكتف المشرع الجزائري بالنص على المسؤولية العشرية للمقاول والمهندس، وإنما ألزمهما بإبرام عقد تأمين يغطي هذه المسؤولية، وفي هذا الإطار تنص المادة 178 من قانون التأمينات الجزائري⁴ بأنه: "يجب على المهندسين المعماريين والمقاولين وكذا المراقبين التقنيين إكاتب عقد لتأمين مسؤوليتهم العشرية المنصوص عليها في المادة 554 من القانون المدني، على أن يبدأ سريان هذا العقد من الإستلام النهائي للمشروع.

ويستفيد من هذا الضمان صاحب المشروع و/أو ملاكيه المتتالين إلى غاية انقضاء أجل الضمان".

1- أشارت هذه الفقرة إلى القانون المدني الفرنسي على أساس أن القانون المدني الجزائري لم يكن قد صدر بعد سنة 1964 تاريخ صدور دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، وبالتالي يمتد سريانه على الإقليم الجزائري طبقاً للمادة الأولى من القانون رقم 62-157 الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1962 المتضمن تمديد سريان القوانين الفرنسية على الإقليم الجزائري إلا ما تعارض منها مع السيادة الوطنية، ج.ر عدد 02 صادرة بتاريخ 11 يناير 1963.

2- زهرة بن عبد القادر، نطاق الضمان العشري للمشيدين - دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري و الفرنسي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة الحاج لخضر - باتنة (الجزائر)، 2009، ص.96.

3- أنظر المادة 555 ق.م.ج.

4- الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 23 شعبان 1415 الموافق 25 يناير 1995 يتعلق بالتأمينات، ج.ر عدد 13 صادرة بتاريخ 08 مارس 1995.

ويجب أن يكون عقد التأمين الذي يغطي المسؤولية العشرية للمتعاقد والمتعاقد ومكتب الدراسات مرفقا بصفة إلزامية باتفاقية الرقابة التقنية¹، والتي يجب إبرامها حصريا مع الهيئة الوطنية للمراقبة التقنية للبناء (C.T.C)²، وتراقب هذه الهيئة تقنيا بناء مختلف أنواع العمارات لتتأكد من ثبات بنائها، وديمومتها وأسسها، وصلاحية كل ما له تأثير في ثباته وهيكله وجدران محيطه وسقفه، وهذا بغية تقليل أخطار الفوضى في هذا المجال والمساهمة في الوقاية من النقائص التقنية التي قد تطرأ أثناء الإنجاز³. وفي هذا الصدد يلتزم المتعاقد بتقديم جميع الوثائق والتصاميم والمعلومات الضرورية لهذه الهيئة من أجل أداء مهمتها الرقابية التقنية، كما يلتزم بالسماح لأعوانها بالدخول إلى ورشة الأشغال وتقديم جميع التسهيلات لهم والتعاون معهم في أداء مهمتهم الرقابية⁴.

ولكن تجدر الإشارة في هذا الإطار إلى أن المشرع الجزائري لم يلزم بالتأمين على المسؤولية العشرية على جميع المباني العمومية⁵، وإنما حول السلطة التنظيمية صلاحية إعفاء البعض منها، وهو ما تقرر فعلا بموجب المرسوم التنفيذي رقم 96-49 المؤرخ في 17 جانفي 1996⁶، حيث حددت المادة المادة الثانية منه قائمة هذه المباني، ومنها على سبيل المثال الجسور والأنفاق والسدود والقنوات والطرق السريعة...، غير أنه بالنظر إلى قيمة وأهمية هذه المباني -من الناحية الإقتصادية الوطنية- نرى من الضرورة بمكان عدم إعفائها من إلزامية التأمين على المسؤولية العشرية.

وتتقدم دعوى الضمان العشري بمضي عشر سنوات كاملة من تاريخ تحرير محضر الإستلام النهائي للصفقة العمومية للأشغال⁷، على أنه يجب على المصلحة المتعاقدة أو صاحب المشروع أن يرفع هذه الدعوى خلال أجل لا يتعدى ثلاث سنوات من تاريخ حصول التهدم أو اكتشاف العيب وإلا سقطت بالتقادم⁸.

1- أنظر المادة 180 من الأمر رقم 07-95 أعلاه.
2- أنظر الفقرة الثانية من المادة الثانية من الأمر رقم 71-85 مكرر المؤرخ في 11 ذي القعدة 1391 الموافق 29 ديسمبر 1971 المتضمن إحداث الهيئة الوطنية للمراقبة التقنية للبناء، ج.ر عدد 04 صادرة بتاريخ 14 يناير 1972.
3- أنظر المادة الثالثة من المرسوم رقم 86-205 المتضمن تغيير هيئة المراقبة التقنية للبناء المؤرخ في 13 ذي الحجة 1406 الموافق 19 أغسطس 1986، ج.ر عدد 34 صادرة بتاريخ 20 أغسطس 1986.
4- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.289.
5- أنظر المادة 182 من الأمر رقم 07-95 أعلاه.
6- المرسوم التنفيذي رقم 96-49 المؤرخ في 26 شعبان 1416 الموافق 17 يناير 1996 الذي يحدد قائمة المباني العمومية المعفاة من إلزامية تأمين المسؤولية المهنية والمسؤولية العشرية، ج.ر عدد 05 صادرة بتاريخ 21 جانفي 1996.
7- أنظر الفقرة الثانية من المادة 554 ق.م.ج.
8- أنظر المادة 557 ق.م.ج.

7- دفع كامل السعر المتفق عليه في الصفقة العمومية للمتعاقد:

من الآثار المهمة المترتبة على عملية استلام الصفقة العمومية بالنسبة للمتعاقد تسوية كافة مستحقاته المالية بعد تنفيذه لكامل التزاماته العقدية المنصوص عليها في دفتر الشروط، واقتطاع جميع المبالغ التي كان قد استفاد منها في إطار التسبيقات المالية والدفعات على الحساب، أو المبالغ المستحقة للمصلحة المتعاقدة بسبب العقوبات المالية المسلطة عليه أو بسبب التعويضات عن الأضرار والخسائر التي كان قد ألحقها بها¹.

ثانيا: التسوية المالية للصفقة العمومية عند استلامها

بعد تنفيذ المتعاقد لكامل التزاماته العقدية واستلام المصلحة المتعاقدة للصفقة العمومية، تقوم هذه الأخيرة بإجراء التسوية المالية لهذه الصفقة، عن طريق دفع كامل المستحقات المالية للمتعاقد، وهذا عن طريق ما يعرف بإجراء التسوية على رصيد الحساب (Le règlement sur solde). ويعرف هذا الأخير بأنه إجراء تقوم به المصلحة المتعاقدة تهدف من ورائه إلى الدفع المؤقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة العمومية لمصلحة المتعاقد، وهذا بعد التنفيذ الكامل والمرضي لموضوعها².

ومن خلال نص الفقرة الثالثة من المادة 109 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام يتضح أن هناك نوعين من التسوية على رصيد الحساب. التسوية على رصيد الحساب المؤقت، والتسوية على رصيد الحساب النهائي، وهو ما سنتطرق إليه بشكل مفصل، وذلك على النحو التالي:

1- التسوية على رصيد الحساب المؤقت:

نص عليها المشرع اللائحي الجزائري في المادة 119 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وهي تهدف إلى دفع المبالغ المستحقة للمتعاقد مقابل التنفيذ العادي للخدمات المتعاقدة عليها.

فبعد إجراء التسليم المؤقت للأشغال والخدمات المتفق عليها، تقوم المصلحة المتعاقدة بالتأكد من التنفيذ الكامل والمطابق للإلتزامات التعاقدية، وعندها فقط تقوم بتحرير الكشوفات الختامية لقيمة

1- هشام العقراوي، المرجع السابق، ص.96.

2- أنظر الفقرة الثالثة من المادة 109 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام العام الجزائري.

الأشغال والخدمات المنفذة، والتي بناء عليها يتم صرف مستحقات المتعامل المتعاقد بعد خصم المبالغ المنصوص عليها في هذه المادة.

وتتميز التسوية على رصيد الحساب المؤقت بالطابع الإتفاقي والإختياري، حيث يجب النص عليها في الصفقة العمومية من أجل إمكانية اللجوء إليها، وهو ما تنص عليه المادة 119 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بقولها: "تهدف التسوية على رصيد الحساب المؤقت إذا نصت عليها الصفقة...".

ولا يمكن إجراء التسوية على رصيد الحساب المؤقت إلا بعد قيام المصلحة المتعاقدة بالإقتطاعات التالية:

- إقتطاع الضمان المحتمل، حيث يتعين على المصلحة المتعاقدة إقتطاع مبالغ مساوية لقيمة الكفالات التي يكون قد قدمها المتعامل المتعاقد في سبيل الحصول على الصفقة العمومية، وهو ما تنص عليه المادة 131 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بقولها: "عندما تنص الصفقة على أجل ضمان، تتحول كفالة حسن التنفيذ المنصوص عليها في المادة 130 أعلاه، عند التسليم المؤقت، إلى كفالة ضمان".

- إقتطاع الغرامات المالية التي تبقى على عاتق المتعامل المتعاقد عند الإقتضاء.

- إقتطاع مبالغ التسبيقات والدفعات على الحساب على اختلاف أنواعها، والتي لم تسترجعها المصلحة المتعاقدة بعد.

2- التسوية على رصيد الحساب النهائي:

نصت عليها المادة 120 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بقولها: "يترتب على تسوية حساب الرصيد النهائي رد إقتطاعات الضمان ورفع اليد عن الكفالات التي كونها المتعامل المتعاقد، عند الإقتضاء". وتتم هذه التسوية بعد الإستلام النهائي للأشغال والخدمات المتعاقد عليها، حيث تقوم المصلحة المتعاقدة بإعداد جدول تفصيلي إجمالي ونهائي لجميع هذه الأشغال والخدمات ومبالغها، ويكون هذا الجدول مبني على أساس كشوف البيانات واللوائح التي وافقت عليها المصلحة المتعاقدة سابقاً¹.

1- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.183.

وفي هذا الصدد قضى مجلس الدولة الجزائري في قرار صادر له بتاريخ 15 أفريل 2014 فصلا في قضية "مقاولة الأشغال العمومية ل.م ضد بلدية تنس" بأن: "الحساب العام والنهائي "DGD" هو الحساب الختامي الذي يحدد جميع الأشغال المنجزة والتغييرات الطارئة على الأشغال، ويوضح الرصيد الباقي المستحق لصاحب الصفقة، ويصبح بعد توقيع طرفي العقد عليه سندا نهائيا منها لجميع المطالبات، بحيث تكون كل الإحتياجات اللاحقة له غير مقبولة"¹.

ويجب على المصلحة المتعاقدة الوفاء بجميع المستحقات المالية للمتعاقد الناتجة عن الصفقة العمومية، وأن لا تبقى هذه الديون معلقة على أجل غير مسمى. وفي هذا الإطار قضى مجلس الدولة الجزائري في قرار صادر له بتاريخ 16 جويلية 2001 فصلا في قضية "رئيس بلدية رمضان جمال ضد هند أحمد" بأنه: "... يخول للقاضي استنتاجا من ظروف القضية أن يحدد موعدا يصبح فيه المدين موسرا وقادرا على الوفاء بدينه، وهذا ما نصت عليه المادة 210 من القانون المدني التي جاءت لحماية الدائن من تجاوزات المدين.

وحيث أن البلدية مرفق عام يستفيد من ميزانيته الخاصة به كل سنة وأنه لا يعقل أن يبقى ما عليها من دين معلق إلى ما لا نهاية"².

وفي نفس السياق قضى مجلس الدولة الجزائري في قرار صادر له بتاريخ 17 جانفي 2006 فصلا في قضية "رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية أفقة ضد س.م" بأنه يجب على الإدارة قبل قيامها بإبرام أي اتفاقية أو صفقة عمومية أن تتأكد من توفرها على الإعتمادات المالية الكافية للمشروع التي هي مقبلة عليه"³.

وتختلف التسوية على رصيد الحساب النهائي عن التسوية على رصيد الحساب المؤقت في أنها تؤدي إلى رد اقتطاعات الضمان إلى المتعاقد، إضافة إلى رفع اليد عن جميع الكفالات التي كونها هذا الأخير في سبيل الحصول على الصفقة العمومية.

وفي هذا الصدد تنص المادة 48 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل على أنه: "1- يرد مبلغ الضمان

1- قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 8072 بتاريخ 15 أفريل 2014 فصلا في قضية "مقاولة الأشغال العمومية ل.م ضد بلدية تنس". أشار إليه: سايس جمال، المرجع السابق، ج. 2، ص. 1093.

2- قرار مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 16 جويلية 2001 فصلا في قضية رئيس بلدية رمضان جمال ضد هند أحمد. أشارت إليه: ميريام أكرور، المرجع السابق، ص. 268.

3- قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 28548 بتاريخ 17 جانفي 2006 فصلا في قضية "رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية أفقة ضد السيد س.م". أشار إليه: سايس جمال، المرجع السابق، ج. 3، ص. 1505.

أو تحرر الضمانة الحالة محله على إثر قيام الإدارة برفع اليد عن الأشغال، وذلك في الشهر الذي يلي تاريخ الإستلام النهائي للأشغال إذا كان متعهد الصفقة قد أكمل لذلك التاريخ تعهداته اتجاه الإدارة، وإذا أثبت المقاول خاصة تأديته التعويضات التي يكون ملزما بها طبقا للقانون المؤرخ في 29 ديسمبر 1892 عن الأضرار المسببة للملكية الخاصة حين تنفيذ الأشغال العمومية.

2- يتوقف سريان مفعول الضمان بانقضاء الشهر المشار إليه أعلاه، إلا إذا أشارت الإدارة برسالة مضمونة موجهة إلى الضامن بأن متعهد الصفقة لم يكمل جميع التزاماته. في هذا الحال لا يجوز وضع حد لنفاذ الضمان إلا برفع اليد الذي تجر به الإدارة".

المبحث الثاني: حق المتعامل المتعاقد في الحصول على التعويض

إضافة إلى حقه في الحصول على المقابل المالي للإلتزامات العقدية التي نفذها بشكل مطابق لما هو منصوص عليه في دفتر شروط الصفقة العمومية، فإنه يمكن للمتعاقد المطالبة بالحصول على التعويض. وهذه المطالبة يمكن أن تقدم على أساسين مختلفين، يتمثل الأول في الخطأ العقدي المرتكب من طرف المصلحة المتعاقدة، أما الأساس الثاني فيتمثل في مبدأ الإثراء بلا سبب.

فقد ترتكب المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذها للصفقة العمومية مجموعة من الأخطاء العقدية تتسبب في إلحاق أضرار بالمتعامل المتعاقد، كأن تتماطل في استلام الصفقة العمومية بالرغم من تنفيذها بشكل مطابق للشروط الفنية والتقنية لدفتر الشروط، ففي مثل هذه الحالات يحق للمتعامل المتعاقد مطالبتها بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء المخالفات العقدية المرتكبة من طرفها، وهذا على أساس المسؤولية العقدية القائمة على الخطأ.

أما خارج النطاق التعاقدية فإن القاعدة العامة تقضي بأن المتعامل المتعاقد لا يمكنه المطالبة بالتعويض عن الأعمال التي نفذها لفائدة المصلحة المتعاقدة بدون أن يوجه إليه أي أمر بالخدمة، غير أنه يمكنه المطالبة بالتعويض عن هذه الأعمال إذا كانت ضرورية للمصلحة المتعاقدة ولم تسجل أي اعتراض صريح على تنفيذ هذه الأعمال، وهذا على أساس نظرية الإثراء بلا سبب.

ومن أجل التطرق إلى النقاط السابقة بشكل مفصل سنتعرض أولا للمسؤولية العقدية للمصلحة المتعاقدة على أساس الخطأ، ثم نستتبع ذلك بدراسة نظرية الإثراء بلا سبب في مجال العقود الإدارية.

المطلب الأول: التعويض على أساس الخطأ العقدي

إن الصفة العمومية مثلها مثل العقد المدني تولد إلتزامات تعاقدية على عاتق كل طرف، سواء تعلق الأمر بالمصلحة المتعاقدة أو بالمتعاقد المتعاقد، وعليه فإن المصلحة المتعاقدة ملزمة بالوفاء بالتزاماتها العقدية خلال الآجال والمواعيد المحددة، وأي إخلال بهذه الإلتزامات أو تأخر في تنفيذها يولد المسؤولية العقدية على عاتقها، ما يعني منح الحق للمتعاقد المتعاقد معها في طلب الحصول على التعويض على أساس الخطأ العقدي المرتكب من جانبها¹.

وفي حالة إخلال المصلحة المتعاقدة بأحد التزاماتها العقدية فإنه لا يمكن للمتعاقد المتعاقد معها الدفع بعدم التنفيذ، وإنما يجب عليه الإستمرار في تنفيذ التزاماته العقدية، على أنه يمكنه المطالبة فيما بعد بالتعويض عن الأضرار اللاحقة به من جراء المخالفات العقدية المرتكبة من طرف المصلحة المتعاقدة، كما يمكنه المطالبة بفسخ الصفة العمومية إذا بلغت هذه المخالفات درجة معينة من الجسامه لا يمكن معها الإستمرار في تنفيذ موضوع الصفة العمومية².

وحتى يتمتع المتعاقد المتعاقد بحق المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية المبني على الخطأ، يجب عليه إثبات ارتكاب المصلحة المتعاقدة لخطأ عقدي، كأن تتأخر في تسليم موقع العمل أو التصميمات والمخططات الهندسية له. غير أن ارتكاب المصلحة المتعاقدة لأحد المخالفات العقدية لا يسمح وحده بالمطالبة بالتعويض، وإنما يجب توفر شروط أخرى لاستحقاق هذا التعويض. وعليه فستطرق في الفرع الأول لدراسة مختلف حالات خطأ المصلحة المتعاقدة التي تبرر المطالبة بالتعويض، على أن نتعرض في الفرع الثاني لشروط استحقاق التعويض.

الفرع الأول: حالات الخطأ العقدي

يمكن تقسيم مجمل حالات خطأ المصلحة المتعاقدة التي ترتب مسؤوليتها العقدية وبالتالي توجب التعويض لفائدة المتعاقد المتعاقد معها إلى أخطاء ترتبط بإخلالها بتنفيذ التزاماتها التعاقدية أو التأخر في تنفيذها (أولاً)، وإلى أخطاء تتعلق بممارستها لسلطاتها على وجه غير مشروع (ثانياً).

1- محمد شعبان الدهوي، حق المتعاقد في التعويض في العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، مصر 2017، ص.19.
2- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.516.

أولاً: إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية

تنقسم الإلتزامات التعاقدية التي تقع على عاتق المصلحة المتعاقدة إلى التزمات ذات طابع فني وأخرى ذات طابع مالي، وأي إخلال بهذه الإلتزامات أو التأخر في تنفيذها يبرر للمتعاقد المتعاقد حق المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت من جراء هذه الإخلالات.

1- إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها الفنية:

تتعدد الإلتزامات ذات الطابع الفني التي تقع على عاتق المصلحة المتعاقدة ما يجعل أمر تحديدها عسيراً جداً، وعليه فسندكتفي بالتطرق لأهم وأبرز هذه الإلتزامات التي يؤدي الإخلال بها إلى إلحاق أضرار وخيمة بالمتعاقد المتعاقد، وأول هذه الإلتزامات التزم المصلحة المتعاقدة بتنفيذ الصفقة العمومية بمجرد إبرامها، وهذا من خلال توجيهها للأمر بالشروع في الخدمة إلى المتعاقد المتعاقد معها. ولا يمكن للمصلحة المتعاقدة تبرير إخلالها بهذا الإلتزام أو التراجع عن عملية التنفيذ إلا من خلال الإلتناد إلى سلطتها في التعديل الإفرادي للعقد الإداري أو إنهائه لدواعي المصلحة العامة، أما خارج نطاق هذا التبرير فإن المصلحة المتعاقدة ملزمة بالتعويض عن الإخلال بهذا الإلتزام¹.

وفي ظل عدم علمنا بوجود قرارات قضائية صادرة عن مجلس الدولة الجزائي ذات صلة بالمبدأ السابق، نستأنس بما ذهب إليه القضاء الإداري في مصر، حيث قررت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكم صادر لها بتاريخ 04 جوان 1961 أنه: "بمجرد إبرام العقد الإداري تلتزم جهة الإدارة بالعمل على تنفيذه وبأن تمكن المتعاقد معها من تنفيذ التزاماته، ولئن كان لها أن تعدل العقد بإنقاص الكمية المتعاقد عليها أو زيادتها متى اقتضت ذلك حاجة المرفق أو أن تنهي العقد إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة، فإن مناط ذلك أن تفصح الإدارة عن إرادتها في استعمال هذه الحقوق بقرار صريح، فإن هي لم تفصح عن ذلك التزم بتنفيذ العقد كله وفقاً للشروط، ووجب عليها تمكين المتعاقد معها من تنفيذ التزاماته بتمامها وأن تيسر له هذا التنفيذ وإلا تحرمه بفعالها من الحقوق التي يربتها له العقد"².

في ذات السياق قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكم صادر لها بتاريخ 21 جويلية 1992 بأنه: "و من حيث إنه من المستقر عليه في العقود كافة أن الخطأ العقدي هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أيا كان السبب في ذلك، يستوي في هذا أن يكون عدم التنفيذ

1- بشار رشيد حسين المزوري، المسؤولية التعاقدية للإدارة في تنفيذ العقود الإدارية، ط 1، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، 2018، ص.118.

2- حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، الطعن رقم 6849، س 08 ق، جلسة 1961/06/04. أشار إليه: حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص.216.

ناشئا عن عمده أو إهماله أو فعله دون عمد و إهمال، كما أن المقرر أن العقد الإداري يولد في مواجهة جهة الإدارة التزامات عقدية أخصها أن تمكن المتعاقد معها من البدء في تنفيذ العمل و المضي في تنفيذه حتى يتم إنجازه، فإذا لم تقم بهذا الإلتزام فإن هذا يكون خطأ عقديا من جانبها يخول المتعاقد معها الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي ينجم من جراء عدم قيام جهة الإدارة بالتزامها أو من جراء تأخرها في القيام به...¹.

و يتفرع عن التزام المصلحة المتعاقدة بتنفيذ الصفقة العمومية بمجرد إبرامها الإلتزام بتسليم موقع العمل حاليا من جميع العوائق التي قد تعرقل المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذه لموضوع الصفقة العمومية، الأمر الذي يكلفه مصاريف إضافية هو في غنى عنها، أو إهدار وقت ثمين في إزالة هذه العوائق قد يقتطع من الأجل الأصلي المحدد له في دفتر الشروط من أجل التنفيذ، و قد تكون هذه العوائق مادية كما قد تكون قانونية².

في هذا السياق تنص الفقرة الثانية من المادة 104 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم 182 لسنة 2018 على أنه: "وتبدأ المدة المحددة لتنفيذ عقود الأعمال من التاريخ الذي يسلم فيه الموقع للمقاول حاليا من الموانع إلا إذا اتفق على خلاف ذلك، ويكون التسليم بموجب محضر يوقع من الطرفين و محرر من أصل وأربع نسخ ... وإذا لم يحضر المقاول أو من يفوضه لتسلم الموقع في التاريخ الذي تحدد له في أمر الإسناد فيحضر محضر بذلك و يعتبر هذا التاريخ موعدا لبدء تنفيذ العمل".

في هذا الصدد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكم صادر لها بتاريخ 03 جوان 1967 بأنه: "متى كان الثابت أنه قد حيل بين المتعاقد و البدء في تنفيذ العملية بسبب تعرض رجال الإصلاح له، الأمر الذي ترتب عليه وقف تنفيذه هذه العملية لمدة جاوزت السنة بعد صدور أمر التشغيل، دون أن تقوم الهيئة المتعاقدة بتنفيذ التزامها بتسليم الطاعن مواقع العمل و تمكينه من البدء في التنفيذ، فمن ثم فإنه لوحظ أن المدة التي حددت تنفيذ العملية هي شهران فقط، فإن عدم قيام الهيئة المذكورة بتسليم مواقع العمل إلى الطاعن طيلة مدة عام بأكمله مما يحق معه القول بأنها قد أخلت إخلالا جسيما بواجبها نحو الطاعن بعدم تمكينه من العمل، و إنها تأخرت في تنفيذ التزامها

1- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 2013، س 33 ق، جلسة 1992/07/21. أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.519.

2- رفح كريم رزوبي كربال؛ خضير عبد حسين، المسؤولية التعاقدية على أساس الخطأ، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية (العراق)، عدد 3، س 7، 2015، ص.488.

هذا مدة كبيرة تجاوزت القدر المعقول مما يقوم سببا مبررا لفسخ العقد المبرم بينهما و تعويض الطاعن عما أصابه من أضرار بسبب ذلك " ¹.

وإضافة إلى الإلتزامات السابقة يقع على المصلحة المتعاقدة إلتزام بمساعدة المتعامل المتعاقد معها في الحصول على التراخيص اللازمة لتنفيذ موضوع الصفقة العمومية، لا سيما ما تعلق منها برخص الهدم والحفر بالنسبة للصفقات العمومية للأشغال، على أساس أن استصدار مثل هذه التراخيص قد يتطلب وقتا طويلا من المتعامل المتعاقد بدون تدخل المصلحة المتعاقدة في مساعدته على ذلك، ما قد يضر بالنتيجة بمصلحة المرفق العام وسيره بانتظام واضطراب ².

وحتى في حالة إغفال النص على التزام المصلحة المتعاقدة بمساعدة المتعامل المتعاقد معها في الحصول على التراخيص اللازمة لتنفيذ الصفقة العمومية، فإن المصلحة المتعاقدة تكون مقيدة بهذا الإلتزام في حالة ما إذا طلب المتعامل المتعاقد معها مساعدتها، وإلا تحملت كامل المسؤولية عن الأضرار التي قد تنتج عن الإخلال بهذا الإلتزام أو على الأقل جزءا منها، وإضافة إلى ذلك تكون المصلحة المتعاقدة مقيدة في هذه الحالة بتمديد أجل التنفيذ بما يتناسب والتأخير الحاصل في استصدار هذه التراخيص ³.

في هذا السياق تنص المادة 16 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم 182 لسنة 2018 على أنه: "على الجهة الإدارية قبل طرح العملية للتعاقد الحصول على الموافقات والتصاريح والتراخيص اللازمة ذات الصلة بموضوع الطرح من الجهات المعنية وفقا للقوانين والقرارات التي تقضي بذلك".

وفي ذات السياق قضت محكمة القضاء الإداري في مصر في حكم صادر لها بتاريخ 17 أكتوبر 1993 بأنه: "... إلا أن الظاهر من الأوراق أن هناك عقبة مادية حالت ما بين المدعي وما بين استغلال المنشأة طبقا لبنود العقد، ألا وهي امتناع الجهة الإدارية المتعاقدة - وهي ذات الجهة المنوط بها إصدار ترخيص التشغيل - عن منح المدعي ترخيصا للتشغيل رغم قيامه بتنفيذ كافة التزاماته التعاقدية، و طبقا لحسن النية في تنفيذ العقود الإدارية فإن مدة تنفيذ العقد تبدأ من تاريخ صدور

1- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 862، س 09 ق، جلسة 1967/06/03. أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.525.

2- حورية بن أحمد، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان (الجزائر)، 2011، ص.99.

3- حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص.287.

الترخيص بإدارة المنشأة، خاصة إذا ما وضع في الإعتبار أن ذات الجهة المتعاقدة هي الجهة القائمة على إصدار الترخيص"، و كانت الجهة الإدارية قد أصدرت قرارا بإعادة طرح المنشأة محل العقد للتأجير بالمزاد العلني على أساس انتهاء العقد المبرم مع المدعي، وقد قررت المحكمة في هذه القضية بوقف تنفيذ هذا القرار¹.

ومن بين الإلتزامات الفنية التي تقع على عاتق المصلحة المتعاقدة التزامها بتسليم المواد والأدوات والأصناف المتعاقدة عليها، وغالبا ما يكون هذا الإلتزام في حالة توقيع جزاء التنفيذ على حساب المتعامل المتعاقد، حيث تكون المصلحة المتعاقدة ملزمة بتسليم جميع المواد والأدوات للمتعامل المتعاقد الجديد من أجل مواصلة تنفيذ الصفقة العمومية، وإلا ترتب على ذلك مسؤوليتها عن كافة الأضرار التي قد تلحق به من جراء امتناعها أو تأخرها في تنفيذ هذا الإلتزام².

وإضافة إلى الإلتزامات الفنية السابقة التي تقع على عاتق المصلحة المتعاقدة، فإنه يجب على هذه الأخيرة تنفيذ الصفقة العمومية وفقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، ويعتبر هذا المبدأ أصل من أصول القانون، ومقتضاه يلتزم كل طرف في العقد بتنفيذ ما يخصه من التزامات، فإن أخل أحدهما بالتزامه العقدي وجب إلزامه بالوفاء به³.

ويعرف مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود بأنه التزام بتوجيه الإرادة في تحقيق الغرض المباشر من إبرام العقد، بحيث ينسجم مع المصالح المبررة المشروعة للطرف المقابل⁴، وقد نصت عليه الفقرتين الأولى والثانية من المادة 107 من القانون المدني الجزائري بقولها: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية.

ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الإلتزام".

وفي ظل غياب قرارات قضائية صادرة عن مجلس الدولة الجزائري تؤيد هذا المبدأ، نستأنس بما ذهب إليه القضاء الإداري المصري، حيث ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكم صادر لها بتاريخ 11 جانفي 1970 إلى: "أنه من المبادئ المسلمة أن العقود تخضع لأصل عام من أصول القانون

1- حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، الطعين رقم 9133 و9337، س 47 ق، جلسة 1993/10/17. أشار إليه: محمد شعبان الدرهوي، المرجع السابق، ص.26.

2- إبراهيم الشارف الطاهر تفوقه، المرجع السابق، ص.59.

3- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.544.

4- بشار رشيد حسين المزوري، المرجع السابق، ص.120.

يقضي بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وهذا الأصل مطبق في العقود الإدارية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية، ولا يخل بذلك أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره، وتغليب المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، ويبني على هذه الفكرة أن للإدارة سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويضات إذا كان لها وجه، كما أن للإدارة سلطة تعديل العقد بحيث لا يصل التعديل إلى الحد الذي يخل بتوازنه المالي وإلا كان للطرف الآخر في هذه الحالة التمسك باعتبار العقد مفسوخا والمطالبة بالتعويضات إن كان لها وجه كذلك¹.

كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكم صادر لها بتاريخ 23 فيفري 1999 إلى: "أنه من المبادئ المسلمة أن العقود تخضع لأصل عام من أصول القانون يقضي بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وهذا الأصل مطبق في العقود الإدارية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية، وبمقتضاه يلتزم كل طرف من طرفي العقد بتنفيذ ما اتفق عليه فإن حاد أحدهما عن هذا السبيل كان مسؤولا عن إحلاله بالتزامه العقدي ووجب حمله على الوفاء بهذا الإلتزام"².

ويخضع مبدأ حسن النية في تنفيذ الصفقات العمومية من طرف المصلحة المتعاقدة لرقابة القضاء الإداري على اعتبار أنه من الأمور الموضوعية، حيث يقوم قاضي العقد بفحص الظروف والملايسات التي واكبت تنفيذ الصفقة العمومية، وعلى ضوءها يقدر مدى التزام المصلحة المتعاقدة بالوفاء بالتزاماتها التعاقدية، ومتى قدر القاضي أن المصلحة المتعاقدة لم تبذل قصار جهدها في سبيل تنفيذ التزاماتها العقدية إعتبرها في حالة سوء نية، الأمر الذي يترتب عليه الحكم عليها بالتعويض لفائدة المتعامل المتعاقد معها³.

ومن بين الإلتزامات الفنية التي تقع على عاتق المصلحة المتعاقدة إلتزامها باحترام الآجال المنصوص عليها في دفتر الشروط، فالمصلحة المتعاقدة ليست ملزمة بالمدة الإجمالية المحددة لتنفيذ موضوع الصفقة العمومية فحسب، وإنما هي مقيدة أيضا بالآجال المحددة لتنفيذ الإلتزامات الجزئية، فعلى سبيل المثال قد يتم النص في دفتر الشروط على أن تنفيذ حصة معينة من الحصص الواردة في

1- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 954، س 12 ق، جلسة 1970/01/11. أشار إليه: بشار رشيد حسين المزوري، المرجع السابق، ص.121.

2- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 2316، س 42 ق، جلسة 1999/02/23. أشار إليه: محمد شعبان الدهوي، المرجع السابق، ص.28.

3- بشار رشيد حسين المزوري، المرجع السابق، ص.122.

الصفقة العمومية لا يمكن أن يتجاوز مدة ثلاثة أشهر، فإذا تجاوز المتعاقد هذه المدة كانت المصلحة المتعاقدة ملزمة بأن توقع عليه جزاء الغرامة التأخيرية، وفي الجهة المقابلة يقع على عاتق المصلحة المتعاقدة إلتزام بالتسديد الجزئي للمقابل المالي المتفق عليه خلال الأجل المنصوص عليه بالنسبة للجزء الذي تم تنفيذه، فإذا تأخرت عن هذه المدة المحددة كان للمتعاقد معها الحق في طلب التعويض عن هذا الإخلال¹.

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكم صادر لها بتاريخ 28 جانفي 1978 أن تراخي الجهة الإدارية في اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في العقد في الوقت المناسب ضمانا لحسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد يعتبر خطأ عقديا تتحمل مسؤوليته²، كما قررت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر في فتواها الصادرة بتاريخ 11 نوفمبر 1992 أن مقتضى حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية يقتضي بأن المتعاقدين وإن لم يفصحا عن ميعاد معين لتنفيذ الإلتزام، فليس معنى ذلك أن يكون التنفيذ بمنأى عن كل قيد زمني، وإنما يتعين أن يتم في مواعيد معقولة وفقا للمجرى العادي للأمر وطبيعة التعاقد ذاته والهدف الذي يرمي إليه³.

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أنه يمكن أن يكون الخطأ الذي ألحق الضرر بالمتعاقد مشتركا بينه وبين المصلحة المتعاقدة، حيث يمكن أن يكون مساهما في جزء منه قد يقل أو يزيد عن الجزء المقترف من طرف المصلحة المتعاقدة، وفي هذه الحالة لا تتحمل هذه الأخيرة كامل المسؤولية عن الضرر الذي أصاب المتعاقد وإنما تعوضه فقط عن الجزء الذي ساهمت به في ارتكاب الخطأ⁴. وفي هذا الصدد قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكم صادر لها بتاريخ 22 ديسمبر 1998 بأنه: "لما كان الطاعن قد ارتكب خطأ عقديا بإخلاله بما التزم به، وأن الخطأ الذي ارتكبه جهة الإدارة يفوق درجة خطأ الطاعن، وبإجراء المقاصة بين مستحقات الطرفين تكون الجهة الإدارية مدينة للطاعن بمبلغ ... مما يتعين إلزامها بأدائه للطاعن"⁵.

1- رفح كريم رزوي كريال؛ خضير عبد حسين، المرجع السابق، ص.495.
2- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 1027، س 15 ق، جلسة 1978/01/28. أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.518.
3- فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمصر، رقم 1007، جلسة 1992/11/01. أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع نفسه، ص.518.
4- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.530.
5- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 3735، س 41 ق، جلسة 1998/12/22. أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع نفسه، ص.530.

على العموم، فإن الإلتزامات الفنية التي يجب على المصلحة المتعاقدة الوفاء بها عديدة ومتنوعة، ولكن أهمها التزام المصلحة المتعاقدة بتنفيذ الصفقة العمومية بمجرد إبرامها وما يتولد عنه من التزمات.

2- إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزماتها المالية:

إن هدف المتعاقد المتعاقد من وراء إبرام الصفقة العمومية مع المصلحة المتعاقدة هو الحصول على الربح المتمثل في السعر المتفق عليه، والذي يجب على المصلحة المتعاقدة تسديده حسب الشروط العقدية المنصوص عليها، فقد يتم النص في بنود الصفقة العمومية على أن الوفاء بالسعر يمكن أن يكون على أقساط تتناسب مع الحصص المنفذة، كما يمكن النص على وجوب منح المتعاقد المتعاقد تسبيقات مالية.

وعلى العموم فإن الإلتزامات المالية التي تقع على عاتق المصلحة المتعاقدة يتم تحديدها بصفة دقيقة في بنود الصفقة العمومية وبطريقة لا تدع مجالاً للتلاعب، وهي التزمات متعددة ومتنوعة ولكن أهمها الإلتزام بعدم تعديل السعر المتفق عليه، والإلتزام بالوفاء به في المدد والآجال المنصوص عليها، والإلتزام برد كفالة حسن التنفيذ (التأمين النهائي) بعد استلام الصفقة العمومية، وعليه سنتطرق لإخلال المصلحة المتعاقدة بكل التزم من هذه الإلتزامات.

أ- إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزماتها بعدم تعديل السعر المتفق عليه:

تعتبر الشروط التعاقدية المتعلقة بالإميازات المالية التي يستفيد منها المتعاقد المتعاقد من وراء إبرام الصفقة العمومية خطأ أحمرًا لا يمكن للمصلحة المتعاقدة تجاوزه، وذلك لاعتبارين إثنين، أولهما عملي يتمثل في هز الثقة وزرع الخوف والشك لدى الأفراد عند إقبالهم على التعاقد مع الإدارة فيما لو علموا بأنه بمقدورها تعديل السعر بإرادتها المنفردة، أما الإعتبار الثاني فهو قانوني يتمثل في الأساس الذي تستند عليه سلطة المصلحة المتعاقدة في التعديل الإفرادي لبنود الصفقة العمومية، والذي يقضي بأن سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري يجب أن تستند إلى مقتضيات حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد، وتعديل الإميازات المالية ليست لها أية صلة بهذا الأساس القانوني¹.

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في حكم صادر لها بتاريخ 31 أوت 1993 على مبدأ عدم إمكانية الإدارة تعديل الشروط المالية للعقد الإداري بإرادتها المنفردة، حيث قضت بأنه: "من المسلم به

1- محمد شعبان الدهوي، المرجع السابق، ص.34.

أن الشروط التي تتعلق بتحديد المقابل النقدي في العقد بصفة عامة هي شروط تعاقدية، ومن ثم تحدد بدقة وقت التعاقد، ولا يستطيع أحد طرفي العقد كأصل عام تعديلها إلا بموافقة الطرف الآخر، وسلطة الإدارة في التعديل لا تنصب إلا على الشروط المتعلقة بسير المرفق العام وليس من بينها تلك التي تحدد المقابل المالي النقدي في العقد الإداري، ولهذا فإن الشروط المتعلقة بالمقابل النقدي في العقد تتسم بطبيعة الاستقرار، ويجد ذلك أصله في أن إلتزامات كل طرف من طرفي العقد تتحدد وقت التعاقد حيث يقدر في هذا الوقت المقابل الذي يطلبه ويسعى إليه كنتاج لما يقدمه للطرف الآخر، ويحقق به التوازن المالي للعقد، فإذا ما حدد المقابل في تاريخ التعاقد بنسبة معينة من قيمة الأعمال فإن هذه النسبة والقيمة المحددة لها تكون من ثوابت العقد باعتبار النص عليها في حقيقة الأمر نص على شرط تعاقدية"¹.

وإذا كان الأصل أنه لا يجوز لأحد طرفي الصفقة العمومية تعديل السعر بإرادته المنفردة، إلا أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة وللمتعامل المتعاقد معها الإتفاق على تعديل السعر الإبتدائي إما بالزيادة أو بالنقصان، وهو ما تنص عليه المادة 98 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري، حيث يمكن للمتعامل المتعاقد مطالبة المصلحة المتعاقدة بتحيين الأسعار وفقا لما هو منصوص عليه في دفتر الشروط، كما يمكن للمصلحة المتعاقدة الإتفاق مع المتعامل المتعاقد معها على الإنقاص من السعر الأصلي المتفق عليه بما يتناسب وحجم الأشغال أو التوريدات أو الخدمات التي تم الإستغناء عنها"².

في هذا الصدد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكم صادر لها بتاريخ 01 جانفي 1970 بأن: "النص الذي يتحدد باتفاق المتعاقدين في العقود الإدارية وإن كان يقيد كأصل عام طرفيه، إلا أنه لا يمنع قانونا من الإتفاق على تعديله إذا ما تلاقت إرادة السلطة الإدارية المختصة بإبرام العقد الأصلي صريحة وقاطعة مع إرادة المتعاقد معها على تعديل الثمن كان واجب النفاذ وامتنع الخروج عليه إلا في حدود القانون"³.

1- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 2519، س 34 ق، جلسة 1993/08/31، أشار إليه: محمد ماهر أبو العينين، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص.126.
2- محمد شعبان الدهوي، المرجع السابق، ص.34.
3- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 1222، س 12 ق، جلسة 1970/01/01. أشار إليه: محمد ماهر أبو العينين، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص.311.

أما خارج الإطار الإتفاقي فإن المصلحة المتعاقدة مسؤولة مسؤولية تعاقدية عن تعديل السعر المتفق عليه بإرادتها المنفردة، ويحق في هذه الحالة للمتعاقد المطالبتها بالتعويض عن الأضرار التي لحقت من جراء هذا التعديل.

ب- تأخر أو امتناع المصلحة المتعاقدة عن الوفاء بالتزاماتها المالية:

متى ثبت أن المتعاقد المتعاقد قد نفذ حصة من الحصص المتفق عليها في دفتر الشروط وفقا للمواصفات الفنية والتقنية المنصوص عليها، وأن المصلحة المتعاقدة لم تسجل أي اعتراض عليها، وجب عليها صرف المقابل المالي المتفق عليه بالنسبة لهذا الجزء المنفذ خلال الآجال المحددة في دفتر الشروط ودون أي تأخير¹، وهو ما يعرف بالدفع على الحساب الذي سبق التطرق إليه في موضوع سابق. وقد حددت المادة 122 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أجل صرف الدفعات على الحساب بثلاثين يوما كحد أقصى مع إمكانية تحديد أجل أطول بالنسبة لبعض أنواع الصفقات، على أن يكون ذلك بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية. كما تنص الفقرة الرابعة من هذه المادة على أنه: "يخول عدم صرف الدفعات على الحساب، في الأجل المحدد أعلاه للمتعاقد المتعاقد وبدون أي إجراء، الحق في الإستفادة من فوائد التأخير محسوبة على أساس نسبة الفائدة التوجيهية لبنك الجزائر زائد نقطة واحدة (1)، ابتداء من اليوم الذي يلي تاريخ نهاية هذا الأجل حتى اليوم الخامس عشر (15) مدرجا، الذي يلي تاريخ صرف الدفعات على الحساب".

وقد أكد القضاء الإداري المصري على الالتزام أعلاه، حيث قضت المحكمة الإدارية العليا في حكم صادر لها بتاريخ 23 جانفي 2007 باستحقاق المتعاقد للفوائد التأخيرية في حالة ما إذا تأخرت الإدارة عن الوفاء بالتزاماتها المالية، وأنه يمكن الإتفاق على نسبة الفائدة، وفي حالة انعدام هذا الإتفاق فإن نسبة الفائدة تتحدد بنسبة 04% في المسائل المدنية و05% في المسائل التجارية، وقررت ذات المحكمة بأن عقود المقاولات من المسائل التجارية، وبالتالي فإن نسبة الفائدة التأخيرية فيها هي 05%، كما قررت المحكمة في هذا الحكم بأن خلو العقد من النص على الفوائد التأخيرية لا يعني حرمان المتعاقد منها، وأنها غير مرتبطة بالضرر اللاحق به².

1- حورية بن أحمد، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.105.
2- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 5790، س 49 ق، جلسة 2007/01/23. أشار إليه : خالد عبد الفتاح محمد، المرجع السابق، ص.809.

فتأخر المصلحة المتعاقدة عن الوفاء بالتزاماتها المالية يمنح الحق للمتعاقد المتعاقد في مطالبتها بالفوائد التأخيرية، وهذا من دون الحاجة إلى إثبات الضرر لأنه مفترض في هذه الحالة، كما أنه لا يجوز للمتعاقد المتعاقد المطالبة بالتعويض التكميلي إلا إذا أثبت أن حجم الضرر الذي لحقه من جراء تأخر المصلحة المتعاقدة في الوفاء بالتزاماتها المالية يفوق القيمة المالية للفوائد التأخيرية، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكم صادر لها بتاريخ 24 ماي 2011 بقولها: "لا يجوز للدائن طبقا للمادة 231 من القانون المدني أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد إلا إذا أثبت أن الضرر الذي أصابه يجاوز الفوائد التي تسبب فيه المدين بسوء نية"¹.

ج- إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزامها برد كفالة حسن التنفيذ (التأمين النهائي):

تعتبر كفالة حسن التنفيذ (أو اقتطاعات حسن التنفيذ) آلية مهمة بيد المصلحة المتعاقدة من أجل ضمان التنفيذ الجيد لموضوع الصفقة العمومية من طرف المتعاقد المتعاقد معها، فإذا ما ثبت تقصيره في تنفيذ كل أو جزء من التزاماته كان لها الحق في أن تقتص مقابل ذلك من مبلغ كفالة حسن التنفيذ، كما يمكنها أيضا استيفاء ما لها من حقوق في مواجهة المتعاقد المتعاقد من هذا المبلغ، سواء تعلق الأمر بالتعويضات المستحقة لها أو الجزاءات المالية الموقعة عليه.

وتتحول كفالة حسن التنفيذ (أو اقتطاع حسن التنفيذ) عند التسليم المؤقت للصفقة العمومية إلى كفالة ضمان (أو اقتطاع الضمان) بالنسبة للصفقات العمومية التي تنص على أجل للضمان، وهذا وفقا لما تنص عليه المادة 131 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. وطبقا لنص المادة 134 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري فإنه يتعين على المصلحة المتعاقدة رد كفالة الضمان إلى المتعاقد المتعاقد خلال أجل لا يتجاوز شهرا واحدا إبتداء من تاريخ التسليم النهائي، وهذا على أساس أن استلام الصفقة العمومية بشكل نهائي من طرف المصلحة المتعاقدة إنما يدل على رضاها التام عن عملية التنفيذ، وأن المتعاقد المتعاقد قد نفذ جميع التزاماته بشكل مطابق للمواصفات الفنية والتقنية المنصوص عليها في دفتر الشروط، وبالتالي لم يعد هناك أية فائدة من الإستمرار في حجز كفالة الضمان.

وبناء على ما سبق فإن أي إخلال من جانب المصلحة المتعاقدة بالتزامها برد التأمين النهائي -سواء تمثل في كفالة حسن التنفيذ أو في كفالة الضمان- دون مبرر يوجب مسؤوليتها العقدية عن

1- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 13588، س 48 ق، جلسة 2011/05/24. أشار إليه: بشار رشيد حسين المزوري، المرجع السابق، ص.136.

الأضرار التي قد تلحق بالمتعامل المتعاقد من جراء هذا الإخلال. ونفس الحكم ينطبق في حالة تقاعس المصلحة المتعاقدة عن استلام الصفقة العمومية بالرغم من إتمام عملية تنفيذها ودعوة المتعامل المتعاقد لها باستلامها، لأن هذا التراخي يتعارض مع مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية¹.

وما يقال عن كفالة حسن التنفيذ وكفالة الضمان يقال أيضا عن كفالة رد التسيقات المالية المنصوص عليها في المادة 110 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري، فمتى استعادت المصلحة المتعاقدة جميع التسيقات المالية التي كانت قد منحها للمتعامل المتعاقد، فإنه يتوجب عليها رد كفالة رد التسيقات إليه دون تماطل، فإذا تأخرت في ذلك فإنه بإمكانه المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت من جراء إخلالها بهذا الإلتزام، لا سيما إذا علمنا أن المبلغ المالي لهذه الكفالة مهم في تمويله واستمراره في تنفيذ موضوع الصفقة العمومية.

ولكن ما يلاحظ على كفالة رد التسيقات المالية أن المشرع اللاتحي الجزائري لم يحدد أجلا معيناً للمصلحة المتعاقدة تلتزم خلاله برد هذه الكفالة للمتعامل المتعاقد، وهذا على خلاف ما سلكه بالنسبة لكفالة حسن التنفيذ وكفالة الضمان، ولكن هذا لا يعني أن المصلحة المتعاقدة غير مقيدة في الوفاء بهذا الإلتزام، وإنما يجب عليها رد هذه الكفالة خلال أجل معقول وإلا أثرت مسؤوليتها التعاقدية.

ثانيا: ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطاتها على نحو غير مشروع

تتمتع المصلحة المتعاقدة في سبيل ضمان حسن تنفيذ الصفقات العمومية بمجموعة من السلطات الإستثنائية الغير مألوفة في عقود القانون الخاص، وهي تتمثل في سلطة الرقابة والتوجيه وسلطة التعديل الإفرادي للعقد وسلطة توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد معها. غير أن المصلحة المتعاقدة تخضع في ممارستها لهذه السلطات لرقابة قاضي العقد الإداري، فإذا ما ثبت أنها تعسفت في ممارسة هذه السلطات أمكنه الحكم بالتعويض لمصلحة المتعامل المتعاقد عن الأضرار التي لحقت من جراء هذه الممارسة.

وفيما يلي سنتطرق للمسؤولية العقدية التي تتحملها المصلحة المتعاقدة من جراء تعسفها في ممارسة كل سلطة من السلطات السابقة على حدى.

1- محمد شعبان الدرهوبي، المرجع السابق، ص.40.

1- ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة الرقابة والتوجيه على نحو غير مشروع:

إن ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطتها في رقابة وتوجيه المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذه للصفقة العمومية تخضع لمجموعة من القيود والشروط التي حددتها المبادئ العامة للعقود الإدارية، بحيث تتحمل كامل المسؤولية التعاقدية عن الأضرار التي قد تلحق بالمتعامل المتعاقد في حالة تجاوزها لهذه القيود. وتتمثل صور تجاوز ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطتها في الرقابة والتوجيه فيما يلي:

أ- عدم التقيد بمبدأ المشروعية أثناء ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه:

يقضي مبدأ المشروعية أن تلتزم المصلحة المتعاقدة عند ممارستها لسلطة الرقابة والتوجيه بالقوانين والأنظمة السارية المفعول، بحيث لا تقوم بتوجيه المتعامل المتعاقد معها بطريقة تتنافى ومقتضيات القوانين والأنظمة المطبقة، فعلى سبيل المثال لا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تأمر المتعامل المتعاقد معها بالإستعانة بعمال مقيمين بطريقة غير شرعية على التراب الوطني، كما يجب أن تكون الأوامر بالخدمة الموجهة إلى المتعامل المتعاقد صادرة عن الجهة المختصة إقليمياً ونوعياً وفي شكل كتابي¹، وهذا طبقاً لما تنص عليه الفقرة الثامنة من المادة 12 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، والتي جاء في فحواها بأنه: (يتعين أن تصدر أوامر المصلحة كتابة ويجب أن تكون مؤرخة ومرقمة ومسجلة).

كما يقضي مبدأ المشروعية أن تكون الغاية من وراء ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطتها في رقابة وتوجيه المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ الصفقة العمومية تحقيق مصلحة المرفق العام من أجل ضمان حسن سيره بانتظام واضطراد²، فإذا خرجت الغاية عن هذا الإطار كان على المصلحة المتعاقدة أن تتحمل المسؤولية العقدية عن الأضرار التي قد تلحق بالمتعامل المتعاقد معها³.

فقد تكون الغاية من وراء ممارسة هذه السلطة الإضرار بالمتعامل المتعاقد أو الضغط عليه من أجل الحصول على امتيازات مالية غير مشروعة من طرف العون المكلف بالمراقبة والتوجيه. كما قد تتمثل الغاية في دفع المتعامل المتعاقد إلى التخلي عن تنفيذ الصفقة العمومية بعد أن كان على بعد مسافة قصيرة من إتمام عملية التنفيذ، وهذا من أجل منحها لمتعامل متعاقد جديد على أساس المحاباة.

1- بشار رشيد حسين المزوري، المرجع السابق، ص.151.

2- حورية بن أحمد، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.107.

3- محمد شعبان الدرهوبي، المرجع السابق، ص.46.

ب- تجاوز نطاق سلطة الرقابة:

لا يجوز للمصلحة المتعاقدة بأي حال من الأحوال أن تتذرع بسلطتها في الرقابة والتوجيه من أجل تعديل بعض بنود الصفقة العمومية، لأن هذه السلطة ليست مطلقة وإنما هي مقيدة بمجموعة من القيود، فلا يمكن للمصلحة المتعاقدة مثلاً أن تفرض على المتعامل المتعاقد استعمال مواد غير تلك المنصوص عليها في دفتر الشروط، لأن ذلك يعتبر تعديلاً لشروط تعاقدية ربما كان محل اعتبار جوهري لدى المتعامل المتعاقد عند إقباله على إبرام الصفقة العمومية¹. فإذا تجاوزت المصلحة المتعاقدة الحدود المتعارف عليها - والتي سبق التطرق إليها - في ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه إلى درجة أنها قامت بتعديل أحد بنود الصفقة العمومية، فإنها تتحمل كامل المسؤولية التعاقدية عن الأضرار التي لحقت بالمتعامل المتعاقد معها من جراء هذه الممارسة.

غير أنه في حالات معينة قد تمارس المصلحة المتعاقدة سلطتها في الرقابة والتوجيه في نطاقها المعهود، إلا أن ذلك يؤدي إلى إلحاق أضرار بالمتعامل المتعاقد، ففي هذه الحالة أيضاً تتحمل المسؤولية التعاقدية عن هذه الأضرار، ولكنها مسؤولة بدون خطأ تقوم على أساس مبدأ التوازن المالي للعقد الإداري.

2- ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة التعديل الإنفرادي على نحو غير مشروع:

تقضي المبادئ العامة للعقود الإدارية بضرورة ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة التعديل الإنفرادي لبنود الصفقة العمومية، في سبيل مواكبة الظروف التي قد تطرأ أثناء تنفيذها. ولكن الإقرار للمصلحة المتعاقدة بهذه السلطة لا يعني ممارستها على نحو مطلق ومن دون التقيد بأية ضوابط وحدود، بل على العكس من ذلك فإن ممارستها لهذه السلطة على نحو غير مشروع يثير مسؤوليتها العقدية اتجاه المتعامل المتعاقد معها عن الأضرار التي قد تلحقه من جراء هذه الممارسة².

وتتمثل هذه الضوابط في وجوب استهداف المصلحة العامة، وذلك بأن تكون التعديلات المدرجة تستهدف تحقيق حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد. كما يجب أن يقتصر التعديل على موضوع الصفقة العمومية، فلا يجوز للمصلحة المتعاقدة إدراج خدمات جديدة ليست لها أية صلة بالموضوع الأصلي للصفقة العمومية. وإضافة إلى ما سبق يجب أن يكون التعديل بسبب تغير الظروف عما كانت عليه عند إبرام الصفقة العمومية. وأخيراً يتعين على المصلحة المتعاقدة التقيد بمبدأ

1- بشار رشيد حسين المزوري، المرجع السابق، ص.149.

2- أيوب بن منصور الجربوع، المرجع السابق، ص.90.

المشروعية عند إجراء أي تعديل لبند الصفقة العمومية، وذلك بإفراغ التعديل في قالب الذي نص عليه مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري، ووفقا للإجراءات التي حددها¹. وعليه يجب أن يكون التعديل صادرا عن الجهة الإدارية التي أبرمت الصفقة العمومية الأصلية، وأن يكون هذا التعديل في شكل ملحق للصفقة العمومية.

3- ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة توقيع الجزاءات على نحو غير مشروع:

نظرا لتنوع الجزاءات الإدارية العقدية التي يمكن للمصلحة المتعاقدة توقيعها على المتعامل المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته العقدية، فإنه يتعين علينا دراسة مدى ممارسة المصلحة المتعاقدة لكل نوع من هذه الأنواع على نحو غير مشروع.

أ- توقيع الجزاءات المالية على نحو غير مشروع:

في حالة عدم احترام المصلحة المتعاقدة للإجراءات الشكلية المقررة لاتخاذ قرار بتوقيع أي جزاء من الجزاءات الإدارية العقدية بصفة عامة، يكون للقضاء الإداري -بمناسبة بسط رقابته على هذا القرار- كامل السلطات، على اعتبار أن رقابته في هذا الصدد تدخل في إطار القضاء الكامل². وتكون رقابة قاضي العقد الإداري على الجزاءات المالية من جانبيين، جانب شكلي وجانب موضوعي. فبالنسبة للجانب الشكلي، وهو جانب تشترك فيه جميع الجزاءات الإدارية العقدية، يجب على المصلحة المتعاقدة أن تلتزم بمجموعة الإجراءات والشكليات المقررة لتوقيع مثل هذه الجزاءات، ويأتي على رأسها الإعدار، فإذا ما وقعت المصلحة المتعاقدة أي جزاء من الجزاءات الإدارية العقدية على المتعامل المتعاقد معها دون إعداره فإنه يعتبر غير مشروع، وحتى في حالة ما إذا وجهت له إعدارا، ولكن دون أن توضح فيه الإخلالات المرتكبة من طرفه أو دون منحه أجلا زمنيا معقولا لتداركها، فإن هذا الإعدار لا يضيء الشرعية على قرار توقيع الجزاء الإداري العقدي³. غير أن هناك بعض الحالات تكون فيها المصلحة المتعاقدة في حل من الالتزام بتوجيه إعدار قبل توقيع الجزاء الإداري العقدي.

أما بالنسبة للجانب الموضوعي، فإن عدم مشروعية القرار بتوقيع الجزاء الإداري العقدي بصفة عامة والجزاء المالي بصفة خاصة تثار في حالة ما إذا كان مبني على وقائع مادية غير صحيحة أو كان

1- أنظر المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري.

2- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.460.

3- بشار رشيد حسين المزوري، المرجع السابق، ص.176.

غير متناسب مع درجة جسامة الإخلال المرتكب من طرف المتعامل المتعاقد. وبما أن الجزاءات المالية تنقسم إلى ثلاثة أنواع كما سبق التطرق إليها، وهي جزاء التعويضات المالية وجزاء الغرامات المالية وجزاء مصادرة كفالة حسن التنفيذ (التأمين النهائي)، فإننا سنتعرض لعدم مشروعية كل نوع من هذه الأنواع.

فالنسبة لقرار توقيع جزاء التعويضات المالية فإنه يكون غير مشروع في حالة ثبوت أن الضرر الحاصل للمصلحة المتعاقدة لم يكن بسبب المخالفة المرتكبة من طرف المتعامل المتعاقد، أو أن هذا الأخير لم يرتكب أصلاً أي مخالفة عقدية وقت حصول الضرر للمصلحة المتعاقدة، أو أن قيمة التعويض التي تضمنها قرار الجزاء غير متناسبة تماماً ومبالغ فيها مقارنة بدرجة جسامة المخالفة العقدية التي اقترفها المتعامل المتعاقد، ومقارنة أيضاً بحجم الضرر الحاصل للمصلحة المتعاقدة، حيث لا يمكنها أن تطلب أكثر مما لحقها من خسائر وأضرار.

أما بالنسبة لقرار توقيع جزاء الغرامات المالية، فإنه يكون غير مشروع في حالة عدم النص عليه في دفتر شروط الصفقة العمومية، أو في حالة انعدام المخالفة العقدية التي جاء القرار لمواجهتها، أو أن حجمها مبالغ فيه مقارنة بدرجة جسامة المخالفة العقدية المرتكبة من جانب المتعامل المتعاقد. وتجدر الإشارة في هذا الصدد بأنه إذا تجاوزت قيمة الغرامات المالية حجم الضرر الحاصل للمصلحة المتعاقدة بشكل كبير، فإن هذا لا يعني عدم مشروعيتها، وهذا على خلاف ما هو عليه الأمر بالنسبة لجزاء التعويضات المالية.

أما بالنسبة لقرار توقيع جزاء مصادرة كفالة حسن التنفيذ (التأمين النهائي) فإنه يكون غير مشروع في حالة ما إذا نفذ المتعامل المتعاقد جميع التزاماته العقدية وفق الشروط الفنية والتقنية المنصوص عليها في الصفقة العمومية.

ب- توقيع الجزاءات الضاغطة على نحو غير مشروع:

تتمثل الجزاءات الضاغطة في جزاء سحب العمل من المقاول والتنفيذ على حسابه وجزاء الشراء على المورد، ويكون توقيعها غير مشروع في حالة عدم ارتكاب المتعامل المتعاقد لأي مخالفة عقدية، أو في حالة ارتكابه لمخالفة عقدية لا ترقى من حيث درجة جسامتها إلى الحد الذي يبرر للمصلحة المتعاقدة توقيع مثل هذا الجزاء، حيث أنه كان في إمكانها الاكتفاء بتوقيع أحد الجزاءات

المالية، وهذا نظراً لخطورة الجزاءات الضاغطة على المتعاقل المتعاقل، وأخيراً تكون هذه الجزاءات غير شرعية في حالة توقيعها على المتعاقل المتعاقل دون توجيه أي إعدار إليه من طرف المصلحة المتعاقل¹.

ج- توقيع جزاء الفسخ على نحو غير مشروع:

يكون جزاء فسخ الصفقة العمومية غير مشروع في حالة توقيع بدون صدور أي مخالفة عقدية من جانب المتعاقل المتعاقل، أو في حالة عدم التناسب بين المخالفة المرتكبة وجزاء الفسخ، حيث يمكن للمصلحة المتعاقل في هذه الحالة الاقتصار على توقيع أحد الجزاءات المالية أو الضاغطة، باستثناء الحالة التي يتم فيها النص في دفتر الشروط على أن الجزاء المرصود لإخلال المتعاقل المتعاقل بالتزام عقدي معين هو الفسخ، فهنا يتم توقيع هذا الجزاء بغض النظر عن مدى وجود تناسب بينهما²، وإضافة إلى ما سبق يكون جزاء الفسخ غير مشروع في حالة توقيع دون توجيه أي إعدار للمتعاقل المتعاقل، اللهم إلا إذا كانت المصلحة المتعاقل معفاة من إلزامية الإعدار.

الفرع الثاني: شروط استحقاق التعويض عند خطأ المصلحة المتعاقل

يشترط لاستحقاق المتعاقل المتعاقل للتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب خطأ المصلحة المتعاقل، أن يكون هناك ضرر حقيقي ناتج عن هذا الخطأ من جهة، وأن تنتفي جميع الأسباب التي تعفي المصلحة المتعاقل من التعويض من جهة أخرى.

أولاً: وجود الضرر نتيجة خطأ المصلحة المتعاقل

من أجل المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية بسبب الخطأ بصفة عامة، وفي الصفقات العمومية بصفة خاصة، لا بد من توفر ثلاثة شروط، أولها أن يكون هناك خطأ عقدي صادر عن المصلحة المتعاقل، وثانيها أن يلحق بالمتعاقل المتعاقل ضرر معين، وثالثها أن توجد علاقة سببية تربط الضرر الحاصل للمتعاقل المتعاقل بالخطأ العقدي المرتكب من طرف المصلحة المتعاقل.

1- الخطأ العقدي للمصلحة المتعاقل:

يمكن تعريف الخطأ العقدي الذي يمكن أن ترتكبه المصلحة المتعاقل في مجال العقود الإدارية بصفة عامة، وفي الصفقات العمومية بصفة خاصة، بأنه تقصير أو إخلال المصلحة المتعاقل بالوفاء

1- محمد شعبان الدرهبوي، المرجع السابق، ص.24.

2- بشار رشيد حسين المزوري، المرجع السابق، ص.183.

بأحد التزاماتها العقدية، الأمر الذي يترتب عليه تعرض المتعامل المتعاقد لأضرار متفاوتة الخطورة والجسام¹.

ومن أجل تفادي التكرار غير المفيد، نشير إلى أنه قد تعرضنا في موضوع سابق إلى مجمل الأخطاء العقدية التي يمكن ارتكابها من طرف المصلحة المتعاقدة.

2- الضرر الذي أصاب المتعامل المتعاقد:

لا يكفي ارتكاب المصلحة المتعاقدة لخطأ عقدي حتى تقوم مسؤوليتها العقدية على أساس الخطأ، وإنما يجب أن يلحق بالمتعامل المتعاقد ضرر معين، وأن يكون هذا الضرر محققاً ومؤكداً، سواء كان حالاً أو مؤكداً الوقوع في المستقبل، فلا يكفي مجرد أن يكون الضرر محتملاً أو متوقعاً، ويقع عبء إثبات وقوع الضرر على عاتق المتعامل المتعاقد².

وفي هذا الصدد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر في قرار صادر لها بتاريخ 26 أبريل 1994 بأنه: "... للمتعاقد مع الإدارة أن يطلب الحكم بالتعويض عما يلحق به من أضرار نتيجة الإجراء غير المشروع من جانب الإدارة، بشرط أن تكون ثابتة ثبوتاً يقينياً منعا للإثراء بلا سبب على حساب الإدارة..."³.

وإضافة إلى الشرط السابق، يشترط في الضرر أن يكون ذا علاقة مباشرة بالخطأ العقدي المرتكب من جانب المصلحة المتعاقدة، بحيث لو لم ترتكب هذه الأخيرة هذا الخطأ لما لحق بالمتعامل المتعاقد الضرر محل طلب التعويض، وهو ما سنتطرق إليه في الموضوع اللاحق.

3- العلاقة السببية بين الضرر والخطأ:

من أجل قيام المسؤولية العقدية للمصلحة المتعاقدة على أساس الخطأ يجب إضافة إلى الشرطين السابقين، أن يكون الضرر الذي لحق بالمتعامل المتعاقد نتيجة مباشرة لخطأ المصلحة المتعاقدة، بحيث لولا ارتكابها لهذا الخطأ لما حصل الضرر⁴.

1- رفح كريم رزويي كربال؛ خضير عبد حسين، المرجع السابق، 484.

2- بن عبد المالك بوفلجة، النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.121.

3- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 4682، س 35 ق، جلسة 1994/04/26. أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.537.

4- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.176.

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن حصول المتعاقد المتعاقد على التعويض بسبب خطأ المصلحة المتعاقدة، مرهون بانتفاء الأسباب التي تؤدي إلى إعفاء المصلحة المتعاقدة من التعويض الكلي أو الجزئي، وهو ما سنتطرق إليه في الموضوع الموالي.

ثانيا: إنتفاء أسباب إعفاء المصلحة المتعاقدة من التعويض

تمثل الأسباب التي يمكن أن تؤدي إلى إعفاء المصلحة المتعاقدة من التعويض بالرغم من ارتكابها لخطأ عقدي أدى إلى إلحاق الضرر بالمتعاقد المتعاقد في التنازل عن المطالبة بالتعويض أولا، و الخطأ المشترك بين المتعاقد المتعاقد والمصلحة المتعاقدة ثانيا، والشرط الإعفائي ثانيا.

1- التنازل عن المطالبة بالتعويض:

وفقا لمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" فإنه يمكن لطرفي الصفقة العمومية الإتفاق مسبقا على تنازل المتعاقد المتعاقد عن حقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي قد يلحقه في المستقبل بسبب خطأ المصلحة المتعاقدة، وهنا لا يجوز له المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب خطأ المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية¹.

ولكن بالرغم من وجود اتفاق مسبق على استبعاد مسؤولية الإدارة المتعاقدة ضمن بنود العقد الإداري في حالة ارتكابها لخطأ عقدي أدى إلى إلحاق الضرر بالمتعاقد معها، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قضى في قراره الصادر بتاريخ 09 مارس 1977 فصلا في قضية " Chambre de commerce et d'industrie de Douai " بتحميل الإدارة المتعاقدة جزء كبير من الخسائر التي تكبدها المتعاقد معها بسبب الخطأ العقدي الجسيم الذي ارتكبه². وهذا يعني أن مجلس الدولة الفرنسي اشترط أن يكون

1- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.542.

2- « considérant qu'il résulte de l'instruction et, notamment, de l'expertise à laquelle il a été procédé en exécution d'une ordonnance du président du tribunal administratif de lille en date du 8 janvier 1970 que l'affaissement de la chaussée, sur une longueur d'environ 15 mètres et sur une largeur de 3 mètres, à eu pour causé la presence, dans le sous-sol, d'un égout désaffecté, endommagé en plusieurs endroits par des bombardements aériens et remblayé, après la guerre, avec des matériaux impropres à cet usage ; qu'en s'abstenant de prévoir le remblaiement de l'égout, dont il ne pouvait ignorer ni l'existence, ni l'état, avant la construction d'un ouvrage destiné à recevoir un trafic régulier de véhicules de transports en commun, le service des ponts-et-chaussées a commis une faute lourde, de nature à engager la responsabilité de l'état. Que, toutefois, le dommage est également imputable au fait de l'entrepreneur, qui a été à même de constater le mauvais état du sous-sol au cours de l'exécution des travaux et qui a négligé d'avertir la chambre de commerce des conséquences qui pouvaient en résulter ; qu'en fixant respectivement à quatre cinquièmes et un cinquième les parts de responsabilité incombant à l'état et à l'entrepreneur, le tribunal administratif de lille a fait une exacte appréciation des circonstances de l'espèce ; ». C.E, Arrêt du 09/03/1977 (Chambre de commerce et d'industrie de Douai), n°98694, www.légifrance.gouv.fr, vu le : 11/12/2019.

الخطأ العقدي المرتكب من طرف الإدارة المتعاقدة جسيما لاستبعاد الاتفاق القاضي بإعفائها من مسؤوليتها عن الأخطاء العقدية التي يمكن أن ترتكبها أثناء تنفيذ العقد الإداري. كما قرر ذات المجلس في نفس السياق أن الخطأ العقدي المرتكب من طرف المتعاقد لا يعتبر خطأ جسيما يبرر تطبيق البنود التعاقدية التي تقضي بتحديد مبالغ التعويض التي يجب على الإدارة المتعاقدة تحملها¹. وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى عدم علمنا بوجود قرارات قضائية صادرة عن مجلس الدولة الجزائري تبين موقفه من هذه المسألة.

2- الخطأ المشترك بين المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة:

قد يساهم المتعامل المتعاقد جزئيا في حصول الضرر الذي لحق به بسبب خطأ المصلحة المتعاقدة، وهذا إما بفعل الخطأ الصادر عنه، أو بسبب التقصير والإهمال الذي وقع فيه؛ والذي أدى بالنتيجة إلى زيادة حجم الضرر الذي لحقه، وفي مثل هذه الحالات تعفى المصلحة المتعاقدة من تعويض كامل الضرر الذي لحق المتعامل المتعاقد نتيجة الخطأ المرتكب من جانبها، ويكون هذا الإعفاء بحسب النسبة التي ساهم فيها المتعامل المتعاقد في وقوع الضرر الذي لحقه². وفي هذا الصدد تنص المادة 127 من القانون المدني الجزائري على الإعفاء الكلي من التعويض؛ في حالة ما إذا كان الضرر بسبب خطأ صادر عن المضرور، حيث جاء فيها بأنه: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن ... خطأ صدر عن المضرور ... كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك"، وبناء عليه فإنه من باب أولى؛ لا يمكن تحميل المتسبب في الضرر كامل المسؤولية؛ في حالة مساهمة المضرور في حصول هذا الضرر، وإنما يتم إعفائه جزئيا بقدر مساهمة المضرور في وقوع الضرر.

وفي ظل عدم علمنا بوجود قرارات قضائية صادرة عن مجلس الدولة الجزائري تبين موقفه من المسألة السابقة، نستأنس بما ذهب إليه القضاء الإداري المصري، حيث قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكم صادر لها بتاريخ 31 ديسمبر 1966 بأنه: "... متى تقرر بطلان العقد بطلانا

1- « Considérant que l'imprudence des préposés de la Société des Chantiers du Nord et de la Méditerranée (SCNM) qui est à l'origine de l'incendie du "Marcel X..." ne présente pas le caractère d'une faute lourde de nature à exclure l'application de la stipulation précitée des marchés passés par l'Etat avec la Société des Chantiers du Nord et de la Méditerranée (SCNM) ; que le ministre de l'industrie, des P. et T. et du tourisme n'est, dès lors, pas fondé à soutenir que la limitation du montant de la réparation que prévoit cette stipulation ne serait pas opposable à l'Etat ; ». C.E, Arrêt du 09/03/1990 (Sté des Chantiers du Nord et de la Méditerranée SCNM), n°76876, www.légifrance.gouv.fr, vu le : 11/12/2019.

2- محمد شعبان الدرهوي، المرجع السابق، ص.83.

مطلقا على الوجه المتقدم، فإن المؤسسة يصيبها كأثر حتمي لتقرير البطلان ضرر يتمثل في قيمة الأدوات التي قامت بتصنيعها، والتي تبين أنها غير قابلة للتعامل، وليس من سبيل إلى استردادها لمخالفتها أحكام مرسوم الأوعية. ومتى كان الضرر الذي أصاب المؤسسة جاء نتيجة خطأ كل من الإدارة والمؤسسة معا، فالفرض أن المؤسسة عليمه بأحكام مرسوم الأوعية علمها بالقانون الذي لا يعذر أحد بالجهل به، وكان من المتعين عليها والحالة هذه أن تثبت من مطابقة ما تصنعه لأحكامه. ويتمثل خطأ الإدارة في كونها طرحت المناقصة على أساس عينة نموذجية مخالفة لأحكام مرسوم الأوعية مع ما يتوافر لديها من الإمكانيات الفنية التي تكفل لها الوقوف على حقيقة المواد الداخلة في تركيبها. وإذا كان الخطأ مشتركا، كان للقاضي أن يقدر نصيب كل من المسؤولين عن الخطأ في التعويض...¹.

كما قررت ذات المحكمة في حكم حديث لها نسبيا صادر بتاريخ 22 ديسمبر 1998 بأنه: "... لما كان الطاعن قد ارتكب خطأ عقديا بإخلاله بما التزم به، وأن الخطأ الذي ارتكبه جهة الإدارة يفوق درجة خطأ الطاعن، وبإجراء المقاصة بين مستحقات الطرفين تكون الجهة الإدارية مدينة للطاعن بمبلغ... مما يتعين إلزامها بأدائه للطاعن"².

3- الشرط الإعفائي:

يقصد بالشرط الإعفائي البند التعاقدي الذي تحرص المصلحة المتعاقدة على إدراجه ضمن بنود الصفقة العمومية من أجل إعفائها من المسؤولية الكاملة أو الجزئية عن تعويض الأضرار التي قد تلحق بالمتعامل المتعاقد جراء ارتكابها لأخطاء عقدية. غير أنه لا يمكن إعمال وتفعيل هذا الشرط بالنسبة لجميع الأخطاء العقدية المرتكبة من جانب المصلحة المتعاقدة، وإنما يجب التمييز بين حالة ارتكابها للأخطاء العقدية البسيطة وحالة ارتكابها للأخطاء العقدية الجسيمة، فبالنسبة للحالة الأولى استقر القضاء الإداري الفرنسي³؛ في ظل عدم علمنا بوجود قرارات قضائية صادرة عن مجلس الدولة الجزائري تبين موقفه من هذه المسألة؛ على الأخذ بالشرط الإعفائي، أما فيما يخص الحالة الثانية فلا يمكن إعماله إطلاقا؛ بل ويعتبر شرطا باطلا. وحتى بالنسبة للحالة التي يمكن فيها إعمال الشرط

1- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 1303، س 08 ق، جلسة 1966/12/31. أشار إليه: محمد شعبان الدرهوي، المرجع نفسه، ص 84.

2- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 3735، س 41 ق، جلسة 1998/12/22. أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 530.

3- محمد شعبان الدرهوي، المرجع السابق، ص 84.

الإعفائي فإن آثار هذا الإعفاء لا تشمل سوى أطراف الصفقة العمومية، ولا يمكن لها أن تمتد لتشمل الغير.

المطلب الثاني: تعويض المتعامل المتعاقد عن الأعمال غير التعاقدية

في الجزائر تنص الفقرة السادسة من المادة 136 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه: "لا يمكن أن تكون الخدمات التي لا تمنح بأوامر الخدمة محل تسوية بملحق"، وبناء على هذا النص فإن جميع الأعمال التي يقوم بها المتعامل المتعاقد خارج نطاق بنود الصفقة العمومية وبدون صدور أي أمر بالخدمة من جانب المصلحة المتعاقدة بشأنها تعتبر أعمالاً مجانية لا يمكنه أن يتقاضى عنها أي مقابل مالي عوضاً عنها.

غير أن القاعدة السابقة ترتبط بالجانب النظري أكثر منه بالجانب العملي، وهذا على أساس أن الأعمال والخدمات التي ينفذها المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة يمكن تصنيفها إلى ثلاثة أقسام: القسم الأول منها منصوص عليه في بنود الصفقة العمومية، أما القسم الثاني منها فهو خارج عن نطاق الصفقة العمومية ولكن يتم تنفيذه بناء على أوامر بالخدمة صادرة بشكل كتابي إلى المتعامل المتعاقد، في حين أن القسم الأخير منها يتم تنفيذه بناء على أوامر شفوية بالخدمة أو بمبادرة من المتعامل المتعاقد دون تلقيه أية أوامر بالخدمة من طرف المصلحة المتعاقدة، وهذا نظراً لظهور بعض الأشغال المستعجلة والضرورية لضمان حسن عملية تنفيذ الصفقة العمومية والتي لم تكن متوقعة من طرف المصلحة المتعاقدة عند إبرام هذه الصفقة، فيتولى المتعامل المتعاقد تنفيذها دون انتظار توجيه أي أمر بالخدمة إليه بخصوصها من طرف المصلحة المتعاقدة، على أساس أن ذلك سيؤدي إلى تعطيل عملية التنفيذ، كما أنه سيؤدي إلى إلحاق أضرار جسيمة بالمشروع في حال عدم القيام بها. وعليه فإن المقابل المالي للقسم الأول والثاني من هذه الأعمال يكون على أساس عقدي (الصفقة العمومية بالنسبة للقسم الأول، والملحق بالنسبة للقسم الثاني)، في حين أن المقابل المالي للقسم الثالث من هذه الأعمال -وهو موضوع هذا المطلب- يكون على أساس نظرية الإثراء بلا سبب، فما هو مفهومها؟، وما هي شروط تطبيقها؟

الفرع الأول: مفهوم نظرية الإثراء بلا سبب في مجال العقود الإدارية

عرف الدكتور عبد الرزاق السنهوري نظرية الإثراء بلا سبب بأنها مصدر من مصادر الالتزام يقتضي بأن: "كل من أثري على حساب الغير دون سبب قانوني يلتزم بأن يرد لهذا الغير قدر ما أثري به في حدود ما لحق الغير من خسارة"¹. وقد عرفتها المادة 141 من القانون المدني الجزائري بقولها: "كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء".

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى الفرق الموجود ما بين الإثراء بلا سبب والإثراء غير المشروع، ففي حين يعرف الإثراء غير المشروع على أنه الإثراء الذي يحصل عليه الموظف العام عن طريق الرشوة أو فرض النفوذ، فإن الإثراء بلا سبب في مجال القانون الإداري يعرف على أنه إثراء الإدارة نتيجة أعمال وخدمات منفذة من طرف المتعامل المتعاقد معها خارج نطاق التزاماته العقدية أو بسبب عقد إداري باطل، ويعتبر الإثراء بلا سبب مصدرا من مصادر الإلتزامات في القانون المدني، حيث يدخل في إطار نظرية شبه العقد، وهذا على خلاف الإثراء غير المشروع، الذي يتلقى فيه الموظف إثراء مقابل أدائه لالتزاماته المهنية أو مقابل استغلال غير مشروع لوظيفته، وهو ما يعرف بالإستثمار في الوظيفة، كاستغلال نفوذه من أجل حصول الغير على رخصة استيراد مثلا².

ولقد كان موقف الفقه الإداري في فرنسا مترددا جدا خلال القرن التاسع عشر من الإعتراف بنظرية الإثراء بلا سبب في مجال القانون العام، حيث انقسم بين مؤيد ومعارض لها. فمن بين المؤيدين لتطبيق نظرية الإثراء بلا سبب الفقيه "Dareste" الذي اعتبرها نوعا من تطبيق العدالة الإدارية، في حين عارض الفقيه "Foucart" تطبيق هذه النظرية في إطار القانون العام، حيث رفض رفضا قاطعا إدخال قواعد القانون الخاص في مجال القانون الإداري، واستند في هذا الرفض إلى أن ذلك سيؤدي لا محالة إلى المساس بقواعد المحاسبة العمومية، وبالنتيجة تذيير الأموال العمومية. كما عارض الفقيه "Looly" تطبيق هذه النظرية في مجال القانون الإداري على أساس أن ذلك يعني تدخل القضاء في عمل الإدارة من خلال تقديره مدى منفعة النفقة بالنسبة للإدارة، في حين استند الفقيه "Ducrocq" في رفض تطبيق هذه النظرية ضمن قواعد القانون الإداري إلى أنها ستمنح الإدارة حجة مقنعة للتهرب

1- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998، لبنان، ص.1247.
2- صليحة بن عودة، الجرائم الماسة بالصفقات العمومية بين الوقاية والرقابة في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة أوبكر بلقايد - تلمسان (الجزائر)، 2017، ص.146.

من أحكام قانون المحاسبة العمومية، وذلك بإجازة نفقة عامة غير مرخص بها وليست معتمدة في إطار الموازنة العامة¹.

وقد أيد الفقيه "Maurice HAURIOU" فكرة تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب في مجال القانون الإداري، وقد رد على الإنتقادات السابقة بأنه يجب التمييز بين القواعد التي تمنع تبذير الأموال العامة وبين القواعد التي تسمح للإدارة بدفع التعويض على أساس نظرية الإثراء بلا سبب، ذلك أن الإدارة لا تستطيع الإستغناء بشكل كلي عن مساعدة أشخاص القانون الخاص، الذين يمكنهم تقديم هذه المساعدة إما في إطار العقود المبرمة مع الإدارة، أو خارج نطاقها وهي حالة من حالات أشباه العقود، ومن ثم يجب على القاضي السعي لتعويض هؤلاء الأشخاص عن الأعمال التي قاموا بها لصالح الإدارة خارج إطار العقود المبرمة معها، وهذا إعمالاً لقواعد العدالة والإنصاف. وحتى ولو سلمنا بضرورة احترام قواعد المحاسبة العمومية، فإن دفع هذا التعويض لن يكون إلا بعد إدراجه واعتماده في الموازنة². أما بالنسبة لموقف القضاء الإداري من الإعتراف بنظرية الإثراء بلا سبب في مجال القانون العام، فإنه في ظل غياب قرارات قضائية صادرة عن مجلس الدولة الجزائري في هذا السياق، نستأنس بما ذهب إليه القضاء الإداري الفرنسي، والذي عرف نفس التردد الذي شهده الفقه الإداري الفرنسي، حيث رفض مجلس الدولة الفرنسي في بداية الأمر تطبيق نظرية شبه العقد الإداري، واستند في ذلك إلى وجوب احترام الإجراءات الشكلية المرتبطة بإخضاع كل عقد إداري إلى ترخيص مسبق تصدره السلطة المختصة، وهو ما تم تأكيده في رأي استشاري بتاريخ 28 ماي 1823 بخصوص عقد تم إبرامه من طرف مدير إحدى المدارس الرسمية بصفته الشخصية مع أحد الموردين خارج الإطار القانوني السليم، وقد قرر المجلس في هذا الرأي بأن هذا التصرف غير ملزم للمدرسة ولا للدولة. وبالرغم من أن هذا الرأي لم يشر صراحة إلى الفضالة أو إلى الإثراء بلا سبب إلا أنه استبعدهما ضمناً باستبعاده للمواد من 1371 إلى 1375 من القانون المدني المتعلقة بشبه العقد بوجه عام والفضالة بوجه خاص، حيث أكد المجلس أنه لا يجوز الإستناد إلى هذه المواد في مواجهة الإدارة³.

ولكن بالرغم من استبعاد مجلس الدولة الفرنسي لنظرية الفضالة، إلا أن موقفه هذا اتسم بنوع من الغموض على أساس أنه لم يبين الدوافع الرئيسية لاستبعاد هذه النظرية، كما أنه لم يوضح الفرق

1- علي عبد الأمير قبيلان، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص.132.

2- علي عبد الأمير قبيلان، المرجع نفسه، ص.134.

3- علي عبد الأمير قبيلان، المرجع نفسه، ص.150.

ما بين نظرية الفضالة ونظرية الإثراء بلا سبب. ويرى البعض أن السبب الحقيقي وراء رفض المجلس الأخذ بنظرية الفضالة الواردة في القانون المدني، يكمن في ضرورة انسجامه مع موقفه المبدئي الذي استقر عليه في النصف الثاني من القرن التاسع عشر ميلادي من خلال قرار "Rotchild" الصادر بتاريخ 06 ديسمبر 1855¹، وقرار محكمة التنازع في قضية "Blanco" الصادر بتاريخ 08 فيفري 1873²، ويقضي هذا المبدأ بذاتية قواعد المسؤولية واستقلاليتها عن نظيرتها في القانون المدني، بحيث أنه لو طبقت قواعد القانون المدني كما هي لأدى ذلك إلى اعتبار مجلس الدولة مجرد محكمة من محاكم القضاء المدني ما يفقده مبرر وجوده، فالمرحلة التأسيسية التي كان يمر بها المجلس دفعته إلى التشدد في الإبتعاد والإنفصال عن قواعد القانون المدني³.

ولكن بعد ذلك بدأ مجلس الدولة الفرنسي في الاعتراف شيئاً فشيئاً بالتعويض عن الأعمال غير التعاقدية وغير النظامية التي ينفذها الخواص لفائدة الإدارة، ولكنه قصر هذا الاعتراف في بداية الأمر على الأعمال التي حققت نفعاً مؤكداً لصالح الإدارة والتي نفذت في إطار حالات شبه التعاقد معها، حيث قضى في قرار صادر له بتاريخ 22 ديسمبر 1859 فصلاً في قضية "Commune de Vezac" بأن الأعمال التي نفذها شخص من أشخاص القانون الخاص لصالح الإدارة بشكل غير مرخص به نظامياً يجب التعويض عنها بالرغم من عدم نظاميتها مادامت قد حققت نفعاً للإدارة. كما قضى في قرار آخر صادر له بتاريخ 19 أبريل 1860 فصلاً في قضية "Commune de Gonnord" برد التعويض الموافق عليه بطريقة غير مشروعة، وهذا على أساس أن الأعمال التي نفذت لمصلحة البلدية بشكل غير مرخص به لا تعود عليها بأية منفعة⁴. ويلاحظ من خلال هذين القرارين أن مجلس الدولة الفرنسي قد تبني نظرية الإثراء بلا سبب وإن كان لم يشر إليها صراحة.

وتجدر الإشارة في هذا السياق إلى أن مجلس الدولة الفرنسي قد تأخر نوعاً ما في تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب متذرعاً في ذلك بحجة حماية الأموال العامة، وهذا من خلال رفضه أية نفقة لم تحصل على ترخيص مسبق ولم يتم إدراجها ضمن ميزانية الإدارة، وهي حجة مردودة عليه على أساس أن ميزانية الإدارة يجب أن تغطي الأعباء غير المتوقعة إضافة إلى التزاماتها النظامية التي تمت وفقاً

أشار إليه: علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص.151. 1- C.E, Arrêt du 06/12/1855(Rothschild).
2-T.C, Arrêt du 08 fév 1873 (Blanco), Marceau Long et autres, les grandes arrêts de la jurisprudence administratives, T. 1, Dalloz, 20^{ème} E.D., Paris, 2015, p.01.
3- علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص.151.
4- C.E, Arrêt du 22/12/1859 (Commune de Vezac); C.E, Arrêt du 19/04/1860 (Commune de Gonnord). أشار إليهما: عبد الأمير قبلان، المرجع نفسه، ص.136.

لقواعد المحاسبة العمومية¹. وقد تجسد تمسك مجلس الدولة الفرنسي باحترام قواعد المحاسبة العمومية من خلال قرارين مهمين، الأول صدر بتاريخ 08 أبريل 1842 فصلا في قضية " Maitre de la Gentiliy commune de " والذي قرر فيه رفض منح التعويض على أساس أنه لا يمكن فرض نفقات على البلدية لم تكن محل تصويت مسبق من طرف المجلس البلدي ولم تصادق عليها السلطة الوصية، أما القرار الثاني فكان بتاريخ 19 جوان 1856 فصلا في قضية "Tinel"، قضى فيه المجلس برفض منح التعويض بسبب مخالفة قواعد المحاسبة العمومية من طرف البلدية، وهذا على أساس أن هذه النفقات لم يصادق عليها المجلس البلدي في مداواته².

وهناك من يرى أن السبب الحقيقي وراء تأخر مجلس الدولة الفرنسي في الأخذ بنظرية الإثراء بلا سبب وتحججه بالمحافظة على الأموال العامة وضرورة احترام قواعد المحاسبة العمومية يعود إلى أمرين أساسيين، يتمثل الأول في أن هذه النظرية لم تكن قد تبلورت ونضجت بعد كنظرية مستقلة وأصيلة، وهذا حتى في ظل الإجتهد المدني الذي كان يعتبرها مجرد فضالة ناقصة، أما الأمر الثاني فيرجع إلى محاولة المجلس فرض ذاتيته واستقلاله من خلال رفضه تطبيق نصوص القانون المدني المتعلقة بالفضالة في مجال القانون الإداري³.

وكان الفقيه "Maistre" من أوائل من أبرز عناصر الإبتكار في نظرية الإثراء بلا سبب في إطار القانون الإداري، وذلك عندما أوضح أن مجلس الدولة الفرنسي قد توصل إلى هذه النظرية من خلال محاولة التنسيق والتوفيق بين نظريتي الفضالة والإثراء بلا سبب، حيث استعار من الأولى فكرة الأعمال الضرورية والنافعة، ومن الثانية فكرة الإثراء المتحقق، وأشار إلى وجود رابطة شبه عقدية ما بين المفتقر والإدارة، والتي تتمثل في وجود عنصر شبه رضائي من طرف الإدارة متجسد في موافقتها على الأعمال المنفذة، سواء كانت هذه الموافقة بشكل صريح بأن تكون الإدارة قد قدمت طلبا بشأن هذه الأعمال، أو بشكل ضمني من خلال صمتها وعدم اعتراضها على تنفيذ هذه الأعمال بالرغم من اطلاعها و علمها بها⁴.

1- علي عبد الأمير قبيلان، المرجع السابق، ص.153.

2- C.E, Arrêt du 08 avril 1842 (Maitre de la commune de Gentiliy) ; C.E, Arrêt du 19 juin 1856 أشار إليهما: علي عبد الأمير قبيلان، المرجع نفسه، ص.153.

3- علي عبد الأمير قبيلان، المرجع نفسه، ص.153.

4- علي عبد الأمير قبيلان، المرجع نفسه، ص.155.

ويرى البعض أن مجلس الدولة الفرنسي قد سبق الإجتهد المدني في تحديد ورسم حدود ومعلم نظرية الإثراء بلا سبب، وهذا من خلال قراره الصادر بتاريخ 15 فيفري 1889 فصلا في قضية "Lemaire"¹، الذي سبق حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية "Boudier" الصادر بتاريخ 15 جوان 1892²، حيث اعترف المجلس ضمنيا بأن التعويض في حالة شبه العقد من طرف الإدارة مبني على مبدأ عام يقضي بأن لا أحد يستطيع أن يثرى على حساب الغير. وتتلخص وقائع هذه القضية في أن أحد الكهنة قام بتنفيذ إصلاحات لفائدة الكنيسة دون موافقة وترخيص من المجلس البلدي، وحينها قرر مجلس الدولة الفرنسي بأنه يتوجب على الإدارة تعويضه في حدود الفائدة التي حصلت عليها، وهذا بالرغم من اعترافه بعدم نظامية هذه الأشغال³. ووفقا لقرار "Lemaire" فإنه يجب توفر ثلاثة شروط من أجل تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب، وهي تتمثل فيما يلي:

1- توفر الرضا من طرف الإدارة، سواء كان هذا الرضا صريحا بأن تكون هي التي طلبت تنفيذ هذه الأشغال ولكن بطريقة غير نظامية، كأن يكون الطلب شفويا، أو كان ضمنيا كأن تمتنع عن وقف هذه الأشغال بالرغم من علمها بها.

2- تحقق المنفعة العامة الناتجة عن النفقات التي دفعها المفترق.

3- حصول الإدارة على المنفعة دون سبب قانوني.

واعتمد مجلس الدولة الفرنسي في تطوير نظرية الإثراء بلا سبب في مجال القانون العام على طريقة ذات أساس تجريبي، وهذا نظرا لتأخر اكتمالها -لا سيما من حيث الشروط التي تحيط بها- في إطار الإجتهد المدني، حيث قام المجلس ببعض المحاولات القضائية لحصرها، مستعينا في ذلك بالإجتهدات الفقهية الإدارية التي كان لها الأثر الإيجابي في تكوين وتشكيل هذه النظرية⁴. ولكن بالرغم من ذلك بقي المجلس حائرا بين تأسيس التعويض -عن الأعمال النافعة للإدارة والتي تم تنفيذها من طرف شخص من أشخاص القانون الخاص بدون صدور أي أمر بالخدمة إليه- على نظرية الفضالة أو نظرية الإثراء بلا سبب، وهو ما أكدته تقرير مفوض الحكومة "Teissier" في قضية

1- C.E, Arrêt du 15 février 1889 (Lemaire). Voir : Delphine SION, de l'apport De L'enrichissement sans cause au droit des contrats administratifs -Contribution au règlement indemnitare des situations péri-contractuelles-,thèse de doctorat de droit public, faculté de droit d'aix-en-provence-université Aix Marseille, France, 2016., p.07.

2- Cass, Arrêt du 15/06/1892 (Boudier).Voir : Henri CAPITANT; François TERRE; Yves LEQUETTE, les grandes arrêts de la jurisprudence civile, T. 2, Dalloz, 12^{ème} E.D., Paris, 2008, p.553.

3- علي عبد الأمير قبيلان، المرجع السابق، ص.155.

4- علي عبد الأمير قبيلان، المرجع نفسه، ص.136.

"Sapor"¹، حيث اعتبر أنه بالرغم من تدخل رئيس البلدية غير المشروع في إدارة الأموال العامة، إلا أنه يمكنه المطالبة بما صرفه من نفقات سواء بالإستناد إلى نظرية الإثراء بلا سبب أو بالإستناد إلى نظرية الفضالة². وهذه الحيرة والغموض تأكدا فيما بعد في قرارين لمجلس الدولة الفرنسي، الأول بتاريخ 28 جويلية 1911 فصلا في قضية "Sieur de la guérinière"، والذي طبق فيه بشكل صريح وواضح نص المادة 1372 من القانون المدني الفرنسي³ والتي تتعلق بالفضالة⁴، وهذا بالرغم من اعتباره بأن الأشغال المنفذة من طرف السيدين "R" و "G" قد تمت لمصلحة البلدية التي استفادت منها بدون سبب قانوني، وبالتالي تتحمل تكاليف التعويض لهما عما لحقهما من افتقار في حدود ما أثريت به، والثاني بتاريخ 18 جوان 1920 فصلا في قضية "Epoux Rigault"⁵، والذي طبق فيه المجلس نص المادة 1371 من القانون المدني الفرنسي المتعلق بشبه العقد⁶.

ولكن بعد ذلك بدأت حيرة مجلس الدولة الفرنسي بالتلاشي شيئا فشيئا، حيث أصبح يؤسس قراراته بتعويض الخواص عن الأعمال النافعة التي نفذوها لمصلحة الإدارة بشكل غير نظامي على نظرية الإثراء بلا سبب دون نظرية الفضالة، حيث توالى أحكامه في هذا السياق. فقد قضى المجلس في قراره الصادر بتاريخ 05 أوت 1920 فصلا في قضية "Grouvelle" أن الأمر الصادر من طرف وزير العدل -على خلفية وفاة سجين نتيجة البرد- بوضع مدافئ في السجن لا يشكل عائقا أمام مطالبة مورد المدافئ التعويض من الإدارة على أساس نظرية الإثراء بلا سبب⁷. كما قضى في قراره الصادر بتاريخ 30 جانفي 1935 فصلا في قضية "Dame Blot" رفض طلب التعويض عن الإثراء بلا سبب على أساس أن الإثراء كشرط جوهرى لقبول هذا الطلب لم يتوفر في الوقائع⁸. و قضى المجلس في قرار آخر صادر له بتاريخ 19 أبريل 1944 فصلا في قضية "Vayres" أن عدم تصديق

1- C.E, Arrêt du 07 Mai 1909 (Sapor). Voir : Delphine SION, op. cit., p.08.

2- علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص.138.

3- تقابلها المادة 1301 في القانون المدني الفرنسي.

4- C.E, Arrêt du 28 juillet 1911(Sieur de la guérinière). Voir : Delphine SION, Ibid., p.08.

5- C.E, Arrêt du 18 juin 1920 (Epoux Rigault). Voir : Delphine SION, op. cit., p.07.

6- تقابلها المادة 1300 في القانون المدني الفرنسي الحالي.

7- C.E, Arrêt du 05 Aout 1920 (Grouvelle).

أشار إليه: علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص.158.

8- C.E, Arrêt du 30 Janvier 1935 (Dame Blot).

أشار إليه: علي عبد الأمير قبلان، المرجع نفسه، ص.159.

المجلس البلدي على العقد الإداري المتضمن الأشغال المنفذة، لن يكون عقبة أمام منفذ هذه الأشغال في مطالبته للبلدية عن تعويضه على أساس نظرية الإثراء بلا سبب¹.

واستمر مجلس الدولة الفرنسي في هذا النهج إلى أن تم اعتماد نظرية الإثراء بلا سبب كمبدأ قانوني عام سنة 1961، وذلك في قراره الصادر بتاريخ 14 أبريل 1961 فصلا في قضية "Société Sud-Aviation"، وقرر المجلس إمكانية تطبيق هذا المبدأ في نطاق الأشغال العامة حتى في ظل غياب النص عليه، وبرر مفوض الحكومة "HEUMANN" اللجوء إلى هذا الحل بالنظر إلى أهداف الإنصاف والعدالة².

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي في عدة قرارات له على هذا المبدأ، حيث قضى في قرار صادر له بتاريخ 14 جوان 2002 فصلا في قضية "Ville d'Angers" أنه يمكن التعويض عن الأعمال الضرورية المنفذة بشكل غير نظامي حتى في الصفقات العمومية المبرمة وفقا للسعر الإجمالي، حيث قضى بأن تجاوز مبلغ الأشغال المنفذة نسبة 20% من المبلغ الأصلي للصفقة العمومية المنصوص عليها في دفتر الشروط الإدارية العامة للصفقات العمومية للأشغال، لا يشكل عائقا أمام تعويض المتعاقد مع الإدارة عن هذه الأشغال التي نفذها بدون تلقي أوامر كتابية بالخدمة من طرفها، وهذا بشرط أن تكون هذه الأشغال ضرورية لحسن تنفيذ موضوع هذه الصفقة³.

كما قضى في قرار آخر صادر له بتاريخ 10 أبريل 2008 فصلا في قضية "Département Alpes- Maritimes c/Société Decaux" بأن الأخطاء المرتكبة من طرف المتعاقد مع الإدارة والتي تسببت في إلغاء الصفقة العمومية، لا يمكن أن تكون عائقا أمام تعويضه عن الأشغال الضرورية التي نفذها لحساب الإدارة والتي كانت لازمة لحسن تنفيذ موضوع هذه الصفقة، وهذا على أساس مبدأ الإثراء بلا سبب، إلا إذا أدت هذه الأخطاء إلى الإخلال بإرادة المصلحة المتعاقدة⁴.

1- C.E, Arrêt du 19 Avril 1944 (Vayres).

أشار إليه: علي عبد الأمير قبلان، المرجع نفسه، ص.159.

2- Delphine SION, Ibid., p.08.

3- « Considérant que les dispositions de l'article 15.3 du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux, qui prévoient l'indemnisation des travaux supplémentaires réalisés au-delà de la masse initiale des travaux et sur ordre de service du maître d'ouvrage, pour des montants, dans le cas des marchés à prix forfaitaire, excédant le vingtième de la masse initiale, ne fait pas obstacle à l'indemnisation de travaux supplémentaires réalisés sans ordre de service du maître d'ouvrage, mais indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art, quel qu'en soit le montant ; ». C.E, Arrêt du 14 juin 2002 (Ville d'Anger), n° 219874, www.legifrance.gouv.fr/AffichJuriAdmin, vu le : 29/10/2018.

4- « Considérant que l'entrepreneur dont le contrat est entaché de nullité peut prétendre, sur un terrain terrain quasi-contractuel, au remboursement de celles de ses dépenses qui ont été utiles à la collectivité envers laquelle il s'était engagé ; que les fautes éventuellement commises par l'intéressé

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي مبدأ الإثراء بلا سبب حتى فيما بين الإدارات العمومية، وهو ما أكده في قراره الشهير بتاريخ 14 أكتوبر 1966 فصلا في قضية " c/ Ministre de la construction Ville de Boreaux "، والذي قضى فيه بإمكانية مطالبة الدولة بالتعويض عن الأعمال الضرورية التي نفذتها لمصلحة مدينة " Bordeaux " على أساس مبدأ الإثراء بلا سبب. وتتلخص وقائع هذه القضية في أن الدولة الفرنسية أكملت تنفيذ أشغال بناء وحدات سكنية بدلا عن مدينة " Bordeaux " بسبب العجز في توفير السكن التي كانت تعاني منه، وبعدها قامت الدولة بالرجوع عليها من أجل مطالبتها بالنفقات التي صرفتها على هذه الأشغال، والتي اتسمت بطابع الضرورة والإستعجال¹.

كما طبق مجلس الدولة الفرنسي مبدأ الإثراء بلا سبب حتى فيما بين المؤسسات العمومية والخواص من أجل تعويض هذه المؤسسات عن الخدمات التي استفاد منها الخواص وتسببت في إثرائهم على حسابها بدون سبب قانوني، حيث قضى المجلس في قراره الصادر بتاريخ 12 جوان 2014 فصلا في قضية " VET AGRO SUP " أنه بالرغم من عدم وجود أية علاقة تعاقدية تجمع بين المؤسسة العمومية " VET AGRO SUP " والمدعى عليها، إلا أنه يجب تعويض هذه المؤسسة عن جميع المصاريف التي أنفقتها والتي استفادت منها المدعى عليها بدون سبب قانوني، وهذا على أساس مبدأ الإثراء بلا سبب. وتتلخص وقائع القضية في أن الشركة المركزية للكلاب " Société centrale canine " أبرمت في سنة 1995 إتفاقية مع المدرسة الوطنية للبيطرة " l'Ecole Nationale Vétérinaire de Lyon "

antérieurement à la signature du contrat sont sans incidence sur son droit à indemnisation au titre de l'enrichissement sans cause de la collectivité, sauf si le contrat a été obtenu dans des conditions de nature à vicier le consentement de l'administration, ce qui fait obstacle à l'exercice d'une telle action ; que dans le cas où la nullité du contrat résulte d'une faute de l'administration, l'entrepreneur peut en outre, sous réserve du partage de responsabilités découlant le cas échéant de ses propres fautes, prétendre à la réparation du dommage imputable à la faute de l'administration ; qu'à ce titre il peut demander le paiement des sommes correspondant aux autres dépenses exposées par lui pour l'exécution du contrat et aux gains dont il a été effectivement privé par sa nullité, notamment du bénéfice auquel il pouvait prétendre, si toutefois l'indemnité à laquelle il a droit sur un terrain quasi-contractuel ne lui assure pas déjà une rémunération supérieure à celle que l'exécution du contrat lui aurait procurée ; ». C.E, Arrêt du 10 Avril 2008 (Département Alpes- Maritimes c/Sté Decaux), n° 244950, www.legifrance.gouv.fr/AffichJuriAdmin, vu le : 30/10/2018.

1- « Devant la carence de la ville de Bordeaux l'Etat s'est substituée à elle pour assurer l'achèvement d'immeubles H.L.M. Il demande le remboursement des dépenses engagées en se fondant notamment sur l'enrichissement sans cause dont aurait bénéficié la ville. Eu égard à la crise du logement, l'achèvement desdits immeubles présentait pour la ville un intérêt majeur, les travaux effectués par l'Etat étant indispensables et d'une grande urgence. L'Etat a pu dans ces circonstances se substituer à la ville. L'Etat peut demander à la ville le remboursement des dépenses qu'il a effectuées sur le fondement du principe de l'enrichissement sans cause, principe général applicable même sans texte à la matière des travaux publics ». C.E, Arrêt du 14 octobre 1966 (Ministre de la construction c/ Ville de Boreaux), n° 64076, www.legifrance.gouv.fr/AffichJuriAdmin, vu le : 28/10/2018.

(ENVL) والتي أصبحت تسمى بعد تاريخ الفاتح من جانفي 2010 باسم "VET AGRO SUP" من أجل العناية وصيانة واستعمال مخزون من الحيوانات المنوية المجمدة التي تعود لمجموعة من الكلاب. وفي سنتي 1997 و1998 قام مركز الدراسات والأبحاث المتخصص في استنساخ وتربية الكلاب -الذي يتبع للمدرسة الوطنية للبيطرة- بتأمين عملية استخلاص وحفظ عينات من السائل المنوي لستة كلاب مملوكة للمدعى عليها، وهذا مقابل تحرير فاتورة إجمالية عن هذه الخدمات. وفي سنة 2007 طلبت المدعى عليها تحويل هذه العينات إلى بنك السائل المنوي للكلاب الذي يسيره شخص من الغير، وعلى إثر هذا الطلب قام محاسب المدرسة الوطنية للبيطرة بإرسال سند إيرادات " Titre de recettes " إلى المدعى عليها بقيمة 3168 أورو مقابل نفقات حفظ وتأمين عينات السائل المنوي لمدة عشر سنوات، وعند طعن المدعى عليها في هذا السند أمام المحكمة الإدارية الفرنسية قررت هذه الأخيرة إلغائه، وقد أيدت محكمة الإستئناف الإدارية هذا الحكم على أساس عدم وجود علاقة عقدية تجمع بين المدرسة الوطنية للبيطرة والمدعى عليها، ولكن عند طعن المدرسة الوطنية للبيطرة أمام مجلس الدولة الفرنسي في هاذين الحكمين قرر استحقاقها لهذه المبالغ على أساس مبدأ الإثراء بلا سبب¹.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن القضاء الإداري الفرنسي كان قبل سنة 1975 يميز في نطاق تطبيقه لمبدأ الإثراء بلا سبب بين الأعمال الضرورية (Les travaux indispensables) والأعمال المفيدة (Les travaux utiles)، حيث لم يكن يعوض -في بعض قراراته- إلا عن الأعمال الضرورية، وهي تلك الأعمال التي لم يتم النص عليها في الصفقة العمومية، ولكنها تعتبر ضرورية لحسن تنفيذ موضوعها بالنظر إلى قواعد الفن التي يجب مراعاتها في هذا الإطار. وكان القضاء الإداري الفرنسي يشترط طابع الضرورة صراحة للتعويض عن هذه الأعمال، حيث كان يستعمل بعض المصطلحات للدلالة على ذلك، منها عبارة "لا غنى عنها" أو "أنها تمثل ضرورة حتمية"، وكان يتخذ من اعتراف

1- « Considérant que, pour statuer sur le moyen subsidiaire soulevé par VET AGRO SUP au soutien de ses conclusions dirigées contre le jugement du 12 octobre 2010 du tribunal administratif de Lyon annulant son titre de recettes du 15 avril 2008, tiré de ce que, dans l'hypothèse où la cour conclurait à l'absence de relation contractuelle avec MmeA..., la somme réclamée pouvait être fondée sur l'enrichissement sans cause dont celle-ci a profité, la cour s'est bornée à juger que " VET AGRO SUP, qui n'a pas de relation contractuelle avec MmeA..., ne peut utilement invoquer à son profit l'enrichissement sans cause et l'inexécution du contrat par l'intéressée " ; qu'ainsi, eu égard à l'argumentation dont elle était saisie, la cour a insuffisamment motivé son arrêt ; que VET AGRO SUP est donc fondé, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de son pourvoi, à en demander l'annulation ». C.E, Arrêt du 12 juin 2014 (VET AGRO SUP), n° 359218, www.legifrance.gouv.fr/AffichJuriAdmin, vu le : 07 novembre 2018.

الإدارة بصفة الضرورة أو عدم مجادلتها فيها دليلا عليها. غير أن القضاء الإداري الفرنسي -وفي تناقض واضح¹ - اكتفى في قرارات أخرى بكون الأعمال المنفذة من طرف المتعاقد مع الإدارة بدون طلب منها مفيدة لها من أجل التعويض عنها، ولم يشترط في هذه القرارات طابع الضرورة، وإنما عوض المتعاقد مع الإدارة عن هذه الأعمال شريطة أن لا تكون الإدارة قد اعترضت صراحة على تنفيذ هذه الأعمال².

ولكن مع صدور قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 17 أكتوبر 1975 فصلا في قضية "Commune de Canari" زال هذا التناقض نهائيا، حيث قرر المجلس في هذا القرار التعويض فقط عن الأعمال الضرورية دون الأعمال المفيدة، وهذا بالإستناد دائما إلى مبدأ الإثراء بلا سبب. وجاء في هذا القرار أن المقاوله قامت بإصلاح جزء من الطرق الريفية غير ذلك الجزء المنصوص عليه في الصفقة العمومية دون صدور أية أوامر كتابية أو شفوية بذلك من طرف البلدية، وأن هذا الجزء المنفذ و إن كان يعود بالفائدة على البلدية، إلا أنه لا يعتبر من قبيل الأعمال الضرورية اللازمة لحسن تنفيذ الصفقة العمومية، وبالتالي رفض المجلس تعويض هذه المقاوله عن هذه الأعمال³.

كما قضى المجلس في ذات السياق في قراره الصادر بتاريخ 02 جويلية 1982 فصلا في قضية "Routière Colas" أن تعبيد بعض الطرق التي لم تشملها بنود الصفقة العمومية بالرغم من المعارضة الصريحة من طرف صاحب الأشغال لا يمكن أن تكون محل تسوية مالية، وهذا على أساس أنها لا تعتبر من الأعمال الضرورية لحسن تنفيذ الصفقة العمومية، بالرغم من الفائدة التي تجنيها المصلحة المتعاقدة من هذه الأعمال⁴.

1- Laurent Richer, op. cit., p.246.

2- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.571.

3- « Entreprise chargée de la réfection des chemins ruraux d'une commune dans la limite d'une somme globale et forfaitaire fixée par le marché, lequel stipulait que les ordres de service prescrivant des travaux supplémentaires devaient être écrits. L'exécution de ce marché n'ayant permis que la réfection d'une partie des chemins ruraux, l'entreprise a, sans qu'ait été conclu un nouveau marché, exécuté des travaux de réfection d'une autre partie de ces chemins. L'entreprise n'ayant reçu aucun ordre écrit ni verbal de la commune pour effectuer ces travaux, et ceux-ci n'étant pas indispensables à la bonne exécution des ouvrages compris dans les prévisions du marché, l'entreprise n'a droit à aucune indemnité, alors même que les travaux supplémentaires auraient été utiles à la commune ». C.E, Arrêt du 17 octobre 1975 (Commune de Canari), n° 93704, www.legifrance.gouv.fr/AffichJuriAdmin, vu le 30/07/2018.

4- « En ce qui concerne les emprunts de terres hors emprise : Cons. que l'entreprise soutient que s'il avait été prévu au devis technique que les terres des déblais seraient utilisées pour la réalisation des remblais de la chaussée et suffiraient à cet effet, la mauvaise qualité de ces déblais l'a contrainte à effectuer des emprunts de terres hors l'emprise de la chaussée à concurrence de 12 285 m3 pour un volume de remblais de 207 000 m3 et demande à ce titre la somme de 367 909,85 F ; que toutefois le

أما بالنسبة لموقف القضاء الإداري المصري من نظرية الإثراء بلا سبب فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكم صادر لها بتاريخ الفاتح من شهر أبريل 1978 إلى القول بأن: "قيام المتعاقد مع الإدارة ودون تكليف منها بأداء أعمال أو خدمات غير منصوص عليها بالعقد، يمنحه الحق في مطالبة الإدارة بتعويض عما أنفقته للقيام بتلك الأعمال أو الخدمات الإضافية ذات فائدة ولازمة للمرفق العام وذلك على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب"¹.

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب في مجال العقود الإدارية

تنص الفقرة الأولى من المادة 141 من القانون المدني الجزائري على أنه: "كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو من الشيء". ومن خلال هذا النص يتبين أن نظرية الإثراء بلا سبب تعني أنه يجب على كل من أثري على حساب غيره دون مبرر قانوني تعويض هذا الغير، وذلك بأن يرد له أقل القيمتين، إما مقدار ما أثري به أو مقدار ما افتقر به الغير"².

ويتطلب لتطبيق نظرية الإثراء بلا سبب في مجال القانون الإداري توفر مجموعة من الشروط يمكن تقسيمها إلى صنفين، يتمثل الصنف الأول في الشروط المادية والمتمثلة في شرط إثراء المصلحة المتعاقدة، وشرط افتقار المتعاقد المتعاقد معها. وشرط العلاقة السببية بين إثراء المصلحة المتعاقدة وافتقار المتعاقد المتعاقد معها، أما الصنف الثاني فيتمثل في الشروط القانونية والمتمثلة في شرط انعدام السبب القانوني لإثراء الإدارة وافتقار المتعاقد معها، وشرط انعدام طريق آخر غير دعوى الإثراء بلا سبب للمطالبة بالتعويض، وهو ما يعرف باحتياطية دعوى الإثراء بلا سبب"³. وستتطرق فيما يلي لهذه الشروط بشيء من التفصيل، وهذا على النحو التالي:

représentant du maître de l'ouvrage, sur la demande d'autorisation à lui adressée par M. X... le 22 novembre 1974, s'y est expressément opposé par lettre en date du 9 janvier 1975 adressée par le directeur départemental de l'équipement au directeur de la société requérante et a enjoint à celui-ci de se conformer aux prescriptions du marché pour la réalisation des remblais en prélevant les terres nécessaires sur les déblais de la meilleure qualité; que dans ces conditions, et quel que soit le degré d'utilité de ces emprunts de terres hors emprise, l'entreprise, qui a passé outre aux ordres contraires qu'elle avait reçus, ne saurait prétendre à être indemnisée sur une base contractuelle des dépenses supplémentaires qui lui ont été ainsi occasionnées ; ». C.E, Arrêt du 02 juillet 1982 (Routière Colas), n° 23653, www.legifrance.gouv.fr/AffichJuriAdmin, vu le 30/07/2018.

1- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 562 لسنة 23 ق، جلسة 1978/04/01. أشار إليه: محمد شعبان الدهوي، المرجع السابق، ص.202.

2- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.550.

3- Delphine SION, op. cit., p.172.

أولاً: الشروط المادية لتطبيق نظرية الإثراء بلا سبب في مجال العقود الإدارية

تمثل الشروط المادية لتطبيق نظرية الإثراء بلا سبب في مجال القانون الإداري عموماً - وفي إطار العقود الإدارية خصوصاً - في إثراء الذمة المالية للمصلحة المتعاقدة وافتقار الذمة المالية للمتعاقد معها، ووجود رابطة سببية بين هذا الإفتقار والإثراء.

1- إثراء المصلحة المتعاقدة:

يقصد بإثراء المصلحة المتعاقدة حصولها على منفعة نتيجة قيام المتعاقد المتعاقد معها بتنفيذ خدمات وأشغال خارجة عن نطاق الصفقة العمومية أو ملاحقتها، ولكن لها علاقة مباشرة بموضوع هذه الصفقة، وهذا على أساس أنه لا يمكن استغلال موضوع هذه الصفقة بطريقة أمثل إلا عن طريق تنفيذ هذه الخدمات أو الأشغال¹.

ويدخل في إطار هذه الخدمات أو الأشغال تلك التي نفذها المتعاقد المتعاقد بشكل غير مطابق للمواصفات الفنية والتقنية المنصوص عليها في دفتر الشروط. فمن المفروض أن المصلحة المتعاقدة في مثل هذه الحالة - وفقاً لسلطتها في الرقابة والإشراف - تقوم بتوجيه أمر إلى المتعاقد المتعاقد أثناء تنفيذه لهذه الأشغال من أجل وقفها وإعادة تنفيذها وفقاً لما هو متفق عليه، أو على الأقل تسجل اعتراضاً صريحاً على تنفيذ هذه الأشغال بهذا الشكل، فعدم قيامها بهذا الإجراء يعني موافقتها الضمنية على هذه الخدمات والأشغال، وبالتالي فإنه بالرغم من حقها في رفض صرف المقابل المالي لهذه الخدمات في الإطار التعاقدية، فإن هذا لا يعني حرمان المتعاقد المتعاقد معها من حقه في طلب التعويض عن هذه الخدمات على أساس مبدأ الإثراء بلا سبب².

ويستخدم مجلس الدولة الفرنسي عدة ألفاظ للتعبير عن معنى الإثراء، فأحياناً يستعمل مصطلح الإثراء ذاته "L'enrichissement"، وأحياناً مصطلح الربح أو المكسب "Profit" أو المكسب النافع "Profit utile" أو المكسب الحقيقي والمباشر "Profit réel et direct"³.

ولا يكفي مجرد الإدعاء من طرف المتعاقد المتعاقد بأن المصلحة المتعاقدة قد أثريت على حسابه، وإنما يجب عليه أن يثبت بأن الخدمات أو التوريدات المنفذة من طرفه قد استفادت المصلحة

1- عبد الإله خلفي، المرجع السابق، ص.165.

2- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص.191.

3- محمد شعبان الدهوي، المرجع السابق، ص.205.

المتعاقدة منها فعليا، وفي هذا الصدد قضى مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر له بتاريخ 29 ديسمبر 1997 فصلا في قضية " Société d'économie mixte de sécurité et activité de télématique (SEMSAT) " برفض التعويض الممنوح لهذه الشركة من طرف "Département des Alpes-Maritimes" على أساس أن الخدمات المنفذة من طرفها خارج الإطار التعاقدى لا تمثل فائدة مؤكدة للمصلحة المتعاقدة، وإنما هي عبارة عن خدمات إضافية يمكن الإستغناء عنها¹.

في نفس السياق قضت محكمة الإستئناف الإدارية لمدينة "Nancy" في قرار صادر لها بتاريخ 26 مارس 2015 فصلا في قضية " Société France Laverie Service " بأن المصلحة المتعاقدة لم تثرى على حساب المتعامل المتعاقد معها، لأن الأجهزة التي تم توريدها إليها بناء على عقد إداري ملغى لم تستعمل إطلاقا، وإنما تم وضعها في مستودع الإدارة². كما قضى مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 09 جوان 2017 فصلا في قضية " Société Pointe-à-Pitre Distribution " بإلغاء حكم المحكمة الإستئنافية الإدارية لمدينة "Bordeau" الصادر بتاريخ 04 فيفري 2016³، والذي قضى برفض منح التعويض للشركة المدعية عن التوريدات التي نفذتها لمصلحة بلدية "Goyave". وبرت المحكمة قرارها هذا بأن العقد المبرم بين رئيس البلدية والشركة المدعية تم إبطاله بسبب رفض المجلس البلدي الموافقة عليه، وأن الشركة المدعية كان يفترض فيها -بالنظر إلى خبرتها- العلم بهذا العيب، وأن تجاهلها له يشكل خطأ من جانبها يستوجب حرمانها من التعويض، ويضاف إلى كل ذلك ارتفاع أثمان التوريدات المنفذة من طرفها بالمقارنة مع سعر السوق. كما قررت المحكمة بأن هذه التوريدات لا تمثل فائدة مؤكدة وضرورية للبلدية ما يترتب عليه هدم أحد الشروط الرئيسية لنظرية الإثراء بلا سبب

1- « Considérant qu'en estimant que l'indemnisation allouée à la SOCIETE D'ECONOMIE MIXTE DE SECURITE ACTIVE ET DE TELEMATIQUE par le département des Alpes-Maritimes ne correspondait pas à des dépenses présentant une utilité certaine et qu'au surplus, la "grave imprudence" commise par la société en agissant en dehors de tout lien contractuel, était de nature à exonérer le département de sa responsabilité pour une faute éventuelle, le tribunal administratif de Nice n'a entaché son jugement d'aucune contradiction de motivation ; ». C.E, Arrêt du 29 décembre 1997 (Sté d'économie mixte de sécurité et activité de télématique SEMSAT), n° 154320, www.legifrance.gouv.fr/AffichJuriAdmin, vu le 12/11/2018.

2- « Considérant qu'il résulte de l'instruction que les matériels installés par la société France Laverie Service, et laissés par elle ainsi qu'il a été dit dans les locaux de l'administration, n'ont jamais été utilisés ; que les travaux annexes n'ont en rien profité au service ; qu'il suit de là que la société requérante n'est pas fondée à rechercher la responsabilité de l'Etat sur le fondement de l'enrichissement sans cause ; ». CAA, Arrêt du Nancy 26 mars 2015 (Sté France Laverie Service), n° 13NC01105, www.juricaf.org/arret/FRANCE-COURADMINISTRATIVEDAPPELDENANCY, vu le 12/11/2018.

3- CAA de Bordeaux, Arrêt du 04/02/2016 (Sté Pointe-à-Pitre Distribution), n° 14BX01313, www.legifrance.gouv.fr/AffichJuriAdmin, vu le 13/11/2018.

في مجال العقود الإدارية. واستند مجلس الدولة الفرنسي في إغائه لهذا الحكم إلى أنه بالرغم من علم الشركة المدعية بالعيب الذي أدى إلى إبطال العقد وتجاهلها له، فإن هذا ليس له أي أثر على حق الشركة في طلب التعويض على أساس مبدأ الإثراء بلا سبب. كما قرر المجلس بأنه لا يمكن إنكار طابع الضرورة والفائدة للتوريدات المنفذة من طرف الشركة "l'utilité des dépenses effectuées" على أساس غلاء أثمائها¹.

واشترطت محكمة الإستئناف الإدارية لمدينة "Versailles" في قرار صادر لها بتاريخ 18 فيفري 2016 فصلا في قضية "Société Teamnet" أن تكون الخدمات أو التوريدات المنفذة خالية من العيوب والأعطال التي تعرقل حسن استغلالها، من أجل إسباغها بطابع الضرورة حتى يتم التعويض عنها على أساس مبدأ الإثراء بلا سبب².

وتختلف صور الإثراء الذي تحصل عليه المصلحة المتعاقدة من جراء الخدمات المنفذة من طرف المتعاقد معها خارج الإطار التعاقدي من إثراء مادي إلى إثراء غير مادي، فقد يكون الإثراء ماديا كما هو الحال بالنسبة للخدمات أو التوريدات أو الأشغال المنفذة لفائدة المصلحة المتعاقدة والتي يمكن تقويمها ماليا³.

وقد يكون معنويا وهو إثراء غير مرتبط بالذمة المالية للمصلحة المتعاقدة ولكن يمكن تقويمه بالمال، ومن قبيل هذا الإثراء المكسب الذي يعود بالفائدة على المصلحة المتعاقدة من جراء الدراسات والتصاميم التي يقدمها أحد المهندسين أو الخبراء من أجل إضفاء تحسينات على بناية عمومية، وغالبا

1- « Considérant, en premier lieu, qu'il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que la cour administrative d'appel de Bordeaux a rejeté les conclusions de la société Pointe-à-Pitre Distribution, présentées sur un terrain quasi-contractuel, tendant au remboursement de celles de ses dépenses qui ont été utiles à la commune, au motif, d'une part, qu'elle avait " commis une faute grave en se prêtant à la conclusion d'un marché, dont, compte-tenu de son expérience, [elle] ne pouvait ignorer l'illégalité " et, d'autre part, qu' " en raison même de la surfacturation des marchandises en litige, disponibles sur le marché à des prix très inférieurs à ceux sur lesquels le maire de Goyave a marqué son accord, les achats décidés par ce dernier ne peuvent pas être regardés, dans ces conditions, comme ayant été utiles à la commune " ; qu'en statuant ainsi, alors, d'une part, que la faute du cocontractant est en principe sans incidence sur son droit à indemnisation au titre de l'enrichissement sans cause de la collectivité et, d'autre part, que l'utilité des dépenses effectuées par l'entrepreneur pour la collectivité ne peut être appréciée en prenant en compte les prix stipulés par le contrat, qui a été écarté, la cour administrative d'appel de Bordeaux a entaché son arrêt d'une erreur de droit ». C.E, Arrêt du 09/06/2017, Sté Pointe-à-Pitre Distribution, n° 399581, www.legifrance.gouv.fr/AffichJuriAdmin, vu le 13/11/2018.

2- CAA de Versailles, Arrêt du 18 février 2016 (Sté Teamnet), n° 14VE01016, www.legifrance.gouv.fr/AffichJuriAdmin, vu le 13/11/2018.

3- Delphine SION, op. cit., p.178.

ما تثار المنازعات المتعلقة بهذا النوع من الإثراء بين المهندسين أو المصممين المعماريين أو مكاتب الدراسات وبين المصلحة المتعاقدة¹.

بالنسبة لموقف القضاء الإداري المصري، نلاحظ أنه فقد أخذ بجميع أنواع الإثراء، سواء كان هذا الإثراء ناتجاً عن القيام بعمل لفائدة الإدارة، أو كان مترتباً عن أداء خدمة لمصلحة مرفق عام، أو ترتب عن تنفيذ أشغال وخدمات إضافية خارجة عن نطاق العقد الإداري².

2- إفتقار المتعامل المتعاقد:

يعتبر الإفتقار الوجه المقابل للإثراء، فلا يكفي -من أجل حصول المتعامل المتعاقد على التعويض على أساس مبدأ الإثراء بلا سبب- توفر عنصر الإثراء في الذمة المالية للمصلحة المتعاقدة، وإنما يشترط إضافة إلى ذلك عنصر الإفتقار في ذمته المالية، وهو ما يعني تعرضه لخسارة مالية، فإذا انتفى هذا العنصر انتفت معه دعوى الإثراء بلا سبب. ولا يشمل الإفتقار سوى الخسارة المالية الحقيقية التي لحقت بالمتعامل المتعاقد، ولا يمتد إلى الربح الذي فاته بسبب تنفيذه للأشغال والخدمات الإضافية الخارجة عن النطاق التعاقدى، وهو الأمر الذي أكدته مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر له بتاريخ 24 نوفمبر 2006 فصلا في قضية " la Société pour la concession du métro et du réseau de bus de l'agglomération bordelaise"³.

غير أنه لا يعتد بالإفتقار الذي يلحق بالمتعامل المتعاقد في حالة ما إذا كان في إمكانه استرجاع التجهيزات التي قام بتوريدها إلى المصلحة المتعاقدة واستعمالها في صفقات عمومية أخرى،

1- محمد شعبان الدرهبوي، المرجع السابق، ص.206.

2- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.554.

3- « Considérant que le cocontractant de l'administration dont le contrat est entaché de nullité peut formuler une demande d'indemnité fondée sur l'enrichissement sans cause qui serait résulté pour l'administration des études, travaux et autres prestations qu'il a exécutés ; qu'en ce cas, il est fondé à réclamer le remboursement de celles de ses dépenses qui ont été utiles à l'administration ; que si la consistance des prestations fournies s'évalue au moment où elles ont été exécutées, leur utilité pour l'administration doit être appréciée par le juge administratif à la date à laquelle il statue en tenant compte éventuellement de l'évolution des travaux ou du projet depuis leur exécution ; que, par suite, l'abandon du projet faisant directement l'objet des études fournies est de nature à priver les dépenses engagées par le cocontractant de toute utilité pour l'administration, à l'exception du cas où cet abandon est justifié par des difficultés révélées par ces études ; que la circonstance que cet abandon serait motivé par des considérations étrangères à l'intérêt général, si elle est susceptible le cas échéant d'engager la responsabilité de la collectivité sur le terrain de la faute, est sans incidence sur l'absence de droit à indemnité du cocontractant au titre de l'enrichissement sans cause ; que, de même, est sans incidence le fait que ces dépenses aient été engagées en vue d'assurer une complète exécution du contrat déclaré nul ; ». C.E, Arrêt du 24 novembre 2006 (la Société pour la concession du métro et du réseau de bus de l'agglomération bordelaise), www.legifrance.gouv.fr/AffichJuriAdmin, vu le : 14/11/2018.

وهو ما أكده مفوض الحكومة "Bertrand DACOSTA" في تقريره المقدم لمجلس الدولة الفرنسي في قضية "Société Decaux"، أين اقترح رفض التعويضات التي تطالب بها الشركة المدعية على أساس الإثراء بلا سبب، وذلك لعدم وجود أي افتقار قد لحقها نظرا لقيامها بتفكيك التجهيزات الموردة للمصلحة المتعاقدة واستغلالها في تنفيذ صفقات عمومية وعقود إدارية أخرى¹.

كما قررت المحكمة الإستئنافية الإدارية لمدينة "Versailles" في حكم صادر لها بتاريخ 24 فيفري 2005 فصلا في قضية "Département des Yvelines" بأنه لا يمكن للمتعاقد المتعاقد الإحتجاج بالافتقار الذي تعرض له بسبب صرف المقابل المالي مباشرة إلى المتعاقد من الباطن "Sous-traitant" من طرف المصلحة المتعاقدة عن الأشغال التي نفذها، على أساس أنه لم يتحمل أي نفقات مالية في إطار تنفيذ هذه الأشغال².

وفي ذات السياق قررت المحكمة الإستئنافية الإدارية لمدينة "Paris" في حكم صادر لها بتاريخ 03 أبريل 2007 فصلا في قضية "Commune d'Alès" بأنه لا يمكن للمتعاقد الإحتجاج بأي افتقار إذا فشل في إثبات أنه لم يكن مستفيدا من عملية تنفيذ الصفقة العمومية المبرمة بطريقة غير قانونية والتي تم فسخها من طرف رئيس البلدية³.

3- العلاقة السببية بين إثراء المصلحة المتعاقدة وافتقار المتعاقد:

لا يكفي من أجل منح التعويض للمتعاقد المتعاقد على أساس نظرية الإثراء بلا سبب توفر عنصرى الإفتقار والإثراء، وإنما يجب أن تكون هنالك علاقة بين هذين العنصرين "Un lien de corrélation entre l'appauvrissement subi et l'enrichissement procuré"⁴، بحيث يكون إثراء المصلحة المتعاقدة كنتيجة لخدمات نفذها المتعاقد المتعاقد لفائدتها وأدت إلى افتقاره⁵.

وقد تكون العلاقة بين إثراء المصلحة المتعاقدة و افتقار المتعاقد مباشرة كما قد تكون غير مباشرة، كأن يقوم متعاقد من الباطن بتنفيذ خدمات لفائدة المصلحة المتعاقدة في إطار عقد من الباطن "Sous-traitant" تم إبرامه مع المتعاقد الرئيسي. وقد استوحى القضاء الإداري

1- Delphine SION, op. cit., p.175.

2- CAA de Versailles, Arrêt du 24 février 2005 (Département des Yvelines), n°02VE02976, www.legifrance.gouv.fr/AffichJuriAdmin, vu le : 15/11/2018.

3- CAA de Paris, Arrêt du 03/04/2007 (Commune d'Alès), n° 06PA01701, www.legifrance.gouv.fr/AffichJuriAdmin, vu le: 15/11/2018.

4- C.E, Arrêt du 14/10/1966 (Ministre de la construction c/ Ville de Boreaux), n° 64076, www.legifrance.gouv.fr/AffichJuriAdmin, vu le : 20/11/2018.

5- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.557.

الفرنسي هذه النتيجة من القضاء المدني الفرنسي الذي سمح بإقامة دعوى الإثراء بلا سبب ضد الشخص الذي أثيري بطريقة غير مباشرة، و اشترط في هذه الحالة وجود عائق مادي يتمثل في إعسار الشخص الذي أثيري مباشرة، حيث قررت محكمة النقض الفرنسية في قرار "Boudier" الذي سبقت الإشارة إليه أنه بإمكان بائع الأسمدة العضوية الذي لم يقبض ثمنها من المزرعة التي اشترتها، أن يرفع دعوى إثراء بلا سبب ضد كل أصحاب الأراضي الفلاحية الذين استفادوا من هذه الأسمدة. كما قضت ذات المحكمة في قرار لاحق صادر بتاريخ 18 أكتوبر 1898 أنه لا يمكن رفع دعوى الإثراء بلا سبب إذا كان بالإمكان رفع دعوى في الإطار التعاقدي ضد المدين الموسر.

وتجدر الإشارة إلى أنه في إطار القانون الإداري فإن العلاقة غير المباشرة بين الإثراء والإفئقار لا يمكن تطبيقها إلا بالنسبة للمفتقر غير المباشر، أما بالنسبة للإدارة التي أثيرت بصفة غير مباشرة فإنه لا يمكن مطالبتها بالتعويض على أساس نظرية الإثراء بلا سبب، وفي هذا الصدد قضى مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر له بتاريخ 30 جانفي 1935 فصلا في قضية "Dames Blot" برفض دعوى الإثراء بلا سبب الموجهة ضد الولاية "Département" على أساس أن الأشغال المنفذة كانت لحساب الدولة وليس الولاية وإن كانت هي المستفيدة منها، و أنه يجب على الشركة المدعية مطالبة التعويض من الدولة على أساس تعاقد¹.

وفي الجهة المقابلة قبل القضاء الإداري الفرنسي دعوى الإثراء بلا سبب الموجهة ضد المصلحة المتعاقدة من طرف الشركة المدعية، والتي كانت قد أبرمت إتفاقا مع المتعاقد مع الإدارة من أجل تنفيذ توريدات لحسابها، ولم تتلق منه أي مقابل مالي لهذه التوريدات، واشترط القضاء الإداري الفرنسي لحصول هذه الشركة على التعويض على أساس الإثراء بلا سبب أن يكون المتعاقد معها في حالة إعسار "Insolvable". وأضاف مجلس الدولة الفرنسي بموجب قراره الصادر بتاريخ 18 جوان 1976 فصلا في قضية "Ville de Vaulx-en-Velin" -الذي سبقت الإشارة إليه- شرطا آخرا من أجل الحصول على التعويض على أساس الإثراء بلا سبب بالنسبة للمفتقر غير المباشر، وهو أن يستنفذ هذا الأخير جميع الإجراءات والمتابعات القضائية في مواجهة مدينه المباشر (المتعاقد مع الإدارة) قبل أن يلجأ إلى الإدارة من أجل مطالبتها بالتعويض².

1- C.E, Arrêt du 30/01/1935 (Dames Blot). Voir : Delphine SION, op. cit., p.181.

2- C.E, Arrêt du 18/06/1976 (Ville de Vaulx-en-Velin). Voir : Delphine SION, o.p cité., p.181.

وقد تم تطبيق هذا القضاء الأخير لمجلس الدولة الفرنسي على جميع الوضعيات التي يكون فيها المتعاقد من الباطن الذي لم يتم قبوله والموافقة عليه من طرف المصلحة المتعاقدة في حالة افتقار، بحيث لا يمكنه الحصول على المقابل المالي للخدمات التي نفذها مباشرة من المصلحة المتعاقدة، فيشترط في هذه الحالة أن يكون المتعاقد الرئيسي مع المصلحة المتعاقدة في حالة إعسار، وأن يستنفذ المتعاقد من الباطن جميع الوسائل القانونية في مواجهة المتعاقد الرئيسي من أجل الحصول على المقابل المالي منه، فإذا توفر هاذين الشرطين أمكن للمتعاقد من الباطن توجيه دعوى الإثراء بلا سبب ضد المصلحة المتعاقدة من أجل الحصول على التعويض. وفي هذا السياق قضى مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر له بتاريخ 02 جويلية 1982 فصلا في قضية "Société Basset et Pujol" أنه لا يمكن للشركة المدعية أن تطالب المصلحة المتعاقدة مباشرة بالتعويض على أساس نظرية الإثراء بلا سبب عن الخدمات التي نفذتها لفائدتها، والتي كانت قد أبرمت اتفاقا بخصوصها مع المتعاقد مع الإدارة، وهذا على أساس أنها لم تتخذ أي إجراء قانوني في مواجهة هذا الأخير للمطالبة بالمقابل المالي¹.

وفي ذات الاتجاه قررت المحكمة الإستئنافية الإدارية لمدينة "Paris" في حكم صادر لها بتاريخ 06 جوان 1991 فصلا في قضية "Caisse générale interprofessionnelle de retraite pour salariés"، رفض دعوى الإثراء بلا سبب الموجهة ضد الإدارة؛ على أساس أن المدعي المفتقر لم يستنفذ جميع الطرق القانونية ضد مدينه المباشر (المتعاقد مع الإدارة) من أجل استيفاء المقابل المالي عن الخدمات التي نفذها لمصلحة الإدارة².

1- « Société A., chargée de travaux de terrassement par la société B. déclarée en liquidation de biens le 13 juin 1972, mais n'étant à cette date, contrairement à la société B., titulaire d'aucun marché passé avec le maître de l'ouvrage, demandant à celui-ci, en raison de l'enrichissement qu'ils lui ont procuré, le paiement des travaux qu'elle a effectués et qui ne lui ont pas été réglés par la société B. En raison du caractère subsidiaire de l'action exercée par la société A., celle-ci ne peut invoquer une créance contre le maître de l'ouvrage qu'à la condition de s'être trouvée, du fait de l'insolvabilité de la société B., dans l'impossibilité d'en recouvrer le montant sur cette dernière [1]. La société A. n'ayant pas produit sa créance entre les mains du syndic et n'en ayant pas poursuivi le recouvrement sur l'actif de la société B., elle n'est pas fondée à en réclamer directement le montant au maître de l'ouvrage. ». C.E, Arrêt du 02/07/1982 (Société Basset et Pujol), n°26393, www.legifrance.gouv.fr/AffichJuriAdmin, vu le : 18/11/2018.

2- « Considérant que si les caisses requérantes soutiennent qu'elles sont en droit d'invoquer à l'encontre du Syndicat les créances qu'elles détiennent sur l'association « Eurolat » en raison de l'enrichissement sans cause de cette collectivité, résultant de l'entrée dans son patrimoine des bâtiments du foyer-logement de Villiers-sur-Marne, il appartient aux caisses, en raison du caractère subsidiaire de l'action exercée, de poursuivre d'abord le recouvrement de leurs créances sur l'actif de l'association jusqu'à la clôture de la procédure de liquidation des biens d'« Eurolat » ; qu'elles ne seraient fondées à exciper des créances qu'elles détiennent sur l'association « Eurolat » à l'encontre du Syndicat que si elles n'obtenaient pas entière satisfaction à l'issue de la procédure

ثانيا: الشروط القانونية لتطبيق نظرية الإثراء بلا سبب في مجال العقود الإدارية

إضافة إلى الشروط المادية التي سبقت دراستها، يجب توفر شروط قانونية من أجل تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب في نطاق العقود الإدارية، وتتمثل هذه الشروط في انعدام سبب الإثراء والإفتقار أولا، واحتياطية دعوى الإثراء بلا سبب ثانيا، ورضا المصلحة المتعاقدة بالاعمال التي سببت إثرائها ثالثا.

1- إنعدام السبب القانوني للإثراء والإفتقار:

سنتعرض هنا لشروط انعدام السبب القانوني لإثراء المصلحة المتعاقدة، على أن نتعرض بعدها لشروط انعدام السبب القانوني لافتقار المتعامل المتعاقد.

أ- إنعدام السبب القانوني لإثراء المصلحة المتعاقدة:

من أجل مطالبة المصلحة المتعاقدة بالتعويض على أساس مبدأ الإثراء بلا سبب يشترط انعدام الأساس القانوني المبرر لإثرائها. وقد يتمثل هذا الأساس إما في عقد إداري أو في حكم قضائي أو في أي سند قانوني أو لائحي آخر¹.

فإذا كانت الخدمات والأشغال قد تم تنفيذها بناء على عقد إداري قضى ببطلانه بسبب عدم التوقيع عليه من الهيئة المختصة أو عدم التصديق عليه أو بسبب اكتشاف عيب من العيوب التي تؤدي إلى البطلان، أو تم تنفيذ هذه الخدمات والأشغال خارج النطاق التعاقدية، كأن يتبين للمتعاقد ضرورتها وفائدتها للمصلحة المتعاقدة فيبادر إلى تنفيذها دون صدور أي أمر بالخدمة إليه، ففي مثل هذه الحالات يمكن للمفتقر رفع دعوى الإثراء بلا سبب ضد المصلحة المتعاقدة من أجل الحصول على التعويض لعدم وجود أي سبب قانوني يبرر إثرائها².

وقد شرح مجلس الدولة المصري المفهوم القانوني للسبب في فتواه الصادرة عن اللجنة الثانية لقسم الفتوى بتاريخ 16 جويلية 1990، حيث جاء في هذه الأخيرة أن: "المقصود بالسبب في هذا الشأن هو الواقعة القانونية التي يربط عليها القانون نشوء حق للمثري فيما أثري به، أو التزاما على المفتقر بأن يؤدي ما افتقر به، أو بأن يتحمل ما فاته من منفعة، أو بعبارة أخرى أن المقصود به هو

de liquidation de biens d'« Eurolat ». CAA de Paris, Arrêt du 06/06/1991 (Caisse générale interprofessionnelle de retraite pour salariés), n° 89PA00704, www.doctrine.fr/d/CAA/Paris/1991/CETATEXT000007428123, vu le : 18/11/2018.

1- علي عبد الأمير قبيلان، المرجع السابق، ص.188.

2- محمد شعبان الدرهوي، المرجع السابق، ص.210.

السبب المنشئ أو الواقعة التي تعتبر مصدرا لحق أو التزام، وذلك لأنه متى وجدت واقعة يرتب عليها القانون نشوء حق في إثراء أو التزام بتحمل افتقار لا يبقى محلا للقول بأن الإثراء أو الإفتقار حاصل دون سبب، ولا ندع مجالا لاسترداد الإثراء أو لتعويض الإفتقار، وإنما يكون هناك مجال لذلك فقط عند حدوث الإثراء أو الإفتقار بواقعة لا يرتب عليها القانون نشوء حق أو نشوء التزام"¹.

ب- إنعدام السبب القانوني لافتقار المتعامل المتعاقد:

إضافة إلى انعدام السبب القانوني لإثراء المصلحة المتعاقدة يشترط لرفع دعوى الإثراء بلا سبب من طرف المفتقر أن لا يكون الإفتقار الذي لحق به ناتجا عن خطئه أو أن النفقات التي يطالب باستردادها قد تم صرفها لمصلحته الشخصية بالرغم من كونها قد أدت إلى إثراء المصلحة المتعاقدة"². فخطأ المفتقر قد يؤدي إما إلى استبعاد دعوى الإثراء بلا سبب، وإما إلى الحد من الآثار المترتبة عن المسؤولية شبه التعاقدية التي من الممكن أن تتحملها المصلحة المتعاقدة التي أثرت بطريقة غير قانونية. وفي هذا الصدد قضى مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر له بتاريخ 25 أكتوبر 1978 فصلا في قضية " Société d'organisation, coordination et industrialisation du bâtiment O.C.I.B." بأن الشركة المدعية تتقاسم المسؤولية مع المصلحة المتعاقدة بسبب الخطأ الذي ارتكبه، حيث قامت هذه الشركة بإعداد دراسات وتصاميم لمشروع تم إلغاؤه دون دعوتها صراحة من طرف صاحب الأشغال لإنجازها، أين كانت شروط العقد المبرم تقضي بوجود إعداد هذه الدراسات في غضون الشهرين التاليين لتاريخ الموافقة على المشروع التمهيدي من طرف وزير التربية الوطنية، الأمر الذي لم يحصل إطلاقا. وقرر المجلس بأنه لا يمكن للموافقة الممنوحة من طرف الإدارة أثناء إجراء الإستشارة ولا التقرير المرسل من طرف مديرية البناء إلى وزير التربية أن يعوض موافقة الوزير على المشروع التمهيدي. كما قرر المجلس بأن تصرف الإدارة إلى غاية إلغاء المشروع والذي ترك انطبعا لدى المهندس ومكتب الدراسات بأنه تم الحصول على موافقة الوزير، يجعلها مسؤولة عن تحمل الأتعاب التي تكبدتها الشركة المدعية"³.

1- اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة المصري، فتوى بتاريخ 16 جويلية 1990. أشار إليها: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.563.

2- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.565.

3- « Architecte et bureau d'études demandant, à la suite de l'abandon d'un projet de construction scolaire qui leur avait été confié par l'Etat, le paiement de la part de leurs honoraires correspondant à l'établissement du dossier d'exécution que l'administration a refusé de leur régler. S'ils étaient tenus par les stipulations de leurs contrats de déposer le dossier d'exécution dans un délai de deux mois à compter de l'approbation de leur avant-projet, celui-ci n'a pas fait l'objet d'une approbation expresse de la part du ministre de l'Education nationale. Ni les avis favorables donnés au cours de la procédure

وإضافة إلى الخطأ، قد يحقق المتعاقد المتعاقد المفترق منفعة أو مصلحة شخصية من وراء إثراء المصلحة المتعاقدة، كأن يقوم بتنفيذ أشغال تيسر له تنفيذ موضوع الصفقة العمومية وتغنيه عن صرف نفقات إضافية، ففي مثل هذه الحالة لا يمكنه توجيه دعوى الإثراء بلا سبب ضد المصلحة المتعاقدة لتوفر السبب القانوني المتمثل في المصلحة الشخصية التي حققها¹.

2- إحتياطية دعوى الإثراء بلا سبب:

يقصد بشرط إحتياطية دعوى الإثراء بلا سبب أنه لا يمكن اللجوء إلى هذه الدعوى إلا بعد استنفاذ جميع الطرق القانونية وطرق الطعن المتوفرة للمتعاقد المتعاقد المفترق لاستيفاء حقه. وهو يقوم على شرط انعدام السبب القانوني لإثراء المصلحة المتعاقدة، بحيث أنه إذا توفر سبب قانوني لإثراء المصلحة المتعاقدة فإنه يجب على المتعاقد المتعاقد المطالبة بحقه على أساس هذا السبب وليس على أساس دعوى الإثراء بلا سبب².

في هذا الصدد قضى مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر له بتاريخ 18 جوان 1976 فصلا في قضية "Commune de Vaulx-en-Velin" برفض طلب بلدية "Villeurbanne Rhone" برد المبلغ المالي الذي استلمته بلدية "Vaulx-en-Velin" من طرف شركة "La compagnie industrielle des textiles artificiels et synthétiques"، والذي يمثل مبلغ ضريبة التطهير والنظافة "Redevance d'assainissement"، وذلك عن طريق إصدارها لسند تحصيل "Titre de recette" يتضمن هذا المبلغ وقامت بتوجيهه إلى بلدية "Vaulx-en-Velin" بعد أن اكتسب الطابع التنفيذي بموافقة محافظ مقاطعة "Rhone" عليه، وكانت البلدية قد استندت في طلبها هذا على مبدأ الإثراء بلا سبب كونها هي المستحقة لهذا المبلغ المالي، غير أن المجلس رفض طلبها وألغى سند التحصيل الذي أصدرته، وهذا على أساس أن شرط الإحتياطية في دعوى الإثراء بلا سبب يقتضي عدم توجيه الدعوى ضد بلدية

consultative réglementaire, ni un rapport transmis par la direction départementale de la construction au ministre ne pouvant tenir lieu de cette approbation, l'administration n'était pas tenue, dans le cadre des conventions intervenues, de leur régler les honoraires afférents à ce dossier. L'attitude de l'administration jusqu'à l'abandon du projet à la suite du refus du visa du contrôleur financier, qui a pu laisser croire à l'architecte et au bureau d'études que l'approbation était pratiquement acquise, engage toutefois sa responsabilité. L'architecte et le bureau d'études ayant commis une imprudence en établissant le projet d'exécution sans y avoir été expressément invités par le maître de l'ouvrage, partage de responsabilité». C.E, Arrêt du 25 octobre 1978 (Sté d'organisation, coordination et industrialisation du bâtiment O.C.I.B.), n° 99491, www.legifrance.gouv.fr/AffichJuriAdmin, vu le : 22/11/2018.

1- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.566.

2- Delphine SION, op. cit., p.211.

"Vaulx-en-Velin" إلا في حالة إعسار الشركة عن سداد قيمة الضريبة، وحيث أنه لم يثبت من فحص ملف القضية أن بلدية "Villeurbanne Rhone" رفعت دعوى قضائية ضد هذه الشركة من أجل تحصيل مبلغ الضريبة، وعليه يجب على بلدية "Villeurbanne Rhone" أن تطالب الشركة مباشرة بتسديد مبلغ الضريبة، على أنه يمكن لهذه الأخيرة توجيه دعوى الإثراء بلا سبب ضد بلدية "Vaulx-en-Velin" من أجل استرداد مبلغ الضريبة الذي حصلته منها¹.

كما قضى ذات المجلس في قراره الصادر بتاريخ 23 نوفمبر 1994 فصلا في قضية "Caisse nationale de prévoyance du bâtiment" برفض دعوى الإثراء بلا سبب المرفوعة من طرف المؤسستين المدعيتين "CNPBTPIC et CBTP" ضد النقابة ما بين البلديات المكلفة بإنشاء والتسيير المؤقت لدور المسنين العمومية في مقاطعة "Boissy-Saint-Léger" سابقا بغرض المطالبة بمبالغ القروض الممنوحة للجمعية. وتتلخص وقائع هذه القضية في أن هذه النقابة أبرمت إتفاقا مع إحدى الجمعيات من أجل إنشاء وتسيير دور للمسنين على قطعة أرضية مستأجرة، ومن أجل هذا الغرض إقتضت هذه الجمعية قروضا من طرف المؤسستين المدعيتين مقابل رهن المباني المنشأة لفائدتهما. غير أن مجلس الدولة الفرنسي ألغى الإتفاق المبرم ما بين الجمعية والنقابة، كما ألغى عقد القرض المبرم أيضا، الأمر الذي دفع المؤسستين المدعيتين إلى توجيه دعوى الإثراء بلا سبب ضد النقابة، إلا أن المجلس رفض هذه الدعوى على أساس أن شرط الإحتياطية يفرض وجوب مطالبة الجمعية أولا بسداد هذه القروض، وفي حالة استنفاذ جميع الطرق القضائية وثبت أنها في حالة إعسار، يمكن هنا فقط توجيه دعوى الإثراء بلا سبب ضد النقابة².

1- « Considérant que la Commune de X ayant perçu auprès d'une société une part de la redevance d'assainissement dont la commune de Y soutient qu'elle lui était due. La créance, qui a fait l'objet d'un titre de recette émis par le maire de Y et rendu exécutoire par le Préfet, est fondée sur l'enrichissement procuré à la commune de X par l'encaissement de cette redevance. En raison du caractère subsidiaire de l'action ainsi exercée par la commune de Y, cette collectivité ne saurait invoquer la créance qu'elle entend faire valoir contre la commune de X qu'à la condition de s'être trouvée, du fait, notamment, de l'insolvabilité du débiteur de la redevance, dans l'impossibilité d'en recouvrer le montant sur celui-ci. Il ne résulte pas de l'instruction que la commune de Y ait exercé des poursuites contre la société pour obtenir paiement de la redevance. Dès lors, elle n'est pas fondée à en réclamer le montant à la commune de X, laquelle est en revanche fondée à demander l'annulation du titre de recette émis contre elle ». C.E, Arrêt du 18/06/1976 (Commune de Vaulx-en-Velin), n°92181, www.legifrance.gouv.fr/AffichJuriAdmin, vu le : 28/10/2018.

2- « Considérant que le Syndicat intercommunal ayant confié à une association, par une convention, la création et la gestion d'un foyer-logement pour personnes âgées sur un terrain loué par un bail emphytéotique. Annulation de la convention et du bail par le Conseil d'Etat statuant au contentieux. Demandes présentées ultérieurement par deux caisses, qui avaient consenti des prêts à l'association en contrepartie de la réservation de logements dans les immeubles construits par l'association, tendant au

وفي ذات السياق قررت محكمة الإستئناف الإدارية لمدينة "Paris" في حكم صادر لها بتاريخ 28 أكتوبر 1999 فصلا في قضية "SA BREAL" رفض دعوى الإثراء بلا سبب الموجهة ضد البلدية من طرف دافع الضرائب، وهذا على أساس أنه يملك طريقا آخر للإعتراض على الضريبة المطالب بدفعها وفقا للإجراءات المنصوص عليها في قانون الضرائب الفرنسي¹.

أما بالنسبة لموقف القانون الإداري المصري من شرط احتياطية دعوى الإثراء بلا سبب، فإنه قد اعتبر دعوى الإثراء بلا سبب دعوى أصلية يمكن رفعها حتى ولو توفر لرفعها طريقا آخر للمطالبة بحقه، متأثرا في ذلك بموقف القانون المدني المصري².

3- رضا المصلحة المتعاقدة بالأعمال التي سببت إثارها:

بالإضافة إلى الشروط القانونية التي يتطلبها رفع دعوى الإثراء بلا سبب، يشترط توفر رضا المصلحة المتعاقدة بالأشغال والخدمات المنفذة من طرف المتعاقد، و يعتبر هذا الشرط خاصا بتطبيق نظرية الإثراء بلا سبب في مجال القانون الإداري، حيث لا يشترط توفره من أجل تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب في نطاق القانون الخاص، ويقصد بهذا الشرط أن تكون المصلحة المتعاقدة موافقة على هذه الأشغال إما موافقة صريحة أو ضمنية أو حتى مفترضة³.

ويترتب على توفر شرط رضا المصلحة المتعاقدة بالأعمال التي نفذها المتعاقد من أجل إقامة دعوى الإثراء بلا سبب وجود شبه عقد ما بينهما، الأمر الذي يجعل المصلحة المتعاقدة ملزمة بالتعويض عن الإثراء الذي حصلت عليه، وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ

remboursement de leurs créances par le syndicat intercommunal en invoquant l'enrichissement sans cause. En raison du caractère subsidiaire de cette action, les caisses devaient d'abord poursuivre le recouvrement de leurs créances sur l'actif de l'association jusqu'à la clôture de la procédure de liquidation des biens de cette association. Le simple fait que ces caisses justifiaient avoir engagé des poursuites contre l'association ne suffit pas à permettre de faire droit à leurs demandes ». C.E, Arrêt du 23/11/1994 (Caisse nationale de prévoyance du bâtiment), www.legifrance.gouv.fr/AffichJuriAdmin, vu le 23/11/2018.

1- « Un recours tendant à la condamnation d'une commune, sur le fondement du principe de l'enrichissement sans cause, au paiement d'une somme correspondant exactement au montant de la taxe d'enlèvement pour les ordures ménagères versée par le contribuable, n'a pas d'autre objet que d'obtenir la décharge ou la restitution dudit impôt. En effet, l'enrichissement invoqué n'a pas de caractère distinct de celui qui résulte de la perception des impositions. En conséquence, un tel recours, qui n'a pas été présenté selon la procédure prévue aux articles L. 190 et R. 190-1 et suivants du livre des procédures fiscales, n'est pas recevable ». CAA de Paris 28 octobre 1999, SA BREAL, n° 97PA01869, <https://juricaf.org/arret/France-COURADMINISTRATIVEDAPPELDEPARIS>, vu le 23/11/2018.

2- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.573.

3- حورية بن أحمد، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.287.

07 أكتوبر 1988 فصلا في قضية "Vincent C. Commune de Vouray". وتتلخص وقائع هذه القضية في أن بلدية "Vouray" قبلت بموجب مداولة للمجلس البلدي بتاريخ 04 أكتوبر 1935 الإقتراح المقدم بخصوص إعداد مخططات لشبكة الصرف الصحي، غير أنه تأجل تنفيذ هذا الإقتراح لعدة سنوات، إلى أن تقرر بموجب مداولة للمجلس البلدي بتاريخ 06 جويلية 1973 إسناد مهمة إعداد دراسة نهائية للشطر الأول من شبكة الصرف الصحي لمكتب الدراسات "cabinet Vincent"، كما تقرر أن تسند لهذا المكتب مهمة إدارة الأشغال في حالة تنفيذ الدراسة التي سيعدها. على أن يستفيد مقابل أتعابه بمبلغ مالي يعادل نسبة 05% من المبلغ الإجمالي للأشغال المنفذة، ولكن بعد أن أودع مكتب الدراسات "cabinet Vincent" مشروع الدراسة التي أنجزها قررت البلدية بموجب مداولة بتاريخ 28 أبريل 1976 إنهاء مهمته وإسناد مهمة دراسة وتنفيذ الشطر الأول من شبكة الصرف الصحي إلى مديرية الفلاحة بالمقاطعة، وقرر مجلس الدولة الفرنسي أنه بالرغم من عدم وجود عقد ما بين البلدية ومكتب الدراسات، إلا أن موافقة المجلس البلدي على إعداد الدراسة يشكل عنصر رضا البلدية بالدراسة المنجزة والتي تعتبر مفيدة وضرورية لها، وهو ما يجعل طلب مكتب الدراسات باستحقاق التعويض عن أتعابه على أساس مبدأ الإثراء بلا سبب مؤسسا قانونا¹.

وقد يكون رضا المصلحة المتعاقد بالأعمال التي نفذها المتعامل المتعاقد معها صريحا أو ضمنيا أو حتى مفترضا. فيكون صريحا إذا طلبت المصلحة المتعاقدة من المتعامل المتعاقد معها تنفيذ بعض الأعمال غير المنصوص عليها في العقد شفويا دون أن توجه له أمرا كتابيا بالخدمة، أو أن تقوم المصلحة المتعاقدة باستغلال الأعمال المنفذة من طرف المتعامل المتعاقد. وقد يكون الرضا ضمنيا كأن تتمتع المصلحة المتعاقدة عن الإعتراض على تنفيذ المتعامل المتعاقد لبعض الأعمال غير المنصوص عليها في العقد بالرغم من علمها بها. وأخيرا قد لا يكون الرضا صريحا ولا ضمنيا ولكن يكون مفترضا، كأن يقوم المتعامل المتعاقد بتنفيذ بعض الأعمال الإضافية المستعجلة والضرورية غير المنصوص عليها في

1- « Considérant qu'en dépit de la circonstance que la délibération du 6 juillet 1973 n'a été suivie de la conclusion d'aucun contrat, M. X... avait droit, pour les études qu'il a effectuées avec l'assentiment de la commune et dont il résulte de l'instruction qu'elles ont été utiles à ladite commune pour la réalisation du réseau d'assainissement, à une indemnité d'un montant égal à celui des honoraires que détermine l'article 4 du décret du 7 février 1949 ». C.E, Arrêt du 07 octobre 1988 (Vincent C. Commune de Vouray), n° 56890, www.legifrance.gouv.fr/AffichJuriAdmin, vu le : 28/11/2018.

العقد، ويستشف هذا الرضا من طبيعة الأعمال المنفذة التي تعتبر حتمية وضروري للمصلحة المتعاقدة¹.

ومما سبق يتبين لنا بأنه لا يمكن للمتعاقد وفقاً لما انتهى إليه القضاء المقارن إثارة المسؤولية شبه التعاقدية للمصلحة المتعاقدة ومطالبتها بالتعويض على أساس الإثراء بلا سبب، إذا كانت قد أبدت اعتراضها أثناء تنفيذ الخدمات محل المطالبة، وهذا بغض النظر عن مدى أهميتها وحتميتها بالنسبة لها، وهو ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصرية في حكم صادر لها بتاريخ 27 ماي 1962 حيث قضت بأن: "... إلتفاء مسؤولية الإدارة التعاقدية لعدم انعقاد العقد وانتفاء مسؤوليتها لعدم ثبوت الخطأ والانحراف بالسلطة لا يحول دون رجوع الشركة على الوزارة بالتعويض على أساس الإثراء بلا سبب وذلك إذا ثبت أن ما قام به من أعمال بعلم المصلحة وبموافقتها الصريحة أو الضمنية"². أما موقف القضاء الجزائري، فهو غير بين من المسألة، وحذا لو يسير على ما سار عليه نظيره الفرنسي والمصري في ذات المسألة.

1- السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص.374.
2- حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، الطعن رقم 155، س 12 ق، جلسة 27 ماي 1962. أشار إليه: السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص.375.

الفصل الثاني: حقوق المتعامل المتعاقد في ضمان إعادة التوازن المالي للصفقة العمومية

تعتبر آلية إعادة التوازن المالي للصفقة العمومية من أهم الآليات التي تضمن للمصلحة المتعاقدة حسن تنفيذ موضوع الصفقة العمومية، وفي نفس الوقت تعتبر حقا من حقوق المتعامل المتعاقد، فالتزاماته العقدية تتسم بطابع المرونة لإمكانية تعديلها بالزيادة أو النقصان من طرف المصلحة المتعاقدة بما يتوافق ويتناسب مع الظروف الجديدة التي قد تطرأ أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، وهي تملك في ذلك مجموعة من السلطات التي تسمح لها بإجباره على تنفيذ هذه التعديلات دون أن يكون بإمكانه الاعتراض عليها أو الدفع بعدم التنفيذ، ولكن في الوقت ذاته يجب تعويضه عن الأعباء المالية التي قد تحملها بسبب التغييرات الجديدة التي حصلت، وهذا على أساس فكرة التوازن المالي للعقد الإداري¹.

ويقصد بفكرة التوازن المالي للعقد الإداري ضرورة الحفاظ على الحالة التي كان عليها العقد عند إبرامه وبقيائه على طبيعته وفقا للصورة التي اتفق عليها الطرفان عند انعقاده، فما دامت التزامات المتعامل المتعاقد تتسم بالمرونة فإنه من مبادئ العدل والإنصاف أن تتسم حقوقه أيضا بهذه الصفة، لأن عدم التناسب بين التزامات المتعامل المتعاقد وحقوقه سيؤدي إلى عزوف الخواص عن التعاقد مع الإدارة، ما ينعكس سلبا على حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد وبالنتيجة على المصلحة العامة².

وفي ظل عدم علمنا بوجود قرارات قضائية صادرة عن مجلس الدولة الجزائري تؤكد على فكرة التوازن المالي للعقد الإداري، نستأنس بما ذهب إليه القضاء الإداري الفرنسي والمصري. وفي هذا الصدد يجدر التنبيه إلى أن أول من أشار إلى فكرة التوازن المالي في إطار تنفيذ العقود الإدارية كان مفوض الحكومة الفرنسية "Léon BLUM" في تقريره المقدم أمام مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Compagnie générale française des tramways" بتاريخ 11 مارس 1910³، والذي جاء فيه بأن: "من الأمور الجوهرية في عقود الالتزام ضرورة أن يتحقق بقدر الإمكان التساوي بين المزايا التي

1- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.599.

2- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.185.

3- « L'Etat ayant concédé une ligne de tramways, le préfet tient-il de l'article 33 du règlement d'administration publique du 6 août 1881 le droit de prendre un arrêté imposant à la Compagnie concessionnaire, en ce qui touche le nombre et les heures de départ des trains, un service différent de celui qui avait été prévu par le cahier des charges ? - Rés. aff. - sauf la faculté pour la Compagnie de demander une indemnité en réparation du préjudice qui lui aurait été causé par une aggravation ainsi apportée aux charges de l'exploitation ». C.E, Arrêt du 11 mars 1910 (Compagnie générale française des tramways), n° 16178, www.légifrance.gouv.fr, vu le : 06/01/2019.

تقررت للملتزم وبين الأعباء التي تفرض عليه... فالمزايا والأعباء يجب أن تتوازى بما يحقق التوافق بين الفوائد المحتملة والإلتزامات المفروضة، ففي كل عقد التزام يتضمن - كما لو كان حساباً - التوازن الشريف بين ما يمنح للملتزم وبين ما يتطلب منه... وهذا هو ما يسمى التوازن المالي والإقتصادي، التساوي المالي لعقد الإمتياز... فإذا انحار الإقتصاد المالي للعقد، وإذا أدى استعمال السلطة مانحة الإلتزام حقها في التدخل إلى حدوث شيء من الإختلال في هذا التوازن بين المزايا والأعباء وبين الإلتزامات والحقوق، فليس ما يمنع الملتزم من اللجوء إلى قاضي العقد ليثبت أن التدخل وإن كان مشروعاً في ذاته وإن كان ملزماً له، إلا أنه سبب له ضرر يتعين تعويضه عنه"¹.

وقد سلك القضاء الإداري المصري نفس مسلك القضاء الإداري الفرنسي، حيث قررت محكمة القضاء الإداري في مصر في حكم صادر لها بتاريخ 03 جوان 1957: "إن من طبيعة العقود الإدارية أنها تحقق بقدر الإمكان توازناً بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها، اعتباراً بأن نصوص العقد تؤلف في مجموعها كلاً من مقتضاه التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين، فإذا ترتب على تعديل التزامات المتعاقد مع الإدارة زيادة الأعباء المالية، فإنه ليس من العدل ولا من المصلحة العامة نفسها أن يتحمل المتعاقد وحده تلك الأعباء، بل يكون له في مقابل ذلك أن يحتفظ بالتوازن المالي للعقد تأسيساً على أن هذا العقد ينظر إليه كوحدة من حيث تحديد الحقوق المالية للمتعاقد... ولو أن الأمر جرى على خلاف ذلك...، لانتهى الأمر من الناحية العملية إلى أن أحداً من الناس لن يقبل المجازفة، فيبرم مع الإدارة عقداً يخضع لمحض تحكم سلطتها العامة، ويتعرض فيه إلى خسارة محققة لا سبيل إلى تعويضها"².

كما أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر على ذات الفكرة في حكم صادر لها بتاريخ 15 أبريل 1978، والذي جاء فيه أنه: "من حيث إن حق المتعاقد في العقد الإداري في التعويض العادل عن الأضرار التي تلحق بمركزه التعاقدية أو تغلب ظروف العقد المالية بسبب ممارسة جهة الإدارة سلطاتها... فإن إعفاء المتعاقد مع الإدارة من تنفيذ بعض التزاماته ومباشرة جهة الإدارة تنفيذها بنفسها في إطار حقها المقرر في التنفيذ المباشر بعد أن يثبت تعثره في هذا التنفيذ وتقاوعه عن النهوض بمقتضياته، لا يستوي مسوغاً لتعويضه عن هذا الإعفاء وإنما وعلى نقيض ذلك قد

1- السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص.66.

2- حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، الطعن رقم 983، س 09 ق، جلسة 1957/06/03. أشار إليه: حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص.317.

يستقيم وجهها لمساءلته عن إخلاله بالتزامه وترتيب مسؤوليته قبل جهة الإدارة عن هذا الخطأ العقدي...¹.

وفي سبيل تحقيق فكرة التوازن المالي للعقد الإداري فقد ابتكر القضاء الإداري الفرنسي مجموعة من النظريات، وتبعه في ذلك القضاء الإداري المصري، وهي تتمثل في نظرية الظروف الطارئة ونظرية فعل الأمير وأخيراً نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، ومن أجل دراسة هذه النظريات بشكل مفصل سنتطرق في المبحث الأول لضمانات المتعامل المتعاقد في حال الظروف الطارئة وأعمال الإدارة المثقلة لكاهله، على أن نتعرض في المبحث الثاني لضمانات المتعامل المتعاقد في حال الصعوبات المادية غير المتوقعة².

المبحث الأول: ضمانات المتعامل المتعاقد في حال الظروف الطارئة وأعمال الإدارة المثقلة لكاهله

قد تعترض المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذه لموضوع الصفقة العمومية مجموعة من الظروف التي لم تكن متوقعة عند إبرام الصفقة العمومية، وتؤدي إلى زيادة الأعباء المالية عليه دون أن تصل إلى درجة إعاقته إعاقة كاملة عن تنفيذ الصفقة العمومية، فيكون له الحق في مطالبة المصلحة المتعاقدة بالتعويض عن هذه التكاليف الإضافية على أساس فكرة التوازن المالي للعقد الإداري.

غير أن هذه الظروف التي قد تطرأ أثناء تنفيذ الصفقة العمومية تنقسم إلى نوعين، فقد تكون ظروف بفعل أعمال المصلحة المتعاقدة المثقلة لكاهل المتعامل المتعاقد معها، وقد تكون ظروفًا خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة. ولذا فإن الأساس القانوني لفكرة إعادة التوازن المالي للعقد الإداري يختلف باختلاف طبيعة هذه الظروف، فإذا كانت هذه الأخيرة من النوع الأول فإن إعادة التوازن المالي للعقد الإداري يكون على أساس نظرية فعل الأمير (المطلب الأول)، أما إذا كانت من النوع الثاني فإن إعادة التوازن المالي يكون على أساس نظرية الظروف الطارئة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ضمانات المتعاقد مع الإدارة تجاه أعمال الإدارة المثقلة لكاهله

لقد تطرقنا فيما سبق إلى حق المتعامل المتعاقد في المطالبة بالتعويض في حالة ممارسة المصلحة المتعاقدة لمختلف سلطاتها أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، إذا ترتب عليها إخلال بالتوازن المالي لها،

1- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 562، س 16 ق، جلسة 1978/04/15. أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 601.

وهذا على أساس أن ممارستها لهذه السلطات أدت إلى زيادة الأعباء المالية على عاتق المتعامل المتعاقد. غير أن حق هذا الأخير في المطالبة بالتعويض لا يقتصر فقط على حالات ممارسة الإدارة المتعاقدة لهذه السلطات، وإنما يشمل أيضا جميع الأعمال التي تقوم بها الإدارة - سواء كانت متعاقدة معه أو غير متعاقدة - بوصفها سلطة عامة وأدت إلى إثقال كاهله بنفقات إضافية، وهذا على أساس نظرية عمل الأمير، فما هو مفهوم هذه النظرية وفيما تتمثل شروطها؟ وما هي الآثار المترتبة عنها؟

الفرع الأول: مفهوم نظرية فعل الأمير كضمانة للمتعاقد وشروط إعمالها

تتداخل كثيرا الاجراءات والأعمال التي تتخذها الإدارة بصفة عامة وتمس بشكل مباشر أو غير مباشر عملية تنفيذ الصفقة العمومية وتؤدي إلى إخلال في توازنها المالي، ما يمنح الحق للمتعاقد المتعاقد في طلب التعويض عنها، ولكن يختلف الأساس الذي يستند إليه هذا الأخير في هذه المطالبة باختلاف نطاق هذه الاجراءات، فإذا كانت هذه الأخيرة نتيجة لممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطاتها، تمثل الأساس القانوني للمطالبة في المسؤولية التعاقدية، أما إذا كانت هذه الاجراءات خارج إطار الصفقة العمومية فإن الأساس القانوني للمطالبة بالتعويض يتمثل في نظرية فعل الأمير. ومن هذا المنطلق كان لابد علينا من تحديد المفهوم القانوني لهذه النظرية أولا، ومن ثم نتعرض لشروط تطبيقها.

أولا: مفهوم نظرية فعل الأمير

تعتبر نظرية فعل الأمير من النظريات التي ابتكرها مجلس الدولة الفرنسي من أجل إعادة التوازن المالي للعقد الإداري¹، وقد عرفها الفقيه "سليمان محمد الطماوي" على أنها: "عمل يصدر من سلطة عامة، دون خطأ من جانبها، ينجم عنه تسويبي مركز المتعاقد في عقد إداري، ويؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك، بما يعيد التوازن المالي للعقد"².

1- « ... Considérant que l'arrêté du préfet des Bouches-du-Rhône a été pris dans la limite des pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 33 du règlement d'administration publique du 6 août 1881, pris en exécution des lois du 11 juin 1880 article 38 et du 15 juillet 1845 article 21, lesquels impliquent pour l'administration le droit, non seulement d'approuver les horaires des trains au point de vue de la sécurité et de la commodité de la circulation, mais encore de prescrire les modifications et les additions nécessaires pour assurer, dans l'intérêt du public, la marche normale du service ... », C.E., Arrêt du 11/03/1910 (compagnie générale française des tramways), n°16178, vu le : 11/03/2019.

2- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.598.

وقد عرفتها محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 30 جوان 1957 بقولها: "المقصود بعبارة فعل الأمير هو كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد مما يطلق عليه بصفة عامة المخاطر الإدارية، وهذه الإجراءات التي تصدر من السلطات العامة قد تكون من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد وقد تتخذ شكل قرار فردي أو قواعد تنظيمية عامة"¹.

وتعتبر نظرية فعل الأمير نظرية خاصة بالقانون الإداري ليست لها أية علاقة بالقانون الخاص، حيث ينظر هذا الأخير إلى أعمال الإدارة التي تمس بعقود الأفراد على أنها أسباب خارجية غريبة عن العقد، وهي تؤدي إلى الاعفاء من المسؤولية عن الأضرار التي تلحق بأطراف العقد، على أساس أنها نوع من أنواع القوة القاهرة².

وبالرجوع إلى التطبيقات القضائية نجد أن حالات تطبيق نظرية فعل الأمير تختلف باختلاف طبيعة فعل الأمير في حد ذاته، فقد يتخذ أحيانا طابعا خاصا وفي أحيان أخرى طابعا عاما، هذا من جهة، ومن جهة أخرى تختلف حالات تطبيق هذه النظرية بحسب الأثر الذي يترتب عليه فعل الأمير على العقد، فقد يكون تأثيره مباشرا على شروط العقد، وقد يكون تأثيره غير مباشر من خلال التأثير على ظروف تنفيذ العقد بشكل يجعلها أكثر إرهاقا للمتعاقد³.

1- فعل الأمير في شكل إجراء خاص:

ويتعلق هذا الإجراء بالمتعاقد وحده دون غيره، ويمكن تقسيم الإجراءات الخاصة التي تؤثر في تنفيذ الصفقة العمومية إلى نوعين، يتمثل النوع الأول في الإجراءات الخاصة التي تعدل مباشرة شروط الصفقة العمومية، في حين يتمثل النوع الثاني في الإجراءات الخاصة التي تؤثر على ظروف تنفيذها.

أ- الإجراءات الخاصة التي تعدل شروط الصفقة العمومية مباشرة:

تتجلى هذه الإجراءات في ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطتها في تعديل بنود الصفقة العمومية، وذلك إما بزيادة الالتزامات التعاقدية للمتعاقد معها أو إنقاصها، كما تتجلى في ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطتها في إنهاء الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة، فإذا أدت هذه

1- حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، الطعن رقم 983، س 09 ق، جلسة 1957/06/30. أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.698.

2- Laurent Richer, op.cit., p.262.

3- فتيحة حابي، النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة تيزي وزو (الجزائر)، 2013، ص.219.

الاجراءات إلى إلحاق أضرار بالمتعاقد المتعاقد من خلال تحميله لأعباء وتكاليف إضافية لم يتوقعها عند إبرام الصفقة، فإنه يكون من حقه المطالبة بالتعويض عن آثار هذه الاجراءات على أساس نظرية فعل الأمير، ويكون التعويض في هذه الحالة تعويضا كاملا وليس جزئيا¹.

ب- الإجراءات الخاصة التي تؤثر في ظروف تنفيذ الصفقة العمومية:

على خلاف الإجراءات الخاصة التي تؤثر في عملية تنفيذ الصفقة العمومية بشكل مباشر، وذلك من خلال تعديل بنودها، هناك إجراءات خاصة أخرى تؤثر في عملية التنفيذ ولكن بطريقة غير مباشرة، وهذا من خلال التأثير في ظروف التنفيذ بشكل يؤدي إلى إرهاق المتعاقد ويحملة أعباء مالية إضافية لم يكن يتوقعها عند إبرام الصفقة العمومية².

ومن التطبيقات الفقهية لهذه الاجراءات ما يلي:

1- الأوامر المصلحية التي تصدر عن المصلحة المتعاقدة وتوجه إلى المتعاقد المتعاقد بمقتضى سلطتها في الرقابة و التوجيه، ويترتب عنها تكاليف إضافية جديدة، كأن تطلب منه تغيير وسائل التنفيذ أو اتباع أسلوب جديد في عملية التنفيذ³، وهذا على النحو الذي تطرقنا إليه في موضوع سابق.

2- قيام المصلحة المتعاقدة بأشغال عامة من شأنها أن تؤثر في ظروف تنفيذ الصفقة العمومية، ما يترتب عليه إلحاق أضرار بالمتعاقد المتعاقد، ففي هذه الحالة يكون من حقه المطالبة بالتعويض على أساس نظرية فعل الأمير إذا لم تتضمن بنود الصفقة أي إشارة لهذه المسألة. أما في الحالة العكسية فإن مجلس الدولة الفرنسي يعمل على تطبيق الشروط الواردة في العقد الإداري بخصوص تأثير هذه الأشغال على ظروف عملية التنفيذ⁴.

3- في حالة اتخاذ المصلحة المتعاقدة لإجراءات وتدابير بوصفها سلطة ضبط، وترتب عليها أعباء مالية إضافية على عاتق المتعاقد المتعاقد، فإنه يحق لهذا الأخير المطالبة بالتعويض على أساس نظرية فعل الأمير، ومن قبيل هذه الإجراءات الأمر الصادر من الإدارة المتعاقدة إلى الشركة المتعاقدة بنقل أسلاك الكهرباء إلى موقع آخر بداعي المحافظة على سلامة المواطنين⁵.

4- قيام المصلحة المتعاقدة بأعمال مادية من شأنها تحميل المتعاقد المتعاقد أعباء إضافية⁶.

1- Ibrahim Réfaat Mohamed EL-BÉHÉRÉRY, op.cit., p.477.

2- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.206.

3- مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص.555.

4- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.703.

5- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.606.

6- مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص.556.

2- فعل الأمير في شكل إجراء عام:

إضافة إلى الإجراءات والتدابير الخاصة والفردية التي يمكن أن تصدر عن المصلحة المتعاقدة وتؤدي إلى إلحاق الضرر بالمتعامل المتعاقد، قد يصدر عن هذه الجهة الادارية إجراءات وتدابير عامة تؤدي إلى إرهاب المتعامل المتعاقد، فهل يمكن لهذا الأخير المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي ألحقتها به هذه الإجراءات على أساس نظرية فعل الأمير؟

للإجابة على هذا التساؤل انقسم الفقه في فرنسا إلى ثلاث طوائف، حيث ذهبت الطائفة الأولى وعلى رأسها "J. Badaoui" إلى القول بأن كل إجراء أو تدبير عام يتخذ بشكل قانوني ويلحق أضراراً بالمتعاقد يمكن أن يكون محل مطالبة بالتعويض على أساس نظرية فعل الأمير، وعلى خلاف الطائفة السابقة نادت الطائفة الثانية وعلى رأسهم "André de Laubadère" بتضييق نطاق الإجراءات التي يمكن أن تكون محل مطالبة بالتعويض على أساس نظرية فعل الأمير وقصرها فقط على تلك الإجراءات والتدابير العامة غير المتوقعة والصادرة عن الإدارة المتعاقدة، فعلى سبيل المثال الإجراء المتخذ من طرف الدولة بمنع الاستيراد لا يشكل سبباً لتطبيق نظرية فعل الأمير. أما الطائفة الثالثة وعلى رأسها "F.-P. Benoît" فقد ذهبت إلى التضييق أكثر فأكثر من نطاق الإجراءات التي يمكن أن تكون أساساً للمطالبة بالتعويض على أساس نظرية فعل الأمير، حيث حصرتها فقط في الإجراءات التي تتخذها السلطة الادارية المتعاقدة خارج النطاق التعاقدية، كأن تتخذ إجراء ما بوصفها سلطة ضبط إداري، وبالتالي فإن الأضرار التي تلحق بالمتعاقد نتيجة ممارسة الإدارة المتعاقدة سلطتها في التعديل الانفرادي أو سلطتها في الرقابة والتوجيه لا يمكن أن تكون محلاً للمطالبة بالتعويض على أساس نظرية فعل الأمير¹.

وفي ظل عدم علمنا بوجود قرارات قضائية صادرة عن مجلس الدولة الجزائري تبين موقفه من المسألة السابقة، نستأنس بما ذهب إليه كل من القضاء الإداري في فرنسا ومصر في هذه المسألة، وفي هذا السياق تجدر الإشارة إلى أن القضاء الاداري الفرنسي قد تبني وجهة نظر الطائفة الثانية، في حين كان القضاء الاداري المصري يسلك موقف الاتجاه الأول الذي ينادي بضرورة توسيع نطاق نظرية فعل الأمير لتشمل جميع الإجراءات والتدابير العامة الصادرة من الإدارة سواء كانت متعاقدة أو غير متعاقدة، حيث قضت محكمة القضاء الاداري في مصر في حكم صادر لها بتاريخ 30 جوان 1957

1- Laurent Richer, op.cit., p.263.

بأن: "المقصود بعبارة فعل الأمير كل إجراء تتخذه السلطة العامة و يكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة ... وهذه الإجراءات التي تصدر من السلطة العامة قد تكون من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد، وقد تتخذ شكل قرار فردي أو تكون بقواعد تنظيمية عامة"¹. وهذا قبل أن يتراجع عن هذا الاتجاه ويسلك ما ذهب إليه الاتجاه الثاني الذي سلكه القضاء الإداري الفرنسي، حيث قررت المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكم صادر لها بتاريخ 11 ماي 1968 بأن: "تدخل القضاء الإداري لتحقيق التوازن المالي للعقد الإداري تطبيقاً لنظرية فعل الأمير مناطه توافر شروط هذه النظرية، ومن بينها شرط أن يكون الفعل الضار صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة، فإذا ما صدر هذا الفعل عن شخص معنوي عام غير الذي أبرم العقد، تخلف أحد شروط نظرية فعل الأمير وامتنع بذلك تطبيقها، ولكن ذلك الامتناع لا يحول دون تطبيق نظرية الحوادث إذا ما توافرت شروطها"².

وينقسم فعل الأمير الذي يكون في شكل إجراءات وتدابير عامة إلى نوعين، يتمثل النوع الأول في تلك الإجراءات التي تؤثر في عملية تنفيذ الصفقة العمومية بشكل مباشر، أما النوع الثاني فيتمثل في الإجراءات التي تؤثر في ظروف تنفيذ الصفقة العمومية.

أ- الإجراءات العامة التي تؤثر في عملية تنفيذ الصفقة العمومية بشكل مباشر:

قد تتخذ السلطة العامة بعض الإجراءات والتدابير العامة التي يكون من شأنها تعديل بنود الصفقة العمومية أو حتى إنهاؤها، وفي مثل هذه الحالة يمكن للمتعاقد الذي لحقته أضرار من جراء هذه التدابير العامة أن يطالب بالتعويض عنها على أساس نظرية فعل الأمير، وهذا بشرط أن لا ينص التدبير العام الصادر من السلطة العامة على استبعاد التعويض في هذه الحالة³.

وفي هذا الصدد قضى مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 28 أبريل 1939 فصلاً في قضية "Chemins de fer de l'Ouest" بتعويض الشركة الطاعنة تعويضاً كاملاً عن الأضرار التي لحقتها بسبب تطبيق المرسوم الصادر بتاريخ 16 جوان 1935، وهذا على أساس نظرية فعل الأمير. وتتلخص وقائع هذه القضية في أن الدولة قررت بموجب المرسوم المشار إليه خفض النفقات في جميع الميادين بنسبة 10%، وترتب على تطبيق هذا المرسوم تعديل الاتفاق الذي تم إبرامه بين الدولة والشركة

1- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.705.

2- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 329، س 12 ق، جلسة 1968/05/11. أشار إليه: مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص.560.

3- الشريف شريفي، المرجع السابق، ص.292.

الطاعنة بتاريخ 28 أكتوبر 1909 على نحو استردت به الدولة مرفق السكك الحديدية الذي كانت تتولاه الشركة مقابل مبالغ سنوية تؤديها الدولة لها¹.

غير أنه في حالة صدور قانون يقضي بتعديل أو إنهاء عقد إداري أو عقود إدارية معينة، وكان قد تضمن في بنوده النص على كيفية التعويض عن الأضرار التي قد تنجم عن هذا التعديل أو الإنهاء، أو نص على حرمان المتعاقد من التعويض في هذه الحالة، فإن مجلس الدولة الفرنسي يعمل على تطبيق هذه النصوص حرفياً احتراماً للتشريع، على أساس أنه ينكر على نفسه حق الرقابة على دستورية القوانين، كما هو الحال بالنسبة لسائر جهات القضاء في فرنسا².

ب- الإجراءات العامة التي تؤثر في عملية تنفيذ الصفقة العمومية بشكل غير مباشر:

قد لا يؤثر الإجراء أو التدبير العام الصادر عن الجهة الإدارية في عملية تنفيذ الصفقة العمومية بشكل مباشر، ولكن قد يؤثر فيها بشكل غير مباشر من خلال التأثير على ظروف تنفيذها، فيجعلها أكثر تعقيداً ما يترتب عليه بالنتيجة إرهاب المتعاقد مادياً، ومن قبيل هذه الإجراءات والتدابير القوانين الضريبية التي تفرض ضرائب جديدة ذات طابع عام أو تزيد قيمتها، وكذا التشريعات الإجتماعية التي تهدف إلى تحسين أوضاع العمال وزيادة في أجورهم، وكذا الإجراءات الاقتصادية والمالية كتلك المتعلقة بالاستيراد والتصدير أو التشريعات المتعلقة بالنقد والصرف³.

وقد تنص هذه التشريعات أو الإجراءات العامة ضمن بنودها على تعويض المتعاقد عن الأضرار التي قد تلحقه بسببها، كما قد يتضمن العقد الإداري بنداً ينص على حق المتعاقد في التعويض عن الأضرار التي تصيبه نتيجة هذه التشريعات والإجراءات العامة، وفي هاتين الحالتين لا يكون أمام مجلس الدولة الفرنسي سوى تطبيق هذه النصوص⁴.

أما خارج نطاق هاتين الحالتين فإن مجلس الدولة الفرنسي لا يقبل كأصل عام التعويض عنها على أساس نظرية فعل الأمير إلا في أضيق الحدود، وهذا فقط في حالة ما إذا مست هذه الإجراءات بأحد العناصر الأساسية في العقد⁵.

1- C.E, Arrêt du 28/04/1939 (Chemins de fer de l'Ouest).

أشار إليه: سليمان محمد الطماوي، الأسس

العامّة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.613.

2- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.706.

3- مطيع حمود جبير، المرجع السابق، ص.557.

4- إبراهيم الشارف الطاهر توفيق، المرجع السابق، ص.210.

5- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.616.

ومن أمثلة قراراته في هذا الصدد قراره الصادر بتاريخ 20 ماي 1904 فصلا في قضية "Compagnie marseillaise de navigation" الذي قضى فيه بأن فرض رسوم الدفع (droits de péage) في الميناء يشكل سببا لتطبيق نظرية فعل الأمير على اعتبار أن هذه الحقوق تتسم بطبيعة خاصة¹. وعلى العكس من ذلك لم يعتبر المجلس -في قراره الصادر بتاريخ 18 مارس 1983 فصلا في قضية "Société du parking du square Boucicaut"- بأن إنشاء حظيرة للسيارات على السطح من طرف البلدية على بعد 300 متر فيه مساس لأحد العناصر الأساسية لعقد إداري باستثمار حظيرة للسيارات تحت السطح².

كما قضى مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 31 ماي 1918 فصلا في قضية "Degraeve" وقراره الصادر بتاريخ 28 نوفمبر 1924 فصلا في قضية "Tante" بتعويض المتعاقد عن الإجراء العام، وهذا بشرط أن يؤدي هذا الأخير إلى المساس بمسألة جوهرية كان لها الدور الحاسم في دفع المتعاقد إلى إبرام العقد الإداري³.

وتبنى القضاء الإداري الفرنسي أيضا مبدأ تعويض المتعاقد عن الضرر الذي لحقه نتيجة الإجراء العام الصادر عن السلطة العامة على أساس نظرية فعل الأمير، وهذا في حالة ما إذا أثبت أن الضرر الذي لحقه هو ضرر خاص لا يشاركه معه باقي من مسهم الإجراء العام⁴. وهو ذات الاتجاه الذي سار عليه القضاء الإداري المصري، حيث قررت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكم صادر لها بتاريخ 16 جوان 1953 رفض منح التعويض لإحدى الشركات عن الأضرار التي لحقتها بسبب فرض رسم بلدي على إنتاج الكهرباء، حيث جاء في حكمها ما يلي: "ومن حيث إن فرض الرسم

1- Laurent Richer, op.cit., p.264.

2- « Considérant que, compte tenu de la multiplicité des facteurs généraux et locaux auxquels a pu être liée l'évolution de la fréquentation du parc de stationnement souterrain du square Boucicaut, il ne résulte pas de l'instruction que la création ... de 36 emplacements de stationnement payant ... et de 155 autres emplacements de stationnement dans les rues avoisinantes ait eu par elle-même une incidence sur l'exploitation du parc souterrain, alors surtout que les mêmes emplacements se trouvaient auparavant en "zone bleue" c'est-à-dire que le stationnement y était également limité dans le temps mais gratuit ; que la requérante ... pas fondée à invoquer à l'appui de sa demande la méconnaissance par la ville de paris de ses obligations contractuelles Qu'elle n'est pas davantage fondée à soutenir, dans les circonstances de l'affaire, que l'institution du stationnement payant et le renforcement de la surveillance policière qui l'a accompagnée étaient imprévisibles à la date de signature du contrat et seraient par ce motif de nature à lui ouvrir un droit à indemnité » C.E, Arrêt du 18/03/1982 (Sté du parking du square Boucicaut), n° 25556, www.legifrance.gouv.fr, vu le : 07/03/2019.

3- C.E, Arrêt du 31/05/1918 (Degraeve); C.E, Arrêt du 28/11/1924 (Tante). أشار إليهما: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.709.

4- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.616.

الذي تضمنه القرار المطعون فيه كان متوقعا وقت التعاقد ... فضلا عن أنه لم يتجاوز الحد العادل المعقول ولم يتضمن أي تمييز في التكليف بين المنظوين تحت أحكامه...¹.

وذاً المحكمة قضت في حكم صادر لها بتاريخ 30 جانفي 1955 بأنه : "يشترط لقيام الحق في التعويض تأسيسا على نظرية عمل الأمير أن تصدر الحكومة تشريعا عاما جديدا يمس مركز المتعاقد معها بضرر خاص. والضرر الخاص يتحقق إذا أصاب التشريع الجديد -على الرغم من عمومية نصوصه- المتعاقد وحده دون مجموع الشعب، أو إذا ما أصابه بضرر من الجسامة بحيث يتجاوز بكثير ما أصاب مجموع الشعب"².

كما قضت المحكمة الادارية العليا في حكم صادر لها بتاريخ 16 ديسمبر 1997 بأنه: "... نظرا لأن الثابت من الأوراق أن الزيادة التي طرأت في أسعار مواد البناء لم تتولد عن الجهة الادارية المتعاقدة وهي مديرية الإسكان بمحافظة سوهاج ... هذا فضلا عن أن الضرر الذي تدعيه الشركة نتيجة زيادة الأسعار ليس ضررا خاصا بتلك الشركة بحسبان تلك الزيادة قد تم سريانها على جميع التعاقدات سواء في النطاق الاداري أو في نطاق تعاملات الأفراد، وبالتالي فلا تكون شروط انطباق نظرية فعل الأمير متحققة بالنسبة للنزاع الماثل الأمر الذي يتعين معه القضاء برفض هذا الطلب ..."³.

وبالرغم من عدم تطبيق القضاء الاداري الفرنسي لنظرية فعل الأمير في حالة الأضرار المترتبة عن صدور تشريعات تفرض ضرائب جديدة أو ترفع من قيمة الضرائب المقررة، إلا أنه دأب على تطبيق هذه النظرية إذا تعلق الأمر بضرائب صادرة عن السلطات المحلية كالرسوم البلدية، وهذا بشرط أن تكون السلطة المحلية التي فرضت الضرائب هي نفسها الجهة الادارية المتعاقدة⁴.

وإضافة إلى ما سبق فإن مجلس الدولة الفرنسي لا يكتفي بتطبيق نظرية فعل الأمير في حالة صدور قوانين أو إجراءات عامة عن الإدارة، وإنما يطبق هذه النظرية حتى في حالة ما إذا سلكت الإدارة موقفا سلبيا من هذه القوانين أو الإجراءات العامة وترتب عليه فرض تكاليف جديدة على المتعاقد، وهو ما يعبر عليه بفعل الأمير السلبي، ويكون ذلك في حالة امتناع الادارة عن تنفيذ القوانين

1- سليمان محمد الطماوي، المرجع نفسه، ص.618.

2- حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، جلسة 1955/01/30. أشار إليه: سليمان محمد الطماوي، المرجع نفسه، ص.622.

3- بشار رشيد حسين المزوري، المرجع السابق، ص.200.

4- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.709.

أو الإجراءات العامة التي تعود بالفائدة على المتعاقد، ومن باب أولى إلغاء بعض الإجراءات العامة التي كانت سببا في دفع المتعاقد إلى إبرام العقد الإداري¹.

غير أن مجلس الدولة الفرنسي وإن كان قد رفض التعويض عن هذه الإجراءات العامة إلا إذا مست بأحد العناصر الأساسية للعقد الإداري، إلا أنه قبل التعويض عنها على أساس نظرية الظروف الطارئة، ولكن بشرط أن تتوفر فيها جميع شروطها لاسيما شرط قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب².

ثانيا: شروط تطبيق نظرية فعل الأمير

بالرجوع إلى مفهوم نظرية فعل الأمير يتبين لنا أنه يجب توفر مجموعة من الشروط لتطبيقها، وهو ما أوضحته المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر بتاريخ 20 ماي 1961، والذي جاء فيه بأنه: "إذا كانت العلاقة بين الطاعن والإدارة هي عقد إداري، فإن شروط نظرية فعل الأمير التي استند إليها الطاعن في تقرير أحقيته في التعويض غير متوفرة في حالته، ذلك أن شروطها هي:

- 1- أن يكون ثمة عقد من العقود الإدارية.
- 2- أن يكون الفعل الضار صادرا من جهة الإدارة المتعاقدة.
- 3- أن ينشأ عنه ضرر للمتعاقد لا يشترط فيه درجة معينة من الجسامة.
- 4- افتراض أن الإدارة المتعاقدة لم تخطئ حين اتخذت عملها الضار فمسئوليتها عقدية بلا خطأ.
- 5- أن يكون الإجراء الصادر من الإدارة غير متوقع.
- 6- أن يلحق المتعاقد ضرر خاص لا يشاركه فيه سائر من يمسه القرار العام..."³.

1- وجود عقد إداري:

يعتبر هذا الشرط أمرا بديها لأن نظرية فعل الأمير تتعلق أساسا بعقود القانون العام ولا يمكن تطبيقها على عقود القانون الخاص، ويترتب على هذا أنه لا يمكن تطبيق هذه النظرية بالنسبة لعقود الإدارة المدنية التي تخضع للقانون الخاص، كما لا يمكن تطبيق هذه النظرية بصدد الإجراءات

1- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.626.

2- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.708.

3- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، س 6 ق، جلسة 1961/05/20. أشار إليه : حمدي ياسن عكاشة، المرجع السابق، ص.323.

الإفرادية التي تتخذها الإدارة في حق أحد الأفراد وترتب عليه ضرر معين له، لأن نظرية فعل الأمير ترتبط أساساً بالعقود الإدارية¹.

وبما أن الصفقات العمومية تعتبر نوعاً من أنواع العقود الإدارية فإنها تدخل في مجال تطبيق نظرية فعل الأمير، وبالتالي يمكن للمتعاقد المتعاقد في حالة صدور قانون أو إجراء ما من الإدارة وألحق به أضراراً خاصة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية فإنه يكون من حقه المطالبة بالتعويض على أساس هذه النظرية.

وقد بينت محكمة القضاء الإداري المصرية هذا الشرط في حكمها الصادر بتاريخ 03 مارس 1957 بقولها: "... متى كان الأمر بين الشركة وبين الحكومة خارجاً عن نطاق الرقابة العقدية، فإن طلب التعويض عن الأضرار التي تترتب على التشريع الجديد استناداً إلى نظرية عمل الأمير يكون على غير أساس سليم من القانون، إذ من المقرر أن المسؤولية التي تترتب التعويض في نطاق نظرية فعل الأمير لا تقوم إلا في حالة ما إذا كان المضرور بسبب التشريعات الجديدة تربطه بالدولة علاقة تعاقدية أثر فيها التشريع الجديد بأن زاد في الأعباء التي يتحملها في تنفيذ التزاماته بمقتضى العقد، وأن تؤدي هذه الزيادة في الأعباء المالية إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد"².

2- أن يكون الإجراء الضار صادراً عن الإدارة المتعاقدة:

لم يكن مجلس الدولة الفرنسي في بداية تأسيسه لنظرية فعل الأمير يشترط أن يصدر الإجراء الضار من الإدارة المتعاقدة ذاتها، وإنما كان يكفي بصدور هذا الإجراء من السلطة العامة سواء كانت متعاقدة أو غير متعاقدة³.

ولكن ابتداءً من قراره الصادر بتاريخ 04 مارس 1949 فصلاً في قضية "Ville de Toulon" أصبح مجلس الدولة الفرنسي يشترط أن يكون الإجراء الضار بالمتعاقد أثناء تنفيذه للعقد الإداري صادراً عن الإدارة المتعاقدة، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن الدولة اتخذت مجموعة من الإجراءات والتدابير كان لها تأثير سلبي على عقد تم إبرامه بين مدينة "Toulon" وبين شركة الغاز والكهرباء، بحيث أدت هذه الإجراءات إلى خفض إيرادات الشركة الطاعنة، وقرر المجلس في هذه القضية أنه لا

1- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص. 207.

2- حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، س 11 ق، جلسة 1957/03/03. أشار إليه: مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص. 559.

3- بشار رشيد حسين المزوري، المرجع السابق، ص. 196.

يمكن تعويض الشركة الطاعنة على أساس نظرية فعل الأمير على أساس أن الإجراءات الضارة لم تصدر عن الإدارة المتعاقدة¹.

وقد تأكد هذا الحكم في قرار لاحق صدر بتاريخ 20 أكتوبر 1971 فصلا في قضية "Compagnie du chemin de fer de bayonne à Biarritz" رفض فيه طلب شركة السكك الحديدية بتعويضها على أساس نظرية فعل الأمير عن الأضرار التي لحقتها من جراء القرار الصادر عن الدولة بإلزامها بنقل العسكريين والمدنيين خلال فترة الحرب العالمية الثانية مجانا، وهذا على أساس أن هذا القرار لم يصدر عن الجهة الإدارية المتعاقدة².

ونفس الاتجاه سار عليه القضاء الإداري المصري، حيث قضت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 05 ماي 1969 بأنه: "... ومن حيث إنه يشترط لتعويض المدعين 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"³.

وتجدر الإشارة إلى أن فكرة وحدة شخصية الدولة تفرض أنه في حالة ما إذا أبرمت وزارة معينة عقدا من العقود الإدارية، فإن أي إجراء صادر عن هذه الوزارة أو وزارة أخرى أو حتى مجلس الوزراء يعتبر إجراء صادرا عن الوزارة المتعاقدة، لأن هذه الأجهزة هي مجرد أوجه متعددة لشخص

أشار إليه: إبراهيم الشارف الطاهر تفوقه، المرجع السابق، ص.195. 1- C.E 04/03/1949 (Ville de Toulon).

2- « Considérant que pour demander la condamnation du departement des pyrenees-atlantiques a lui verser une indemnité representant la différence entre les sommes qu'elle aurait du percevoir en application des tarifs en vigueur et celles qui lui ont ete effectivement versees pour les transports individuels de militaires et civils allemands au cours de la période 1940-1945, la compagnie du chemin de fer de bayonne a BIARRITZ soutient que les mesures qui lui ont impose d'assurer les transports dont s'agit auraient été le fait de l'autorite concédante ;

Cons. qu'il résulte de l'instruction que lesdites mesures n'ont pas été prises par le prefet agissant au nom du departement des basses-pyrenees mais ont été prescrites par ledit prefet a la demande des autorites d'occupation ; qu'ainsi, la diminution de recettes dont fait etat la societe requerante est independante du fait de l'autorite concedante, partie au contrat ; que la compagnie concessionnaire pouvait seulement, si elle s'y estimait fondée, presenter une demande d'indemnité basée sur l'existence d'un fait imprevisible ayant provoqué un déficit d'exploitation de nature a entrainer un bouleversement de l'économie du contrat de concession ; que, par suite, c'est a bon droit que le tribunal administratif de pau a rejeté la demande dont il était saisi ; rejet avec depens. » C.E, Arrêt du 20/10/1971 (Compagniedu chemin de fer de bayonne à Biarritz), n° 79315, www.légifrance.gouv.fr, vu le 12/03/2019.

3- السيد فتوح محمد هنداي، المرجع السابق، ص.247.

قانوني واحد هو الدولة، ونفس الحكم ينطبق بالنسبة للتشريعات أو الإجراءات الصادرة عن البرلمان، وهذا بخلاف الحكم الذي يطبق على الأشخاص المعنوية المستقلة عن الدولة، كالولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الشخصية المعنوية المستقلة التي يجب أن يصدر عنها الإجراء الضار حتى يمكن تطبيق نظرية فعل الأمير¹.

3- أن يكون الإجراء الضار الصادر عن الإدارة غير متوقع وقت إبرام العقد الإداري:

يشترط لتطبيق نظرية فعل الأمير أن يكون الإجراء أو التدبير الضار الصادر عن الإدارة المتعاقدة غير متوقع من طرف المتعاقد معها وقت إبرام العقد الإداري، أما إذا توقع المتعاقد هذا الإجراء أو كان من المفروض أن يتوقعه فإنه لا يجوز له المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت من جرائه على أساس نظرية فعل الأمير حتى ولو أغفل العقد النص على كيفية مواجهته². وتوقع تعديل العقد الإداري من طرف الإدارة المتعاقدة أمر يفترض علم المتعاقد به عند إقباله على إبرامه، ولكن عدم التوقع يمكن أن يثور بالنسبة لنطاق التعديل ومداه، فإذا ما نظم العقد هذه المسألة استبعدت نظرية فعل الأمير³.

وقد أكدت محكمة القضاء الإداري المصرية على شرط عدم التوقع في حكمها الصادر بتاريخ 30 جوان 1957 بقولها: " ومن شروط تطبيق نظرية عمل الأمير أن يكون الإجراء أو التشريع الجديد غير متوقع الصدور وقت التعاقد، فإذا ما توقعته نصوص العقد، فإن المتعاقد مع الإدارة يكون قد أبرم العقد وهو مقدر لهذه الظروف، الأمر الذي يترتب عليه تعذر الاستناد إلى نظرية فعل الأمير... "4. والمعيار المتبع لتقدير مدى توفر شرط عدم التوقع هو معيار موضوعي وليس شخصي، وهذا يعني أنه يجب النظر إلى مدى إمكانية توقع الرجل العادي الحريص الذي يوجد في مثل ظروف التعاقد لصدور التشريع أو الإجراء الضار، فإذا كان بإمكانه ذلك ولكنه قصر في الوقوف على مدى تحقق هذه الإمكانية فإنه يحرم من التعويض على أساس نظرية فعل الأمير، وهنا يجب على قاضي العقد البحث عما إذا كان المتعاقد قد بذل الجهد المعقول والضروري لاستبيان ما هو مقبل عليه⁵.

1- مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص. 561.

2- محمد شعبان الدرهوي، المرجع السابق، ص. 115.

3- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، المرجع السابق، ص. 196.

4- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص. 714.

5- السيد فتوح محمد هنداي، المرجع السابق، ص. 252.

4- أن لا يشكل الإجراء الصادر عن الإدارة خطأً من جانبها:

ومن الشروط التي يجب توفرها لتطبيق نظرية فعل الأمير أن يكون الإجراء الضار الصادر عنها مشروعاً ولا ينطوي على خطأ ما، ذلك لأن مسؤولية الإدارة في حالة تطبيق نظرية فعل الأمير هي مسؤولية عقدية بلا خطأ، أما إذا شاب الإجراء الضار خطأً معين فإن مسؤولية الإدارة تكون على أساس الخطأ لا على أساس نظرية فعل الأمير¹.

5- أن يترتب على فعل الإدارة ضرر خاص بالمتعاقد معها:

يشترط لتطبيق نظرية فعل الأمير أن يلحق بالمتعاقد ضرر خاص نتيجة التشريع أو الإجراء الصادر عن الإدارة المتعاقدة معه بشكل يؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد الإداري². ولا يشترط في هذا الضرر أن يكون على درجة معينة من الجسامة، فقد يكون هذا الضرر فادحاً كما قد يكون يسيراً، وقد يتمثل هذا الضرر في شكل خسائر أو أعباء إضافية يتحملها المتعاقد نتيجة الإجراء الضار، كما قد يكون مجرد نقص في الأرباح التي كان المتعاقد يتوقعها عند إبرامه للعقد الإداري³. وإضافة إلى ما سبق يشترط في الضرر المترتب عن الإجراء الضار الصادر عن الإدارة المتعاقدة أن يكون ضرراً خاصاً بالمتعاقد، بحيث يصيبه لوحده أو يصيبه بشكل جسيم مقارنة مع باقي الأفراد الذين خاطبهم الإجراء الضار محل المطالبة بالتعويض على أساس نظرية فعل الأمير.

وفي جميع الحالات يكفي لتطبيق نظرية فعل الأمير أن يصيب المتعاقد ضرر يؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد الإداري، ولا يشترط في هذا الضرر أن يهدد عملية تنفيذ العقد الإداري بالتوقف كما هو الشأن بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة⁴.

وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة ما إذا لحق بالمتعاقد خسائر وأعباء كبيرة نتيجة الإجراء الذي اتخذته الإدارة المتعاقدة بحيث يجد نفسه أمام عقد جديد يفوق قدراته المالية والتقنية، فإنه يكون من حقه المطالبة بالتعويض عن هذه الخسائر إضافة إلى حقه في طلب فسخ العقد⁵.

1- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.208.

2- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.182.

3- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص.197.

4- مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص.564.

5- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.713.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على تطبيق نظرية فعل الأمير في مجال الصفقات العمومية

في حالة توافر جميع الشروط السابقة فإنه يحق للمتعاقد المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر بسبب التدبير أو الإجراء الذي اتخذته المصلحة المتعاقدة، وذلك على أساس نظرية فعل الأمير، ويجب أن يكون التعويض بالشكل الذي يعيد للصفقة العمومية توازنها المالي، ويشمل هذا التعويض ما لحق بالمتعاقد من خسائر و أعباء مالية وما فاتته من كسب و ربح¹. وإضافة إلى الأثر الرئيسي المترتب على نظرية فعل الأمير وهو التعويض، هناك آثار ثانوية أخرى تتمثل في²:

1- إعفاء المتعاقد من الإلتزام بالاستمرار في عملية التنفيذ إذا أدى الإجراء أو التدبير المتخذ من طرف المصلحة المتعاقدة إلى استحالة التنفيذ، كاستحالة تنفيذ عقد توريد بسبب صدور قانون يمنع استيراد مادة معينة موضوع هذا العقد لا يمكن الحصول عليها إلا من الخارج.

2- حق المتعاقد في طلب فسخ الصفقة العمومية إذا ترتب على فعل الأمير زيادة الأعباء والتكاليف الملقاة على عاتقه بما يجاوز قدراته التقنية والمالية، إضافة إلى حقه في طلب التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب فعل الأمير.

وبما أن التعويض الكامل عن الضرر المترتب عن الإجراء المتخذ من طرف الإدارة المتعاقدة هو النتيجة الرئيسية لتطبيق نظرية فعل الأمير، فإننا سندرس أولاً الأساس القانوني الذي يقوم عليه، على أن نتعرض فيما بعد لكيفية تقديره ونطاقه.

أولاً: الأساس القانوني للتعويض المترتب على نظرية فعل الأمير

لقد اختلف الفقهاء حول الأساس القانوني الذي تقوم عليه فكرة تعويض المتعاقد في حالة التشريع أو الإجراء الصادر عن الإدارة المتعاقدة، حيث ظهر اتجاهان فقهيان أساسيان لتبرير هذا التعويض، الاتجاه الأول يرى بأن الأساس القانوني لفكرة التعويض في حالة فعل الأمير يتمثل في فكرة التوازن المالي للعقد الإداري، حيث يتعين على الإدارة المتعاقدة أن تعيد التوازن المالي للعقد الإداري في كل مرة يختل فيها، وقد أيد غالبية الفقه الفرنسي هذا الاتجاه، كما استند القضاء الإداري المصري في غالبية أحكامه على هذا الأساس³.

1- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.209.

2- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.627.

3- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.721.

وفي هذا الصدد أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري في فتاها الصادرة بتاريخ 04 فيفيري 1956 بأنه: "... وإن كان استعمال مانح الإلتزام لحقه في تعديل التعريف بتخفيضها أو بتعديل شروطها لصالح المنتفعين أمراً مشروعاً في ذاته إلا أن إثارة الصالح العام على المصالح الخاصة للملتزم ليس معناه التضحية بهذه المصالح بحيث يتحمل الملتزم وحده جميع الأضرار؛ فإذا ترتب على إنقاص التعريف خسارة فعلى مانح الإلتزام أن يعرضه عن تلك الخسارة، إذ من المسلم أن للملتزم حقاً في التوازن المالي للمشروع، وأن السلطة مانحة الإلتزام ملزمة برد هذا التوازن إذا اختل نتيجة لتدخلها بتخفيض التعريف مثلاً وأن لها وحدها اختيار الوسيلة التي تتبع لتعويض الملتزم"¹.

وعلى خلاف الاتجاه السابق يرى الاتجاه الثاني بأن الأساس القانوني لتعويض المتعاقد في حالة فعل الأمير يتمثل في المسؤولية العقدية للإدارة بدون خطأ، ويرتكز هذا الأساس على تمييز نظرية المسؤولية العقدية في مجال القانون الإداري - التي يمكن إثارتها بناء على وجود خطأ أو حتى بدونه - عن المسؤولية العقدية في إطار عقود القانون الخاص، ويرجع ذلك إلى العلاقة التي تربط العقد الإداري بمقتضيات المرفق العام من ناحية، ومظاهر السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها من ناحية أخرى².

وفي الحقيقة - كما يرى بعض الفقهاء - فإنه لا يوجد خلاف بين الاتجاهين السابقين، لأن مسؤولية الإدارة عن فعل الأمير هي مسؤولية تعاقدية تقوم على أساس فكرة التوازن المالي للعقد الإداري، و هو ما يفسر اشتراط مجلس الدولة الفرنسي صدور الإجراء الضار عن الإدارة المتعاقدة لتطبيق نظرية فعل الأمير، ورفضه في العديد من أحكامه التعويض على أساس نظرية فعل الأمير إذا صدر التشريع أو الإجراء الضار عن سلطة عامة غير الإدارة المتعاقدة³. وهذا الشرط هو الذي يميز بين مسؤولية الإدارة المتعاقدة في حالة فعل الأمير، وبين مسؤوليتها في حالة الظروف الطارئة أو الصعوبات المادية غير المتوقعة.

ولكن تجدر الإشارة إلى أن مسؤولية الإدارة المتعاقدة في حالة فعل الأمير هي مسؤولية عقدية بلا خطأ، لأن من بين شروط تطبيق نظرية فعل الأمير أن لا ينطوي الإجراء الضار الصادر عنها على

1- السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص.263.

2- إبراهيم الشارف الطاهر توفيق، المرجع السابق، ص.215.

3- أنظر : - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.628؛ - نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.721؛ - السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص.270.

الخطأ، وإلا قامت مسؤوليتها على أساس مختلف، ونصبح أمام حالة شبيهة بالمسؤولية التي تقوم على أساس الخطأ¹.

ثانيا: تقدير التعويض

في حالة تعرض المتعاقد أثناء تنفيذه للصفقة العمومية لخسائر مالية بسبب الإجراءات والتدابير الصادرة عن المصلحة المتعاقدة، فإنه يتعين على هذه الأخيرة أن تعوض المتعاقد عن جميع هذه الخسائر بما يعيد للصفقة العمومية توازنها المالي، وهذا على أساس نظرية فعل الأمير².

ويجب أن يكون هذا التعويض كاملا وغير جزئي، بحيث يشمل ما لحق المتعاقد المتعاقد من أضرار وخسائر مالية بسبب فعل الأمير، كأن يكون هذا الأخير قد جعل من عملية تنفيذ الصفقة العمومية أكثر صعوبة وتعقيدا، كما يتعين أن يشمل التعويض ما فات المتعاقد المتعاقد من كسب وريح بسبب الإجراءات والتدابير المتخذة من طرف المصلحة المتعاقدة³. وهو ما أكدته محكمة القضاء الإداري في مصر في حكم صادر لها بتاريخ 30 جوان 1957 بقولها: "... والمحكمة إنما تقدر هذا التعويض طبقا للقواعد المقررة في القانون الإداري في هذا الشأن، وهو يشمل عنصرين:

الأول: ما لحق المتعاقد من خسارة، ويتضمن هذا العنصر المصروفات الفعلية التي أنفقها المتعاقد، وهذه المصروفات تختلف باختلاف الأحوال وطبيعة التعديل ونتائجه، ومثل ذلك ما إذا طلبت الإدارة سرعة إنجاز الأعمال، فإن ذلك قد 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 تعويض هذه الخسائر مادامت علاقة السببية قائمة بينها وبين الإجراء الذي طلبت جهة الإدارة من المتعاقد معها اتخاذه.

الثاني: مافات المتعاقد مع الإدارة من كسب اعتبارا بأن من حقه أن يعرض عن ربحه الحلال عن عمله و رأس ماله⁴.

1- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.722.

2- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص.199.

3- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.182.

4- حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، الطعن رقم 9/983، س 11 ق، جلسة 1957/06/30. أشار إليه : حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص.327.

ويجب ألا يتجاوز التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد بعنصره على أساس نظرية فعل الأمير حجم الضرر الفعلي الذي لحقه، سواء تمثل هذا الضرر في الخسارة التي تحملها أو الربح الذي كان يأمل فيه لو لم يختل التوازن المالي للعقد الإداري¹.

غير أنه يلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي خرج عن مبدأ التعويض الكامل للمتعاقد في حالة تطبيق نظرية فعل الأمير، حيث رفض التعويض عما فات المتعاقد من ربح في بعض الحالات واكتفى بتعويضه عن الخسائر التي لحقته فقط، ومن قبيل هذه الحالات حالة إنهاء الإدارة المتعاقدة لبعض العقود بسبب الحرب أو على إثر وقف القتال².

ويجب لقيام مسؤولية المصلحة المتعاقدة أن تكون هناك علاقة سببية مباشرة بين الضرر الحاصل له والإجراء أو التدبير الذي اتخذته المصلحة المتعاقدة، بحيث لو لم يتم اتخاذ هذا الإجراء أو التدبير أثناء تنفيذ الصفقة العمومية لما تعرض المتعاقد لأي إرهاب. فإذا انتفت هذه العلاقة انتفى معها التعويض الكامل، أما إذا وجدت ولكن بشكل جزئي أدى ذلك إلى وجود تعويض جزئي يحل محل التعويض الكلي³.

ويشترط لاستحقاق المتعاقد للتعويض الكامل على أساس نظرية فعل الأمير ما يلي:

1- ألا يساهم المتعاقد بخطئه في إحداث الضرر المترتب عن الإجراء المتخذ من طرف الإدارة المتعاقدة أو الزيادة في تبعاته السلبية، فيستبعد في هذه الحالة كامل التعويض إذا كان خطأ المتعاقد هو السبب الرئيسي والوحيد لحصول الأضرار، أما إذا كان خطؤه قد ساهم فقط في إحداث جزء من الأضرار أو زاد من حجمها، فإن قاضي العقد الإداري يقوم بإجراء مقاصة بين قيمة الخسائر التي لحقت بالمتعاقدين من جراء فعل الأمير وبين حجم الخطأ الذي ساهم به في إحداث الضرر⁴.

2- إلتزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ موضوع العقد الإداري ما دام كان ذلك في إمكانه، ويعتبر هذا الإلتزام امتداداً لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية، كما يتوافق مع الهدف من تطبيق نظرية فعل الأمير في ضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وهو ما قرره المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر بتاريخ 05 جويلية 1969، والذي جاء فيه بأنه: " ولما كان العقد الإداري يتعلق بمرفق عام فلا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق، بحجة أن ثمة

1- السيد فتوح محمد هنداي، المرجع السابق، ص.276.

2- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.723.

3- السيد فتوح محمد هنداي، المرجع السابق، ص.276.

4- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.631.

إجراءات إدارية قد أدت إلى الإخلال بالوفاء بالتزاماتها قبله، بل يتعين عليه إزاء هذه الإعتبارات أن يستمر في التنفيذ، ما دام ذلك في استطاعته، ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزاماتها إن كان لذلك مقتضى، و كان له فيه وجه حق، فلا يسوغ له الامتناع عن تنفيذ العقد بإرادته المنفردة وإلا حقت مسألته عن تبعة فعله السلبي¹.

3- أن لا يتضمن العقد الإداري نصا يقضي بإعفاء الإدارة المتعاقدة من المسؤولية الناتجة عن الإجراءات والتدابير المتخذة من طرفها، لأن ذلك يعتبر تنازلا من المتعاقد عن حقه في التعويض عن الأضرار التي قد تلحقه مستقبلا من جراء فعل الأمير، ومن جهة أخرى فإن هذا النص يؤدي إلى إسقاط شرط أساسي من شروط تطبيق نظرية فعل الأمير ألا وهو شرط عدم التوقع². ولكن التساؤل الذي يطرح نفسه بحددة في هذا الإطار يتعلق بمدى إمكانية تضمين الإدارة المتعاقدة بنودا تعاقدية تعفيها من المسؤولية عن الإجراءات المتخذة من قبلها؟

ومن أجل الإجابة على هذا التساؤل يجب علينا التمييز بين الشروط التعاقدية التي تؤدي إلى الإعفاء المطلق من المسؤولية عن فعل الأمير، وبين الشروط التي تنص على الإعفاء الجزئي فقط. فبالنسبة للنوع الأول من الشروط فإن الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر قد أجمع على عدم مشروعية الشرط الذي يقضي بإعفاء الإدارة المتعاقدة مطلقا من مسؤوليتها عن الإجراءات التي قد تتخذها أثناء تنفيذ العقد الإداري، واعتبر هذا الشرط مخالف للنظام العام، وإن كان من غير المتصور من الناحية العملية أن يقبل المتعاقد بمثل هذه الشروط³.

أما بالنسبة للنوع الثاني من الشروط والتي تؤدي فقط إلى إعفاء جزئي من المسؤولية عن فعل الأمير فإن الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر يسلم بمشروعيتها، ومن قبيل هذه الشروط أن يتنازل المتعاقد عن حقه في التعويض عن الأضرار التي قد تنجم عن فرض ضريبة معينة أو الزيادة في قيمتها، أو اشتراط أن يتحمل المتعاقد لوحده النتائج المترتبة عن إجراء معين قد تتخذه الإدارة المتعاقدة أثناء تنفيذ العقد الإداري. ولكن على الرغم من مشروعية هذه الشروط إلا أن مجلس الدولة الفرنسي يعمل دائما على التشدد في تفسيرها وحصريها في أضيق الحدود مراعاة لمصلحة المتعاقد⁴. وتبرر هذه الشروط على أساس أن طرفي العقد الإداري قد توقعوا مسبقا إجراء معين فاتفقا على

1- حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص.324.

2- إبراهيم الشارف الطاهر توفيق، المرجع السابق، ص.226.

3- محمد شعبان الدرهوي، المرجع السابق، ص.128.

4- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.632.

استبعاد التعويض عن الأضرار التي قد تنجر عنه، ويترتب على ذلك أن شرطا من شروط تطبيق نظرية فعل الأمير قد تخلف، وهو شرط عدم توقع الإجراء الضار.

وعلى العموم فإنه يمكن للمتعاقد إعمالا للقواعد العامة أن يتنازل -سواء مسبقا أو لاحقا- عن حقه في التعويض الذي تقرر لمصلحة بموجب نظرية فعل الأمير¹.

وتجدر الإشارة إلى أنه بالرغم من تضمن العقد الإداري لشرط إعفاء الإدارة المتعاقدة من مسؤوليتها عن الأضرار الناجمة عن إجراء معين قد تتخذه مستقبلا، إلا أن ذلك لا يؤدي إلى حرمان المتعاقد من التعويض؛ إذا ترتب عن هذا الإجراء خسائر بالغة فاقت الحدود المعقولة التي كان يتوقعها المتعاقد عند قبوله لشرط الإعفاء، لأنه إذا كان الإجراء في حد ذاته متوقعا؛ إلا أن آثاره السلبية تجاوزت توقع المتعاقد بما يمنحه الحق في طلب التعويض عنها².

أما بالنسبة لكيفية تحديد قيمة التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد عن الأضرار التي لحقته بسبب الإجراء المتخذ من طرف الإدارة المتعاقدة على أساس نظرية فعل الأمير، فإنه يمكن أن تكون إما باتفاق طرفي العقد الإداري وإما بنص المشرع، وعند غياب هذين الأسلوبين يمكن الإلتجاء إلى قاضي العقد الإداري من أجل تقدير هذا التعويض³.

فبالنسبة للأسلوب الأول يمكن لطرفي العقد الإداري أن يتفقا مسبقا على مبلغ التعويض الذي تدفعه الإدارة المتعاقدة للمتعاقد معها عن الأضرار التي قد تلحقه من جراء الإجراءات والتدابير التي قد تتخذها أثناء تنفيذ العقد الإداري⁴، كما يمكنهما أن يتفقا على طريقة معينة من أجل تحديد قيمة التعويض عن الأضرار التي قد تلحق بالمتعاقد من جراء فعل الأمير، ويتم النص عليها ضمن بنود العقد الإداري، وفي هذه الحالة يتعين على طرفي العقد الإلتزام بهذا النص والعمل على تنفيذه⁵. ويلاحظ على هذا الأسلوب أنه قد يكون فيه إضرار بمصلحة المتعاقد الذي يجد نفسه مجبرا على قبول مثل هذا النص، وإن كان يجنبه مشقة اللجوء إلى القضاء والإنتظار طويلا إلى حين الحصول على التعويض.

1- السيد فتوح محمد هنداي، المرجع السابق، ص.302.

2- السيد فتوح محمد هنداي، المرجع نفسه، ص.303.

3- مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص.566.

4- محمد شعبان الدهوي، المرجع السابق، ص.128.

5- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.210.

أما بالنسبة للأسلوب الثاني الذي قد يتبع في تحديد التعويض على أساس نظرية فعل الأمير، فإنه يتمثل في نص المشرع على طريقة حساب قيمة التعويض في حالات معينة صدر فيها إجراء ضار بالمتعاقد، وفي هذه الحالة يلتزم القاضي الإداري بتطبيق هذا النص من أجل تقدير قيمة التعويض المستحقة للمتعاقد عن الأضرار التي لحقت بسبب فعل الأمير¹. ويلاحظ أيضا على هذا الأسلوب أنه قد يتضمن إجحافا في حق المتعاقد المتضرر من فعل الأمير، لأنه غالبا ما يتم النص في القوانين على مبالغ تعويض ضئيلة مقارنة بالأضرار التي لحقت بالمتعاقد.

أما في حالة إغفال العقد الإداري النص على مسألة التعويض عن الأضرار التي لحقت بالمتعاقد بسبب فعل الأمير، وغياب نص قانوني حول ذات المسألة، فإنه بإمكان طرفي العقد الإداري محاولة الوصول إلى اتفاق ودي من أجل تحديد قيمة التعويض المستحقة للمتعاقد عن الخسائر التي لحقت بفعل الإجراء الضار المتخذ من قبل الإدارة المتعاقدة، فإذا لم يتوصلا إلى أي اتفاق فإنه لا يبقى أمام المتعاقد سوى اللجوء إلى القضاء الإداري من أجل المطالبة بهذا التعويض على أساس نظرية فعل الأمير².

ونلاحظ من خلال ما سبق أن الطريقة الأكثر فعالية في تقدير التعويض المستحق للمتعاقد عن الأضرار التي لحقت بسبب فعل الأمير تتمثل في محاولة الوصول إلى اتفاق ودي بين طرفي العقد الإداري يحدد قيمة هذا التعويض، لأن هذه الطريقة تنطوي على قدر كبير من المرونة؛ على أساس أنها تجنب المتعاقد مشقة اللجوء إلى القضاء وما يتطلبه من طول الوقت والإجراءات، والذي ينعكس سلبا على عملية تنفيذ العقد الإداري وبالنتيجة على سير المرافق العامة. ومن جهة أخرى فإن هذه الطريقة تعتبر تجسيدا لمبادئ العدالة والمساواة التي نص عليها القانون الإداري، لأن المتعاقد سيكون متحررا من أي ضغط قد تمارسه عليه الإدارة المتعاقدة عند التفاوض من أجل تحديد قيمة التعويض، على خلاف الطريقة الأولى التي يكون فيها المتعاقد مجبرا على قبول النص العقدي الذي يحدد قيمة التعويض أو ينظم كيفية حسابه. ومن جهة ثالثة فإن هذه الطريقة تعتبر أكثر دقة مقارنة بالأسلوبين الأول والثاني، ذلك أنها تعمل على تحديد قيمة التعويض عقب صدور الإجراء الضار، وبالتالي فإن كلا من المتعاقد والإدارة المتعاقدة سيكون على بينة من حجم الأضرار المترتبة عن هذا الإجراء.

1- إبراهيم الشارف الطاهر تفوقه، المرجع السابق، ص.225.

2- مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص.567.

المطلب الثاني: ضمانات المتعامل المتعاقد مع الإدارة في حال الظروف الطارئة

من أجل التطرق لنظرية الظروف الطارئة بشكل مفصل سنتعرض في الفرع الأول إلى كيفية نشوئها والأساس القانوني الذي تستند إليه، على أن نتطرق في الفرع الثاني إلى شروط تطبيقها والآثار القانونية المترتبة عليها.

الفرع الأول: نشأة نظرية الظروف الطارئة وأساسها القانوني

لقد نص المشرع الجزائري على نظرية الظروف الطارئة في إطار أحكام القانون المدني، حيث تنص الفقرة الثالثة من المادة 107 منه على أنه: "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"، وهو ذات الاتجاه الذي كان قد سلكه المشرعان الفرنسي¹ والمصري².

ويقصد بنظرية الظروف الطارئة أن تحدث عقب إبرام العقد الإداري وقبل نهاية عملية التنفيذ ظروف وأحداث عامة غير متوقعة خارجة عن إرادة كل من طرفيه ولا يمكن دفعها، ويكون من شأنها أن تؤدي إلى إرهاب المتعامل المتعاقد، بحيث تلحق به خسارة فادحة، فيكون من حقه أن يطلب من قاضي العقد الإداري إعادة التوازن المالي لهذا الأخير من خلال تعويضه عن الأضرار التي لحقت به³. ومن أجل التعمق أكثر في مفهوم نظرية الظروف الطارئة سنتعرض أولاً لنشأتها، على أن نتطرق فيما بعد إلى الأساس القانوني الذي تقوم عليه.

1-« Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ». Art 1195 du Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relative aux marchés publics en France.

2- أنظر الفقرة الثانية من المادة 147 من القانون رقم 131 لسنة 1945 المتضمن القانون المدني المصري.

3- سحر جبار يعقوب، فسخ العقد الإداري لاستحالة التنفيذ بسبب الظروف الطارئة، مجلة مركز دراسات الكوفة (العراق)، عدد 7، 2008، ص.148.

أولاً: نشأة نظرية الظروف الطارئة

ترجع نشأة نظرية الظروف الطارئة إلى قرار مجلس الدولة الفرنسي الشهير الفاصل في قضية "Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux" بتاريخ 30 مارس 1916، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن شركة الإضاءة العامة لمدينة "Bordeaux" أبرمت عقد امتياز لتوريد الغاز والكهرباء بسعر محدد في دفتر الشروط، وكنتيجة لظروف الحرب العالمية الأولى التي كانت سائدة آنذاك، ارتفعت أسعار الفحم بشكل إستثنائي وغير طبيعي بحيث أدى إلى ارتفاع تكلفة صناعة الغاز لدرجة قلبت اقتصاديات العقد رأساً على عقب، فقامت الشركة الطاعنة باللجوء إلى مجلس الدولة الفرنسي الذي أقر بصدد هذه القضية مبدأً جديداً مستمداً من قاعدة ضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراداً، مفاده أنه إذا أدت ظروف جديدة لم يكن في الإمكان توقعها ولا دفعها وأدت إلى زيادة التكاليف الملقاة على عاتق المتعاقد مع الإدارة بشكل يخل بالتوازن المالي للعقد الإداري إخلالاً جسيماً، فإنه يجب على الإدارة تحمل جزء من الخسارة التي لحقت به نتيجة هذه الظروف¹.

1- « Mais considérant que, par suite de l'occupation par l'ennemi de la plus grande partie des régions productrices de charbon dans l'Europe continentale, de la difficulté de plus en plus considérable des transports par mer à raison tant de la réquisition des navires que du caractère et de la durée de la guerre maritime, la hausse survenue au cours de la guerre actuelle, dans le prix du charbon qui est la matière première de la fabrication du gaz, s'est trouvée atteindre une proportion telle que non seulement elle a un caractère exceptionnel dans le sens habituellement donné à ce terme, mais qu'elle entraîne dans le coût de la fabrication du gaz une augmentation qui, dans une mesure déjouant tous les calculs, dépasse certainement les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties lors de la passation du contrat de concession ; que, par suite du concours des circonstances ci-dessus indiquées, l'économie du contrat se trouve absolument bouleversée. Que la compagnie est donc fondée à soutenir qu'elle ne peut être tenue d'assurer aux seules conditions prévues à l'origine, le fonctionnement du service tant que durera la situation anormale ci-dessus rappelée ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que si c'est à tort que la compagnie prétend ne pouvoir être tenue de supporter aucune augmentation du prix du charbon au-delà de 28 francs la tonne, ce chiffre ayant, d'après elle, été envisagé comme correspondant au prix maximum du gaz prévu au marché, il serait tout à fait excessif d'admettre qu'il y a lieu à l'application pure et simple du cahier des charges comme si l'on se trouvait en présence d'un aléa ordinaire de l'entreprise ; qu'il importe au contraire, de rechercher pour mettre fin à des difficultés temporaires, une solution qui tienne compte tout à la fois de l'intérêt général, lequel exige la continuation du service par la compagnie à l'aide de tous ses moyens de production, et des conditions spéciales qui ne permettent pas au contrat de recevoir son application normale. Qu'à cet effet, il convient de décider, d'une part, que la compagnie est tenue d'assurer le service concédé et, d'autre part, qu'elle doit supporter seulement au cours de cette période transitoire, la part des conséquences onéreuses de la situation de force majeure ci-dessus rappelée que l'interprétation raisonnable du contrat permet de laisser à sa charge ; qu'il y a lieu, en conséquence, en annulant l'arrêté attaqué, de renvoyer les parties devant le conseil de préfecture auquel il appartiendra, si elles ne parviennent pas à se mettre d'accord sur les conditions spéciales dans lesquelles la compagnie pourra continuer le service, de déterminer, en tenant compte de tous les faits de la cause, le montant de l'indemnité à laquelle la compagnie a droit à raison des circonstances extracontractuelles dans lesquelles elle aura à assurer le service pendant la période envisagée ». C.E, Arrêt du 30 mars 1916 (Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux), n° 59928, www.legifrance.gouv.fr, vu le :

وقد وسع مجلس الدولة الفرنسي في مرحلة لاحقة من نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة، فبعد أن كان يشترط أن تكون الظروف الطارئة خارجة عن نطاق إرادة الإدارة، وسع في قراره الصادر بتاريخ 15 جويلية 1945 فصلا في قضية "Ville d'Elbeuf" من نطاق الظروف الطارئة لتشمل حتى الأفعال الصادرة عن الجهات الإدارية، ما أدى إلى ظهور غموض في معيار التمييز بين عمل الأمير والظروف الطارئة¹.

وقد استمر مجلس الدولة الفرنسي في توسيع نطاق نظرية الظروف الطارئة، حيث قضى في قراره الصادر بتاريخ 12 مارس 1976 فصلا في قضية "Département des Hautes-Pyrénées" بمنح التعويض للمتعاقد عن الظروف الطارئة بالرغم من انقضاء العلاقة العقدية بينه وبين الإدارة، سواء كان هذا الانقضاء بسبب الفسخ أو بسبب النهاية الطبيعية لهذا العقد².

أما بالنسبة لموقف المشرع المصري فقد تبنى منذ زمن طويل نظرية الظروف الطارئة، حيث نصت المادة السادسة من قانون التزامات المرافق العامة رقم 129 لسنة 1947 على أنه: "إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها، ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها، وأفضت إلى الاخلال بالتوازن المالي للالتزام أو إلى تعديل كيانه الاقتصادي كما كان مقدرا وقت منح الالتزام، جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار وإذا اقتضى الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله، وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر في استغلاله أو لحفض الأرباح الباهظة إلى القدر المقبول"³، وإضافة إلى ما سبق فقد اعترف المشرع المصري بنظرية الظروف الطارئة في مجال القانون الخاص.

وقد سلم القضاء الإداري المصري بنظرية الظروف الطارئة وطبقها على جميع العقود الإدارية ولم يحصرها فقط على عقود التزام المرافق العامة، ومن تطبيقاته حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 04

09/01/2019.

1- خالد سعد راشد العلمي، أثر نظرية الظروف الطارئة على التوازن المالي للعقد الإداري -دراسة مقارنة-، رسالة ماجستير، كلية الدراسات القانون العليا -جامعة عمان العربية للدراسات العليا (الأردن)، 2008، ص.19.

2- « Considérant qu'il résulte de l'instruction que ... cette compagnie a assuré jusqu'au 1er octobre 1970 le service public de transport pierrefitte-luz ; que, par une demande en date du 26 décembre 1969, confirmée le 31 mars 1970, elle a réclamé au préfet des Hautes-Pyrénées l'allocation d'une indemnité compensatrice des déficits subis par elle pendant les années 1966, 1967 et 1968 dans l'exploitation de la ligne Cauterets-la-raillère ; que, le préfet ayant gardé le silence sur cette demande, la compagnie pcl a saisi le 28 décembre 1970 le tribunal administratif de Pau qui, par un jugement du 4 avril 1973... a décidé que le déficit d'exploitation subi par la compagnie pcl, dans le cas où son montant excéderait celui qui pouvait normalement être prévu par le concessionnaire, était de nature à lui ouvrir droit à indemnité, et a ordonné une expertise afin d'évaluer ce déficit ». C.E, Arrêt du 12 mars 1976 (Département des Hautes-Pyrénées), n° 91471, www.légifrance.gouv.fr, vu le : 27/01/2019.

3- قانون التزامات المرافق العامة المصري رقم 129 لسنة 1947، الجريدة الرسمية للحكومة المصرية عدد 69 الصادرة بتاريخ 24 جويلية 1947.

أفريل 1993، والذي جاء فيه بأن: "تطبيق نظرية الظروف الطارئة تستلزم أن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية أو من عمل جهة إدارية غير الجهة المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر، لم تكن في حساب المتعاقد عند إبرام العقد، ولا يملك لها دفعا ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما، فإذا ما توافرت هذه الشروط مجتمعة التزمت جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في تحمل نصيب من خسائره، ضمنا لتنفيذ العقد على الوجه الذي يكفل حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطرادا، فنظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري، كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة، فههدف الجهة الإدارية هو كفاءة حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطرادا، وحسن أداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة إنجازها، كما أن هدف المتعاقد مع الإدارة هو المعاونة في سبيل المصلحة العامة، وذلك بأن يؤدي التزامه بأمانة وكفاية لقاء ربح وأجر عادل، وهذا يقتضي من الطرفين التساند والمشاركة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات، ويكون من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها، فيعوضه عنها تعويضا جزئيا، وهذا التعويض لا يشمل الخسارة كلها ولا يغطي إلا جزءا من الأضرار التي تؤثر في اقتصادياته، واعتبار العقد في ذلك وحدة ويفحص في مجموعه، لا أن ينظر إلى أحد عناصره فقط، بل يكون ذلك بمراعاة جميع العناصر التي يتألف منها، إذ قد يكون بعض هذه العناصر محتسبا ومعوضا عن العناصر الأخرى التي أدت إلى الخسارة"¹.

ثانيا: الأساس القانوني الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة

بالنسبة للأساس القانوني الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة، اختلف الفقهاء بشأنه إلى ثلاث اتجاهات. ففي حين يرى الاتجاه الأول أن نظرية الظروف الطارئة تقوم على أساس فكرة العدالة التي هي جوهر القانون الإداري، نظرا لكونها تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة من خلال ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد²، يرى الاتجاه الثاني أن هذه النظرية لا تقوم على أساس العدالة بقدر قيامها على أساس مبدأ ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد، لما قد يتعرض

1- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 549 و108، س 35 ق، بتاريخ 1993/04/04. أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.738.
2- خالد سعد راشد العلمي، المرجع السابق، ص.36.

إليه من خطر التوقف بسبب الظروف الطارئة التي تجعل عملية تنفيذ العقد أمراً مرهقاً للمتعاقد¹. وبين رأي الاتجاه الأول ورأي الاتجاه الثاني، يقف الاتجاه الثالث موقف الوسط بينهما، حيث يرى بضرورة الجمع بين الموقفين ويقول بأن نظرية الظروف الطارئة تقوم على أساس مزدوج يتمثل في مبدأ ضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد من جهة، ومن جهة أخرى في مبادئ العدالة. واستند هذا الاتجاه إلى حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ 17 جوان 1972، الذي جاء فيه بأن: "نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري، كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة، فواجب جهة الإدارة هو كفالة سير المرافق العامة بانتظام واضطراد"². ويرى هذا الاتجاه بأن الأساس الذي نادى به أصحاب الاتجاه الأول لا يكفي كأساس لنظرية الظروف الطارئة، واستندوا في ذلك إلى كل من موقفي مجلس الدولة الفرنسي والمصري اللذين قررا منح التعويض للمتعاقد وفقاً لنظرية الظروف الطارئة سواء أثناء تنفيذ العقد الإداري أو بعد نهايته، فإذا كان الحصول على التعويض أثناء تنفيذ العقد يقوم على أساس مبدأ ضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد، فإن الحصول على التعويض بعد انقضاء العقد لا يمكن أن يؤسس إلا على فكرة العدالة³.

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة والآثار المترتبة عليها

سنتعرض في هذا الفرع بداية إلى تحديد شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، على نتطرق في بعدها إلى الآثار المترتبة عن تطبيق هذه النظرية.

أولاً: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

إن تطبيق نظرية الظروف الطارئة يتطلب توفر مجموعة من الشروط مجتمعة، والتي يمكن تقسيمها إلى قسمين، يتعلق القسم الأول منها بالظرف الطارئ، أما القسم الثاني منها فيرتبط بالمتعاقد، وهي تتمثل فيما يلي:

1- أن يؤدي الحادث الطارئ إلى قلب اقتصاديات العقد الإداري.

1- سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية، دار الكتاب الحديث، مصر، 2007، ص.54؛ ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.184.

2- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 46، س 14 ق، بتاريخ 1972/06/17. أشار إليه: حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص.329.

3- سمير عثمان اليوسف، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على التوازن المالي للعقد الإداري، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص.51.

2- أن يستمر المتعاقد في عملية التنفيذ بالرغم من حصول الحادث الطارئ.

1- الشروط المتعلقة بالظرف الطارئ:

وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

أ- أن يكون الحادث الطارئ استثنائيا.

ب- عدم إمكانية توقع حصول الحادث الطارئ وعدم إمكانية دفعه.

ج- أن يقع الحادث الطارئ أثناء عملية تنفيذ موضوع العقد الاداري.

وفيما يلي سنتطرق لشرح كل شرط بالتفصيل باستثناء الشرط المتعلق بضرورة أن يكون العقد إداري، لأن موضوعنا بأكمله متعلق بالصفقات العمومية التي تعتبر نوع من أنواع العقود الادارية، وذلك على النحو التالي:

أ- أن يكون الحادث الطارئ استثنائي:

يعتبر الحادث الطارئ استثنائيا إذا كان نادر الوقوع وشاذا بحسب المؤلف من شؤون الحياة، بحيث لا يعوّل عليه الرجل العادي ولا يدخله في حساباته، ومن أمثلة ذلك الزلزال العنيف أو الحروب الطاحنة أو الوباء الفاحش أو فيضان غير عادي أو ارتفاع جنوبي في الأسعار أو في الأجور¹. وإضافة إلى ما سبق، يشترط في الحادث الطارئ أن يكون حادثا عاما وليس مقصورا على المتعاقد وحده، وذلك بأن يكون شاملا لطائفة من الناس. أما إذا كان هذا الحادث خاصا بالمتعاقد أو بأشخاص محددين فإنه لا يمكن اعتباره سببا لتطبيق نظرية الظروف الطارئة²، وعلى سبيل المثال فإن الحريق الذي يصيب شركة المتعاقد لوحده لا يكفي سببا لتطبيق هذه النظرية عليه³.

ولكن يطرح في هذا الإطار تساؤل مهم يتعلق بطبيعة الحادث أو الظرف الطارئ، فهل يجب أن يكون اقتصاديا؟، أم يمكن أن يكون ظرفا طبيعيا أو إداريا؟

وهنا نشير إلى أن الفقه الاداري التقليدي كان يرى في بادئ الأمر أن الحادث أو الظرف الطارئ يجب أن يكون اقتصاديا، على اعتبار أن الهدف المتوخى من تطبيق نظرية الظروف الطارئة هو حماية المتعاقد من المخاطر الاقتصادية، وتمييزا لهذه النظرية عن نظرية عمل الأمير التي تحمي المتعاقد من المخاطر الإدارية، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة التي تحمي المتعاقد من المخاطر الطبيعية

1- سحر جبار يعقوب، المرجع السابق، ص.151.

2- محمد أبو بكر عبد المقصود، إعادة التوازن المالي للعقد الاداري في ظل الأزمة المالية "نظرية الظروف الطارئة"، المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر لكلية الحقوق - جامعة المنصورة - (مصر)، 2009، ص.20.

3- سمير عثمان اليوسف، المرجع السابق، ص.108.

كما سنرى في المواضيع اللاحقة¹، وهو ما أشار إليه مفوض الحكومة الفرنسية "Corneille" في تقريره المقدم أمام مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Fromossol" بتاريخ 03 ديسمبر 1920².

غير أن مجلس الدولة الفرنسي وسع لاحقاً من نطاق الظرف الطارئ ليشمل إضافة إلى الظرف الطارئ الاقتصادي الظرف الطارئ الطبيعي و الظرف الطارئ الإداري، حيث اعترف في قراره الصادر بتاريخ 21 أبريل 1944 فصلاً في قضية "Compagnie française des câbles" بالظرف الطارئ الطبيعي كمبرر لتطبيق نظرية الظروف الطارئة³، كما اعترف أيضاً بموجب قراره الصادر بتاريخ 15 جويلية 1949 فصلاً في قضية "Ville d'Elbeaf" بالظرف الإداري كسبب لتطبيق النظرية⁴.

ولكن تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى تداخل نظرية الظروف الطارئة مع نظرية عمل الأمير إذا كان الظرف الطارئ إدارياً، وهنا يكون من مصلحة المتعاقد التمسك بنظرية عمل الأمير من أجل الحصول على التعويض الكامل، إلا إذا كان هذا الظرف صادراً عن جهة إدارية غير تلك المتعاقدة معه، كما تجدر الإشارة إلى تداخل نظرية الظروف الطارئة مع نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة إذا تعلق الأمر بظرف طارئ طبيعي، وهنا أيضاً يكون من مصلحة المتعاقد التمسك بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من أجل الحصول على التعويض الكامل، خاصة أن هذه النظرية لا تتطلب شرط الانقلاب في اقتصاديات العقد⁵.

وفي ظل عدم علمنا بوجود قرارات قضائية صادرة عن مجلس الدولة الجزائري تسمح لنا بتحديد حالات تطبيق نظرية الظروف الطارئة، نلجأ إلى القضاء الإداري الفرنسي والمصري من أجل تحديد هذه الحالات، حيث قسمناها إلى نوعين:

أ.1- الإجراءات العامة:

ومن أمثلتها صدور قوانين ولوائح تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد الإداري، وهو ما أكده قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 10 مارس 1948 فصلاً في قضية "Hospice de Vienne" الذي قضى بتطبيق نظرية الظروف الطارئة في حالة صدور قوانين اجتماعية يترتب عليها ارتفاع

1- فوزية فرج حماد، الظروف الطارئة وتأثيرها على تنفيذ العقود الإدارية -دراسة مقارنة-، رسالة ماجستير، كلية القانون -جامعة التحدي (ليبيا)، 2009، ص.90.

أشار إليه: سعيد السيد علي، المرجع السابق، ص.107.

2- C.E, Arrêt du 03/12/1920 (Fromossol).

3- C.E, Arrêt du 21/04/1944 (Compagnie française des câbles). Voir: Christophe LAJOYE, op.cit., p. 182.

4- C.E, Arrêt du 15/07/1949 (Ville d'Elbeaf). Voir: Aiad SHWEKAT, op.cit., p.325.

5- محمد أبو بكر عبد المقصود، المرجع السابق، ص.24.

الأجور أو الأسعار ارتفاعا فاحشا¹، وأكدته كذلك فتوى قسم الرأي مجتمعاً بمجلس الدولة المصري الصادرة بتاريخ 17 جويلية 1954، والذي جاء فيها بأن: "يعتبر قرار مجلس الوزراء الصادر بتخفيض قيمة الجنيه المصري بالنسبة إلى الدولار حادثاً استثنائياً عاماً في حكم المادة 2/147 من القانون المدني، إذا لم يكن في وسع المتعاقدين توقعه حين إبرام العقد. ومع التسليم الجدلي بأنه كان مفروضاً على المتعهد أن يتوقع التجاء الحكومة إلى خفض قيمة العملة المصرية، فإن مدى هذا التخفيض لم يكن من المستطاع التكهن به. ومن ثم فإنه يحتمل أن تكون نتائج هذا الإجراء ومدى تأثيره في التوازن المالي للعقد جاوز ما كان مفروضاً أن يتوقعه المتعهد حين العقد. وفي الحالتين إن كانت خسارة المتعهد من هذا الإجراء قد جعلت تنفيذ التزامه أمراً مرهقاً مهدداً له بخسارة فادحة، كان على الطرف الآخر أن يشاركه في تلك الخسارة بالقدر الذي يحد منها ويردها إلى القدر المعقول، بمعنى أن الخسارة المتوقعة يتحملها المتعهد. أما الخسارة غير المتوقعة فيشاركه الطرف الآخر بالقدر الذي يخفف من فداحتها. أما تقدير كون خسائر المتعهد قد فاقت ما كان مفروضاً أن يتوقعه أم لا فأمر متروك بحته على ضوء ما تبين من عناصر تقديره"².

أ.2- الإجراءات الخاصة بالأعمال المادية والظواهر الطبيعية:

من تطبيقات مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد قراره الصادر بتاريخ 08 ديسمبر 1944 فصلاً في قضية "Sté L'énergie électrique" الذي قرر فيه تطبيق نظرية الظروف الطارئة في حالة صدور أوامر بنقل أعمدة الكهرباء لاعتبارات السلامة العامة إذا ترتب على ذلك إخلال باقتصاديات العقد ولم تطبق نظرية عمل الأمير³. ومن تطبيقات القضاء الإداري المصري حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ 30 جوان 1957، والذي قضى بأنه: "... لا شبهة في أن قيام الحرب يعتبر من الحوادث الاستثنائية العامة الخارجية التي لم يكن في الوسع توقعها، والتي يترتب عليها أنه إذا أصبح تنفيذ الالتزام أشد إرهاقاً وأكبر كلفة كان للمتعاقد مع الإدارة مطالبته بالمساهمة معه في تحمل النتائج المترتبة على ازدياد الأعباء الناشئة عن تلك الظروف، وذلك بتعويضه جزئياً عن الخسارة الواضحة المحققة التي لحقت، يستوي في ذلك أن تكون المطالبة بهذا التعويض أثناء سريان العقد أو بعد انتهاء

أشار إليه: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - C.E, Arrêt du 10/03/1948 (Hospice de Vienne). دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.646.

2- فتوى قسم الرأي مجتمعاً بمجلس الدولة المصري، صادرة بتاريخ 1954/07/17. أشار إليها: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.647.

أشار إليه: سليمان محمد الطماوي، المرجع نفسه، ص.648. 3- C.E, Arrêt du 08/12/1944 (Sté L'énergie électrique).

مدته مادام المتعاقد مع الإدارة لم يتوقف عن تنفيذ التزاماته التعاقدية. والأساس في ذلك لنظرية الظروف الطارئة¹.

ب- عدم إمكانية توقع حصول الظرف الطارئ وعدم إمكانية دفعه:

يعتبر هذا الشرط المحور الرئيسي والجوهري الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة، ذلك أن كل عقد يحمل في طياته مخاطر وصعابا يجب على المتعاقد توقعها عند إبرام العقد، وبالتالي يقع عليه عبء تحملها وتجاوزها في حالة حصولها. غير أن هناك بعض العقوبات الاستثنائية وغير العادية لا يمكن للمتعاقد التكهن بحصولها، وفي هذه الحالة يمكنه مطالبة الإدارة بالتعويض عن الخسائر التي لحقت بسببها على أساس نظرية الظروف الطارئة².

وقد عبر مفوض الحكومة الفرنسية "Corneille" عن الظرف الطارئ الذي لا يمكن توقعه في تعليقه على قرار مجلس الدولة الفرنسي الفاصل في قضية "Fromosol" بقوله: "هو الحدث الذي يتضاد مع كل الحسابات التي أجراها أطراف العقد أثناء إبرامه، والذي يتجاوز الحدود القصوى التي كان يتوقعها الأطراف"³.

ويقصد بشرط عدم توقع حصول الحادث في نظرية الظروف الطارئة أنه من غير الطبيعي والمعتاد حدوثه، ولا يعني عدم توقع حصول الحادث أو الظرف بالمطلق، فهذا الأمر غير متصور من الناحية المنطقية، ويقدر هذا الشرط بحسب ظروف كل قضية⁴.

ويطرح في هذا الصدد تساؤل جد مهم يتعلق بنطاق شرط عدم التوقع، فهل هو يقتصر فقط على الظرف الطارئ؟ أم يشمل أيضا الآثار المترتبة عنه؟

هنا تجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي كان في البداية متمسك بضرورة اشتراط عدم توقع حصول الظرف الطارئ وأهمل فكرة عدم توقع آثاره أو مداها، ولكنه سرعان ما خفف من هذا التشدد وأصبح يشترط أن تكون آثار الظرف الطارئ هي التي لم يكن في الإمكان توقعها⁵، وهو نفس الاتجاه الذي سار عليه القضاء الإداري المصري، حيث قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها

1- حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، جلسة 1957/06/30. أشار إليه: سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.649.

2- سعيد السيد علي، المرجع السابق، ص.113.

3- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.199.

4- فوزية فرج حماد، المرجع السابق، ص.100.

5- Carlos Alfonso GUECHA LOPEZ, op.cit., p.262.

الصادر بتاريخ 09 جوان 1962 بأن: "الارتفاع الباهظ في اسعار الزئبق، إن صح أنه كان متوقعا بالنسبة إلى العقد الثاني، فإن مدى هذا الارتفاع لم يكن في الوسع توقعه بالنسبة لذلك العقد..."¹. ويترتب عن كون الظرف أو الحادث الطارئ غير متوقع أنه لا يمكن دفعه، لأنه إذا كان في إمكان المتعاقد درؤه فإنه يستوي في ذلك أن يكون الحادث الطارئ متوقع أو غير متوقع، لأنه في كلتا الحالتين تسقط الفائدة التي كانت ترجى من تطبيق نظرية الظروف الطارئة، ألا وهي مساعدة المتعاقد في تجاوز الإرهاق المادي الذي لحقه من جراء هذا الحادث الطارئ تحقيقا لضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد².

ج- أن يقع الحادث الطارئ أثناء عملية تنفيذ الصفقة العمومية:

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يقع الحادث الطارئ أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، فلا يعتد بالظرف الطارئ الذي يحصل قبل إبرام الصفقة العمومية لأنه سيدخل في إطار التوقع، وبالتالي سيسقط الشرط الجوهرى الذي تقوم عليه هذه النظرية وهو شرط عدم التوقع، كما لا يعتد أيضا بالظرف الطارئ الذي يحدث بعد نهاية الصفقة العمومية لأنه سيكون بدون أي تأثير على التوازن المالى لها³.

وفي هذا الصدد قضى مجلس الدولة الفرنسى في قرار صادر له بتاريخ 29 أفريل 1981 فصلا في قضية "Bernard" بأن حصول الحادث الطارئ قبل إبرام العقد يؤدي إلى عدم إمكانية تطبيق نظرية الظروف الطارئة لتعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقت من جراء وقوع هذا الحادث⁴. في هذا السياق، تجدر الإشارة إلى أنه يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون العقد الإداري متراخي التنفيذ، أي أن يكون هناك فاصل زمني بين تاريخ انعقاده وتاريخ نهايته، إذ لا يمكن

1- حكم المحكمة الادارية العليا بمصر، الطعن رقم 1024، س 07 ق، جلسة 1962/06/09. أشار إليه: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.650.

2- سناء جميل إبراهيم ثابت، أثر الظروف الطارئة على تنفيذ العقود الإدارية في فلسطين -دراسة تحليلية-، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة الأزهر -غزة (فلسطين)، 2012، ص.73.

3- خالد سعد راشد العلمي، المرجع السابق، ص.47.

4- « considérant qu'il ne résulte pas de l'instruction que, pour ce qui concerne les deux marches, passes respectivement les 1er aout et 8 novembre 1973, les hausses des prix de matières premières, et notamment des produits pétroliers qui sont intervenues à partir du premier trimestre de 1974 aient entraîne un bouleversement dans l'économie de ces contrats, seul de nature a lui ouvrir droit a une telle indemnité ; que, par ailleurs a une date du 22 mai 1974 à laquelle a été passe le troisième marche, les hausses de prix des matières premières et des produits pétroliers s'étaient déjà produites, et qu'ainsi les variations ultérieures des indices de prix devaient entrer dans les prévisions de l'entrepreneur ; que l'entreprise x... ne saurait dès lors prétendre a une indemnité d'imprévision du fait de ces hausses » CE, Arrêt du 29/04/1981 (Bernard), n° 10170, www.légifrance.gouv.fr, vu le : 19/02/2019.

تصور حدوث ظرف طارئ أثناء تنفيذ العقود الادارية القصيرة الأجل، ولكن ليس هناك ما يمنع من تطبيق النظرية على العقود الادارية غير المتراخية في التنفيذ إذا ما توافرت شروطها، كأن يحدث الظرف الطارئ عقب إبرامها مباشرة، وإن كان ذلك نادر الوقوع من الناحية العملية. وبما أن موضوعنا يتعلق بالصفقات العمومية التي غالباً ما يكون أجل تنفيذها يتجاوز على الأقل مدة ثلاثة أشهر، وبالتالي يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة عليها¹.

والأصل أنه لا يتم تطبيق نظرية الظروف الطارئة إلا بمناسبة الظرف الطارئ الذي يقع عقب التوقيع على الصفقة العمومية، ولكن نظراً لالتزام المتعهد بالعرض الذي قدمه طيلة الفترة الممتدة بين بين تاريخ إيداع العروض وتاريخ المنح النهائي للصفقة العمومية، حيث لا يمكنه التراجع عنه، فإن أي ظرف طارئ يقع خلال هذه المدة يصلح لأن يكون سبباً لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، ولكن في حالة انقضاء هذا الأجل ولم تبت المصلحة المتعاقدة في العروض المقدمة، فإنه لا يمكن للمتعاقد المطالبة بالتعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة، لأنه كان في إمكانه سحب العرض الذي تقدم به، وبالتالي يعتبر في هذه الحالة عالماً بالظرف الطارئ وقت تعاقدته².

وفي نفس السياق تقضي القاعدة العامة بعدم تطبيق نظرية الظروف الطارئة في حالة وقوع الحادث الطارئ بعد نهاية العقد الاداري، ولكن قد يحصل تأخير في عملية التنفيذ وخلال هذه الفترة قد يقع الحادث الطارئ، ففي هذه الحالة نميز بين ما إذا كان التأخير راجع إلى خطأ المتعاقد وبين ما إذا كان راجعاً إلى خطأ المصلحة المتعاقدة أو تمديدها لأجل التنفيذ، فإذا كان التأخير نتيجة تقصير المتعاقد فإنه لا يحق له المطالبة بالتعويض عن آثار هذا الظرف الطارئ³، أما إذا كان التأخير بسبب خطأ المصلحة المتعاقدة فإنه يمكنه ذلك، و نفس الحكم يطبق في حالة ما إذا قررت المصلحة المتعاقدة تمديد أجل التنفيذ من تلقاء نفسها أو بناء على طلب المتعاقد⁴.

2- الشروط المتعلقة بالمتعاقد:

وهي تتمثل فيما يلي:

أ- إستقلال الظرف الطارئ عن إرادة المتعاقد.

ب- أن يؤدي الحادث الطارئ إلى قلب اقتصاديات العقد الاداري.

1- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.654.

2- الشريف شريقي، المرجع السابق، ص.310.

3- خالد سعد راشد العليمي، المرجع السابق، ص.49.

4- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.760.

ج- أن يستمر المتعاقد في عملية التنفيذ بالرغم من حصول الحادث الطارئ. وفيما يلي سنتعرض لدراسة كل من هذه الشروط بشيء من التفصيل.

أ- إستقلال الظرف الطارئ عن إرادة المتعاقد:

لقد كان الفقه الإداري التقليدي يشترط في الظرف الطارئ أن يكون مستقلا عن إرادة كل من الطرفين (المتعاقد والإدارة المتعاقدة معه)، غير أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي الحديث أصبح يشترط في الظرف الطارئ أن يكون مستقلا عن إرادة المتعاقد فقط¹.

وفي هذا الصدد فإن مجلس الدولة الفرنسي عادة ما يقضي برفض التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة إذا كان الظرف الطارئ قد حدث بفعل المتعاقد إما عمدا أو إهمالا، أو كان في إمكان المتعاقد تفادي هذا الظرف ولكنه قصر في ذلك، أما إذا كان المتعاقد قد تسبب في إحداث الظرف الطارئ جزئيا أو ساهم بخطئه في مضاعفة النتائج السلبية المترتبة عنه، فإن القاضي الإداري يدخل جميع هذه الأمور في حساباته عند تقديره لقيمة التعويض². في المقابل، إذا تسببت الإدارة المتعاقدة بإحداث الظرف الطارئ بخطئها أو بفعلها، فإنها تكون ملزمة بالتعويض استنادا لنظرية الظروف الطارئة.

ولكن التساؤل الذي يطرح نفسه في هذا الصدد يتعلق بحالة ما إذا كان الظرف الطارئ بسبب فعل الإدارة المتعاقدة المشروع والذي لم يشبه أي خطأ، فهل يجرم المتعاقد من التعويض إذا تعذر عليه الاستفادة من نظرية عمل الأمير³؟

وهنا أجاب مجلس الدولة الفرنسي من خلال قضاؤه الحديث بإمكانية حصول المتعاقد على التعويض في هذه الحالة استنادا إلى نظرية الظروف الطارئة إذا ما توافرت باقي شروطها⁴.

ب- أن يؤدي الحادث الطارئ إلى قلب اقتصاديات العقد الإداري:

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يؤدي الظرف الطارئ إلى قلب اقتصاديات العقد الإداري رأسا على عقب، ما يعني إلحاقه خسائر فادحة بالمتعاقد، فلا يكفي أن يفقد هذا الأخير بعض أو كل أرباحه، كما لا يكفي أن يلحق به ضرر فعلي إذا كان هذا الضرر معقولا⁵. وهو ما

1- سمير عثمان اليوسف، المرجع السابق، ص.114.

2- خالد سعد راشد العليمي، المرجع السابق، ص.45.

3- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.200.

4- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.654.

5- سحر جبار يعقوب، المرجع السابق، ص.152.

أكده مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 06 نوفمبر 1981 فصلا في قضية "Entreprise Lanfranchi"، والذي قرر فيه بأنه بالرغم من الارتفاع الجنوني في الأسعار الذي حصل أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، والذي لم يكن في إمكان الأطراف توقعها عند إبرام هذه الصفقة، إلا أنها لم تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب، ما يترتب عليه عدم إمكانية تطبيق نظرية الظروف الطارئة¹. وفي حكم حديث للمحكمة الادارية لمدينة "Nice" صادر بتاريخ 20 أكتوبر 2006 فصلا في قضية "Société Eurovia Méditerrané, Société Appia Var Alpes c/Préfet du Var" اعتبرت أن تغير سعر الصرف إضافة إلى كونه غير متوقع وخارج عن إرادة طرفي الصفقة العمومية يجب أن يترتب عليه إحلال فادح في اقتصاديات العقد².

وفي ذات السياق قضت محكمة القضاء الاداري المصرية في حكم صادر لها بتاريخ 19 جوان 1960 بأن: "مقتضى نظرية الظروف الطارئة أن يكون الظرف الطارئ أثقل وأشق كلفة مما قدره المتعاقدان تقديرا معقولا، بأن تكون الخسارة الناشئة عنه والتي تلحق المتعاقد فادحة واستثنائية تجاوز الخسارة العادية، بمعنى أنه إذا لم يترتب على الظرف الطارئ خسارة ما أو كانت الخسارة طفيفة بالنسبة إلى عناصر الضرر في مجموعه، أو انحصر أثر الظرف الطارئ في تفويت فرصة الربح على المتعاقد، فإنه لا يكون ثمة مجال لإعمال أحكام هذه النظرية"³.

وتجدر الإشارة إلى أن اشتراط قلب اقتصاديات العقد لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، لا يعني أن تصل درجة إرهاب المتعاقد نتيجة الظرف الطارئ إلى حد يستحيل معه الاستمرار في تنفيذ هذا العقد، لأنه في هذه الحالة سنصبح أمام نظرية القوة القاهرة⁴.

وقد اختلف الفقه في تحديد المعيار المعتمد للقول بتحقيق شرط قلب اقتصاديات العقد الاداري، فمنهم من ذهب إلى أنه معيار موضوعي، بمعنى أنه ينظر إلى مدى تحمل المتعاقد العادي

1- « Sans qu'il soit besoin de statuer sur la fin de non-recevoir opposée par la commune de Clayes-sous-Bois: considérant que, même en admettant que la hausse des prix intervenue pendant la période d'exécution du marché conclu le 18 juillet 1973 entre la commune de Clayes-sous-Bois et l'entreprise François lanfranchi ait excède les limites qui pouvaient entrer à cette date dans les prévisions des parties, il ne résulte pas des pièces du dossier que cette hausse ait entraine un bouleversement de l'économie du contrat de nature a ouvrir droit a une indemnité ». C.E, Arrêt du 06 novembre 1981 (Entreprise Lanfranchi), n° 11921, www.légifrance.gouv.fr, vu le : 03/02/2019.

2- T.A de Nice, Arrêt du 20/10/2006 (Sté Eurovia Méditerrané, Société Appia Var Alpes c/Préfet du Var), n° 0203590, www.lemoniteur.fr/article/le-prix-du-petrole-est-il-juridiquement-imprevisible, vu le : 04/02/2019.

3- حكم محكمة القضاء الاداري بمصر، س 14 ق، جلسة 1960/06/19. أشار إليه: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.658.

4- سناء جميل إبراهيم ثابت، المرجع السابق، ص.81.

للآثار السلبية المترتبة عن الظرف الطارئ، فإذا كان من شأن هذه الآثار أن تؤدي إلى إرهاب المتعاقد العادي إرهاباً جسيماً تحقق شرط قلب اقتصاديات العقد حتى ولو كان باستطاعة المتعاقد المعني بالظرف الطارئ تحملها، بينما ذهب رأي فقهي آخر إلى القول بالمعيار الشخصي، بمعنى أنه ينظر إلى قدرات المتعاقد المالية، وبناءً عليها يتم تقدير مدى تحمله للخسارة المترتبة عن الظرف الطارئ¹.

ويلاحظ في هذا الصدد أن المعيار الأول هو المعيار الأقرب إلى مبادئ العدالة والمساواة التي يركز عليها القانون الإداري، ذلك أنه يجعل جميع المتعاقدين على قدم المساواة أمام النتائج المالية السلبية للظرف الطارئ، على خلاف المعيار الثاني الذي يعتبر معياراً نسبياً يراعى في تطبيقه قدرات المتعاقد المالية، ما يعني أنه قد يحرم بعض المتعاقدين من التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة في الوقت الذي يمنح هذا الحق لقرنائهم، لا لشيء إلا لأنهم يتمتعون بقدرات مالية ضخمة.

ج- أن يستمر المتعاقد في عملية التنفيذ بالرغم من حصول الحادث الطارئ:

أخيراً يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يستمر المتعاقد في تنفيذ موضوع الصفقة العمومية بالرغم من حصول الظرف الطارئ، وذلك ضماناً لحسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد، وهو ذات المبدأ الذي تقوم عليه هذه النظرية².

وفي حالة توقف المتعاقد عن تنفيذ الصفقة العمومية متذرعاً في ذلك بالظرف الطارئ، فإنه سيعرض نفسه لا محالة لجزاءات عقدية توقعها عليه المصلحة المتعاقدة لا سيما منها الغرامات التأخيرية، لأن الظرف الطارئ لا يعتبر عذراً لامتناع المتعاقد عن الاستمرار في التنفيذ، ما دام أنه لم يجعل من عملية التنفيذ أمراً مستحيلاً، وهنا نكون أمام نظرية القوة القاهرة وليس أمام نظرية الظروف الطارئة³.

ولكن تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن مجلس الدولة الفرنسي سلك مسلكين متناقضين، حيث رفض في قراره الصادر بتاريخ 09 مارس 1928 فصلاً في قضية "Scieries Africaines" تعويض المتعاقد على أساس نظرية الظروف الطارئة بسبب امتناعه عن الاستمرار في التنفيذ، وقضى ذات المجلس في قراره الصادر بتاريخ 13 نوفمبر 1953 فصلاً في قضية "Charnit et Collet" بتعويض المتعاقد استناداً لنظرية الظروف الطارئة بالرغم من توقفه عن التنفيذ، مع إجرائه لمقاصة بين مبلغ هذا التعويض

1- السيد فتوح محمد الهنداوي، المرجع السابق، ص.447.

2- محمد أبو بكر عبد المقصود، المرجع السابق، ص.33.

3- سناء جميل إبراهيم ثابت، المرجع السابق، ص.99.

ومبلغ الغرامة التأخيرية، وهو ذات المسلك الذي اتبعه القضاء الإداري المصري، حيث قررت المحكمة الإدارية العليا في حكم صادر لها بتاريخ 09 جوان 1962 تعويض المتعاقد على أساس نظرية الظروف الطارئة بالرغم من توقفه عن التنفيذ¹، في حين قررت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في فتاها الصادرة بتاريخ 28 أكتوبر 1980 حرمان المتعاقد من التعويض على أساس هذه النظرية بسبب امتناعه عن التنفيذ².

ثانيا: الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة

إذا ما توافرت جميع الشروط السابقة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، فإنه يترتب عليها أثر جد مهم بالنسبة للمتعاقد، وهو حصوله على مساعدة المصلحة المتعاقدة لتجاوز الظروف الطارئة ضمنا لحسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد، وذلك من خلال استمراره في عملية تنفيذ موضوع الصفقة العمومية الذي يعتبر شرطا من شروط تطبيق هذه النظرية. وفي حالة رفض الإدارة المتعاقدة الاستجابة لطلب المتعاقد معها في الحصول على التعويض فإنه بإمكانه اللجوء إلى قاضي العقد من أجل الحصول على هذا التعويض³.

وعليه سنتطرق في هذه الجزئية إلى سلطات قاضي العقد الإداري في مواجهة الظروف الطارئة في القسم الأول، على أن نتطرق في القسم الثاني لأساس التعويض عن الظروف الطارئة ونطاقه، ثم نختتم هذه الجزئية بدراسة مدى شرعية الشروط التي قد تضمنها المصلحة المتعاقدة في الصفقة العمومية لمواجهة الظروف الطارئة.

1- سلطات قاضي العقد الإداري في مواجهة الظروف الطارئة:

في حالة ما توافرت جميع الشروط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة وبالرغم من ذلك تمتنع المصلحة المتعاقدة عن تعويض المتعاقد معها، فإنه بإمكانه اللجوء إلى قاضي العقد الإداري من أجل المطالبة بهذا التعويض، وهنا تجدر الإشارة إلى أنه في إطار قواعد القانون الخاص يجوز للقاضي المدني تعديل التزامات طرفي العقد وردها إلى الحد المعقول بما يضمن إعادة التوازن المالي للعقد⁴، غير أن هذه السلطة لا يملكها قاضي العقد الإداري، وإنما يملك فقط سلطة الحكم بتعويض الخسائر التي لحقت

1- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، س 07 ق، جلسة 1962/06/09. أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.766.

2- نصري منصور نابلسي، المرجع نفسه، ص.765.

3- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.186.

4- سحر جبار يعقوب، المرجع السابق، ص.152.

بالمتعقد من جراء الظروف الطارئة التي واجهته أثناء عملية التنفيذ¹. ويرجع أساس ذلك إلى مبدأ في القانون الإداري يتمثل في عدم إمكانية القاضي الإداري توجيه أوامر إلى الإدارة، لأن منح قاضي العقد الإداري سلطة التعديل يعني أنه سيلزم الإدارة المتعاقدة بتعديل بعض الشروط التي وضعتها في العقد الإداري تحقيقاً للمصلحة العامة، الأمر الذي قد يترتب عليه تعريض هذه الأخيرة للخطر. وعليه فإن مبررات المصلحة العامة تقتضي بقاء هذه الشروط نافذة².

وفي ظل عدم علمنا بوجود قرارات قضائية صادرة عن مجلس الدولة الجزائري ذات صلة بالموضوع، نستأنس بما ذهب إليه كل من القضاء الفرنسي والمصري، حيث استطاع مجلس الدولة الفرنسي -وعن طريق الحيلة- أن يتكرر حلاً وسطاً في قراره الصادر بتاريخ 30 مارس 1916 فصلاً في قضية "Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux"³، من خلاله حافظ على قواعد اختصاصه بما يكفل تعديل بنود العقد الإداري بما يعيد له توازنه المالي، ويتمثل هذا الحل في دعوة الإدارة المتعاقدة والمتعاقد معها إلى محاولة الوصول إلى اتفاق ودي لتعديل الالتزامات العقدية، فإذا توصلنا إلى هذا الاتفاق يكون التعديل قد تم بموافقة الإدارة، وما على القاضي إلا إفراغه في حكم قضائي، أما في حالة عدم التوصل إلى اتفاق فإنه لا يكون أمام قاضي العقد الإداري سوى الحكم بالتعويض، مع الإشارة في هذا الصدد إلى أن قاضي العقد الإداري يمكنه أن يدخل -عند تقديره لقيمة هذا التعويض- مدى مساهمة أو تعنت الأطراف للوصول إلى اتفاق ودي بتعديل شروط العقد⁴.

أما بالنسبة لموقف القضاء الإداري المصري، فإنه وبالرغم من اعتماده لمبدأ اقتضار سلطة قاضي العقد الإداري على الحكم بالتعويض في حالة تطبيق نظرية الظروف الطارئة، إلا أن محكمة القضاء الإداري خرجت على هذا المبدأ وقررت في حكمها الصادر بتاريخ 14 جويلية 1960 بأن الظروف الطارئة تصلح سبباً للدعاء بتعديل بنود العقد، وهو الاتجاه الذي لم تسلكه المحكمة الإدارية

1- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.205.

2- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.770.

3- « ... de renvoyer les parties devant le conseil de préfecture auquel il appartiendra, si elles ne parviennent pas à se mettre d'accord sur les conditions spéciales dans lesquelles la compagnie pourra continuer le service, de déterminer, en tenant compte de tous les faits de la cause, le montant de l'indemnité à laquelle la compagnie a droit à raison des circonstances extracontractuelles dans lesquelles elle aura à assurer le service pendant la période envisagée ... », C.E, Arrêt du 30/03/1916 (Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux), n° 59928, www.légifrance.gouv.fr, vu le : 19/03/2019.

4- إبراهيم الشارف الطاهر تفوقه، المرجع السابق، ص.166.

العليا، حيث قررت بموجب حكمها الصادر بتاريخ 11 ماي 1968 إلغاء حكم محكمة القضاء الإداري السابق الاشارة إليه¹.

2- أساس التعويض المستحق للمتعاقد في حالة الظروف الطارئة ونطاقه:

لقد اختلف الفقهاء حول الأساس القانوني الذي يستند إليه حق المتعاقد في التعويض عن الظروف الطارئة التي حصلت أثناء تنفيذ العقد الإداري، حيث ذهب الاتجاه الفقهي الأول إلى اعتماد فكرة التوازن المالي للعقد كأساس لحق التعويض في هذه الحالة، غير أنه تم انتقاده على أساس أن هذه الفكرة تؤدي إلى تعويض المتعاقد عن آثار الظروف الطارئة تعويضا كاملا، كما تؤدي إلى إعادة مركزه القانوني إلى الحالة التي كان عليها قبل حصول هذه الظروف، وهذا على خلاف ما يترتب على تطبيق نظرية الظروف الطارئة من كون أن التعويض يكون جزئيا ومؤقتا².

وعلى خلاف الاتجاه الفقهي السابق يرى الاتجاه الفقهي الثاني بأن الأساس القانوني لحق التعويض عن الظروف الطارئة يتمثل في فكرة النية المشتركة لطرفي العقد الإداري، حيث يقتضي مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية أن تساهم الإدارة المتعاقدة في تحمل الآثار السلبية التي خلفتها الظروف الطارئة، غير أنه تم انتقاد هذه الفكرة نظرا لصعوبة تطبيقها من الناحية العملية، كما أنه يمكن تفسير النية المشتركة للمتعاقدين على أنها انصرفت إلى استبعاد التعويض عن الظروف الطارئة، وبالرغم من ذلك تطبق نظرية الظروف الطارئة لتعلقها بالنظام العام³.

ويذهب الرأي الراجح إلى القول بأن الأساس القانوني لحق التعويض عن الظروف الطارئة يرجع إلى الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية وصلتها بالمرفق العام، حيث يقتضي مبدأ ضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد أن تسارع الإدارة المتعاقدة إلى مساعدة المتعاقد معها لتجاوز هذه الظروف والتغلب عليها ضمانا لتحقيق المصلحة العامة⁴، وهو ما أقرته المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر بتاريخ 17 جوان 1972 بقولها: "إن نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة

1- حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، س 14 ق، جلسة 1968/07/14؛ حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، س 13 ق، جلسة 1968/05/11. أشار إليهما: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.770.

2- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.668.

3- محمد أبو بكر عبد المقصود، المرجع السابق، ص.37.

4- الشريف شريفي، المرجع السابق، ص.312.

المجردة التي هي قوام القانون الإداري، كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة، فرائد جهة الإدارة هو كفاءة حسن سير المرافق العامة باستمرار و انتظام...¹.

وبعد تحديدنا للأساس القانوني الذي يستند إليه حق المتعاقد في التعويض عن الظروف الطارئة، يجب علينا حصر نطاق التعويض المستحق له في هذه الحالة، ومن أجل ذلك لابد علينا من دراسة ثلاثة مسائل، تتعلق المسألة الأولى بتحديد فترة سريان الظرف الطارئ، أما المسألة الثانية فتتعلق بالطريقة المتبعة في حساب الخسائر التي لحقت بالمتعاقد نتيجة الظرف الطارئ، أما المسألة الثالثة والأخيرة فتتعلق بكيفية توزيع الخسارة بين المتعاقد والمصلحة المتعاقدة.

المسألة الأولى: فترة سريان الظرف الطارئ.

إن التزام المصلحة المتعاقدة بمساعدة المتعاقد معها لتجاوز نتائج الظرف الطارئ يشمل فقط الفترة التي اختل فيها التوازن المالي للصفقة العمومية نتيجة هذا الظرف، وبالتالي فهو التزام مؤقت وليس دائم، ويطلق على هذه الفترة تسمية الفترة غير التعاقدية "Seuil de l'imprévisions"².

ويعتبر تحديد تاريخ بداية فترة سريان الظرف الطارئ أمراً بالغ الأهمية، لأن عملية حساب الخسائر التي تكبدها المتعاقد نتيجة الظرف الطارئ تبدأ منه وليس من تاريخ المطالبة بالتعويض، فقد يحدث من الناحية العملية أن يتراخى المتعاقد في المطالبة بالتعويض، ويبدأ هذا التاريخ منذ اللحظة الأولى لبلوغ الأسعار الحد الأقصى الذي كان من الممكن توقعه، أي عند اللحظة التي تتجاوز فيها الأسعار الحد الإستثنائي وغير الطبيعي، أما قبل تجاوز الأسعار هذا الحد فإنه لا يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة، حتى ولو بلغت هذه الأسعار حداً جسيماً³.

ويضاف إلى الشرط السابق أن يكون الظرف الطارئ الذي أدى إلى قلب اقتصاديات الصفقة العمومية رأساً على عقب ظرفاً مؤقتاً، فإذا استمر فترة طويلة من الزمن بحيث لم يكن هناك أي أمل من زواله فإنه لا يجوز في هذه الحالة تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وإنما يجب على طرفي الصفقة العمومية اللجوء إلى فسخها إما بالتراضي أو عن طريق القضاء⁴.

1- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، جلسة 1972/06/17. أشار إليه: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.669.
2- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.204.
3- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.669.
4- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.773.

وفي هذا الصدد قضى مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 09 ديسمبر 1932 فصلا في قضية "Compagnie de tramways de Cherbourg" بأنه إذا تبين أن الظروف الطارئة التي يواجهها المتعاقد أثناء تنفيذه للعقد الإداري تتسم بطابع الديمومة، ولا تسمح له بالاستمرار في عملية التنفيذ إلا بالمساعدة الدائمة للإدارة المتعاقدة، فإنه يتعين على طرفي العقد الإداري محاولة الوصول إلى اتفاق ودي يهدف إلى تعديل شروط هذا العقد، بما يرفع عن المتعاقد الإرهاق الذي وقع فيه ويسمح له بالاستمرار في تنفيذ هذا العقد، فإذا لم يستطع الطرفان التوصل إلى اتفاق فإنه يحق لأي منهما أن يطلب من قاضي العقد الحكم بفسخه، على أنه يمكن أن يصحب هذا الفسخ الحكم بالتعويض لأحد الطرفين إذا تبث أن تعنت الطرف الآخر كان هو السبب في عدم الوصول إلى اتفاق جديد، وتشكل هذه الحالة قوة قاهرة¹.

المسألة الثانية: كيفية حساب الخسارة اللاحقة بالمتعاقد نتيجة الظروف الطارئة.

وفقا لما استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي، فإنه يأخذ بعين الاعتبار مجموعة من العوامل عند تقديره لقيمة الخسائر التي لحقت بالمتعاقد نتيجة الظروف الطارئة²، وهي تتمثل فيما يلي:

1- لا يمكن أن يدخل في حساب الخسارة التي لحقت بالمتعاقد من جراء الظروف الطارئة الأرباح التي كانت من الممكن أن تعود عليه لو أنه قام بعمل معين، وإنما يقتصر الأمر على النتائج الفعلية والحقيقية المترتبة على تنفيذ موضوع العقد الإداري.

2- لا يمكن إدخال الأرباح التي جناها المتعاقد قبل حصول الظروف الطارئة عند تقدير الخسارة التي لحقت نتيجة هذا الظروف، كما لا يمكن أن يدخل بعين الاعتبار الأرباح التي من المحتمل أن يجنيها المتعاقد في المستقبل عقب زوال الظروف الطارئة، ونفس الحكم يطبق في حالة ما إذا حصل المتعاقد

1- « ... mais que cette obligation ne peut lui incomber que si le bouleversement du contrat présente un caractère temporaire; que, au contraire, dans le cas où les conditions économiques nouvelles ont créé une situation définitive qui ne permet plus au concessionnaire d'équilibrer ses dépenses avec les ressources dont il dispose, le concédant ne saurait être tenu d'assurer aux frais des contribuables, et contrairement aux prévisions essentielles du contrat, le fonctionnement d'un service qui a cessé d'être viable; que, dans cette hypothèse, la situation nouvelle ainsi créée constitue un cas de force majeure et autorise à ce titre aussi bien le concessionnaire que le concédant, à défaut d'un accord amiable sur une orientation nouvelle à donner à l'exploitation, à demander au juge la résiliation de la concession, avec indemnité s'il y a lieu, et en tenant compte tant des stipulations du contrat que de toutes les circonstances de l'affaire » C.E, Arrêt du 09/12/1932 (Compagnie de tramways de Cherbourg), n°89655, www. marche-public.fr, vu le : 16/11/2019.

2- محمد أبو بكر عبد المقصود، المرجع السابق، ص.41.

على أرباح خلال فترة سريان الظرف الطارئ، فلا يمكن في جميع الأحوال السابقة أن تقتطع قيمة هذه الأرباح من قيمة التعويض المحكوم بها للمتعاقد نتيجة الظرف الطارئ¹.

3- لا يمكن للمتعاقد أن يطالب بالتعويض عن الخسائر التي تحملها قبل بداية الظرف الطارئ، وإنما يعرض فقط عن الخسائر التي لحقته أثناء فترة سريان الظرف الطارئ.

4- عند حساب الخسائر الناتجة عن الظرف الطارئ لا يأخذ بعين الاعتبار الفرق بين الحد الأقصى للأسعار التي يمكن للمتعاقد توقعها وبين الأسعار الجديدة، وإنما يتم الاعتماد فقط على الفرق بين الأسعار الفعلية وقت التعاقد وبين الأسعار الجديدة، وبالتالي فإن فكرة الحد الأقصى للأسعار المعقولة تعتبر فقط شرطا لقيام نظرية الظروف الطارئة وليس لها أي أثر في تقدير الخسارة المترتبة عن الظرف الطارئ.

5- لا يمكن تعويض المتعاقد عن الخسائر التي لحقته أثناء فترة سريان الظرف الطارئ والتي كان متسببا فيها إما بإهماله أو لعدم اتباعه الوسائل الفنية والتقنية المتعارف عليها، ويتم خصم قيمتها من القيمة الإجمالية للخسائر الفعلية التي تحملها المتعاقد نتيجة الظرف الطارئ.

المسألة الثالثة: توزيع عبء الخسارة بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها.

إن أهم ما يميز نظرية الظروف الطارئة عن نظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة أن المتعاقد لا يحصل على كامل التعويض عن الخسائر التي لحقته من جراء الظرف الطارئ، وإنما يجب عليه المساهمة إلى جانب المصلحة المتعاقدة في تحمل هذه الخسائر. غير أنه لا توجد قواعد محددة في توزيع الخسائر المترتبة على الظرف الطارئ بين الإدارة والمتعاقد معها².

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع اللائحي الجزائري والقضاء الإداري الجزائري لم يبينا موقفها من هذه المسألة، ولذا نستأنس بما ذهب إليه القضاء الفرنسي، حيث استقر مجلس الدولة الفرنسي على جعل مشاركة المتعاقد في تحمل الخسائر رمزية، على أن تكون النسبة الغالبة من نصيب الإدارة، حيث حددها بنسبة 90% في معظم أحكامه، وفي أحيان نادرة قلصها إلى نسبة 80% وفي حالات أخرى رفعها إلى نسبة 95%، وهذا بالرغم من دعوة بعض مفوضي الدولة إلى التخلي عن هذه القاعدة³.

1- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.672.

2- فوزية فرج حماد، المرجع السابق، ص.132.

3- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.674.

وقد تبنى المشرع اللائحي الفرنسي الفكرة السابقة في التعليمات الصادرة بتاريخ 20 نوفمبر 1974 والمتعلقة بتعويض المتعاقدين في الصفقات العمومية في حالة الزيادة الطارئة لالتزاماتهم الاقتصادية ، حيث تنص المادة 2.2.4 من هذه التعليمات على أنه لا يمكن تحميل الإدارة المتعاقدة كامل الخسارة الناتجة عن الظرف الطارئ، وإنما يجب أن يتحمل المتعاقد جزء من هذه الخسارة، والذي يتمثل -كقاعدة عامة- في نسبة 10% على الأقل، على أنه يمكن تجاوز هذه النسبة إذا لم يستطع المتعاقد إثبات أن وضعيته المالية في خطر بسبب هذا الظرف الطارئ¹.

وعادة ما يراعي مجلس الدولة الفرنسي في توزيع الخسائر المترتبة على الظرف الطارئ مجموعة من الاعتبارات، منها الجهود المبذولة من طرف المتعاقد لمواجهة الظرف الطارئ، والحالة الاقتصادية العامة للمشروع موضوع العقد الإداري، ومدى الاستقرار الاقتصادي في الدولة، ومدى تعنت الإدارة في التعامل مع المتعاقد كرفضها تعديل شروط العقد الإداري عن طري الاتفاق الودي معه².

وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن تدارك النتائج السلبية للظرف الطارئ عن طريق النص في بنود الصفقة العمومية على الشروط المتعلقة بمراجعة وتقييم الأسعار، وبهذه الطريقة يكون التعامل المتعاقد في أمان من التقلبات المحتملة في أسعار المواد والبضائع التي تدخل في تنفيذ موضوع الصفقة العمومية. وهو ما تبناه المشرع اللائحي الجزائري في المادتين 97 و 98 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. غير أنه في بعض الحالات لا تكفي هذه الحماية لتغطية جميع الخسائر التي يتكبدها المتعامل المتعاقد، وهنا تدخل المشرع اللائحي الفرنسي ونص في المادة 3.3 من التعليمات الصادرة بتاريخ 20 نوفمبر 1974 على أنه يمكن منح التعويض عن آثار الظرف الطارئ في حالة عدم عودة التوازن المالي للصفقة العمومية بالرغم من تطبيق الشروط المتعلقة بمراجعة الأسعار³، وهو ذات

1-« La perte effective ou le surcroît de perte ne doit en aucun cas être mis en totalité à la charge de l'administration. Le titulaire du marché doit en supporter une part qui, en règle générale, est au moins égale à 10 %. Elle peut dépasser ce taux si le titulaire n'est pas en mesure de prouver que sa situation financière a été compromise par la surcharge imputable à l'exécution du contrat ». Art 4.2.2 du Circulaire du 20 novembre 1974 relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques (application de la théorie de l'imprévision), JORF n°25 du 30 novembre 1974.

2- محمد أبو بكر عبد المقصود، المرجع السابق، ص.42.

3-« lorsque le marché comporte une clause de révision paramétrique ; toutefois, l'octroi d'une indemnité peut être admis dans la mesure où, même après application des clauses contractuelles de révision, l'économie du contrat apparaît bouleversée ». Art 3.3 du Circulaire du 20 novembre 1974 relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques (application de la théorie de l'imprévision).

المبدأ الذي أقره مجلس الدولة الفرنسي -بمفهوم المخالفة- في قراره الصادر بتاريخ 19 فيفري 1992 فصلا في قضية " Société Dragages et Travaux Publics " ¹.

3- مدى شرعية الشروط التي تدرجها المصلحة المتعاقدة لمواجهة الظروف الطارئة:

قد تستبق المصلحة المتعاقدة حصول الظرف الطارئ وتقوم بإدراج بعض الشروط في بنود الصفحة العمومية لمواجهة آثاره السلبية، وهنا يطرح تساؤل حول مدى شرعية هذه الشروط؟ ومن أجل الإجابة عن هذا التساؤل يجب علينا التمييز بين نوعين من الشروط، يتمثل النوع الأول في الشروط التي تؤدي إلى إعفاء المصلحة المتعاقدة من المسؤولية (غير التعاقدية) عن الظروف الطارئة التي قد يواجهها المتعاقد في عملية التنفيذ، أما النوع الثاني فيتمثل في الشروط التي تحدد التعويض عن الظروف الطارئة ².

فبالنسبة للنوع الأول من الشروط، فقد يجد المتعاقد نفسه ملزما بقبول شرط بعدم مسؤولية المصلحة المتعاقدة عن الظروف الطارئة التي قد يواجهها أثناء تنفيذه لموضوع الصفحة العمومية، وهذا على اعتبار أنها هي الطرف الأقوى في هذه العلاقة العقدية. وفي هذه الحالة يثار إشكال جوهري أمام قاضي العقد الإداري، فهل يطبق هذا الشرط ويعفي المصلحة المتعاقدة من التعويض عن آثار الظرف الطارئ الذي واجهه المتعاقد على أساس مبدأ العقد شريعة المتعاقدين؟ أم يلغى هذا الشرط ويحكم للمتعاقد بالتعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة ضمانا لحسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد؟

وللإجابة على هذا التساؤل نشير إلى أنه لا يمكن للأطراف في إطار عقود القانون الخاص الاتفاق على استبعاد نظرية الظروف الطارئة، حيث تنص الفقرة الأخيرة من المادة 107 من القانون المدني على أنه: "... يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"، ما يعني أن المشرع الجزائري قد اعتبر نظرية الظروف الطارئة من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وبما أن الصفقات العمومية

1- « Considérant ... qu'il ressort du rapport d'expertise, dont les affirmations concernant les hausses de prix n'ont pas été utilement contredites par les requérantes, que l'application de la clause de variation n'a pas été perturbée par des circonstances présentant un caractère imprévisible ; que, dès lors, le groupement n'est pas fondé à demander une indemnisation au titre de la théorie de l'imprévision » C.E, Arrêt du 19/02/1992 (Sté Dragages et Travaux Publics), n° 47265, www.légifrance.gouv.fr, vu le 11/02/2019.

2- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.778.

تتعلق بالمصلحة العامة فإنه من باب أولى أن تتعلق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الادارية بالنظام العام¹.

وفي ظل عدم علمنا بوجود قرارات قضائية صادرة عن مجلس الدولة الجزائري تبين موقفه من المسألة السابقة، نستأنس بما ذهب إليه كل من القضاء الاداري الفرنسي والمصري. ففي هذا الصدد قضى مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 10 مارس 1948 فصلا في قضية " Hospice de ville de vienne " بعدم شرعية شرط إعفاء الادارة المتعاقدة من التعويض في حالة حصول ظروف طارئة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية²، وهو ذات الاتجاه الذي سار عليه القضاء الاداري المصري، حيث قضت محكمة القضاء الاداري المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 30 جوان 1957 بأنه: "من المقرر في العقود الادارية أن جهة الادارة لا تملك أن تضع فيها نصا عاما بعدم مسؤوليتها، يعفيها من الالتزام بتعويض الضرر الحادث للمتعاقد معها، لأن ذلك يتعارض مع المبادئ المقررة في القانون الاداري من ثبوت حق المتعاقد مع الادارة في التعويض طبقا للنظريات السائدة في نظام العقود الادارية، ومنها حقه في التوازن المالي"³.

أما بالنسبة للنوع الثاني من الشروط -والتي تتمثل في تلك التي تدرجها الادارة المتعاقدة في بنود الصفقة العمومية تحسبا لوقوع الظروف الطارئة في المستقبل - فإنها تعمل على تحديد التعويض على أساس معين في حالة حصول هذه الظروف، كأن يتم تحديد قيمة التعويض بناء على شروط تحيين ومراجعة الأسعار.

والأصل أنه يتم تطبيق مثل هذه الشروط في حالة وقوع الظرف الطارئ ويستغنى عن نظرية الظروف الطارئة، وهذا على أساس مبدأ العقد شريعة المتعاقدين. غير أن مجلس الدولة الفرنسي سمح بتطبيق نظرية الظروف الطارئة بالرغم من تضمن العقد الاداري لمثل هذه الشروط وذلك في حالتين، تتمثل الأولى في حالة تعذر تطبيق هذه الشروط بسبب تدخل المشرع، كأن يصدر قانون بتجميد الأسعار أو وقف ارتفاعها، ما يترتب عنه عدم إمكانية تعديل المقابل النقدي المنصوص عليه في العقد الاداري، ففي هذه الحالة يمكن للمتعاقد الاستناد إلى نظرية الظروف الطارئة من أجل المطالبة

1- محمد أبو بكر عبد المقصود، المرجع السابق، ص.42.

2- C.E, Arrêt du 10/03/1948 (Hospice de ville de vienne).

أشار إليه: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.682.

3- حكم محكمة القضاء الاداري بمصر، الطعن رقم 983، س 09 ق، جلسة 1957/06/30، أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.780.

بالتعويض عن الآثار الناتجة عن الظرف الطارئ، وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي هذه الحالة في قراره الصادر بتاريخ 10 جويلية 1949 (قضية " Ville d'Elbeuf ")¹.

أما الحالة الثانية فقد تضمنها قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 24 أبريل 1959 فصلا في قضية " Etab Forrestier "، وهي تتمثل في حالة عجز الشروط المتعلقة بتحديد تعويض المتعاقد عن آثار الظرف الطارئ عن إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، وفي هذه الحالة يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة والاستغناء عن التعويض الاتفاقي بموجب الشروط التعاقدية².

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أنه لا يمكن للمتعاقد في هاتين الحالتين الجمع بين التعويض الاتفاقي بتطبيق الشروط التعاقدية وبين التعويض القضائي بتطبيق نظرية الظروف الطارئة، وإنما يقتصر حقه في الحصول على التعويض الأعلى قيمة منهما³.

المبحث الثاني: ضمانات المتعامل المتعاقد في حال الصعوبات المادية غير المتوقعة

تعتبر نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة قضائية خالصة من صنع مجلس الدولة الفرنسي، ويقصد بها أن تعترض المتعاقد أثناء تنفيذه لموضوع العقد الإداري مجموعة من الصعوبات المادية ذات طبيعة إستثنائية وغير عادية؛ لم يكن في وسعه أن يتوقعها عند إقباله على إبرام هذا العقد؛ وأدت إلى زيادة الأعباء المالية على عاتقه بشكل يخل بالتوازن المالي لهذا العقد، فيكون من الواجب على الإدارة المتعاقدة أن تتدخل لإعادة هذا التوازن إلى طبيعته الأولى، وهذا من خلال تعويض المتعاقد عن الخسائر التي لحقته بفعل هذه الصعوبات⁴.

ومن أجل دراسة نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بشكل معمق، سنتطرق لتعريفها والأساس الذي تقوم عليه في المطلب الأول، على أن نتعرض في المطلب الثاني لشروط تطبيقها والآثار المترتبة عليها.

أشار إليه: محمد أبو بكر عبد المقصود، المرجع السابق، ص.43.
أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.783.
3- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.684.
4- Aiad SHWEKAT, op.cit., p.221.

المطلب الأول: تعريف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة والأساس الذي تقوم عليه

تعتبر نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة آلية أساسية من الآليات المخولة للمتعاقد من أجل ضمان حسن تنفيذ الصفقات العمومية، ومن هذا المنطلق يتعين علينا تعريفها ومن ثم تحديد الأساس القانوني الذي تقوم عليه.

الفرع الأول: تعريف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

لقد ابتدع مجلس الدولة الفرنسي نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة منذ منتصف القرن التاسع عشر، وكان أول قرار قضائي تطرق لهذه النظرية بتاريخ 24 جوان 1864 فصلا في قضية " Duché "، والذي قضى فيه بتعويض المتعاقد عن جميع الصعوبات المادية غير المتوقعة التي واجهته أثناء تنفيذ العقد الإداري. وقد برر المجلس ذلك على أساس نص المادة 28 من دفتر الشروط والمواصفات العامة لعقود الطرق والجسور في فرنسا، والتي كانت تجيز التعويض عن الهلاك والتلف والأضرار الناتجة عن القوة القاهرة، ثم توسع المجلس في تفسير النص المشار إليه سابقا ليشمل أي تلف أو هلاك ترتب عن القوة القاهرة ويمكن تقويمه بالمال. وقد كان هذا الدفتر يمنع مراجعة الثمن المتفق عليه إلا بالنسبة للتعويض عن التلف أو الهلاك الذي سببته القوة القاهرة. وما يمكن أن نستنتجه من خلال هذا القرار أن مجلس الدولة الفرنسي استند في بداية الأمر على نظرية القوة القاهرة من أجل تعويض المتعاقد عن الصعوبات المادية غير المتوقعة التي صادفته أثناء تنفيذ العقد الإداري¹.

ولكن سرعان ما وجد مجلس الدولة الفرنسي نفسه عاجزا عن إيجاد حل بالنسبة لبعض الحالات التي تخرج عن نطاق تطبيق نص المادة 28 المشار إليها أعلاه، وهذا بالرغم من التوسع في تفسيرها. وأمام هذا العجز بدأ المجلس في إنشاء نظرية جديدة تتميز بأحكام مستقلة تعمل على منح المتعاقد تعويضا منصفًا في حالة تعرضه لصعوبات مادية غير متوقعة أدت إلى رفع تكاليف وأعباء عملية تنفيذ العقد الإداري، وهو ما تقرر لأول مرة بموجب قرار المجلس الصادر بتاريخ 18 مارس 1869 فصلا في قضية "Veyert"².

ثم توالى بعد ذلك القرارات لتعرف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وتحدد معالمها، ومن بينها قرار المجلس الصادر بتاريخ 30 جويلية 2003 فصلا في قضية "Commune de Lens"، والذي

1- C.E, Arrêt du 24/02/1864 (Duché).

2- C.E, Arrêt du 18/03/1869 (Veyert).

أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.609.
أشار إليه: إبراهيم الشارف الطاهر تفوق، المرجع السابق، ص.171.

عرف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بأنها نظرية تسمح بتعويض المتعاقد عن كامل الأضرار التي لحقت به بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة التي واجهته أثناء تنفيذه للصفقة العمومية، والتي تتسم بطابع استثنائي وغير متوقع عند إبرام الصفقة، وخارجة عن نطاق إرادة الأطراف¹.

وقد تبنى المشرع اللائحي الفرنسي نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لأول مرة في الفقرة الأولى من المادة 20 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية لسنة 2006، والتي نصت على أنه في حالة الظروف التقنية غير المتوقعة الخارجة عن نطاق إرادة الأطراف المتعاقدة يمكن للإدارة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملحق أو اتخاذ قرار بتعديل الصفقة مهما كان المبلغ الناتج عن هذا التعديل².

غير أنه وبصدور المرسوم رقم 2016-360 المتعلق بالصفقات العمومية الفرنسي نلاحظ أن المشرع اللائحي الفرنسي غير من موقفه السابق، حيث نص في الفقرة الثالثة من المادة 139 من هذا المرسوم على أنه يمكن تعديل الصفقة العمومية في حالة ما إذا واجهت المتعاقد صعوبات مادية غير متوقعة، على أن لا يتجاوز مبلغ هذا التعديل سقف 50% من المبلغ الأصلي للصفقة العمومية³، وفي حالة إجراء عدة تعديلات متتالية للصفقة العمومية بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة، فإن السقف المالي المشار إليه سابقاً يجب أن يطبق على كل تعديل على حدة، كما يجب أن لا تكون هذه التعديلات بهدف الإفلات من الالتزامات المتعلقة بالإعلان والشفافية المنصوص عليها في هذا المرسوم، وهذا طبقاً للفقرة الأولى من المادة 140 من نفس هذا المرسوم⁴، وهذا على خلاف ما نصت

1- « ... que ne peuvent être regardées comme des sujétions techniques imprévues au sens de ces dispositions, que des difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution d'un marché, présentant un caractère exceptionnel, imprévisibles lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extérieure aux parties ... », C.E 30/07/2003 (Commune de Lens), n°223445, www.legifrance.gouv.fr, vu le : 12/05/2019.

2- « En cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre peut intervenir quel que soit le montant de la modification en résultant » Art 20 alinéa 1 du décret n° 975-2006 portant code des marchés publics.

3- « Le marché public peut être modifié dans les cas suivants :

3° Lorsque, sous réserve de la limite fixée au I de l'article 140, la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir ; » Art 139 alinéa 03 du décret n° 2016-360 du 24 mars 2016 relatif aux marchés publics en France.

4- « Lorsque le marché public est conclu par un pouvoir adjudicateur, le montant des modifications prévues aux 2° et 3° de l'article 139 ne peut être supérieur à 50 % du montant du marché public initial.

Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique au montant de chaque modification.

Ces modifications successives ne doivent pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence. » Art 140 alinéa 01 du décret n° 2016-360 du 24 mars 2016 relatif aux marchés publics en France.

عليه المادة 20 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية الفرنسي لسنة 2006 التي لم تحدد سقفاً معيناً لمبلغ هذا التعديل.

وقد كان القضاء الإداري المصري قد سلك نفس المسلك الذي أخذ به القضاء الإداري الفرنسي، حيث صدر أول حكم في هذا الصدد عن محكمة القضاء الإداري المصري بتاريخ 05 ماي 1953، وقد جاء فيه بأنه: "بالنسبة للصعوبة التي تبدت للمدعي عند البدء في تنفيذ العملية بسبب الأثرية المتكثلة، فإن الثابت من الإطلاع على الملف الإداري للمقاول أن المدعي قد شكوا من هذا الأمر مراراً، وقد عنى وكيل الوزارة بشكواه ففحصها، وبعد أن انتقل كبير مهندسي المديرية فعاين وحصر فرق التكاليف ورفع تقريراً للوزير أوضح فيه أن الصعوبة التي صادفت المقاول في العمل أثناء حفره للأجزاء المتكثلة لم تكن متوقعة، ولم يكن في وسع المدعي ولا الحكومة توقعها ... ومن ثم لا يجوز تحميل المدعي جميع النفقات التي تكبدها بسبب ذلك ... بل أن العدالة تقضي بمشاطرة الحكومة المدعي في تحمل نصف قيمة زيادة التكاليف الناشئة عن تكتل الأثرية"¹.

وما يلاحظ على هذا الحكم أنه قد أخلط بين نظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وهذا على أساس أن التعويض عن الأضرار بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة يكون كاملاً كما سنرى لاحقاً، بينما قضى الحكم بتعويض جزئي للمتعاقد، وهذا لا يكون إلا في حالة تطبيق نظرية الظروف الطارئة².

ولكن صدر بعد ذلك حكم آخر لمحكمة القضاء الإداري المصري بتاريخ 20 جانفي 1957 يوضح بشكل مفصل وواضح معالم شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وقد جاء فيه بأنه: "ومن حيث إن المدعي يؤسس طلب التعويض في هذه الحالة على النظرية المعروفة بنظرية الصعوبات غير المتوقعة، وهي من النظريات التي ابتكرها الفقه والقضاء الإداري، ومقتضاها أنه عند تنفيذ العقود الإدارية وبخاصة عقد الأشغال العامة، قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حسابان طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد، وتجعل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة، وأكثر كلفة، فيجب من باب العدالة تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع الأعباء والتكاليف التي تحملها إعتباراً بأن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط، وإن هذه هي نية الطرفين المشتركة، والتعويض هنا لا يتمثل في معاونة

1- حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، جلسة 1953/05/05. أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.610.

2- مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص.594.

مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها، بل يكون تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التي يتحملها المقاول بدفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها ... ويشترط لاستحقاق التعويض المترتب عليها توافر شروط خاصة يمكن إجمالها فيما يلي:

أولاً- أن تكون الصعوبات مادية وغير عادية أو استثنائية.

ثانياً- أن تكون هذه الصعوبات طارئة أي غير متوقعة أو مما لا يمكن توقعه أو لم يكن في الوسع توقعها عند التعاقد.

ثالثاً- أن يترتب على التنفيذ نفقات تجاوز الأسعار المتفق عليها في العقد وتزيد في أعباء المتعاقد مع الإدارة.

وفي هذه الحدود والضوابط يكون من حق المتعاقد مع الإدارة الرجوع عليها بالتعويض. أما إذا تخلف شرط من هذه الشروط فإن النظرية لا تطبق ولا يستحق المتعاقد مع الإدارة أي تعويض ... وإن شرط الصعوبة غير العادية أو الإستثنائية يختلف تحققه باختلاف الحالات التي تعرض في مجال التطبيق¹.

ونفس المسلك السابق انتهجته المحكمة الإدارية العليا في مصر في العديد من أحكامها، ومنها على سبيل المثال حكمها الصادر بتاريخ 30 ديسمبر 1997، والذي جاء فيه بأن: "مقتضى هذه النظرية حسبما استقر عليه قضاء هذه المحكمة أنه عند تنفيذ العقد الإداري وبخاصة عقود الأشغال العامة قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد ... وبالتالي يكون من الثابت من الأوراق أن هناك صعوبات مادية لم تكن متوقعة لدى طرفي العقد قد صادفت تنفيذ الأعمال الإضافية التي قامت الإدارة بإسنادها إلى المطعون ضده خارج نطاق العقد، وأن تلك الصعوبات غير عادية ترجع إلى طبيعة الأرض، وأنه ما كان بإمكان طرفي العقد توقعها، وهو ما يفيد توافر شروط انطباق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بما يتعين معه تعويض المقاول بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع الأعباء والتكاليف التي تحملها باعتبار الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة ..."².

1- حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، س 11 ق، جلسة 1957/01/20. أشار إليه: حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص.339.

2- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 567، س 39 ق، جلسة 1997/12/30. أشار إليه: السيد فتوح محمد هندواوي، المرجع السابق، ص.480.

ومن خلال كل ما سبق يمكننا تعريف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بأنها نظرية يتم الإستناد إليها من أجل منح تعويض كامل للمتعاقد عما لحقه من خسائر نتيجة تعرضه لصعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية خالصة أثناء تنفيذه للعقد الإداري، لم يكن في الإمكان توقعها عند التعاقد، وأدت إلى جعل تكاليف وأعباء التنفيذ أكثر كلفة وإرهاقا.

والأصل أنه يمكن تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في جميع أنواع العقود الإدارية بدون استثناء متى توافرت شروطها، شأنها شأن باقي النظريات التي ابتدعها القضاء الإداري الفرنسي لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري. غير أنه وبسبب الطبيعة الخاصة للصعوبات المادية الإستثنائية التي تستند إليها هذه النظرية، فإنها لا تجد لها تطبيقا فعليا إلا بالنسبة لعقود الأشغال العامة¹، وذلك لما تتضمنه هذه الأخيرة من مخاطر وظروف غير عادية قد تواجه المتعاقد أثناء تنفيذه للعقد الإداري²، وهو ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصري بتاريخ 20 جانفي 1957 السابق الإشارة إليه بقوله: "ومن حيث إن المدعي يؤسس طلب التعويض في هذه الحالة على النظرية المعروفة بنظرية الصعوبات غير المتوقعة، وهي من النظريات التي ابتكرها الفقه والقضاء الإداري، ومقتضاها أنه عند تنفيذ العقود الإدارية وبخاصة عقد الأشغال العامة...".

وقد ذهب جانب من الفقه إلى التشدد في هذا الاتجاه، حيث نادى بقصر تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة على عقود الأشغال العامة، إلا أن أغلب الفقه الإداري في فرنسا ومصر ينظر إلى هذه النظرية على أنها نظرية إدارية عامة يمكن تطبيقها على كافة أنواع العقود الإدارية³، وهو ما كان قد أكدته مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ الفاتح من شهر أوت من سنة 1925 فصلا في قضية "Société Grené"، والذي قضى بالتعويض للمورد عن الخسائر التي لحقته بفعل الصعوبات التي تعرض لها في أعمال تكميلية (فرز الأخشاب) في عقد التوريد⁴.

الفرع الثاني: الأساس القانوني لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

لقد تعددت الآراء الفقهية بخصوص الأساس القانوني لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وانقسمت إلى ثلاث اتجاهات، حيث يرى الاتجاه الأول بأن الأساس القانوني لهذه النظرية يقوم على

1- Laurent Richer, op.cit., p.245.

2- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص.219.

3- مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص.598.

4- C.E, Arrêt du 01/08/1925 (Sté Grené).

أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.616.

فكرة النية المشتركة لطرفي العقد الإداري "la commune intention implicite des parties"، ذلك أن هذين الأخيرين قد اتفقا ضمنا عند إبرام العقد على أن السعر المحدد فيه يكون مقابل التنفيذ في ظل الظروف العادية، أما الظروف الاستثنائية المتمثلة في الصعوبات المادية التي تصادف المتعاقد أثناء عملية التنفيذ هي ظروف لم تكن متوقعة من جانب طرفي العقد الإداري عند التعاقد، وبالتالي فإنه يفترض في نيتهما المشتركة أنها ذهبت إلى تعويض المتعاقد عن جميع الخسائر التي لحقت به بفعل هذه الظروف¹.

وقد تعرض هذا الاتجاه للنقد الشديد، لأنه يسمح بتعويض المتعاقد استنادا لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بالرغم من وجود بند صريح في العقد الإداري يقضي باستبعاد هذه النظرية في حالة تعرض المتعاقد لصعوبات مادية غير متوقعة أثناء تنفيذه لهذا العقد، ففي هذه الحالة يمكن تطبيق النظرية بالرغم من أن النية المشتركة للمتعاقدين تقضي باستبعادها².

ويلاحظ في هذا الصدد أن مجلس الدولة الفرنسي قد وقع في تناقض واضح، حيث تبني في بعض قراراته فكرة النية المشتركة للمتعاقدين كأساس لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، بالرغم من أنه قضى في قرارات أخرى بتطبيق هذه النظرية عند تضمن العقد لنص صريح باستبعاد تطبيقها³.

وعلى خلاف الاتجاه الفقهي السابق يرى اتجاه فقهي آخر بأن أساس تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يتمثل في نظرية عمل الأمير أو في فكرة المسؤولية التقصيرية للإدارة، حيث يرى هذا الاتجاه وجود صلة بين الصعوبات المادية غير المتوقعة وبين عمل الإدارة أو خطئها، ذلك أنها هي التي قامت بدراسة وإعداد خطة التنفيذ، فكان من المفترض فيها أن تتوقع جميع الصعوبات المادية التي يمكن أن تصادف المتعاقد أثناء تنفيذه للعقد الإداري⁴.

غير أنه تم انتقاد هذا الاتجاه الفقهي على أساس عدم توافقه مع شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، والتي من بينها أن تكون هذه الصعوبات خارجة عن نطاق إرادة المتعاقدين، إضافة إلى ذلك فإنه إذا كانت هناك صلة بين الصعوبات المادية غير المتوقعة وعمل أو

1- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.214.

2- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.618.

3- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.688.

4- محمد شعبان الدرهوبي، المرجع السابق، ص.165.

خطأ الإدارة فإنه يجب أن تسأل هذه الأخيرة على أساس نظرية عمل الأمير وليس على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة¹.

أما الاتجاه الفقهي الثالث -وهو الأرجح- فقد ذهب إلى القول بأن الأساس الذي تقوم عليه نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يرتكز على اعتبارات العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية، وهذا بالنظر للصلة الوثيقة التي تربط العقود الإدارية بالمرفق العام. فالمتعاقد ملزم بالاستمرار في تنفيذ العقد الإداري بالرغم من مصادفته لصعوبات مادية غير متوقعة أدت إلى إرهاقه وزيادة عملية التنفيذ بصفة غير عادية، وذلك في سبيل ضمان استمرار المرفق العام بانتظام واضطراد تحقيقا للمصلحة العامة، وبالتالي فإنه ليس من باب العدالة والإنصاف تحميل هذا المتعاقد لوحده للنتائج السلبية لهذه الصعوبات، وإنما يجب على الإدارة المتعاقدة تعويضه عن جميع الخسائر التي لحقت به بفعل هذه الصعوبات غير المتوقعة².

ونؤيد من جانبنا الرأي الفقهي الثالث على اعتبار أن المتعاقد في إطار العقود الإدارية يعتبر متعاوناً مع الإدارة في تسيير المرفق العام، ومن ثم فهو ملزم بالاستمرار في عملية التنفيذ مهما واجهته من صعوبات مادية غير متوقعة، ويقابل التزامه هذا حقه في الحصول على كامل التعويض عن الخسائر التي أصابته بسبب هذه الصعوبات، وهو ما تقتضيه اعتبارات العدالة و الإنصاف.

المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة والآثار المترتبة عليها

ستتطرق في هذا المطلب إلى دراسة شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في الفرع الأول منه، لنتقل بعد ذلك في الفرع الثاني منه إلى التعرف على مختلف الآثار المترتبة عن تطبيق هذه النظرية.

الفرع الأول: شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

لقد تطرق مجلس الدولة الجزائري في قراره الصادر بتاريخ 20 جانفي 2004 إلى تحديد مختلف شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بقوله بأن: "الصعوبات المادية هي تلك الصعوبات التي تصادف الطرف المتعاقد حين تنفيذه لالتزاماته التعاقدية... أنها استثنائية وغير متوقعة ولا تحدد

1- السيد فتوح محمد هنداي، المرجع السابق، ص.503.

2- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.620.

قيمتها أو حجمها أو نوعها نظرا لارتباطها في غالب الأحيان بالأرض أو الأنهار ولا يمكن توقعها عند إبرام العقد، وإنما تظهر عند الإنجاز¹.

وبناء على ما سبق فإنه يجب اجتماع مجموعة من الشروط حتى يمكن تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وهي تتمثل فيما يلي²:

- 1- أن تكون الصعوبات المادية غير المتوقعة إستثنائية وغير عادية.
 - 2- أن لا تكون هذه الصعوبات متوقعة من جانب الأطراف المتعاقدة عند إبرام العقد الإداري.
 - 3- أن تؤدي هذه الصعوبات غير المتوقعة إلى إلحاق أضرار وخسائر بالمتعاقد.
- وستتطرق فيما يلي إلى دراسة كل شرط من هذه الشروط على حدة، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية بحتة

إن أول شرط يجب توفره لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يتمثل في ضرورة أن يواجه المتعاقد صعوبات ذات طبيعة مادية بحتة، فإذا كانت الصعوبات التي يواجهها المتعاقد ناتجة عن ظروف طبيعية أو اقتصادية طارئة، أو ناتجة عن صعوبات إدارية محضة، فإنه لا سبيل في مثل هذه الحالات إلى تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وإنما على المتعاقد أن يؤسس طلبه في التعويض على باقي النظريات كنظرية الظروف الطارئة أو نظرية فعل الأمير³.

وترجع أغلب الصعوبات المادية غير المتوقعة إلى ظواهر طبيعية غير متوقعة، حيث تتعلق أكثر تطبيقات الصعوبات المادية بطبيعة الأرض التي تنفذ عليها الأشغال العامة موضوع العقد الإداري، كأن يتوقع الطرفان سهولة الأرض لتنفيذ عمليات حفر فيها بالنظر للدراسات التي أعدتها الإدارة المتعاقدة، فيتفاجأ المتعاقد بطبيعتها الصخرية الصعبة بعد أمتار معينة من الحفر، أو أن يصادف المتعاقد عند بداية تشييد بناية عمومية موضوع العقد الإداري بالطبيعة الهشة وغير المتماسكة للأرض، أو أنها تفرز كميات كبيرة من المياه الجوفية⁴.

1- قرار مجلس الدولة الجزائري، قضية " بوزيان محمد " ضد بلدية " كرزاز " ولاية بشار، بتاريخ 20/01/2004. أشار إليه: الشريف شريفي، المرجع السابق، ص.317.

2- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.179.

3- بشار رشيد حسين المزوري، المرجع السابق، ص.223.

4- فتحة حابي، المرجع السابق، ص.232.

وفي هذا الصدد اعتبرت محكمة القضاء الإداري بمصر في قرار صادر لها بتاريخ 05 ماي 1953 أنه من الصعوبات المادية غير المتوقعة وجود أترية متكثلة وطبقات صخرية عند تنفيذ عقد أشغال عامة يتعلق بتطهير أحد الترع، حيث كان من المتوقع أن يجد المتعاقد طميا يمكن حفره بالفؤوس العادية، إذ به يفاجأ بوجود طبقات صخرية وأترية متكثلة تحتاج إلى معدات وآلات قطع الأحجار¹.

وإضافة إلى الصعوبات المادية غير المتوقعة التي ترجع إلى طبيعة الأرضية المخصصة لتنفيذ المشروع، إعتبر مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 13 ماي 1987 فصلا في قضية "Société Citra-France" بأن سوء الظروف الجوية - كالتساقط المستمر والغزير للأمطار - يعتبر من الصعوبات المادية غير المتوقعة إذا كان له تأثير على الأشغال، بالرغم من أنه قرر في هذه القضية رفض منح التعويض للمتعاقد على أساس أن سوء الظروف الجوية لم يكن لها تأثير على الأعمال². وعلى العكس مما سبق لم يعتبر مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 30 جويلية 2003 فصلا في قضية "Commune de Lens" أن الصعوبات التي واجهت المقاول أثناء تنفيذه لأشغال تهيئة ملعب رياضي مقبل على استقبال مباريات كأس العالم لسنة 1998 من قبيل الصعوبات المادية غير المتوقعة، وتمثلت هذه الصعوبات في ضغوطات مارسها عليه من جهة، منظموا هذه المسابقة لضمان أمن وراحة الجمهور والصحفيين، ومن جهة الأخرى، بعض الممولين لهذه الأشغال الذين اشتروا على المقاول إنجاز دراسة تستهدف تنظيم مباريات كرة القدم الأمريكية (rugby) في نفس الملعب³.

1- حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، س 17 ق، جلسة 1953/05/05. أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.624.

2- « Considérant que s'il n'est pas contesté que les pluies tombées sur la région parisienne pendant les mois de septembre et d'octobre 1974 ont revêtu par leur importance un caractère exceptionnel et imprévisible, il résulte de l'instruction et notamment du rapport d'expertise que ces pluies n'ont pas eu d'incidence sur la réalisation des ouvrages d'art ; » C.E, Arrêt du 13/05/1987 (Sté Citra-France), n° 35374, www.legifrance.gouv.fr, vu le : 22/05/2019.

3- « Considérant qu'il ressort des pièces du dossier qu'à la suite de la venue à Lens, dès septembre 1995, de membres de la fédération internationale de football et du comité français d'organisation de la coupe du monde, ces autorités sportives ont formulé des exigences particulières relatives à la sécurité et au confort des joueurs, des spectateurs et des journalistes dans l'enceinte du stade Felix-Bollaert, retenu comme l'un des dix sites de cette coupe du monde qui devait se dérouler en France en 1998 ; que, par ailleurs, le conseil régional du Nord/Pas de Calais, qui avait accordé une subvention pour la mise aux normes du même stade, a subordonné, par la suite, le versement de cette subvention à un projet d'études destiné à permettre l'organisation de matchs de rugby en vue de la candidature de la commune à l'organisation de la coupe du monde de cette discipline en 1999 ;

وإذا كانت أغلب الحالات التي تولد صعوبات مادية غير متوقعة ترجع إلى ظواهر طبيعية، إلا أن هناك من الصعوبات المادية غير المتوقعة ما يكون بفعل أجنبي لا علاقة له بالأطراف المتعاقدة، ومن قبيل ذلك اكتشاف قناة خاصة بجانب موقع الأشغال لم تشر إليها الدراسات الجيولوجية التي تم على أساسها إبرام الصفقة العمومية، أو فيضان سد أو نهر بجوار موقع الأشغال يجعل المتعاقد مضطراً إلى القيام بأشغال إضافية إلى جانب التزاماته العقدية، أو أن يجد المتعاقد نفسه مجبراً على إصلاح طريق مؤدي إلى موقع الأشغال يعتبر من الأهمية بمكان لتنفيذ موضع الصفقة العمومية¹.

ثانياً: أن لا تكون الصعوبات المادية غير المتوقعة من فعل الأطراف المتعاقدة

من أجل تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يشترط ألا تكون هذه الصعوبات ناتجة عن فعل الإدارة، لأنه في هذه الحالة يجب على المتعاقد مطالبة الإدارة بالتعويض إما على أساس المسؤولية التقصيرية في حالة ارتكابها لخطأ معين وترتبت عليه صعوبات مادية غير متوقعة، أو على أساس نظرية عمل الأمير في حالة عدم ارتكابها لأي خطأ².

وإضافة إلى ما سبق يشترط ألا يكون المتعاقد هو من تسبب في حصول الصعوبات المادية غير المتوقعة إما بخطئه أو بتقصيره، وألا يكون قد ساهم في زيادة حجم الآثار المترتبة عنها، ومن أجل ذلك يجب عليه أن يثبت أنه بذل ما في وسعه من إمكانيات من أجل تجنب الآثار السلبية لهذه الصعوبات المادية غير المتوقعة³.

ومن تطبيقات القضاء الإداري المصري في هذا الصدد حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 1969، والذي جاء فيه بأنه: "... وإن كان المدعي قد أخطأ حينما تقدم بعطاءه قبل دراسة تصميمات المشروع واستطلاع آراء الخبراء الفنيين ودون إبداء تحفظاته الفنية إلى جهة الإدارة في الوقت المناسب، إلا أنه من الناحية الأخرى فإن جهة الإدارة قد أسهمت هي الأخرى في خلق الصعوبات التي اعترضت تنفيذ المشروع بقدر من الخطأ يتمثل في وضع تصميمات المشروع على أساس لا يتفق من الناحية الفنية مع أوضاع حوض التخزين ويناسب المياه فيه، وقد كان مفروضاً

Considérant que si les exigences décrites ci-dessus nécessitaient, pour être satisfaites, de modifier les marchés de maîtrise d'œuvre et de contrôle technique passés en avril 1995 par la commune de Lens en vue de la rénovation du stade Félix-Bollaert, elles ne peuvent être regardées comme des difficultés techniques rencontrées dans l'exécution des travaux ... » C.E, Arrêt du 30/07/2003 (Commune de Lens), n° 223445, www.legifrance.gouv.fr, vu le : 22/05/2019.

1- مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص.599.

2- فتحة حابي، المرجع السابق، ص.233.

3- الشريف شريفي، المرجع السابق، ص.316.

عليها قبل وضع الرسومات والتصميمات أن تقوم بالأبحاث والتجارب اللازمة للتعرف على المناسيب والضغوط التي يمكن أن تنشأ في حوض التخزين حتى تجيء تلك التصميمات قابلة للتنفيذ العملي. وعلى ضوء ما تقدم ... فإنه يتعين على كل من الطرفين أن يتحمل تبعه ما وقع فيه من خطأ ... ومن ناحية أخرى لا يحق للمدعي أن يطالب جهة الإدارة بأية مبالغ إضافية تكبدها أو خسائر لحقت به نتيجة الصعوبات التي واجهها في تنفيذ العملية ...¹.

ثالثاً: أن لا تكون الصعوبات المادية متوقعة من قبل الأطراف عند إبرام الصفقة العمومية

لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يشترط ألا تكون هذه الصعوبات متوقعة من قبل المتعاقد أو من قبل المصلحة المتعاقدة عند الإقبال على إبرام الصفقة العمومية²، فإذا كانت متوقعة أو من النوع الذي يمكن التنبؤ به فإن المتعاقد يتحمل تبعاتها، ولا يمكنه المطالبة بالتعويض على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة³.

وعليه، يتعين على المتعاقد قبل إقباله على التعاقد أن يحرص على الإطلاع على كافة البيانات والمعلومات الواردة في الدراسات المتعلقة بالأرضية، والتي أعدها المصلحة المتعاقدة عن طريق مكتب الدراسات، كما يجب عليه التحقق من مدى صحة هذه المعلومات من خلال معاينة الأرضية المخصصة للمشروع، وفي حالة اكتشافه لخطأ معين في هذه الدراسات أو تبين له عدم كفايتها فإنه يتوجب عليه إبداء تحفظاته بشأنها قبل التعاقد⁴.

وفي هذا الصدد تنص الفقرة السادسة من المادة 12 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل الجزائري على أنه: "غير أن المقاول ملزم بتدقيق المستندات المنصوص عليها بالمقاطع 3 و 4 و 5 من هذه المادة (الرسومات والتصاميم)، ويجب عليه إعلام مهندس الدائرة أو المهندس المعماري قبل أي تنفيذ بالأخطاء أو السهو أو التناقضات الممكن حصولها والتي يسهل على رجل الفن كشفها".

وفي ذات السياق تنص المادة 116 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم 182 لسنة 2018 على أن: "يلتزم المقاول بأن يتحرى بنفسه طبيعة

1- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 701، س 17 ق، جلسة 1969/12/15. أشار إليه: مطيع على حمود جبير، المرجع السابق، ص. 601.

2- إسماعيل هبة، المرجع السابق، ص. 114.

3- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص. 179.

4- سمير عثمان اليوسف، المرجع السابق، ص. 85.

الأعمال وعمل كل ما يلزم لذلك من اختبارات والحسات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات الفنية والرسومات الهندسية والتصميمات المعتمدة، وعليه إخطار إدارة التعاقدات في الوقت المناسب بملاحظاته عليها، ويكون مسؤولاً تبعاً لذلك عن صحة وسلامة جميع ما ورد بها كما لو كانت مقدمة منه".

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر على هذا الحكم في قرارها الصادر بتاريخ 31 جانفي 2001، والذي اعتبرت فيه أن المقاول مسؤول عن التحقق من طبيعة الأرضية المخصصة لإنجاز المشروع من خلال إجراء تحريات عنها بنفسه، فإذا ما قصر في ذلك تحمل النتائج السلبية التي ستفرزها الصعوبات المادية التي قد تواجهه أثناء التنفيذ¹.

ويتمتع قاضي العقد الإداري بسلطة تقديرية في تقرير ما إذا كانت الصعوبات المادية التي واجهت المتعاقد أثناء عملية التنفيذ من النوع الذي لا يمكن توقعه حتى يطبق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، ويلجأ في سبيل ذلك إلى معيار موضوعي وليس شخصي، يتمثل في معيار المتعاقد الحريص الذي يوجد في نفس الظروف التي أحاطت بعملية إبرام العقد، فإذا تبين للقاضي أن المتعاقد لم يبذل الجهد المعقول للكشف عن هذه الصعوبات، ولم يتخذ أي إجراء للتقصي عن مدى صحة المعلومات الواردة في الدراسات المعدة من طرف الإدارة المتعاقدة، أمكنه رفض منح التعويض عن الخسائر التي لحقت به بسبب هذه الصعوبات².

غير أنه قد يحدث أن يقوم المتعاقد بالتقصي عن الصعوبات المادية التي قد تواجهه أثناء تنفيذه للعقد الإداري بحيث يكون على بينة منها، وبالرغم من ذلك يعلن صراحة وتحت مسؤوليته الكاملة أنه في إمكانه تجاوز آثارها السلبية، ففي مثل هذه الحالة قضى مجلس الدولة الفرنسي بعدم تعويضه عن الخسائر التي تلحقه بفعل هذه الصعوبات، وذلك في قراره الصادر بتاريخ 14 نوفمبر 1973 فصلاً في قضية "Société Hersant"³.

1- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 916 و 941، س 37 ق، جلسة 2001/01/31. أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.630.

2- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص.225.

3- أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.631. C.E, Arrêt du 14/11/1973 (Sté Hersant).

غير أنه إذا كان المتعاقد قد توقع عند إبرام الصفقة العمومية أو عاين صعوبات قدر أنه في إمكانه تحمل نتائجها ثم تبين له أثناء عملية التنفيذ أنها أكثر صعوبة مما توقعه، فإنه بإمكانه المطالبة بالتعويض عنها على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة¹.

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد إلى أبعد من ذلك في قراره الصادر بتاريخ 03 مارس 2010 فصلا في قضية "Société Presspali SPA" حين قضى بأنه بإمكان المتعاقد المطالبة بالإدارة المتعاقدة بالتعويض على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، حتى ولو قام بنفسه بإعداد الدراسات المتعلقة بالأرضية المخصصة لإنجاز المشروع وفقا لما تنص عليه بنود دفتر الشروط الخاص بالعقد المبرم، ولم تكشف له هذه الدراسات عن أية صعوبات مادية قد تواجهه أثناء تنفيذ المشروع، أو كشفت له عن بعض الصعوبات المادية التي بإمكانه تجاوزها، وهذا على أساس أنه مهما تميزت هذه الدراسات بالجدية فإنها قد تعجز عن كشف بعض الصعوبات المادية المتعلقة بالأرضية².

وإذا كان مجلس الدولة الفرنسي قد ألزم المتعاقد بالتحري عن الصعوبات المادية غير المتوقعة قبل الإقدام على إبرام الصفقة العمومية³، فإنه ألزم من جهة أخرى الإدارة المتعاقدة بمساعدته في إطار الكشف عن هذه الصعوبات، وهذا من خلال تسليمه كافة المعلومات والرسومات والتصاميم والدراسات التي أعدتها في سبيل تنفيذ المشروع موضوع الصفقة العمومية، وهذا على أساس مبدأ حسن النية في المعاملات، فإذا قصرت في تنفيذ هذا الإلتزام كان من حق المتعاقد الحصول على التعويض عن الخسائر التي لحقت نتيجة هذه الصعوبات غير المتوقعة⁴.

1- نصري منصور نابلسي، المرجع نفسه، ص.631.

2- « Considérant que, pour rejeter la demande d'indemnisation présentée à ce titre par la SOCIÉTÉ PRESSPALI SPA, la cour administrative d'appel de Douai s'est fondée sur le fait que l'étude géotechnique complémentaire destinée à s'assurer des caractéristiques du sol, à laquelle l'article 7-7 du fascicule A du cahier des clauses techniques particulières obligeait le groupement à procéder, faisait apparaître des résultats conformes aux conditions effectivement rencontrées par l'entreprise lors de l'exécution des travaux ; qu'en se fondant sur le seul renvoi à une étude complémentaire dont la société requérante ne disposait pas à la date du dépôt de son offre, pour juger que les sujétions invoquées ne présentaient pas un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat et dont la cause était extérieure aux parties, alors que la seule existence, dans le contrat, d'une clause renvoyant à une étude complémentaire ne peut suffire à exclure l'existence de sujétions imprévues, la cour administrative d'appel a entaché son arrêt d'erreur de droit ; que, dès lors la société requérante est fondée à en demander pour ce motif l'annulation, en tant qu'il porte sur les conclusions indemnitaires relatives à l'existence d'une nappe d'eau souterraine ; » C.E, Arrêt du 03/03/2010 (Sté Presspali SPA), n° 304604, www.légifrance.gouv.fr, vu le : 20/05/2019.

3- C.E, Arrêt du 22/03/1944 (Sté Montcocol). أشار إليه: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.696.

4- C.E, Arrêt du 29/01/1951 (Sté d'Etat à la défense C/ Debernardy). أشار إليه: سليمان محمد الطماوي، المرجع نفسه، ص.696.

وقد حددت محكمة القضاء الإداري المصرية مضمون شرط عدم التوقع في قرارها الصادر بتاريخ 20 جانفي 1957 المشار إليه سابقا، والذي قضى بأن: "الشرط الخاص بوجود أن تكون الصعوبات طارئة وغير متوقعة أو مما لا يمكن توقعه أو ليس في الوسع توقعها... هذا الشرط ينطوي إلى حد كبير على معنى المفاجأة في صورة معينة، كأن يجد المتعاقد نفسه إزاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها، لا بناء على دفتر الشروط، ولا من دراسته الأولية للمشروع أو بالرغم مما نبه إليه أو ما اتخذ من حيطة لا يفوت على الشخص البصير قبل الإقدام على المساهمة في تسيير المرفق العام المتعاقد بشأنه... كما أن في شروط العقد ما يكفي لتنبهه إلى أخذ الحيطة اللازمة لمواجهة الحالة التي يتضرر منها..."¹.

وعلى العموم فإنه لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يجب أن يقوم المتعاقد بإثبات تعرضه لصعوبات مادية غير متوقعة أثناء تنفيذه للعقد الإداري، وأنه لم يكن في وسعه توقعها أو دفعها بالرغم من الإحتياطات والتحري الذي أجراه بخصوصها، فإذا لم يستطع إثبات ذلك سقط حقه في المطالبة بالتعويض عن الخسائر التي لحقت به بسبب هذه الصعوبات.²

ويثار في سياق شرط عدم التوقع تساؤل عن مدى إمكانية تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في حالة وجود شرط صريح ضمن بنود العقد الإداري يقضي بتحميل المتعاقد كافة الآثار السلبية المترتبة عن الصعوبات المادية التي واجهته أثناء التنفيذ، أو ينص على تحديد مبلغ التعويض مهما بلغت الخسائر التي تسببت فيها هذه الصعوبات؟

وفي ظل عدم علمنا بوجود قرارات قضائية صادرة عن مجلس الدولة الجزائري تبين موقفه من هذه المسألة نستأنس بما ذهب إليه كل من القضاء الإداري الفرنسي والمصري، وفي هذا الصدد ذهب مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 27 مارس 1903 فصلا في قضية " Commune de Jeumont" إلى اعتبار أن مثل هذه الشروط لا تتعلق إلا بالصعوبات المادية العادية، أما إذا صادفت المتعاقد صعوبات مادية ذات طابع استثنائي وغير عادي فإنه يجب استبعاد هذه الشروط وتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.³

1- حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ 1957/01/20. أشار إلى هذا الجزء من الحكم: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.630.

2- السيد فتوح محمد الهنداوي، المرجع السابق، ص.489.

أشار إليه: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.688.

3- C.E, Arrêt du 27/03/1903 (Commune de Jeumont).

غير أن وجود مثل هذه الشروط يجعل قاضي العقد الإداري يتشدد في اعتبار صعوبات مادية معينة بالرغم من طابعها الإستثنائي من قبيل الصعوبات المادية التي تسمح للمتعاقد بالمطالبة بالتعويض على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة¹.

أما بالنسبة لموقف القضاء الإداري المصري فنجد أن المحكمة الإدارية العليا قد اعتبرت في حكمها الصادر بتاريخ 14 جوان 1969 بأن وجود مثل هذه الشروط ضمن بنود العقد الإداري يحرم المتعاقد من الحصول على التعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة التي قد تواجهه أثناء التنفيذ، حيث جاء في هذا القرار بأنه: "... إذا كان مفاد النصوص الواردة في الشروط العامة أن المقاول مسؤول مسؤولية كاملة عن جميع الصعوبات المادية التي تصادفه سواء كانت متوقعة أو غير متوقعة فليس من شأن الصعوبات غير المتوقعة مهما ترتب عليها من إرهاب للمقاول أن تخوله حق مطالبة الجهة الإدارية المتعاقدة معه بزيادة فئات الأسعار"².

ويلاحظ على الإتجاه الذي سلكته المحكمة الإدارية العليا بمصر أنه سيؤدي لا محالة إلى عدة آثار سلبية في مجال العقود الإدارية، وهذا على أساس أن الإدارة المتعاقدة غير مقيدة في وضع شروط تعفيها من كامل المسؤولية التي قد تنتج عن الصعوبات المادية غير المتوقعة التي قد تصادف المتعاقد عند التنفيذ، والذي لا يملك في مواجهتها سوى القبول، لأنه في الحالة العكسية سيحرم من إبرام هذا العقد، فتكون نيته قد اتجهت حال إبرام العقد إلى أنه سيتحمل هذه الصعوبات المادية مادامت في دائرة قدراته الفنية والمالية، أما إذا تجاوزت ذلك فإنه لا يستطيع تحمل آثارها السلبية، وبالتالي سيؤدي هذا الاتجاه إلى عزوف الأشخاص عن التعامل مع الإدارة، ما ينعكس سلبا على استمرارية المرفق العام بانتظام واضطراد، وبالنتيجة على المصلحة العامة³.

ولذا كان من الأفضل على المحكمة الإدارية العليا المصرية أن تساير ما اتجه إليه مجلس الدولة الفرنسي، لا سيما وأن الجمعية العمومية للقسم الإستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري قد سبقتها في ذلك في فتواها الصادرة بتاريخ 04 فبراير 1964، والتي جاء فيها: "... ومما يجب التنبيه إليه بالنسبة إلى العقود الجزافية، وهي التي تتضمن تحديد أجر لكمية الأعمال المطلوبة وتحديد إجمالها لما تلزم الجهة الإدارية بدفعه من ثمن يقابلها، فإن هذا الطابع الجزائي في تحديد الثمن لا يحول دون تطبيق

1- إبراهيم الشارف الطاهر تفوقه، المرجع السابق، ص.189.

2- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 311، س 11 ق، بتاريخ 1969/06/14. أشار إليه: مطيع على حمود جبير، المرجع السابق، ص.603.

3- السيد فتوح محمد هنداي، المرجع السابق، ص.509.

نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة على أنه يجب عندئذ أن يكون من شأن الصعوبات المادية - في هذه الأحوال - أن تخل باقتصديات العقد تبعا لانهيار الأسس التي قام عليها تقدير الثمن المتفق عليه"¹.

رابعا: أن تكون الصعوبات المادية ذات طابع استثنائي بحث

من أجل تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لا يكفي وجود صعوبات مادية غير متوقعة، بل يشترط أن تكون هذه الأخيرة ذات طابع استثنائي وغير مألوف تجاوز في مداها كل ما توقعه المتعاقد عند إقباله على إبرام الصفقة العمومية، أما الصعوبات العادية والبسيطة فإنها تدخل في نطاق المخاطر والمجازفات التي من المفترض أن يتحملها المتعاقد وأن يدخلها في حساباته².

وقد أكد مجلس الدولة الجزائري على هذا الشرط في قراره الصادر بتاريخ 20 يناير 2004، كما كان قد أكد مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 12 ماي 1982 فصلا في قضية " Société des autoroutes Paris-Rhin-Rhone " على هذا الشرط، حيث قضى بأن الطابع الجزائي والنهائي للأسعار الوحيدة لا يمكن أن يكون عائقا أما حصول المتعاقد على التعويض عن الصعوبات الإستثنائية وغير المتوقعة التي واجهته أثناء التنفيذ³.

وقبل ذلك كانت محكمة القضاء الإداري المصرية قد شرحت المقصود بالطابع الاستثنائي للصعوبات المادية غير المتوقعة في قرارها الصادر بتاريخ 20 جانفي 1957 المشار إليه سابقا، والذي جاء فيه بأن: " شرط الصعوبة غير العادية أو الإستثنائية لا يتوافر لمجرد أن الطبقة التي صادفها المدعي وهو يتولى تطهير ترعة كانت ذات صلابة غير عادية، بل يجب أن تكون هذه الطبقة ذات امتداد غير عادي أيضا، بأن تكون لمساحات واسعة أو بنسب كبيرة من مجموع المنطقة محل العقد، وبهذا وحده يتحقق المراد من اعتبار الصعوبة غير عادية أو استثنائية".

ويرجع أمر تقدير ما إذا كانت الصعوبات غير المتوقعة التي صادفها المتعاقد من قبيل الصعوبات الإستثنائية وغير العادية أو أنها مجرد صعوبات عادية إلى قاضي العقد الإداري، والذي

1- الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري، الفتوى رقم 95، س 18 ق، صادرة بتاريخ 1964/02/04، جلسة 1964/01/29. أشار إليها: مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص.604.

2- السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص.492.

3- « ... qu'enfin le caractère forfaitaire et définitif des prix unitaires ne fait pas obstacle à ce que les entrepreneurs obtiennent une indemnité pour les difficultés exceptionnelles et imprévisibles par eux rencontrées dans l'exécution des travaux ; ». C.E, Arrêt du 12/05/1982 (Sté des autoroutes Paris-Rhin-Rhone), n° 14735, www.légifrance.gouv.fr, vu le : 02/06/2019.

يجب عليه أن يراعي في ذلك ظروف كل حالة على حدة، وهنا يقع على المتعاقد عبء إثبات أن الصعوبات التي واجهته تدخل في نطاق الصعوبات الإستثنائية¹.

خامسا: أن تؤدي هذه الصعوبات إلى جعل تنفيذ العقد مرهقا

لا يكفي من أجل تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة توافر الشروط التي تطرقنا إليها سابقا من وجوب أن تكون الصعوبات مادية وغير متوقعة واستثنائية وخارجة عن إرادة الطرفين، بل يشترط إضافة إلى ذلك أن تؤدي هذه الصعوبات إلى جعل تنفيذ العقد مرهقا بأن يلحق ضرر مادي بالمتعاقد لا يستطيع التغلب عليه، فإذا كان بإمكانه تجاوز هذا الضرر دون تكاليف إضافية فلا مجال لتطبيق هذه النظرية².

وقد أوضحت محكمة القضاء الإداري المصرية معنى هذا الشرط في قرارها الصادر بتاريخ 20 جانفي 1957 السابق الإشارة إليه بقولها: "أن يصبح التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة وأكثر كلفة ... وأن يترتب على التنفيذ نفقات تجاوز الأسعار المتفق عليها في العقد وتزيد في أعباء المتعاقد مع الإدارة".

وتختلف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة عن نظرية الظروف الطارئة في خصوص هذا الشرط، فبينما لا يتطلب تطبيق النظرية الأولى سوى أن تؤدي الصعوبات المادية غير المتوقعة إلى جعل تنفيذ العقد مرهقا للمتعاقد، فإن تطبيق النظرية الثانية يستلزم أن تؤدي الظروف الطارئة إلى قلب اقتصاديات العقد³.

ويستثنى مما سبق حالة العقود بالأسعار الجزافية (Les Marchés à prix forfaitaire)، حيث يشترط مجلس الدولة الفرنسي بشأنها أن تؤدي الصعوبات المادية غير المتوقعة إلى قلب اقتصاديات العقد حتى يتسنى تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة⁴، وهو ما قضى به في قراره الصادر بتاريخ 19 فيفري 1975 فصلا في قضية "Ministère de défense c/ Soc Campenon-Bernard"، وأكدته في قراره الصادر بتاريخ 05 جوان 2013 فصلا في قضية "Région Haute-Normandie"⁵.

1- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.697.

2- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص.226.

3- مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص.605.

4- Laurent Richer, op.cit., p.245.

5- « Considérant que les difficultés rencontrées dans l'exécution d'un marché à forfait ne peuvent ouvrir droit à indemnité au profit de l'entreprise titulaire du marché que dans la mesure où celle-ci justifie soit que ces difficultés ont eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat ». C.E, Arrêt du 19/02/1975 (Ministère de défense C/ Sté Campenon-Bernard), n° 80470 ; C.E 05/06/2013, Région Haute-Normandie, n° 352917, www.légifrance.gouv.fr, vu le : 02/06/2019.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

إذا اجتمعت جميع شروط نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أمكن تطبيق هذه الأخيرة، ويترتب على ذلك أثران جد مهمان، يتمثل الأول في التزام المتعامل المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ الصفقة العمومية بالرغم من الصعوبات التي تواجهه، أما الأثر الثاني فيتمثل في حق المتعامل المتعاقد في الحصول على التعويض عن الأعباء التي تحملها لتجاوز الصعوبات المادية التي صادفته أثناء عملية التنفيذ.

أولاً: استمرار المتعامل المتعاقد في تنفيذ الصفقة العمومية

إن اعتراض الصعوبات المادية غير المتوقعة لعملية التنفيذ لا يجعل المتعاقد في حل من التزاماته التعاقدية؛ وإنما يجب عليه الاستمرار في التنفيذ، وهذا على خلاف نظرية القوة القاهرة التي تعفي المتعاقد من جميع التزاماته العقدية لاستحالة تنفيذها¹.

وفي حال توقف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته العقدية متذرعا بالصعوبات المادية غير المتوقعة؛ فإنه يحرم من حقه في التعويض عن الخسائر التي لحقت به بفعل هذه الصعوبات، فضلاً عن إمكانية توقيع المصلحة المتعاقدة جزاءات عقدية عليه من قبيل غرامة التأخير، ومطالبتها له بالتعويض عن عدم تنفيذ التزاماته العقدية².

غير أنه إذا أدت هذه الصعوبات إلى تأخير المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية عن الأجل المحدد لها في دفتر الشروط، فإنه بإمكان الإدارة المتعاقدة إعفاءه من غرامات التأخير، وفي هذا الصدد قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم صادر لها بتاريخ 14 جوان 1969 بأنه: "ولئن كانت الشروط العامة قد جعلت المفاوض -كقاعدة عامة- مسؤولاً عن الصعوبات المادية المتوقعة وغير المتوقعة، إلا أنها استثناء من هذه القاعدة العامة أعفت في البند 40 منها المفاوض من المسؤولية في حالة تأخره في تنفيذ التزاماته إذا كان مرد ذلك إلى أسباب لم يكن في الإمكان توقعها وقت تقديم العطاء وكانت خارجة عن إرادته..."³.

1- سمير عثمان اليوسف، المرجع السابق، ص. 89.

2- علي بن شعبان، المرجع السابق، ص. 218.

3- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر بتاريخ 14/06/1969، الطعن رقم 311، س 11 ق. أشار إليه: حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص. 341.

ثانيا: حق المتعاقد في الحصول على التعويض

في حالة توافر جميع شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، والتزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد الإداري رغم ذلك، فإنه يكون من حقه الحصول على تعويض كامل عن جميع الأعباء والخسائر التي يكون قد تحملها نتيجة الصعوبات المادية غير المتوقعة التي واجهته أثناء عملية التنفيذ، وهذا على خلاف ما هو عليه الأمر بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة التي يترتب عليها توزيع الخسارة الناتجة عن الظروف الطارئة بين الإدارة المتعاقدة والمتعاقد معها¹.

وهناك عدة قرارات للقضاء الإداري الفرنسي تؤكد على هذا الحق، ومن قبيل ذلك حكم محكمة الاستئناف الإدارية لمدينة "Bordeau" الصادر بتاريخ 26 مارس 2001 فصلا في قضية "Groupement GINTOLI-SIORAT-MIRO"، والذي قضى بصحة التقييم الذي أعده الخبير حول الأضرار التي لحقت بالشركة من جراء الصعوبات المادية غير المتوقعة التي واجهتها أثناء تنفيذ العقد الإداري، وبالنتيجة إلزام الإدارة المتعاقدة بالتعويض الكامل عن هذه الخسائر دون نقصان².

وإذا كان القضاء الإداري الفرنسي قد حسم أمره بالنسبة لأحقية المتعاقد في التعويض الكامل عن الأضرار التي لحقت به بفعل الصعوبات المادية غير المتوقعة التي صادفته أثناء تنفيذ العقد الإداري، فإن القضاء الإداري المصري قد تردد في بداية الأمر في سلوك اتجاه ثابت إزاء هذه المسألة، قبل أن يستقر في نهاية المطاف على مبدأ التعويض الكامل.

ففي البداية أخذت محكمة القضاء الإداري المصرية بمبدأ حق المتعاقد في التعويض الكامل، وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 20 جانفي 1957 المشار إليه سابقا، والذي جاء فيه: "... والتعويض هنا لا يتمثل في معونة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها، بل يكون تعويضا كاملا عن جميع الأضرار التي يتحملها المقاول بدفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها، وبذلك تختلف هذه النظرية من حيث سببها والنتائج المترتبة عليها عن نظرية الظروف الطارئة...".

1- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص.228.

2- « ... Considérant, enfin, qu'il résulte du rapport de l'expertise ordonnée en référé par le premier juge que les difficultés rencontrées ont nécessité la mise en place de moyens considérablement accrus qui ont généré pour le groupement d'entreprises des surcoûts imprévus non compensés par des recettes correspondantes ; que l'expert a évalué le préjudice subi par le groupement dans une fourchette de 55 à 61 MF ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que la méthode utilisée par l'expert pour calculer ce préjudice serait radicalement viciée ... » CAA Bordeaux, Arrêt du 26/03/2001 (Groupement GINTOLI-SIORAT-MIRO), 00BX00877, www.legifrance.gouv.fr, vu le : 06/06/2019.

وقد أيدت الجمعية العمومية للفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري هذا التوجه في فتواها الصادرة بتاريخ 04 فيفري 1964 المشار إليها آنفا، والتي جاء فيها: "... والتعويض هنا لا يتمثل في معاونة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها، بل يكون تعويضا كاملا عن جميع الأضرار التي يتحملها المقاول بدفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها".

غير أن المحكمة الإدارية العليا في مصر سلكت خلاف الاتجاه السابق في قرارها الصادر بتاريخ 14 جوان 1969، والذي ألغى حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر بتاريخ 27 ديسمبر 1964، حيث أخذت بمبدأ التعويض الجزئي وليس الكامل، وقد جاء في هذا القرار ما يلي: "... إذ أن الصعوبات سالفة الذكر -أيا كان شأنها- (أي الصعوبات التي استندت إليها محكمة القضاء الإداري للحكم بالتعويض الكامل) لا ترقى إلى مستوى الحوادث الطارئة الموجبة لإنزام الإدارة بتحمل نصيب في الخسارة الفادحة التي تختل بها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما، وذلك ضمانا لتنفيذ العقد الإداري واستدامة سير المرفق العام الذي يخدمه".

وقد انتقد هذا القرار من طرف الفقه المصري كونه أخلط بين نظريتي الصعوبات المادية غير المتوقعة ونظرية الظروف الطارئة. فبالرغم من تعلق موضوع الدعوى بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، إلا أننا نجد القرار يتحدث في طياته عن ميزات وخصائص ترتبط بنظرية الظروف الطارئة، ومن ذلك إلزام الإدارة المتعاقدة بتحمل جزء من الخسارة المترتبة عن الصعوبات المادية غير المتوقعة، بينما الأصل في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أن تتحمل الإدارة المتعاقدة كامل الأعباء. كما نلاحظ أن القرار يتكلم عن شرط الإختلال الجسيم باقتصاديات العقد، وهو شرط يتعلق بنظرية الظروف الطارئة، بينما يكفي لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أن تؤدي الصعوبات المادية غير المتوقعة إلى جعل تنفيذ العقد مرهقا فقط¹.

ولكن يلاحظ بأن المحكمة الإدارية العليا في مصر قد تراجعت عن موقفها السابق في أحكامها الحديثة، وأخذت بمبدأ التعويض الكامل في حالة مصادفة المتعاقد لصعوبات مادية غير متوقعة، ومن أمثلة هذه الأحكام حكمها الصادر بتاريخ 20 ديسمبر 1997، والذي نص في مقطعه الختامي على: "... إن تلك الصعوبات غير عادية وترجع إلى طبيعة الأرض والأثرية، وإنه ما كان بإمكان طرفي العقد توقعها. وهو ما يفيد توافر شروط انطباق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، بما

1- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.645؛ مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص.607؛ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.602.

يتعين معه تعويض المقاول بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تقضي جميع الأعباء والتكاليف التي يتحملها باعتبار الأسعار المتفق عليها في العقد، لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة. وإذا ذهب الحكم المطعون عليه هذا المذهب حيث قضى بإلزام الإدارة بجميع الأعباء والتكاليف التي تحملها المطعون ضده عند تنفيذ الأعمال الإضافية بما يجاوز نسبة 25% من الأعمال الأصلية، فإنه يكون قد صادق صحيح القانون...¹.

أما بالنسبة للأسعار التي يتم اعتمادها من أجل تحديد قيمة التعويض المستحقة للمتعاقد عن الصعوبات المادية غير المتوقعة التي واجهها أثناء تنفيذ العقد الإداري، فإن مجلس الدولة الفرنسي يرجع في ذلك إلى الأسعار المتفق عليها عند إبرام العقد، ولا يلجأ مطلقاً إلى اعتماد أسعار جديدة². غير أنه إذا ثبت أن الصعوبات المادية غير المتوقعة قد أدت إلى تغيير معتبر في الظروف التي أحاطت بعملية إبرام العقد أو في الإعتبارات التي بنيت على أساسها الأسعار الأصلية المنصوص عليها في العقد، فإن القضاء الإداري يستند في تحديد التعويض المستحق للمتعاقد في مثل هذه الحالات على أسعار جديدة تراعي الظروف والإعتبارات المستجدة³.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن مجلس الدولة الفرنسي قد قضى في قراره الصادر بتاريخ 13 أكتوبر 1978 فصلاً في قضية "Département de la Vendée" بأنه في حالة مساهمة المتعاقد بخطئه أو بتقصير من جانبه في حصول الأضرار التي لحقت به من جراء الصعوبات المادية غير المتوقعة أو زيادة حجمها، فإنه يخصم من مبلغ التعويض الكامل المستحق له قيمة الخسائر التي تسبب بها⁴.

1- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم 567، س 39 ق، جلسة 1997/12/30. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.646.

2- C.E, Arrêt du 10/12/1938 (Gouvern. Gen. Indochine). أشار إليه: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.702.

3- محمد شعبان الدرهبوي، المرجع السابق، ص.170.

4- أشار إليه: السيد فتوح محمد هندواوي، المرجع السابق، ص.499. C.E, Arrêt du 13/10/1978 (Département de la Vendée).

لقد هدفت هذه الدراسة إلى معالجة إشكالية بالغة الأهمية في الحياة الاقتصادية للدولة، لارتباطها الوثيق بالمرفق العام وأهداف تحسين الخدمة العمومية، من خلال البحث في تحديد الآليات القانونية الكفيلة بضمان حسن تنفيذ الصفقات العمومية ومدى توفيق المشرع اللائحي الجزائري في الإحاطة بهذه الآليات من جميع جوانبها، لتفادي الصعوبات والعراقيل التي قد تواجهها المصالح المتعاقدة أثناء تنفيذ صفقاتها العمومية.

وفي هذا الصدد، تجدر الإشارة إلى أن عملية تنفيذ الصفقات العمومية تكتسي أهمية جد بالغة، على اعتبار أن تشييد المنشآت والبنيات التحتية والمرافق الحيوية التي تساهم في تطور الاقتصاد الوطني مرهون بمدى حرص المصالح المتعاقدة على ضمان التنفيذ الجيد للصفقات العمومية، ولذا لا يكفي الاهتمام فقط بعملية إبرام الصفقات العمومية، لأنه مهما بلغت درجة هذا الاهتمام، فإن الهدف الرئيسي يكمن في جودة عملية التنفيذ.

وقد حاول المشرع اللائحي الجزائري منح المصالح المتعاقدة جميع الآليات القانونية والسلطات التي تمكنها من ضمان حسن تنفيذ الصفقات العمومية، وعلى رأسها سلطة الرقابة والتوجيه التي تمكنها من مراقبة المتعامل المتعاقد وتوجيهه أثناء تنفيذه لالتزاماته التعاقدية، بحيث إذا ما أحل بتنفيذ أحد هذه الالتزامات واجهته بسلطتها في توقيع الجزاءات الإدارية العقابية لردعه وورده إلى جادة الصواب، بينما إذا تبين لها أثناء عملية التنفيذ أنها قد سهت عن إدراج بعض الأشغال أو أنها بالغت في تقدير حجمها، كان لها ممارسة سلطتها في التعديل الانفرادي لبنود الصفقة العمومية، كما يكون لها أن تمارس سلطتها في إنهاء الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة بالرغم من عدم ارتكاب المتعامل المتعاقد لأي خطأ عقدي، إذا تبين لها أن المصلحة العامة تقتضي ذلك.

وبالمقابل، حول المشرع اللائحي الجزائري للمتعامل المتعاقد مجموعة من الضمانات تمكنه من تنفيذ الصفقة العمومية على أكمل وجه، حيث نص على أساليب معينة للوفاء بسعر الصفقة العمومية تمكنه من الاستمرار في عملية التنفيذ، من قبيل أسلوب التسبيق وأسلوب الدفع على الحساب، كما نص على إمكانية تحيين ومراجعة الأسعار المتفق عليها إذا ما طرأت ظروف تستدعي ذلك. ومن بين الضمانات الأخرى التي أتاحتها القانون للمتعامل المتعاقد عند تنفيذه للصفقة العمومية حقه في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي قد تلحقه بسبب الأخطاء العقدية المرتكبة من طرف المصلحة المتعاقدة، أو بسبب الإثراء الذي قد تحصل عليه الإدارة بسبب تنفيذه لأشغال غير

منصوص عليها ولكنها تعود بالفائدة عليها، كما خوله القانون حق المطالبة بإعادة التوازن المالي للصفقة العمومية إذا ما حصلت ظروف أدت إلى اختلاله.

ومن خلال معالجتنا ودراستنا لهذا الموضوع توصلنا إلى مجموعة من النتائج، نعرض أهمها

فيما يلي:

1- يبدووا جليا من خلال دراسة نصوص مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري، والتمعن في مواد دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، أن المشرع اللائحي الجزائري قد أخذ بمبدأ الإعتبار الشخصي في التنفيذ وأكد عليه.

2- لقد أجاز المشرع اللائحي الجزائري التنازل عن الصفقة العمومية بشرط الحصول على إذن وموافقة المصلحة المتعاقدة.

3- من خلال دراسة نظرية القوة القاهرة الإدارية يتضح أن هناك معنيين لفكرة القوة القاهرة في إطار العقود الإدارية بصفة عامة والصفقات العمومية بصفة خاصة، يتمثل الأول في المعنى التقليدي والأصلي لفكرة القوة القاهرة، وهو ذاته المطبق في عقود القانون الخاص، وهو يؤدي إلى انقضاء العلاقة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها، ولا يجوز هنا لهذا الأخير المطالبة بالتعويض، كما لا يمكن للمصلحة المتعاقدة منحه أي تعويض. أما المعنى الثاني فيتمثل في المفهوم الحديث لفكرة القوة القاهرة (القوة القاهرة الإدارية)، وهنا -وعلى خلاف المعنى التقليدي لفكرة القوة القاهرة- لا يؤدي الحادث الذي اعترض عملية التنفيذ إلى استحالة الاستمرار فيها، بالرغم من كونه يؤدي إلى الاختلال النهائي والمستمر للتوازن المالي للصفقة العمومية، وهنا يلتزم المتعامل المتعاقد بالاستمرار في التنفيذ إلى حين اتخاذ المصلحة المتعاقدة لقرار الفسخ بسبب القوة القاهرة. وفي المقابل يكون من حقه المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به بسبب استمراره في التنفيذ في ظل هذا الحادث المتصف بوصف القوة القاهرة بالمعنى الحديث، وهو ما تبناه المشرع اللائحي الجزائري من خلال نص المادتين 147 و151 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

4- نستخلص من خلال نص المادة 143 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، أن المشرع اللائحي الجزائري قد سلك نفس التوجه الذي انتهجه المشرع الفرنسي فيما يتعلق بالعلاقة التعاقدية التي تجمع المصلحة المتعاقدة بالمتعاقد من الباطن، حيث مكن هذا الأخير من قبض

مستحققاته المالية مباشرة من المصلحة المتعاقدة دون المرور على المتعاقد الأصلي، وبالتالي فهناك علاقة مالية مباشرة بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد من الباطن.

5- يتبين لنا من خلال التمعن في نص المادة 147 في فقرتها الثالثة من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بأن المشرع اللاتحي الجزائري قد أكد على الطابع الاتفاقي لجزء الغرامة التأخيرية، حيث أنه منع المصلحة المتعاقدة من توقيع غرامة تأخيرية أقسى وأشد من تلك المنصوص عليها في بنود الصفقة العمومية بحجة عدم كفايتها على حمل المتعامل المتعاقد على الوفاء بالتزاماته العقدية خلال الآجال المحددة له.

6- لم يقيد المشرع اللاتحي الجزائري المصلحة المتعاقدة بمبالغ مالية محددة يتعين عليها عدم تجاوزها عند ممارستها لسلطتها في التعديل الانفرادي لبنود الصفقة العمومية، وهذا على خلاف ما فعله المشرع اللاتحي الفرنسي والمصري.

7- لقد أكد المشرع اللاتحي الجزائري من خلال مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 15-247 على ضرورة احترام مبادئ المساواة والمنافسة الشفافة عند إبرام ملاحق للصفقة العمومية، وهو ما كان قد أغفله في مرسوم تنظيم الصفقات العمومية الملغى رقم 10-236.

8- لقد ميز المشرع اللاتحي الجزائري بين إجراء تحيين الأسعار (L'actualisation des prix) وبين مراجعة الأسعار (Révision des prix)، حيث اشترط لإجراء التحيين أن يتجاوز الأجل الفاصل بين تاريخ إيداع العروض وتاريخ الأمر بالشروع في التنفيذ مدة صلاحية العروض مضاف إليها مدة ثلاثة أشهر، وأن يكون هناك تغير في الظروف الإقتصادية تقتضي إجراء التحيين، بينما مراجعة الأسعار تكون خلال الفترة الممتدة من تاريخ الأمر بالشروع إلى غاية الإستلام النهائي للصفقة العمومية، بشرط أن تكون هناك تقلبات إقتصادية تفرض إجراء مراجعة الأسعار.

9- يتبين من خلال تفحص المادة 44 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل لسنة 1964، أن التسبيق المالي الجزائي ليس ملزما للمصلحة المتعاقدة إلا بالنسبة للصفقات العمومية للأشغال، أما بالنسبة لباقي أنواع الصفقات العمومية فإن المصلحة المتعاقدة لها كامل السلطة التقديرية في منحه أو رفضه.

10- يتبين لنا من خلال هذه الدراسة أن الأسلوب الأكثر فعالية في تقدير التعويض المستحق للمتعاقد عن الأضرار التي لحقت به بسبب فعل الأمير يتمثل في محاولة الوصول إلى اتفاق ودي

بين طرفي الصفقة العمومية يحدد قيمة هذا التعويض، لأن هذا الأسلوب ينطوي على قدر كبير من المرونة، فهو من جهة يجنب المتعامل المتعاقد مشقة اللجوء إلى القضاء وما يواكبه من طول الوقت الذي تتطلبه الإجراءات القضائية، الأمر الذي ينعكس سلبا على عملية تنفيذ الصفقة العمومية، وبالنتيجة على سير المرفق العام. ومن جهة أخرى فإن هذا الأسلوب هو تجسيد لمبادئ العدالة والإنصاف التي يقوم عليها القانون الإداري، على اعتبار أن المتعامل المتعاقد سيكون متحررا من جميع الضغوطات التي قد تمارسها المصلحة المتعاقدة عليه، عند التفاوض معها من أجل تحديد قيمة التعويض المستحق، وهذا على خلاف الأسلوب الذي يعتمد على النص المسبق في بنود الصفقة العمومية على قيمة التعويض، أو الأسلوب الذي يتم فيه النص على كيفية حساب التعويض، أين يكون المتعامل المتعاقد مجبرا على قبول هذا النص، إضافة إلى عدم دقة هذين الأسلوبين في تحديد قيمة التعويض، لأن المصلحة المتعاقدة عند إدراجها للنص الذي يحدد قيمة التعويض أو كيفية حسابه، لن يكون في إمكانها الإطلاع على حجم الأضرار الفعلية التي ستلحق بالمتعامل المتعاقد عقب صدور الإجراء الضار.

ومع استحساننا للكثير من مضامين مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام فيما يتعلق بضمان حسن تنفيذ الصفقات العمومية، من خلال تزويد المصلحة المتعاقدة بمجموعة من الآليات التي تيسر لها إرغام المتعامل المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته العقدية بالجودة والفعالية المطلوبة، ومنح هذا الأخير جملة من الضمانات تمكنه من تنفيذ الصفقة العمومية على أحسن وجه، إلا أن هناك مجموعة من الإشكالات التي لا يزال يثيرها المرسوم المذكور ونصوصه التطبيقية، والمتمثلة فيما يلي:

- 1- عدم وجود دفاتر شروط إدارية خاصة بكل نوع من أنواع الصفقات العمومية، ما يعقد مهمة المصلحة المتعاقدة في وضع دفتر الشروط الخاص بالصفقة العمومية المزمع إبرامها.
- 2- عدم مواكبة دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 للتطورات المستجدة، بل أكثر من ذلك، لم يعد للمصطلحات التي تضمنها أي وجود في القوانين أو التنظيمات الحالية، لاسيما منها المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- 3- منع المشرع اللائحي الجزائري - وفقا لما تنص عليه الفقرة الخامسة من المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 - المتعامل المتعاقد من طلب إجراء الإستلام المؤقت للأشغال المنفذة فور

اتخاذ المصلحة المتعاقدة لقرار تأجيل عملية التنفيذ، وهذا قد يلحق به أضرارا جسيمة، لاسيما إذا طالت مدة التأجيل.

4- لم ينص المشروع اللائحي الجزائري على سقف مالي محدد لا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تتجاوزه عند إبرامها للملحق، الأمر الذي قد ينجر عنه إبرام ملاحق بمبالغ مالية تشارف على الأسقف المالية المحددة لإبرام الصفقة العمومية دون مراعاة للمبادئ التي نصت عليها المادة الخامسة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

5- لقد حصر المشروع اللائحي الجزائري سلطة إخطار لجنة الصفقات العمومية بوجود مخالفات في التأشيرة الممنوحة لمشروع الملحق لأحكام تشريعية تتعلق بالصفقات العمومية بيد المراقب المالي والمحاسب العمومي فقط، ولم يمكن باقي أعضاء اللجنة من ممارسة هذه السلطة. كما أنه حصر سبب الإخطار في مخالفة الأحكام التشريعية المتعلقة بالصفقات العمومية دون الأحكام التنظيمية، وهذا أمر منتقد لاسيما إذا علمنا أن موضوع الصفقات العمومية يدخل في المجال التنظيمي.

6- وجود تناقض بين الفقرتين الأولى والثانية من المادة 196 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث تنص الفقرة الأولى على أنه لا يمكن فرض التأشيرة - سواء كانت شاملة أو غير شاملة - على المراقب المالي أو المحاسب العمومي في حالة عدم المطابقة مع الأحكام التشريعية المتعلقة بالصفقات العمومية، في حين تنص الفقرة الثانية على أن لجنة الصفقات العمومية مخيرة في هذه الحالة بين سحب التأشيرة من عدمه، حيث سنجد أنفسنا أمام غموض كبير في حالة ما إذا قررت اللجنة عدم سحب التأشيرة في هذه الحالة.

7- لقد أغفل المشروع اللائحي الجزائري الإشارة إلى حالة عدول المصلحة المتعاقدة عن إبرام ملحق كان موضوع تأشيرة من طرف لجنة الصفقات العمومية، وترك الأمر مبهما، بحيث يمكن للمصالح المتعاقدة استغلال هذه الثغرة القانونية وعدم إعلام اللجنة بهذا العدول.

8- يشكل تجاوز مقرر لجنة الصفقات العمومية برفض منح التأشيرة ثغرة قانونية خطيرة وضربا لجميع الأحكام القانونية التي وضعها المشروع اللائحي الجزائري للحفاظ على المال العام عرض الحائط، لا سيما إذا علمنا أن المشروع اللائحي الجزائري لم يشترط في اتخاذ هذا المقرر سوى أن يكون الرفض معللاً بعدم المطابقة للأحكام التنظيمية المتعلقة بالصفقات العمومية. ومع علمنا بأن جل الأحكام

القانونية التي تنظم الصفقات العمومية هي أحكام تنظيمية، فإنه من السهل جدا على الهيئة المختصة تجاوز مقرر الرفض.

9- هناك تناقض واضح بين الفقرة الأولى من المادة 98 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وبين الفقرة الأخيرة من المادة 99 من نفس المرسوم أعلاه، حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 98 من المرسوم أعلاه على أن إجراء تعيين الأسعار أمر اختياري وجوازي بيد المصلحة المتعاقدة، في حين تنص الفقرة الأخيرة من المادة 99 من المرسوم أعلاه على أن هذا الإجراء حق للمتعاقد.

وبناء عليه، ومع تميمنا للحكم الذي أورده التعديل الدستوري الذي جرى إقراره في الأول من نوفمبر المنقضي في المادة 139 معدلة، والمتعلق بإدخال موضوع الصفقات العمومية ضمن مجال التشريع، نعتقد بأهمية تضمين هذا الأخير ونصوصه التطبيقية ما يلزم من التدابير القانونية لسد الثغرات التي ذكرناها أعلاه، حيث نقترح:

1- إصدار دفاتر شروط إدارية خاصة بكل نوع من أنواع الصفقات العمومية، حتى يسهل على المصلحة المتعاقدة وضع دفاتر الشروط الإدارية الخاصة بكل صفقة على حدة، وهذا على غرار ما فعله المشرع اللائحي الفرنسي.

2- تحيين دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل بما يتماشى مع المستجدات التشريعية والتنظيمية.

3- النص على حظر التنازل عن الصفقة العمومية على غرار ما قام به المشرع الفرنسي والمشرع اللائحي المصري، وهذا حفاظا على مبدأ الإعتبار الشخصي في تنفيذ الصفقة العمومية، إلا إذا أثبت المتعاقد المتعاقد حسن نيته.

4- توسيع العلاقة التي تجمع المصلحة المتعاقدة بالمتعاقد من الباطن من مجرد علاقة مالية إلى علاقة قانونية كاملة تسمح لها بمساءلته مباشرة عن تنفيذ الجزء المعهود إليه بموجب عقد المناولة الذي يجمعه بالمتعاقد الأصلي.

5- النص على حق المتعاقد في المطالبة بإجراء الاستلام المؤقت للأشغال التي نفذها فور تبليغه بالأمر المصلحي الهادف إلى تأجيل عملية تنفيذ الصفقة العمومية، فإذا انقضى أجل الضمان كان من حقه المطالبة بإجراء الاستلام النهائي لهذه الأشغال.

- 6- النص على إلزام المصالح المتعاقدة بتسبب جميع قراراتها المتخذة في إطار تنفيذ الصفقة العمومية، وهذا من أجل حماية حقوق المتعامل المتعاقد معها من التعسف، وتيسيرا لمهمة قاضي العقد الإداري في بسط رقابته على هذه القرارات، وهذا اقتداء بما انتهجه المشرع الفرنسي في هذا الشأن.
- 7- النص على إلزام المصلحة المتعاقدة بمبلغ أقصى لا يمكن أن تتجاوزه عند إبرامها ملحق الصفقة العمومية، وهذا اقتداء بالمشرع اللائحي الفرنسي الذي نص على نسبة قصوى (50% من المبلغ الأصلي للصفقة العمومية) لا يمكن تجاوزها عند إبرام الملحق.
- 8- تقييد المصلحة المتعاقدة بشروط دقيقة وواضحة عند إبرامها ملحق الصفقة العمومية كما فعل المشرع اللائحي الفرنسي، وهذا كله من أجل حماية المال العام من التبديد تحت مظلة ملحق للصفقة العمومية.
- 9- تعميم التزام المصلحة المتعاقدة بتبرير احترامها لمبادئ المساواة والمنافسة الشفافة أمام لجان الصفقات العمومية بالنسبة لجميع الملاحق مهما كانت نسبة التعديل فيها، حتى ولو كانت أقل من النسب المنصوص عليها في الفقرة الأخيرة من المادة 136 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 15-247.
- 10- تمكين رئيس لجنة الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة من صلاحية تعيين خبير كمقرر في حالة تضمن الملف المعروض عليها تعقيدات تقنية لا يمكن لأي عضو من أعضائها الإحاطة والإلمام بها، وهذا إتباعا لما هو جاري به العمل بالنسبة للجنة القطاعية للصفقات العمومية.
- 11- توسيع سلطة إخطار لجان الصفقات العمومية عن وجود مخالفات في مشروع الملحق ليشمل جميع أعضاء لجنة الصفقات العمومية المختصة في الرقابة على هذا المشروع، وعدم حصرها بيد المراقب المالي والمحاسب، وأيضا توسيع نطاق الإخطار ليشمل حالة مخالفة الأحكام التنظيمية المتعلقة بالصفقات العمومية، وعدم قصرها على حالة مخالفة الأحكام التشريعية.
- 12- النص على إلزام لجان الصفقات العمومية بسحب التأشير في حالة تثبتها من وجود مخالفات تشريعية في مشروع الملحق.
- 13- النص على إلزام المصلحة المتعاقدة بإعلام لجنة الصفقات العمومية المختصة في حالة عدولها عن إبرام ملحق كان موضوع تأشير من طرف هذه اللجنة، كما هو الحال بالنسبة للصفقات العمومية،

وهذا على أساس أن الملحق هو وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة العمومية، وعلى أساس احترام قاعدة توازي الأشكال، لأن ما ينطبق على الأصل ينطبق على الفرع.

14- إلغاء إمكانية تجاوز مقرر رفض التأشيرة، لما تنطوي عليه من انعكاسات سلبية على المال العام، لأنها تعني التهرب من الأحكام القانونية التي وضعها المشرع اللائحي الجزائري للحفاظ على الخزينة العمومية.

15- النص على إجراء تجميع الأسعار باعتباره حقا للمتعاقل المتعاقد، وليس باعتباره أمرا اختياريا وجوازا بيد المصلحة المتعاقدة، وهذا بشرط أن يتجاوز الأجل الفاصل بين تاريخ إيداع العروض وتاريخ الأمر بالشروع في التنفيذ مدة صلاحية العروض مضافا إليها مدة شهر واحد وليس ثلاثة أشهر.

16- تبني أسلوب الصفقات العمومية المبرمة بأسعار مؤقتة، بدلا من أسلوب الصفقات العمومية المبرمة بناء على النفقات المراقبة، وهذا اقتداء بما سلكه المشرع الفرنسي في المادة 19 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي، ولما يتميز به هذا الأسلوب من إيجابيات ومميزات تجعله فعالا وعمليا.

17- النص على إلزام المصلحة المتعاقدة بدفع التسبيق المالي سواء كان جزافيا أو على التموين بمجرد تقديم المتعاقل المتعاقد للإثباتات والكفالات التي اشترطها المشرع اللائحي الجزائري في هذا الخصوص.

18- تقييد المصلحة المتعاقدة بمدة محددة تلتزم خلالها بإجراء العمليات الممهدة لاستلام الصفقة العمومية بعد إعلامها من طرف المتعاقل المتعاقد بانتهائه من عملية التنفيذ، وهذا اقتداء بما سلكه المشرع اللائحي الفرنسي في المادتين 1.41 و 2.1.41 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

19- النص على تحميل المصلحة المتعاقدة كامل التعويض عن الخسائر التي قد تلحق المتعاقل المتعاقد من جراء الظرف الطارئ الذي قد يعترض عملية تنفيذ الصفقة العمومية.

قائمة المصادر والمراجع

أ. قائمة المصادر:

أولاً- النصوص القانونية الوطنية:

المرسوم الرئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 26 رجب عام 1417 الموافق 7 ديسمبر سنة 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر عدد 76 صادرة بتاريخ 27 رجب عام 1417.

أ. القوانين العادية:

1. القانون رقم 62-157 الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1962 المتضمن تمديد سريان القوانين الفرنسية على

الإقليم الجزائري إلا ما تعارض منها مع السيادة الوطنية، ج.ر عدد 02 صادرة بتاريخ 11 يناير 1963.

(صادرة باللغة الفرنسية)

2. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات

المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21 صادرة بتاريخ 23 أبريل 2008.

ب. الأوامر:

3. الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل

والمتمم.

4. الأمر رقم 67-90 مؤرخ في 09 ربيع الأول 1387 الموافق 17 يونيو 1967 يتضمن قانون الصفقات

العمومية، ج.ر عدد 52 صادرة بتاريخ 27 يونيو 1967.

5. الأمر رقم 71-85 مكرر المؤرخ في 11 ذي القعدة 1391 الموافق 29 ديسمبر 1971 المتضمن إحداث الهيئة

الوطنية للمراقبة التقنية للبناء، ج.ر عدد 04 صادرة بتاريخ 14 يناير 1972.

6. الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل

والمتمم.

7. الأمر 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري

المعدل والمتمم.

8. الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 23 شعبان 1415 الموافق 25 يناير 1995 يتعلق بالتأمينات، ج.ر عدد 13

صادرة بتاريخ 08 مارس 1995.

ج. المراسيم الرئاسية:

9. المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 16 جمادى الثانية 1402 الموافق 10 أبريل 1982 الذي ينظم الصفقات

التي يبرمها المتعامل العمومي، ج.ر عدد 15 صادرة بتاريخ 13 أبريل 1982.

10. المرسوم رقم 84-116 المؤرخ في 11 شعبان عام 1404 الموافق 12 مايو 1984 المتضمن لإحداث النشرة الخاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج.ر عدد 20 مؤرخة في 15 مايو 1984.
11. المرسوم رقم 86-205 المتضمن تغيير هيئة المراقبة التقنية للبناء المؤرخ في 13 ذي الحجة 1406 الموافق 19 أغسطس 1986، ج.ر عدد 34 صادرة بتاريخ 20 أغسطس 1986.
12. مرسوم رئاسي رقم 02-250 مؤرخ في 13 جمادى الأولى 1423 الموافق 24 يوليو 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر عدد 52 صادرة بتاريخ 28 يوليو 2002.
13. المرسوم الرئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 28 شوال 1431 الموافق 07 أكتوبر سنة 2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر عدد 58 صادرة بتاريخ 07 أكتوبر 2010.
14. المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436 الموافق 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري، ج.ر عدد 50 صادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.
15. المرسوم الرئاسي رقم 20-237 المؤرخ في 12 محرم 1441 الموافق 31 أوت 2020 الذي يحدد التدابير الخاصة المكيفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في إطار الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد-19) ومكافحته، ج.ر عدد 51 صادرة بتاريخ 31 أوت 2020.

د. المراسيم التنفيذية:

16. المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 02 جمادى الأولى 1412 الموافق 09 نوفمبر 1991 الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر عدد 57 الصادرة 13 نوفمبر 1991.
17. المرسوم التنفيذي رقم 96-49 المؤرخ في 26 شعبان 1416 الموافق 17 يناير 1996 الذي يحدد قائمة المباني العمومية المعفاة من إلزامية تأمين المسؤولية المهنية والمسؤولية العشرية، ج.ر عدد 05 صادرة بتاريخ 21 يناير 1996.

هـ. القرارات:

18. القرار المؤرخ في 16 رجب 1384 الموافق 21 نوفمبر 1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، ج.ر عدد 06 صادرة بتاريخ 19 يناير 1965.
19. ملحق القرار المؤرخ في 13 ربيع الثاني 1407 الموافق 15 ديسمبر 1986 يتضمن طريقة حساب أسعار أشغال البناء، ج.ر عدد 18 صادرة بتاريخ 29 أبريل 1987.
20. القرار الوزاري المشترك الجزائري المؤرخ في 28 رمضان 1408 الموافق 15 مايو 1988 الذي يتضمن كفاءات ممارسة ممارسة الاستشارة الفنية في ميدان البناء وأجر ذلك، ج.ر عدد 02 بتاريخ 26 أكتوبر 1988.

21. القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1431 الموافق 29 أبريل 2010 الذي يحدد قائمة صفقات الخدمات المعفية من كفالة حسن التنفيذ، ج.ر عدد 36 صادرة بتاريخ 30 مايو 2010.
22. القرار المؤرخ في 23 ربيع الثاني 1432 الموافق 28 مارس 2011 الذي يحدد البيانات التي يتضمنها الإصدار وآجال نشره، ج.ر عدد 24 صادرة بتاريخ 20 أبريل 2011.
23. القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 17 ربيع الثاني عام 1434 الموافق 28 فبراير 2013 الذي يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن تنفيذ الصفقة، ج.ر عدد 62 صادرة بتاريخ 11 ديسمبر 2013.
24. نموذج المذكرة التحليلية لمشروع الملحق المرفق بالمرسوم التنفيذي رقم 11-118 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1432 الموافق 16 مارس 2011 يتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية، ج.ر عدد 16 صادرة بتاريخ 13 مارس 2011.

ثانياً- النصوص القانونية الأجنبية:

أ. في فرنسا:

25. Code Civil Français Promulguer le 21 mars 1804.
26. Loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, JORF du 03 janvier 1976.
27. Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, JORF du 12 juillet 1979.
28. Loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (M.U.R.C.E.F.), JORF n°288 du 12 décembre 2001.
29. Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 de 11 Février 2016.
30. Décret n°76-87 du 21 janvier 1976 approuvant le C.C.A.G. Français applicables aux marchés publics de travaux, J.O du 30 janvier 1976.
31. Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relative aux marchés publics en France, JORF n°0074 du 27 mars 2016.
32. L'arrêté du 19 janvier 2009 portant approbation du C.C.A.G. français applicables aux marchés publics de fournitures courantes et services, JORF n°0240 du 16 octobre 2009.
33. L'arrêté du 08 septembre 2009 portant approbation du C.C.A.G. français applicables aux marchés publics de travaux, JORF n°0227 du 1 octobre 2009.
34. L'Arrêté du 16 septembre 2009 portant approbation du C.C.A.G. français applicables aux marchés publics industriels en France, JORF n°0240 du 16 octobre 2009.
35. Circulaire du 20 novembre 1974 relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques (application de la théorie de l'imprévision), JORF n°25 du 30 novembre 1974.
36. Circulaire Ministérielle du 31 août 1979 relative à la motivation des actes administratifs, JORF du 04 septembre 1979.

37. Circulaire du 10 janvier 1980 relative à la désignation des actes administratifs à motiver en application de la loi du 11 juillet 1979, JORF du 15 janvier 1980.
38. Circulaire du 28 septembre 1987 relative à la motivation des actes administratifs, JORF du 20 octobre 1987.

ب. في جمهورية مصر العربية:

39. القانون رقم 131 لسنة 1945 المتضمن القانون المدني المصري.
40. قانون التزامات المرافق العامة المصري رقم 129 لسنة 1947، الجريدة الرسمية للحكومة المصرية عدد 69 الصادرة بتاريخ 24 جويلية 1947.
41. القانون رقم 131 لسنة 1948 المتضمن القانون المدني المصري بآخر تعديلاته.
42. القانون رقم 89 لسنة 1998 يتضمن قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري (الملغى)، الجريدة الرسمية للحكومة المصرية عدد 19 مكرر صادرة بتاريخ 08 مايو 1998.
43. القانون رقم 182 لسنة 2018 يتضمن قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، الجريدة الرسمية للحكومة المصرية عدد 39 مكرر (د) صادرة بتاريخ 03 أكتوبر 2018.
44. قرار وزير المالية المصري رقم 1367 لسنة 1998 يتضمن اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري (الملغى)، جريدة الوقائع المصرية عدد 201 (تابع) صادرة بتاريخ 06 سبتمبر 1998.
45. قرار وزير المالية رقم 692 لسنة 2019 يتضمن اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، جريدة الوقائع المصرية عدد 244 تابع (ب) صادرة بتاريخ 31 أكتوبر 2019.

II. قائمة المراجع:

أولاً- المراجع باللغة العربية:

أ. الكتب العامة:

1. أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، ط 4، د.م.ج، الجزائر، 1986.
2. أشرف محمد خليل حماد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2009.
3. بلال أمين زين الدين، المسؤولية الإدارية التعاقدية والغير التعاقدية في مصر وفرنسا -دراسة مقارنة-، ط 1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2015.
4. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، ج 1، ط 1، منشورات كليك، الجزائر، 2013.
5. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، ج 2، ط 1، منشورات كليك، الجزائر، 2013.
6. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، ج 3، ط 1، منشورات كليك، الجزائر، 2013.
7. جمال عباس عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، المكتب العربي الحديث، مصر، 2006.

8. جورج فوديل؛ بيار دلفولفيه، القانون الإداري، ج 1، ترجمة منصور القاضي، ط 1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008.
9. حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2001.
10. حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي - المبادئ والأسس العامة -، منشأة المعارف، مصر، 1998.
11. خليل صالح السامرائي، عقد الأشغال العامة - إبرام - تنفيذ - انتهاء -، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2017.
12. سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية، دار الكتاب الحديث، مصر، 2007.
13. سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري - دراسة مقارنة -، دار الفكر العربي، مصر، 2007.
14. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة -، دار الفكر العربي، مصر، 2005.
15. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية - دراسة مقارنة -، ط 1، دار الفكر العربي، مصر، 1957.
16. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.
17. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.
18. علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، ج 1، ط 1، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت (لبنان)، 2011.
19. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، ط 5، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.
20. عماد مجدي عبد الملك، العقود الإدارية وأحكامها، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2011.
21. عمار عوابدي، دروس في القانون الإداري، د.م.ج، الجزائر، 2000.
22. كنعان محمد محمود المبرجي، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري - دراسة مقارنة -، دار الفكر الجامعي، مصر، 2014.
23. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010.
24. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1996.
25. مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2002.

26. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، ط 1، دار قنديل للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.
27. محمد بن سعيد بن حمد المعمري، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتها الانعقاد والتنفيذ، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2011.
28. محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012.
29. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، 2006.
30. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام 2004، الكتاب الأول - إبرام العقد الإداري -، دار (أبو المجد) للطباعة بالمهرم، مصر، 2003.
31. مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007.
32. مفتاح خليفة عبد الحميد؛ حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2008.
33. مفتاح خليفة عبد الحميد؛ حمد محمد حمد الشلماني، انقضاء العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2013.
34. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية - دراسة مقارنة -، منشورات زين الحقوقية، ط 1، لبنان، 2010.
35. يونس إسماعيل حسن كه ردي، أحكام الفسخ في العقود الإدارية - دراسة مقارنة -، دار الفكر الجامعي، ط 1، مصر، 2015.
- ب. الكتب المتخصصة:**
36. إبراهيم الشارف الطاهر تفوقه، الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد الإداري - دراسة مقارنة -، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2010.
37. السيد فتوح محمد هندأوي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية - دراسة مقارنة -، ط 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2016.
38. بشار رشيد حسين المزوري، المسؤولية التعاقدية للإدارة في تنفيذ العقود الإدارية، ط 1، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، 2018.
39. حمد محمد حمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007.
40. خالد عبد الفتاح محمد، المشكلات العملية في قانون المناقصات والمزايدات الجديد وأحكام العقود الإدارية، ط 1، د.د.ن، مصر، 2009-2010.
41. دحو كراش، الملحق في الصفقات العمومية في القانون الجزائري والفرنسي، النشر الجامعي الجديد، الجزائر، 2017.

42. رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها - دراسة مقارنة-، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
43. سمير عثمان اليوسف، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على التوازن المالي للعقد الإداري، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
44. عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات الإدارية في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010.
45. فارس علي جانكيز، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، منشورات حلبي الحقوقية، ط 1، بيروت (لبنان)، 2014.
46. محمد شعبان الدهويي، حق المتعاقد في التعويض في العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2017.
47. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام 2004، الكتاب الثاني -تنفيذ العقد الإداري-، دار (أبو المجد) للطباعة بالهرم، مصر، 2003.
48. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام 2004، الكتاب الثالث -عوارض تنفيذ وإنهاء العقد الإداري-، دار (أبو المجد) للطباعة بالهرم، مصر، 2003.
49. نصر الدين بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام -دراسة مقارنة-، ط 1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007.
50. هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية -دراسة تطبيقية-، ط 1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2014.

ج. المقالات:

51. أحمد محمد هزاع، الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري، مجلة القراءة والمعرفة، جامعة عين شمس (مصر)، عدد 134، 2012.
52. أيمن فتحي محمد محمد عفيفي، غرامات التأخير في العقود الإدارية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق -جامعة الإسكندرية- (مصر)، المجلد الأول، عدد 2، 2016.
53. أيوب بن منصور الجربوع، ضوابط سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة -دراسة تحليلية في ضوء قضاء ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية-، مجلة جامعة الملك سعود (المملكة العربية السعودية)، المجلد 20، عدد 1، 2008.
54. بن عبد المالك بوفلحة، الغرامة التأخيرية في ضوء المرسوم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر -بسكرة (الجزائر)، عدد 15، 2017.

55. بن عبد المالك بوفلحة، النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، عدد 17، 2017.
56. بن عبد المالك بوفلحة، تطبيقات الفسخ الجزائي في مجال الصفقات العمومية، مجلة الفقه والقانون، عدد 53، 2017.
57. بوبكر بختي، الضمانات المالية لتنفيذ الصفقات العمومية - كفالة حسن تنفيذ الصفقة العمومية نموذجاً - ، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة (الجزائر)، عدد خاص، 2018.
58. حمزة خضري، الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في الجزائر، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر - بسكرة (الجزائر)، عدد 13.
59. حنان بوسلامة، الرقابة على الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية (الجزائر)، المجلد ب، عدد 47، 2017.
60. رفح كريم رزوي كريال؛ خضير عبد حسين، المسؤولية التعاقدية على أساس الخطأ، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، عدد 3، س 7، 2015.
61. زياد محمد سلامة جفال، الجزاءات الضاغطة والآثار المترتبة عليها في نظام عقود الإدارة الإماراتي -دراسة مقارنة بقانون المناقصات والمزايدات المصري-، مجلة الحقوق، جامعة الكويت (الكويت)، عدد 1، 2018.
62. زينة مقداد، سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد الثاني، عدد 4، 2018.
63. سحر جبار يعقوب، فسخ العقد الاداري لاستحالة التنفيذ بسبب الظروف الطارئة، مجلة مركز دراسات الكوفة، عدد 7، 2008.
64. سعاد عمروش طيبي؛ تقيّة توفيق، الرقابة على القرارات الإدارية المنفصلة الصادرة أثناء المرحلة التمهيديّة للصفقة العمومية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الرابع، عدد 1، 2019.
65. سعد لقليب؛ بن الشيخ النوي، حقوق والتزامات الطرف المتعاقد في الصفقة العمومية وفقاً للقانون الجديد للصفقات العمومية رقم 15-247، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، عدد 6، 2017.
66. سميرة ابن خليفة، الملحق وعامل التوازن الاقتصادي للصفقة العمومية في القانون الجزائري، مجلة الواحات للبحوث والدراسات (الجزائر)، المجلد التاسع، عدد 2، 2016.
67. سورية ديش، الجزاءات الإدارية غير المالية في قانون الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، عدد 2، 2016.

68. عبد الإله خلفي، منازعات الأشغال الإضافية في الصفقات العمومية، مجلة الملف (المغرب)، عدد 13، 2008.
69. عبد الحليم مجدوب، سحب العمل كجزء إداري تفرضه الإدارة ضد المتعاقدين المخلين بالتزاماتهم التعاقدية -دراسة مقارنة-، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، عدد 21، 2018.
70. عبد القادر دراجي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، مجلة المفكر -جامعة محمد خيضر- بسكرة (الجزائر)، عدد 10، 2014.
71. عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي، القدرة القانونية للإدارة في تعديل العقد الإداري، مجلة كلية الحقوق - جامعة النهرين- (العراق)، المجلد التاسع، عدد 17، 2006.
72. عبد الوهاب محمد؛ رواب جمال، الإنهاء الانفرادي للصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة في ظل أحكام المرسوم الرئاسي 15-247، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية -جامعة زيان عاشور بالجلفة- (الجزائر)، عدد 9، 2018.
73. عصام بنحسن، سلطات الإدارة أثناء تنفيذ الصفقات العمومية من خلال فقه قضاء المحكمة الإدارية، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق -جامعة صفاقس- (تونس)، عدد 19، 2012.
74. فتيحة حابي، فسخ صفقات إنجاز الأشغال العمومية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، عدد 9، 2015.
75. فؤاد نصر الله عوض، سلطة الإدارة (صاحبة المناقصة) في تعديل العقود الإدارية وحق المتعاقد معها في توفير الضمانات المالية له، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق -جامعة منصور- (مصر)، عدد 14، 2014.
76. كمال العطاروي، سلطة الإدارة في تعديل عقد الأشغال العامة أثناء مرحلة التنفيذ، مجلة العلوم القانونية والسياسية (الجزائر)، عدد 17، 2018.
77. محدودة فالكو، كيفية الدفع في الصفقات العمومية (صفقات الأشغال)، مجاميع المعرفة، المجلد الأول، عدد 1، 2015.
78. محمد حمودي، تعديل السعر في الصفقة العمومية -التحيين والمراجعة- دراسة في إطار المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الأول، عدد 9، 2018.
79. محمد حمودي؛ محمد علي، مدى فاعلية ضوابط اللجوء للملحق في تنظيم الصفقات العمومية، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، عدد 5، 2018.
80. مليكة أسماء بن صغير، أثر عدم احترام آجال تنفيذ الصفقة، مجلة التراث، جامعة زيان عاشور -الجلفة- (الجزائر)، عدد 26، المجلد الثاني، 2017.

81. منصور إبراهيم العتوم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة الشريعة والقانون، عدد 53، 2013.
82. موسى مصطفى شحادة، الجزاءات المالية في نطاق العقود الإدارية في دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة الحقوق، عدد 3، 2018.
83. نوال إيرين، لجان الرقابة على الصفقات العمومية ودورها في حماية المال العام، مجلة دفاتر البحوث العلمية (الجزائر)، عدد 7، 2016.
84. هشام العقراوي، نهاية تنفيذ الصفقات العمومية في ظل المرسوم المحدد لدفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الصادر بتاريخ 13 ماي 2016، مجلة العلوم القانونية - سلسلة فقه القضاء الإداري، عدد 5، 2018.

د. رسائل الدكتوراه:

85. إبراهيم يامة، لوائح الضبط الإداري بين الحفاظ على النظام العام وضمن الحريات العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان (الجزائر)، 2015.
86. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة - كلية الحقوق - (مصر)، 1973.
87. أمير جلطي، الأهداف الحديثة للضبط الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان (الجزائر)، 2016.
88. الشريف شرفي، النظام المالي للعقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - (الجزائر)، 2014.
89. حمادة قدوج، تصنيف الصفقات العمومية في الجزائر طبقا للمعيار العضوي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة الجزائر - (الجزائر)، 2010.
90. حمزة خضري، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر 1 (الجزائر)، 2015.
91. حورية بن أحمد، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - (الجزائر)، 2018.
92. سعيد عبد الرزاق باخبيزة، سلطة الإدارة الجزائرية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - بن عكنون - جامعة الجزائر - يوسف بن خدة - (الجزائر)، 2008.
93. صليحة بن عودة، الجرائم الماسة بالصفقات العمومية بين الوقاية و الرقابة في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان (الجزائر)، 2017.

94. عبد الحليم مجدوب، الضمانات القانونية المخولة لجهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد الإداري -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان (الجزائر)، 2019.
95. علي بن شعبان، آثار عقد الشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة منتوري - قسنطينة - (الجزائر)، 2012.
96. عليوات ياقوتة، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق -جامعة منتوري- قسنطينة- (الجزائر)، 2009.
97. كريمة علة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق -جامعة الجزائر01- (الجزائر)، 2013.
98. محمد خليفي، الضوابط القضائية للسلطة التقديرية للإدارة، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - (الجزائر)، 2016.
99. مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء في اليمن -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق -جامعة عين شمس- (مصر)، 2006.
100. مونية جليل، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق -جامعة الجزائر01- (الجزائر)، 2015.
101. ميريام أكرور، الأجر في الصفقة العمومية للأشغال، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق -جامعة الجزائر01- (الجزائر)، 2015.
- هـ. مذكرات ورسائل الماجستير:**
102. أبو مراد هند أحمد موسى، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية (الأردن)، 1999.
103. إسلام عز الدين شوقارة، صفقات الدراسات في القانون الجزائري للصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق -جامعة الجزائر01- (الجزائر)، 2010.
104. إكرام طالب بن دياب، القرارات الإدارية المنفصلة وتطبيقاتها على الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية -جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان- (الجزائر)، 2017.
105. إسماعيل هبة، تنفيذ الصفقات العمومية والرقابة الخارجية عليها، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية -جامعة وهران 2- (الجزائر)، 2017.
106. السلال سعيد جمعة الهويدي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة -دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة في الإمارات العربية المتحدة والدول الأجنبية-، رسالة ماجستير (الإمارات العربية المتحدة)، 1994.

107. جلول بن سديرة، الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان - (الجزائر)، 2015.
108. حميدة سهتالي، السعر في الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة تيزي وزو - (الجزائر)، 2015.
109. حورية بن أحمد، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان (الجزائر)، 2011.
110. خالد سعد راشد العليمي، أثر نظرية الظروف الطارئة على التوازن المالي للعقد الإداري - دراسة مقارنة -، رسالة ماجستير، كلية الدراسات القانونية العليا - جامعة عمان العربية للدراسات العليا - (الأردن)، 2008.
111. ريحة سبكي، سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة مولود معمري - تيزي وزو (الجزائر)، 2013.
112. رياض عبد عيسى الزهيري، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة - جامعة بغداد - (العراق)، 1975.
113. سناء جميل إبراهيم ثابت، أثر الظروف الطارئة على تنفيذ العقود الإدارية في فلسطين - دراسة تحليلية -، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة الأزهر - غزة (فلسطين)، 2012.
114. سهام شقظمي، النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة باجي مختار - عنابة (الجزائر)، 2011.
115. عبد الحفيظ مانع، طرق إبرام الصفقات العمومية وكيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان (الجزائر)، 2008.
116. عبد الرزاق عريش، صلاحية الإدارة في التعديل الإنفرادي لعقد الأشغال العامة - دراسة مقارنة -، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا - الجامعة الأردنية - (الأردن)، 1998.
117. عبد الغني بن زمام، تمويل الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة الجزائر - (الجزائر)، 2008.
118. عبد القادر محفوظ، سلطة الإدارة في التعديل الإنفرادي للعقد الإداري - دراسة مقارنة -، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان - (الجزائر)، 2014.
119. فتيحة حابي، النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة تيزي وزو (الجزائر)، 2013.

120. فهد بن ناصر بن سعد المسيعيد، الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية في النظام السعودي -دراسة تأصيلية مقارنة بدول التعاون الخليجي-، رسالة ماجستير، كلية العدالة الجنائية -قسم الشريعة والقانون- جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية (المملكة العربية السعودية)، 2013.
121. فوزية فرج حماد، الظروف الطارئة وتأثيرها على تنفيذ العقود الإدارية -دراسة مقارنة-، رسالة ماجستير، كلية القانون -جامعة التحدي (ليبيا)، 2009.
122. كريمة خلف الله، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة قسنطينة (الجزائر)، 2013.
123. ماجد بن عتيق الزهراني، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك - كلية القانون (الأردن)، 2014.
124. محمد مقبل سالم العندلي، آثار العقد الإداري في التشريع الأردني -دراسة مقارنة-، رسالة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية -جامعة آل البيت (الأردن)، 2003.
125. مراد زوايد، النظام القانوني للوفاء بالمقابل المالي بقانون الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة أحمد بوقرة -بومرداس (الجزائر)، 2012.

و. المداخلات:

126. عثمان بن دراجي، مجال تدخل المراقب المالي في الصفقات العمومية في ضوء القانون الجديد للصفقات العمومية (المرسوم الرئاسي رقم 15-247)، يوم دراسي حول قانون الصفقات العمومية الجديد 15-247، جامعة محمد خيضر -بسكرة (الجزائر)، 17 ديسمبر 2015.
127. محمد أبو بكر عبد المقصود، إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل الأزمة المالية "نظرية الظروف الطارئة"، المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر لكلية الحقوق -جامعة المنصورة- (مصر)، 2009.
128. نجمة عباس؛ لطفي حصروري، الرقابة على الصفقات العمومية في ظل القانون الجديد، أوراق المؤتمر العلمي الوطني: قانون الصفقات العمومية بين تجديد آليات الرقابة وتجسيد الرشادة في صرف المال العام، جامعة البليدة 2 (الجزائر)، 2017.

ثانيا- المراجع باللغة الفرنسية:

A. Ouvrages généraux :

129. Ahmed MAHIOU, Cours d'Institutions Administratifs, 3^{ème} E.D., Office Des Publication Universitaires, Algérie, 1981.
130. André DELAUBADERE ; Yves GAUDEMET, Traité de droit Administratif, T. 1, 16^{ème} E.D., L.G.D.J, Paris, 2001.
131. Gilles LEBRETON, Droit Administratif Général, DALLOZ, Paris, 2015.
132. Henri CAPITANT; François TERRE; Yves LEQUETTE, les grandes arrêts de la jurisprudence civile, T. 2, Dalloz, 12^{ème} E.D., Paris, 2008.

133. Jean DUFAU, Droit des travaux publics, Presse Universitaire de France, Paris, 1998.
134. Laurent RICHER, Droit Des Contrats Administratifs, 9^{ème} E.D., L.G.D.J, Paris, 2014.
135. Marceau LONG; Prosper WEIL; Guy BRAIBANT ; Pierre DELVOLVE; Bruno GENEVOIS, les Grandes Arrêts de la Jurisprudence Administrative, T. 1, Dalloz, 20^{ème} E.D., Paris, 2015.
136. Martine LAMBARD ; Gilles DUONT, Droit administratif, 6^{ème} E.D., DALLOZ, France, 2005.
137. Patrice CHRETIEN ; Nicola CHIFLOT ; Maxime TOURBE, Droit Administratif, T. 1, DALLOZ, Paris, 2016.

B. Ouvrages spéciaux :

138. Brahim BOULIFA, Marchés Publics, 2^{ème} E.D., BERTI Editions, Alger, 2016.
139. Christophe LAJOYE, Droit des Marchés Publics, BERTI Editions, Alger, 2007.
140. Claudine CHARDIGNY, Contrats et marchés publics de défense, E.D Bruylant, Paris, 2013.
141. Mohamed Tayeb MEDJAHED, Contrat Type des marchés publics, Editions Houma, Alger, 2007.
142. Daniel CHABANOL; Jean-Pierre JOUGUELET; François BOURRACHOT, Le régime juridique des marchés publics, E.D du Moniteur, Paris, 2005.

C. Articles:

143. Abdelkader CHAITAOUI, La sous-traitance dans les marchés publics : Etude comparative entre la France et l'Algérie, El-Hakika Review, n° 42, Université d'Adrar, Algérie, 2017.

D. Thèses et mémoires:

144. Aiad SHWEKAT, Les droits et les obligations des parties aux contrats administratif dans les droits français et libyen –Etude comparative-, Thèse en vue de l'obtention du doctorat, Université de TOULOUSE, France, 2016.
145. Carlos Alfonso GUECHA LOPEZ, La modification du contrat administratif en droit colombien, Thèse de doctorat en droit public, Université Panthéon-Assas, France, 2015.
146. Delphine SION, de l'apport de l'enrichissement sans cause au droit des contrats administratifs-Contribution au règlement indemnitaire des situations péri-contractuelles-, thèse pour le doctorat en droit public, faculté de droit d'aix-en-provence-université Aix Marseille-, France, 2016.
147. Ibrahim Réfaat Mohamed EL-BÉHÉRÉRY, Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux, thèse pour le doctorat en droit, université de Nice Sophia Antipolis -institut du droit, de la paix et du développement (I.D.P.D.), France, 2004.

148. Muhannad AJJOUR, La notion de liberté contractuelle en droit administratif français, Thèse de doctorat en droit public, Université Panthéon-Assas Paris II, France, 2016.

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
01	مقدمة
07	الباب الأول: الآليات القانونية المخولة للمصلحة المتعاقدة لضمان حسن تنفيذ الصفقات العمومية
08	الفصل الأول: الآليات المخولة للمصلحة المتعاقدة لتنفيذ الصفقات العمومية في ظل الحالات العادية
09	المبحث الأول: مراقبة المتعامل المتعاقد لتنفيذ التزاماته العقدية
10	المطلب الأول: نطاق الالتزامات العقدية للمتعاقد مع الإدارة
10	الفرع الأول: تنفيذ بنود الصفقة العمومية
11	أولاً: الاستمرار في تنفيذ العقد
13	ثانياً: الالتزام بالتنفيذ خلال المدة المحددة في الصفقة
18	ثالثاً: استحالة تنفيذ الصفقة العمومية
30	الفرع الثاني: الالتزام الشخصي بالتنفيذ
31	أولاً: مضمون مبدأ الاعتبار الشخصي
33	ثانياً: التنازل عن الصفقة العمومية
39	ثالثاً: التعاقد من الباطن
46	رابعاً: الاستعانة بالغير لتنفيذ الصفقة العمومية
47	الفرع الثالث: وفاة المتعاقد مع الإدارة أو إفلاسه
47	أولاً: تنفيذ الصفقة العمومية عند وفاة المتعامل المتعاقد مع الإدارة
49	ثانياً: تنفيذ الصفقة العمومية في حالة إفلاس المتعامل المتعاقد مع الإدارة أو إعساره
52	المطلب الثاني: سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة والتوجيه
52	الفرع الأول: مفهوم سلطة الرقابة والتوجيه وأساسها القانوني
52	أولاً: مفهوم سلطة الرقابة والتوجيه
57	ثانياً: الأساس القانوني لسلطة الرقابة والتوجيه
61	الفرع الثاني: نطاق سلطة الرقابة والتوجيه وكيفية ممارستها
62	أولاً: نطاق سلطة الرقابة والتوجيه والآثار المترتبة عنها
69	ثانياً: كيفية ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه
81	المبحث الثاني: سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات الإدارية العقدية
83	المطلب الأول: الخصائص العامة للجزاءات الإدارية العقدية في الصفقات العمومية

84	الفرع الأول: الخصائص المخالفة للجزاءات المدنية العقدية
84	أولاً: إمكانية توقيع الجزاءات العقدية بالإرادة المنفردة للمصلحة المتعاقدة
91	ثانياً: إمكانية توقيع الجزاءات العقدية حتى مع غياب نص صريح في دفتر الشروط
95	ثالثاً: إمكانية توقيع الجزاءات العقدية في الوقت المناسب دون حاجة لإثبات الضرر
97	الفرع الثاني: الخصائص الموافقة للجزاءات المدنية العقدية
97	أولاً: ضرورة إعداد المتعامل المتعاقد قبل اتخاذ الجزاء العقدي
103	ثانياً: خضوع قرارات الجزاءات الإدارية العقدية لرقابة القضاء
110	المطلب الثاني: أنواع الجزاءات الإدارية العقدية التي يمكن توقيعها على المتعامل المتعاقد
111	الفرع الأول: الجزاءات المالية
111	أولاً: التعويضات المالية
116	ثانياً: الغرامات المالية
127	ثالثاً: مصادرة التأمين
133	الفرع الثاني: الجزاءات الضاغطة
134	أولاً: سحب العمل من المقاول والتنفيذ على حسابه
141	ثانياً: الشراء على حساب ومسؤولية المورد المقصر
145	الفرع الثالث: الجزاءات الفاسخة
155	الفصل الثاني: الآليات المخولة للمصلحة المتعاقدة لتنفيذ الصفقات العمومية في ظل الظروف العارضة
155	المبحث الأول: سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل شروط الصفقة العمومية
157	المطلب الأول: ماهية سلطة التعديل الانفرادي لبنود الصفقة العمومية وشروطها
157	الفرع الأول: مفهوم سلطة التعديل الانفرادي لبنود الصفقة العمومية وأساسها القانوني
157	أولاً: مفهوم سلطة التعديل الانفرادي لبنود الصفقة العمومية
164	ثانياً: الأساس القانوني لسلطة التعديل الانفرادي لشروط العقد الإداري
166	الفرع الثاني: شروط ممارسة سلطة التعديل الانفرادي لبنود الصفقة العمومية
167	أولاً: اقتصار التعديل على شروط الصفقة العمومية المتصلة بالمرفق العام
169	ثانياً: تغير الظروف التي تم إبرام الصفقة العمومية في ظلها
170	ثالثاً: تقييد الإدارة بمبدأ المشروعية
173	رابعاً: اقتصار التعديل على موضوع الصفقة العمومية
176	خامساً: تعويض المتعامل المتعاقد عن الأضرار التي لحقت من جراء التعديل الانفرادي

178	المطلب الثاني: الملحق باعتباره آلية لتعديل الصفقة العمومية
178	الفرع الأول: تعريف ملحق الصفقة العمومية
178	أولاً: تعريف ملحق الصفقة العمومية
191	ثانياً: أنواع ملاحق الصفقة العمومية
195	الفرع الثاني: الرقابة على ملاحق الصفقة العمومية
195	أولاً: هيئات الرقابة الخارجية القبلية للصفقات العمومية واختصاصاتها
204	ثانياً: إجراءات الرقابة الخارجية القبلية للصفقات العمومية والآثار المترتبة عنها
213	المبحث الثاني: سلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة
214	المطلب الأول: ماهية سلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة
215	الفرع الأول: الأساس القانوني لسلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة وطبيعتها القانونية
215	أولاً: الأساس القانوني لسلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة
219	ثانياً: الطبيعة القانونية لسلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة
222	الفرع الثاني: نطاق وشروط ممارسة سلطة إنهاء الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة
223	أولاً: نطاق ممارسة الإدارة المتعاقدة لسلطة إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة
229	ثانياً: شروط ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة الإنهاء لدواعي المصلحة العامة
240	المطلب الثاني: الآثار المترتبة على ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطتها في الإنهاء لدواعي المصلحة العامة ومدى خضوع هذه السلطة للرقابة القضائية
240	الفرع الأول: الآثار المترتبة على ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطتها في الإنهاء لدواعي المصلحة العامة
241	أولاً: حق المتعامل المتعاقد في التعويض عن قرار الإنهاء لدواعي المصلحة العامة
247	ثانياً: انقضاء العلاقة التعاقدية
250	الفرع الثاني: الرقابة القضائية على قرار المصلحة المتعاقدة بالإنهاء لدواعي المصلحة العامة
250	أولاً: القضاء المختص في الرقابة على قرار المصلحة المتعاقدة بالإنهاء لدواعي المصلحة العامة
258	ثانياً: نطاق الرقابة القضائية على قرار الإنهاء لدواعي المصلحة العامة والآثار المترتبة عليها
268	الباب الثاني: الضمانات القانونية الممنوحة للمتعاقد لضمان حسن تنفيذ الصفقات العمومية
269	الفصل الأول: الضمانات المتعلقة بالحصول على السعر واقتضاء التعويضات
269	المبحث الأول: السعر في الصفقة العمومية وأساليب الوفاء به
270	المطلب الأول: الطبيعة القانونية للسعر في الصفقة العمومية وطرق تحديده

271	الفرع الأول: الطبيعة القانونية للسعر في الصفقة العمومية
272	أولاً: حالة الإستعجال الملح
274	ثانياً: الأمر الموجه من طرف المصلحة المتعاقدة بتنفيذ أكثر مما اتفق عليه في الصفقة العمومية
275	ثالثاً: حالة التدابير الخاصة بالوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد-19)
288	الفرع الثاني: طرق تحديد السعر في الصفقة العمومية
289	أولاً: الصفقة العمومية المبرمة بالسعر الإجمالي والجزائي
291	ثانياً: الصفقة العمومية المبرمة بناء على قائمة سعر الوحدة
294	ثالثاً: الصفقة العمومية المبرمة بناء على النفقات المراقبة
297	رابعاً: الصفقة العمومية المبرمة بناء على السعر المختلط
298	المطلب الثاني: أساليب تسديد السعر في الصفقات العمومية
298	الفرع الأول: أساليب تسديد السعر في الصفقات العمومية أثناء تنفيذها
299	أولاً: التسبيق
307	ثانياً: الدفع على الحساب
315	الفرع الثاني: أساليب تسديد السعر في الصفقات العمومية عند استلامها
315	أولاً: إجراءات استلام الصفقة العمومية
335	ثانياً: التسوية المالية للصفقة العمومية عند استلامها
338	المبحث الثاني: حق المتعامل المتعاقد في الحصول على التعويض
339	المطلب الأول: التعويض على أساس الخطأ العقدي
339	الفرع الأول: حالات الخطأ العقدي
340	أولاً: إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية
350	ثانياً: ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطاتها على نحو غير مشروع
355	الفرع الثاني: شروط استحقاق التعويض عند خطأ المصلحة المتعاقدة
355	أولاً: وجود الضرر نتيجة خطأ المصلحة المتعاقدة
357	ثانياً: إنتفاء أسباب إعفاء المصلحة المتعاقدة من التعويض
360	المطلب الثاني: تعويض المتعامل المتعاقد عن الأعمال غير التعاقدية
361	الفرع الأول: مفهوم نظرية الإثراء بلا سبب في مجال العقود الإدارية
371	الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب في مجال العقود الإدارية
372	أولاً: الشروط المادية لتطبيق نظرية الإثراء بلا سبب في مجال العقود الإدارية

379	ثانيا: الشروط القانونية لتطبيق نظرية الإثراء بلا سبب في مجال العقود الإدارية
386	الفصل الثاني: حقوق المتعامل المتعاقد في ضمان إعادة التوازن المالي للصفقة العمومية
388	المبحث الأول: ضمانات المتعامل المتعاقد في حال الظروف الطارئة وأعمال الإدارة المثقلة لكاهله
388	المطلب الأول: ضمانات المتعامل المتعاقد تجاه أعمال الإدارة المثقلة لكاهله
389	الفرع الأول: مفهوم نظرية فعل الأمير كضمانة للمتعاقد مع الإدارة وشروط إعمالها
389	أولا: مفهوم نظرية فعل الأمير
397	ثانيا: شروط تطبيق نظرية فعل الأمير
402	الفرع الثاني: الآثار المترتبة على تطبيق نظرية فعل الأمير في مجال الصفقات العمومية
402	أولا- الأساس القانوني للتعويض المترتب على نظرية فعل الأمير
404	ثانيا- تقدير التعويض
409	المطلب الثاني: ضمانات المتعامل المتعاقد في حال الظروف الطارئة
409	الفرع الأول: نشأة نظرية الظروف الطارئة وأساسها القانوني
410	أولا: نشأة نظرية الظروف الطارئة
412	ثانيا: الأساس القانوني الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة
413	الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة والآثار المترتبة عليها
413	أولا: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة
423	ثانيا: الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة
432	المبحث الثاني: ضمانات المتعامل المتعاقد في حال الصعوبات المادية غير المتوقعة
433	المطلب الأول: تعريف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة والأساس الذي تقوم عليه
433	الفرع الأول: تعريف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة
437	الفرع الثاني: الأساس القانوني لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة
439	المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة والآثار المترتبة عليها
439	الفرع الأول: شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة
440	أولا: أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية بحتة
442	ثانيا: أن لا تكون الصعوبات المادية غير المتوقعة من فعل الأطراف المتعاقدة
443	ثالثا: أن لا تكون الصعوبات المادية متوقعة من قبل الأطراف عند إبرام الصفقة العمومية
448	رابعا: أن تكون الصعوبات المادية ذات طابع استثنائي بحث
449	خامسا: أن تؤدي هذه الصعوبات إلى جعل تنفيذ العقد مرهقا

450	الفرع الثاني: الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة
450	أولاً: استمرار التعامل المتعاقد في تنفيذ الصفقة العمومية
451	ثانياً: حق المتعاقد في الحصول على التعويض
454	خاتمة
462	قائمة المصادر والمراجع
477	فهرس الموضوعات

الملخص:

تحوز المصلحة المتعاقدة على جملة من الآليات القانونية لضمان حسن تنفيذ الصفقات العمومية، فلها أن تراقب مدى تقييد المتعاقد بتنفيذ التزاماته العقدية وأن توجهه إلى ذلك إن اقتضى الأمر، ولها أن توقع عليه جزاءات في حالة إخلاله بالتزاماته. كما لها أن تعدل بنود الصفقة أو تنهي الصفقة من الأصل بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة. ولكن في مقابل ذلك، منح المشرع اللائحي الجزائري جملة من الضمانات للمتعاقد لتمكينه من تنفيذ الصفقة العمومية على أحسن وجه، ومن بينها حقه في استيفاء السعر المتفق عليه، وفي اقتضاء التعويضات المستحقة له، علاوة على حقه في إعادة التوازن المالي للعقد.

وقد وقفت هذه الدراسة على كثير من الإيجابيات التي تطبع التنظيم القانوني الجزائري ذي الصلة، ولكنها وقفت كذلك على بعض الإشكاليات التي حاول الباحث اقتراح حلول لها.

الكلمات المفتاحية: صفقات، عمومية، تعديل، إنهاء، السعر، تعويض، توازن، مالي.

Résumé

Afin de garantir la bonne exécution des marchés publics ; l'administration contractante possède plusieurs mécanismes juridiques; il s'agit de son pouvoir de contrôler la conformité des engagements du cocontractant et de l'orienter si c'est nécessaire, de son pouvoir de lui imposer des sanctions en cas de manquement dédits engagements, mais aussi de son pouvoir de modifier et de résilier le contrat à des fins d'intérêt général. Mais en échange, le contractant jouit de certains nombre de garanties pour qu'il puisse réaliser le marché public de la meilleure façon possible. Il s'agit de son droit au prix convenu; d'être indemnisé pour les dommages qui peuvent lui être causés, et de son droit à instaurer l'équilibre financier du contrat.

A travers l'étude des mécanismes mentionnés, on a pu constater que la réglementation relative aux marchés publics en Algérie, comprend beaucoup de dispositions qui mènent à mieux réaliser le marché public, mais elle manque toujours d'efficacité, pour laquelle cette thèse a essayé d'exposer quelques solutions.

Mots clés: marchés, publics, modification, résiliation, prix, indemnité, équilibre, financier.

Abstract:

In order to guarantee the good execution of public deals, the administration gets several legal mechanisms; like its power to control the conformity of the contracting party's engagements and orient him if it is necessary, its power to impose him some sanctions in case of default retractions engagements, but also its power to modify and to terminate the contract to ends of general interest. On the other hand, the contractor gets some guarantees so that he can realize the public deal subject by the best way possible, such as its right to get the price and to be indemnified for the damages that can be caused to him, and its right to insure the financial balance of the contract.

Through the survey of mentioned mechanisms, we could note that the act of public deals in Algeria, understands a lot of arrangements that contribute in the good execution of the public deal, but it still lacks efficiency, for which this thesis tried to expose some solutions.

Key-words: deals, public, modification, termination, price, indemnity, balance, financial.