

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الجيلاي لياس - سيدي بلعباس

كلية الحقوق و العلوم السياسية

19 مارس 1962



آثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين - دراسة مقارنة -

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم

تخصص: علوم قانونية- فرع: التجريم في الصفقات العمومية

إشراف الأستاذ الدكتور:

- أ.د/ ميلوى الزين

إعداد الطالب:

- هاشمي فوزية

أعضاء لجنة المناقشة

السيدة: آغا جميلة	أستاذة محاضرة-أ-	جامعة سيدي بلعباس	رئيسا.
السيد: ميلوى زين	أستاذ التعليم العالي	جامعة سيدي بلعباس	مشرفا و مقورا.
السيد: منقور قويدر	أستاذ محاضر-أ-	المركز الجامعي غليزان	عضوا.
السيد: برزوق الحاج	أستاذ محاضر-أ-	جامعة مستغانم	عضوا.

السنة الجامعية 2018/2017 م الموافق ل 1439 هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي
خَلَقَ الْمَوَدَّعَةَ
وَالْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي
خَلَقَ الْمَوَدَّعَةَ
وَالْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي
خَلَقَ الْمَوَدَّعَةَ

اللهم اجعلني

شكورا، و اجعلني

صبورا، و اجعلني في

عيني صغيرا، و في

أعين الناس كئيبا.

يقول الله تعالى:

"يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود..."

(سورة المائدة - الآية 1)

تشكرات

كن عالماً... فإن لم تستطع فكن متعلماً، فإن لم تستطع فأحب العلماء، فإن لم تستطع فلا تبغضهم.

الحمد لله الواحد المعبود، عم بحكمته الوجود و شملت رحمته كل موجود، فتح بحمده الكلام و بحمده أفضل ما جرت الأقلام، أحمدته و أشكره على توفيقه لنا لإنجاز و إتمام هذا البحث.

كما لا يسعنا في هذا المقام، إلا أن نخص بأسمى عبارات الشكر و التقدير للأستاذ المشرف، الأستاذ الدكتور **ميلوى الزين** الذي لم يبخل علي بالجهد في التوجيه و تسديد الخطى على الرغم من كثرة انشغالاته.

كما لا ننسى أن نتقدم بأرقى و أثنى عبارات الشكر و العرفان إلى الدكتورة **آغا جميلة**، الدكتور **منقور قويدر** و الدكتور **برزوق الحاج** على تخصيص جزء من وقتهم و مناقشة هذا البحث.

إلى كل الأساتذة الذين زرعوا التفاؤل في درينا و قدموا لنا المساعدة و التسهيلات و المعلومات فلهم منا كل الشكر.

إلى كل طلبة مدرسة الدكتوراه تخصص التجريم في الصفقات العمومية.

إهداء

إلهي لا يطيب الليل إلا بشكرك و لا يطيب النهار إلا بطاعتك...و لا تطيب اللحظات
إلا بذكرك...و لا تطيب الآخرة إلا بعفوك... و لا تطيب الجنة إلا برؤية نبي الرحمة و نور
العالمين سيدنا محمد صلى الله عليه و سلم.

إلى من كلله الله بالهيبة و الوقار...إلى من علمني العطاء بدون انتظار...إلى من أحمل
اسمه بكل افتخار... إلى روح والدي الطاهرة.

إلى ملاكي في الحياة...إلى معنى الحب و معنى الحنان و التقاني...إلى بسمه الحياة و
سر الوجود.

إلى من كان دعائها سر نجاحي و حنانها بلسم جراحي.

إلى التي حملتني جنينا و حضنتني وليدا...إلى التي مهما قلت لا أفيها حقها...إلى أغلى
الحياب و أغلى من روحي أمي الحبيبة حفظها الله و شفاها.

إلى سندي في الحياة أخي.

إلى من كان عطاؤهن بحر أغرقني و أوصلني النجاة أخواتي.

إلى من تحلوا بالإخاء و تميزوا بالوفاء و العطاء...إلى يبابيع الصدق الصافي...إلى من
جمعتني بهم أوصل محبة و صداقة.

إلى كل من ساهم من قريب أو بعيد في إنجاز هذا البحث

إلى كل من ابتسم في وجهي سائلا عن مصير هذا البحث.

قائمة المختصرات

ب.د.ن. بدون دار النشر.

ب.ر. بدون رقم

ب.ط. بدون طبعة.

ج. الجزء.

ج.ر. الجريدة الرسمية.

د.ش.إ.ع. دفتر الشروط الإدارية العامة.

د.ش.إ.ف. دفتر الشروط الإدارية الفرنسي.

د.م.ج. ديوان المطبوعات الجامعية

ص. الصفحة.

ط. الطبعة.

ع. العدد.

ق.ص.ع.ف. قانون الصفقات العمومية الفرنسي.

ق.م.ج. قانون المدني الجزائري.

A.J.D.A. L'actualité juridique du droit administratif.

Edit. édition.

O.P.U. Office des publications universitaires.

P.U.F. Presses universitaires de France.

V. Volume.

T. Tome.

مقدمة

مقدمة

تلجأ الإدارة عند ممارستها نشاطاتها و أعمالها اليومية المنوطة بها إلى نوعين من الأعمال، تتيحها لها القوانين و التنظيمات، فقد تكون أعمالا مادية و أخرى قانونية هدفها إشباع الحاجات العامة و تحقيق الأهداف المرسومة في السياسة العامة للأمة.

فالأعمال المادية، تتمثل في كل الوقائع الصادرة عن الجهات الإدارية كبناء المنشآت أو تعبيد الطرقات ...

أما الأعمال أو التصرفات القانونية، هي التي تهدف الإدارة من ورائها إلى إحداث آثار قانونية معينة، حيث تتخذ هذه التصرفات شكلين مختلفين، إذ يتمثل الأول في تصرفات الإدارة من جانب واحد و بإرادة مفردة، حيث تسلك الإدارة في هذا الشكل أسلوب الأمر و الالتزام للتعبير عن امتيازات السلطة العامة، تمثله القرارات الإدارية، التي تعد من أهم الوسائل القانونية التي تعتمد عليها الجهات الإدارية عند ممارستها لأعمالها اليومية، من إدارة مرافقها العامة و حماية النظام العام.

ويتمثل الشكل الثاني في التصرفات القانونية الصادرة بتلاقي إرادتين، الإدارة من جهة و شخص آخر سواء كان طبيعيا أو معنويا من جهة أخرى، ويتجسد هذا الاتفاق في العقود الإدارية التي تلجأ إليها الجهات الإدارية، عندما تعجز القرارات الإدارية عن تحقيق أهدافها العامة من مستلزمات و احتياجات المرافق العامة، التي تتطلب تعاون الإدارة و الأفراد في تسيير نشاطها و تحقيق أهدافها المسطرة.

وبهذا أصبحت العقود الإدارية تحتل مكانة بارزة في سلم النشاط الإداري بوجه عام و أهمية خاصة من الناحية القانونية، إذ تعد محورا أساسيا لجميع الدول من خلال الدور الفعال الذي تلعبه في تحقيق التنمية الاقتصادية.

و كما هو معروف، أن العقود التي تبرمها الإدارة لا تخضع لنظام قانوني واحد، و إنما قد تكون عقود إدارة مدنية خاضعة للقانون الخاص، الذي يحكم و ينظم

العلاقات التعاقدية التي يقوم بها الأفراد، وتلجأ الإدارة إلى هذا النوع من العقود عندما تتجرد من امتيازات السلطة العامة و تتصرف في إطار المساواة مع الأفراد.

أما فيما يخص العقود الإدارية التي تظهر فيها الإدارة بمظهر السلطة العامة خاضعة لقواعد استثنائية غير مألوفة لا نظير لها في مجال القانون الخاص، مما يجعل إرادتها أعلى من إرادة المتعاقد معها، حيث تبرم هذه العقود و تنفذ وفقا لقواعد القانون العام و ذلك لضمان تحقيق الغاية المرجوة من التعاقد.

ولم تظهر هذه التفرقة إلا مع بداية القرن 19، عند ظهور نظام القضاء الإداري في فرنسا حيث صاغها مجلس الدولة الفرنسي و أرسى مبادئها و أسسها، فقرر العمل بها نتيجة تفاعل جملة من الأسباب و الظروف التاريخية التي أحاطت به عند ظهوره، كما عمل المجلس على إيجاد الحلول التي تلائم قواعد و أحكام القانون العام، الذي أخضعت إليه معظم التصرفات الإدارية بعدما تم إخراجها من فلك قواعد القانون الخاص.

و باعتبار أن الإدارة العامة قوامه على الصالح العام، من خلال مباشرة أنشطتها و واجباتها المحددة في برامج السياسة العامة للدولة، فهي تقوم بالإشراف على مرافقها العامة، و تنظم حسن سيرها من أجل إشباع الحاجات العامة للمجتمع المادية منها و المعنوية.

لذا و حتى تستطيع الإدارة العامة تلبية تلك الحاجيات ، وتحقيق غاياتها و إنجاز أهدافها في أقصر الآجال و بأقل التكاليف، تلجأ إلى أسلوب التعاقد و إبرام العديد من العقود كافتاء المواد و تنفيذ الأشغال العامة أو الحصول على خدمات سواء من أشخاص طبيعيين أو مَعْزُومِينَ.

لهذا كان لابد من الاعتراف للإدارة بأهلية التعاقد و اختيار معاونا لها في إطار العقود الإدارية، التي تعتمد عليها الإدارة بالدرجة الأولى باعتبارها أكثر الطرق استعمالا من الناحية العملية، لتوفير ما تحتاج إليه مرافقها العامة من مواد أولية و الوفاء باحتياجات المواطنين و تحقيق المصلحة العامة.

هذا وقد عمل المشرع الجزائري في حقبة زمنية مختلفة على سن قانون يحدد و يبين قواعد و إجراءات تنظم العلاقة التعاقدية التي تجمع بين الإدارة المتعاقدة والأفراد، و قد عرف هذا القانون بتنظيم الصفقات العمومية ، الذي يحتل مكانة هامة في مجال العقود الإدارية ، و يلعب دور فعال في دفع عجلة التنمية و أهم مجال إستراتيجي لاستهلاك الأموال العامة وتنفيذ المشروعات.

فالصفقات العمومية تمثل أهم و أبرز أساليب الإنفاق العام، ف هي من الوسائل الأصلية الموضوعة تحت يد الإدارة تستخدمها في تلبية حاجاتها و تحقيق المصلحة العامة.

إذ تشكل الصفقات العمومية المحور الأساسي الذي تعتمد عليه الإدارة لإنجاز المشاريع التنموية و تنفيذ مختلف البرامج الاستثمارية باعتباره الإطار القانوني الذي وضع في يدها، الأمر الذي جعل المشرع الجزائري مهتما بها في حقبة زمنية مختلفة، صاحبها مراحل اقتصادية وسياسية مختلفة.

فقد عرف نظام الصفقات العمومية في الجزائر تطورا مطردا، وذلك لنتامي اللجوء إلى التعاقد ضمن إطار الصفقات العمومية لسد الحاجات العامة من بناء و تشييد و تجهيز المرافق، فكان لزاما التفكير في إرساء قوانين خاصة في هذا المجال، محكمة القواعد و مبينة المعالم تعكسها معظم التعديلات التي تبرز اهتمام المشرع الجزائري بحماية المال العام، و رغبته في الإصلاح وفقا لطبيعة النظام السياسي و الاقتصادي المتبع، لضمان الوصول إلى صفقات عمومية ناجعة.

كما هو معلوم أنه بعد الاستقلال استمرت الجزائر العمل بالأنظمة القانونية و البنية الإدارية الفرنسية الموروثة، عدا ما يتعارض مع السيادة الوطنية، لذا أصدرت الدولة الجزائرية في 1964/03/26 مرسوم رقم 103/64 بأفكار جزائرية يخدم الصالح العام، إذ أنشأت بموجبه اللجنة المركزية للصفقات العمومية، التي لها صلاحية اتخاذ الأحكام و إجراءات التنفيذ الصفقات.

و نظرا للأهمية الكبيرة التي تكتسيها الصفقات العمومية في تنفيذ مخططات التنمية الوطنية و المحلية على حد سواء، كان لزاما مراجعة التنظيم الذي يحكم هذه الصفقات، و التفكير في إرساء قوانين خاصة ذات قواعد ومعالج محكمة.

الأمر الذي دفع بالمشروع الجزائري إلى إقرار نظام الصفقات العمومية بموجب الأمر رقم 90/67، الذي يمثل أول خطوة تشريعية في مجال الصفقات العمومية ليلتبعه بعد ذلك المرسوم رقم 145/82 و المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي.

فبعد تعديل الدستور 1989 و انتهاء الجزائر توجه اقتصادي و سياسي جديد يختلف اختلافا كبيرا عن التوجه الاشتراكي، ظهرت الحاجة إلى تعديل جديد لتنظيم الصفقات العمومية، يتماشى مع سياسة اقتصاد السوق التي تبناها المؤسس الدستوري، و هذا ما حملته المرسوم التنفيذي رقم 434/91 المؤرخ في 1991/11/09.

و لسد الثغرات القانونية التي تم الوقوف عليها أصدر المرسوم الرئاسي 250/02، في مرحلة جديدة ميزها دستور 1996، إضافة إلى أن هذا المرسوم قد أولى الأهمية اللازمة للرقابة على الصفقات العمومية و أحدث تغييرا نوعيا في إجراءاتها.

لإضفاء نوع من العدالة تم تكريس المبادئ العامة للصفقات العمومية التي قام عليها المرسوم الرئاسي 236/10، و المتمثلة في الشفافية في المعاملات و المساواة بين المرشحين و حرية الوصول إلى الطلبات العمومية، إلى جانب إرساء مبدأ المحافظة على المال العام و تكريس مبدأ الوقاية من الفساد.

و بعد التعديلات الجزئية التي عرفها تنظيم الصفقات العمومية بموجب المرسوم الرئاسي 23/12 و المرسوم 03/13، ألغى المشروع الجزائري تنظيم الصفقات العمومية السابق ليتم إصدار المرسوم الرئاسي رقم 247/15، الذي حمل لأول مرة بعد الاستقلال تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، إذ خصص

المشرع محورين كبيرين، الأول يتعلق بالصفقات العمومة و أحكامها، أما المحور الثاني فتعلق بتفويضات المرفق العام الذي يعتبر نظام و أسلوب جديد تبنته الدولة الجزائرية لتسيير مرافقها العامة.

ومن المسلم به أن العقود التي تبرمها الإدارة في إطار الصفقات العمومية، لا تختلف في مفهومها العام عن العقود المدنية من ناحية توافق إرادتين بقصد القيام بالتزامات متقابلة، لكن رغم هذا إلا أن للصفقات العمومية طبيعة خاصة و نظاما قانونيا خاصا، يجعلها تنفذ على وجه معين يختلف عن تنفيذ في العقود المدنية التي تحكمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ومن تم فإن تحديد التزامات الواقعة على عاتق كل طرف، أمر ميسور التعرف إليه بمجرد الرجوع إلى العقد الذي يجمعهما، على عكس الصفقات العمومية التي لا يمثل العقد المصدر الوحيد للالتزامات المتقابلة، إنما ونظرا للطابع المميز لها من تحقيق النفع العام و سير المرافق بانتظام، فقد تترتب التزامات و حقوق تسري حيال الطرفين لا يتضمنها العقد المبرم بينهما و لكن لها وجود قانوني.

و بناء على ذلك يمكن الإشارة أنه بسبب الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية، تملك الإدارة امتيازات و سلطات تفوق ما يتمتع به المتعاقد معها، و ذلك باعتبار أنها تسعى دائما لتحقيق المصلحة العامة.

فإذا كان للإدارة الحق في إخضاع علاقاتها التعاقدية لنظام السلطات العامة، فإن ممارسة هذا الحق يكون بإعلانها عن رغبتها في مباشرة هذه الامتيازات قبل المتعاقدين معها، و يكون ذلك عن طريق تضمين العقود التي تبرمها الإدارة بشروط استثنائية لا نظير لها في عقود القانون الخاص، لمواجهة المتعاقد معها أثناء عملية تنفيذ الصفقة، حيث تبدأ هذه السلطات بالرقابة و التوجيه مرورا بسلطة التعديل و فرض الجزاءات على المتعامل المتعاقد بإرادتها المنفردة وصولا لسلطة إنهاء الصفقة.



و أمام هذه الامتيازات المخولة للإدارة التي تحمل في طياتها و في الكثير من الأحيان احتمال تعسف هذه الأخيرة في استخدام سلطاتها، الأمر الذي يؤدي إلى الإخلال بمبدأ المشروعية الذي يعتبر من أهم ركائز دولة القانون، تدخل المشرع الجزائري بالعديد من النصوص القانونية بغية إقامة التوازن بين هذه السلطات الواسعة من جهة، و ضمان حق المتعامل المتعاقد و حمايته من جهة أخرى.

ذلك أن المتعامل المتعاقد قد اعترف له التشريع الجزائري بمجموعة من الحقوق، التي تأخذ في مجملها طبيعة واحدة هي الطبيعة المالية و إن كانت تختلف صورها و إجراءاتها و حالاتها بين حق و آخر.

فالمتعاقدا عندما يخوض غمار إبرام الصفقات العمومية و يتحمل تنفيذ التزاماته التعاقدية وفق الشروط المنصوص عليها و في الآجال المحدد، مع بذل عناية و جهد في التنفيذ و الامتثال لتوجيهات الإدارة و تعليماتها الخاصة بهذا التنفيذ، إنما يفعل ذلك بنية الحصول على المقابل المالي بالكيفية التي حددها القانون، زد على ذلك أن المتعاقد إذا واجهته أثناء مرحلة تنفيذ موضوع الصفقة ظروف و عوامل مرهقة لا يستطيع معها الاستمرار في التنفيذ، بات من حقه المطالبة بما يسمى الحق في التوازن المالي، هذا إلى جانب إمكانية مطالبته بالتعويض عن ضرر أصابه نتيجة عمل قامت به الجهة الإدارية.

وعلى هذا الأساس، فإن هذه الدراسة تتناول موضوع آثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين، و الذي يتجسد في كثير من النواحي، ذلك أن موضوع تنفيذ الصفقة العمومية من أهم الموضوعات التي يبني عليها إنفاق المال العام نظرا لعلاقته بالخرينة العمومية.

على هذا النحو، يعد موضوع آثار تنفيذ الصفقات العمومية من أصعب المواضيع في نظرية العقد الإداري، و ذلك لأن الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة تظهر بصورة واضحة خلال مرحلة تنفيذ موضوع الصفقة، و ما يزيد من صعوبة هذا الموضوع إهمال الفقه الجزائري له من حيث الدراسة و التحليل إذ لم يوليه العناية الكافية، رغم

أهميته من الناحية العملية، الأمر الذي يجعله ثغرة خطيرة تسهل عملية إهدار المال العام.

إضافة إلى هذا، إن دراسة موضوع تنفيذ الصفقة العمومية تهدف إلى تبيان امتيازات و سلطات المصلحة المتعاقدة في كافة مراحل الصفقة العمومية، ابتداء من تحضيرها مروراً بإبرامها و وصولاً إلى تنفيذها، وعلى هذا النحو فقد عمل المشرع الجزائري من رفع سلطات الجهة المتعاقدة - من خلال تعديلاته - فلم تقتصر على المتعامل المتعاقد المحلي فقط، بل مكنها من مواجهة المتعاقد الأجنبي، بهدف حماية المال العام من كل تجاوزات و إهدار.

ولهذه الأسباب ومن خلال ما تقدم ذكره، يتلخص المبتغى و الفائدة من دراسة موضوع آثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين، إلى الوقوف على الأحكام القانونية التي نظمها تنظيم الصفقات العمومية من خلال إقراره لحقوق و التزامات متقابلة تسري حيال الطرفين المتعاقدين.

ويمكن تحقيق هذا الهدف الرئيسي من خلال الأهداف الآتية:

- إن دراسة وتحليل مفردات موضوع آثار تنفيذ الصفقة العمومية تساعدنا على معرفة وتبيان دور قانون الصفقات العمومية في توضيح حقوق و التزامات المصلحة المتعاقدة المألوفة، التي ينص عليها العقد والالتزامات غير المألوفة والتي لا يتضمنها العقد، إضافة إلى تبيان أنجع السبل المتوفرة للمصلحة المتعاقدة للوفاء بالتزاماتها تجاه المتعاقد معها.
- وتفيدنا أيضا هذه الدراسة إلى معرفة أهم حقوق و التزامات المتعامل المتعاقد.

أما من ناحية الدراسات التي تناولت هذا الموضوع، فإن معظم البحوث الموجودة في الفهرس الوطني للمذكرات و الأطروحات، اهتمت فقط بدراسة الجانب الموضوعي لتنظيم الصفقات العمومية كإبرام، الرقابة...إخ دون تخصيص اهتمام لموضوع آثار التنفيذ رغم صلته بالخزينة العامة من خلال ضخامة الأغلفة المالية التي ترصدها الدولة كل سنة من أجل تنفيذ صفقاتها.

أما فيما يخص التأليف فيكاد أن يكون منعما، ذلك أن أغلب المؤلفات الجزائرية تدور حول العقود الإدارية بصفة عامة.

و بالنسبة للصعوبات التي اعترضت البحث، فكانت قلة المراجع الجزائرية المتخصصة التي تتناول آثار التنفيذ على الطرفين المتعاقدين في إطار الصفقات العمومية بالدراسة و التعليق، أما غاية في الصعوبة، زيادة على ذلك قلة النصوص القانونية الأجنبية المستعملة في المقارنة، لهذا تم الاعتماد على الانترنت فقط، و من ناحية أخرى نقص الاجتهاد القضائي و مواقف المشرع الجزائري المتباينة، إضافة إلى الاعتماد على نصوص قانونية قديمة لا تساير الأوضاع الراهنة، خاصة مع تحولات الاقتصادية الكبرى من جهة، و من جهة ثانية إغفال المشرع عن تنظيم بعض المسائل جوهرية ضمن أحكام قانون الصفقات العمومية الأمر الذي طرح العديد من الاستفسارات و اختلاف الآراء بين الجانب التطبيقي و الجانب القانوني.

ومن هذا المنطلق نثار إشكالية جوهرية حول كيف يمكن تجسيد توازن بين مصلحة المتعامل المتعاقد و بين مصلحة الإدارة المتعاقدة؟ أي كيف يمكن الموازنة بين ما تتمتع به الإدارة من سلطات متعددة تجاه المتعاقد معها، و بين حقوق المتعاقد؟

ومن أجل الإجابة على هذه الإشكالية والإحاطة بجميع جوانبها ، تم إتباع مناهج معينة تتطلبها جميع الدراسات القانونية ، تتمثل في المنهج التحليلي و المنهج المقارن.

فالمنهج التحليلي يكون لتحليل مفردات هذا الموضوع ومضمون النصوص القانونية التي تحكم الصفقات العمومية ، أما المنهج المقارن فيكون للمقارنة بين التشريع الجزائري و بعض التشريعات الأخرى في المسائل القانونية المثارة.

وعلى ضوء هذا وبهدف الإلمام بكل ما يمكن أن يفيد في تفصيل و توضيح آثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين، تم تقسيم البحث إلى بابين . حيث خصص الهاب الأول لدراسة القواعد المنظمة للمركز القانوني للإدارة المتعاقدة، من

خلال التطرق لسلطات الإدارة الاستثنائية في تنفيذ الصفقة العمومية **الفصل أول** وتبيان التزامات الإدارة المتعاقدة في تنفيذ الصفقة العمومية **الفصل ثاني**.

أما **الباب الثاني** فعالج القواعد المنظمة للمركز القانوني لمتعامل المتعاقد ، حيث نتناول دراسة حقوق المتعامل المتعاقد في تنفيذ الصفقة العمومية **كفصل الأول**، وخصص حقوق المتعامل المتعاقد في تنفيذ الصفقة العمومية **الفصل الثاني** لدراسة التزامات المتعامل المتعاقد في تنفيذ الصفقة العمومية.

الكتاب الأول

الباب الأول: القواعد المنظمة للمركز القانوني للإدارة المتعاقدة

من أجل إنجاز و تحقيق الأهداف المرسومة في السياسة العامة للأمة، تقوم الإدارة بمجموعة من التصرفات المادية و القانونية بغية تنظيم مرافقها العامة و الإشراف على إدارتها و انتظام سيرها من أجل إشباع الحاجات العامة.

و لكي تستطيع الإدارة العامة تلبية تلك الحاجات و تحقيق أهدافها، فهي بحاجة ماسة للقيام بالعديد من العمليات الإدارية، و إبرام العديد من العقود كالبيع و الشراء، التأجير و تنفيذ الأشغال العامة أو الحصول على خدمات سواء من الأفراد أو من المؤسسات و الشركات، وفق قواعد و إجراءات محددة ينظمها و يوطر أحكامها قانون الصفقات العمومية. فبعد إبرام الصفقة العمومية بين كل من الإدارة العمومية و المتعامل المتعاقد، تبدأ مرحلة التنفيذ، التي تظهر فيها خصوصية الصفقة العمومية، إذ تتمتع المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها بامتيازات استثنائية و غير مألوفة في مجال العقود المدنية، كما يكون لها حقوق عديدة إزاء المتعاقد معها.

و وجود هذه الامتيازات و الحقوق ليس مرهونا و حبيسا بالنص عليه في متن العقد¹، بل إنها سلطات أصيلة تتمتع بها الإدارة، و حقوقا قائمة لديها حتى و إن غاب النص عليها في دفاقر الشروط.

و مما سبق و للتفصيل أكثر في هذه الامتيازات تم تخصيص الفصل الأول لدراسة سلطات الإدارة الاستثنائية في تنفيذ الصفقة العمومية، أما الفصل الثاني سيعالج التزامات الإدارة المتعاقدة في تنفيذ الصفقة العمومية.

¹ علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، ط. 2012، ص 308.

الفصل الأول

الفصل الأول: سلطات الإدارة الاستثنائية في تنفيذ الصفقة العمومية

تلجأ السلطات الإدارية عند ممارستها لأنشطتها المختلفة و تلبية حاجاتها، لأساليب و طرق متعددة، المادية منها أو القانونية¹، و أحيانا أخرى تلجأ إلى إبرام عقود إدارية و ذلك بالاتفاق مع أشخاص القانون العام أو الخاص².

و لبلوغ الإدارة أهدافها الأساسية، تختار الأسلوب الأمثل و الأنجع للتعاقد، الذي يقوم على أسس و قواعد يحددها و ينظم إجراءاتها قانون الصفقات العمومية.

فالصفقات العمومية تتسع مجالاتها و تتعدد تدخلاتها وتختلف وظائفها، باعتبارها الأداة الوحيدة التي وضعها التشريع الجزائري في يد الإدارة لإنجاز الأشغال العامة و اقتناء التوريدات، و تلبية الحاجات العامة من خدمات و إنجاز الدراسات، فهي بذلك تلعب دورا فعالا لإنجاز المشاريع بجودة عالية و بأقل تكاليف ممكنة و في أقصر الآجال.

و لضمان التنفيذ الجيد للصفقات العمومية، أولى التشريع الجزائري اهتماما كبيرا لها، من خلال إفراده للعديد من النصوص القانونية التي تنظم تنفيذ الصفقات العمومية، مع منح امتيازات استثنائية للجهة الإدارية كوظيفة تمارسها في إطار القانون العام.

لهذا سيتم التطرق لسلطة الرقابة في تنفيذ الصفقة العمومية كمبحث أول، أما المبحث الثاني سيعالج استعمال الإدارة لسلطة تعديل الصفقة العمومية، و خصص المبحث الثالث للحديث عن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات و إنهاء الصفقة العمومية.

¹ مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلmani، العقود الإدارية و أحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط. 2008، ص 07 .

² هبة سردوك، المناقصة كطريقة للتعاقد الإداري، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط. الأولى 2009، ص 23 .

المبحث الأول: سلطة الرقابة في تنفيذ الصفقة العمومية

من المبادئ المسلم بها في القانون الخاص أن العقد شريعة المتعاقدين¹، لكن هذا المبدأ لا يسري على إطلاقه بالنسبة للعقود الإدارية بصفة عامة و الصفقات العمومية بصفة خاصة، ذلك أن التنفيذ الجيد للصفقة يخضع لقواعد استثنائية غير مألوفة²، اعترف بها القانون و القضاء الإداري للإدارة من شأنه إهدار كافة هذه المبادئ.

و باعتبار أن الصفقات العمومية من أهم الوسائل التي تعتمد عليها الدولة لتسيير مرافقها العامة، الأمر الذي من خلاله تم منح الإدارة المتعاقدة عدة حقوق و سلطات استثنائية لمواجهة المتعاقد معها، و ذلك استنادا إلى أن الصفقات العمومية تتعقد بهدف تحقيق المصلحة العامة في مختلف الظروف، مع الاستعانة بالنشاط الخاص الذي يلزم أن يتم في إطار هذا الهدف.

و العلة من هذه الحقوق و تلك السلطات، أن الصفقات العمومية هي وسيلة أساسية لتلبية الحاجات العامة و تسيير المرافق العامة بانتظام، مما يحتم ضرورة أن تنفق قواعد تنفيذ الصفقة العمومية مع قواعد سير المرفق العام الذي أبرمت الصفقة لأجله.

كما أن احتواء الصفقات العمومية على شروط استثنائية هو دليل على وجود السلطة العامة طرفا في العقد، مما يؤدي إلى إخضاع تنفيذها لقواعد استثنائية و لو لم يكن منصوصا عليها في بنود العقد³.

من هذا المنطلق، إن وجود السلطة العامة طرفا في الصفقة و احتفاظها بامتيازاتها و مقوماتها، يخل بالتوازن بين مركز الجهة الإدارية و مركز المتعاقد معها، و يجعل الأول في مركز أسمى من مركز الفرد، هذا الأمر الذي تبرره مسؤولية الإدارة في ضمان سير المرافق العامة و تحقيق الصالح العام.

¹ تنص المادة 106 من الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج.ر. الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، ع.78، المعدل و المتمم، على أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون.

² حسين محمد عثمان، أصول القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط. الأولى 2004، ص578 .

³ سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، ج. الثاني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط. 1996، ص 751

و لمعرفة هذه السلطات خصص المطلب الأول للأحكام العامة لسلطة الرقابة، أما المطلب الثاني عالج وسائل الرقابة و ضوابط استعمالها.

المطلب الأول: الأحكام العامة لسلطة الرقابة

لما كانت الصفقات العمومية ذات صلة وثيقة بالمال العام، فقد منح التشريع الجزائري للمصلحة المتعاقدة حق الرقابة في تنفيذ الصفقة العمومية عبر مختلف المراحل التي تمر بها.

فالإدارة المتعاقدة تعمل دوما على مراقبة المتعاقد معها و التحقق من مدى التزامه من مطابقة تنفيذ الصفقة للشروط المتفق عليها، سواء كانت من الناحية الفنية أو المالية¹.

فحق الرقابة الممارس من قبل المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد، هو حق أصيل مستمد من المبادئ العامة للقانون الإداري بصفة عامة و العقود الإدارية بصفة خاصة.

ذلك أن سلطة الرقابة هي من السلطات التي لا تعرفها عقود القانون الخاص، فهي سلطة تمليها و تفرضها الطبيعة القانونية للصفقات العمومية، و متطلبات المصلحة العامة لسير المرفق العام، و من تم فهي سلطة مفترضة تتمتع بها المصلحة المتعاقدة².

إن الإدارة المتعاقدة تمارس سلطة الرقابة من خلال شتى الصور التي تقتضيها طبيعة كل نوع من أنواع الصفقات العمومية، لدى و للوقوف أكثر على القواعد التي ترتكز عليها سلطة الرقابة، سيعالج الفرع الأول مفهوم سلطة الرقابة، أما الفرع الثاني خصص للأساس القانوني لسلطة الرقابة.

¹ ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية و التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط. 2004، ص 112؛ حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي المبادئ و الأسس العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، (ب . ط)، ص 205 .

² عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري نشاط الإدارة و وسائلها، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط. 2004، ص 192 .

الفرع الأول: مفهوم سلطة الرقابة

تشتمل الصفقات العمومية كغيرها من العقود الإدارية الأخرى على بنود تعاقدية، ترتب بمقتضاها حقوق و التزامات في ذمة كل من الإدارة و المتعاقد معها، هذه البنود يجب تنفيذها بدقة و حسن نية، وفقا للشروط و الآجال المتفق عليها و المحددة في العقد المبرم بينهما و في دفتر الشروط.

و لعل ما يمكن الإشارة إليه في هذا الصدد، هو الطبيعة الخاصة و الذاتية للصفقات العمومية، و اختلافها عن العقود المدنية من حيث وضعية المتعاقدين و ما تحوزه المصلحة المتعاقدة من امتيازات السلطة العامة، و صلاحيات في مواجهة المتعاقد معها عند تنفيذ الصفقة العمومية، الأمر الذي يعطيها الحق في إسباغ هذه الامتيازات برقابتها على كيفية تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته التعاقدية، إضافة إلى توجيهاتها لضمان تجسيد خياراتها و أهدافها على أرض الواقع.

إن مراقبة المصلحة المتعاقدة حسن تنفيذ الصفقة العمومية، ليس مجرد امتياز بل واجب مفروض عليها، ذلك أن وجود أي إخلال في التنفيذ ينجر عنه حتما إهدار للمال العام، الذي تستنزف الصفقات العمومية جانبا هاما منه، كما أن هذه السلطات المخولة للإدارة يقابلها واجب واقع على المتعاقد معها، يتمثل في التنفيذ الجيد للصفقة على الوجه المتفق عليه لقاء مقابل مالي الذي يتحصل عليه.

إن الإقرار للجهة الإدارية حق الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية، هو أمر ضروري لمواجهة كل إخلال من قبل المتعاقد معها من جهة، و مجابهة متطلبات المرفق العام من جهة ثانية.

و على هذا الأساس، فإن حق الرقابة يعتبر من أهم الوظائف الأصلية التي منحها القانون و القضاء الإداري للإدارة، قصد التأكد من وفاء المتعامل المتعاقد لالتزاماته التعاقدية وفق الشروط المتفق عليها في بنود العقد¹، و ذلك بمتابعة مشاريعها التنموية المتعلقة بالتخطيط و التنظيم، و تحديد المسؤولية التي تمارسها من خلال أساليب و إجراءات تستخدمها، لتقييم ما تم تحقيقه من إنجازات قصد بلوغ الأهداف.

إن تمتع الإدارة المتعاقدة بامتيازات الرقابة يعتبر من قبيل السلطات ذات الطبيعة التنظيمية و ليست تعاقدية²، إذ لا يجوز النص على عكسها كما لا يمكن التنازل عنها³، تأسيسا على أن الإدارة المتعاقدة هي المسؤولة لحد كبير على حسن تنفيذ الصفقات العمومية و الوفاء بمحتواها في الأجال المتفق عليه، الذي يتجاوزته قد تقل أو تتعدم أهداف إبرام هذه الصفقات.

من خلال ما سبق ذكره، و باعتبار أن الإدارة المتعاقدة قوامه على المصلحة العامة و مسؤولة على حسن تنفيذ المشاريع فهي تمارس حق الرقابة، التي يقصد بها تلك الوسائل القانونية التي تمتلكها الجهة المتعاقدة في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية، و التي من شأنها أن تجعل الصفقة محققة للغرض الذي أبرمت من أجله⁴.

هذا و قد تعرف الرقابة أيضا على أنها حق الإدارة في التدخل لتنفيذ الصفقة، و توجيه الأعمال و اختيار الطريقة المثلى للتنفيذ، في حدود الشروط و ضمن الكيفيات المتفق عليها في العقد⁵.

¹ أحسن رابحي، الأعمال القانونية الإدارية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ط 2013، ص 76 .

² سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 753 .

³ محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، ج. الثالث، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط. 2000، ص 838 .

⁴ مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 131 .

⁵ عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، ط. الثانية 2009، ص 122 .

بناء على ما سبق، يفهم أن للإدارة العامة الحق في مراقبة الصفقة المبرمة و الإشراف على تنفيذها و توجيه المتعاقد معها، و إصدار الأوامر و التعليمات اللازمة لهذا التنفيذ، ذلك أن المصلحة المتعاقدة عند لجوؤها لأسلوب الرضا و التعاقد مع الأشخاص، لا تتخلى عن مسؤوليتها أمامهم، بل تمارس سلطات أوسع تتعدى الرقابة إلى توجيه المتعاقد في إتباع الطريقة المناسبة للتنفيذ.

بهذا فإن الرقابة تمارسها المصلحة المتعاقدة بصفة مبدئية و تلقائياً، مما يسمح لها بمباشرة الحراسة العامة على الصفقة العمومية بداية من تنفيذ الأداءات إلى غاية استلامها¹.

وقد ميز الفقه بين مفهومين للرقابة الممارسة من قبل الإدارة لتنفيذ الصفقات العمومية و حصرها في صورتين، تتمثل الأولى في المعنى الضيق الذي يكون مرادفاً لحق الإشراف، أما الصورة الثانية فلا تقتصر على حق الإشراف فقط، بل تتعدى ذلك إلى توجيه أعمال التنفيذ.

- **حق الإشراف:** يمثل حق الإشراف المعنى الضيق لسلطة الرقابة التي تمارسها الإدارة على المتعاقد معها، حيث تتحقق من أن المتعاقد يباشر تنفيذ الصفقة العمومية وفقاً للشروط و المواصفات المتفق عليها في العقد و دفتر الشروط، ومن ثم فإن سلطة الرقابة بالمعنى الضيق تكون مرادفة لحق الإشراف².

فالإشراف هو ذلك الإجراء الذي بواسطته تتأكد الإدارة من سلامة الأشغال المنجزة و نوعية المواد المستعملة فيها.

و الإدارة المتعاقدة تمارس سلطة الإشراف عن طريق الأعمال المادية التي تباشرها من خلال أعوانها المتخصصين، الذين يشرفون على حسن تنفيذ الصفقة العمومية بما يقومون به من زيارات التفيتيش لورشات العمل و مواقع الأشغال، بغية التأكد من سير العمل وفق للمدى الزمني المحدد، و التحقق من سلامة المواد المستعملة و جودتها، و مدى مطابقتها لتلك

¹ Christophe Lajoye, Droit des marchés publics, édit. Berti, Paris, 2005, p 171.

² محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ط . الخامسة 1991، ص 454 .

المعايير و المواصفات المنصوص عليها في دفتر الشروط¹، إضافة لاستلام بعض الوثائق للاطلاع عليها و فحصها²، إلى جانب مراقبة خبرة و تخصص المستخدمين في إنجاز بعض الصفقات التي تتطلب طبيعة أعمالها وجود أشخاص لهم خبرة معينة و كفاءة مهنية في الانجاز.

و قد يتم الإشراف أيضا في شكل أعمال قانونية، تتمثل في التعليمات و الأوامر أو الإنذارات التي توجهها الجهة الإدارية للمتعاقد معها³، و تنتهي بالتنفيذ و استلام الأشغال أو التوريدات أو الخدمات.

إذا فحق الإدارة في الإشراف المباشر على أعمال المتعامل المتعاقد، يعد من أهم الامتيازات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة، فهو حق ثابت حتى و لو لم يتم النص عليه في العقد، و أساس هذا الامتياز يعود إلى مقتضيات سير المرفق العام و تحقيق المصلحة العامة، و بالتالي من حق الجهة الإدارية ممارسة رقابة الإشراف على كل خطوة من خطوات التنفيذ، و ذلك للتأكد أن المتعاقد معها يقوم بتنفيذ التزاماته التعاقدية على أكمل وجه، و حسب الشروط التي يتضمنها العقد المبرم بينهما، و بهذا تقوم الإدارة بإرسال مهندسيها إلى مواقع العمل، قصد الإشراف على التنفيذ الجيد لموضوع الصفقة، و التحقق من صلاحية المواد التي يستعملها المتعاقد في تنفيذ التزامه، و مراقبة نوعيتها و جودتها⁴ و التأكد من أن كل شيء يسير وفقا لمقتضيات المصلحة العامة.

وبهذا فإن المصلحة المتعاقدة تتمتع بحق الرقابة و الإشراف على تنفيذ الصفقات العمومية، و وفاء المتعاقد بجميع التزاماته مع مراعاة المصلحة العامة للعقد⁵.

¹ Brahim Boulifa, Marchés Publics, 1^{er} vol., Berti édit., Alger , 2013, p 195 .

² خالد خليل الظاهر، القانون الإداري دراسة مقارنة، ج . الثاني، دار المسيرة للنشر و التوزيع، عمان، ط . الأولى، ص 258 ؛ أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1973، ص 287.

³ أحمد عثمان عياد، المرجع نفسه، ص 288.

⁴ هذا ما نص عليه التشريع الفرنسي بموجب المادة 24 من د. ش.إ.ع.ف. لسنة 2012 .

⁵ محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية ملحق المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر، ط. 2005، ص 74 .

حق التوجيه: يمثل حق التوجيه المعنى الواسع لسلطة الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية، حيث يتجاوز فيها دور الإدارة من مجرد الإشراف و الاطمئنان على حسن التنفيذ، من خلال التحقق من مدى تقييد و التزام المتعاقد ببند العقد.

و إذا كان للإدارة الحق في الرقابة و الإشراف وفقا لما تم توضيحه سابقا، إلا أن الحق المقرر للمصلحة المتعاقدة يتعدى ذلك إلى حد التدخل في أوضاع التنفيذ¹.

إن حق الرقابة و الإشراف الذي تمارسه الإدارة يتجاوز المفهوم الضيق و يصل لحد سلطة التوجيه، أي حق الإدارة في توجيه أعمال التنفيذ و اختيار أنسب الطرق التي تؤدي إليه، فالإدارة في هذا الشأن لا تقتصر على التأكد من مطابقة تنفيذ الصفقة للشروط المتفق عليها، بل تتدخل في توجيه أعمال التنفيذ باختيار أنجع الطرق و أصلح الأوضاع التي تراها مناسبة، لضمان التنفيذ الجيد لموضوع الصفقة من جهة و استمرارية سير المرفق العام من جهة أخرى، على أن يكون للمتعاقد حرية اختيار وسائل التنفيذ، مع ضرورة التزامه في بعض الأحيان بالخضوع لتعليمات الإدارة خاصة فيما يتعلق بعقد الأشغال العامة، التي تحتفظ فيه الإدارة بسلطاتها بصفتها صاحبة الحق الأصلي في أداء العمل، و أن المتعاقد معها يعتبر نائبا عنها في التنفيذ، لهذا يتعين إتباع تعليماتها و توجيهاتها كفرض استعمال طريقة معينة لتنفيذ الصفقة غير تلك التي لجأ إليها المتعامل المتعاقد و اتبعها.

إذا فالإدارة في مثل هذه الحالة تقوم برقابة الأشغال لتغيير أوضاع منصوص عليها في العقد، الأمر الذي يجعل حقها من الرقابة يتسع ليصبح بمعنى التوجيه.

فالإدارة تمارس الرقابة بالمعنى الواسع من خلال ما يتم إصداره من أوامر في شكل مذكرات العمل مكتوبة كأمر ببدء العمل أو إنجاز أشغال إضافية، أو اتخاذ تدابير لتصليح

¹ نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية دراسة مقارنة، مكتبة زين الحقوقية و الأدبية، لبنان، ط . الأولى 2010، ص

عيب في البناء، و تكون ممضية مؤرخة و مرقمة، ترسل في نسختين إلى المتعاقد معها الذي يجب عليه بصفة إلزامية تنفيذها¹.

إن التوجهات التي يتم إصدارها من قبل الإدارة تمثل امتيازاً هاماً ممنوح لها غير مألوف، و استعماله لا يثير أي إشكالات أو نزاعات بين الجهة الإدارية و المتعاقد معها، و من تم تبرز الفائدة من هذه الرقابة في اعتراف التشريع الجزائري للمصلحة المتعاقدة بتجاوز النظام الضيق "الإشراف" لتنفيذ الصفقة العمومية، ليصبح نظاماً واسعاً من خلال توجيه المتعامل المتعاقد بكيفيات و طرق معينة للتنفيذ بما يخدم الصالح العام.

و قد يختلف حق التوجيه المقرر للإدارة في الصفقات العمومية في مداه حسب أهمية كل صفقة و طبيعتها، ففي صفقات الأشغال العامة هو مبدأ عام مقرر لمصلحة الإدارة حتى و لم يتم النص عليه في دفاتر الشروط، عكس الحال بالنسبة لصفقات اقتناء اللوازم التي يستقل المورد باختيار طريقة التنفيذ كأصل عام ما لم ينص العقد على خلاف ذلك، بمعنى لا يتقرر للإدارة حق التوجيه إذا لم يتم النص عليه في بنود العقد².

بهذا تتسع سلطة الرقابة و التوجيه في صفقة الأشغال العامة لاحتوائها على شروط غير مألوفة في القانون الخاص، إذ يتمثل دور المتعامل المتعاقد في تنفيذ الالتزامات التي تفرضها عليه المصلحة المتعاقدة، و الامتثال لتوجيهات مهندسي الإدارة حسب ما نص عليه التشريع الجزائري في دفتر الشروط الإدارية العامة.

¹ هذا ما تم النص عليه في المادة 12 من القرار المؤرخ في 21/11/1964، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء و الأشغال العمومية و النقل، ج.ر، الصادرة بتاريخ 19/01/1965، ع. 06.

² Bernard Casting, Rozen Noguellou, Catherine Prebissy-Schnall, Les Marchés Publics, édit. du Juris-Classeur, Paris, 2002, p 172 .

و قد نظم قانون المناقصات و المزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998¹، سلطة جهة الإدارة في الرقابة و التوجيه على مقاول عقد الأشغال العامة، فنصت المادة 79 منه على أنه: "يلتزم المقاول بإتباع جميع القوانين و اللوائح الحكومية و المحلية ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد، كما يكون مسئولاً عن حفظ النظام بموقع العمل، و تنفيذ أوامر الجهة الإدارية بإبعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الغش أو يخالف أحكام هذه الشروط...".

ونصت المادة 72 من نفس القانون أيضا على أنه: "... يجري العمل على أن يشرف مهندس الجهة الإدارية على تنفيذ العملية المسندة إلى المقاول، بالنسبة لعملية القياس أو الوزن للأعمال أثناء سير العمل."

أما بالنسبة إلى التشريع الفرنسي، فقد اعتمد في سلطة الرقابة و التوجيه قبل صدور دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1976² على قيام الجهة المتعاقدة بمتابعة الأشغال العامة و التحقق من إنجازها بواسطة جداول المنجزات، لكن بعد صدور دفتر الشروط الإدارية العامة سنة 1976 تضمن الرقابة و التوجيه عن طريق الإثبات الحضورى للأشغال المنفذة دون التطرق لجداول المنجزات³.

أما صفقات اقتناء اللوازم فمهما يكن للإدارة من حق في رقابة التنفيذ و التوجيه، إلا أنها تقف عند حد عدم تغيير طبيعة العقد، إذ تعتبر المعاينة من أهم المبادئ و الإجراءات الرئيسية التي ينبغي تطبيقها لضمان أن تكون البضائع المسلمة بموجب عقد التوريد تمثل للمواصفات الفنية المتفق عليها.

¹ قانون رقم 89/98، المؤرخ في 08/05/1998، المتعلق بتنظيم المناقصات و المزايدات، ج.ر جمهورية مصر، الصادرة بتاريخ 08/05/1998، ع. 19 مكرر.

² Décret N° 76/87, du 21 Janvier 1976, approuvant le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics des travaux, modifié par décret n° 76/625, décret n° 81/99, décret n° 81/271, décret n° 91/472, et la dernière modification été le 02 Avril 2012.

³ Jean Marie Auby, Pierre Bon, Droit Administratif des biens domaine travaux publics expropriation, précis Dalloz, 2eme édit., Paris, 1993, p 245.

ومع إغفال التشريع الجزائري عن تنظيم صفقات اقتناء اللوازم في إطار محكم من خلال دفتر شروط الإدارية خاص بها، فإن الإدارة تعتمد على نصوص دفاتر الشروط الخاصة، و التي تركز عموماً على عملية المعاينة و الفحص تمهيدا للاستلام النهائي.

فالمورد يلتزم بتوريد السلع و المواد المطلوبة طبقاً للشروط و المواصفات التي تم النص عليها في دفاتر الشروط، مع الأخذ بعين الاعتبار معايير الجودة، الكمية و الوزن، ليتم تسليمها بعد ذلك إلى أمين المخزن شخصياً للتوقيع على وصل التسليم مع ذكر تاريخ و وقت التسليم.

بعد قيام المورد بعملية التسليم تصدر الجهة المختصة للإدارة قرار تشكيل لجنة الفحص، للحكم على نوعية المواد الموردة و جودتها.

و هذا ما أخذ به المشرع المصري في المادة 90 من قانون المزايدات و المناقصات رقم 89 على أنه: " يلتزم المورد بتوريد الأصناف المتعاقد عليها في الميعاد أو المواعيد المحددة خالصة جميع المصروفات و الرسوم، و مطابقة لأمر التوريد و للمواصفات أو العينات المعتمدة...".

الفرع الثاني: الأساس القانوني لسلطة الرقابة

تتمتع الإدارة المتعاقدة في مرحلة تنفيذ الصفقات العمومية بمجموعة من الامتيازات و الحقوق لمجابهة التغيرات التي قد تطرأ أثناء عملية التنفيذ، أو الضغط على المتعاقد معها للوفاء بالتزاماته ضمن الآجال المتفق عليها.

و وجود هذه الامتيازات ليس مرهونا و حبيسا بالنص عليه في متن بنود العقد، بل إنها سلطات أصيلة منحها لها القانون و القضاء الإداري نظرا للطبيعة الذاتية التي تتميز بها الصفقات العمومية. لهذا لا بد من الوقوف على القواعد التي تركز عليها هذه السلطات و الامتيازات، التي قد يتم التنصيص عليها في بنود العقد و دفاتر الشروط، كما قد يرد عليها نص في بعض القوانين و التنظيمات، و في بعض الأحيان لا يرد بشأنها أي نص يحدد

أحكامها و يبين أطرها و كيفية ممارستها، الأمر الذي يستدعي البحث عن مسألة الأساس القانوني للرقابة في حالة وجود نص ينظمها، و في حالة عدم إقرارها في أي نص.

البند الأول: الأساس القانوني لسلطة الرقابة عند وجود نص بشأنها

إن تحديد سلطة الرقابة يتوقف على عدة اعتبارات قانونية، أهمها تحديد الجهة المصدرة لهذه السلطات و الحقوق من جهة، و من جهة أخرى البحث عنها في بنود العقد أو نصوص القوانين و التشريعات.

الفقرة الأولى: الأساس التعاقدى لسلطة الرقابة في تنفيذ الصفقة

الأصل العام في الصفقات هو أن تقوم الجهة المتعاقدة بضبط حاجياتها الحقيقية من جهة، و مستوى المنافسة و ما توفره الصفقة العمومية من جهة أخرى وفقا لدفاتر شروطها، لتسعى بعد ذلك للتركيز على اختيار أفضل المتعهدين خاصة أصحاب المؤهلات و الكفاءات التقنية و المالية العالية، التي تمكنهم من إنجاز التزاماتهم التعاقدية بأعلى جودة و بأقل التكاليف و في اقصر الآجال.

فتنفيذ الشروط التعاقدية هو من أهم حقوق الإدارة على المتعاقد، ذلك أن هذا الأخير عندما يخوض غمار إبرام الصفقات العمومية (طلب العروض أو التراضي)، يتعهد أمام المصلحة المتعاقدة بالوفاء بالتزاماته من إنجاز أشغال، أو تقديم خدمة أو دراسة أو توريد مواد، فيسعى من وراء تعاقدته إلى بذل أقصى درجة من العناية و الحرص لتنفيذ الالتزام الواقع على عاتقه.

لضمان تنفيذ مختلف المشاريع التنموية المبرمجة ضمن سياسة الدولة، أقرّ التشريع الجزائري في مختلف التنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية ممارسة الإدارة المتعاقدة حقها في الرقابة و الإشراف على مشاريعها، من خلال تضمين دفاتر شروطها نصوصا تبين كيفية ممارسة حق الرقابة، و حدوده و مختلف الطرق و الوسائل المتبعة لتحقيق الهدف منه، و ضمان استمرارية سير المرافق العامة و حماية المال العام، و توفير الحماية الكافية لحقوق المتعاقد أمام سلطات الإدارة غير المألوفة.

و تتجلى سلطة الرقابة و يتجسد أساسها القانوني بوضوح في دفتر الشروط الإدارية العامة لصفقات الأشغال العامة، باعتبارها تعد من أهم العقود التي تعتمد عليها الدولة لسد حاجات العامة من بناء و تشييد، الأمر الذي يجعل الإدارة تحرص على تضمين هذا النوع من الصفقات و كذا دفاتر الشروط الخاصة به نصوصا قانونية تمكنها من بسط رقابتها و السهر على حسن التنفيذ.

إن حرص الإدارة المتعاقدة بوصفها صاحبة المشروع على مراقبة الأشغال و التحقق من عملية سيرها وفق لما تم تقديمه للمتعاقد من بيانات و توجيهات، و ما تم إصداره من أوامر مصلحة واضحة و محددة لسير العمل¹، يمكنها من متابعة المتعاقد معها عن قرب حتى لا يحد عن التصاميم و المقاسات المحددة، لضمان تنفيذ الأشغال وفقا للشروط الفنية المطلوبة.

لذا فقد تضمن دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 باعتباره الركيزة الأساسية التي وضعها التشريع الجزائري لصفقات الأشغال العامة، الأساس القانوني لحق الرقابة المخول للإدارة، و يكون في غالب الأحيان مكتب دراسات BUREAU D'ETUDE الذي يتولى القيام بتفتيش الورشات و التأكد من مدى التزام المقاول ببند الصفقة، و اتخاذه لجميع الاحتياطات اللازمة لتأمينها وضمان صلاحية مواد البناء و كفاءة اليد العاملة.

إلى جانب اتخاذ قرارات من قبل المصلحة المتعاقدة في شكل " أمر بالخدمة ordre de service "، يحدد فيه كيفية تنفيذ الصفقة كالأمر يبدأ الأشغال أو الأمر بإنجاز أشغال إضافية، و لتكون هذه الأوامر صحيحة يجب كتابتها و التوقيع عليها من طرف المصلحة المتعاقدة أو مسئول المشروع و مؤرخة، تبلغ للمقاول الذي يكون ملزم بتنفيذ مضمونها وفي حالة رفض التنفيذ يترتب عليه تحمل المسؤولية²، و هذا ما نصت عليه المادة 4/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة على أنه: " يجب على المقاول أن ينفذ بدقة أوامر المصلحة التي تبلغ إليه "، و تنص الفقرة 5 من نفس المادة على: " كما يخضع للتغيرات المفروضة عليه خلال العمل، إلا أن ذلك يتم فقط عندما يأمر بتلك التغيرات مهندس الدائرة أو

¹ Brahim Boulifa, Marchés Publics, 1^{er} vol., op, cit, p 195 .

² Christophe Lajoye, Droit des marchés publics, op, cit, p 172. .

المهندس المعماري بموجب أمر مصلحة على مسؤوليته، ولا تعتبر تلك التغييرات إلا إذا أثبت حصولها بموجب ذلك الأمر الصادر من مهندس الدائرة¹ أو المهندس المعماري". و تضيف المادة 2/13 من نفس الدفتر على أنه: " يحق لمهندس الدائرة أو المهندس المعماري أن يطلب من المقاول تبديل الأعوان و العمال لعصيانهم أو لعدم أهليتهم و أمانتهم".

و لضمان التنفيذ الجيد للصفقة العمومية أقرّ التشريع الجزائري بموجب المادة 21 من دفتر الشروط الإدارية العامة، الحق لمهندس الدائرة أو المهندس المعماري عند ممارسته للرقابة و الإشراف على الأدوات التي يجب أن تكون من كل نوع و صنف، أو اختيار من الصنف الجيد و مشغولة و موضوعة قيد العمل وفقا لقواعد الفن، أن يأمر بعدم استخدامها إلا بعد إجراء التدقيقات عليها، ثم قبولها مؤقتا من قبل مهندس الدائرة أو المهندس المعماري أو منتدبيهم بناء على مسعى المقاول.

إن غرض التشريع الجزائري من إخضاع المقاول لرقابة مهندسي المصلحة المتعاقدة، هو رصد و المراقبة المستمرة له، و ذلك لضمان حسن تنفيذ الأعمال و التأكد أن المواد و المنتجات المستخدمة في الأشغال مطابقة للمواصفات القياسية و الفنية المطلوبة².

في هذا الإطار كرس المشرع الفرنسي بموجب المادة 5/2 من الدفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 2012، سلطة الإدارة في ممارسة الرقابة من خلال إعطائها حق إصدار أمر بالخدمة للمتعاقد معها و إلزامه بالامتثال لأوامر الخدمة التي يوجهها إليه المهندس المختص.

¹ مهندس الدائرة لم يعد موجودا الحالي، نظرا لتطور الاقتصادي لدى على المشرع تعديل دفتر الشروط العامة وفق ما يتماشى مع التطور الاقتصادي.

² Brahim Boulifa, Marchés Publics, 1^{er} vol., op, cit, p 195 .

أما بالنسبة لصفقات اقتناء اللوازم فإن المورد كمبدأ عام، هو الذي يملك تقدير و اختيار طرق تنفيذ الصفقة¹، و ليس للإدارة سوى الحق في فحص التوريدات و التأكد من مطابقتها للمواصفات التي تم الاتفاق عليها.

و قد ميز التشريع الفرنسي بين عقود التوريد العادية و عقود التوريد الصناعية، هذه الأخيرة التي تتمتع فيها الإدارة بسلطة الرقابة و التوجيه، فهي لا تقف على مجرد توريد المنقولات المتفق عليها، بل تتعدى ذلك إلى قيام المورد بنفسه و بإمكانياته تصنيع البضائع المتفق على توريدها، ففي هذه الحالة لا تقتصر رقابة الإدارة كما هو الحال في عقود التوريد العادية إلى مجرد فحص البضاعة عند التسليم، بل يكون لها الحق في متابعة التعاقد أثناء عملية التصنيع.

أما في مجال عقود التوريد الصناعية قد تتسع سلطات الرقابة على التعاقد، فتشمل رقابة فنية، مالية و إدارية².

فتمثل الرقابة الفنية في مراقبة الجهة المتعاقدة لعمليات التصنيع و الإشراف الفني على المواد المستخدمة، بهدف ضمان سلامتها و التأكد من مطابقتها المواصفات الفنية المطلوبة و المتعارف عليها.

أما الرقابة المالية فإنها تتمثل في الرقابة المحاسبية، التي تباشرها الإدارة من خلال إطلاع مندوبيها على كافة دفاتر و مستندات المورد بهدف التأكد من سلامة اقتصاديات مشروعة.

أما فيما يخص الرقابة الإدارية فتشمل رقابة استخدام الموظفين و طرق سير العمل...

مما سبق يمكن القول، بأن الرقابة الممارسة من قبل الإدارة المتعاقدة هي سلطة أصيلة مستمدة من النظام القانوني للصفقات العمومية، باعتبارها الأسلوب الأمثل الذي يوفر قدرا واسعا من الحماية للمال العام، و يبعد الإدارات العمومية عن المعاملات المشبوهة، أما فيما يخص دفاتر الشروط و بنود العقد فهي شروط استثنائية تضي على العقد الصفة الإدارية،

¹ نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 138 .

² نصري منصور نابلسي المرجع نفسه، ص 139 و 140 .

و بهذا إن سلطة الرقابة سلطة أصلية تركز على المبادئ العامة في القانون و القضاء الإداري.

الفقرة الثانية: الأساس التشريعي لسلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية

من المسلم به أن الجهة الإدارية عند اختيارها للمتعاقد معها، تبذل قصارى جهدها للحصول على متعاقد مقبول من النواحي المالية، الفنية و القانونية، قصد ضمان التنفيذ السليم للصفقة.

فالصفقات العمومية تعد من أهم الوسائل القانونية التي تملكها الإدارة لتلبية حاجاتها و تحقيق المصلحة العامة، فهي تمثل مجال استراتيجي لاستهلاك الأموال العامة و تنفيذ المشروعات، الأمر الذي خول للإدارة استعمال سلطة الرقابة على المتعاقد معها أثناء تنفيذ الصفقة العمومية.

مما سبق و نظرا لما تحنله الرقابة من مكانة هامة في الحفاظ على المال العام، فقد نظم المشرع الجزائري أحكامها، و بين أطرها في جميع التنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية، فخصص مواد من 156 إلى 202 من المرسوم الرئاسي رقم 15/247¹ المتعلق بالصفقات العمومية و تفويض المرفق العام، لموضوع الرقابة على الصفقات العمومية.

فنظم المشرع الجزائري الرقابة الداخلية بموجب المواد من 156 إلى 162، في حين خصص المواد من 163 إلى 190 للرقابة القبلية الخارجية، مع وضع أحكام مشتركة لعمليات الرقابة بصرف النظر عن طبيعتها في المواد 191 إلى 202 من المرسوم رقم 247/15 .

بالرجوع إلى الأحكام القانونية المنظمة للرقابة على الصفقات العمومية، يظهر جليا أن المشرع الجزائري أراد من خلال هذا التنظيم أن يحقق ثلاثة أهداف رئيسية، تتمثل في إعادة

¹ المرسوم رئاسي رقم 247/15، المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436 الموافق 2015/09/16، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ج.ر، الصادرة بتاريخ 20/09/2015، ع. 50.

هيكله اللجان المكلفة بالرقابة بما يضمن النجاعة و الفعالية و التخفيف من حدة بيروقراطية إجراءات الرقابة، و سد كل الثغرات القانونية التي عرفها المرسوم الرئاسي رقم 236/10¹.

بهذا تعد الرقابة الممارسة من قبل الجهة المتعاقدة من أهم الخصائص التنظيمية التي يتجسد أساسها القانوني في النصوص القانونية، التي نص عليها المشرع الجزائري في التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية، و ذلك لإحكام نشاط المصلحة المتعاقدة في مجال الرقابة².

البند الثاني: الأساس القانوني لسلطة الرقابة في حالة عدم وجود نص

لقد سبق الإشارة أن للإدارة سلطة الرقابة والتوجيه في مرحلة تنفيذ الصفقة، إذ هذا الحق مخول لجهة الإدارة بموجب نصوص قانونية، لكن الإشكال يثار في حالة عدم تضمن الصفقات العمومية أو دفاتر الشروط الملحقة بها نص صريح يخول للمصلحة المتعاقدة حق الرقابة أثناء مرحلة تنفيذ الصفقة.

اختلف الفقهاء حول الأساس القانوني لسلطة الرقابة على وجه العموم في حالة عدم تضمن العقد أي نص يشير إلى هذه السلطة، إذ يرى البعض منهم خاصة في فرنسا و مصر، أن النصوص القانونية التي تتناول سلطة الرقابة التي تمارسها الإدارة في مرحلة التنفيذ لا تعدو أن تكون نصوصا منظمة فقط لتلك الرقابة.

فالرقابة حسب هؤلاء الفقهاء هي سلطة أصيلة توجد حتى بدون النص عليها، و أساس حق الإدارة في ذلك مستمد من فكرة المرفق العام الذي يعتبر موضوع العقد³.

¹ المرسوم رئاسي رقم 236/10، المؤرخ في 28 شوال 1431 الموافق 2010/10/07، متضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، الصادرة بتاريخ 2010/10/07، ع. 58.

² رياض عيسى، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن و الجزائري، د.م.ج.، الجزائر، ط 1985، ص 12.

³ نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 121.

إذا فالأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة يرجع إلى دفاثر الشروط التي تنظم عملية التعاقد، فهذه السلطة مستمدة من خصائص العقد الإداري، فهي سلطة أصيلة قائمة بذاتها لا تحتاج إلى نصوص العقد لإنشائها و تقريرها، و إنما يقتصر دور العقد فقط في تنظيمها و تحديد مجال تطبيقها، ففي هذه الحالة تركز سلطات الإدارة على مقتضيات الصالح العام، الذي تعمل الجهة الإدارية على مراعاته و تحقيقه في نشاطها التعاقدية كما في سائر أنشطتها الأخرى.

إذا فتحقيق المصلحة العامة و وجوب تسيير المرفق العام بانتظام و اطراد يعطي للإدارة الحق في مراقبة تنفيذ الصفقة، و توقيع الجزاءات على المتعاقد في حالة إخلاله في تنفيذ التزاماته، و من تم فسلطة الرقابة المخولة لجهة الإدارة توجد حيثما وجد المرفق العام سواء نص عليها العقد أو سكت عنها¹.

مما سبق، فإن حق الرقابة الذي تمارسه الإدارة في مختلف العقود التي تبرمها، يجعل التمييز واضحا بين العقود الإدارية و مصلحة الأفراد الخاصة، و مناط هذا التمييز يرجع إلى احتياجات المرفق العام و تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للأفراد، و هذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة في العقد الإداري، الأمر الذي يترتب عنه تمتع الإدارة بسلطة الرقابة و التوجيه، لضمان تنفيذ الجيد للصفقات العمومية وفقا لما يتراءى لها أنه أكثر اتفاقا مع الصالح العام²، دون أن يتمسك المتعامل المتعاقد بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

و قد أيد هذا الرأي الدكتور ناصر لباد حيث قال: تتمتع الإدارة بسلطة الإشراف والرقابة على تنفيذ العقود الإدارية على اختلاف أنواعها، وهو حق ثابت للإدارة ولو لم يتم النص عليه في بنود العقد، لأن هذه السلطة تجد أساسها في مفهوم المرفق العمومي الذي تسهر الإدارة على حسن سيره في كافة الظروف³.

¹ جمال عباس عثمان، النظرية العامة و تطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه و قضاء مجلس الدولة، الناشر المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، ط. 2007، ص 393 .

² حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 206 .

³ ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، لباد للنشر، الجزائر، ط. الثانية، 2007، ص 294 .

و يرى أيضا الدكتور محمد سليمان الطماوي أن الطبيعة القانونية للمرفق العام هي الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة، ذلك أن المرفق العام ما هو إلا هيئة أو مشروع يعمل باطراد و انتظام لسد حاجات الجمهور، و حق الرقابة يظل موجودا طالما وجد المرفق العام.¹

أمّا فريق آخر من الفقهاء فقد اعتمد على فكرة النية المشتركة للمتعاقدين، ذلك أن أساس ارتباط العقد بالمرفق العام يولد إرادة ضمنية مستخلصة من ظروف العملية التعاقدية²، بمعنى أن يلزم لكل من الإدارة و المتعاقد معها العمل على ضرورة خضوع تنفيذ الصفقة لما تمليه ضرورة حسن سير المرفق العام.

و قد يرى جانب آخر من الفقه، أنه في حالة عدم ورود نص ينظم سلطة الإدارة في ممارسة الرقابة، فإن هذا الحق تستمده الإدارة من امتيازات السلطة العامة، و إصدارها لمجموعة من القرارات بغية التنفيذ المباشر لها و تحقيق المصلحة العامة.

بهذا فإن سلطة الرقابة المخولة للجهة الإدارية تركز على أساس مزدوج هو تحقيق المصلحة من جهة، و من جهة ثانية فكرة امتيازات السلطة العامة³ نظرا لتعلقها بالنظام العام.⁴

و قد استقر القضاء الإداري على أن سلطة الإدارة في رقابة تنفيذ الجيد للصفقات العمومية أساس قانوني، يتكون من فكرة المرفق العام و ما تخوله للجهة الإدارية من استعمال امتيازات السلطة العامة و ما تشمله من تحقيق مقتضيات الصالح العام، الأمر الذي يتماشى مع المعيار الراجح عند فقهاء لتحديد أساس القانون الإداري و نطاق تطبيقه⁵،

¹ محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 456 .

² جمال عباس عثمان، المرجع السابق، ص 394 .

³ نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 122 .

⁴ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، ط . 2004، ص 240 .

⁵ محمود عاطف البناء، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ط . 1984، ص 21 و 22؛ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 240 .

و الذي يقوم على أساس أن السلطة العامة هي الوسيلة لتحقيق الهدف من المرفق العام أي تحقيق المصلحة العامة.

و بعيدا عن كل الأفكار يمكن القول، أن العقود الإدارية نادرا ما تخلوا دفاتر شروطها من تمكين الإدارة حق ممارسة مظاهر السلطة باستمرار، ذلك أن طبيعة العقد الإداري و اتصاله بالصالح العام، تجعل حق الرقابة حقا أصيلا للجهة الإدارية دون الحاجة للنص عليه، الأمر الذي يفهم منه أنه في حالة عدم النص عليه لا يعني تقييد الإدارة في ممارسة حقها، و إنما تستمد هذا الحق من فكرة المحافظة على المرافق العامة و تنظيمها و حسن سيرها، تحقيقا للمصلحة العامة.

و على العموم فإنه يترتب على هذه القاعدة عدة نتائج¹ تتمثل في:

1 - عدم تمكين الجهة الإدارية من ممارسة سلطاتها غير المألوفة في بنود العقد، لا يعني أن الإدارة لا تستطيع أن تمارس تلك السلطات و الحقوق، لأن مرجع حق الإدارة في ذلك يعود إلى طبيعة العقد المبرم بينها و بين المتعاقد معها، فإذا كان العقد إداريا كان للإدارة أن تمارس حقوقها بقدر ما تدعو إليه المصلحة العامة، ذلك أن تلك الحقوق تستمدها المصلحة المتعاقدة من مبادئ و أحكام القانون الإداري و ليس من اتفاق الطرفين على بنود العقد و دفاتر الشروط.

2 - إذا تضمن العقد المبرم بين الإدارة و المتعهد النص على بعض مظاهر تلك السلطات دون بعضها الآخر، فإن للإدارة الحق في استعمال السلطات المنصوص عليها و التي لم يتم النص عليها.

3 - لا تستطيع الإدارة أن تتنازل عن استعمال كل حقوقها أو بعضها و لا تقيدها في استعمال تلك السلطات، لأن هذه الامتيازات الممنوحة تتعلق بمركز الإدارة و باختصاصاتها، إذ لا يمكن أن تكون محل تفاوض بينها و بين المتعاقد معها، و كل اتفاق يتم على خلاف ذلك فهو باطل، هذا ما تم الاستقرار عليه في الأحكام القضائية لكل من مجلس الدولة الفرنسي و المصري.

¹ محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 453 .

المطلب الثاني: وسائل الرقابة و ضوابط استعمالها

إن الطبيعة الذاتية للصفات العمومية ميزت الإدارة بمجموعة غير مألوفة من الحقوق و السلطات اللازمة لضمان سير و انتظام المرفق العام، و باعتبار أن الجهة الإدارية هي صاحبة المشروع و المقاول هو أداة للتنفيذ ، لها الحق أن تراقب المتعهد بما تصدره إليه من أوامر و توجيهات ذات صفة إلزامية¹، فهي تسيطر على التنفيذ بمجموعة من الوسائل و ميكانزمات ذات صلة بالعقود الإدارية بصفة عامة و الصفات العمومية بصفة خاصة.

بهذا فإن القانون العام يصف هذه الامتيازات و الشروط غير المألوفة بالوسائل القانونية الخطيرة، التي تنفرد بها الإدارة لمواجهة المتعاقد معها، و مراقبة مدى التزامه بشروط التنفيذ² باعتبارها حقا أصيلا مقرر لها، غير أن استعمالها يتركز على حدود و ضوابط قانونية، تعتبر ضمانا لحقوق المتعامل المتعاقد و لاستمراره في الوفاء بالتزاماته³.

للقوف أكثر على هذه الوسائل و على كيفية حماية حقوق الطرفين، فسيتم عرض وسائل الرقابة في تنفيذ الصفة العمومية كفرع أول، أما الثاني فخصص لضوابط استعمال سلطة الرقابة.

الفرع الأول: وسائل الرقابة في تنفيذ الصفة العمومية

باعتبار أن الإدارة تضطلع بالوظيفة العامة من أجل انجاز المشاريع التنموية، فهي تتبع مجموعة من الوسائل المادية قصد تحقيق أهدافها المرسومة.

و تمثل مساحة الهيمنة التي تضفيها الإدارة على سلطاتها المقررة في الصفات العمومية أكثر العناصر المميزة للعقود الإدارية عن غيرها من العقود، وهو شرط تضمن العقد لشروط استثنائية غير مألوفة في مجال روابط القانون الخاص، لذا تعمل الجهة الإدارية دوما على

¹ علي عبد الأمير قبيلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، ج. الأول، مكتبة زين الحقوقية و الأدبية للنشر، لبنان، ط. الأولى 2011، ص 373 .

² عمار عوابدي، القانون الإداري النشاط الإداري، ج . الثاني، د.م.ج. الجزائر، ط. 2000، ص 226؛ عمار عوابدي، دروس في القانون الإداري، د. م. ج. الجزائر، ط. 2000، ص 274؛ رياض عيسى، المرجع السابق، ص 21

³ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاء و تحكيما، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط. 2010، ص 34 .

مراقبة المتعاقد معها و التحقق من مدى التزامه بتنفيذ الصفقة، و ما تم إصداره له من التوجيهات و الأوامر و التعليمات الضرورية لحسن التنفيذ، و الالتزام بمواعيد بدء الأعمال خاصة بعد إصدار الأمر بالشروع في الخدمة، هذا الأخير الذي يعد عنصرا جوهريا في سريان استعمال الإدارة لسلطتها في الرقابة و التوجيه.

بعد إصدار الأمر بالشروع في الخدمة الذي يعد وثيقة إدارية تصدرها الجهة المتعاقدة بإرادتها المنفردة، إذ يتضمن تعليمات متعلقة بتاريخ بدء و سير تنفيذ الصفقة و القواعد التي تتعلق بها¹، يبلغ للمتعاقد المتعاقد الذي يلتزم بمجموعة من الواجبات، إلى جانب التحفظات التي يقدمها في حالة إذا كانت متطلبات الأمر بالشروع في الخدمة تتجاوز التزاماته التعاقدية².

بعد تنفيذ المتعاقد لواجباته، تظهر خصوصية الصفقات العمومية من خلال بسط الإدارة المتعاقدة رقابتها في مجال التنفيذ، باعتبارها قوامة على المصلحة العامة و مسؤولة على حسن تنفيذ المشاريع بأعلى جودة و بأقل التكاليف و في أقصر الآجال.

ولما كانت الصفقات العمومية ذات صلة وثيقة بالخزينة العامة و بمخططات التنمية، جعل الرقابة تكتسي أهمية كبرى في حماية المال العام و التصدي لكل الأخطاء المرتكبة في التنفيذ، الأمر الذي أدى بالتشريع الجزائري إلى إلزام الجهة المتعاقدة في إطار التنفيذ، بإرسال مندوبيهما و إلزام المهندسين بالحضور الدائم في مواقع العمل، للتأكد من جودة مواد البناء المستعملة و الإشراف على تنفيذ المشاريع من خلال مراقبة المقاول و مستخدميه في تنفيذهم للصفقة من الناحية الفنية، و توجيههم حتى يتم العمل طبقا للمواصفات و التصاميم المتفق عليها في دفتر الشروط.

فالمراقبون لهم الحق في الرقابة القبيلية و البعدية للأشغال، و ذلك حتى تتأكد الإدارة من سلامة هذه الأشغال و التصدي لأي محاولة غش، أو تجاوزات محتملة من قبل المقاول.

¹ Brahim Boulifa, Marchés Publics, 1^{er} vol., op, cit, p 197.

² مريم اكور، السعر في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق فرع الدولة و المؤسسات العمومية، جامعة بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، الجزائر، 2007 - 2008، ص 67.

فإذا وقع شك مثلا في وجود عيب في بناء أحد المنشآت، فإنه يمكن للإدارة اتخاذ كل الإجراءات للكشف عن هذا العيب، أو حتى في اتخاذ قرار بهدم المبنى كليا أو جزئيا.

لهذا ينبغي على المقاول أن لا يغطي أي عمل أو يحجبه عن الأنظار بدون موافقة المهندس، و أن يهيئ الفرصة له لفحص الأسس قبل وضع الأعمال الدائمة عليها¹.

كما يمكن أن تؤدي الرقابة حسب ما نصت عليه المادة 2/13 من دفتر الشروط الإدارية العامة، إلى إلزام المقاول بطرد كل مستخدم بسبب عدم كفاءته و الامتثال للأوامر أو قصور أو انعدام الأمانة. و هذا ما أخذ به التشريع المغربي في المادة 1/22² التي نصت على: " يمكن لصاحب المشروع إذا رأى ضرورة في ذلك أن يطلب تسريح عمال ... " .

و قد تلجأ الجهة الإدارية بغرض ممارسة حقها في الرقابة، خاصة بالنسبة للمشاريع الكبرى إلى هيئات رقابية متخصصة تتمثل في:

- هيئة المراقبة التقنية للبناء CTC؛

- هيئة المراقبة التقنية لأشغال الري CTH؛

- هيئة المراقبة التقنية لأشغال العمومية CTPP .

فالمصالح التقنية التابعة للإدارة المتعاقدة تقوم بمراقبة الأشغال حسب الأوقات التي تحددها دفاتر الشروط سواء يوميا أو أسبوعيا، و يكون لممثل الإدارة مطلق الحرية لدخول الورشة في كل وقت، إذ لا يمكن للمتعاقد إعاقة أو تقييد هذا الحق، إلى جانب اطلاع أعوان الإدارة على كل السجلات و الوثائق الخاصة بالورشة و على جميع الأشغال الجارية بها³.

كما تقوم هذه المصالح أيضا بمتابعة الأشغال المنجزة عن طريق اللوائح و البيانات أو ما يعرف بجداول المنجزات، التي نصت عليها المادة 39 من دفتر الشروط الإدارية العامة،

¹ محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، ط الأولى، 2010، ص 128 .

² مرسوم رقم 1087-99-2، مؤرخ في 2000/05/04، المتعلق بدفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المنجزة لحساب الدولة، ج. ر، الصادرة بتاريخ 1 جوان 2000، ع. 4800 .

³ النوي خرشى، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، ط. 2011،

حيث تتمكن المصلحة المتعاقدة بمقتضى هذه البيانات من تسجيل مدى تقدم المتعاقد معها في تنفيذ الالتزامات المعهودة إليه، مع إمكانية المتعاقد من تعيين ممثلا عنه لحضور هذه الاجتماعات و متابعة مستوجباتها و اخذ القرارات اللازمة في ذلك، و هذه الطريقة اتبعت في فرنسا قبل صدور دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1976 .

إلى جانب مهام المصالح التقنية التي سبق ذكرها، فهي تقوم بعدة واجبات أهمها:

- تقييم و مراقبة الأشغال نوعا و كما؛
- تحديد مخطط إنجاز البرامج مفصل و الرزمانات المتعلقة به؛
- إضفاء التعديلات اللازمة عند الاقتضاء و إشعار المتعاقد بها و متابعة تنفيذها؛
- إيداء التحفظات عند الضرورة و تدوينها في دفاتر الورشة؛
- وضع الترتيبات الواجب اتخاذها لتدارك التأخر أو عدم الدقة في التنفيذ.

الفرع الثاني: ضوابط استعمال سلطة الرقابة

لقد سبق ذكر أن أبرز مظهر تتميز به الصفقات العمومية عن غيرها من العقود الأخرى، هو منحها للإدارة المتعاقدة جملة من السلطات أهمها سلطة الرقابة، التي تعتبر حق ثابت للإدارة حتى و لو لم ينص عليه العقد، إذ لا يمكن للجهة الإدارية التنازل عنها لتعلقها بالنظام العام¹، و لا الاتفاق على مخالفتها لأنها قررت للمصلحة العامة، فهي بذلك ليست بالامتياز ممنوح للجهة الإدارية في حد ذاتها بوصفها سلطة عامة، بل قررت سلطة الرقابة لضمان التنفيذ الجيد للصفقة العمومية و لحماية المال العام و استمرار سير المرافق بانتظام.

إن سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ الصفقة لها حدود معينة لا يجوز أن تتعداها، و لهذا فهي لا تمثل سلطة مطلقة بل تقيدها بعض الضوابط، لتوفير الضمانات للمتعاقد المتعاقد ضد تعسف الإدارة في استخدام هذه السلطة².

¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي 236/10، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، ط.

الثالثة 2011، ص 200 و 201 .

² أحسن رابحي، المرجع السابق، ص 77 .

و يخضع استعمال الإدارة لسلطتها في الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية لضابطين، أولهما ضابط عام يتمثل في ضرورة أن تتخذ قرارات الرقابة في إطار مبدأ المشروعية، بمعنى أن يكون دافع الإدارة في اتخاذها هو تحقيق المصلحة العامة، أما ثانيهما فهو ضابط خاص بالعقد موضوع الرقابة و عدم تجاوز المصلحة المتعاقدة لشروط المتفق عليها أثناء ممارسة سلطتها، بمعنى ألا يترتب على استعمال الإدارة لهذا الحق تعديل لموضوع العقد و شروطه¹.

البند الأول: تحقيق المصلحة العامة

تلجأ السلطات الإدارية في ممارستها لأنشطتها المختلفة إلى طرق متعددة، بعضها مادي و البعض الآخر قانوني²، حيث يكون الهدف الأساسي من هذا النشاط تحقيق المصلحة العامة.

إن مباشرة الإدارة لكافة سلطاتها الواسعة و منها الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية، يجد أساسه و دافعه الأول في سعي الجهة المتعاقدة في تحقيق مصلحة المرفق الذي من أجله أبرمت الصفقة، من خلال تحسين أداء العمل المنوط بالمقاول في صفقات الأشغال العامة، أو مطابقة الأصناف الموردة للعينات المعتمدة في عقد اقتناء اللوازم أو التوريد³، لذا و جب أن يكون الباعث الأساسي للإدارة في تصرفاتها هو استهداف المصلحة العامة، و الاستجابة للمتطلبات العامة في المجتمع، و هذه هي القاعدة العامة التي يركز عليها القانون العام، إذ تسعى الإدارة إليها دون الحاجة إلى نص قانوني يوجهها إلى ذلك، و في حالة الخروج عن متطلبات العامة يعد انحرافا في استعمال السلطة أو إساءة استعمالها⁴.

فإذا ما اتسمت رقابة الإدارة على تنفيذ الصفقات العمومية بالتعسف رغبة منها في عرقلة تنفيذ المتعاقد لالتزامه، أو إلحاق أضرار به ففي هذه الحالة فإن الإدارة تكون قد حادت في

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الرجوع السابق، ص 242 .

² مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلmani، المرجع السابق، ص 07 .

³ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاء و تحكيما، المرجع السابق، ص 35 .

⁴ علاء الدين عشي، المرجع السابق، ص 281 .

تصرفاتها عن المصلحة العامة، الأمر الذي يعطي للمتعاقد معها الحق اللجوء للقضاء طاعنا في تصرفاتها بالانحراف في استعمال السلطة.

في هذا الشأن يمكن القول أن تقاعس الإدارة و تراخيها في ممارسة حقها في الرقابة على التنفيذ الجيد للصفقات العمومية، شأنه في ذلك كشأن التشدد فيها لا تحقق الغاية المبتغاة من منح الجهة المتعاقدة تلك السلطة آلا و هي المصلحة العامة، حيث يؤدي تفريط الإدارة في الرقابة على تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية إلى جنوحه بهذا التنفيذ، لما يخالف شروط التعاقد، و بالتالي لا يتم تحقيق المصلحة العامة المبتغاة من إبرام الصفقات العمومية.

كما أن إفراط الإدارة في استعمالها لسلطة الرقابة من شأنه عرقلة التنفيذ و دفع المتعاقد للولوج سبيل التقاضي، مما يوتر علاقته بالإدارة، الأمر الذي ينعكس سلبا على حسن أدائه لالتزامه التعاقدية بعد تحوله من مساعد للإدارة و مشاركا لها في تحقيق المصلحة العامة إلى خصم تجمعها بها ساحات القضاء¹.

البند الثاني: التزام الإدارة حدود سلطة الرقابة

إذا كانت سلطة الرقابة قد منحت للإدارة بغية تحقيق هدف محدد هو ضمان سير المرافق العامة بانتظام و تحقيق المصلحة العامة على النحو الذي تم توضيحه، فإن استعمال الجهة الإدارية لتلك السلطة يجب أن يكون في إطار المشروعية، أي يتعين على الإدارة أن تحترم حدود سلطة الرقابة أثناء ممارستها، إذ لا يجوز لها أن تستغل التزام المتعاقد باحترام أوامرها إلى حد التعديل، مستترة بذلك باسم الرقابة تهريا من القيود التي يفرضها عليها التعديل من جهة، و من جهة أخرى تنكرها لمبدأ حسن النية².

ذلك لأن سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية إذا كان على المتعاقد تحمل عبء ضررها، باعتبارها من أسس قيام تلك الصفقات، إلا أنه يتعين أن يكون استعمالها في حدود ما تم الاتفاق عليه في العقد، و بما لا يترتب عليه تغييرا في موضوع العقد أو شروطه.

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاء و تحكيما، المرجع السابق، ص 35 و 36

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاء و تحكيما، المرجع نفسه، ص 36 .

فسلطة الإدارة بمعناها المزدوج "الإشراف و التوجيه" سواء كانت مستمدة من القوانين أو نصوص العقد، أو دفا تر الشروط أو كانت قائمة بذاتها كسلطة أصيلة لها حدود معينة يجب احترامها و الوقوف عندها، حيث تمثل هذه الحدود النطاق الفاصل بين سلطة الرقابة و بين سلطة تعديل نصوص العقد، فإذا تجاوزت الإدارة في رقابتها هذا النطاق، فإنها تصبح أمام سلطة تعديل شروط العقد لا سلطة الرقابة على التنفيذ¹.

و يكون للمتعاقد الحق في اللجوء أمام القضاء المختص للطعن في تصرفات الإدارة غير المشروعة التي مارسها أثناء رقابتها على تنفيذ الصفقة، وقد يؤدي إلى الفسخ إذا كانت آثار تلك التصرفات درجة من الجسامة يستحيل عليه استمرار في الوفاء بالتزاماته التعاقدية.

أما القرارات التي تتخذها الإدارة لرقابة تنفيذ الجيد للصفقة العمومية، و التي تكون في شكل تعليمات و توجيهات أو أوامر، و التي تندرج ضمن دائرة العقد فهذه القرارات غير قابلة للانفصال عن العملية العقدية، و بالتالي المتعامل المتعاقد لا يمكنه الطعن بالإلغاء، و إنما عليه أن يسلك سبيل القضاء الكامل، ذلك أن الإدارة أصدرت تلك القرارات باعتبارها الطرف الثاني في العقد، و بناء على حقها في التدخل و الإشراف على تنفيذ المتعاقد لالتزاماته و هذا ما أخذ به مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ 1907/12/16².

المبحث الثاني: سلطة التعديل الانفرادي في تنفيذ الصفقة العمومية

من المسلم به أن العقد الذي تبرمه الإدارة مع أحد الأشخاص الطبيعية أو المعنوية، لا يختلف في مفهومه العام عن العقد المدني الذي يبرمه الأشخاص فيما بينهم، حيث أن كلاهما يقوم على أساس توافق إرادتين قصد القيام بالتزامات متقابلة، أما خارج هذه القاعدة لا يمكن الاعتداد به³.

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الرجوع السابق، ص 241 .

² محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 219.

³ Alain Bénirent, Droit Civil Les Obligations, 6eme édit., Montchrestien, Paris, 1997, p 193.

غير أن الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية بصفة عامة و الصفقات العمومية بصفة خاصة في عدم مساواة المتعاقدين، كون أن الفرد يسعى دائما من وراء تعاقدته إلى تحقيق أكبر كسب مادي، بينما تسعى الإدارة لتحقيق المصلحة العامة، لذا منحت هذه الأخيرة حق في تعديل ما تقوم بإبرامه مع الغير، إذ أن هذا الحق مستمد إما من الطبيعة الذاتية للصفقة العمومية، التي تنص دفاثر شروطها على إعطاء الإدارة المتعاقدة هذا الحق باعتباره من الشروط الاستثنائية غير مألوفة، و إما تفرضه المصلحة العامة التي قد تتطلب تغييرا في شروط العقد ليكون أكثر تحقيقا لها إذا ما طرأت تغييرات بعد إبرام الصفقة و أثناء تنفيذها.

فخروجا عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين المعمول بها في مجال العقود المدنية، فإن الإدارة في الصفقات العمومية يكون لها تجاوز سلطة رقابة تنفيذ الصفقة، إلى امتلاك الحق في تعديله بإرادتها المنفردة، دون أن يكون للمتعاقد الحق في الاعتراض على قرارها في هذا الشأن ما دام قد اتخذ في إطار المشروعية¹.

لذا تعتبر سلطة التعديل من أهم المعالم المميزة للصفقات العمومية، حيث تقوم المصلحة المتعاقدة بممارسة حقها في التعديل أثناء تنفيذ الصفقة سواء كان بزيادة التزامات التعاقدية أو إنقاصها.

و للوقوف على هذا الحق و التعرف عليه أكثر سوف يتم معالجة الأحكام العامة لسلطة التعديل في المطلب الأول، أما المطلب الثاني فسيتم التطرق فيه إلى الأساس القانوني لسلطة التعديل و نطاقها.

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاء و تحكيما، المرجع السابق، ص 38 .

المطلب الأول: الأحكام العامة لسلطة التعديل

إن إبرام الإدارة للصفقات العمومية شأنها شأن سائر العقود في القانون الخاص إذ لا يتم إلا بتوافق إرادتين بقصد القيام بالتزامات متقابلة، فتترتب بمقتضاها حقوق و التزامات في ذمة كل طرف، تنفذ بدقة و بحسن نية وفق للشروط و الآجال المتفق عليها و المحددة في بنود العقد.

و بناء على ذلك يمكن الإشارة، أن الطبيعة المميزة للصفقات العمومية و وضعية المتعاقدين، منح للإدارة المتعاقدة صلاحيات استثنائية غير مألوفة و لا نظير لها في العقود المبرمة في ظل القانون الخاص، و ذلك لمواجهة المتعاقد معها أثناء عملية تنفيذ الصفقة، حيث تبدأ هذه السلطات من الرقابة و التوجيه مروراً بسلطة التعديل و فرض الجزاءات بإرادة منفردة وصولاً إلى سلطة إنهاء العقد.

إن الطبيعة الذاتية و الخاصة للصفقات العمومية جعل السلطات التي تملكها الإدارة المتعاقدة تفوق ما يتمتع به المتعاقد، باعتبارها قوامة لتحقيق الصالح العام و استمرارية سير المرافق العامة، خاصة في مرحلة تنفيذ الصفقة التي تغلب عليها فكرة مرونة العقد المبرم بين الطرفين على قاعدة القوة الملزمة، التي تعتبر من أهم القواعد الأساسية التي تقوم عليها عقود القانون الخاص، فيكون للإدارة الحق في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة، على خلاف قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في القانون المدني¹، التي تقضي بأن مبدأ سلطان الإرادة يمنع بصفة مبدئية من تعديل العقود أثناء تنفيذها²، إذ لا يمكن تعديل العقود سارية التنفيذ احتراماً للقوة الملزمة للعقد من جهة و استقرار المعاملات العقدية و عدم المساس بالمراكز القانونية الناشئة من جهة ثانية³.

¹ Gabriel Marty, Pierre Raynaud, Droit Civil Les Obligations, T 2, 1^{er} vol., Sirey, Paris 1962, p 204.

² Brigitte Hess Fallon, Anne-Marie Simon, Droit Civil, 4eme édit., Dalloz, Paris 1997, p 219.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج. الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (ب. ط.)، ص 540 .

لكن بالرجوع إلى الصفقات العمومية فإن الإدارة لا ترتبط بقوة الإلزام التي تتميز بها العقود المدنية، مما يستوجب إخضاع المصلحة الخاصة للمتعاقد لمقتضيات المصلحة العامة التي التزم بمساعدة الجهة الإدارية على تحقيقها، تماشياً مع ذاتية و مرونة الصفة العمومية و قابليتها للتغير أثناء تنفيذها.

و بناء على هذا سيتم دراسة مفهوم سلطة التعديل كفرع أول، أما الفرع الثاني فخصص للحديث عن شروط سلطة التعديل.

الفرع الأول: مفهوم سلطة التعديل

تحتل الصفقات العمومية مكانة بارزة في مجال العقود الإدارية، كونها تعد من أهم الوسائل الأصلية التي تستخدمها الإدارة لتلبية الحاجيات العامة و تحقيق أهدافها، لذا فهي تقوم بالعديد من العمليات الإدارية و إبرام عدة عقود كالبيع و الشراء، التأجير و تنفيذ الأشغال العامة أو الحصول على خدمات سواء من الأفراد أو من المؤسسات و الشركات.

لذا فالإدارة عندما تلجأ إلى مساعدة القطاع الخاص من أجل تنفيذ عقودها المختلفة، فهي لا تظهر بمظهر المتعاقد العادي، بل تتعاقد باعتبارها قوامة على حسن سير المرفق العام، الذي تستدعي متغيراته إمكانية إعادة النظر في علاقاتها الخارجية مع متعاقدتها.

بهذا فإن المركز القانوني للإدارة المتعاقدة يتطلب وجود بعض المرونة في علاقتها التعاقدية مع الأفراد، ذلك أن الصفقات العمومية تتميز بطبيعة خاصة ذات المتغيرات التقنية، تسمح للإدارة المتعاقدة بالتعديل الانفرادي لبنود العقد¹ دون المساس بالشروط المالية².

و لما كانت الإدارة تمثل جهة الطرف الذي يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة، و يجب عليها أن لا تخضع إلى إرادة المتعاقد معها القائمة على أساس القوة الملزمة للجانبين، أو

¹ Xavier Libert , Les modifications des marchés en cours d'exécution,A.J.D.A., 1994, p 65.

² جورج فوديل بيار دلفولفييه، القانون الإداري، ج. الأول، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، ط. الأولى 2001، ص 351 .

تترك تنفيذ الصفقة يسير وفقا لشروط لم تعد ملائمة لحاجات لمصلحة العامة و حسن سير المرفق العام.

لذا و من أجل تحقيق الصالح العام من جهة و الحفاظ على المال العام من جهة ثانية، كان لابد من الاعتراف للإدارة على خلاف المألوف في معاملات الأفراد فيما بينهم، بعد إبرام العقد و أثناء تنفيذه، بتعديل شروط العقد و أحكامه بما يزيد أو ينقص من التزامات المتعاقد بإرادتها المنفردة و دون حاجة لموافقة هذا الأخير¹ في ضوء ما يقتضيه حسن تنفيذ الصفقة و استمرارية سير المرفق العام².

و حق التعديل الذي تتمتع به الجهة المتعاقدة هو حق مخول لها و لو لم ينص عليه صراحة في العقد، بل أكثر من ذلك هو حق ثابت للإدارة في جميع العقود الإدارية باعتباره حق نابع من الطبيعة الذاتية للعقود المبرمة، شريطة ألا تتجاوز التعديلات حدا معيناً³. و على خلاف العقود المدنية التي تقوم على فكرة المساواة بين طرفي العقد دون تمييز أو مفاضلة لطرف على آخر، فإن العقود الإدارية بصفة عامة و الصفقات العمومية على الخصوص تقوم على فكرة تفضيل المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للأفراد.

بهذا فإن الإدارة المتعاقدة رغم التزامها باحترام الشروط التعاقدية، إلا أنه و نظرا لارتباط الصفقات العمومية بسير المرفق العام الذي يقبل التغيير و التبديل في أي وقت و حسب تغيير الظروف المحيطة بالتنفيذ، الأمر الذي يستلزم ضرورة تدخل الجهة الإدارية لتعديل من شروط العقد بما يتفق و ظروف الجديدة للمرفق⁴.

¹ علي الدين زيدان، محمد السيد أحمد، الموسوعة الشاملة في القانون الإداري، ج . الثاني، دار الفكر الجامعي، ط . 2002، ص 878؛ محمد جمال الذنبيات، الوجيز في القانون الإداري، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، ط . الثانية، 2011، ص 267 و 268؛ نسرين شرقي، مريم عمارة، سعيد بوعلي، القانون الإداري، دار بلقيس للنشر و التوزيع، الجزائر، ط. 2014، ص 183؛ محمد أنور حمادة، قواعد و إجراءات تنظيم المناقصات و المزادات و العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط. 2003، ص 85 .

² يوسف سعد الله الخوري، القانون الإداري العام، ج. الأول، (ب. د. ن)، ط. الثانية، 1998، ص 478 .

³ عمر الخولي، الوجيز في العقود الإدارية، (ب. د. ن)، ط. الثانية 2012، ص 137 .

⁴ أنس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط. الثالثة 2003، ص 132 .

مما سبق بيانه فإن سلطة التعديل تعد من أخطر السلطات الإدارية التي تملكها المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها، و تكمن خطورة هذه السلطة في تدخل الجهة الإدارية بموجب نصوص صريحة في بنود العقد و دفاقر الشروط، لتعديل بصفة انفرادية للالتزامات المتعاقدة إما بالزيادة أو النقصان¹.

بهذا و باعتبار أن سلطة التعديل تمس بأهم جانب الذي تقوم عليه الصفقة العمومية و المتمثل بالالتزامات التعاقدية، الأمر الذي ثار بشأنه جدل فقهي كبير نظرا، لاختلاف وجهات النظر و في التفسير الاجتهادات القضائية بهذا الشأن.

من تم و قبل التطرق إلى مفهوم سلطة التعديل، لابد من معرفة نشأة سلطة التعديل و موقف القضاء و التشريع منها.

البند الأول: نشأة سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري

لقد سبق القول أن للإدارة حق في تعديل ما تقوم بإبرامه مع الغير من الصفقات العمومية، و هذا الحق مستمد من العقد ذاته و الذي تنص بنوده على منحه للجهة الإدارية أو أن تفرضه المصلحة المتعاقدة على المتعاقدين معها، قصد تغيير في شروط العقد ليكون أكثر ملائمة لها في ضوء ما طرأ من تغييرات لم تكن قائمة أثناء مرحلة إبرام الصفقة.

و باعتبار أن فكرة العقود الإدارية لم تكن تعرف تبلورا بالقدر الكافي، فكان ينظر إلى الإدارة مقيدة بقاعدة القوة الملزمة للعقد، و لا تستطيع تعديل بإرادتها المنفردة ما تعهدت به، إذ لابد من وجود نص صريح يجيز لها ذلك تطبيقا لما تقضي به قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في القانون المدني².

و قد سادت هذه الفكرة حتى مطلع القرن العشرين مع التخفيف من حدتها من خلال إيراد بعض التحفظات، فإذا كانت الإدارة المتعاقدة لا تستطيع إدخال أية تعديلات حول بنود العقد التي تم الاتفاق عليها، و تنقيد باحترام التزاماتها التعاقدية تجاه المتعاقدين معها، إلا أن هذه القاعدة لا تسري على إطلاقها بالنسبة للجهة الإدارية، و ذلك بوصفها سلطة ضبط إداري

¹ محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 458؛ ناصر منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 321 .

² المادة 106 من ق. م. ج.

مكلفة بالمحافظة على الأمن العام و السكنية، فهي بذلك تستطيع اتخاذ ما تشاء من الإجراءات و لو أسفر ذلك على تعديل شروط العقد¹. الأمر الذي أثار جدل فقهي كبير و انقسمت الآراء حوله بين مؤيدين و معارضين إضافة لموقف القضاء و التشريع على النحو التالي:

البند الثاني: موقف الفقه من سلطة التعديل

الفقرة الأولى: موقف الفقه الفرنسي

تعتبر سلطة التعديل أحد أهم المميزات التي تستأثر بها الإدارة في عقودها التي تبرمها مع الأشخاص الطبيعية أو المعنوية، بل إنها تعتبر من الشروط غير المألوفة في عقود القانون الخاص فإذا وردت في العقد لأبطلته².

و من المفيد الإشارة أن سلطة التعديل تكون على الأمور التعاقدية، الأمر الذي أثار جدلا كبيرا خاصة أن هذا الحق الذي تتمتع به الجهة المتعاقدة يكون أثناء مرحلة حساسة من مراحل الصفقة و هي مرحلة التنفيذ التي تكون لاحقة للإبرام، و مسألة التعديل لا تثير أي إشكال عندما يرد بشأنها نص صريح في بنود العقد يجيز للإدارة حق التعديل الانفرادي، لأن المتعاقد عند خوضه غمار إبرام الصفقات العمومية مع الإدارة فإنه يقر مسبقا بحق المصلحة المتعاقدة في التعديل، ولكن الإشكال يثار في حالة عدم وجود نص صريح يبيح للجهة الإدارية استعمال هذا الحق تجاه المتعاقدين معها.

فوفقا لفكرة مرونة العقود الإدارية La mutabilité des contrats administratifs فإن غالبية الفقه يقر بسلطة الإدارة في تعديل شروط العقد وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة، لكن هناك جانب آخر من الفقه عارض هذه الفكرة، و فريق آخر قصرها على بعض العقود دون الأخرى³.

¹ مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، المرجع السابق، ص 137 .

² محمود خلف جبوري، المرجع السابق، ص 160 .

³ أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 194 .

و بهذا فقد انقسم الفقه بشأن سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي إلى ثلاث اتجاهات تتمثل في: 1 - اتجاه معارض لسلطة التعديل و الذي يسمى بالنظرية السلبية، 2 - اتجاه مؤيد لهذه السلطة و الذي يسمى بالنظرية الايجابية، 3 - أما الاتجاه الثالث فهو الاتجاه التوفيقى الذي وفق بين التأييد و المعارضة و يسمى بالنظرية التحديدية.

أولاً: الاتجاه المعارض لسلطة التعديل (النظرية السلبية)¹

كان الرأي السائد حسب فقهاء القانون العام الفرنسي في القرن 19، هو التزام الإدارة باحترام بنود العقد شأنها في ذلك شأن الأفراد المتعاقدين معها، ذلك إذا لم ينص القانون بنصوص خاصة، الأمر الذي ينتج عنه عدم تمتعها بمركز متميز عن هؤلاء الأفراد² و بالتالي عدم بلوغها الهدف الذي تسعى إليه من وراء التعديل.

و يخشى أصحاب هذا الاتجاه من حق الإدارة في التعديل العقد لتناقضه مع قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فالجهة الإدارية عند استعمالها لهذا الحق تجهض قاعدة القوة الملزمة لطرفي العقد في الصميم، و هذه القاعدة تعتبر جوهر الرابطة التعاقدية.

لذا فاحترام الإدارة لتعهدات التعاقدية يعتبر من أهم الضمانات الأساسية لاستقرار المعاملات التعاقدية، إذ يجب على المصلحة المتعاقدة أن تمنح القدرة للأفراد في احترام تعهداتها التي تضمنتها عقودها، و أن أي ضرر ناتج عن مخالفة الإدارة لمبدأ احترام العقود المبرمة و الحقوق المكتسبة، ينعكس سلبا على النفع العام الذي تصبوا الجهة الإدارية من تحقيقه.

و قد ساعد في شيوع و تبلور هذه الأفكار نظرة مجلس الدولة الفرنسي آنذاك للعقود الإدارية، إذ لم يسمح هذا الأخير بامتلاك الإدارة أدنى سلطة أو امتياز تجاه المتعاقدين معها سوى الحقوق المخولة لها بنص قانوني أو بند من بنود العقد³.

¹ علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 1976، ص 62 .

² مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلmani، المرجع السابق، ص 137 .

³ قرار مجلس الدولة الفرنسي، الصادر بتاريخ 23 ماي 1890، في قضية شركة سكة الحديد الاقتصادية، نقلا عن مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلmani، المرجع نفسه، ص 138 .

و إلى جانب ذلك يرى الفقيه L'huillier، بأنه لا يمكن للإدارة إجراء أية تعديلات على العقد الإداري بإرادتها المنفردة إلا بنص صريح و واضح في دفتر الشروط، و أن إقرار التعديل الانفرادي للجهة المتعاقدة هو فكرة زائفة ابتدعها الفقهاء و لم يؤيدها الاجتهاد القضائي، خاصة أن هؤلاء الفقهاء قد اعتمدوا في إسناد رأيهم على الحكم الصادر سنة 1910 المتعلق بقطارات مرسيليا، و الذي جاء تطبيقه لنص قانوني خاص بالحالة المعروضة على القضاء¹.

هذا و قد اعتمد L'huillier على ثلاثة أحكام قضائية هامة لمجلس الدولة الفرنسي²، و اعتبرها قاطعة في نفي وجود القدرة القانونية للإدارة في التعديل من جانب واحد في العقد الإداري و تتمثل هذه الأحكام في:

يتمثل أول هذه الأحكام في الحكم الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 11 جويلية 1941 بخصوص مستشفى شوني Chauny، و الذي يقرر فيه بأنه ليس للجهة الإدارية أن تعدل من جانب واحد شروط العقد المبرم مع المهندس المعماري.

أما الحكم الثاني، فكان بتاريخ 23 ماي 1936 المتعلق بمدينة Vésient و شركة توزيع الغاز.

و فيما يخص الحكم الثالث كان بتاريخ 19 جانفي 1946 في قضية مدينة Limoges، حيث قضى فيها مجلس الدولة الفرنسي بأنه لا يمكن للمصلحة المتعاقدة الادعاء بحقها في أن تفرض على الملتزمين تعديل التعريف المنصوص عليها في عقد الالتزام.

¹ نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 322؛ مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، المرجع السابق،

ص 138؛ علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص 379 .

- Jean L'huillier, Les Contrats Administratifs tiennent- ils lieu de loi à l'administration, Chronique, Dalloz, 1953, p 87.

² أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 201 و 202 و 203.

هذا وقد اعترف L'huillier بقدرة الإدارة في تعديل بعض أنواع العقود الإدارية حينما ينص عليه العقد، و بالتالي فقد تناقض مع رأيه الأول بعدم إمكانية الجهة المتعاقدة من التعديل الانفرادي للعقد¹.

أما الفقيه Benoit فيرى أن سلطة الإدارة في تعديل العقد تعتبر من أكبر الأخطاء الفقهية خلال القرن العشرين، عند إقرارهم للجهة الإدارية حق التعديل الانفرادي دون نص، رغم أن العقد الإداري تحكمه قاعدة القوة الملزمة، إذ لا يمكن تعديله إلا باتفاق إرادة الطرفين المتعاقدين².

و سلطات الإدارة أثناء تنفيذ العقد فهي إما سلطات مبالغ في ممارستها فيما يخص سلطة الإشراف و التوجيه، أو أنها زائفة كلياً فيما يخص سلطة التعديل الانفرادي للعقد المزعوم وجودها للإدارة، و بالتالي فإنه لا يمكن الإقرار للجهة الإدارية سلطة التعديل الانفرادي قياساً على ما تتمتع به من سلطة الفسخ الانفرادي³.

هذا و قد اعتبر الفقيه Benoit أن سلطة التعديل الانفرادي لا وجود لها، و إنما هي بكل بساطة تطبيق لنظرية فعل الأمير.

Ce pouvoir n'existe pas, il s'agit tout simplement de l'application de la théorie du fait du prince .⁴

لكن رغم هذا إلا أنه يرى أن سلطة التعديل الانفرادي، لا توجد إلا في صفقات الأشغال العمومية أين تستطيع الإدارة المتعاقدة أن تعدل المشروع⁵.

¹ عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي، (القدرة القانونية للإدارة في تعديل العقد الإداري)، مجلة كلية الحقوق جامعة النهدين، العراق، ع. السابع عشر، ديسمبر 2002، ص 32 .

² علي الفحام، المرجع السابق، ص 73 و 74 .

³ نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 223 و 224 .

⁴ Mohamed Kobtan, Le Régime Juridique Des Contrats de Secteur Public, étude de droit comparé Algérien et Français, O.P.U, Alger , 1984, p 74.

⁵ عبد الأمير قبلاز، المرجع السابق، ص 380؛ عبد القادر محفوظ، سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان، 2013 - 2014، ص 14 .

و تبعا لذلك فقد تصدى الفقيه Laubadere لهذا الرأي إذ صرح أنه غير مقتنع به و يتعين على L'huilier تصحيح ما جاء به، ذلك أن أحكام المؤيدة لسلطة الإدارة في التعديل الانفرادي متوفرة، فالقضاء يعترف فيما يتعلق بالتزام المرفق العام بحق السلطة مانحة الالتزام في أن تقرر التعديلات المتعلقة بتنظيم المرفق حسب ما نص عليه دفتر الشروط، بل و حتى في الحالة التي لا ينص هذا الدفتر صراحة على التعديل، و هذا ما أخذ به مجلس الدولة الفرنسي في حكمه للشركة العامة للترام، أنه رغم وجود نص صريح تستند عليه الإدارة في حق التعديل، إلا أن هذا الحق يركز على أساس مهم و هو تنظيم المرافق العامة و استمرارية سيرها¹، بل أكثر من ذلك هناك صورة لسلطة التعديل و المتمثلة² في إنهاء الإدارة للعقد الإداري الذي يصبح تنفيذه غير محقق للمصلحة العامة.

وفي هذا المقام يرى الفقهاء أن الأحكام القضائية التي استند عليها L'huilier لتدعيم أفكاره، هي أحكام لا علاقة لها بتاتا بسلطة التعديل و ذلك لتعلقها بالمصلحة الشخصية من جهة، و من جهة ثانية تعد أحكاما تفسيرية للمعنى الحقيقي لشرط في العقد و لنص في القانون³.

ثانيا: الاتجاه المؤيد لسلطة الإدارة في التعديل (النظرية الايجابية)

يمثل هذا الاتجاه غالبية الفقه الفرنسي الذين نادوا بحق الإدارة في تعديل بنود العقد الإداري بإرادتها المنفردة، لما في ذلك من تأمين للمصلحة العامة و تسيير المرافق العامة، حيث يشكل هذا الحق قاعدة عامة في نظرية العقود الإدارية⁴، بغض النظر إن كان هذا الحق منصوص عليه في بنود العقد أو دفا تر الشروط.

ذلك أن فكرة المصلحة العامة تتغير مع تغير الوقت و الظروف الاجتماعية و الاقتصادية، لذا فتعديل العقود الإدارية ضرورة حتمية من أجل مواصلة تحقيق أغراض المصلحة العامة.

¹ خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، المرجع السابق، ص 139؛ أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 208 .

² خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، المرجع السابق، ص 139

³ علي الفحام، المرجع السابق، ص 93 .

⁴ علي الفحام، المرجع نفسه، ص 115؛ عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص 378 .

و قد ذهب الفقيه Haurio إلى القول بأن كل عملية إدارية هي عملية احتمالية، بمعنى أنه قد يرد أثناء التنفيذ وقفها أو تعديلها لأسباب تتعلق بالصالح العام¹، و النتيجة أن كل اتفاقية خاصة بعملية إدارية هي حق احتمالي أي قابلة للتعديل².

Toute opération administrative est aléatoire en sens qu'elle peut, en cours d'exécution être interrompue, retardée ou modifiée pour des raisons d'intérêt public. Par conséquent, toute convention relative a une opération administrative est un contrat aléatoire.

في ذات الاتجاه أجزم الفقيه Laubadere أن الإدارة يمكن أن تفرض و بإرادتها المنفردة تغييرات معينة على شروط العقد، و أن وجود نص صريح على ذلك في بنود العقد لا يعني أنه ينشئها و إنما هو مجرد نص كاشف عن هذه السلطة فقط، إذ ينظم شروط استخدامها و ما ينتج عنها من تعويضات³.

و إضافة إلى ذلك فقد رأى الفقيه Gvibal، أن سلطة التعديل الانفرادي حق معترف به للإدارة بقوة القانون و ثبات هذا الحق أكده الفقيه Richer، إذ اعتبر أن مجلس الدولة الفرنسي قد أعلن موقف هاماً في هذا الموضوع، حيث حسم حق الإدارة بالتعديل الانفرادي للعقد الإداري بشكل لا يضع مجالاً للشك، و أقر بأن سلطة التعديل تنطلق من القواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية⁴.

و في نفس الصدد يشير الفقيه Flamme إلى حق الإدارة بتعديل شروط العقد، من دون حاجة لرضا الطرف الآخر و هو حق أصيل مستمد من صفتها كسلطة عامة لا يمكنها التنازل عنها، و ليست بحاجة لنص صريح في العقد لتقريرها⁵.

¹ خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، المرجع السابق، ص 140 .

² علي الفحام، المرجع السابق، ص 118 .

³ Georges Vedel, Droit Administratif, 4eme édit., Paris, 1968, p 223 ; Jean Marie Auby, Pierre Bon, op, cit., p 230.

⁴ نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 326 .

⁵ Flamme Maurice André, Traité Théorique et Pratique des Marches Publics, t. 2, Bruylant, 1969, pp 178, 179.

مما سبق يمكن القول أن الاتجاه السائد في الفقه الفرنسي آنذاك، أقرّ حق الإدارة في التعديل الانفرادي لعقود التي تبرمها رغم عدم التصييص بنود العقد عليه، و ذلك من خلال قرار مجلس الدولة الفرنسي الشهير *Compagnie Française des tramways générale*، الأمر الذي جعل معظم الفقهاء يستنتجون أن وجود قاعدة قضائية عامة تطبق على جميع العقود الإدارية، التي يمكن بمقتضاها تغيير بنود العقد لملائمته مقتضيات سير المرفق العام¹.

لكن هذا الرأي أدى إلى جدل فقهي واسع و بقي الحال بين المد و الزجر إلى غاية قيام مجلس الدولة الفرنسي بوضع حد لهذا الجدل الفقهي، حيث توصل إلى حسم الموقف من خلال قراره الصادر في 2 فيفري 1983 *Union des transport publics urbains et régionaux*، الذي أقر فيه المجلس بكل وضوح أن حق تعديل العقد بصفة فردية هو امتياز مقرر لفائدة الإدارة بمقتضى القواعد المنظمة للعقود الإدارية².

هكذا يمكن الجزم بأن سلطة التعديل الانفرادي التي تملكها الإدارة تشكل أهم نموذج للشروط غير المألوفة في القواعد العامة، سواء كان منصوص عليها في بنود العقد أو لم يتم النص عليها³.

فالعقود الإدارية التي تنص صراحة ضمن بنودها على حق الإدارة في التعديل لا تنشئ هذا الحق، إنما تكرر في حقيقة الأمر قاعدة عامة و تبين كيفية ممارستها.

ثالثا: الاتجاه التوفيقي لسلطة التعديل (النظرية التحديدية)⁴

مفاد هذا الاتجاه هو الاعتراف للجهة الإدارية بالتعديل حينما يتعلق الأمر بالشروط العامة في عقد الالتزام و عقد الأشغال العامة نظرا للطبيعة الخاصة لكل منهما، حيث تمتع الإدارة بهذه السلطة لا يستند على وجود سلطة عقدية تسمح لها بممارسة هذا الحق، و إنما يرجع إلى الطبيعة الخاصة لهذين الصنفين من العقود التي تتمتع الإدارة بغرض تنفيذها بسلطة

¹ Jean François Lachaume, Droit Administratif, 5eme édit., Paris, P.U.F, 1989, p 302.

² Jean François Lachaume, op.cit., p 304.

³ Didier Truchet, droit administratif, 4eme édit., France, P.U.F, 2011, p 277.

⁴ علي الفحام، المرجع السابق، ص 96.

تنظيمية تخول لها مثل هذا الحق¹، أي أن التعديل الانفرادي لا يشمل كل نصوص العقد بل يقتصر على الجانب التنظيمي للعقد فقط².

و قد أيد الفقيه Jeze هذا الاتجاه، من خلال تأكيده أن للإدارة المتعاقدة السلطة في زيادة أو تخفيض قيمة الخدمات الواجب على المتعاقد أداءها في عقدي امتياز المرافق العامة و عقد الأشغال العمومية فقط، مبررا ذلك بالطبيعة الخاصة لهذه العقود كونها يغلب عليها الطابع التنظيمي، الأمر الذي يترتب عليه حق الإدارة في تعديل الشروط اللائحية دون التعاقدية، كونها تمس بالمركز التنظيمي للمتعاقد دون المركز التعاقدية³، أما في غير تلك الحالة فإنه لا يجوز للإدارة أن تستقل بتعديل شروط العقد وافق عليه كل من الطرفين بحرية.

Il n'appartient pas à l'administration de modifier les clauses d'un contrat librement acceptés par les parties⁴.

بهذا فإن وجهة نظر Jeze انطلقت من خلال التأكيد على فكرة القوة الملزمة للعقد، و محاولته جعلها تنطبق على القانون العام كما هي عليه في القانون المدني، الأمر الذي أدى إلى مرونة العقد الإداري و قابليته للتغيير من جانب الإدارة.

أما فيما يخص تجزئة سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي و جعلها مقصورة على الجوانب التنظيمية فقط، فإن هذا يؤدي إلى القول بحرمان الإدارة من استعمال أية سلطة، خاصة أن الأمر في حد ذاته خلافا للواقع حيث أن Jeze مادام قد نادى بحق تعديل الإدارة لبعض عقودها، فهذا اعتراف ضمني منه باستخدام حقها في تعديل العقد متى تشاء.

الفقرة الثانية: موقف الفقه العربي

¹ نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 324 .

² أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 209 .

³ محمود خلف جبوري، المرجع السابق، ص 167؛ جمال عباس عثمان، المرجع السابق، ص 427 و 428 .

⁴ محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 459 .

لقد تضاربت آراء فقهاء العرب حول حق الإدارة بالتعديل الانفرادي لشروط العقد، لكن رغم هذا إلا أن الرأي الغالب و الراجح في الفقه العربي يؤيد سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، ذلك أن هذا الحق هو مقرر للإدارة كمبدأ عام في كل العقود الإدارية و لو لم يتم النص عليه في بنود العقد، مع إلزامها باحترام العقود التي تبرمها مع المتعهدين و ضمان حقوقهم.

و من بين الفقهاء المؤيدين لهذا الاتجاه الدكتور محمد سليمان الطماوي الذي يرى أن سلطة الإدارة في التعديل مناطها احتياجات المرافق العامة، فهي بذلك ليست مظهر من مظاهر السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة، و إنما هي نتيجة ملازمة لفكرة المرفق العام التي ترجع إليها معظم قواعد القانون الإداري، و على ذلك يجب أن تكون قد استجبت ظروف بعد إبرام العقد تبرر لجوء الإدارة للتعديل¹.

و إلى جانب هذا فإن الدكتور نصري منصور نابلسي يرى بأن تعديل الانفرادي الذي تقوم به الإدارة يكون لمقتضيات المصلحة العامة و حاجات المرفق العام، و إن تجاوز هذا التعديل التزامات المتعاقد فإنه يحتم على الإدارة تعويض هذا الضرر.

و بذلك فإن الجهة الإدارية بتعديلها الانفرادي للعقد الإداري مع تعويض المتعاقد في حالة الضرر، يؤدي إلى نتيجة ايجابية هي تحسين أداء المرافق العامة و تحقيق المصلحة العامة مع عدم إلحاق ضرر بالمتعامل المتعاقد².

أما بالنسبة للجزائر فإن معظم فقهاء الجزائريين أجمعوا على حق الإدارة في تعديل بنود العقد الإداري أثناء تنفيذه، إذا توافرت الشروط و الظروف التي تبرر هذا التعديل، بل أكثر من ذلك اعتبروا أن سلطة التعديل التي تتمتع بها الجهة المتعاقدة هي الحد الفاصل بين العقد الإداري و المدني.

¹ محمد سليمان الطماوي، المرجع نفسه، ص 464 .

² نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 332 .

و في هذا المقام يرى الأستاذ أحمد محيو أن الإدارة تتمتع بسلطة التعديل الانفرادي للعقد في ظل تدابير معينة، و أن هذه القدرة هي التي تميز العقد الإداري عن المدني الذي لا يمكن تعديله إلا بإرادة الطرفين¹.

أما الأستاذ عمار عوابدي فيرى أن الجهة الإدارية تتمتع بسلطة و امتياز التعديل في جميع العقود الإدارية بما فيهم الصفقات العمومية².

و في هذا إطار أضاف الأستاذ ناصر لباد أن الإدارة تتمتع إلى حد ما بسلطة تعديل أحكام العقد بصفة انفرادية، و هذي السلطة هي معترف بها للجهة الإدارية باعتبارها طرفا متميز في العقد³.

و هو نفس رأي الأستاذ عمار بوضياف، الذي قال أنه طالما تميز العقد الإداري بموضوعه و بعلاقته بالمرفق العام خدمة الجمهور و بالمصلحة العامة، و جب أن يتميز هذا العقد في المقابل بالسلطات الممنوحة للإدارة و على رأسها سلطة التعديل، و إلا فإن العقد الإداري سيقترب من العقد المدني الأمر الذي يؤدي إلى إخفاء المظاهر و الأحكام المميزة له⁴.

البند الثالث: موقف القضاء و التشريع من سلطة التعديل

بغية الوقوف على موقف القضاء و التشريع من مدى إمكانية الإدارة من تعديل العقد، لابد من الملاحظة أولا و قبل كل شيء إلى أن أغلب الفقه يؤكد على وجود سلطة للإدارة تمنحها الحق في تعديل كافة العقود الإدارية، و البعض من الفقه ينكر على الإدارة هذا الحق، و البعض الآخر يعترف لها بمثل هذا الحق و لكن في حدود معينة، و على العموم يتضح بجلاء أن الفقه قد تضارب في مسألة التعديل الانفرادي، لئتم التوصل أن حق التعديل المخول للجهة الإدارية هو حق أصيل و ثابت لها دون الحاجة لنص عليه، و لعل ذلك كان نتيجة لتدخل الاجتهاد القضائي الذي فصل هذا الأمر و أكدته التكريس التشريعي لها.

¹ أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الدستورية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، د . م . ج .، الجزائر، ط . الرابعة، 1986، ص 381 .

² عمار عوابدي، دروس في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 218 .

³ ناصر لباد، المرجع السابق، ص 212 .

⁴ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق للمرسوم الرئاسي 236/10، المرجع السابق، ص 206 .

و رغم أن سلطة التعديل الانفرادي كانت محل جدال فقهي، إلا أنها اليوم تعتبر واحدة من أهم المميزات التي تستأثر بها الإدارة كطرف في العقد، بل أكثر من ذلك تعتبر من الشروط غير المألوفة في عقود القانون الخاص و لو وردت في عقد منها لأبطلته.

الفقرة الأولى: موقف القضاء من سلطة التعديل

أولاً: موقف القضاء الفرنسي

لم يعترف مجلس الدولة الفرنسي للإدارة بهذه السلطة إلا عام 1910 في عقد ترام (مارسيليا)، و قد كان هذا الاعتراف مقتصرًا على عقود التزام المرافق العامة، إلا أنه عمم هذه السلطة فيما بعد لتشمل جميع العقود الإدارية، مع بعض الاختلاف في درجة فرضها من الناحية العملية، فالملاحظ أنه كلما كانت صلة العقد بالمرفق العام كلما كانت هذه السلطة أوضح¹.

مما سبق و نظرا لموقف المتباين لمجلس الدولة الفرنسي أخذت الاجتهادات القضائية فيما بعد تعترف بهذه السلطة في عقود محددة و بشروط معينة، إلى غاية حسم مجلس الدولة الفرنسي الموقف من خلال قراره الصادر في 02 فيفري 1983 في قضية² Union des transport publics urbains et regionaux، حيث بهذا القرار اعترف المجلس أن سلطة التعديل مقررة بمقتضى القواعد العامة المنظمة للعقود الإدارية، و هي بذلك سلطة مخولة للإدارة في جميع العقود التي تبرمها دون استثناء.

و قد تم التأكيد على موقف مجلس الدولة الفرنسي من خلال إقراره في 27 أكتوبر 2010، على حق الإدارة في فرض تعديلات بصفة فردية على العقود الإدارية التي تبرمها، في إطار تحقيق الصالح العام و طبقا للقواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية³.

¹ محمود خلف جبوري، المرجع السابق، ص 160 .

² Jean François Lachaume, Droit Administratif, po. Cit., p 304 ; Jean François Lachaume et Hélène Paulait, Droit Administratif, 14eme édit., PUF, Paris 2009, p 557.

³ Christophe Guettier, Droit des Contrats Administratifs, 2eme édit., PUF., Paris 2011, p 435.

Qu'en vertu des règles générale applicable aux contrats administratifs, la personne publique peut apporter unilatéralement dans l'intérêt générale des modifications a ces contrats.

ثانيا: موقف القضاء العربي

بالنسبة للقضاء العربي فقد أخذ منذ مرحلة مبكرة بمبدأ تخويل الإدارة سلطة تعديل العقد الإداري، إذ يعتبر حكم محكمة القضاء الإداري المصري في 26 ديسمبر 1951 أول حكم الذي قضى بأن للإدارة دائما حق تغيير شروط، و إضافة شروط جديدة بما يتراءى لها أنه أكثر اتفاقا مع الصالح العام، ثم أضافت حكم آخر 1976 حيث قضت فيه أن للإدارة سلطة تعديل العقد من جانبها وحدها، إذ تتمتع بهذه السلطة حتى ولو لم ينص عليها العقد لأنها تتعلق بالنظام العام¹.

هذا وقد أكد مجلس شورى اللبناني على حق الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري في قراره² الصادر في 27 جويلية 1969، ثم توالى بعده عدة أحكام قضائية أخرى تمنح جميعها للإدارة الحق في تعديل العقد التي تبرمه.

و قد أضافت المحكمة العليا الليبية حكما بتاريخ 16 فيفري 1978، قضت فيه أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص أساسه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره، و تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، الأمر الذي يمنح للإدارة حق تعديل العقد تعديلا مناطه احتياجات المرفق العام³.

ثالثا: موقف القضاء الجزائري

نظرا للتحويلات السياسية التي شاهدها الجزائر بمقتضى دستور 1989 الذي أرسى مبدأ التعددية السياسية و مبدأ الفصل بين السلطات، وقع إصلاح عميق في إجراءات المنازعات الإدارية خاصة بعد صدور دستور 1996، الذي جاء هادفا إلى تقريب العدالة من المتقاضين

¹ خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلmani، المرجع السابق، ص 145 .

² نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 331 .

³ خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلmani، المرجع السابق، ص 145 .

و تبسيط إجراءات التقاضي، تدعيما لدولة القانون التي نادى بها دستور الجديد¹، و الذي كرس بموجب المادتين 152 و 153 منه على النظام القضائي المزدوج، حيث أشارت المادة 152 منه إلى وجود ثلاث هياكل قضائية هي:

- هيكل قضائي يسمى هرم قضائي عدلي، يتكون من الأعلى إلى الأسفل من المحكمة العليا، المجالس القضائية و المحاكم؛
- هيكل قضائي يسمى هرم قضائي إداري، يتكون في القمة من مجلس الدولة و في الأسفل جهات قضائية إدارية تجسدت فيما بعد في المحاكم الإدارية؛
- هيكل متمثل في محكمة التنازع مختص في حل النزاعات بين الهرم القضائي العدلي و الهرم القضائي الإداري.

إذا فالقضاء الإداري الجزائري يعد من أهم المؤسسات التي يعول عليها في بناء القانون الإداري الجزائري و تشييد أسسه و وضع مبادئه، و رغم عمله على مدار حقبة من الزمن تزيد عن نصف قرن²، إلا أن أحكامه الخاصة بسلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري جاءت قليلة جدا أهمها القرار³ الصادر في 25 جوان 1975، و الفاصل في النزاع القائم بين وزير الأشغال العمومية ضد (أ أ)، و المتعلق بصفقة بناء مساكن و المبرمة في سنة 1963، حيث تتكون هذه المساكن من مجموعتين تضم المجموعة أولى 90 مسكن بقرية تازودة، أما المجموعة الثانية تتكون من 50 مسكن بقرية كافلو.

و في سنة 1964 قررت الإدارة المتعاقدة سحب رخصة بناء 10 مساكن من المجموعة الأولى و 10 مساكن من المجموعة الثانية، و تخصيصها بمدينة زيامة منصورية، الأمر الذي جعل قرار الإدارة واضح في تعديل بنود العقد و تغيير طريقة التنفيذ.

و رغم أن موضوع القرار كان من أجل تكملة قيمة المنجزات، إلا أنه احتوى على ما يدل اعترافه بصفة صريحة و مباشرة للإدارة حق ممارسة سلطة تعديل شروط العقد و بصفة انفرادية.

¹ سعيد بوعلي، المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، ط 2014، ص 12 و 16 .

² عبد القادر محفوظ، المرجع السابق، ص 26 .

³ قرار مجلس الأعلى الجزائري، الصادر بتاريخ 25 جوان 1975، (ب.ر.)، نشرة القضاء، 1978، ع. الأول، ص 42 .

هذا وقد أصدرت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ 16 ديسمبر 1989، حكماً للفصل في نزاع بين (ع.ط) و والي ولاية قالمة، و المتعلق بإبرام صفقة بتاريخ 26 فيفري 1980 لإنجاز 198 سكن بالقرية الاشتراكية الفلاحية بعين التراب دائرة وادي الزناتي، إذ بعد توجيه أمر بالخدمة و شروع السيد (ع.ط) في الأعمال، أصدرت الإدارة المتعاقدة قرار بوقف الأشغال لتغيير الموقع و شروع في الأشغال بالموقع الجديد خلال سنة 1980 .

من خلال قرار تغيير موقع الأشغال و عدم إثارته أمام الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، يمكن استخلاص أن القضاء الإداري أقر بسلطة التعديل الانفرادي للإدارة من خلال تغيير موقع تنفيذ الأشغال¹.

الفقرة الثانية: موقف التشريع من سلطة التعديل

الواقع أن أغلب التشريعات كرست الاتجاه الفقهي الغالب الذي يقرر سلطة السلطة الجهة الإدارية في تعديل شروط العقد و بصفة منفردة، أثناء التنفيذ دون الحاجة إلى وجود نص قانوني أو تعاقدى يبيح لها هذا الحق.

و لا يختلف موقف المشرع الفرنسي في ذلك فيما قرره في دفتر الشروط الإدارية لسنة 2012، في مواده 15، 16 و 17 الأمر الذي يسمح للإدارة بتعديل في حجم الأشغال بالزيادة أو النقصان، كما يجوز لها تعديل أهمية الأشغال².

كما أشار في هذا الصدد المشرع المصري في نص المادة 78 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 98، على أنه: "... يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقصان...".

و في نفس الصدد أشار المشرع الجزائري في المواد 30، 31 و 32 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، إلى التعديلات التي تجريها المصلحة المتعاقدة سواء بزيادة حجم الأشغال أو إنقاص كمياتها.

¹ قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، الصادر بتاريخ 16 ديسمبر 1989، رقم القرار 65145، المجلة القضائية الجزائرية، 1991، ع. الأول، ص 134 .

² Jean Mary Auby, op.cit., p 231.

يستفاد مما تقدم عرضه أن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري الذي تبرمه، هو أمر مسلم به فقها و قضاء و تشريعا، حيث أن هذه السلطة ليست مطلقة و إنما تخضع لضوابط و شروط تلتزم الجهة الإدارية بالتقيد بها.

و بهذا فيمكن القول بأن سلطة التعديل حق مخول للإدارة في تغيير التزامات المتعاقد معها، على نحو و بصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، فتزيد من الأعباء الملقاة على عائق الطرف الآخر أو تنقصها، و لها أن تتناول الأعمال و الكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقص على خلاف ما ينص عليه العقد، و ذلك كلما اقتضت حاجة المرفق إلى هذا التعديل، من غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين¹.

الفرع الثاني: شروط سلطة التعديل

من المسلم به أن التعديل الذي تتمتع به الإدارة في مجال الصفقات العمومية، يشكل خرقا جوهريا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، و ذلك في سبيل حسن سير المرفق العام بانتظام و تحقيقا للمصلحة العامة.

و نظرا لخطورة ممارسة الإدارة لسلطة التعديل في الصفقات العمومية على مصلحة المتعاقد معها، فإن هذه الممارسة غير مطلقة ترد عليها مجموعة من الشروط يجب توافرها و التقيد بها، إذ يترتب على مخالفتها حقا للمتعاقد في اللجوء إلى القضاء المختص، بغية الطعن في قرار الإدارة و من تم الحصول على التعويض أو إلغاء التعديل أو فسخ الصفقة بحسب المخالفة التي ارتكبتها الجهة الإدارية عند التعديل.

¹ حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 210 .

و على العموم فإن أهم الشروط التي تحكم التعديل الانفرادي للصفقة تتمثل في:

البند الأول: وجوب حدوث ظروف جديدة

لما كانت سلطة التعديل التي تتمتع بها الإدارة تستند إلى مقتضيات سير المرافق العامة، و التي أهمها قابلية المرفق العام للتغيير و التعديل بقصد أداء الخدمة العامة على أتم وجه و يجب أن تكون قد استجدت ظروف أثناء تنفيذ موضوع الصفقة.

و يشترط مجلس الدولة الفرنسي لكي تستطيع الجهة المتعاقدة تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، يجب أن تكون الظروف قد تغيرت عما كانت عليه وقت إبرام العقد، إذ تصبح شروط العقد غير ملائمة لحسن سير المرفق العام، و بالتالي لا يتحقق الهدف المرجو منه، لأن ظهور ظروف جديدة يؤدي إلى عدم تحقيق المصلحة العامة إذا تم التنفيذ كما هو منصوص عليه في الصفقة، أما إذا لم تتغير الظروف فإنه لا يكون ثمة مبرر لتعديل شروط العقد¹.

من المسلم به أن سلطة الإدارة في التعديل مناطها احتياجات المرافق العامة، و أن تغيير الظروف هو شرط ضروري لإقرار هذا التعديل باعتبارهما فكرتين متلازمتين للمبدأ العام، و المتمثل في قابلية المرفق العام للتغيير و التعديل وفقا للمستجدات² و الظروف التي طرأت.

و مما لا شك فيه أن الإدارة عند لجوءها لإبرام الصفقات العمومية، فإنها تضع في الحسبان جميع الشروط التي تلائم تنفيذ الصفقة و سير المرفق العام في ظل الظروف القائمة في ذلك الوقت، فإذا ما استجدت الظروف تصعب من تنفيذ موضوع الصفقة أو تنقص من تحقيق أهدافها، فإن للإدارة الحق في تعديل شروط العقد وفق لمقتضيات المصلحة العامة و تماشياً مع الظروف الجديدة.

¹ سهام شقطي، النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون،

جامعة باجي مختار ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، عنابة، 2010 - 2011، ص 45 .

² أنس جعفر، المرجع السابق، ص 222 .

إذا فاشتراط التغيير في الظروف هو شرط منطقي و سبب رئيسي لتدخل الإدارة المتعاقدة، و إجراء التعديلات الضرورية و المناسبة لشروط العقد، و تجنب هروب و تحايل الإدارة في بعض الالتزامات التعاقدية كلما رغبت في ذلك.

لذا يبقى شرط الظروف المستجدة قيذا أمام الإدارة للجوء إلى التعديل و جعله أمرا مشروعاً، و ضمان دراسة جميع الاحتمالات بدقة قبل إبرام الصفقة، و التأكد من سلامة و موضوعية شروط التنفيذ التي تضمنها بنود العقد، لهذا فقد ألزم التشريع الجزائري الإدارة بالتقيد بهذا الشرط في جميع القوانين المنظمة للصفقات العمومية.

البند الثاني: اقتصار التعديل على شروط العقد المتصلة بالمرفق العام

كما هو معلوم أن سلطة التعديل لا تتناول جميع شروط العقد، و إنما تقتصر على تلك الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام فقط¹ و احتياجاته و كيفية إشباع حاجات الأفراد، إذا فهذا القيد ليس إلا نتيجة حتمية للفكرة الأساسية ذاتها التي تشكل الأساس القانوني لسلطة التعديل، و هي ضرورة تكيف العقد مع حاجات المرفق العام.

إن العقود الإدارية تحتوي على بنود متميزة بطبيعتها، فمنها ما تعني بالمرفق العام مباشرة و تتعلق بهدف تسييره و تنفيذه، فهذه لاشك تستطيع الإدارة تعديلها على ضوء احتياجات المصلحة العامة²، أما الأخرى فهي تتعلق بالميزات المعطاة للمتعاقد التي لا يمكن أن يتناولها التعديل³.

و قد أقر القضاء الإداري المصري أن سلطة التعديل الانفرادي ليست مطلقة، بل ترد عليها قيود منها ما تقتصر على نصوص العقد المتصلة بسير المرفق العام و مقتضياته، و الأخرى لا تطبق بقدر واحد في جميع العقود، بل تختلف باختلاف العقود على أساس مدى مساهمة المتعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق⁴.

¹ أحمد محيو، المرجع السابق، ص 382؛ أنس جعفر، المرجع السابق، ص 224 .

² يوسف سعد الله الخوري، ص 479 .

³ جورج فوديل بيار دلقولقيه، المرجع السابق، ص 351 .

⁴ محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 467 .

من خلال ما سبق بيانه يمكن القول، أن سلطة الإدارة في التعديل تقتصر على شروط العقد المتصلة بتسيير المرفق و احتياجاته كزيادة الأشغال أو إنقاصها، أو تغيير طريقة التنفيذ أو آجال التنفيذ، أما شروط العقد الأخرى غير المتصلة بالمرفق العام لا يمكن للجهة الإدارية أن تمسها بالتعديل، لأنها تعد ضمانات و مزايا المالية المتفق عليها في العقد و المقررة لمصلحة المتعامل المتعاقد، و بالتالي فهي لا تتعلق بشؤون تسيير المرفق العام أو تنظيمه، ذلك أن الصفقة التي يتم إبرامها من طرف المصلحة المتعاقدة و المتعاقد معها، تتضمن جانب مالي يتم تحديده و الاتفاق عليه بإرادة الطرفين قبل الشروع في تنفيذ أي التزامات.

فتحديد الجانب المالي هو أمر أساسي و جوهري فهو بذلك يمثل حقوق المتعاقد من جهة، و من جهة ثانية يغطي نفقات و تكاليف تنفيذ الصفقة، التي تسودها و تهيمن عليها فكرة أساسية مفادها أن المتعاقد يسعى دائما من وراء تعاقدته إلى تحقيق الكسب و العائد المالي¹، فبالتالي لا يجوز للإدارة تعديله أو المساس به لتمتعه بالقوة الإلزامية تجاه الطرفين². بهذا يمكن القول أن التشريع الجزائري قد أحسن صنعا عندما قيد الإدارة بتعديل الشروط المتعلقة بتنظيم حاجات المرفق فقط، فالشروط التي لا تؤثر في هذه المقترضات يجب أن تكون مستبعدة و خارج نطاق التعديل.

البند الثالث: أن لا يتعدى التعديل موضوع العقد

ينبغي على الإدارة المتعاقدة و هي تمارس في سلطة التعديل أن تباشرها على نحو يراعي الدقة، لمعرفة ماذا تريد من هذا التعديل و هل يؤدي إلى الدخول في موضوع جديد للتعاقد³. فالإدارة عند قيامها بتعديل شروط العقد تنتقيد سلطتها بأن لا تتجاوز حد معيناً، ذلك أنه مهما كانت سلطة الإدارة و مقتضيات المصلحة العامة، فلا يجوز لها أن تتخذ من حق

¹ ياقوتة عليوات، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري الصفقات العمومية في الجزائر، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة منتوري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسنطينة، 2008 - 2009، ص 171 و 172 .

² قرار مجلس الدولة الفرنسي، الصادرة في 20 مارس 1946، ميشلان مجموعة 1946، ص 89، أخدا عن يوسف سعد الله الخوري، ص 483 .

³ عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي، المرجع السابق، ص 38 .

التعديل ذريعة لتغيير العقد و إرهاب المتعاقد معها، و تفرض عليه تعديلات تجعله أمام عقد جديد ما كان يقبله لو عرض عليه عند التعاقد لأول مرة.

و عليه لا يمكن للإدارة أن تقوم بتعديل انفرادي لأحكام العقد على نحو يغير موضوعه، ذلك أن المتعاقد مع الإدارة عندما يخوض غمار إبرام الصفقات العمومية و يلتزم بتنفيذ مضمون العقد في الآجال المحددة، فإنه يراعي في ذلك قدراته المالية و الفنية¹.

لهذا فإن أقبلت الجهة المتعاقدة على التغيير الموضوعي و الهيكلي للعقد، فيجب أن تحرص على عدم قلب اقتصاديات هذا العقد رأساً على عقب، و ترهق بذلك الذمة المالية للمتعاقد معها و تصعب عليه تنفيذ موضوع الصفقة.

و لقد نص التشريع الجزائري في جميع التنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية عبر حقبة زمنية، على أن للإدارة سلطة التعديل العقد بحيث لا يصل هذا التعديل إلى الحد الذي يخل بالتوازن المالي للصفقة.

البند الرابع: ضرورة تقييد الإدارة بمبدأ المشروعية

من المعلوم عند ممارسة العمل الإداري يقتضي أن توافق تصرفاتها و اختصاصاتها للمشروعية، و بالتالي فإنه عند إقبال الجهة المتعاقدة على تعديل الصفقة، فإن وسيلتها في ذلك هي القرار الإداري الذي تصدره للمتعاقد معها، يتضمن موضوع و إجراءات التعديل الذي قرره.

و لما كان هذا الأمر تصرفاً قانونياً يعلن عن نية الإدارة في إجراء تعديل للصفقة العمومية، قصد إدخال تغيير على شروط تنفيذها و يجب أن يتوافر هذا التصرف القانوني على سائر أركان القرار الإداري ليكون مشروعاً.

ترتياً على ما سبق بيانه يمكن القول أنه بالرغم من تمتع الإدارة بسلطة تعديل العقود التي تبرمها، باعتبارها سلطة أصيلة توجد حتى في إغفال و سكوت العقد و دفاتر الشروط عنها، إلا أنها ليست مطلقة إذ يكمن للمتعاقد طلب إلغائها إذا كانت القرارات الصادرة

¹ عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص 125 .

بشأنها مشوبة بعيب مخالفة القانون، كما يمكن للمتعاقد المتعاقد الامتناع عن تنفيذ التعديل غير المشروع.

ذلك أن سلطة الإدارة في التعديل يجب أن تقتصر على الشروط التي تحدد الالتزامات التي يجب على المتعاقد تنفيذها، و بالتالي لا يجوز للإدارة أن تتجاوز ذلك إلى الشروط التي تنظم المزايا و الضمانات المالية، التي دفعت المتعاقد إلى إبرام العقد كالثمن المتفق عليه مثلا، ففي هذا الشأن قرار الإدارة مخالف للقانون و المتعاقد له الحق في اللجوء للقضاء من أجل إلغاءه.

هذا إلى جانب إمكانية المتعاقد المتعاقد اللجوء إلى القضاء المختص لطلب فسخ العقد مع تقرير تعويض مناسب، و ذلك إذا تجاوزت الجهة الإدارية الحدود المرسومة للتعديل، أو إذا أدى هذا الأخير إلى إرهاب المتعاقد أو قلب اقتصاديات العقد.

المطلب الثاني: الأساس القانوني لسلطة التعديل و نطاقها

بما أن الأصل في عقود القانون الخاص سريان مبدأ العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين، إلا أن هذا المبدأ لا يسري على إطلاقه في العقود الإدارية، فالإدارة في هذه العقود تجعل المصلحة العامة تعلق على مصلحة الأفراد الخاصة، و ذلك من أجل ضمان سير المرفق العام بانتظام.

غير أن حق الإدارة في تعديل شروط العقد يجب أن تقف عند حد معين لا يجوز للإدارة تجاوزه، كما أن هناك اختلاف الفقه له بين مؤيد و معارض لهذا الحق.

و عليه سيتم توضيح في حق الإدارة في التعديل من خلال التطرق إلى الأساس القانوني لحق الإدارة في تعديل شروط الصفقة العمومية كفرع أول، أما الفرع الثاني فسيعالج نطاق سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للصفقة العمومية.

الفرع الأول: الأساس القانوني لحق الإدارة في تعديل شروط الصفقة العمومية

لقد اختلف الفقه في تحديد الأساس القانوني لحق الإدارة في تعديل العقود الإدارية بإرادتها المنفردة، فذهب البعض إلى أن الأساس القانوني لهذا الحق يكمن في فكرة السلطة العامة، بينما يميل الرأي الغالب إلى اعتناق فكرة احتياج المرفق العام كأساس قانوني لهذا الحق، و لا بد من عرض كلا الرأيين بغية الوصول إلى حقيقة الأساس القانوني لحق التعديل.

البند الأول: أساس حق التعديل مستمد من فكرة السلطة العامة

لقد اختلف الرأي في فرنسا حول تحديد الأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية¹، حيث ذهب جانبا من الفقه الفرنسي، إلى القول إن القرارات التي تصدرها الإدارة بشأن تعديل عقودها الإدارية تعتبر من أعمال السلطة العامة، إذ لا تمارس الإدارة بمقتضاها امتيازاً تعاقدياً وإنما تستعمل حقا تملكه كسلطة إدارية²، و أن هذا الحق من النظام العام تباشره الإدارة باستعمالها لأهم امتيازات السلطة العامة التي تملكها و هو امتياز التنفيذ المباشر³. و من تم فإن تعديل الإدارة لشروط العقد الإداري لا يكون بصفتها متعاقدة، بل يعتبر عملا من أعمال السلطة العامة⁴ في مواجهة فرد من الأفراد، ذلك أن القرار الذي تصدره الإدارة معبرة فيه عن إرادتها يكون ممارسة للسلطة العامة و ليس للسلطة التعاقدية⁵، و أبعد من ذلك فإن كافة الموضوعات المتعلقة بالعقد الإداري تظهر فيها دائما فكرة السلطة العامة⁶.

¹ أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 216.

² سيف سعد مهدي الدليمي، مظاهر السلطة العامة في تنفيذ العقد الإداري دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط. 2017، ص 92 و 93.

³ نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 333؛ أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 220.

⁴ علي الفحام، المرجع السابق، ص 151.

⁵ عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في قانون المناقصات و المزايدات دراسة مقارنة بأحكام العقود الحكومية في القانون الأمريكي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط. الأولى، 2009، ص 311؛ سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 93.

⁶ جمال عباس عثمان، المرجع السابق، ص 429.

هذا و قد قررت أيضا محكمة القضاء الإداري بمصر، أن حق الإدارة في التعديل الانفرادي هو مظهر من مظاهر السلطة العامة، حيث يركز هذا الحق على سلطتها الضابطة للعقد و المتصلة بالصالح العام¹.

إن اعتماد أعمال السلطة العامة كأساس لسلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للصفقات العمومية يؤدي إلى القول بأن الإدارة المتعاقدة لا تمارس امتيازاً تعاقدياً في فرض التعديلات الانفرادية على المتعاقد، و إنما تستعمل حقاً مقررراً لها باعتبارها سلطة عامة²، بمعنى عندما تفرض الإدارة هذه التعديلات على المتعاقد ليس باعتباره متعاقداً و لكن كفرد عادي، و النتيجة الحتمية لذلك أن يكون للإدارة هذا الحق بالنسبة لأي فرد أجنبي عن الرابطة التعاقدية و هذا غير مقبول³.

و تأسيساً على ما سبق، فقد رتب الأخذ بفكرة السلطة العامة كأساس قانوني يخول للإدارة المتعاقدة الحق في التعديل الانفرادي للعقد الإداري للنتائج التالية⁴:

- يشمل حق التعديل جميع أنواع العقود الإدارية دون استثناء؛
- تعتبر قرارات الإدارة الصادرة بشأن تعديل العقود الإدارية، دائماً من أعمال السلطة العامة.

و على هذا الأساس، لم يسلم بهذا الرأي أغلبية الفقهاء خصوصاً في العصر الحديث إذ اعتبروا أعمال السلطة العامة هي إما مجرد عبارة لفظية، و إما انضمام إلى النظرية القائلة بازدواج شخصية الدولة كشخص اعتباري و كسلطة عامة⁵، إضافة إلى ذلك أنه لا يمكن تأسيس التعديل الانفرادي إلا على مستلزمات المرفق العام و تغيراته المفاجئة، و على هذا

¹ حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، الصادر بتاريخ 1951/12/26، أخذاً عن أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 220.

² إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية النظرية العامة و تطبيقاتها في القانون الكويتي و المقارن، مكتبة الفلاح، الكويت، ط. 1977، ص 187؛ علي الفحام، المرجع السابق، ص 151؛ أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 220 و 221.

³ سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 93.

⁴ علي الفحام، المرجع السابق، ص 151.

⁵ سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 93؛ أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 216 و 217.

الأساس إن الإدارة ملزمة بعدم التقيد بشكل غير محدود بعقود صارت غير نافعة، أو بشروط عقدية غير متكيفة و متطلبات المرفق العام¹.

البند الثاني: أساس حق التعديل مستمد من فكرة المرفق العام

خلافًا للرأي الأول، يرى أنصار هذا الاتجاه في أن التعديل الانفرادي من قبل الإدارة للعقود الإدارية يجد أساسه القانوني في فكرة المرفق العام و مقتضياته²، حيث يتمثل هذا الأساس في مبدأ قابلية المرفق العام للتعديل و التأقلم مع المعطيات الجديدة، إذ تتغير متطلبات المصلحة العامة بمرور الزمن و كذا مع تغير المعطيات الاقتصادية و الاجتماعية ووفقًا للتطور العلمي و التقني المتواصل³.

و على هذا الأساس، يرى مجمل الفقه الفرنسي و خصوصًا الحديث منه، أن متطلبات سير المرافق العامة بانتظام و تلبية المستجبات و المتغيرات المفاجئة التي تحدث لها سواء في حاجات المرفق نفسه أو حاجات الجمهور، هو الأساس القانوني لسلطة التعديل⁴، إذ من غير المعقول أن تكبل إرادة الإدارة بالقيود و شروط عقدية أصبحت غير مجدية و لا تحقق الهدف الرئيسي الذي أبرمت الصفقة من أجله⁵.

بهذا فإن الإدارة لما تدعو الأفراد للمساهمة في الصالح العام عبر التعاقد، فإنها لن تتخلى عن المهمة التي تعود لها أصلاً، و هي ضمان سير الحسن للمرفق العام.

أما في مصر فقد تبنى أغلب الفقه المصري هذه الفكرة، بحيث تؤسس سلطة التعديل على مقتضيات المرفق العام قابلة دائماً للتغيير⁶، حيث يرى الدكتور سليمان الطماوي أن سلطة الإدارة في التعديل مناطها احتياجات المرافق العامة، فهي ليست مجرد مظهر للسلطة

¹ نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 334.

² مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط. 2007، ص 191.

³ نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 335؛ علي الفحام، المرجع السابق، ص 151.

⁴ سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 95.

⁵ نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 335.

⁶ مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 192.

التي تتمتع بها الإدارة، و لكنها نتيجة ملازمة لفكرة المرفق العام التي يرجع إليها معظم قواعد القانون الإداري¹.

هذا و قد قضت محكمة القضاء الإداري على أنه: " إن طبيعة العقود الإدارية و أهدافها و قيامها على فكرة استمرار المرافق العامة تفرض مقدما حصول تغيير في ظروف العقد و ملابساته و طرق تنفيذه تبعا لمقتضيات سير المرفق العام..."².

أما في الجزائر فقد أكد الدكتور عمار بوضياف على تأصيل سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد يعود إلى حسن سير المرافق العامة³، و هو ما أكده أيضا الأستاذ محمد قبطان إذ يرى سلطة التعديل توجد ضمن متطلبات الحفاظ على مصالح المرفق العام⁴.

على العموم يمكن القول أن الأساس القانوني لسلطة التعديل لإرادة منفردة، يمكن إرجاعه إلى ما تمارسه الإدارة بوصفها سلطة عامة تهدف إلى تسيير المرافق العامة بانتظام من أجل تحقيق المصلحة العامة، فهي تمارس تلك الامتيازات الممنوحة لها بغرض تحقيق هذه المصلحة، و بعبارة أخرى فلا يمكن رد الأساس القانوني إلى فكرة معينة دون غيرها، و ذلك بسبب أن الجهة الإدارية عندما تقوم بتعديل الصفة العمومية يكون لغرض ضمان سير المرافق العامة بانتظام، و الهدف من سير هذا المرفق بانتظام هو تحقيق المصلحة العامة، و بغية تحقيق هذا الأمر فإنه يجب على الإدارة استخدام امتيازاتها بوصفها سلطة عامة.

الفرع الثاني: نطاق سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للصفة العمومية

من المسلم به أن الجهة الإدارية تتمتع بحق التعديل الانفرادي لصفقاتها العمومية أثناء التنفيذ، إذ يشمل هذا التعديل التزامات المتعاقد بصورة لم تكن معروفة وقت الإبرام. غير أن نطاق التعديل الذي تقوم به الإدارة يقف عند حد معين لا يمكنها تجاوزه، بما يتضمن زيادة

¹ محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 464.

² حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، الصادر بتاريخ 1956/12/16، أخذ مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 187 و 188.

³ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي 236/10، المرجع السابق، ص 203.

⁴ Mohamed Kobtan, op.cit, p 76.

أو نقصان في التزامات المتعاقد أو في طرق و وسائل التنفيذ، أو بتعديل الجدول الزمني لمعدلات التنفيذ.

البند الأول: التعديل في مقدار التزامات المتعاقد

إن سلطة التعديل الممنوحة للجهة الإدارية، تمكنها من تعديل مقدار التزامات المتعاقد معها و ذلك بزيادتها أو إنقاصها، و التعديل في هذه الحالة يوصف بأنه تعديل كمي و ليس نوعي، أي يرد على كمية الالتزامات القابلة للتنفيذ و من ذات الصفات و الأسعار الخاصة بالأعمال الأصلية¹، حيث تكون الزيادة أو النقصان المطلوب من نفس طبيعة الالتزامات دون تغيير في نوعيتها.

فيمكن للإدارة تعديل الصفقة أثناء تنفيذها إذا رأت أن شروط العقد الأصلية لا تحقق الصالح العام، كما لو ظهر لها أن تنفيذ موضوع الصفقة يكلفها نفقات طائلة، الأمر الذي ينتج عنه عدم تحقيق المصلحة العامة التي تكون هدفها الأساسي من وراء الإبرام، و بالتالي يخالف ما هو متفق عليه².

هذا و قد نص التشريع المصري بموجب المادة 78 من قانون المناقصات و المزايدات لسنة 1998 على أنه: " يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقص في حدود 25 % بالنسبة لكل بند بذات الشروط و الأسعار دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك...".

و في نفس الاتجاه سار القضاء المصري، إذ قضت محكمة القضاء الإداري بأن: " للإدارة الحق في تعديل مدى التزامات المتعاقد معها...فتزيد الأعباء الملقاة على عاتق

¹ هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية دراسة تطبيقية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط. 2014، ص 50.

² عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ط. 1981، ص 149؛ أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 222 و 223.

الطرف الآخر أو تنقصها، و تتناول الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقص...¹.

كما قضى مجلس الدولة الفرنسي بحق الإدارة في فرض على المقاول زيادة الأشغال المعهودة إليه القيام بها²، رغم نص دفاतर الشروط دائما على حق التعديل و حدوده. أما التشريع الجزائري، فقد خول هو الآخر للمصلحة المتعاقدة سلطة التعديل في الإطار التعاقدى عن طريق تقنية الملحق، الذي يعتبر الآلية الأساسية التي نص عليها تنظيم الصفقات العمومية لإجراء التعديل.

فالملحق هو عقد مكتوب يشمل اتفاق إرادة الطرفين في الصفقة و يتضمن تعديل بند أو عدة بنود³، إذ يعتبر تغيير الشروط التعاقدية من أهم خصائص الأساسية للملحق⁴. هذا و قد نصت المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 على أنه: " يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، و يبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها، أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة".

و قد حدد المشرع الجزائري بموجب المادة 139 من المرسوم الرئاسي 247/15، نسبة 10 % من المبلغ الإجمالي لقيمة العقد كحد لسلطة الإدارة في التعديل، القيام بإدخال تعديلات على تنفيذ موضوع الصفقة بالزيادة أو النقصان في حجم الأشغال، دون قيام المتعاقد بطلب التعويض.

و إذا تجاوزت الجهة الإدارية هذه النسبة المحددة، تكون قد خرقت نطاق التعديل مما يؤثر على المتعاقد معها، الأمر الذي يجعله يطلب الفسخ فورا دون تعويض، شريطة إخبار

¹ حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، رقم 1609، الصادر بتاريخ 19/12/1956، أخذاً عن سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 105.

² قرار مجلس الدولة الفرنسي، الصادر بتاريخ 19/10/1934، أخذاً عن أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 224.

³ ربيعة سبكي، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الإجراءات الإدارية، جامعة ملود معمري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تيزي وزو، 2013، ص 57.

⁴ Christophe Lajoie, op.cit., p 183.

المهندس الرئيسي بطلب كتابي في أجل شهرين ابتداء من تاريخ أمر المصلحة و هذا حسب ما نصت عليه المادة 1/30 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964.

البند الثاني: التعديل في طرق ووسائل التنفيذ

يحق للإدارة أن تقوم بإرادتها المنفردة بتعديل طرق و وسائل تنفيذ موضوع الصفقة، إذا

تبين لها أن المتعاقد معها يستعمل وسائل لم تعد تتلاءم مع الاكتشافات الحديثة، التي تقتضي استعمال وسائل فنية تكون أكثر تقدماً أو اقتصاداً¹، كما يمكن أن تطلب الجهة المتعاقدة من المتعامل المتعاقد إتباع أسلوب أو طريقة فنية خاصة، كاستعمال مادة أحسن أو وسيلة أفضل للصناعة أو البناء بدلا من تلك التي كان متفق عليها في العقد².

و قد أعطى القضاء الإداري المصري للإدارة الحق في تعديل الطرق و الوسائل المستخدمة من قبل المتعاقد أثناء تنفيذه للعقد، و هذا ما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا في حكمها الذي جاء فيه: " إن سلطة جهة الإدارة في تعديل طريقة التنفيذ، هي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية، بل هي أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية عن نظام العقود المدنية، و مقتضى هذه السلطة...تملك من جانبها و بإرادتها المنفردة - و على خلاف المألوف في معاملات الأفراد فيما بينهم- حق تعديل العقد أثناء تنفيذه و تعديل التزامات المتعاقد معها"³.

و يعتبر عقد الأشغال العامة، من أهم العقود التي تتطلب تغييرات كقيام الإدارة بتعديل المواد المستعملة إذا رأت أن هناك مواد أفضل و أصلح للبناء أو للمشروع عن المواد المتفق عليها⁴، و في هذا الإطار قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن الإدارة تستطيع أن تأمر بتعديل المشروعات الأصلية بشرط عدم تغيير موضوع العقد⁵.

¹ هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية دراسة تطبيقية، المرجع السابق، ص 52.

² سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 109.

³ حكم المحكمة الإدارية العليا، الصادر بتاريخ 1992/11/15، أخذاً عن سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 102.

⁴ علي الفحام، المرجع السابق، ص 225.

⁵ أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 226.

أما في عقود التوريد، فالجهة الإدارية لا تستطيع أن تطلب توريد نوع من السلع و البضائع غير النوع المتفق عليه¹، لكن إذا كان عقد التوريد من العقود الصناعية الخاصة بصناعة الأسلحة أو بناء السفن، فقد أقر مجلس الدولة الفرنسي سلطة الإدارة في تعديل وسائل التنفيذ المتفق عليها².

و تجدر الإشارة أن سلطة التعديل المقررة للجهة المتعاقدة في هذا الإطار لا يمكنها الامتداد إلى موقع التنفيذ لأنه لا يعد من وسائل أو طرق التنفيذ.

البند الثالث: التعديل في مدة التنفيذ

يمكن للإدارة أن تعدل من مدة التنفيذ المتفق عليها في العقد، سواء بتقصيرها أو تمديدتها وفقا لمقتضيات و متطلبات الصالح العام.

فيمكن للإدارة أن تطلب من المورد أو المقاول أن يتم التوريد أو الأشغال في مدة أقصر من المدة المتفق عليها في العقد، حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي في قضية وزارة الحربية حينما أيدت التعديلات التي أمرت بها الإدارة المتعاقد معها لإسراع في بناء الحصن بسبب حاجات الدفاع الوطني إليها³.

كما تستطيع المصلحة المتعاقدة أيضا أن تطلب وقف الأعمال أو تأجيلها أو تأخير تنفيذها عن المدة المتفق عليها في العقد كلما استوجبت الظروف و المصلحة العامة ذلك، أبعد من هذا يمكن للجهة الإدارية إنهاء العقد دون خطأ من جانب المتعاقد معها إذا ما تطلبت المصلحة العامة ذلك⁴، و هذا طبقا للمادة 150 من المرسوم الرئاسي 247/15.

المبحث الثالث: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات

يخضع تنفيذ الصفقات العمومية لمبدأ وجوب تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية، و من تم فإذا أحل المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ

¹ هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية دراسة تطبيقية، المرجع السابق، ص 52.

² أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 227.

³ قرار مجلس الدولة الفرنسي، الصادر بتاريخ 1907/05/03، أخذ عن أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 228.

⁴ هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية دراسة تطبيقية، المرجع السابق، ص 5.

التزاماته المحددة بموجب العقد المبرم و دفتر الشروط، كمخالفة للمواصفات المتفق عليها أو تأخير عن تسليم الأشغال في الآجال المحددة، أو تنفيذ التزامه على وجه غير مرض يعد مقصرا و مخلا بالتنفيذ.

و لما كان إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته التعاقدية لا يمثل إخلالا بالتزام عقدي فحسب، بل ينطوي على المساس بغاية إبرام الصفقات العمومية و المتمثلة في حسن سير المرافق العمة بانتظام، لذا قد أجازت معظم التشريعات للإدارة بتوقيع جزاءات إدارية على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة و دون انتظار حكم قضائي.

فللجزاء الموقعة من قبل الإدارة في مجال تنفيذ الصفقات العمومية تعد إحدى أهم امتيازات السلطة العامة التي تمتلكها المصلحة المتعاقدة، باعتبارها القوامة على تنفيذ الجيد لصفقاتها المتصلة بسير المرافق العامة، والتي فرضتها مجريات مسار العلاقة التعاقدية نتيجة وقوع خطأ عقدي من جانب المتعامل المتعاقد أثناء مرحلة تنفيذ الصفقة، مما يرتب عنه مساس باستمرارية المرفق العام المتصل بموضوع الصفقة¹.

لهذا و بغية التفصيل أكثر في سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات، خصص المطلب الأول لدراسة حق الإدارة في توقيع الجزاءات، أما المطلب الثاني فعالج سلطة الإدارة في إنهاء الصفقة العمومية.

المطلب الأول: حق الإدارة في توقيع الجزاءات

إلى جانب سلطة الرقابة و التعديل، تتمتع الإدارة المتعاقدة بسلطة توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد إذا قصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية على أي وجه من الوجوه، سواء امتنع عن تنفيذ التزامه بالكامل، أو تأخر في تنفيذه أو نفذه على وجه غير مرض، أو أحل غيره للقيام بتنفيذ الالتزامات المتفق عليها دون علم و موافقة الإدارة المتعاقدة.

و مما لا شك فيه أن الإدارة تبدأ ممارسة سلطتها في فرض الجزاءات عندما يخل المتعاقد معها بشروط العقد، و الهدف الأساسي من هذه السلطة هو ضمان تنفيذ الصفقة العمومية تنفيذا جيدا لتحقيق الصالح العام، و عليه تمارس الإدارة سلطتها في فرض الجزاءات بإرادتها المنفردة، من خلال قرار تصدره بنفسها دون حاجة إلى نص يقرره، مع اختيار الوقت الذي تراه مناسبا لتوقيع هذا الجزاء، و دون حاجة لإثبات ضرر الذي أصابها كمبرر للجوء إلى القضاء².

¹ جلول بن سديرة، الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام المعمق،

جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان، 2014/2015، ص 11.

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاء و تحكيما، المرجع السابق، ص 67؛ مفتاح

خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 146.

تخضع الجزاءات الإدارية الموقعة من قبل الإدارة لنظام قانوني مختلف تماما لما هو مقرر في القانون الخاص، حيث تهدف الجزاءات التي يطبقها القانون الخاص على الطرف المخل في إصلاح الأخطاء التعاقدية و تعويض المتعاقد، وذلك لإعادة التوازن إلى الالتزامات المتبادلة بين طرفي العقد¹، حتى وإن كان الأصل العام يقتضي تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن النية².

بهذا فسلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، تجد مصدرها في العقد أو القانون أو العرف الإداري³، إذ أن ضرورة الحرص على سير المرافق العامة بانتظام تستلزم التشدد في التعامل مع المتعاقد لإجباره على تنفيذ موضوع الصفقة بدقة⁴.

مما سبق يمكن القول، أن أي إخلال بالالتزام التعاقدية الناجم عن العقد الإداري تترتب عليه جزاءات توقعها المصلحة المتعاقدة، إذ تتعلق هذه الجزاءات بالنظام العام لا يمكن للجهة المتعاقدة التنازل عنها.

و على هذا الأساس تقتضي القاعدة العامة أن كل التزام عقدي يقابله جزاء، و أن خلو العقد من النص على جزاءات معينة لمخالفة الالتزامات العقدية لا يعني عدم وجود جزاء، كما أنه من حق الإدارة أن تتخذ بإرادتها المنفردة الإجراءات الضرورية لتأمين سير المرفق العام و ذلك تحت رقابة القضاء⁵.

لكن رغم استقرار الفقه و القضاء الإداري على حق الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، إلا أن هناك اختلاف حول الأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه السلطة.

لهذا و قبل الولوج إلى الحديث عن الجزاءات الإدارية، لابد لنا من التطرق لرأي الفقه الإداري من خلال استعراض آراء الفقهاء المؤيدة لحق الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد

¹ المادة 119 ق.م.ج.

² المادة 107 ق.م.ج.

³ محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، ج. الثالث، المرجع السابق، ص 842.

⁴ مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي و المقارن، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط. 2002، ص

90.

⁵ مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلحاني، المرجع السابق، ص 147.

المقصر في أداء التزاماته، بناء على امتياز التنفيذ المباشر، غير أن هذه الآراء جاءت مختلفة و متناقضة بخصوص أساس هذه السلطة، فمنهم من يرى أن فكرة المرفق العام و ضرورة استمراره هي الأساس القانوني لهذه السلطة، أما فريق آخر يرى أن السلطة العامة هي أساس فرض هذه الجزاءات و ذلك باعتبارها ركن من أركان الدولة¹.

الاتجاه الأول: يرى أنصار هذا الاتجاه أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد الذي يخل بالتزاماته التعاقدية دون اللجوء إلى القضاء يعود لفكرة السلطة العامة، التي تعرف بأنها مجموعة من الامتيازات و السلطات و الاختصاصات، و مجموعة من الأساليب الفنية، و مجموعة من القيود التي تعمل في حدودها الإدارة العامة، فهي تجعل الإدارة أسمى و لا تتساوى مع مراكز الأفراد، الأمر الذي يحتم وجود قواعد القانون الإداري الاستثنائية و غير مألوفة في القوانين الأخرى، ففكرة السلطة العامة هي التي تحدد مجال التطبيق القانوني، إذ كل تصرف يتضمن مظهرا من نظام السلطة العامة يعد عملا إداريا يدخل في نطاق تطبيق القانون الإداري².

تعتبر فكرة السلطة العامة مظهر من مظاهر الإدارة في مجال العقود الإدارية من جهة، و من جهة ثانية هي تطبيق عملي لامتياز التنفيذ المباشر الذي تملكه الإدارة³، الذي يعد من أهم الدعائم الأساسية للسلطة في نطاق ما تبرمه من عقود ذات الصلة الوثيقة بالسلطة العامة، حيث يمتد أثر هذه السلطة إلى تنفيذ العقد بإخضاعه لقواعد استثنائية غير مألوفة حتى و إن لم يكن منصوبا عليها في بنود العقد، كأن تفسخ الإدارة المتعاقدة العقد دون اللجوء إلى القضاء⁴.

¹ عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ط. الأولى، 1975، ص 50.

² سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 146.

³ محمد صبار محمد المشهداني، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات غير المالية في العقد الإدارية دراسة مقارنة، رسالة مقدمة للحصول على شهادة الماجستير، جامعة الإسراء، كلية الحقوق، العراق، 2014، ص 12؛ أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 342.

⁴ خالد محمد مصطفى، (الجزاءات المالية في العقد الإداري)، مجلة البحوث، جامعة الموصل، بغداد، ع. 18، 2007، ص 160 و 161.

إذا ففكرة السلطة العامة تمثل إهدار لقاعدة المساواة بين المتعاقدين، فهي بهذا المعنى تهدف إلى تحقيق الصالح العام و تغليبه على المصلحة الفردية.

و على هذا الأساس ، فلين حق فرض الجزاء المعترف به للإدارة من جانب واحد يعتبر امتيازاً أصيلاً للسلطة العامة ، موجوداً من تلقاء نفسه لصالح الإدارة المتعاقدة و اختصاصاً متعلق بالنظام العام¹.

إن سلطة الإدارة في اتخاذ الجزاء من جانب واحد تعبر عن فكرة أن المتعاقد قد تحمل بعض الالتزامات و قبل بها، و في حال حدوث أي تقصير من جانبه يستوجب معاقبته، و هذا هو نفس الهدف الذي تسعى إليه الإدارة المتعاقدة عندما تمارس هذه السلطة سواء كانت تستهدف معاقبة المتعاقد جراء مخالفته لنصوص العقد و دفتر الشروط، أو إجباره على تنفيذ التزاماته اللازمة لسير الرفق العام².

أما بالنسبة لموقف الفقه و القضاء الفرنسي من فكرة السلطة العامة كأساس لفرض الجزاءات الإدارية، يرى الفقيه هوريو Hauriou أنه من حق الإدارة استعمال امتيازها في التنفيذ المباشر، من أجل تنفيذ أي عقد مبرم بخصوص المرافق العامة للدولة، كأن تفرض أي جزاء على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته، و ذلك بمجرد صدور قرار من جانبها دون حاجة أن تكون ملزمة باللجوء إلى القضاء ليحكم لها بهذه الجزاءات³، و هذا ما أكده أيضاً الفقيه دي لوبادير Delaubadere، حينما قال أن تطبيق مختلف الجزاءات يتم بقرار إفرادي صادر من الإدارة، و أن الجهة الإدارية - بعكس الوضع في القانون الخاص- ليست بحاجة لأن تطلب من القضاء توقيع الجزاء⁴.

¹ Marcel Walime, Précis de Droit Administratif, édit., Montchrestien, Paris, 1969, p 419 ;

عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 54 و 55.

² محمد صبار محمد المشهداني، المرجع السابق، ص 12 و 13.

³ حسن محمد علي حسن البنان، (الجزاءات المالية في العقد الإداري دراسة مقارنة)، مجلة القانون، جامعة الموصل، ع.

54، 2012، ص 389.

⁴ سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 146.

و يرى الفقيه فيدل Vedel أن الامتيازات الرئيسية التي تمتلكها الإدارة في تطبيق الجزاء تنتج بقوة القانون من نظام السلطة العامة، و يمكن تطبيقها منذ اللحظة التي تكون فيها ضرورية لضمان انتظام المرفق و استمراره¹.

أما بالنسبة لموقف القضاء في فرنسا، فكان مجلس الدولة الفرنسي في أول الأمر يقيد الإدارة بالنصوص التعاقدية، إذ اعتبر أن الإدارة تستمد سلطاتها في توقيع الجزاء من النصوص القانونية أو التعاقدية التي نص عليها العقد المبرم أو دفتر الشروط، لكن بتاريخ 1907/05/31 عدل مجلس الدولة الفرنسي من موقفه و ذلك من خلال حكمه في قضية دبلانك Deplanque، إذ اعتبر أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها مستقلة عن النصوص التعاقدية²، ثم تطور موقفه و أقر للإدارة حق فرض الجزاءات دون اللجوء إلى القضاء، و هذا ما أكدته حكمه في دعوى شركة ملاحه جنوب الأطنطي³.

و في مصر فقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات يكمن في فكرة السلطة العامة، فالجزاء الذي توقعه الإدارة على المتعامل المتعاقد عند إخلاله بأحد التزاماته يعتبر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية بصفة عامة و الصفقات العمومية بصفة خاصة، إذ يمتد آثارها إلى تنفيذ هذا العقد فيخضعه لقواعد استثنائية و لو لم يكن منصوصا عليها في العقد⁴، هذا و يؤكد جانب من الفقهاء أن فرض الجزاءات الإدارية، هو تطبيق لسلطة التنفيذ المباشر⁵.

أما بالنسبة لموقف القضاء المصري، فقد قضت المحكمة العليا بأن الإدارة الحق في توقيع الجزاءات على المتعاقد، و هي في هذا الشأن لا تستند إلى العقد الإداري بل إلى سلطتها الضابطة للمرافق العامة، و عملا بالقواعد الأصولية التي تقضي بها طبيعة العقود الإدارية و أهدافها و قيامها على فكرة حسن استمرار المرافق العامة⁶.

¹ حسن محمد حسن البنان، المرجع السابق، ص 390.

² جمال عباس عثمان، المرجع السابق، ص 399.

³ أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 337 و 338.

⁴ سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 148 و 149.

⁵ أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 337 و 338.

⁶ حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 238.

كما أكدت محكمة النقض المصرية على هذا الأمر بقولها أن توقيع الإدارة للجزاء الضغط على المتعاقد، هو مباشرة منها لسلطتها في التنفيذ المباشر¹.

مما سبق يمكن القول، بأن الشروط الاستثنائية هي تلك الشروط التي تتسم بطابع السلطة العامة و التي لا يمكن النص عليها في العقود المبرمة بين الأفراد، لأنها تستمد وجودها من وجود السلطة العامة كطرف في العقد.

الاتجاه الثاني: خلافا لأصحاب الاتجاه الأول، يسلم أصحاب هذا الاتجاه بأن حق الإدارة

في توقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة يجد أساسه في فكرة المرفق العام، إذ أن سير هذا المرفق بانتظام قد يتعرض للخطر أو التوقف، إذا ما انتظرت الإدارة قرار من القضاء لفرض جزاءات ضد المتعاقدين المخلين بالتزاماتهم.

و على هذا الأساس يرى الفقه الفرنسي بزعامة الفقيه جيز Jeze بأن السير المنتظم و المستمر للمرفق العام يتطلب أكبر قدر من الدقة في تنفيذ العقد الإداري، و عليه ف إنه من المهم أن تكون لالتزامات المتعاقد مع الإدارة جزاءات حاسمة، و في هذا المجال يعجز القانون الخاص عن تقديم نظام ملائم، نظرا لما تميزت به وسائل القانون الخاص من حتمية اللجوء للقضاء، هذا الأخير الذي يتمتع بسلطة تقديرية في السماح بإجراءات تعرقل حصول الدائن على تنفيذ فوري للالتزام. في حين تبين وسائل القانون العام في لجوء إرادة طرفي العقد بالسماح للإدارة بتطبيق الجزاءات التي تهدف إلى سير المستمر و المنتظم للمرفق العام².

و قد أخذ مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه بفكرة المرفق العام كأساس قانوني لتمتع الإدارة بسلطة فرض الجزاءات على المتعاقد معها، و يظهر ذلك جليا من خلال أحكامه الصادرة في سنة 1921 و 1926، إذ أقر فيهما أن للإدارة حق إصدار قرار إداري يوضع المرفق تحت الحراسة إذا اختل سيره اختلالا جزئيا أو كليا، و تستطيع الإدارة اللجوء

¹ سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 149.

² سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 142؛ حسن محمد علي حسن البنان، المرجع السابق، ص 391؛ عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 51 و 52.

إلى هذا الإجراء حتى و لو لم يتم الإشارة إليه في دفتر الشروط، باعتباره إجراء من النظام العام¹.

أما بالنسبة لموقف الفقه المصري، فقد رأى بعض الفقهاء أن سلطة فرض الجزاءات تترتب على مبدأ وجوب سير المرافق العامة بانتظام، نظرا للعلاقة الوثيقة التي تربط العقد الإداري بالمرفق العام، و باعتبار الإدارة مسئولة عن تسيير هذا المرفق، فإنه من اللازم أن تتخذ الإجراءات الكفيلة لإجبار المتعاقد على تنفيذ التزاماته، و هذا ما قضت به محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر بتاريخ 1957/11/24، و الذي جاء فيه بلن كل إخلال من جانب المتعاقد مع الإدارة لا يقتصر على أن يكون إخلالا بالتزام تعاقدي فحسب، و إنما أيضا مساسا بالمرفق العام الذي يتصل بالعقد، و اتصال العقد الإداري بالمرفق و ضرورة الحرص على حسن سير هذا الأخير بانتظام هو الذي يوجب توقيع الجزاءات².

و في نفس السياق قد استقرت أحكام القضاء الأردني على أن الأساس الذي تستند إليه الإدارة في توقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة على المتعاقد معها، و المقصر و المهمل في تنفيذ التزاماته التعاقدية هو المرفق العام و تحقيق المصلحة العامة، و هذا ما قضت به محكمة العدل العليا، إذ نصت على أن العقد الإداري يتسم بطابع خاص يجعله مستقلا عن العقد المدني، إذ أنه يقوم على إشباع احتياجات المرفق العام حتى يسير بانتظام، فإذا قصر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، فإنه من حق الإدارة أن تتخذ جميع الإجراءات اللازمة التي تكفل تنفيذ العقد وفقا لمصلحة المرفق العام³.

و على العموم، إن اختلاف وجهات نظر الفقهاء في تحديد الأساس القانوني لحق الإدارة في فرض الجزاءات على المتعامل المتعاقد، يرجع أساسا إلى الخلاف حول تحديد أساس القانون الإداري، و فيما إذا كان هذا القانون يجب أن يفهم كقانون المرافق العامة أو كقانون ممارسة السلطة العامة.

¹ سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 143.

² محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 498.

³ محمد موسى إبراهيم، المخاطر التي تواجه تنفيذ العقد الإداري دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، كلية الدراسات القانونية العليا، الأردن، 2004، ص 49.

لهذا اعتبر بعض الفقهاء السلطة العامة هي أساس القانون الإداري، إذ السلطة في نظرهم لا يقصد بها الامتيازات الممنوحة للإدارة فقط، وإنما السلطة هي الامتيازات التي تقع على عاتق الإدارة التي تعتبر في الكثير من الأحيان أشد من التزامات الأفراد.

في حين اعتبر آخرون أن القانون الإداري هو قانون المرافق العامة، فحسب رأي هؤلاء الفقهاء لولا وجود المرفق العام الذي يهتم بالمصلحة العامة، لما وجدت قواعد استثنائية غير مألوفة في قواعد القانون الخاص¹.

مما سبق يمكن القول أن كل من الرأيين مبالغ في الفكرة التي اعتمد عليها، ذلك أن أساس القانون الإداري و نطاق تطبيقه يتشكل من فكرتين مهمتين هما المرفق العام و السلطة العامة.

هذا و قد يرتكب المتعاقد مع الإدارة مخالفات أثناء تنفيذ التزاماته التعاقدية، الأمر الذي يجيز للإدارة حق توقيع الجزاء عليه بغض النظر إذا كان أساسه السلطة العامة أو المرفق العام.

و قد تختلف الجزاءات التي توقعها الجهة المتعاقدة على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ الالتزامات المتفق عليها، من جزاءات مالية و غير مالية - وسائل الضغط و الإكراه - أو جزاءات فاسخة للصفقة إذا بلغت المخالفات المرتكبة من قبل المتعاقد حد من الجسامة، لا يستقيم معه الاستمرار في تنفيذ الصفقة.

و عليه سيتم التطرق لأنواع هذه الجزاءات في كل من الفرع الأول الذي خصص للجزاءات المالية و غير المالية، أما الفرع الثاني فسيعالج الجزاءات الفاسخة.

¹ علي بن شعبان، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه في القانون العام، جامعة منتوري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسنطينة، 2011/2012، ص 107.

الفرع الأول: الجزاءات المالية و غير المالية (الضاغطة)

يجوز للإدارة اتخاذ عقوبات بصفة انفرادية توقعها مباشرة على المتعاقد معها، دون حاجة للجوء مسبقاً للقضاء نظراً لما تتمتع به من امتياز الأولوية.

إن الإقرار للمصلحة المتعاقدة بسلطة فرض الجزاء هو إقرار ضروري لمجابهة كل إخلال من قبل المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، كالامتناع عن تنفيذ الصفقة أو التأخير في تسليمها، أو عدم تنفيذها طبقاً للمواصفات المطلوبة، أو عدم الامتثال للتعليمات و التوجيهات التي تصدرها الجهة المتعاقدة.

إذ تهدف الإدارة صاحبة المشروع من خلال توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إلى ضمان استمرارية المرفق العام و تحقيق المصلحة العامة، و ذلك من خلال فرض جزاءات مالية و جزاءات غير مالية.

البند الأول: الجزاءات المالية

تعد الجزاءات المالية من أهم الجزاءات الإدارية التي تتمتع المصلحة المتعاقدة بحق تطبيقها على المتعامل المتعاقد، و هذه الجزاءات عبارة عن المبالغ التي يحق للإدارة مطالبة المتعاقد بها إذا اخل بالتزاماته التعاقدية، و هي على نوعين منها ما يقصد به جبر الضرر الفعلي الذي يلحق الإدارة جراء خطأ المتعاقد، و منها ما يقصد به توقيع عقوبة على المتعامل المتعاقد نتيجة إخلاله بالتزاماته التعاقدية بغض النظر عن تضرر الإدارة من عدمه¹.

و عليه تمنح الإدارة صلاحية فرض عقوبات مالية على المتعاقد معها، بغية ضمان تنفيذ صفقاتها العمومية وفق الشروط و المواعيد المتفق عليها في العقد و دفتر الشروط، و هذا ما نصت عليه المادة 1/147 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 على أنه: " يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير

¹ محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 509.

المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به¹.

بهذا فان للمصلحة المتعاقدة الحق في فرض عقوبات مالية، التي تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة المبرمة نسبتها و كفاءات فرضها، أو الإعفاء منها طبقاً لدفاتر الشروط و هذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 147 من المرسوم الرئاسي 247/15.

و عليه فإن هذه العقوبات المالية قد تتخذها الإدارة في شكل تعويضات Les
Dommages Intéres، أو مصادرة التأمين، كما قد تكون في شكل غرامات Les
Pénalités.

الفقرة الأولى: التعويضات

التعويضات هي عبارة عن مبالغ مالية يحق للإدارة المتعاقدة أن تطالب بها المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته التعاقدية، في حالة سكوت العقد أو شروطه النص على جزاء آخر كالغرامات لمواجهة هذا الإخلال.

و قد استقر الفقه على اعتبار التعويض جزاء أصيل يطبق على كل متعاقد يخل بشروط العقد، فهو بذلك جزاء قريب من ذلك المعروف في القانون المدني من حيث ما يتعلق بتقرير التعويض و اشتراط توافر ركن الضرر، غير أنهما يختلفان في كيفية تحديد هو طريقة تحصيله².

فالتعويض إذا يفرض على المتعاقد الذي يرتكب خطأ من جراء الإخلال بالتزاماته التعاقدية، و حتى يحكم به القضاء للمتعاقد المتضرر يستوجب قيام خطأ و ضرر ناشئ عنه، و من تم علاقة سببية بينهما حتى يكون التعويض بقدر الضرر الناتج.

¹ تقابلها المادة 1/9 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10.

² Jean Marie Auby, Pierre Bon, op,cit, p 234 ;

عبد اللطيف قطيش، الصفقات العمومية تشريعا و فقها و اجتهادا دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط. الثانية، 2013، ص 125.

بهذا فإن التعويض في مجال العقود الإدارية بصفة عامة و الصفقات العمومية بصفة خاصة، يتميز بـلفراد الإدارة المتعاقدة في فرضه و تحديد كيفية تحصيل قيمته، لذا فإن هذه الامتيازات الممنوحة للجهة الإدارية تبرز الطبيعة الخاصة لهذا الجزاء بصفته جزاء إداري، إذ لا يقتصر التعويض عن الضرر في الجزاء المالي فقط، و إنما قد يكون نوعاً من العقاب يطبق على المتعامل المتعاقد بغض النظر عن صدور الخطأ منه، هذا إلى جانب اعتبار الجزاء كضمان لإنجاز المتعاقد عمله على أتم وجه.

و في هذا الإطار قد سمح التشريع الفرنسي للإدارة المتعاقدة في كثير من الحالات بأن تلجأ إلى تحصيل التعويضات بمقتضى أوامر بالدفع تصدرها بإرادتها المنفردة، أما المتعاقد فله أن يطعن في قرار التعويض أمام القضاء المختص، إذ لا يمكن للقاضي الحكم به إلا إذا ثبت الضرر¹ كما هو الشأن في القانون المدني، هذا إلى جانب أن تقدير التعويض يكون وفقاً لجسامة الضرر الذي تتحمله الإدارة²، مع مراعاة الأخطاء المتبادلة لكل من الطرفين المتعاقدين وفقاً للقواعد العامة.

أما عن كيفية تقدير التعويض فإن مجلس الدولة الفرنسي لم يكتف بإعطاء الجهة الإدارية حق اللجوء إلى القضاء لتقديره، بل ذهب إلى أبعد الحدود و ذلك من خلال تمكين الإدارة في حالة عدم وجود نص في العقد، بتحديد مقدار التعويض بنفسها دون اللجوء إلى القضاء، مع السماح لها في كثير من الحالات واستناداً إلى النصوص التشريعية بأن تحصل قيمته بمقتضى أوامر الدفع³.

و على هذا النحو فإن للإدارة الحق في أن تقرر خصم التعويضات من التأمين المالي المقدم من قبل المتعاقد معها، إذ يمكن لهذا الأخير مخاصمة قرار الإدارة أمام القضاء

¹ حكم مجلس الدولة الفرنسي، الصادر في 11/10/1929، في قضية Cie de navigation Sud-Atl.، و كذا حكمه في 26/04/1950، في قضية Cie de navigation Madagascar، أخذاً عن محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 510.

² حكم مجلس الدولة الفرنسي، الصادر في 17/12/1926، في قضية Sté électr. de l'adeur، محمد سليمان الطماوي، المرجع نفسه، ص 512.

³ مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلحاني، المرجع السابق، ص 162؛ ذكرى عباس علي، (الجزاءات الإدارية التي تفرض على المتعاقد مع الإدارة)، مجلة الفتح، العدد 40، سنة 2009، ص 100.

المختص، كما يمكن للقاضي إعفاء المتعاقد من التعويض متى تبين له عدم صحة الأساس الذي بني عليه القرار، و يمكن له أيضا الحكم بتخفيفه إذا كان مبالغا فيه¹.

أما في مصر فلن المصلحة المتعاقدة تلجأ للجهة القضائية لاستصدار حكم منها يمكنها من الحصول على قيمة مبلغ التعويض، كونه لا يوجد في التشريعات المصرية ما يسمح للجهة الإدارية بتقدير التعويض بإرادتها المنفردة، كما أنها لا تتمتع بحق التنفيذ المباشر المعمول به في فرنسا².

غير أن القضاء المصري يرى عكس ذلك، إذ يمكن للإدارة تقدير بنفسها قيمة التعويض و استحقاقه من قبل المتعاقد معها، بشرط أن يكون هذا الأخير قد قدم تأمينات مالية لها، إضافة إلى تضمن العقد المبرم بينهما بندا يسمح فيه للمصلحة المتعاقدة من القيام بذلك، و هذا ما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا في مصر في 1965/11/27، إذ نصت على أنه: " لا وجه لإلزام الإدارة بأن تلجأ إلى القضاء لتحصل منه حكم بالتعويض، مادام أن العقد يخولها صراحة الحق في إجراء المقاصة من أية مبالغ تكون مستحقة لدى المصلحة نفسها، أو أية مصلحة حكومية أخرى عن كل خسارة تلحقها، فإذا كان العقد قد نص أيضا على أن يكون ذلك من دون الإخلال بحق المصلحة في المطالبة قضائيا بالخسارة بالالتجاء إلى القضاء مادام في حوزتها القدر من المبالغ الكافية لجبر التعويض عن الأضرار"³.

إذا فجزء التعويض الذي تفرضه الإدارة في حقيقة الأمر لا يمثل جبرا للضرر، و إنما يكون لإرغام المتعاقد على التنفيذ الجيد للصفقة، لأن الضرر في هذا المجال هو إضرار بالمصلحة العامة و ليس ضررا يمس بشخص الإدارة المتعاقدة، لأن هذه الأخيرة عندما تخوض غمار إبرام الصفقات العمومية فإنها تستهدف حتما المصلحة العامة و ضمان استمرارية سير المرفق العام.

¹ ياسين المعاينة، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها في عقد التوريد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الإسراء، كلية الحقوق، العراق، 2011، ص 28.

² وليد سعود فارس القاضي، الجزاءات في مجال العقود الإدارية دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة آل البيت، كلية الدراسات الفقهية و القانونية، الأردن، 2000، ص 50.

³ سحر جبار يعقوب، (الجزاءات المالية في العقد الإداري)، مجلة الفقه، ع. الخامس، 2007، ص 336.

و على هذا الأساس و خلافا للقانون القديم نص التشريع المصري في ظل قانون رقم 89 لسنة 1998، بموجب المادة 26 منه على إمكانية الجهة الإدارية أن تحصل التعويض مباشرة دون حاجة إلى اتخاذ أية إجراءات قضائية، حيث تخصص هذا التعويض عن كل خسارة تلحق بها من مستحقات المتعاقد معها، و في حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أية جهة إدارية أخرى، و ذلك كله مع عدم الإخلال بحقها في الرجوع عليه بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإداري.

أما بالنسبة للجزائر، فإن للإدارة حق في فرض جزاء التعويض على المتعامل المتعاقد الذي أخل بالتزاماته في تنفيذ الصفقة، و جبر الضرر الذي أصابها من جراء هذا الإخلال¹، غير أن تنظيم الصفقات العمومية و دفاتر شروطها لم ينص على كيفية تحصيل الجهة الإدارية للتعويض المستحق.

لكن بالرجوع إلى المواد 7/35 و 36 و 48 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، نجدها تنص على أن التعويض يتم خصمه من المبالغ التي يستحقها المتعامل المتعاقد، أو من الضمانات المقدمة من قبله.

و على هذا الأساس يفهم أن التعويض يمكن أن تقدره و تحصله المصلحة المتعاقدة من تلقاء نفسها، على أن ينازع المتعاقد معها هذا التقدير أمام القضاء المختص².

¹ تنص المادة 26 من د.ش.إ.ع. لسنة 1964 على أنه: " إذا وردت في عقد الصفقة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير، فيجري تطبيقها دون إنذار سابق بعد التأكد العادي من تاريخ انقضاء الأجل التعاقدى للتنفيذ و تاريخ استلام الأشغال المؤقت...".

² أنيسة سعاد قريشي، النظام القانوني لعقد الأشغال العامة، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2002، ص 116.

بهذا يمكن القول، أن الإدارة تقتطع التعويضات عند كل إخلال بحسن التنفيذ من قبل المتعاقد معها، و بذلك يكون المشرع الجزائري قد وفر عليها إجراءات اللجوء إلى القضاء سواء كان للمطالبة بفرض التعويض أو تقديره، لهذا السبب ألزم التشريع الجزائري على ضرورة تضمن العقود التي تبرمها الإدارة بندا يتعلق بالضمانات.

الفقرة الثانية: مصادرة التأمين

لما كانت الصفقات العمومية ذات صلة وثيقة بالخزينة العامة من جهة و بحسن سير المرافق العامة من جهة ثانية، وجب أخذ الاحتياطات اللازمة لتأمين مصالح الإدارة و الضغط أكثر على المتعاقد معها، و جبره على تنفيذ التزاماته في الآجال المنفق عليها و بالشروط و المواصفات و الكيفيات الواردة في العقد.

لذا ألزم التشريع الجزائري المتعامل المتعاقد دفع مبالغ مالية في شكل تأمينات، كضمان للمصلحة المتعاقدة تتوقى بها آثار الأخطار التي يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ موضوع الصفقة، و يضمن لها ملائمته لمواجهة المسؤوليات المترتبة عن تقصيره¹.

فمصادرة التأمين تعتبر شرطا جزائيا في العقد، جراء إخلال المتعاقد بالتزاماته العقدية إذ توقعه الإدارة بنفسها دون حاجة لصدور حكم قضائي، و دون أن تلتزم بإثبات أن ضررا ما قد لحقها من جراء الإخلال بشروط العقد².

لهذا يعتبر شرط إيداع الضمان³ من الشروط الملزمة للمتعاقد و حقا للجهة الإدارية، التي لا يمكنها التنازل عن هذا الحق، بل يجب أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تبيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين معها و أحسن الشروط لتنفيذ موضوع الصفقة.

¹ أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 349.

² أحمد عثمان عياد، المرجع نفسه، ص 350.

³ يراجع المبحث الأول من الفصل الثاني للباب الثاني، ص 288.

على هذا الأساس و بالرجوع إلى تنظيم الصفقات العمومية، نجد المشرع الجزائري في القسم الرابع نص على الضمانات التي يتعين على المتعاقد تقديمها ككفالة حسن التنفيذ¹ التي يمكن تعويضها باقتطاعات حسن التنفيذ²، إلى جانب كفالة رد التسيبقات³.

الفقرة الثالثة: غرامة التأخير

تلجأ الإدارة المتعاقدة إلى استخدام غرامة التأخير في صفقاتها العمومية التي تبرمها، و ذلك ليس لمواجهة حالات الإخلال بالالتزامات التعاقدية فقط، و إنما أيضا لضمان سير المرافق العامة من خلال التنفيذ.

بهذا فغرامة التأخير هي عبارة عن مبالغ إجمالية تحددها الجهة الإدارية مسبقا في العقد المبرم، كجزاء يفرض على المتعاقد معها الذي تأخر في إنجاز الالتزام المكلف به ضمن الآجال المتفق عليه في العقد⁴، لاسيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ، إذ هذه الجزاءات لا يكاد يخلو منها العقد الإداري، حيث يتم تحصيلها فورا من مستحقات المتعاقد دون حاجة إلى إعدار أو إثبات ضرر أو حكم قضائي⁵.

و يعرف الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة غرامة التأخير على أنها: " جزاء تملك الإدارة حق توقيعه على المتعاقد معها المتأخر في الوفاء بالتزامه التعاقدية في الميعاد

¹ المادة 130 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

² المادة 132 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

³ المادة 110 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

⁴ عبد الرحمن عباس أديين، (الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية)، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة بابل، العراق، ع. الثالث، 2014، ص 555؛ عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه القضاء و التشريع، الناشر منشأة

المعارف، الإسكندرية، ط. 2003، ص 38؛ محمد أنور حمادة، المرجع السابق، ص 87 و 88؛ عبد الغني بسيوني عبد

الله، القانون الإداري دراسة مقارنة لأسس و مبادئ القانون الإداري و تطبيقها في مصر، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط.

1991، ص 548؛ سعاد الشراوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط. 2003، ص 47.

⁵ نصر الدين محمد بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري و أثرها في تسيير المرفق العام دراسة مقارنة، دار الفكر

الجامعي، الإسكندرية، ط. الأولى، 2007، ص 02.

المنصوص عليه في العقد، و تستحق بمجرد هذا التأخير و لو لم ينجم عنه ضرر أصاب الإدارة المتعاقدة¹.

بهذا فإن الغرامة التأخيرية هي جزء مالي اتفاقي تملك الإدارة إيقاعه على المتعاقد المقصر، فهي جزء لمخالفة المتعاقد للشروط التعاقدية المتفق عليها، و عليه يمكن للإدارة توقيعتها حتى لو لم يلحق بها أي ضرر².

أما الفقه الجزائري فقد عرفها الدكتور عمار عوابدي على أنها: "مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مقدما و تنص على توقيعها متى أخل المتعاقد بالتزام معين، لاسيما فيما يتعلق بالتأخير في تنفيذ العقد"³.

و قد عرفت أيضا على أنها: " مبلغ من المال مقدر سلفا في الصفقة أو دفتر الشروط الإدارية العامة، توقعها المصلحة المتعاقدة كجزاء على المتعامل المتعاقد عند تراخيه في تنفيذ الالتزامات محل التعاقد في الآجال المتفق عليها أو في حالة التنفيذ غير المطابق للمواصفات المتفق عليها في العقد"⁴.

أما الدكتور عمار بوضياف فقد عرفها على أنها: "الجزاءات المالية التي توقعها الإدارة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد، وهي مقيدة بممارسة حالتين تتمثلان في:

- حالة عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية في الأجل و المواعيد المتفق عليها؛
- حالة التنفيذ غير المطابق للعقد من قبل المتعاقد"⁵.

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط. 2007، ص 122.

² علي خطار شطناوي، (صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها)، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ع. الأول، مارس 2000، ص 73.

³ عمار عوابدي، القانون الإداري النشاط الإداري، المرجع السابق، ص 219.

⁴ عبد القادر رحال، سلطة المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على المقاول المتعاقد معها في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الإدارة و المالية، جامعة مولود معمري، معهد العلوم القانونية و الإدارية، تيزي وزو، 1990، ص 138.

⁵ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي 236/10، المرجع السابق، ص 211 و 212.

بناء على هذه التعريفات يمكن القول، بأنها أخذت بنفس المنهج الذي أخذ به المشرع الجزائري في تنظيم الصفقات العمومية و ذلك بموجب المادة ¹ 147 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، حينما خول للمصلحة المتعاقدة حق توقيع عقوبات مالية في شكل غرامة و ذلك بتحقيق حالتين هما:

1 - حالة عدم تنفيذ الالتزامات محل التعاقد في الآجال المتفق عليه:

في جميع الأحوال ، الإدارة عند التعاقد توضع بعين الاعتبار عنصر الزمن الذي ينبغي خلاله تنفيذ العقد، حتى يتسنى لها الانتهاء من العملية التعاقدية و الدخول في علاقة جديدة أو تنفيذ جزء أو شطر من البرنامج المسطر و الانتقال إلى جزء آخر ²، لذا لا يمكن من حيث الأصل إغفال عنصر الزمن و هذا ما كرسته الغرفة الإدارية للمحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه: " من المقرر قانونا أن غرامات التأخير تطبق عند عدم تكملة الأشغال في الآجال، على أساس مواجهة بسيطة بين تاريخ انقضاء الأجل المتعاقد عليه و تاريخ استلام الأشغال"³.

فالعقوبة في هذه الحالة تفرض في حالة التأخير في تنفيذ الصفقة، و من هذا المنطلق وجب تسليط جزاء مالي على كل متعاقد ثبت إخلاله بالقيود الزمني أو المدة المقررة لتنفيذ العقد، خاصة و أن هذه المدة هي من اقتراح المتعاقد حينما أقبل على إيداع ملف طلب العروض⁴ و تعهد باحترام المدة المتفق عليها.

¹ تقابلها المادة 09 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10؛ و المادة. 08 من المرسوم الرئاسي رقم 250/02، المؤرخ في

2002/07/24، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر. الصادرة بتاريخ 2002/07/28، ع. 52، الملغى.

² عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي 236/10، المرجع السابق، ص 212.

³ قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، الصادر في 1989/12/16، رقم القرار 65145، المجلة القضائية الجزائرية،

1991، العدد الأول، ص 133.

⁴ لقد استبدل التشريع الجزائري مصطلح المناقصة المنصوص عليه في المرسوم الرئاسي رقم 236/10، بمصطلح طلب

العروض حسب ما نصت عليه المادة 39 و المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 .

2- حالة التنفيذ غير المطابق:

تتمثل هذه الحالة في إخلال المتعامل المتعاقد بالشروط المتفق عليها مع الإدارة بموجب بنود العقد و لكيفيات التنفيذ، فهو بذلك يخرج عن الالتزامات التي تعهد بها، لهذا فهو يخضع لجزاءات مالية تتمثل في غرامة التأخير.

و بناء على ذلك يمكن الإشارة، أنه بالرغم من أن الجزاءات المالية نص عليها المرسوم الرئاسي رقم 247/15، و ضبط أحكامها بموجب المادة 147 إلا أنها تتمتع بأساس عقدي، حيث تستمد قوتها من العقد و ذلك حسب الفقرة الثانية من المادة 147 من المرسوم الرئاسي سابق الذكر، إذ ورد فيها أن نسبة العقوبات المالية تحدد في الصفقة، و هذا ما أكدت عليه المادة 95 من نفس المرسوم الرئاسي المذكور أعلاه، و التي أوجبت ذكر نسب العقوبات المالية و كيفيات حسابها و شروط تطبيقها، أو النص على حالات الإعفاء منها في الصفقة.

و تأسيسا على ما سبق يمكن القول، أن المتعاقد يكون على دراية أنه بمجرد توقيع الصفقة، تقوم الإدارة المتعاقدة بممارسة جملة من امتيازات السلطة العامة، أهمها فرض عليه مبالغ مالية و بنسب محددة في الصفقة، و التي يكون قبلها في دفتر الشرط.

إذا إن التأخير في تنفيذ الصفقة العمومية يؤدي بالضرورة إلى فرض عقوبات مالية، لهذا و لكي تضمن الإدارة المتعاقدة تنفيذ المتعاقد لالتزاماته في أجالها المحددة، تدرج في دفاتر شروطها بند ينص على الغرامة التأخيرية، و التي غالبا ما تكون بتطبيق قاعدة¹ $P = \frac{M}{J.D}$

إذ يرمز لكل من الحروف التالية:

P: و يمثل العقوبة Pénalité؛

M: و هي قيمة الصفقة العمومية Montant du Marché Public؛

D: و هو آجال أو ميعاد التنفيذ باليوم.

¹ علي بن شعبان، المرجع السابق، ص 112.

و عليه يكون حاصل هذا المبلغ عن كل يوم تأخير، بما في ذلك أيام العطل و الراحة الأسبوعية.

و يجب ألا يتجاوز المبلغ الإجمالي للغرامة نسبة 10 % من قيمة الصفقة، و هذا ما تطبقه الإدارة في الجزائر بالنسبة للعقود الأشغال، فقيمة الغرامة التأخيرية تحدد وفق نسب محددة تعينها شروط العقد وهي تحدد عن كل يوم أو كل أسبوع.

هذا و قد نصت المادة 23 من قانون 89 لسنة 1998 على القواعد الأساسية لأحكام غرامة التأخير، حيث أقرت في حالة تأخير المتعاقد في تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له، جاز للسلطة المختصة لدواعي المصلحة العامة إعطاء المتعاقد مهلة إضافية لإتمام التنفيذ، على أن توقع عليه غرامة عن مدة التأخير طبقاً للأسس و بالنسب وفي الحدود التي تبينها اللائحة التنفيذية، بحيث لا يتجاوز مجموع الغرامة 03 % من قيمة العقد بالنسبة لشراء المنقولات و تلقي الخدمات و الدراسات الاستشارية و الأعمال الفنية، و 10 % بالنسبة للمقاولات الأعمال و الأشغال.

و عليه يكون توقيع غرامة التأخير في مصر بالنسب و الأوضاع التالية¹:

- 1- 1 % عن الأسبوع الأول أو أي جزء منه؛
- 1,5- 1,5 % عن الأسبوع الثاني أو أي جزء منه؛
- 2- 2 % عن الأسبوع الثالث أو أي جزء منه؛
- 2,5- 2,5 % عن الأسبوع الرابع أو أكثر؛
- 3- 3 % عن الأسبوع الخامس أو أكثر؛
- 4- 4 % عن كل شهر أو جزء منه بعد ذلك، إذ يجب ألا يتجاوز مجموع الغرامة المفروضة على المتعامل المتعاقد 15 %.

¹ محمود محمد علي صبره، ترجمة العقود الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر، ط. 2004، ص 81؛ رفيق بونس المصري، مناقصات العقود الإدارية، دار المكتبي للنشر و التوزيع، دمشق، ط. الأولى، 1999، ص 58 و 59؛ زكي محمد النجار، حدود سلطات الإدارة في توقيع عقوبة الغرامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط. 1999، ص 66.

أما المشرع الأردني فقد حدد في التشريعات المتعلقة بالأشغال و اللوازم، مقدار غرامة التأخير بنسب مختلفة حسب نوع العقد فيما إذا كان عقد توريد أو عقد تنفيذ أشغال، ذلك لأن طبيعة التنفيذ في عقود الأشغال العامة تختلف عن طبيعة التنفيذ في عقود التوريد، مما يستلزم أن تكون آلية فرض الغرامة و احتسابها متناسبة مع طبيعة العقد محل الصفقة¹.

و على هذا الأساس، فإن قيمة غرامة التأخير تحدد في ملحق نموذج عرض المناقصة مدة تنفيذ العطاء و قيمة غرامة التأخير عن كل يوم، على أن تكون تلك الغرامة متناسبة مع قيمة العطاء و مدة تنفيذه، حيث تحسب وفقا للمعادلة² التالية:

غرامة التأخير = 10 % من معدل الإنتاج اليومي؛

$$\text{غرامة التأخير} = \frac{\text{قيمة العطاء المقدرة}}{\text{مدة التنفيذ بالأيام}} \times \frac{10}{100}$$

أما بالنسبة للمشرع العراقي فقد اختلف عن نظيره الأردني في تحديد قيمة الغرامة، إذ قام التشريع العراقي بتوحيد آلية فرض الغرامة التأخيرية على المتعاقدين، سواء كان عقد توريد أو عقد أشغال عامة³.

هذا و قد نصت المادة 20 من دفتر الشروط الإدارية العامة الفرنسي لسنة 2012، على توقيع الغرامة بمجرد حصول التأخير و بنسب مختلفة، سواء كان التأخير في كامل الصفقة أو في جزء منها.

أولاً: خصائص غرامة التأخير

تعد غرامات التأخير من أهم الجزاءات المالية التي تفرضها الجهة الإدارية على كل متعاقد معها أخل بالتزاماته في التنفيذ الجيد للصفقة العمومية، بهذا فالغرامة تتسم بعدة خصائص تنفرد بها عن غيرها من أنواع الجزاءات، على النحو الذي سيتم توضيحه كالتالي:

¹ محمد صبار محمد المشهداني، المرجع السابق، ص 16 و 17.

² وليد سعود فارس القاضي، المرجع السابق، ص 39.

³ محمد صبار محمد المشهداني، المرجع السابق، ص 17.

1- غرامة التأخير اتفاقية:

تمثل غرامة التأخير أحد أهم الجزاءات الإدارية في الصفقات العمومية، إذ تمثل الوسيلة الأساسية لإلزام المتعاقد بضرورة إنجاز أهداف الإدارة وفق الآجال التي تم تحديدها في العقد، حيث يمثل التأخير ضررا مفترضا يستلزم توقيع غرامة التأخير و تحصيلها فورا من مستحقات المتعاقد لدى الجهة الإدارية، أو من مستحقاته لدى أية جهة إدارية أخرى، دون إضرار و دون إثبات ضرر و كذا دون انتظار حكم قضائي.

فهي بذلك جزء مباشر اتفاقي، يتم اتفاق الطرفين عليه و إدراجه مسبقا في العقد، إذ تلتزم الإدارة به فلا تستطيع زيادته حتى و لو نتج عن التأخير ضرر يزيد على مقدار الغرامة المعين في بنود العقد و دفتر الشروط، كما لا يجوز للإدارة أن تتنازل عن هذه الغرامة، إذ تطبق ما نص عليه القانون لأن العبرة هنا بما اتفقت و تراضت عليه إرادة المشتركة للطرفين المتعاقدين عند إبرام العقد¹.

ولتوقيع غرامة التأخير يشترط أن يكون منصوصا عليها صراحة في بنود الصفقة العمومية، و في دفتر الشروط الخاص بها مع تحديد مقدارها، الأمر الذي يجب الإعمال به حتى و لو نص تنظيم الصفقات المعمول به على خلاف ذلك و هذا إعمالا بقاعدة الخاص يقيد العام².

و قد أكد التشريع الجزائري على الطبيعة الاتفاقية لغرامة التأخير، باعتبارها محددة مسبقا في العقد و هذا ما يتضح من نص المادة 02/147 من المرسوم الرئاسي 247/15، التي جاء فيها: " تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية و كفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط المذكورة في المادة 26 من هذا المرسوم باعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية".

¹ نصر الدين محمد بشير، المرجع السابق، ص 310؛ عمار معاشو، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية في عقود المفتاح و الإنتاج في اليد، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الدولي و العلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية و الإدارية، الجزائر، 1998، ص 175.

² سعيد عبد الرزاق باخيرة، سلطة الإدارة الجزائرية أثناء تنفيذ العقد الإداري دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون العام، جامعة يوسف بن خدة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، الجزائر، 2008/2007، ص 204.

أما المادة 95 من نفس المرسوم الرئاسي المذكور أعلاه، فقد جعلت من البيانات الإلزامية في كل صفقة نسب العقوبات المالية و كفاءات حسابها و كذلك شروط تطبيقها و حالات الإعفاء منها.

و ما يؤكد أيضا على الطبيعة الاتفاقية لغرامة التأخير، ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 36 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، التي جاء فيها: " إذا وردت في العقد الصفقة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير، فيجري تطبيقها دون إنذار سابق بعد التأكد العادي من تاريخ انقضاء الأجل التعاقدى للتنفيذ و تاريخ استلام الأشغال المؤقت...".

من خلال ما تقدم يمكن القول بأن غرامة التأخير تطبق بمجرد اتفاق الطرفين المتعاقدين - الإدارة و المتعاقد معها - على إدراجها ضمن شروط الصفقة العمومية، فإذا تم النص عليها في العقد تقوم الجهة المتعاقدة بتطبيقها بمجرد توفر شروط استحقاقها.

في هذا الإطار يلتزم طرفا الصفقة الع مومق بالأحكام الواردة في العقد و بالنصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية، و في هذا الاتجاه قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر على أنه: " إن القوانين و اللوائح التي يتم التعاقد في ظلها إنما تخاطب الجميع و علمهم بمحتواها مفروض، فإن أقبلوا حال قيامها على التعاقد مع الإدارة فالمفروض أنهم ارتضوا على كل ما ورد بها من أحكام، و حينئذ تندمج في شروط عقودهم و تصير جزء لا يتجزأ منها، حيث لا فكاك من الالتزام بها ما لم ينص العقد صراحة على استبعاد أحكامها كلها أو بعضها، عدا ما تعلق منها بالنظام العام..."¹.

و تأسيسا على ما تقدم، يتبين لنا أن الإدارة المتعاقدة لا تستطيع توقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها إذا لم يتضمن العقد نصا على ذلك، بهذا يمكن إثارة إشكال حول غياب النص على الغرامة التأخيرية في الصفقة العمومية المبرمة، فهل هو إعفاء ضمني للمتعاقد عن الغرامة؟ أم هو تنازل الإدارة عن حقها في فرض العقوبات المالية؟

¹ منصور إبراهيم العتوم، (النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية دراسة مقارنة)، مجلة الشريعة و القانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ع. 53، يناير 2013، ص 349 و 350.

بالرجوع إلى أحكام تنظيم الصفقات العمومية، نجد أن المشرع الجزائري و حماية منه للمال العام قد نص على جميع المسائل الخاصة بعملية التعاقد التي تقوم بها الإدارة، سواء المتعلقة بكيفية اختيار المتعاقد، أو بطرق إبرام الصفقات أو بمسألة الضمانات أو التنفيذ، أو بالجزاءات في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية.

بهذا فإن أطراف العلاقة التعاقدية ملزمون بالتقيد بالنصوص القانون و التشريعات، و هذا ما تؤكدته المادة 01/18 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964: " يجب على المقاول...الإلمام بكل النظم الإدارية التي عليه التقيد بها لتنفيذ الأشغال".

إذا و باعتبار أن النصوص القانونية هي الدعامة الأساسية لإبرام الصفقات العمومية، فيتعين على المتعامل المتعاقد الدراية بها و احترامها عند تنفيذ التزاماته التعاقدية، و في حالة الإخلال بها تطبق عليه العقوبات التي يتم النص عليها في العقد، و التي اتجهت إرادة المشرع على تحديد مقدار هذه الغرامة في التشريع المعمول به.

و عليه يمكن القول أن المشرع الجزائري قد حسم أمر فرض العقوبات المالية، و ذلك بالنص عليها صراحة بموجب المادة 03/147 من المرسوم الرئاسي 247/15: " تقتطع العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصفقة من الدفعات التي تتم حسب الشروط و الكيفيات المنصوص عليها في الصفقة".

لكن بالرجوع إلى الفقه المصري فإنه يخالف رأي، و ذلك من خلال تأكيده على الطبيعة الاتفاقية لغرامة التأخير، بالنص عليها صراحة في العقد، أي أن شرط تطبيق هذه القاعدة - غرامات التأخير - يجب أن ينص العقد صراحة على مقدار الجزاء المقدر مقدما و الذي يلزم به المتعاقد الذي اخل بالالتزامات،¹ و من تم فإن عدم النص على هذه الغرامات في العقد يؤدي حتما إلى عدم جواز سعي الإدارة إلى تطبيقها على المتعاقد معها.²

¹ حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، الصادر في 1961/06/23 اخذ عن عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 517.

² محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 517.

هذا وقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي بمبدأ سلطة الإدارة في فرض الجزاء ، فهذه السلطة مستقلة عن نصوص العقد، و بالتالي ف إن هذه الأخيرة توجد ولو لم ينص عليها دفتر الشروط، إذ لا تنقيد بالجزاء المنصوص عليها في العقد ، بل لها الحق في فرض جميع أنواع الجزاءات الأخرى¹.

أما في الأردن فإين القضاء و التشريع الأردني لم يعالجا استقلال سلطة الإدارة في فرض الجزاء عن العقد الإداري، غير أنه يمكن القول أن الجهة الإدارية تتمتع بهذه السلطة حتى و إن لم ينص عليها في العقد، و ذلك تماشياً مع المبادئ العامة المستقرة في القانون الإداري التي يتم الاستئناس بها بشكل عام في الأردن، ويستنتج ذلك من قرار محكمة العدل العليا الصادر بتاريخ 1997/09/24².

و مما سبق يمكن القول أنه بالرغم من اعتبار مصدر غرامة التأخير هو العقد المبرم بين الإدارة و المتعامل المتعاقد، إلا أن هذا لا يعني بأي حال من الأحوال أن لا تفرض الغرامة على المتعاقد الذي يخل بالتزاماته العقدية في حالة عدم النص عليها في العقد، لأن ذلك سيؤدي إلى نتائج خطيرة تؤثر سلباً على مبدأ حسن سير المرافق العامة بانتظام من جهة ، ومن جهة ثانية إن المتعاقد في هذه الحالة لا يجد أي مانع أو رادع يحول دون إخلاله بالتزاماته التعاقدية، و لهذا ينبغي على الجهة المتعاقدة و في حالة غياب نص في العقد أو دفتر الشروط يعالج إخلال المتعاقد بالتزاماته، فإنها تطبق العقوبات المالية الأخرى أو تنظم غرامات التأخير في ملحق خاص يتبع العقد، و يطبق عند ظهور هذه الإشكالية و ذلك تحت الرقابة القضائية.

كما أن العقوبات المالية التي ألزم عليها التشريع الجزائري، فهي لا تخص المتعامل المتعاقد المحلي فقط، بل تطبق أيضاً على المتعامل الأجنبي إذا عاينت الجهة المتعاقدة أن الاستثمار لم يتجسد حسب الرزنامة الزمنية و المنهجية المنصوص عليها في دفتر الشروط، و لخطأ المتعامل الأجنبي طبقاً للمادة 03/84 من المرسوم الرئاسي 247/15 التي تنص

¹ محمد صبار محمد المشهداني، المرجع السابق، ص 36 و 37.

² محمد صبار محمد المشهداني، المرجع نفسه، ص 37.

على: " إذا عاينت المصلحة المتعاقدة أن الاستثمار لم يتجسد طبقاً للزمنانية و المنهجية المذكورتين في دفتر الشروط، لخطأ من المتعامل المتعاقد الأجنبي فإنها يجب أن تقوم بإعداره حسب الشروط المحددة في المادة 149 من هذا المرسوم، بضرورة تدارك ذلك في أجل يحدد في الاعذار، و ذلك تحت طائلة تطبيق عقوبات مالية محددة حسب الشروط المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 147 من هذا المرسوم."

بهذا يظهر جلياً، أن صرامة المشرع في تطبيق العقوبات المالية على كل من أخل بالتزاماته التعاقدية، تهدف إلى المحافظة على المال العام و تشجيع الاستثمار من خلال حماية المشاريع من كل جمود و ركود و التراكم، الأمر الذي يؤدي إلى تأخير كبير في إنجازها في الأجل المحددة لها، و بالتالي تأخر في تنفيذ المخططات التنموية¹، ذلك أن المدة الزمنية تعتبر من أهم الدعائم الأساسية التي تركز عليها الدول النامية لنقل التكنولوجيا، لهذا عند عدم احترام المتعامل الأجنبي للمدة المتفق عليها في دفتر الشروط و تطبق عليه غرامات مالية تدفع لصالح المؤسسات الجزائرية².

2 - غرامة التأخير تلقائية:

بمعنى ذلك أنه يحق للإدارة أن توقع الغرامة المنصوص عليها في العقد من تلقاء ذاتها و بمجرد التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار، أو اتخاذ أية إجراءات إدارية أو قضائية³، و هذا تطبيقاً للمادة 2/23 من قانون المناقصات و المزايدات رقم 1998/88، إضافة إلى ذلك إن غرامة التأخير تتجسد بمجرد حصول تأخير دون إلزام الإدارة المتعاقدة إثبات الضرر الذي لحق بها من جراء ذلك⁴، كما لا يقبل من المتعاقد أن يدفع بعدم حدوث

¹ رحمة شكلاط، الصفقات العمومية مقارنة تشريعية جديدة، الملتقى الوطني حول اثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة جيجل، يومي 30 نوفمبر، 1 ديسمبر 2011 ص 117

² ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص 96؛ عمار معاشو المرجع السابق، ص 175، 176.

³ نصر الدين محمد بشير، المرجع السابق، ص 313؛ حسن محمد علي حسن البنان، المرجع السابق، ص 423.

⁴ عبد القادر دراجي، (سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية) مجلة الفكر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ع. العاشر، ص 99.

ضرر للإفلات من الغرامة، لأن الضرر المفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس لمجرد التأخير، ذلك أن الإدارة حينما حددت موعداً معيناً لتنفيذ الصفقة، قدرت أن حاجة المرفق العام تستوجب تنفيذ الصفقة العمومية خلال المدة المحددة في دفتر الشروط¹.

وعلى العموم يترتب عن الغرامة التأخيرية تلقائية ما يلي:

توقع الغرامة التأخيرية بمجرد التأخير، أي تطبيق مباشرة دون حاجة الإدارة إلى إثبات الضرر الذي أصابها².

ذلك أن غرامة التأخير تعد بمثابة تعويض جزافي يفرضه الإدارة على المتعاقد معها بمجرد تأخره في تنفيذ الالتزامات المنوطة به، و من دون أن تكلف الجهة الإدارية بإثبات وقوع الضرر نتيجة لهذا التأخر، لأن الضرر هنا مفترض بقريضة غير قابلة للإثبات العكس، ذلك أن كل تأخير في تنفيذ الصفقة العمومية يترتب عليه الإضرار بالمصلحة العامة التي تعمل الإدارة على تحقيقها³.

إن غرامات التأخير المطبقة على المتعامل المتعاقد تستحق بموجب قرار إداري صادر عن الإدارة، تستند فيه إلى دفتر الشروط الإدارية العامة و إلى قانون الصفقات العمومية⁴ دون الحاجة لاستصدار حكم قضائي بتوقيعها.

و لما كان للإدارة صلاحية توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا قصر في تنفيذ التزاماته، فله يتعين الإفصاح عن رغبتها في استعمال سلطتها، لهذا يجب صدور قرار إداري بتوقيع الغرامة التأخيرية التي تعد جزءاً مالي.

و عليه تطبق الإدارة الغرامات التأخيرية بإجراء إداري صادر عن أرائتها المنفردة دون أن تكون ملزمة باللجوء إلى القضاء لإيقاعها، و دون أي تحقيق قضائي مسبق لخطأ

¹ ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص 97

² نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 192.

³ عبد الرحمان عباس أدين، المرجع السابق، ص 559.

⁴ عبد القادر رحال، المرجع السابق، ص 149

المتعاقدين أو لتقصيره أو لتراخيه¹.

إذا فغرّامات التأخير تصبح مستحقة الأداء بموجب قرار صادر من الجهة الإدارية، أو يتم خصم قيمتها من مستحقات² المتعامل المتعاقد لديها أو لدى أية جهة إدارية أخرى، و توقيع غرامة التأخير لا يحول بين الإدارة و بين المطالبة بالتعويض عما أصابها من أضرار بسبب تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته³، و هذا ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ 1950/07/05، و كذلك المحكمة العليا في مصر التي قضت بتاريخ 1957/03/17 على أنه: " إذا كان للإدارة سلطة توقيع جزاءات على المتعاقد إذا ما قصر في تنفيذ التزاماته، فليؤهله يتعين الإفصاح عن رغبة جهة الإدارة في استعمال سلطتها هذه و لا بد من قرار إداري⁴".

كما لا يشترط في توقيع الغرامة التخيرية إلى تنبيهه أو إنذار المتعاقد، أو اتخاذ أي إجراء آخر إداريا أو قضائيا، إذ بمجرد حصول التأخير من جانب المتعاقد يكون للإدارة المتعاقدة فرض هذا الجزاء بأسلوب التنفيذ المباشر⁵.

و على هذا الأساس و باعتبار غرامة التأخير هي غرامة اتفاقية، حددت آجال اقتضاءها في العقد المبرم بين الطرفين، و من تم فإنها تطبق بدون إعدار المتعاقد، و هذا ما نص عليه التشريع المصري بصيغة واضحة في المادة 23 من قانون المناقصات و المزايدات، و نفس الأمر بالنسبة لمجلس الدولة الفرنسي الذي يرى أن وجود نص في العقد يخول للإدارة توقيع غرامة التأخير من دون إعدار مسبق⁶.

¹ نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 193.

² المادة 3/147 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 و تقابلها المادة 90 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10، و المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 250/02.

³ هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية دراسة تطبيقية، المرجع السابق، ص 113.

⁴ نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 194.

⁵ زكي محمود النجار، المرجع السابق، ص 56.

⁶ عبد الرزاق باخبييرة، المرجع السابق، ص 209.

أما التشريع الجزائري، و حسب مضمون المادة 36 من دفتر الشروط الإدارية العامة، التي نصت على أنه: " إذا وردت في عقد الصفحة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير فيجري تطبيقها دون إنذار سابق."؛ و نفس الشيء يظهر من خلال استقراء المادة 3/147 من المرسوم الرئاسي 247/15 حيث نص المشرع الجزائري على اقتطاع الغرامات التأخيرية بصفة مباشرة من مستحقات المتعامل المتعاقد بمجرد وقوع تأخير في تنفيذ موضوع الصفقة. و عليه يمكن القول بلأن الغرامة التأخيرية لا يشترط بالضرورة أن يتم الاعذار فيها بخلاف بقية أنواع الجزاءات الأخرى، لكونها غرامة اتفاقية بين الطرفين المتعاقدين، و قد حددت مسبقا في العقد المبرم آجال اقتضاءها، ومن تم فليعلم المتعاقد بها فله لا محالة.

ثانيا: تمييز الغرامة التأخيرية عن بعض المصطلحات المشابهة لها

تقوم الإدارة بفرض الغرامات التأخيرية على المتعاقد معها لغرض الضغط عليه في تنفيذ التزاماته المفروضة عليه في الصفقة، و تتميز هذه الغرامات بمجموعة من الخصائص و أحكام تنظمها، الأمر الذي يجعلها تختلف في طبيعتها عن الشرط الجزائي¹ و الغرامة التهديدية.

1 تمييز الغرامة التأخيرية عن الشرط الجزائي

يحدث في كثير من الأحيان أن الدائن و المدين لا يتركان تقدير التعويض إلى القاضي كما هو الأصل، بل يعمدان إلى الاتفاق مقدما على تقدير هذا التعويض، فيتفقان على مقدار معين الذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بالتزامه، و هذا هو التعويض عن عدم التنفيذ، أو اتفاق على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه، و هذا هو التعويض عن التأخير الذي يسمى بالشرط الجزائي².

و عليه تختلف غرامة التأخير عن الشرط الجزائي في العقود المدنية، ذلك أن الشرط الجزائي في القواعد العامة هو تعويض متفق عليه مقدما يستحق في حالة إخلال أحد

¹ عبد القادر رحال، المرجع السابق، ص 160.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات آثار الالتزام، ج. الثاني، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، ط. 1968 ص 851.

المتعاقدين بإلزامه، إذ لا يجوز تطبيقه بصفة تلقائية¹ بل يشترط لاستحقاقه ما يشترط لاستحقاق التعويض بوجه عام من وجوب حصول ضرر للمتعاقد الأخر و إعدار للطرف المقصر و صدور حكم به²، هذا إلى جانب قيام القضاء بخفض المبلغ إذا تبين أنه لا يتناسب مع الضرر الذي لحق بالمتعاقدين، أو أن المدين قد اثبت انه نفذ جزء من التزامه الأصلي³.

أما الغرامة التأخير المنصوص عليها في العقد هدفها ضمان تنفيذ الصفقة في المواعيد المتفق عليها، كما أن هذه الغرامة تستحق بمجرد حدوث التأخير و لو لم يترتب على التأخير أضرار، و تفرض على المتعاقد المقصر في التزاماته دون إعدار أو أية إجراءات قضائية أخرى.

2 تمييز الغرامة التأخير عن الغرامة التهديدية

لقد عرف الدكتور عبد الرزاق السنهوري الغرامات التهديدية على أنها وسائل التهديد المالي التي ينطق بها القاضي لإلزام المدين على تنفيذ التزامه عين ا خلال مدة معينة، فإذا تأخر في التنفيذ يلزم بدفع غرامة تهديدية عن هذا التأخير، مبلغا معيناً عن كل يوم أو كل شهر أو أية وحدة أخرى من الزمن⁴.

إذا فالغرامات التهديدية تعتبر من الوسائل العامة التي تجبر المدين على تنفيذ التزامه عيناً، تصدر من قبل القضاء بموجب سندات تنفيذية أو أحكام قضائية كانت أو عقود رسمية⁵.

¹ عبد القادر رحال، المرجع السابق، ص 157.

² زكي محمود النجار، المرجع السابق، ص 59.

³ تنص المادة 184 من ق.م.ج على أنه: "يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا اثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه".

⁴ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، المرجع السابق، ص 807.

⁵ سلوى بزاحي، رقابة القضاء الإداري على منازعات الصفقات العمومية دعوى الإلغاء نموذجاً، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون إداري و مؤسسات دستورية، جامعة باجي مختار كلية الحقوق و العلوم السياسية، عنابة، 2017، ص 171؛ رقية بدرانية، الغرامة التهديدية و تنفيذ قرارات القضاء الإداري، الملتقى الوطني حول التطورات و المستجدات

هذا و قد نص التشريع الجزائري على الغرامة التهديدية بموجب المادة 174 من القانون المدني التي جاء فيها: "إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم إلزام المدين بهذا التنفيذ و يدفع غرامة إجبارية إن امتنع عن ذلك.

و إذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة".

من خلال استقراء نص المادة أعلاه، يتضح لنا أن تطبيق الغرامة التهديدية على المدين المقصر في التزاماته ليس تطبيقا تلقائيا، إنما يكون بموجب حكم قضائي يحدد من خلاله القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين، مراعيًا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن و ما أبداه من عناد¹.

بهذا فإن الغرامة التهديدية لا تطبق إلا بحكم قضائي غير واجب التنفيذ، إذ لا بد للدائن أن ينتظر التصفية النهائية فينفذ بالمبلغ الذي يحكم به القاضي²، و من هنا يتضح أن

للغرامة التهديدية شروط³ يجب توافرها تتمثل في:

- أن يطلب الدائن من المحكمة فرض هذه الغرامة، إذ لا يجوز للقاضي أن يقضي بها من تلقاء نفسه؛

في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، جامعة وهران، يومي 20 و 21/01/2009، ص 59؛ عبد القادر رحال، المرجع السابق، ص 161.

¹ المادة 175 ق.م.ج

² فتية حابي، النظام القانوني لصفقة انجاز الأشغال العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المعدل و المتمم، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام فرع قانون الإجراءات الإدارية، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تيزي وزو، 2013، ص 275.

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، المرجع السابق، ص 808 و 809 و 812.

- أن يكون التنفيذ العيني للالتزام لا يزال ممكناً، إذ لا يتصور اللجوء إلى الحكم بالغرامة التهديدية إلا إذا رفض و تعنت المدين عن تنفيذ التزام ترتب بدمته و كان تنفيذه ممكناً؛

- أن يكون التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه.

إن الاعتراف للإدارة بتوقيع الغرامة التهديدية، كان في بداية الأمر محل اختلاف فقهي واسع، إذ انقسم الفقه إلى رأي معارض بزعمامة الفقيه جيز، بحجة أن للإدارة سلطات واسعة تتخذها لمعاقبة المتعاقد المقصر، و أن الغرامة التهديدية التي يحكم بها القاضي لا تعد سندا تنفيذياً، في حين أن الإدارة معفاة من اللجوء إلى القضاء إذ لها حق إصدار قرارات لإجراءات ذات طبيعة تنفيذية و تنفذها بنفسها¹.

لكن على خلاف هذا الرأي، يرى أنصار الاتجاه المؤيد، أن فرض الغرامة التهديدية أمر ضروري على ملتزمي المرافق العامة، وذلك حتى يتم تنفيذ الالتزام الذي يقع على عاتقهم².

أما مجلس الدولة الفرنسي فكان موقفه رافضاً لطلب الإدارة من القضاء الحكم بالغرامة التهديدية على المتعاقد معها، كونه يتعارض مع مبدأ استقلال الإدارة العامة عن القضاء و هذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في 27/01/1923³.

لكن هذا الموقف لمجلس الدولة الفرنسي سرعان ما تطور و تغير في عقود الأشغال العامة على إثر صدور حكمه بتاريخ 13/07/1956، و الذي قضى من خلاله إمكانية الحكم للإدارة بالغرامة التهديدية على المتعاقد المقصر بتنفيذ التزاماته، بشرط ألا يكون للإدارة المتعاقدة وسائل أخرى لإجبار المتعاقد معها على التنفيذ إلا بمقتضى حكم قضائي⁴، و بهذا يكون القضاء الإداري الفرنسي قد تحرر من القيود التي فرضها على نفسه⁵.

¹ فتيحة حابي، المرجع السابق، ص 275.

² هارون عبد العزيز الجمل، الجزاءات في عقود الأشغال العامة، بحث مقدم للحصول على درجة دكتوراه في القانون الإداري، جامعة طنطا، كلية الحقوق، مصر، 2005، ص 164، فتيحة حابي، المرجع السابق، ص 275.

³ هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص 165.

⁴ هارون عبد العزيز الجمل، المرجع نفسه، ص 166.

⁵ رمضان غناوي، (موقف مجلس الدولة من الغرامة التهديدية، التعليق على قرار مجلس الدولة بتاريخ 08/04/2003)، مجلة مجلس الدولة، الجزائر، 2003، ع.الرابع، ص 166 و 167.

أما بالنسبة لموقف مجلس الدولة الجزائري فلم يكن واضحا بشأن الغرامة التهديدية، إذ معظم أحكامه كانت رافضة للغرامة، ذلك أن الغرامة التهديدية ينطق بها القاضي كعقوبة جزائية ينص عليها القانون تطبيقا لمبدأ قانونية الجرائم، بينما القاضي الإداري و نظرا لغياب نصوص قانونية ترخص له النطق بالغرامات التهديدية، فهو لا يستطيع الحكم بها في المسائل الإدارية¹.

و بهذا فإن قرار مجلس الدولة الجزائري لم يستبعد سلطة القاضي الإداري في تقرير الغرامة التهديدية ضد أشخاص القانون العام فحسب ، بل استبعدها كذلك بالنسبة للمتعاقدين معها، و بالتالي فإن هذا الموقف الرافض لتطبيق الغرامة التهديدية من شأنه الإضرار بالإدارة عندما لا تملك الوسائل القانونية اللازمة لإكراه المتعاقد معها و حمله على تنفيذ التزاماته²، لكن في بعض القرارات كان مجلس الدولة الجزائري يقر بجواز الحكم بالغرامة التهديدية³.

بناء على ما سبق فإنه يمكن القول ، أن موقف مجلس الدولة الجزائري كان غير مستقر و متباين بين رفض الغرامة و قبولها إلى غاية صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية⁴، الذي جاءت أحكامه واضحة مبينة موقف التشريع الجزائري بشأن الغرامة التهديدية، إذ تضمنت نصوصه الاعتراف صراحة للقاضي الإداري بسلطة توقيع الغرامة التهديدية ، حيث يمكنه أن يحدد الأجل للمتسبب في الإخلال للامتثال لها⁵، و له أن يحكم بها من تاريخ

¹ قرار مجلس الدولة الجزائري، الصادر في 08/04/2003، رقم القرار 014989، مجلة مجلس الدولة، الجزائر، ع.الثالث، 2003، ص 117؛ قرار مجلس الدولة الجزائري، المؤرخ في 24/04/2000، رقم القرار 265 غير منشور، أخذنا عن ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص 103.

² رمضان غناوي، المرجع السابق، ص 160.

³ قرار مجلس الدولة الجزائري، الصادر في 03/03/1999، رقم القرار 97، غير منشور أخذنا عن ربيحة سبكي، المرجع نفسه، ص 103.

⁴ قانون رقم 09/08، المؤرخ 18 صفر 1429 الموافق 25/02/2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر.، الصادرة بتاريخ 23/04/2008، ع. 21.

⁵ رمضان غناوي، (قراءة أولية لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية)، مجلة مجلس الدولة، الجزائر، 2009، ع.التاسع، ص 47 و 48؛ الزين عزري، (وسائل إجبار الإدارة على تنفيذ أحكام القضاء في التشريع الجزائري)، مجلة مجلس الدولة، الجزائر، ع.10، 2010، ص 36 و 37.

انقضاء الأجل المحدد¹، كما يمكن للقاضي أيضا أن يحكم بتخفيض قيمة الغرامة التهديدية² أو الإعفاء بجزء منها إذا تجاوزت قيمة الضرر³.

مما سبق ذكره نستخلص أن الغرامة التأخيرية تختلف عن الغرامة التهديدية في النقاط التالية:

- إن الغرامة التهديدية لا تصدر إلا بموجب حكم قضائي، إذ أن الدائن لا يلزم المدين بتنفيذ التزاماته بموجب غرامة تهديدية صادرة تلقائيا، و إنما يتم ذلك بموجب حكم قضائي، على عكس الغرامة التأخيرية التي تصدر بموجب قرار إداري ينتج أثره مباشرة على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، فهي تطبق تلقائيا بمجرد التأخير في التنفيذ؛

- الغرامة التهديدية مقدرة تقديرا بعديا، أي إن تحديد قيمة الغرامة التهديدية يبقى للسلطة التقديرية للقاضي، فله الحق أن يحددها أو يلغيها أو رفعها إذا كان مبلغا غير كافي، بينما الغرامة التأخيرية فهي تحدد مسبقا في العقد و دفتر الشروط و ذلك باتفاق إرادة الطرفين عليها؛

- الغرامة التهديدية ليست حقا للدائن في ذمة المدين، إذ تنتهي الغرامة التهديدية بمجرد تنفيذ المدين لالتزاماته تنفيذا عينيا، أو بإصراره على امتناعه عن التنفيذ، فيفرض القاضي للدائن تعويضا مناسبا على خلاف الغرامة التأخيرية التي تستحق للمصلحة المتعاقدة بمجرد توافر أسباب استحقاقها، و ذلك باقتطاعها من مستحقات المتعاقد دون اللجوء إلى القضاء⁴.

ثالثا: الإعفاء من غرامة التأخير

لقد سبق الإشارة أن ممارسة الإدارة حقها في مباشرة عقوبات التأخير تلقائيا و بنفسها، دون الحاجة إلى تراخيص من أي جهة أخرى.

¹ المادة 946 من قانون رقم 09/08.

² يوسف بن ناصر، السلطات الجديدة للقاضي الإداري في تنفيذ قراراته، الملتقى الوطني حول التطورات و المستجدات في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة وهران، يومي 20 و 21/01/2009، ص 56 و 57؛ المادة 984 من قانون رقم 09/08.

³ المادة 985 من قانون رقم 09/08.

⁴ عبد القادر رحال، المرجع السابق، ص 162 و 164.

إن هذا الامتياز الذي تحوزه الإدارة من حيث قدرتها على تنفيذ عقوبات التأخير دون لجوء مسبق إلى القضاء، هو من أهم ما يميز الصفة العمومية عن العقود الأخرى.

لكن رغم هذا الامتياز إلا أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة إعفاء المتعامل المتعاقد من تطبيق عقوبات التأخير، بشرط أن يتم مسبقاً إدراج ضمن بنود الصفة حالات الإعفاء من تطبيق عقوبات مالية عن التأخير¹.

و يستشف من ذلك أن حالات الإعفاء هذه، يجب أن تثبت براءة المتعاقد من خطأ التأخير، كأن يكون ناتجا عن مسؤولية المصلحة المتعاقدة أو عن ظروف لم يكن ممكنا التحكم فيها.

و يكون إعفاء المتعاقد من المسؤولية بالقدر الذي يدخل ضمن الحالات المذكورة في الصفة، و يبقى المتعامل المتعاقد مدينا فيما عدا ذلك، ولا يدخل ضمن هذه إلا ما يتعلق بالمسؤولية العقدية، أما ما يمكن أن يندرج تحت المسؤولية التقصيرية فلا يجوز إعفاء المتعاقد مع الإدارة منه، لأن الإعفاء من المسؤولية التقصيرية يتعارض و مبادئ النظام العام².

وعلى العموم فليُن حالات إعفاء المتعاقد من الغرامة تتمثل في:

1- القوة القاهرة: من بين ما يمكن اعتباره أساسا للإعفاء حسب ما نص عليه الأمر 90³/67، القوة القاهرة التي نصت المادة 95 من نفس الأمر على تحديد شروطها بدقة، إذ لا يتم هذا الإعفاء إلا بقرار من الوزير المعني أو عامل العمالة، الذي يؤخذ بعين الاعتبار الأحداث غير المتوقعة ولا يمكن مقاومتها الأمر الذي يؤثر على تنفيذ الصفة.

¹ المادة 95 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

² النوي خرشي، المرجع السابق، ص 342.

³ الأمر رقم 90/67، المؤرخ في 09 ربيع الأول 1387، الموافق 1967/06/17، المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج.ر.، الصادرة بتاريخ 1967/06/27، ع. 52.

أما المرسوم رقم 145/82¹ فقد ألزم بموجب المادة 55 على تبيان كيفية تطبيق حالات القوة القاهرة، باعتبارها من البيانات الإلزامية التي يجب توافرها في كل صفقة.

و بالرجوع إلى أحكام المرسوم التنفيذي² رقم 434/91، فقد اعتبرت المادة 51 نسبة العقوبات المالية، و كيفية حسابها و شروط إدراجها و حالات الإعفاء منها و كيفية تطبيق حالات القوة القاهرة، من أهم البيانات الواجب إدراجها في كل صفقة، إضافة إلى تحديد أهم الآثار التي تترتب عن تأخير تطبيق هذه العقوبات³.

أما المرسوم الرئاسي رقم 250/02، فقد حدد بموجب المادة 78 أهم الآثار القانونية المترتبة عن القوة القاهرة، و المتمثلة في تعلق الآجال ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف الأشغال واستئناف الخدمة بعد ذلك، مع تحرير شهادة إدارية مضمونها الإعفاء من غرامة التأخير، وهذا ما أخذ به التشريع الجزائري أيضا في المادة 90 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 و كذا المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

و بالرجوع إلى القضاء الجزائري، فقد اشترط مجلس الدولة الجزائري توافر 03 شروط⁴ حتى نكون أمام قوة قاهرة و هي:

- أن يكون الحادث مستقلا عن إرادة المتعاقد؛
- أن يكون الحادث غير متوقع و غير قابل للدفع؛
- أن يؤدي الحادث إلى استحالة مطلقة في تنفيذ موضوع الصفقة.

¹ المرسوم رقم 145/82، المؤرخ في 16 جمادى الثانية 1402، الموافق 1982/04/10، المتضمن الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج.ر.، الصادرة بتاريخ 1982/04/13، ع. 15.

² المرسوم التنفيذي رقم 434/91، المؤرخ في 02 جمادى الأولى 1412، الموافق 1991/11/09، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر. الصادرة بتاريخ 1991/11/13، ع. 57.

³ المادة 78 من المرسوم التنفيذي رقم 434/91.

⁴ قرار مجلس الدولة الجزائري، الصادر بتاريخ 1999/03/08، أخذا عن عادل قانة، (إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير)، مجلة التواصل في الاقتصاد و الإدارة و القانون، ع. 35، سبتمبر 2013، ص 181.

2-العوائق التي تكون بفعل المصلحة المتعاقدة: تعد من أهم أسباب إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير¹، لأن تطلب الجهة الإدارية أعمال جديدة تحتاج إلى مدة زمنية تتجاوز المدة المتفق عليها، أو تتأخر الإدارة في تقديم المساعدات التي وعدت المتعاقد بها².

3-التمديد الإداري: قد تقتضي المصلحة المتعاقدة مراعاة حسن تعامل المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ الصفقة، لذا يمكنها أن تمهله بعض الوقت لاستكمال التنفيذ إذا تعرض لصعوبات لا ترقى إلى درجة القوة القاهرة، إلا أنها تعيق تنفيذ الصفقة في المواعيد المحددة³.

و هذا التمديد الذي تقوم به الجهة المتعاقدة قد يكون بصورة صريحة كإفصاح الإدارة المتعاقدة صراحة و دون تحفظ ، أو بشكل رسمي في منح المتعاقد مهلة إضافية لتنفيذ موضوع الصفقة ، و ذلك بعد طلب يقدمه ال متعامل المتعاقد للإدارة و توافقه عليه بشكل رسمي⁴.

و قد يكون تمديد ضمني كانهاء آجال التنفيذ أو تلتزم الإدارة الصمت إذ لا تتخذ أي إجراء ضد المتعاقد المتراخي في التنفيذ⁵.

4-الإعفاء الإداري: باعتبار الإدارة قوامة على سير المرفق العام، فإن لها سلطة تقديرية في إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير و ذلك بعد تقدير ظروف المتعاقد و رأت أنها لم تؤدي إلى أضرار تمس بالمصلحة المتعاقدة، أو أنها رأت أن ظروف التنفيذ كان فيها إرهاب للمتعاقد⁶.

تأسيساً على ما سبق، يمكن القول أن الإعفاء من الغرامة التأخيرية برغم من تقصير المتعاقد في تنفيذ التزاماته، ينبغي أن لا يمارس إلا إذا كانت هناك جدوى من الممارسة، ذلك

¹ علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص 109 و 110؛ منصور إبراهيم العتوم، المرجع السابق، ص 371.

² هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية دراسة تطبيقية، المرجع السابق، ص 119؛ زكي محمد النجار، المرجع السابق، ص 61.

³ علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص 111 و 112؛ عادل قاننة، المرجع السابق، ص 184.

⁴ عادل قاننة، المرجع نفسه، ص 184.

⁵ علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص 111 و 112.

⁶ محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 844؛ علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص 112؛ هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية دراسة تطبيقية، المرجع السابق، ص 120.

أن الإعفاء قد يكون من أهم العوامل التي تشجع المتعامل المتعاقد على التراخي في التنفيذ الجيد للصفقة، الأمر الذي ينتج عنه جمود المشاريع و تراكمها مما يؤدي إلى تأخير كبير في إنجازها، و بالتالي تأخر في تنفيذ المخططات التنموية، وهذا ما يمثل تهديدا خطيرا لتنظيم الإدارة العامة و تسيير مرافقها.

لهذا و لضمان استمرار سير المرافق العامة بانتظام، تمارس الإدارة حقها في تطبيق الغرامة التأخيرية كجزاء يفرض على المتعاقد المتراخي في تنفيذ التزاماته وفق للآجال المحددة في بنود العقد و دفتر الشروط.

غير أن الامتياز الممنوح للإدارة و إن كان تطبيقه لا يحتاج لإعذار مسبق أو حكم قضائي، فإفنه يخضع إلى رقابة القاضي الإداري إذ يحق للمتضرر من قرار الإدارة اللجوء إلى القضاء، ليثبت أن التأخير أو عدم التنفيذ حدث نتيجة خطأ من المصلحة المتعاقدة و يطلب توقيف تنفيذ هذا القرار أو إلغائه.

بمعنى أن للمتعاقد الحق في تعقب هذا الجزاء قضائيا بالطعن فيما انطوى عليه من عيوب، و له أيضا ضمان تنفيذ الحكم الصادر لصالحه بإلغاء الجزاء أو التعويض عما لحقه من أضرار نتيجة توقيع جزاء الغرامة عليه دون مبرر قانوني¹.

غير أن الواقع العملي نادر ما يكون ذلك ممكنا، إذ عادة ما يتم تنفيذ قرار الإدارة بسرعة أكبر مما يقتضيه صدور حكم القاضي الإداري و النطق به، و لذلك غالبا ما يجد القاضي نفسه أمام حالة الأمر الواقع، خاصة أن التنفيذ المالي لغرامات التأخير يتم دائما في إطار التسوية على حساب الرصيد المؤقت حسب ما نص عليه التشريع الجزائري في المادة 119 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

¹ علي محمد مظفر، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية في اليمن دراسة مقارنة، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2012، ص 280.

البند الثاني: الجزاءات غير المالية (الضاغطة)

من المسلم به أن التشريع خول للجهة المتعاقدة فرض جزاءات على المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزامات موضوع الصفقة، غير أن المصلحة المتعاقدة لا يقتصر حقها في توقيع الجزاءات المالية فقط، و إنما تتمتع أيضا بسلطة فرض جزاءات أشد تأثيرا على المتعامل المتعاقد إذا تمادى في عدم تنفيذ التزاماته العقدية، و تسمى هذه الجزاءات بالجزاءات الضاغطة¹.

و مما لا شك فيه أن هدف هذه الجزاءات هو إرغام المتعاقد المقصر و إجباره على تنفيذ التزاماته، من خلال استخدام وسائل الضغط دون الزيادة في الأعباء المالية²، إذ يتحمل المتعاقد كافة الآثار المالية الناتجة عن تنفيذ العقد بواسطة غيره³.

الفقرة الأولى: مفهوم الجزاءات غير مالية (الضاغطة)

تعرف الجزاءات غير مالية على أنها جزاءات ذات طبيعة مؤقتة تملك الإدارة حق توقيعها على المتعاقد معها ، إعمالا لامتيازها في التنفيذ المباشر لإجباره على الوفاء ب التزامه التعاقد⁴.

تعتبر الجزاءات غير المالية -الضاغطة- من الوسائل القهرية التي تلجأ إليها الجهة المتعاقدة لضمان سير المرفق العام، فهي من الوسائل الأشد قسوة عن الجزاءات المالية، إذ لا تلجأ إليها الإدارة إلا إذا أخل المتعاقد بتنفيذ العقد إخلالا خطيرا⁵.

¹ Brahim Boulifa, Marchés Publics Manuel méthodologique, vol.1, 2eme édit., Berti, Alger, 2016, p 348 ; Christophe Lajoye, op.cit.p 174 ; Pierre Laurent Frier, Jacques Petit, Précis de Droit Administratif, 4eme édit., Montchrestien, France, 2007, p 350.

² عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 40.

³ جمال الدين سامي، المرجع السابق، ص 665.

⁴ هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية دراسة تطبيقية، المرجع السابق، ص 133.

⁵ محمد صبار محمد المشهداني، المرجع السابق، ص 28.

فالجزئات الضاغطة هي جزاءات مؤقتة لا يترتب عنها إنهاء العقد بالنسبة للمتعاقد المقصر، بل يظل هذا الأخير مسؤولاً أمام الإدارة على أن تتم عملية تنفيذ الالتزامات على حسابه و تحت مسؤوليته¹.

و مؤدى ذلك أن يستمر العقد قائماً منتجا لآثاره بالنسبة للمتعاقد المقصر، الذي يعتبر من الناحية القانونية مستمر في التنفيذ، بمعنى أن تحل المصلحة المتعاقدة محل المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته العقدية، أو تقوم بتكليف الغير بتنفيذ ذلك مؤقتاً تحت مسؤولية المالية للمتعاقد الأصلي و إلزامه بدفع جميع التعويضات اللازمة².

هذا و بالرجوع إلى القواعد العامة، فإن المدين ملزماً بتنفيذ التزاماته التعاقدية عينياً، و إذا امتنع عن ذلك يتم إجباره على التنفيذ، كما يمكن للدائن أن يقوم بالتنفيذ العيني لبعض البنود على حساب المدين المقصر³.

غير أن التنفيذ العيني في القانون المدني الجزائري، لا يتم إلا بلجوء الدائن إلى القضاء لإجبار المدين على التنفيذ، أما في العقود الإدارية ف إن الأمر يختلف، إذ تقوم الإدارة المتعاقدة بتنفيذ الالتزامات التعاقدية بنفسها و تحت مسؤولية المتعاقد معها⁴ و دون حاجة إلى حكم قضائي.

¹ سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 182؛ هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية دراسة تطبيقية، المرجع السابق، ص 133.

² مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 204؛ سورية ديش، العقوبات الإدارية على المتعامل الاقتصادي في الصفقات العمومية و العون الاقتصادي في قانون المنافسة دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه تخصص التجريم في الصفقات العمومية، جامعة الجبالي ليايس، كلية الحقوق و العلوم السياسية، سيدي بلعباس، 2013/2014، ص 67.

³ مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 204؛ هاجيرة بومدين، جزاء الفسخ في الصفقات العمومية دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه تخصص التجريم في الصفقات العمومية، جامعة الجبالي ليايس، كلية الحقوق و العلوم السياسية، سيدي بلعباس، 2013/2014، ص 37؛ علي بن شعبان، المرجع السابق، ص 115.

⁴ مجدي المتولي، التعليق على قانون المناقصات و المزايدات الجديد الصادر بقانون 89 لسنة 1998، دار الفكر و القانون، مصر، ط. الأولى، 2000، ص 225.

هذا وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا بمصر في قرارها¹ الصادر في 1961/04/22، أن الإدارة تملك وسائل ضغط و إجراءات قهرية تمارسها على المتعاقد معها مبررة ذلك بأن العقود الإدارية يجب أن تنفذ بدقة، لأن تسيير المرافق العامة يقتضي ذلك.

و لما كانت الجزاءات الضاغطة التي تلجأ إليها الإدارة تعد بمثابة جزاءات مؤقتة، فإنه لا ينبغي للمصلحة المتعاقدة التنازل عنها ، لأنها تعتبر كمبدأ عام من السلطات المقررة للإدارة حتى و لو لم ينص عليها في بنود الصفقة أو في دفتر شروطها، فهي مستمدة من امتيازات السلطة العامة²، إذ توصف من الجزاءات القهرية مقارنة مع الجزاءات المالية ، لهذا فإن الالتجاء إليها لا يكون إلا في حالة إخلال المتعامل المتعاقد ببلتزاماته إخلالا خطيرا.

الفقرة الثانية: صور الجزاءات الضاغطة

و تختلف صور الجزاءات الضاغطة التي تمارسها الإدارة في مواجهة المتعاقد تبعا لاختلاف طبيعة العقد ، فهي تتخذ صورة فرض الحراسة على المرفق بالنسبة لعقد الامتياز ، و صورة سحب الأعمال من المقاول المقصر و التنفيذ على حسابيه بالنسبة لعقد الأشغال العامة أو صورة الشراء على حساب المتعاقد بالنسبة لعقد التوريد³.

من خلال ما تقدم و بالنظر للطبيعة الخاصة للإجراءات الضاغطة في العقود الإدارية، فسيتم التطرق فقط لعقدي الأشغال العامة و اقتناء اللوازم، نظرا لقيمتها المالية التي تكلف خزينة الدولة أموالا باهظة⁴، و من جهة ثانية معرفة الشروط و الوسائل التي تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة لإكراه المتعاقد و حمله على الوفاء ببلتزاماته التعاقدية.

¹ قرار المحكمة العليا بمصر، الصادر بتاريخ 1961/04/22، رقم القرار 1137، أخذاً عن مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 204.

² - ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص 117 ; Christophe Lajoie, op.cit.p 174 ;

³ محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 526.

⁴ تنص المادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 : " كل صفقة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة اثني عشر مليون دينار أو يقل عنه للأشغال العامة أو اللوازم..."; أما المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 03/13، المؤرخ في 01 ربيع الأول 1434، الموافق 2013/01/13، يعدل و يتمم المرسوم الرئاسي رقم 236/10، ج.ر. الصادرة بتاريخ 2013/01/13، ع. 02، فقد نصت على: "كل عقد أو طلب يساوي مبلغه ثمانية ملايين دينار أو يقل عنه لخدمات الأشغال أو اللوازم".

أولاً: سحب الأعمال من المقاول و التنفيذ على حسابه في عقد الأشغال العامة

يعرف التنفيذ على الحساب، بأنه سحب العمل و وقف المقاول المقصر في تنفيذ التزاماته أو المتأخر في أدائها من قبل الإدارة، إذ تقوم هذه الأخيرة بتنفيذ الأعمال المطلوبة بنفسها أو بواسطة متعاقد جديد على مسؤولية و حساب المتعاقد الأصلي¹.

إذا فحلول الإدارة محل المتعاقد بنفسها أو بواسطة متعاقد آخر يعتبر إجراء قهري لتنفيذ الأشغال الموقفة، إذ يمكن هذا الإجراء المصلحة المتعاقدة من الاستيلاء على عمال و أدوات المتعامل المقصر بالقدر الذي يمكنها من إنجاز الأشغال².

و منه فإن هذا الجزاء ليس من شأنه إنهاء العقد و إنما إرغام المقاول على التنفيذ، إذ تظل الرابطة التعاقدية قائمة و منتجة لأثارها رغم حلول الإدارة أو متعاقد آخر، و بهذا فإن سحب العمل من المقاول لا يوقع إلا مع قيام الرابطة العقدية³.

إذ يظل المقاول مسؤولاً عن جميع التزاماته التعاقدية بعد سحب الأعمال منه، ولا يمكنه استرداد التأمين أو الضمان وقت إعلان الإدارة على إجراء السحب، كما لا يمكنه المطالبة بأي مقابل للأشغال التي نفذها مادام أن العمل مستمر في التنفيذ على حسابه⁴.

كما يمكن للمقاول مراقبة الأشغال و متابعتها مادام بتنفيذها يكون على حسابه و نفقته، الأمر الذي يخوله استبعاد النفقات التي لا أساس لها أو مبالغ فيها⁵.

¹ هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية دراسة تطبيقية، المرجع السابق، ص 139؛ سيف سعد مهدي الديلمي، المرجع السابق، ص 188.

² Christophe Lajoie, op, cit, p 175 ; Khaled Aoudia, Mohamed Sallem, Mouloud Sabri,

Guide de gestion des marchés publics, édit. du Sahel, Algérie, 2000, p 172 ;

- مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 205.

³ عبد القادر رحال، المرجع السابق، ص 182 و 183، إسماعيل بحري، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق فرع قانون الدولة و المؤسسات العمومية، جامعة بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، الجزائر، 2008، 2009، ص 120.

⁴ هجيرة بومدين، المرجع السابق، ص 43.

⁵ عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص 552.

و على العموم فيرى الكثير من الفقهاء أن حق الإدارة في ممارسة هذا الجزاء مرتبط بالنظام العام و دون الحاجة للنص عليه في العقد¹، بينما يرى البعض الآخر أنه يجوز لطرفي العقد الاتفاق على استبعاد هذا الجزاء، فيجب في هذه الحالة أن تفسر إرادة الطرفين، أن للإدارة حق في توقيع الجزاءات الضاغطة و ذلك في حالات التقصير الشديد الذي يتعرض من خلاله المرفق العام للخطر، بمعنى و حسب هذا الرأي أن تطبيق هذه الجزاءات في حالة الخطأ العادي تبقى مرهونة بسلطة التقديرية للقاضي في تقدير حالات الخطأ².

أما الاتجاه الآخر، فيرى أن العقد لا يجوز أن تتضمن شروطه نصا يحرم الإدارة من حق وضع المقاول تحت الإدارة مباشرة بشكل عام، إذ يعتبر هذا الشرط أو النص باطلا ولا أثر له³.

أما إذا قدم المقاول ضمانات جديدة تكفل إنجاز الأشغال العمومية موضوع الصفقة عاجلا و على نحو يحقق المصلحة العامة، فإنه يمكن للإدارة في هذه الحالة العدول عن سحب العمل من المقاول⁴.

وقد أجاز القانون رقم 89 لسنة 1998 بموجب المادة 25 على حق الإدارة في التنفيذ على حساب المتعاقد، إذا أخل بأي شرط من شروط العقد و يكون هذا التنفيذ بموجب قرار صادر من قبل السلطة المختصة.

و بالرجوع إلى التشريع الجزائري، فقد قرر جزاء سحب العمل من المقاول في المادة 3/35 من دفتر الشروط الإدارية لسنة 1964 و التي تنص على "... إذا لم ينفذ المقاول المقننات المفروضة، يجوز للمهندس الرئيس باستثناء حالة الاستعجال بعد عرض المسألة

¹ عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 214؛ محمد خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 133؛ هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص 178.

² عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 214؛ عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص 179.

³ عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 214؛ هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص 179.

⁴ أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقا لأحكام قانون المناقصات و المزايدات الجديد، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، ط. 2002، ص 361.

على الوزير أن يأمر بإجراء النظام المباشر على نفقة المقاول ، ذلك النظام الذي يجوز أن يكون جزئياً".

ما يلاحظ على نص المادة أن المشرع الجزائري نص على النظام المباشر ، و المقصود منه وضع المقاول تحت الإدارة المباشرة لصاحب الأشغال (الإدارة) فتحل محل المقاول، و تعين مدير يقوم بتنفيذ الأشغال على حساب المقاول و تحت مسؤوليته¹.

إذ يختلف النظام المباشر عن بعض المفاهيم الأخرى كالاستغلال المباشر، الذي يعتبر أحد أساليب إدارة المرفق العام²، حيث تتولى الإدارة تسيير مرافقها مباشرة مستعملة في ذلك أموالها و موظفيها مع استخدام لامتيازات السلطة العامة.

أما النظام المباشر أو الإدارة المباشرة كما أطلق عليه التشريع الجزائري في المادة 3/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة، فيعتبر جزاء ضاغط على المقاول لإرغامه على تنفيذ التزاماته التعاقدية دون إلغاء الصفقة إذ تبقى منتجة لأثارها.

و على العموم و نظرا لخطورة هذا الجزاء الذي تنفرد المصلحة المتعاقدة بتوقعه على المتعاقد معها، الذي تخلف أو تأخر عن تنفيذ احد التزاماته ، فلينه لابد من توفر شروط تطبيقه حتى لا تتعسف الإدارة في أعماله.

1 - شروط تطبيق جزاء سحب العمل من المقاول

إن تطبيق جزاء سحب العمل من المقاول، يقتضي توافر شروط معينة تضمن احترام الإدارة لمصالح المقاول، و تتمثل في:

1 1 وقوع خطأ جسيم من قبل المقاول:

يسلم الفقه و القضاء في فرنسا بأن وضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة يفترض وقوع خطأ جسيم من جانب المقاول، فلذا كانت المخالفة لا ترقى إلى هذه الدرجة، فلينها لا تعتبر

¹ علي بن شعبان، المرجع السابق، ص 116؛ هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص 171.

² عبد الرزاق سعيد باخبييرة، المرجع السابق، ص 247.

مبررا كافيا لهذا الجزاء¹، الأمر الذي يمنح الحق للمقاول في مطالبة الإدارة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء تصرفاتها إذا كان الخطأ غير جسيم.

و في هذا الصدد يملك القاضي سلطة تقديرية واسعة لقياس مدى خطورة، الخطأ و مدى صحة الجزاء المطبق على المتعاقد².

إذا فالخطأ المرتكب من جانب المقاول ذا أهمية ثانوية أو أنه خطأ بسيط لا يعد مبررا كافيا لتوقيع جزاء السحب من قبل الإدارة، لكن إذا ارتكب المقاول عدة أخطاء فلين اجتماعها يزل على إهمال جسيم ينسب إلى المقاول في تنفيذ الأشغال، الأمر الذي يبرر مشروعية الجزاء³.

و عليه فليس كل خطأ من جانب المتعاقد يبرر لجهة الإدارة أن توقع عليه الجزاءات غير المالية، بل يجب أن يكون خطأه من درجة كبيرة من الخطورة و الجسامة، إذ يؤدي ذلك الخطأ إلى إضرار كبير بالصالح العام.

و من المسلم به في الفقه الفرنسي، أن تنفيذ العقد على حساب المتعامل المتعاقد و حلول الإدارة محله في التنفيذ، يتعين أن يكون بسبب إخلال هذا الأخير بالتزاماته التعاقدية إخلالا جسيما، وقد أقر القضاء الفرنسي بحق الإدارة في تنفيذ العقد على حساب المتعاقد في حالة ارتكابه مخالفات جسيمة لالتزاماته التعاقدية في حكمه الصادر 1936⁴/12/30.

أما الأفعال المبررة لهذا، و التي كثيرا ما ترددت في أحكام مجلس الدولة الفرنسي ما يأتي⁵:

¹ عبد المجيد فباض، المرجع السابق، ص 215.

² عبد المجيد فباض، المرجع نفسه، ص 215.

³ بن سديرة جلول، المرجع السابق، ص 96؛ فتحة حابي، المرجع السابق، ص 289.

⁴ حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 574.

⁵ سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 189 و ص 190؛ محمد يوسف المعداوي، مذكرات في الأموال العامة و الأشغال العامة، ج. الثاني، دم.ج.، الجزائر، ط. 1984، ص 23 و ص 24؛ وليد فاروق جمعة، حماية المقاول في إطار عقد الأشغال العامة، بحث مقدم للحصول على درجة الدكتوراه، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق،

مصر، 2000، ص 81 و ص 82

- تأخير تنفيذ الأعمال، متى كان لهذا التأخير أهميته؛
 - ترك الموقع أو وقف الأشغال و عدم مراعاة مواعيد التنفيذ؛
 - عدم تنفيذ الأوامر المصلحية.
- و بالرجوع إلى المادة 1/35 من دفتر الشروط الإدارية لسنة 1964، إن المشرع الجزائري لم يحدد لنا حالات سحب العمل من المقاول على سبيل الحصر، و إنما أورده على سبيل المثال، لكن عند التمسك بحرفية النص و تفسيره، يفهم أن الأخطاء الجسيمة التي تبرر اتخاذ الإدارة لجزاء سحب العمل من المقاول تنحصر في صورتين هما:
- عدم مراعاة المقاول لشروط الصفقة؛
 - عدم امتثال المقاول لأوامر المصلحة.
- أ- **عدم التزام المقاول بشروط الصفقة:**

بعد الانتهاء من جميع الإجراءات التي حددها التنظيم و المتعلقة بسريان الصفقة، يتم تأريخ وثيقة التبليغ و ترقيمها وتسجيلها وفق ما تقتضيه المعاملات الإدارية قبل تبليغ المقاول بها، و تكون مرفقة بالصفقة فضلا عن كل الوثائق التي من شأنها أن تسهل للمتعامل المتعاقد البدء في تنفيذ موضوع الصفقة ، مثل الأمر بالأشغال و التصاميم المتعلقة بالأشغال، رزنامة الإنجاز و آجال التنفيذ التي يتضمنها العقد و دفتر الشروط ، إذ يلتزم المقاول بإنهاء الأعمال موضوع التعاقد، بحيث تكون صالحة تماما للتسليم المؤقت و في المواعيد المحددة.

فإذا تأخر المتعاقد في تنفيذ الأشغال أو ترك الموقع و أوقف الأشغال لفترة معينة، أو تخلى عن التنفيذ كليا أو جزئيا، جاز للمصلحة المتعاقدة توقيع جزاءات ضاغطة على المقاول المقصر في التنفيذ و سحب الأشغال منه و بوضع تحت الإدارة المباشرة، أو بواسطة مقاول آخر إذ تنفذ على حساب مسؤولية المقاول المقصر و تحت حسابه¹.

¹ المادة 3/35 من د.ش.إ.ع. لسنة 1964؛ المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

ب - عدم امتثال المقاول للأوامر المصلحية:

لتوجيه المقاول أثناء التنفيذ، تلجأ المصلحة المتعاقدة لإصدار أوامر المصلحة بقصد تحديد أوضاع تنفيذ موضوع الصفقة، إذ تصدر هذه الأوامر عادة من الأعضاء الفنيين في الإدارة، لاسيما المهندسين المنوط بهم الإشراف على تنفيذ الأشغال العامة¹.

و الأمر المصلي يحد قرار إداري ملزم يتعين على المقاول احترامه و تنفيذ ما جاء به.

هذا و قد استقر مجلس الدولة الفرنسي على أن عدم امتثال المقاول للأوامر المصلحية يعتبر خطأ جسيم، الذي يبرر توقيع جزاء شديد يتناسب مع ما قد يحدثه الامتناع عن تنفيذ هذه الأوامر من اضطرابات خطيرة تعيق حسن سير المرفق العام².

و لا يلتزم المقاول بتنفيذ الأوامر المصلحية المتعلقة بالعقد³ و التي تدخل في نطاق التنفيذ الجيد و الدقيق لموضوع الصفقة، و إنما يشمل الالتزام جميع التغييرات و التعديلات⁴ التي تفرضها الإدارة لضمان التنفيذ، كالأشغال الضرورية التي تقتضيها القوة القاهرة، فإذا امتنع المقاول عن تنفيذها رافضا لتنفيذ العقد يعرضه ذلك لسحب الأعمال منه، كما يمكن للمقاول متابعة العمليات دون عرقلة تنفيذها، لكن إذا انطوت تلك الأوامر على تغيير موضوع الصفقة و قلب اقتصادياتها و التأثير على التوازن المالي للمقاول، ففي هذه الحالة يجوز للمقاول رفض هذه الأوامر أو طلب فسخ الصفقة.

2-1 وجوب إعدار المقاول:

إعدار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه أمر منطقي، فهو ينبه المتعامل المتعاقد على مخالفته و تقصيره الذي قد يضر بالمرفق العام، و بالتالي من الممكن أن يقوم المتعاقد مع الإدارة بتصحيح الخلل الذي قام به، و بالتالي تنتهي المشكلة.

¹ المادة 3/12 من د.ش.إ.ع. لسنة 1964.

² ريحة سبكي، المرجع السابق، ص 122.

³ المادة 4/12 من د.ش.إ.ع. لسنة 1964.

⁴ المادة 5/12 من د.ش.إ.ع. لسنة 1964.

و الاعذار في القواعد العامة يقصد به إثبات حالة تأخير المدين في تنفيذ التزاماته إثباتا قانونيا¹، ذلك أنه مجرد حلول أجل الالتزام لا يكفي في جعل المدين في هذا الوضع القانوني بل لابد من اعذراه².

و التزام الإدارة بإعذار المتعاقد يكون في الغالب منصوصا عليه في الصفقة أو في دفتر الشروط، غير أن سكوت العقد عن اشتراط الاعذار أو عدم وجود شرط في دفاتر الشروط يلزم الإدارة بالإعذار، لا يعني عدم ضرورته بل يبقى شرطا مفروضا على الإدارة³.

فالإدارة عند قيامها بإعذار المتعاقد، فلنيتها تقوم بذلك لإعلام المتعاقد معها أنها تنوي تطبيق الجزاءات نتيجة إخلاله الجسيم في تنفيذ التزاماته، فالإعذار بذلك تظهر أهميته من جانبين، إذ يتعلق الجانب الأول بالإدارة التي لا يجعلها الاعذار في عجلة من أمرها عند فرض هذا النوع من الجزاءات، لئلا يصبح عرضة للطعن أمام القضاء، أما الجانب الثاني فيتعلق بالمتعاقد الذي يعطيه الاعذار الموجه من قبل الإدارة فرصة لإصلاح الإخلال الذي قام به⁴.

إذ يجب أن يتضمن الاعذار مواطن الإخلال في تنفيذ الالتزامات، و أن الإدارة عازمة على فرض الجزاء إذا قصر المقاول في تلبية مطالب الإدارة المتعاقدة خلال المدة الزمنية المحددة في الاعذار.

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، المرجع السابق، ص 830.

² هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية دراسة تطبيقية، المرجع السابق، ص 64؛ المادة 5/12 من د.ش.إ.ع. لسنة 1964..

³ نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 247.

⁴ محمد صبار محمد المشهداني، المرجع السابق، ص 52؛ عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، ص 226.

ففي مصر اشترط مجلس الدولة على ضرورة إعداد المتعاقد قبل توقيع الجزاء، كما أن محكمة القضاء الإداري تجعل من الاعذار التزاما عاما يقع على عاتق الإدارة المتعاقدة في جميع الجزاءات ماعدا غرامة التأخير¹.

هذا وقد نصت المادة 84 من قانون 89 لسنة 1998 على أنه: "إذا أحل المقاول بأي شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة و لم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشرة يوما من تاريخ إنذاره بكتاب موصي عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد بالقيام بإجراء هذا الإصلاح، كان للسلطة المختصة الحق في اتخاذ الإجراءات التالية وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة:

- فسخ العقد؛

- سحب العمل من المقاول".

أما القانون الفرنسي يعتبر الاعذار إجراء ضروري لوضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة، إذ يعتبر هذا الجزاء معيبا إن لم يسبقه إعدار صحيح به².

إذا فالاعذار ضرورة تفرضها القواعد العامة لتنفيذ الالتزام، فهو بذلك ضمانا للمتعاقد تجاه سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات، إذ لا يمكنها سحب الأعمال عن المقاول دون إعداره بتنفيذ التزاماته، على أن الاعذار لا يشترط أن يكون له شكل معين³، كما لا يصح الإعفاء منه إلا استثناء بنص تشريعي⁴، غير أنه في حالة عدم التزام الإدارة بلإعدار يعد عيبا شكليا لعدم مشروعية الجزاءات الضاغطة⁵.

و قد أكد التشريع الجزائري بموجب المادة 1/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، على ضرورة إعدار المقاول المقصر من قبل الإدارة المتعاقدة قبل إجراء سحب

¹ ماجد ملفي زايد الديحاني، الجزاءات الضاغطة في العقود الإدارية دراسة مقارنة بين النظامين المصري و الكويتي، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2008، ص 221.

² عبد المجيد الفياض، المرجع السابق، ص 226.

³ محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 248.

⁴ ماجد ملفي زايد الديحاني، المرجع السابق، ص 223.

⁵ Khaled Aoudia ;Mohamed Callem ;Mouloud Sabri,op ,cit,p 172.

الأعمال منه، إذ تمنحه آجال عشرة أيام (10) طبقا لما نصت عليه الفقرة الأولى و الثانية من المادة 35، حتى يتمكن من تنفيذ التزامه، كما يجب على الإدارة المتعاقدة احترام هذه المدة، إذ لا توقع الجزاء إلا بعد انقضاءها، و ليس للمقاول أن يحتج ببطلان جزاء السحب إذا انقضت المدة المحددة و الإدارة لم تقم بسحب الأعمال بعد¹.

لكن في حالات الاستعجال فقد أَعفَى المشرع الجزائري المصلحة المتعاقدة من إعدار المقاول المقصر في التزاماته عند قيامها بسحب الأشغال طبقا للفقرة 10 من المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية، إذ تقوم هذه الأخيرة بإكمال الأشغال عن طريق إجراء الاستغلال المباشر.

و هكذا فإن الجهة المتعاقدة تقوم بتوقيع جزاء سحب الأشغال من المقاول استنادا لأحكام المرسوم الرئاسي 247/15، و كذا نصوص دفتر الشروط الإدارية العامة الذي يعد الدعامة الأساسية لذلك، حيث توقع الإدارة هذا الجزاء بإصدار قرار إداري مستوفي لجميع الشروط الشكلية و الموضوعية.

هذا إضافة إلى مجموعة من البيانات المهمة، التي ألزمت المادة 03 من قرار وزير المالية² توافرها في الاعذار و تتمثل في:

- تعيين المصلحة المتعاقدة و عنوانها؛
- تعيين المتعاقد المتعامل و عنوانه؛
- التعيين الدقيق للصفحة و مراجعها؛
- توضيح إن كان أول أو ثاني إعدار عند الاقتضاء؛
- موضوع الاعذار؛
- الأجل الممنوح لتنفيذ موضوع الاعذار؛

¹ عبد القادر رحال، المرجع السابق، ص 194.

² قرار وزير المالية، المؤرخ في 2011/03/28، يحدد البيانات التي يتضمنها الاعذار و آجال نشره، ج.ر.، الصادرة في 2011/04/20، ع. 24.

- العقوبات المنصوص عليها في حالة رفض التنفيذ.

كما ألزمت المادة 04 من نفس القرار، أن تقوم الجهة الإدارية بتبليغ الاعذار للمتعاقد بموجب رسالة موصى عليها من إشعر بالاستلام، مع نشره طبقاً للشروط المنصوص عليها في الفقرة الأولى و الثانية من المادة 5 من ذات القرار.

و يسري الاعذار ابتداء من تاريخ النشر الأول في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي و النشرة الرسمية للصفقات العمومية، أو في الصحافة طبقاً للفقرة الثالثة من المادة 5 من نفس القرار.

2 - الآثار المترتبة عن سحب العمل من المقاول

يترتب عن جزاء سحب الأعمال من المقاول مجموعة من الآثار القانونية تتمثل في:

1 - من المسلم به أن سحب الأعمال من المقاول جزاء مؤقت غير منهي للصفقة¹، بل تظل هذه الأخيرة مستمرة منتجة لآثارها مع بقاء مسؤولية المقاول ع لى الأشغال، غير أنه يستبعد مؤقتاً عن تنفيذ العمل مع إمكانية السماح له بمتابعة العمليات دون القيام بعرقلة أوامر المصلحة حسب ما نصت عليه المادة 6/35.

2 - باعتبار أن توقيع الجزاء ع لى المقاول المقصر لاعتبارات تفرضها المصلحة العامة، فهو امتياز تقوم به المصلحة المتعاقدة دون حاجة لإذن قضائي أو نص صريح في العقد يبيح لها هذه السلطة².

بهذا فإن للإدارة سلطة تقديرية في اختيار الوسيلة التي تنفذ بها الأعمال التي تم سحبها من المقاول المقصر، أي تعتبر الإدارة صاحبة الاختصاص بموجب سلطتها التقديرية في إيجاد الطريقة المناسبة لتنفيذ الأعمال بعد قرار السحب، إذ يتم تنفيذها عن طريق مقاول

¹ Christophe Lajoye, op, cit ,p 175

² عادل السعيد أبو الخير، القانون الإداري، (ب.د.ن)، ط. 2007، ص 683؛ رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط.الأولى، 2010، ص 76.

جديد بذات الشروط و المواصفات المتفق عليها في العقد الأصلي¹، أو يتم تنفيذ هذه الأعمال عن طريق التنفيذ المباشر تحت مسؤولية و حساب المقاول الأصلي.

و على العموم يمكن للإدارة أن تعقد صفقات جزئية لحسن تنفيذ الأشغال²، لكن لا يمكنها عقد صفقات شاملة لكافة الأشغال المنصوص عليها في العقد الأصلي، لأن ذلك يكون بمثابة صفقة جديدة بديلة عن الصفقة الأصلية، الأمر الذي يترتب ع نه إعفاء ضمني للمقاول المستبعد من نتائج قرار الإدارة بسحب العمل منه³.

3 - يترتب عن سحب الأشغال من قبل المتعاقد استمرار مسؤوليته في التنفيذ، إذ ليس له الحق أن يتقاضى مقابل مالي عن الأعمال التي قام بتنفيذها، كما لا يمكن أن يسترجع التأمين المالي أو الضمان الذي دفعه⁴.

هذا إلى جانب إمكانية الإدارة أثناء التنفيذ المباشر أن تستعمل جميع المواد و الأدوات الخاصة بالمقاول المقصر لتنفيذ الأشغال، و في حالة تلفها تكون الجهة الإدارية مسؤولة عن الأضرار التي تصيب هذه الآلات عند التنفيذ⁵، إذ تطبق القواعد الخاصة بالمسؤولية المدنية⁶ في حالة تلف هذه الأدوات.

4 - يترتب عن جزاء سحب الأشغال استمرار مسؤولية المقاول المقصر، إذ له الحق في متابعة الأشغال دون التدخل في تنفيذها⁷، هذا إضافة إلى تحمله كافة النفقات الناتجة عن التنفيذ المباشر، إذ يتحمل فرق السعر إذا كان بالزيادة و لا يستطيع أن يتحلل من هذا

¹ فارس علي جانكير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط. الأولى، 2004، ص 178.

² عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 229.

³ بلاوي ياسين بلاوي، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، مصر، ط. 2011، ص 167؛ فارس علي جانكير، المرجع السابق، ص 178 و 179.

⁴ عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 230.

⁵ فارس علي جانكير، المرجع السابق، ص 179؛ بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 180.

⁶ فارس علي جانكير، المرجع السابق، ص 179.

⁷ المادة 6/35 من د.ش.إ.ع لسنة 1964؛ عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 231.

الالتزام¹، كما لا يمكنه المطالبة بحصة في الأرباح إذا أدى النظام المباشر لخفض النفقات².
 5 - من المسلم به في الفقه الفرنسي أن تنفيذ الأعمال إذا تم بتكلفة أقل من القيمة المقررة في العقد، فإن هذا الفرق ليس من حق المقاول و إنما يصبح من حق الإدارة، على أساس أن المخطئ لا يجوز أن يستفيد من تقصيره، و لا يشترط أن ينص على ذلك في العقد³.

3 - الرقابة القضائية على جزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة

إن سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد في الصفقات العمومية تخضع للرقابة القضائية اللاحقة، إذ يجوز لكل متعاقد تم توقيع عليه الجزاء من قبل الإدارة اللجوء إلى القضاء لرفع ما وقع عليه من جزاءات، و يمثل هذا ضماناً هامة من الضمانات المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ الصفقات العمومية.

و يلاحظ أن رقابة القضاء للإدارة رقابة واسعة فهي تشمل مشروعية القرار الإداري الصادر من الإدارة و المتعلق بتوقيع جزاء سحب الأعمال، و ذلك من الناحية الشكلية أو الموضوعية أو مخالفة أحكام القانون أو الانحراف بالسلطة أو التعسف فيها، كما يشمل تناسب الجزاء الموقع على المتعاقد مع الخطأ الصادر من قبله أي هل هو خطأ جسيم أو بسيط.

و عليه لا يملك القاضي الإداري الحق في إلغاء قرار الإدارة المتعلق بسحب العمل من المقاول و وضعه تحت حراستها أو وقفه مهما شابه من عيوب، بل تقتصر سلطة القاضي الإداري على تحقيق طلب التعويض عن هذا السحب فقط.

ثانياً: الشراء على حساب المورد في عقد التوريد

¹ المادة 7/35 من د.ش.إ.ع لسنة 1964 .

² المادة 8/35 من د.ش.إ.ع لسنة 1964.

³ عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 232.

تعد الصفقات العمومية من أهم الوسائل التي تستعين بها الإدارة لسد حاجاتها و تلبية متطلباتها اليومية خدمة للجمهور، لهذا فهي لا تعتمد على إيوام صفقات الأشغال العامة فقط، و إنما هي بحاجة ماسة لإيوام صفقة التوريد لممارسة نشاطها و تحقيق الصالح العام بصفة دورية و منتظمة.

فعدد التوريد هو اتفاق بين الإدارة المتعاقدة و أحد الموردين، بقصد تمويلها و تزويدها باحتياجاتها من المنقولات لقاء مقابل مادي¹.

و من المبادئ و الإجراءات الرئيسية التي ينبغي تطبيقها لضمان أن البضائع المسلمة بموجب عدد التوريد تمثل للمواصفات الفنية المطلوبة التي تم الاتفاق عليها، تعتمد الإدارة على عملية المعاينة و الفحص تمهيدا لاستلامها النهائي.

إذ يلتزم المورد بتوريد السلع و المواد المطلوبة طبقا للشروط و المواصفات التي تم النص عليها في دفاتر الشروط، مع الأخذ بعين الاعتبار معايير الجودة و الكمية و الوزن.

و عليه في حالة تراخي المورد عن تنفيذ التزاماته، تقوم الجهة المتعاقدة و لمنع تعطيل سير المرافق العامة بالشراء على حساب المورد المقصر، و ذلك كجزء يفرض عليه لإرغامه على تنفيذ التزاماته التعاقدية، إذ يكون هذا الشراء على حساب المورد المقصر و تحت مسؤوليته².

إذا فالشراء على حساب المورد يرتبط بطبيعة عدد التوريد، حيث يحق للإدارة المتعاقدة في حالة تقصير المتعاقد معها في توريد الأصناف المتفق عليها، أن تقوم بهذا الإجراء على حسابها و تحت مسؤوليته، حتى و لو لم ينص عليه في العقد³.

و يعد الشراء على حساب المتعاقد المقصر أ حد تطبيقات مبدأ التنفيذ العيني للالتزام ، فالأصل العام أن المورد يلتزم بتنفيذ التزاماته ، إذ يلتزم بتوريد المواد حسب الأصناف المتفق عليها و في المواعيد المحددة.

¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق للمرسوم الرئاسي 236/10، المرجع السابق، ص 90

² سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص 262؛ ربيعة سبكي، المرجع السابق، ص 130.

³ عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 238 و 239.

فإذا امتنع أو تقاعس عن تنفيذ التزاماته المحددة بالعقد ، جاز للإدارة القيام بهذا التنفيذ تحت حساب و مسؤولية المورد المقصر دون إنهاء العقد الأصلي¹، و ذلك ضمانا لسير المرفق العام على النحو الذي يحقق الصالح العام.

و يرى قضاء المحكمة الإدارية العليا بمصر أن التنفيذ على حساب المورد، يجعل هذا الأخير يتحمل زيادة الأسعار، و ذلك تطبيقا لقاعدة التنفيذ العيني²، أما إذا نفذت الالتزامات بثمن أقل من ثمن الصفقة الأصلية فان فرق النفقات يكون لصالح الإدارة و لا شأن للمورد بها³.

كما قد نصت المادة 94 من قانون 89 م 1989 أنه في حالة عدم قيام المورد بالتوريد في الميعاد المحدد بالعقد أو خلال المهلة الإضافية ، يكون للجهة الإدارية أن تتخذ أحد الإجراءات، إما شراء الأصناف التي لم يقم المورد بتوريدها من غيره على حسابه و بذات الشروط و المواصفات المتفق عليها، و إما تقوم الإدارة بإنهاء العقد.

1 - شروط الشراء على حساب المورد:

و لئن كان يحق للإدارة الشراء على حساب المورد المقصر ، إلا أنها عند ممارستها لهذا الحق تتقيد بتوافر الشروط تتمثل في:

1-1 حدوث خطأ جسيم من المورد:

يشترط لصحة قيام الإدارة بالشراء على حساب المورد، أن يكون هذا الأخير قد قصر في تنفيذ التزاماته مستحقة الأداء تقصيرا جسيما، لدرجة تبرر التنفيذ على حسابه و تحت مسؤوليته، كعجز المورد على توريد كل الكميات المطلوبة ، أو تأخر في توريدها في الميعاد المحدد في العقد أو ورد أصناف ليست بنوعية و الجودة المطلوبة⁴ ، الأمر الذي يجعل إخلاله هذا يعرض المرفق العام للخطر، و هذا ما جرى عليه القضاء مجلس الدولة الفرنسي

¹ نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 236.

² هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية دراسة تطبيقية، المرجع السابق، ص 148.

³ مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 117؛ إسماعيل بحري، المرجع السابق، ص 124.

⁴ هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية دراسة تطبيقية، المرجع السابق، ص 150.

استنادا إلى مبادئ القانون العام، و عدم النص عليه في العقد لا يعني حرمان الإدارة من فرضه¹.

و يتمسك القضاء المصري بشرط إخلال المورد بالتزاماته لتبرير حق الجهة المتعاقدة في الشراء على حسابه، حيث قضى بأن مجال أعمال رخصة الشراء على حساب المورد هو ركول المورد عن تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد².

أما بالنسبة للفقهاء الفرنسيين، فقد ذهب جانبا منه إلى اعتبار أن الشراء على حساب المورد ليس من النظام العام، إذ يمكن للطرفين المتعاقدين الاتفاق بموجب نص عقدي صريح باستبعاده و ذلك باعتبار أن عجز المورد لا يمس بلصالح العام بدرجة خطيرة، إذ يمكن للإدارة تدارك الضرر الناتج بفسخ العقد الأصلي و إبرام عقد جديد مع متعاقد آخر³.

2-1 ضرورة إعدار المورد قبل قيام الإدارة بالشراء على حسابه:

نظرا لأهمية الجزاء الذي توقعه الإدارة على المورد المقصر في تنفيذ التزاماته، يجب على المصلحة المتعاقدة إعدار المورد قبل الشراء على حسابه و تحت مسؤوليته، إذ بهذا الإعدار فلين الإدارة تمنح مهلة للمورد حتى يصلح الخلل الذي تسبب فيه ، و تدارك الأمر لتنفيذ التزاماته وفقا لما تم الاتفاق عليه.

و قد ألزمت المادة 94 من قانون 89 لسنة 1998، جهة الإدارة المتعاقدة بأن تقوم بإخطار المورد بخطاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين في العقد قبل قيامها بالشراء على حسابه.

¹ رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 86.

² محمد صبار محمد المشهداني، المرجع السابق، ص 88.

³ طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية و ضوابطها دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط. 2010، ص 239؛ عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 73.

هذا وقد قضت محكمة القضاء الإداري في مصر بتاريخ 11/01/1956، بلن توقيع الجزء المتعلق بالشراء على حساب المورد بسبب التأخير في التوريد ، لا يكون نافذا إلا بعد إعداره بالوفاء بالتزاماته¹.

أما في حالة تخلف الإعدار، فقد اعتبر الفقه الفرنسي أن هذا الشراء على حساب المورد معيبا ولا يتحمل نتائجه².

2 - الآثار المترتبة عن الشراء على حساب المورد:

تتعدد الآثار التي تترتب عن قيام الجهة الإدارية بالشراء على حساب المورد المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية في:

- إن الشراء على حساب المورد هو إجراء مؤقت لا يترتب عنه إنهاء عقد التوريد³، بل يظل العقد قائما منتجا لآثاره القانونية بين طرفين المتعاقدين ، حيث يتم الشراء الأصناف على حساب المورد و تحت مسؤوليته ، سواء من جانب الإدارة نفسها أو بالتعاقد مع مورد آخر⁴؛

- إن الشراء على حساب المورد المقصر لا يعتبر عقوبة ، و إنما هو تطبيق لقاعدة الالتزام العيني عند تراخي المورد في التنفيذ⁵؛

- يتحمل المورد الأصلي جميع النفقات المترتبة عن الشراء ، من زيادة في الثمن مضافا إليها ما يستحق من تعويضات و قيمة كل خسارة لحقت بالإدارة بما في ذلك فروق الأسعار و المصاريف الإدارية⁶؛

¹ ماجد ملفي زايد الديجاني، المرجع السابق، ص 227.

² طارق سلطان، المرجع السابق، ص 241.

³ رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص 84؛ عادل سعيد أبو الخير، المرجع السابق، ص 684.

⁴ بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 184.

⁵ هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية دراسة تطبيقية، المرجع السابق، ص 151.

⁶ فارس علي جانكير، المرجع السابق، ص 204 و ص 205.

- عندما توقع الجهة المتعاقدة الجزاء على المورد المقصر، تقوم بشراء الأصناف محل العقد و التي لم يتم المورد بتوريدها على حسابها بذات الشروط و المواصفات و الجودة المتفق عليها في دفتر الشروط¹، إذ لا يمكن للإدارة تغيير الصنف المتعاقد عليه عند التنفيذ على الحساب، و إن كان يجوز لها شراء أصناف تختلف في جودتها زيادة أو نقصا عن تلك المتفق عليها في العقد وذلك إذا تعذر عليها الحصول على الأصناف بنفس الجودة، و في هذه الحالة يلتزم المورد المقصر بالفارق في السعر و النفقات إلى جانب غرامة التأخير المقررة، وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ 1961/12/16².

- في حالة الشراء على حساب المورد المقصر، فإن الإدارة تعتبر بمثابة الوكيل عنه، إذ تنتقد بجميع الالتزامات المقررة على عاتق الوكيل الواردة في القواعد العامة³، لذلك فهي ملزمة ببذل العناية اللازمة التي تبذلها في تنفيذ أعمالها الخاصة⁴، فإذا تسببت بتصرفاتها في زيادة الأعباء المالية، فإن المورد لا يكون مسؤولاً عن الأضرار التي تسببها أخطاء الإدارة المتعاقدة⁵؛

- لا يجوز الجمع بين الشراء على حساب المورد المقصر و إنهاء العقد، فالشراء على حساب المورد يقوم على أساس استمرار العقد منتجا لأثاره و بقاء المورد مسؤولاً عن تقصيره في تنفيذ التزاماته أمام الجهة المتعاقدة⁶، أما إنهاء العقد فيتضمن إنهاء الرابطة التعاقدية التي التي ينتج عنها تحلل المورد من التزاماته، إذا فالجمع بينهما يفترض استمرار العقد منتجا لأثاره بالرغم من انعدامه و هذا ما لا يمكن التسليم به، و من تم يتعين على الإدارة الاختيار بين الشراء على حساب المورد أو فسخ العقد طبقا لما يقتضيه الصالح العام⁷.

¹ بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 193.

² هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية دراسة تطبيقية، المرجع السابق، ص 152.

³ المادة 571 من ق.م.ج.

⁴ مجدي متولي، المرجع السابق، ص 227.

⁵ مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 118؛ بن سديرة جلول، المرجع السابق، ص 109.

⁶ بن سديرة جلول، المرجع نفسه، ص 110.

⁷ هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية دراسة تطبيقية، المرجع السابق، ص 152 و 153.

3 - الرقابة القضائية على جزاء الشراء على حساب المورد:

باعتبار أن الإدارة عند قيامها بالتعاقد، فلنفا تحرص على اختيار أفضل المتعاقدين معها من ناحية الكفاءة الفنية و القدرة المالية و ذلك للتنفيذ الجيد لموضوع الصفقة.

و نظرا لانعكاسات السلبية التي يحدثها التنفيذ غير الجيد للصفقة أو التراخي في تنفيذها على استمرارية المرفق العام و تلبية الحاجات العامة، ف إن جميع التشريعات منحت للإدارة المتعاقدة توقيع جزاءات ضاغطة على المتعامل المتعاقد لإكراهه على التنفيذ.

و قد خول التشريع الجزائري و المقارن للمصلحة المتعاقدة في حالة إخلال المورد عن تنفيذ التزامه، التدخل و الشراء على حسابه و تحت مس وؤليته سواء بنفسها أو بالتعاقد مع مورد آخر.

فيكون توقيع الجزاء على المتعاقد المقصر بالإرادة المنفردة للجهة المتعاقدة دون حاجة لحكم قضائي، عن طريق إصدار قرار إداري من الجهة المختصة.

و لضمان حقوق المتعاقد من جهة و رقابة الإدارة عند توقيع الشراء على حساب المورد المقصر، فقد أجاز القانون و القضاء الإداري للمتعاقد اللجوء للقضاء المختص للطعن في قرار الإدارة.

إذ يمارس القاضي الإداري رقابته على قرار الجهة الإدارية بتوقيع الجزاء على المورد، إذ يبسط رقابته في هذا الصدد من زاويتي المشروعية و الملائمة¹.

و ترتكز رقابة القاضي على قرار توقيع الجزاء، على البحث في مدى شرعية هذا القرار من عدمه، و ذلك من خلال إبراز مختلف العيوب التي قد تشوب هذا القرار و تجعله غير مشروع بتوفر جميع الشروط الشكلية و الإجرائية المقررة قانونا.

كما تمتد هذه الرقابة أيضا إلى البواعث التي أدت بالإدارة إلى توقيع هذا الجزاء، و كذلك الأسباب، ليقرر القاضي إذا كان المورد قد أخطأ بالفعل، و ما إذا كان الجزاء يتناسب مع الخطأ المنسوب للمورد من عدمه.

¹ نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 274.

لهذا فالقضاء الإداري لا يملك سلطة إلغاء الإجراء الصادر من قبل الجهة الإدارية في مواجهة المورد مهما شابه من أوجه عدم المشروعية ، و إنما تقتصر مهمته فقط على بحث الحق في التعويض، أي القاضي الإداري تنحصر سلطته البحث فقط عما إذا كان الجزاء قد صدر في ظروف من شأنها أن تنشئ للمورد الحق في التعويض من عدمه¹.

الفرع الثاني: الجزاءات الفاسخة

من المسلم به وفقا للمبادئ الأساسية في العقود الإدارية بصفة عامة و الصفقات العمومية بصفة خاصة، أن للإدارة امتيازات استثنائية غير مألوفة في العقود الخاصة، تخولها تمتع بتوقيع جزاءات على كل متعاقد معها إذا أخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية حسب درجة الخطأ المرتكب.

فإلى جانب العقوبات المالية و الضاغطة التي توقعها الإدارة فقد خول لها التشريع، فسخ الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة في حالة ارتكاب المتعاقد أخطاء جسيمة تستلزم هذه العقوبة الصارمة من جهة، و إذا وجدت الإدارة أنه لا فائدة ترجى من تقويم المتعاقد من جهة ثانية.

فلفسخ في الشريعة العامة جاز للمتعاقد إذا أخل الطرف الثاني في التعاقد بالتزاماته، بعد إعداره للمدين، أن يطالب بحل الرابطة التعاقدية كي يتحلل من التزاماته المقابلة².

أما الفسخ في مجال الصفقات العمومية، يعد من أخطر العقوبات و أشد الجزاءات التي يمكن أن توقعها الإدارة بإرادتها المنفردة³، إذ هو بذلك يعد امتياز سلطوي تلجأ إليه الإدارة عندما يخل المتعاقد معها إخلالا خطيرا بالتزاماته.

و تستند المصلحة المتعاقدة سلطتها في توقيع الجزاءات الفاسخة استنادا إلى حقها في استعمال امتياز التنفيذ المباشر ، و هو الأمر الذي لا نجد له نظير في مبادئ القانون

¹ نصري منصور النابلسي، المرجع نفسه، ص 274 و 275.

² المادة 119، من ق.م.ج.

³ مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، ج. الأول، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط. 1997،

ص 273.

الخاص، و أساس هذه السلطة هو نفس أساس السلطات الأخرى الممنوحة للإدارة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية و المتمثل في مقتضيات سير المرافق العامة بانتظام¹.

بهذا فيقصد بلفسخ الجزاء الذي يؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية بين جهة الإدارة و المتعاقد معها²، إذ يعتبر أخطر الجزاءات الموقعة على المتعاقد المقصر في التزاماته لاستبعاده عن التنفيذ، إذ تملك الإدارة تقدير خطورة المخالفة التي ارتكبتها المتعاقد و أثرت على المرفق العام، و يخضع ذلك التقدير للرقابة اللاحقة للقاضي³.

فالإدارة تقوم بموجب قرار انفرادي صادر من جانبها و بناء على سلطتها التقديرية بإنهاء العقد و إيقاف المتعاقد مع الإدارة من تنفيذ الالتزامات موضوع الصفقة⁴، مستمدة هذا الحق من امتيازات السلطة العامة و لو لم يرد نص عليه في بنود العقد أو دفاتر الشروط بدون حاجة إلى اللجوء المسبق للقضاء⁵.

مما سبق، يكون فسخ الصفقة العمومية قبل نهايتها الطبيعية نتيجة أخطاء يرتكبها المتعاقد تحول دون التنفيذ الجيد للصفقة.

لكن بالرجوع لأحكام تنظيم الصفقات العمومية، تبين ب أنه ليس كل فسخ تقوم به الجهة الإدارية هو جزاء للمتعاقد على تقصيره في تنفيذ التزاماته، بل المشرع الجزائري نص على عدة أنواع من الفسخ، إذ يكون هذا الأخير بلفسخ إرادة الطرفين⁶ على وقوعه و دون أي خطأ أو تقصير من جانب المتعامل المتعاقد ، أي عندما يكون مبررا بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد، و حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض.

¹ ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص 137.

² عاطف محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 576.

³ سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 217.

⁴ نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 277.

⁵ قرار المحكمة الإدارية العليا بمصر، الصادر بتاريخ 1978/01/28، رقم 1127، اخذ عن هيثم حليم غازي، سلطات

الإدارة في العقود الإدارية دراسة تطبيقية، المرجع السابق، ص 156.

⁶ المادة 151، من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

و بالتالي يكون إنهاء العقد إتفاقيا يستند على رضا الطرفين، و تطبق على الفسخ في هذه الحالة أحكام التقابل في عقود القانون الخاص¹.

كما يمكن للإدارة المتعاقدة أن توقع الفسخ بإرادتها المنفردة لضرورة تفرضها دواعي المصلحة العامة و بدون خطأ من المتعامل المتعاقد².

بهذا فيمكن تمييز الفسخ الجزائي عن الإتفاقي، إذ هذا الأخير يكون بتوافق إرادة الطرفين المتعاقدين -الجهة الإدارية و المتعاقدة- على إنهاء الصفقة قبل إتمام تنفيذها وحلول آجال تسليمها و دون خطأ من المتعاقد، حيث يوقع الطرفان وثيقة الفسخ التي تنص على تقديم الحسابات المعدة تبعا للأشغال المنجزة و الأشغال الباقي تنفيذها ، و كذلك تطبيق مجموع البنود الصفقة بصفة عامة حسب ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 152 من المرسوم الرئاسي 247/15.

أما الفسخ الجزائي فهو جزاء توقعه الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة على المتعاقد الذي أخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية حسب 2/149 من المرسوم المذكور أعلاه. و عليه و نظرا لأهمية و خطورة جزاء الفسخ في الصفقات العمومية لابد لنا من التعرض بداية إلى حالات الفسخ، مروراً بشروط الفسخ وصولاً إلى آثار الفسخ.

البند الأول: حالات الفسخ

ينقسم الفسخ الذي تتمتع الإدارة بتوقيعه إلى قسمين:

¹ Brahim Boulifa, Marchés Publics, Dictionnaire thématique, vol.2, Berti édit., Alger, 2013, p 594.

-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 690.

² المادة 150، من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

الفقرة الأولى: الفسخ الجزائي

من المسلم به أن الفقه و القضاء الإداري خول للإدارة المتعاقدة سلطة فسخ الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة، سواء كان هذا الفسخ بسبب خطأ من المصلحة المتعاقدة معها أو دون خطأ نظراً لإخلاله بالتزاماته التعاقدية، إذ تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة في هذه الحالة عند عدم فعالية الجزاءات الضاغطة و الجزاءات المالية.

و بناء على ذلك فليق الإدارة المتعاقدة لا تلجأ إلى توقيع جزاء الفسخ، إلا بعد أن يتأكد لها بصفة نهائية أن المتعاقد معها لم ينفذ أو لم يعد قادراً على تنفيذ التزاماته على وجه مرضي، الأمر الذي يعد تهديدا لاستمرارية المرفق العام¹، مما يدفع بالإدارة إلى فسخ الصفقة و الاستغناء عن المتعاقد معها، دون أن تمتلك سلطة تقديرية في ذلك و هذا ما يسمى الفسخ الجزائي.

أولاً: حالات الفسخ الجزائي

الفسخ الجزائي هو ذلك الجزاء الشديد الذي تلجأ إليه الإدارة المتعاقدة ، لحل الرابطة التعاقدية بينها وبين المتعاقد معها المخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية إخلالاً جسيماً و فادحاً، مما يستدعي استبعاده نهائياً عن دائرة التنفيذ².

و يعرف الفسخ الجزائي أيضاً على أنه جزاء تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة عندما تثبت لها بصورة قاطعة عجز أو عدم مقدرة المتعاقد في تنفيذ الالتزامات محل التعاقد بصورة مرضية و التي منها عدم مراعاة تنفيذ الأعمال، أو عدم تسليم التوريدات في المواعيد المقررة ، حيث تنتهي بمقتضاه الرابطة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة و بين المتعاقد معها³.

بهذا فإن الفسخ الجزائي لا يقع وفق قضاء مجلس الدولة الفرنسي إلا في حالة ارتكاب المتعاقد خطأ جسيماً في تنفيذ التزاماته التعاقدية، كأن يرفض المفاوض الامتثال للأوامر

¹ جلول بن سديرة، المرجع السابق، ص 112؛ محمد صلاح الدين عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري دراسة مقارنة، بحث مقدم للحصول على درجة الدكتوراه، جامعة الزقازيق، مصر، 1993، ص 170.

² نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 277؛ محمد صلاح الدين عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص 170.

³ ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص 140.

المصلحية¹، أو ترك موقع الأشغال و توقيفها²، كما يعتبر أيضا من قبيل الأخطاء الجسيمة المبررة لتطبيق الفسخ الجزائي الغش في تنفيذ الالتزامات التعاقدية³.

و قد يرى جانبا من الفقه الفرنسي أن الفسخ الجزائي الذي تتمتع به الإدارة لعدم تنفيذ الالتزامات المتفق عليها من جانب المتعاقد، ما هو إلا تطبيقا للمبدأ الشرط الفاسخ الذي تنص عليه القواعد العامة في العقود الملزمة للجانبين في حالة إذا لم يقم احد المتعاقدين بتنفيذ ما عليه من التزامات⁴.

بينما أغلبية الفقه⁵ خالفت هذا الاتجاه في تطبيق القواعد العامة على العقود الإدارية، و ذلك أن هذه الأخيرة تتضمن أحكام تختلف في موضوعها و طبيعتها عن العقود الملزمة لجانبين في القواعد العامة، فالعقود الإدارية تبرم بين الإدارة باعتبارها ممثلة للمصلحة العامة و بين المتعاقد ممثلا للمصلحة الخاصة، إضافة أن الإدارة تتمتع بسلطة فسخ العقد و بإرادتها المنفردة دون حاجة للجوء إلى القضاء بخلاف القواعد العامة التي يكون الفسخ بموجب حكم قضائي⁶.

يتضح لنا فيما تقدم، أن مجلس الدولة الفرنسي قد اشترط مجموعة من الشروط، في حالة تحقق أي منها، فإن الفسخ الجزائي يتحقق إذ يجب على الجهة الإدارية فسخ العقد وجوبا⁷.

أما مصر فقد نصت المادة 24 من قانون المناقصات و المزايدات على أن الإدارة ملزمة بفسخ العقد متى ارتكب المتعاقد معها غشا في تعامله معها أو إفلاسه، فإن الإدارة لا تملك أدنى سلطة تقديرية في الفسخ حيث يقع بقوة القانون.

¹ احمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 362.

² احمد عثمان عياد، المرجع نفسه، ص 363؛ عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 277.

³ احمد عثمان عياد، المرجع نفسه، ص 362.

⁴ عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 271.

⁵ محمد صلاح عبد البديع، المرجع السابق، ص 172.

⁶ علي بن شعبان، المرجع السابق، ص 124.

⁷ سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 219.

و عليه إن التشريع المصري قد حصر الحالات التي يجب على الإدارة في حالة توافرها فسخ العقد، و تتمثل في:

- إذا استعمل المتعاقد الغش أو التلاعب في معاملاته مع الجهة الإدارية؛

- إخلال المتعاقد بالتزامه الشخصي في التنفيذ؛

- إفلاس المتعاقد أو إعساره.

هذا وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا على الفسخ الجزائي في حكمها بتاريخ 2002/08/18، و التي أكدت من خلاله أن عدم قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته يمثل إخلالا من جانبه بشروط العقد، و هو الأمر الذي يخول للجهة الإدارية سلطة فسخ العقد¹.

لهذا يبدو أن الإدارة متشددة في الفسخ في مثل هذه الحالات، و ذلك راجع للنتائج السلبية الناجمة عن تصرفات المتعامل المتعاقد، و الأضرار عدم استمراره في تنفيذ الالتزامات نتيجة إعساره أو إفلاسه، لهذا نصت معظم التشريعات على الفسخ ال وجوبي لعدم جدوى في بقاء العقد قائما²، و هذا ما أخذ به التشريع التونسي إذا نص على الفسخ الوجوبي بموجب المادة 2/118 من الأمر³ رقم 1039 لسنة 2014 على أنه: "تفسخ الصفقة وجوبا في الحالات التالية:

- عند وفاة صاحب الصفقة إلا إذا قبل المشتري العمومي مواصلة التنفيذ مع الورثة أو الدائنين أو المصفي؛

- في حالة عجز واضح و دائم لصاحب الصفقة؛

¹ حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الصادر بتاريخ 2002/08/18، أخذا عن سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع نفسه، ص 220.

² محمد سعيد الرحو، النظام القانوني للتعاقد بأسلوب المناقصات في التشريعات الدول العربية دراسة تحليلية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط.، 2007، ص 156؛ هاجيرة بومدين، المرجع السابق، ص 84.

³ الأمر رقم 1039/14، المؤرخ في 2014/03/13، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية التونسية، ج.ر. للجمهورية التونسية، الصادرة بتاريخ 2014/03/18، ع. 22.

- في حالة إفلاس صاحب الصفقة إلا إذا قبل المشتري العمومي العروض المقدمة من الدائنين.

أما التشريع الجزائري فقد نص هو الآخر على الفسخ، و خول للجهة المتعاقدة حق توقيعه بإرادتها المنفردة بعد إخلال و تقصير المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، و ذلك بموجب المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، والتي جاء فيها: " إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعدار ليفي ببلتزاماته التعاقدية في أجل محدد.

و إذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الاعذار المنصوص عليه أعلاه، فلن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد...".

ما يلاحظ على المادة 149 المذكورة أعلاه، إن التشريع الجزائري جاء بنص عام، إذ لم يحدد الحالات التي تخول للمصلحة المتعاقدة توقيع الفسخ الوجوبي، إذ بمفهوم المخالفة، التشريع الجزائري و بموجب أحكام تنظيم الصفقات العمومية ترك للإدارة مجال واسع في تطبيق الفسخ الوجوبي، سواء كان خطأ بسيط أو جسيم و هذا ما يعد تهديدا خطيرا على حقوق المتعامل المتعاقد.

أما بالرجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة، نجد المشرع الجزائري قد حدد حالات الفسخ الوجوبي بموجب المادة 37 فقرة الثانية التي نصت على إمكانية الإدارة فسخ الصفقة في حالة إفلاس المقاول أو في حالة التسوية القضائية.

كما تنص المادة 35 الفقرة 11 من دفتر الشروط الإدارية العامة، على أخطر جزاء توقعه الإدارة على المتعاقد هو إقصاء المقاول من قبل الوزير سواء إقصاء مؤقت أو نهائي من المشاركة في الصفقات التي تبرمها الإدارة، نظرا لتقصير الخطير من قبل المقاول و أعمال التدليس و المخالفات المتكررة التي يرتكبها.

و قد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 75 المرسوم الرئاسي 275/15، حيث بينت هذه المادة مجموعة من الحالات على سبيل الحصر، إذ لو توافرت حالة منها يتم إقصاء المتعامل المتعاقد إقصاء مؤقت أو نهائي، و عليه تتمثل هذه الحالات في:

- المتعاملون المتعاقدون الذين تنازلوا عن تنفيذ الصفقة العمومية قبل آجال صلاحية العروض؛
- المتعاملون المتعاقدون الذين هم في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح؛
- المتعاملون المتعاقدون الذين هم محل إجراء عملية الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح؛
- الذين كانوا محل حكم قضائي حائز قوة الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية؛
- الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية و شبه الجبائية؛
- الذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم؛
- الذين قاموا بتصريح كاذب؛
- المتعاملون المسجلون في قائمة المؤسسات المخلة بالتزاماتهم بعدما كانوا محل فسخ تحت مسؤوليتهم؛
- المتعاملون المسجلون في قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية؛
- المتعاملون المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش و المخالفات الخطيرة للتشريع في مجال الجباية و الجمارك و التجارة؛
- المتعاملون الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل و الضمان الاجتماعي؛
- المتعاملون الذين أخلوا بالتزاماتهم المحددة في المادة 84 من التنظيم الصفقات العمومية المعمول به.

بهذا فإين الإدارة المتعاقدة في حالة توافر أي حالة التي نص عليها المشرع الجزائري توقع على المتعاقد معها أشد جزاء و هو الإقصاء من الصفقات العمومية، معتمدة في ذلك على الإجراءات التي نص عليها القرار الوزاري المكلف بالمالية المؤرخ في 19 ديسمبر 2015، يحدد كصفات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية.

ثانياً: شروط الفسخ الجزائري

نظراً لخطورة الفسخ الجزائري و ما يترتب عليه من نتائج التي تنهي الرابطة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد، فإنه لا بد من توافر شرطين مهمين لتقريره من جهة، و من جهة ثانية ضمان عدم تعسف الإدارة في توقيعه، و عليه فإين شروط الفسخ تتمثل في:

1- وقوع خطأ جسيم من المتعاقد: من المسلم به أن الفسخ الجزائري من أخطر الجزاءات التي توقعها الجهة الإدارية على المتعامل المتعاقد، بعد ارتكابه خطأ يكون على درجة كبيرة من الخطورة و الجسامه، حتى يكون مبرراً تستند إليه الإدارة لتوقيع جزاء الفسخ، مما يؤدي إلى إسقاط حقوق المتعاقد بما في ذلك التأمين، مع إمكانية مطالبة الإدارة بالتعويض، لذا فإين مجلس الدولة المصري لا يسمح للإدارة بتوقيع هذا الجزاء إلا بشرط أن يكون خطأ المتعاقد على قدر من الجسامه و الخطورة¹، حيث يقصد بالخطأ الجسيم كل إخلال صادر من المتعاقد ببلتزام قانوني جوهري².

لهذا فإين الوقائع التي يقوم بها المتعاقد و تكون مبرراً للإدارة لتطبيق الجزاءات الضاغطة، فلذا زادت خطورتها بدرجة كبيرة يمكن أن تكون مبرراً للفسخ ذاته³.

و من حالات الخطأ الجسيم التي تعطي للإدارة الحق في فسخ العقد حسب ما نص عليه التشريع المصري ما يلي⁴:

¹ محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط. 2012، ص 599.

² نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 280.

³ سهام بن دعاس، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قسم قانون العام، جامعة باجي مختار، كلية الحقوق و العلوم السياسية، عنابة، 2005، ص 132.

⁴ محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 599.

- إذا استعمل المتعاقد الغش أو التلاعب في معاملته مع الإدارة؛
- إذا شرع بنفسه أو بواسطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر في رشوة أخذ الموظفين أو تواطأ معه؛
- في حالة الإفلاس و إعسار؛
- إذا لم يتم المورد بالتوريد في الميعاد المحدد في العقد أو خلال المهلة الإضافية.
- أما في فرنسا، تملك السلطة العامة الصلاحية لفسخ العقد من جانب واحد متى صدر عن المتعاقد خطأ جسيم¹ يتمثل في²:
- رفض المقاول تنفيذ الأوامر المصلحية؛
- ترك الأشغال و توقيفها؛
- إهمال المواعيد المحددة لإنهاء الأشغال أو تسليم التوريدات؛
- الغش في تنفيذ الالتزامات التعاقدية؛
- التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة المتعاقدة³.

و تجدر الإشارة أن مجلس الدولة الفرنسي يسمح لجهة الإدارية بفسخ الصفقة دون اللجوء إلى القضاء في حالة ارتكاب المتعاقد خطأ على درجة من الجسامة، و هذا نفس ما أخذ به القضاء المصري⁴.

أما بالنسبة للتشريع الجزائري و بالرجوع إلى المادة 149 من المرسوم الرئاسي 247/5، نجد أن المشرع قد خول للمصلحة المتعاقدة وحدها تقدير جسامة الخطأ ليكون كمبرر للفسخ، حيث المشرع لم يحدد أسباب و الحالات التي تتركز عليها الإدارة لتوقيع الفسخ، كما أنه لم

¹ طارق سلطان، المرجع السابق، ص 270.

² احمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 362 و 363.

³ نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 282.

⁴ سيف سعد مهدي الدليمي ، المرجع السابق، ص 225 و 226.

يشترط درجة معينة من جسامة الخطأ المرتكب، و عليه يمكن القول أن هذا إغفال من جانب المشرع الجزائري قد يفتح الباب أمام المصلحة لمتعاقدة للتعسف في توقيع الفسخ¹.

2 - وجوب إعدار المتعاقد: نظرا لخطورة الآثار المترتبة على الفسخ بصفة عامة على حقوق المتعامل المتعاقد، فإنه يجب أن يكون هذا الجزاء مسبقا بإجراء ضروري لحماية هذه الحقوق، لذلك فان مخالفة الإدارة لهذا الإجراء الملزم يقيم مسؤوليتها التعاقدية تجاه المتعاقد معها.

و قد قرر مجلس الدولة الفرنسي بلى الإدارة ملزمة بإعدار المقاول قبل توقيع جزاء الفسخ، سواء وجد نص صريح يقضي بذلك أو لم يوجد، لذلك فإن الفسخ الجزائري لعقد الأشغال العامة الغير مسبق بإنذار المقاول يكون معيبا و مخالفا للقانون.

فالإدارة ملزمة بإعدار المقاول قبل تطبيق جزاء الفسخ² و كذا المورد، إذ يجب أن يكون قرار الفسخ صريح و مكتوب و صادر عن السلطة المختصة طبقا للعقد، مع ضرورة إعلام المتعاقد به بليّة وسيلة كانت³.

و قد ذهب القضاء الفرنسي إلى حد القول بعدم مشروعية قرار الفسخ غير المعلن بالنسبة للمتعاقد، و بذلك يجب ألا يتحمل النتائج الباهظة لهذا الإجراء⁴.

أما في مصر فإن المشرع تطلب وجوب الاعذار في بعض الحالات حسب ما نصت عليه المادة 8 من القانون رقم 89 لسنة 1998، التي أوجبت إعدار المقاول الذي يهمل أو يغفل القيام بلحد التزاماته المقررة، و لا يصلح ذلك خلال 15 يوما من الاعذار عندها يحق للإدارة فسخ العقد.

و في بعض الحالات الأخرى، قد تكتفي الجهة الإدارية بإخطار المتعاقد فقط بعد صدور قرار الفسخ، و هذا حسب ما نصت عليه المادة 25 من قانون رقم 89 لسنة 1998.

¹ سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص 133.

² المادة 2/49 من د.ش.إ.ع.ف. لسنة 2012.

³ عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 274 و 275.

⁴ عبد المجيد فياض، المرجع نفسه، ص 275.

غير أنه في بعض الحالات قد تعفى الإدارة من الاعذار¹ إذا نص العقد على ذلك، إذ في هذه الحالة يجب أن يفسر هذا النص بطريقة ضيقة باعتباره استثناء من قاعدة عامة، و ذلك لما فيه من خطورة بالنسبة للمتعاقد.

كما تعفى الإدارة من الاعذار أيضا إذا كان الفسخ إثر إجراء جزاء ضاغط سبق إعدار المتعاقد به بذات الأخطاء.

و تجدر الإشارة أن الفقه و القضاء الفرنسيين أوردوا حالات تعفى فيها الإدارة من الاعذار²، و ذلك في حالة الاتفاق إرادة الطرفين بشكل صريح و واضح عن الإعفاء من الاعذار هذا من جهة، و من جهة أخرى تعفى الإدارة من الاعذار إذا رفض المقاول تنفيذ التزاماته أو أعلن على عدم قدرته على التنفيذ.

أما بالنسبة للتشريع الجزائري، فبالرجوع لأحكام تنظيم الصفقات العمومية، فقد اهتم المشرع بالاعذار بموجب الفقرة الأولى من المادة 149 من المرسوم الرئاسي 247/15، حيث ألزم التشريع الإدارة بإعذار المتعاقد³ الذي أخل بالتزاماته، و منحه مدة زمنية لتدارك أخطائه، و في حالة انقضاء هذه المدة و لم يقم المتعامل المتعاقد بالوفاء بالتزاماته العقدية في الوقت المحدد و بالشروط الواردة في العقد، تقوم المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة بإرادتها المنفردة.

أما بالنسبة لكيفية الاعذار و البيانات اللازمة التي يجب أن يتضمنها الاعذار و آجال نشره، فتعتمد الإدارة على القرار الصادر عن وزير المالية لاعذار المتعاقد⁴.

¹ عبد المجيد فياض، المرجع نفسه، ص 281.

² محمد صلاح عبد البديع، المرجع السابق، ص 217.

³ قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، الصادر في 1990/07/28، (ب.ر.)، المجلة القضائية الجزائرية، 1990، ع. الثاني.

⁴ تراجع الصفحة 57 من هذه المذكرة.

الفقرة الثانية: الفسخ الجوازي

يقصد بالفسخ الجوازي هو منح الجهة المتعاقدة السلطة التقديرية في فسخ العقد أو عدم فسخه، في حالة ما إذا توفى المتعاقد معها، أو إذا لم يسدد التامين النهائي، أو ارتكب المتعاقد خطأ عقدياً¹، فإذا ما اتضح للمصلحة المتعاقدة أن المتعاقد معها قد أخل بشرط من شروط العقد فلها السلطة التقديرية في الفسخ و حل الرابطة العقدية ، أو اللجوء إلى وسائل الضغط لتنفيذ العقد مع إبقاء الرابطة العقدية منتجة لآثارها².

فقد أعطى التشريع المصري للإدارة في غير حالة الفسخ الوجوبي سلطة تقديرية في توقيع هذا الجزاء أو التغاضي عنه، في ضوء ما تراه محققاً للمصلحة العامة من إنهاء

الرابطة العقدية أو الاستمرار فيها، وذلك وفق ما جاء به نص المادة 25 من قانون 89 لسنة 1998، على أنه يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد إذا أخل بأبي شرط من شروطه.

و بالتالي فنص المادة 25 من قانون 89 لسنة 1998 يخول للإدارة تقدير مدى أضرار الإخلال الواقع من قبل المتعاقد بشرط التغاضي بحسن تنفيذ العقد، بحيث يجعله غير مرضي ولا تتحقق به الأهداف المرجوة من إبرام الصفقة، الأمر الذي يجعل الإدارة لا تتسامح بشأنه و يدفعها لفسخ التعاقد، و يكون بوسع الإدارة التغاضي عن الإخلال بشرط تعاقد ما و هي بصدد استعمال سلطتها التقديرية في فسخ التعاقد ، إذا كان لا يشكل خطورة كبيرة على تنفيذ الصفقة العمومية³.

فالإدارة في هذه الحالة توازن بين حجم الضرر الذي يلحق الصالح العام في حالة فسخ العقد، و نظيره في حالة استمرار العقد بالرغم من مخالفة المتعاقد لشرط من شروطه، فتدفع الضرر الأكبر بالضرر الأقل على النحو الذي يحقق الصالح العام، و ذلك من خلال الإبقاء

¹ عاطف محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 590.

² مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط. 2007، ص 355؛ أحمد عبد اللطيف إبراهيم، شرح تنظيم القانوني للمناقصات و المزادات و لائحته التنفيذية، دار السماح للنشر و التوزيع، القاهرة، ط. الأولى، 2004، ص 106.

³ سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 221.

على العقد متى كانت مخالفة شروط التعاقد لا تشكل خطورة على تنفيذ الصفقة، أو كانت أضرار الإبقاء على الصفقة و استمرار تنفيذها تقل عن الأضرار الناتجة عن الفسخ، و قرارها في هذه الحالة يتعين أن يدور في فلك الصالح العام¹.

و إلى جانب إخلال المتعاقد بالشروط المتفق عليها، يجوز للمصلحة المتعاقدة فسخ العقد في حالة وفاة المتعاقد و قبول تكملته من قبل الورثة و هذا ما نصت عليه المادة 1/37 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

البند الثاني: آثار المترتبة عن الفسخ الوجوبي و الجوازي

من المسلم به أن جزاء الفسخ يعتبر من النظام العام، و أنه يوجد لصالح الإدارة في جميع الأحوال بقوة القانون، فهو بذلك مخصص لضمان سير المرافق العامة، إذ يمكن للإدارة تقرير هذا الجزاء حتى في حالة عدم النص عليه في العقد أو دفاتر الشروط².

و جزاء الفسخ المطبق على المتعاقد، ينقسم إلى نوعين من الفسخ، هما الفسخ المجرد و الفسخ على مسؤولية المتعاقد، إذ تملك الإدارة حق اختيار توقيع أي من النوعين على المتعاقد المقصر وفقا للظروف كل عقد و ما يحقق الصالح العام³.

لهذا فلفه يترتب على قرار الجهة الإدارية بفسخ الصفقة حسب نوع الفسخ المطبق - على المتعاقد معها- العديد من الآثار تتمثل في:

الفقرة الأولى: الفسخ المجرد

تتمثل مجمل الآثار في⁴:

- انتهاء الرابطة التعاقدية و عودة طرفي العلاقة إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد؛

¹ هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية دراسة تطبيقية، المرجع السابق، ص 163.

² نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 279.

³ هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية دراسة تطبيقية، المرجع السابق، ص 167.

⁴ هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص 255.

- يكون للإدارة المتعاقدة الحق في اقتضاء غرامات التأخير ، أو المطالبة بالتعويضات عما لحقها من أضرار من جراء فسخ العقد أو الصفقة لخطأ المتعاقد؛

- لا يمكن للجهة المتعاقدة بعد فسخ الصفقة تحميل المتعاقد المقصر للأعباء المالية لصفقة جديدة تقوم بإبرامها؛

- بعد الفسخ يقوم كل من طرفي الصفقة برد ما تحصل عليه من الطرف الآخر، إذ تقوم الإدارة بتسليم المتعاقد معها الأصناف التي قام بتوريدها، وقيمة ما قام به من أشغال و التأمينات التي دفعها، و في المقابل يقوم المتعاقد برد ما يكون قد حصل عليه من الإدارة من أموال تنفيذاً لموضوع الصفقة¹؛

- تسليم المتعاقد الأشغال التي قام بانجازها قبل الفسخ الإدارة، و ذلك لتصفية العقد و إقامة كشف حساب للفسخ في صفقة اللوازم².

الفقرة الثانية: الفسخ على مسؤولية المتعاقد

تتسم آثار هذا النوع من الفسخ بالشدة و القسوة مقارنة بالفسخ المجرد ، حيث تتمثل أهم آثاره في:

- إعادة طرح الأشغال في صفقة جديدة على حساب المقاول المقصر في عقد الأشغال العامة، أو بإعادة الشراء على حساب المورد المقصر في حالة عقد التوريد³؛

- الإدارة المتعاقدة لا تكتفي بالتعويض عن أضرار الناتجة عن فسخ الصفقة الأولى، بل تحمل المتعاقد المقصر الأعباء المالية للصفقة الجديدة ، و في هذا الشأن لا يجيز مجلس الدولة الفرنسي لجوء الإدارة إلى هذا الفسخ ، إلا إذا نص عليه في العقد و تضمنه دفتر الشروط⁴؛

¹ محمد صلاح عبد البديع، المرجع السابق، ص 167.

² سعيد عبد الرزاق باخبييرة، المرجع السابق، ص 361.

³ عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 286 و 287.

⁴ محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 557.

- للمصلحة المتعاقدة الحق في الاحتفاظ بفارق النفقات إذا كانت الصفقة الجديدة اقل سعر من الصفقة الأصلية¹.

الفقرة الثالثة: الآثار المشتركة بين الفسخ المجرد و الفسخ على مسؤولية المتعاقد

يترتب عن صدور قرار الفسخ من قبل الجهة المتعاقدة مايلي:

- انتهاء الرابطة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد بالنسبة للمستقبل²، و ذلك ابتداء من تاريخ صدور القرار و إعلام المتعاقد به؛
- يشمل قرار الفسخ الصادر من قبل المصلحة المتعاقدة كل الصفقة ، فلا يطبق على بعض الأجزاء المربحة مثلا و تبقي على الجزء الخاسر³؛
- يترتب على توقيع جزاء الفسخ بنوعيه، إخلاء المقاول في عقد الأشغال العامة لأماكن العمل وفقا للأجال المحددة في الاعذار، فبعد انقضاء آجال 30 يوم من الاعذار تقوم المصلحة المتعاقدة بإخلاء الأمكنة تحت مسؤولية و نفقة المقاول ، أو بيع آلات و أدوات العمل في المزاد العلني⁴؛
- في عقد التوريد يمكن للجهة الإدارية أن ترفض استلام التوريدات بعد صدور قرار الفسخ⁵؛
- يمكن للجهة الإدارية عند فسخ الصفقة أن تجمع بين جزاء الفسخ و الجزاءات المالية الأخرى⁶؛
- خضوع إجراء الفسخ للرقابة القضائية، إذ يختص القاضي - القضاء الكامل- برقابة مبررات التي تعتمد عليها الإدارة لفسخ العقد، فلا يجوز للقاضي إلغاء قرار الفسخ مهما شابته

¹ ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص 162.

² Christophe Lajoie, op, cit ,p 175.

³ سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص 135.

⁴ المادة 23 من د.ش.إ.ع. لسنة 1964.

⁵ سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص 135.

⁶ ربيحة سبكي، المرجع السابق، ص 160.

من عيوب اللامشروعية، و إنما يقتصر دوره على تقرير الحق في التعويض كما لا يمكن للقاضي أيضا إلغاء قرار إعادة طرح صفقة جديدة و تحميل المتعاقد نفقاتها و إنما يقتصر دوره على منح المتعاقد التعويض فقط ، و هذا ما اخذ به مجلس الدولة الفرنسي¹ عكس القضاء المصري الذي يقر بالتعويض و الإلغاء².

البند الثالث: الرقابة القضائية على الفسخ الجزائي

لحماية المتعاقد من تعسف الجهة الإدارية في استعمال سلطتها في تطبيق الفسخ، فقد يمكن للمتعاقد اللجوء للقضاء المختص، هذا الأخير الذي لا يمكنه إلغاء قرار الفسخ مهما شابه من عيوب، إذ يقتصر دوره على بحث عن الحق في التعويض.

فإذا كان الفسخ غير مشروع لكنه مبرر من الناحية الموضوعية، فإن قاضي العقد يعفي المتعاقد من نتائج هذه الفسخ، مع تقرير تعويض مناسب له عن الأضرار التي تحملها من جراءه، و ذلك لجبر الخسارة التي لحقت به دون أن يشمل ما فاتته من كسب³.

أما إذا لم يتم الفسخ على أسباب مبررة، ففي هذه الحالة فإن القاضي و فضلا عن إعفاء المتعاقد من نتائج الفسخ، يمنحه تعويضا كاملا يشمل ما لحقه من خسارة مؤكدة و ما فاتته من كسب، و ذلك بعدما يقوم المتعاقد بإثبات أنه كان يستطيع أن يحقق ربح مالي لو قام بتنفيذ موضوع العقد وحده.

و في حالة إذا قامت الإدارة بفسخ العقد و كان قرارها صحيحا، ففي هذه الحالة لا يمكن للقاضي أن يمنح المتعاقد أي تعويض⁴.

¹ فتحة حابي، المرجع السابق، ص 308.

² هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص 289 و 291.

³ عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص 300 و 301.

⁴ عبد المجيد فياض، المرجع نفسه، ص 301.

المطلب الثاني: سلطة الإدارة في إنهاء الصفقة العمومية

إلى جانب ما تملكه الإدارة المتعاقدة من سلطة فسخ الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة، فقد خول لها الفقه و القضاء الإداريين سلطة إنهاء العلاقة التعاقدية بينها و بين المتعاقد معها، قبل انتهاء الآجال المحددة في العقد المبرم بينهما و القيام بالتنفيذ الكامل لموضوع الصفقة، و ذلك لدواعي تفرضاها المصلحة العامة.

و على هذا الأساس و لتفصيل أكثر في سلطة إنهاء الصفقة من جانب الجهة المتعاقدة، خصص الفرع الأول لدراسة سلطة إنهاء الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة، أما الفرع الثاني فسيعالج شروط ممارسة إنهاء الصفقة لدواعي المصلحة العامة.

الفرع الأول: سلطة إنهاء الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة

من المسلم به أن العقود التي تبرمها الإدارة في إطار الصفقات العمومية مع أحد الأشخاص الطبيعية أو المعنوية، لا تختلف في مفهومها العام عن العقود المدنية، التي يبرمها الأفراد فيما بينهم حيث كلاهما- العقود الإدارية و المدنية- يقوم على أساس توافق إرادتين بقصد القيام بالتزامات متقابلة، لكن يبقى الهدف من كلا العقدين يختلف عن الآخر، إذ تهدف العقود المدنية إلى تحقيق المصلحة الخاصة، بينما الهدف الرئيسي في العقود الإدارية هو تحقيق المصلحة العامة.

و بناء على ذلك يمكن الإشارة، أن طبيعة العقود الإدارية و وضعية المتعاقدين منح للإدارة المتعاقدة صلاحيات استثنائية لمواجهة المتعاقد معها أثناء تنفيذ موضوع الصفقة، حيث بوسعها إنهاء الرابطة التعاقدية التي تجمعها مع المتعامل المتعاقد بإرادتها المنفردة و دون حاجة لإصدار حكم قضائي، إذا ما تعارض تنفيذ الصفقة مع المصلحة العامة التي تهدف الإدارة لتحقيقها من وراء تعاقدها، أو أصبح هذا التنفيذ غير مجدي لتحقيقها، لأن المصلحة العامة هي المحور الذي تدور حوله الصفقات العمومية باعتبارها الوسيلة الوحيدة للإدارة في تحقيقها¹.

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاء و تحكيما، المرجع السابق، ص 130.

غير أن التكييف القانوني لسلطة إنهاء العقود الإدارية لدواعي المصلحة العامة، قد أثار جدل كبير بين الفقهاء، حيث اعتبر أغلب الفقهاء أن سلطة الإنهاء التي تتمتع بها الإدارة ما هي إلا صورة من صور التعديل الانفرادي للعقد باعتبارها من أهم الخصائص المميزة للعقود الإدارية، حيث تلجأ إليها السلطة المتعاقدة عند تنفيذ العقد إذ تقوم بتعديل التزامات المتعاقد معها وفقا لما تقتضيه سير المرفق العام و دون المساس بالتوازن المالي للعقد.

و على هذا الأساس فقد اعتبر أصحاب هذا الاتجاه، إنهاء العقد الإداري من قبل الإدارة و بإرادتها المنفردة دون وقوع أي تقصير أو خطأ من جانب المتعاقد ، هو في حقيقة الأمر تعديل يتعلق بشرط الآجال فقط¹، و هذا ما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا في مصر حينما اعتبرت فسخ العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة هو امتداد لحق الإدارة في تعديله، و أن هذا الأخير ينصّب على شرط خاص بمدة العقد فقط².

هذا و يرى الفقيه Benoit أن هناك اختلاف كبير بين سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة و سلطتها في التعديل الانفرادي، إذ لكل منهما نطاق مستقل عن الآخر، فقد يفرض التعديل على المتعاقد زيادة أعمال أو إنقاصها رغم عدم النص عليها في العقد، حيث يشمل الإنهاء حذف جزئي أو كلي للالتزامات المتعاقد دون تقديم بديل آخر عنها، فهو يعتبر إنهاء للعقد و ليس تعديلا له³.

و يرى الدكتور محمد صلاح عبد البديع أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة هي سلطة قائمة بذاتها و مستقلة عن سلطة التعديل الانفرادي، فهي تؤدي إلى وضع نهاية حتمية و قاطعة للعقد ، الأمر الذي ينتج عنه انقضاء العلاقة التعاقدية بين الإدارة و المتعاقد معها⁴.

¹ مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، ص 83.

² محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ط. 2006، ص 378؛ محمد سعيد الرحو، المرجع السابق، ص 156.

³ مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، المرجع السابق، ص 86.

⁴ محمد صلاح عبد البديع، المرجع السابق، ص 503.

و على هذا الأساس أجمع جانباً من الفقه الفرنسي على اعتبار أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة و دون خطأ من جانب المتعاقد معها من النظام العام، باعتبارها حقاً ثابتاً لها في جميع العقود سواء وجد نص يجيز لها ذلك أو لم يوجد¹.

و حتى إذا وجد نص بالعقد يجيز للجهة الإدارية استعمال سلطة إنهائه لدواعي المصلحة العامة، فليق هذا النص يعد مقررراً لهذا الحق بحيث لا يعدوا أن يكون نصاً كاشفاً لحق ثابت للإدارة وفقاً للمبادئ العامة لنظرية العقد الإداري².

هذا و قد اعترف مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ 1967/12/08 في قضية Canstors Cazautests، للإدارة بفسخ و إنهاء العقد للمصلحة العامة حيث يقول: "ومن حيث أن الفسخ لسبب يتعلق بالمصلحة العامة لا يحرم المتعاقدين من حقهم في التعويض"³.

أما في مصر فمن المتفق عليه فقها⁴ و قضاء⁵ ارتباط سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة لدواعي المصلحة العامة من النظام العام، لذا فإذا تبين للقضاء أن قرار الإنهاء لم يرقم على أسباب مشروعة حكم للمتعاقد بالتعويض المناسب، دون أن تمتد سلطة القاضي للبحث في ملائمة القرار و إلغائه⁶.

¹ مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلحاني، المرجع السابق، ص 175.

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاء و تحكيماً، المرجع السابق، ص 131.

³ سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 223.

⁴ طعيمة الجرف، القانون الإداري، دار النهضة العربية، الإسكندرية، ط. 1978، ص 625.

⁵ حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الصادر بتاريخ 1970/04/11، رقم 954؛ حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الصادر بتاريخ 1990/03/20، رقم 2289، أخذاً عن عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاء و تحكيماً، المرجع السابق، ص 131.

⁶ مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلحاني، المرجع السابق، ص 175 و 176.

و أكدت المحكمة الإدارية العليا أن للإدارة دائما سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا ما يقتضيه الصالح العام، و ليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويض إذا كان له وجه¹.

أما في التشريع الجزائري ، فقد اعترف تنظيم الصفقات العمومية للإدارة بسلطة فسخ و إنهاء الصفقة العمومية بالإرادة المنفردة ، و ذلك من خلال نص المادة 150 من المرسوم الرئاسي 247/15، التي نصت على أنه: " يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد عندما يكون مبررا بسبب المصلحة العامة، حتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد".

و عليه يتبين لنا أن سلطة الإدارة في إنهاء صفقاتها العمومية بإرادتها المنفردة هي سلطة معترف بها لجهة الإدارة، شريطة أن يكون هدف الجهة الإدارية دائما المصلحة العامة، و ذلك حرصا على حسن سير المرافق العامة، و هو اتجاه مقبول باعتبار أن ذلك يمكن الإدارة من إنهاء أي تعاقد ، عندما لا نكون جدوى في استمراره طالما أن المتعاقد سوف يتحصل على تعويض مناسب نتيجة إنهاء عقده.

الفرع الثاني: شروط ممارسة سلطة إنهاء الصفقة لدواعي المصلحة العامة

إن سلطة الإدارة المتعاقدة في إنهاء الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة و إن كانت سلطة تقديرية، إلا أنها ليست سلطة مطلقة بل ترد عليها قيود ، الغرض منها الحيلولة دون التعسف بحقوق المتعاقد تحت ستار استعمال الإدارة لتلك السلطة، حيث ينصب أولها على باعث الإنهاء و ثانيها على الوسيلة المستعملة في الإنهاء.

البند الأول: ارتباط الانتهاج بأسباب تتعلق بالمصلحة العامة

إذا كان مقصد الإدارة من الإقدام على إبرام صفقاتها العمومية هو مقتضيات المصلحة العامة، فإنه يتعين أن يكون الباعث على إنهاء ما أبرمته من تلك الصفقات إنهاء مبسترا هو أيضا الرغبة في تحقيق المصلحة العامة و التي يتوافق معها هذا الإنهاء.

¹ حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الصادر بتاريخ 2007/07/08، أخذاً عن سيف سعد مهدي الدليمي، المرجع السابق، ص 222.

فقد تستدعي المصلحة العامة و متطلبات تسيير المرفق العام، أن تقوم الإدارة بإنهاء الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة قبل انتهاء الآجال المحدد في العقد، و ذلك لانعدام الفائدة من الاستمرار في تنفيذ موضوع الصفقة و دون حاجة إلى إثبات خطأ من جانب المتعاقد معها، و يعتبر ذلك من أهم السلطات الممنوحة للإدارة و من تم فهو من أبرز الخصائص التي تتميز بها العقود الإدارية عن العقود المدنية، و هذا ما أكده كلا من مجلس الدولة الفرنسي و المصري، حيث اشترط لكي يكون إنهاء العقد مشروعاً، يجب أن يستند الإنهاء على باعث المصلحة العامة¹، أو على الصالح العام، و إلا كان هذا الإنهاء العقد تعسفياً و ليس له ما يبرره².

إذا فالمصلحة العامة تمثل بالنسبة للعمل الإداري الباعث و الغاية، و بالتالي فتحقيق المصلحة العامة شرط موضوعي لمشروعية العمل الإداري، على عكس نشاط الأفراد الذي يشمل المصالح الشخصية فقط، فإن الجهة المتعاقدة لا تعمل إلا و تحقيق الصالح العام هدفها، فلذا حادت عن هذا الهدف شراب قرارها عيب الانحراف بالسلطة.

و تجدر الإشارة إلى أن حالات تحقيق المصلحة العامة تتنوع و تختلف، إذ لا يمكن حصرها بدقة، و مع ذلك فقد حدد القضاء الإداري في فرنسا و مصر بعض الحالات على سبيل المثال لا الحصر التي اعترف بوجودها تتحقق المصلحة العامة، و بالتالي تؤخذ كمبرر لإنهاء الصفقة العمومية، و هناك حالات أخرى رفض بتوفرها تحقيق المصلحة العامة.

¹ حكم محكمة القضاء الإداري، الصادر في 1961/06/25، أخذاً عن مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 178.

² قرار مجلس الدولة الفرنسي، بتاريخ 1988/04/22، أخذاً عن مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، المرجع نفسه، ص 178.

الفقرة الأولى: الحالات التي اعترف مجلس الدولة الفرنسي و المصري بوجودها تحقيقاً للمصلحة العامة في¹:

1 - انتهاء احتياجات المرفق العام التي أبرم العقد الإداري من أجل توفيرها: فإذا ثبت بعد التعاقد أن الصفة لم تعد صالحة أو مفيدة للإدارة بسبب الظروف اللاحقة لإبرام الصفة عن تلك الظروف التي أحاطت بها وقت الإبرام، فإين للجهة الإدارية الحق في إنهاء الصفة ببلوادتها المنفردة، و من الحالات التي قد تندرج تحت هذا الشرط تتمثل في²:

- توقف القتال الذي يعطي للإدارة الحق في إنهاء عقد التوريد³؛

- انعدام الفائدة من العقود المبرمة نظراً لعدم احتياج المرفق العام لها.

2- إلغاء المرفق الذي أبرمت العقود من أجل تسييره أو إعادة تنظيم هذا المرفق بما يتلاءم مع التطورات العلمية الحديثة: وقد تدخل ضمن هذا الشرط عدة حالات تتمثل في:

- إنهاء العقد لتطوير الوسيلة المستخدمة في تسيير المرفق العام؛

- إنهاء عقد التزام المرفق العام عن طريق استرداد الالتزام قبل نهاية مدة العقد المتفق عليها، و ذلك بقصد تحويل نظام إدارة المرفق العام إلى نظام الإدارة المباشرة.

3 - إنهاء العقد بسبب التعديلات و تزايد احتياجات و طريقة سير المرفق العام؛

4 - إنهاء العقد بسبب تغيير الظروف الاقتصادية؛

5 - إلغاء العقد بسبب الصعوبات التي تواجه التعاقد في تنفيذ.

¹ مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلحاني، المرجع نفسه، ص 179 و 182.

² عادل عبد الرحمن خليل، المبادئ العامة في إنهاء العقد الإداري، دار النهضة العربية، ط. 1995، ص 384؛ محمد صلاح عبد البديع، المرجع السابق، ص 507.

³ و هو ما التزم به مجلس الدولة الفرنسي في أعقاب الحرب العالمية 1 و 2 حيث أقر للإدارة بإنهاء عقود التوريد المتعلقة بالمجهود الحربي بسبب توافر شرط المصلحة العامة المتمثل في عدم فائدة استمرار هذه العقود نتيجة توقف القتال في أعقاب الحرب و زوال الحاجة إلى هذه العقود نتيجة ذلك.

الفقرة الثانية: الحالات التي رفض مجلس الدولة الفرنسي و المصري الاعتراف بتوافرها شرط المصلحة العامة الذي يبرر إنهاء العقد¹:

1 - الإلغاء لأسباب شخصية: لا يحق للإدارة إنهاء الصفقة بإرادتها المنفردة لأسباب بحتة لا تتعلق بالمصلحة العامة؛

2 - الإلغاء لأسباب تتعلق بحرية العقيدة الدينية: فإذا قامت الإدارة بإنهاء العقد لأسباب أجنبية عن حسن سير المرفق العام و مخالفا لحرية العقائد الدينية؛

3 - الإنهاء لأسباب ذات طابع سياسي أو النشاط النقابي للمتعاقد: قد ذكر مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء قرارات الإدارة بفصل العمال المتعاقدين استنادا على أسباب ذات طابع سياسي و على النشاط النقابي للعامل²؛

4 - إنهاء العقد لأسباب مالية: يرى غالبية الفقه الفرنسي و المصري انه لا يجوز للإدارة إنهاء العقد الإداري بدون خطأ المتعاقد لمجرد تحقيق المصلحة المالية للإدارة.

بالرجوع إلى أحكام تنظيم الصفقات العمومية نجد أن المشرع الجزائري قد أجاز بصفة صريحة للإدارة إنهاء الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة و لدواعي المصلحة العامة³، لكنه أغفل عن تحديد الحالات التي يمكن اعتبارها شرط لتوفر المصلحة العامة و التي تبرر إنهاء الصفقة العمومية من جانب المصلحة المتعاقدة و دون خطأ من المتعاقد معها، الأمر الذي يجعل حقوق المتعاقد محل تهديد خطير أمام تعسف الإدارة تحت ستار استعمال المصلحة المتعاقدة لسلطة إنهاء الصفقة لدواعي المصلحة العامة.

البند الثاني: صدور قرار إنهاء الصفقة العمومية في إطار المشروعية

لمشروعية قرار الجهة المتعاقدة في الإنهاء الانفرادي للصفقة العمومية، فإنه يتعين توفر في قرار الإدارة جميع الشروط اللازمة لصحة القرارات الإدارية و كذا الأعمال المبنية على

¹ محمد صلاح عبد البديع، المرجع السابق، ص 510.

² قرار مجلس الدولة الفرنسي، بتاريخ 1990/10/26 أخذاً عن مفتاح خليفة عبد الحميد و حمد محمد حمد الشلحاني، المرجع السابق، ص 183.

³ المادة 150 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

السلطة التقديرية، لهذا على الجهة المتعاقدة عند قيامها بإنهاء الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة أن تنفذ جميع الإجراءات المنصوص عليها في العقد و التشريع، و إلا كان قرارها غير مشروع.

كما يتعين صدور قرار إنهاء الصفقة العمومية عن السلطة المختصة بإيرامه المتمثلة حسب المادة 4 من المرسوم الرئاسي 247/15، في مسئول الهيئة العمومية أو الوزير المختص أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي أو المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية، ما لم يرد بهذا العقد تحديدا لسلطة أخرى تختص بإصدار قرار إنجائه.

و باعتبار إنهاء الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة ليس بجزء توقعه الإدارة على المتعاقد معها لخطأ اقترفه، فلا يشترط فيه الاعذار على النحو المعمول به بالنسبة للفسخ الجزائي¹، لكن يبقى تسبب القرار الإداري المتعلق بإنهاء الصفقة أمرا لازما لسلامته².

و تجدر الإشارة أن قرار الإدارة بإنهاء الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة لا يمكن أن يسري بأثر رجعي، و هذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر 1977/04/12، الذي جاء فيه: "أن قرار الإدارة بإنهاء العقد يسري ابتداء من تاريخ إبلاغه إلى المتعاقد، و ليس من تاريخ سابق على هذا الإبلاغ"³.

و باعتبار أن سلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء الصفقات العمومية، هي سلطة تقديرية، يشترط لممارستها ألا يكون قرار الإنهاء منسوبا بعيب إساءة استعمال السلطة⁴.

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاء و تحكيما، المرجع السابق، ص 140.

² كان تسبب القرار الإداري المتعلق بإنهاء العقد الإداري في فرنسا ليس واجب طالما أن قرار الإنهاء جاء لدواعي المصلحة العامة، لكن في تاريخ 1970/07/11 اصدر التشريع الفرنسي قانونا تم العمل به في 1980/01/11 حيث استوجب هذا القانون تسبب جميع القرارات الفردية التي تلحق ضررا بالأفراد و من بينه قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري.

³ مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 187.

⁴ احمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 272.

و يملك القضاء الفرنسي إلغاء قرار الانتهاء إذا تبين أنه لم يؤسس على سبب مشروع، بالإضافة إلى حق المتعامل المتعاقد في اقتضاء التعويض المناسب عما لحقه من ضرر، نتيجة إنهاء العقد قبل الآجال المحدد دون تقصير منه¹.

إذا فالقضاء الإداري يمارس رقابته على القرار الإداري المتعلق بإنهاء الصفقة العمومية، و مدى التزام الإدارة في قرارها بالإجراءات و الشكليات المنصوص عليها في التشريع، و البحث عن ما إذا كان القرار منسوبا بأحد العيوب الموضوعية التي تبطل القرارات الإدارية الصادرة بناء على السلطة التقديرية.

¹ مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 136.

الفصل الثاني

الفصل الثاني: التزامات الإدارة و الآثار المترتبة عن الإخلال بها

تكتسي الصفقات العمومية أهمية بالغة في الدولة، إذ تتسع مجالاتها و تختلف وظائفها و تتعدد تدخلاتها باعتبارها الأداة الوحيدة التي تنجز بها الأشغال العامة و تقتني بها التوريدات، و تلبي الحاجات العامة من خدمات و تنجز بها الدراسات، فهي إذا تلعب دور فعال لإنجاز المشاريع بأعلى جودة و بأقل تكاليف و في أقصر الآجال¹، و ذلك بوضع قواعد و إجراءات صارمة للتنفيذ.

إن الطبيعة المميزة للصفقات العمومية، جعلت المصلحة العامة تتمتع بمجموعة من الامتيازات و السلطات الاستثنائية غير مألوفة في القانون الخاص بهدف ضمان سير المرافق العامة بانتظام.

لذا فكون الإدارة طرفا في العلاقة التعاقدية يوجب عليها زيادة على الامتيازات و السلطات، عددا من الالتزامات تصب في نفس الهدف و هو سير المرفق العام و تأمين الحاجات العامة الذي تقررت بشأنها هذه الامتيازات.

إذا فبدون التزامات المخولة للمصلحة المتعاقدة و جبرها على تنفيذها، لا يمكن للصفقات العمومية أن تنفذ و تحقق الأهداف المرجوة من إبرامها، فإذا كانت التزامات الإدارة هي بعض واجباتها تجاه المتعاقد معها، فإنها في نفس الوقت هي بعض حقوق المتعامل المتعاقد، الذي لا يتسنى له التمتع بها إلا بالالتزام الإدارة بإتباعها لضمان التنفيذ الجيد للصفقة، ففي حالة إخلال الجهة المتعاقدة بهذه الالتزامات تترتب عليها مسؤولية.

لهذا و لتفصيل أكثر في التزامات الإدارة المتعاقدة في تنفيذ الصفقة و في الآثار المترتبة عن الإخلال بها، خصص المبحث الأول لدراسة التزامات المصلحة المتعاقدة في تنفيذ الصفقة العمومية، أما المبحث الثاني الآثار المترتبة عن إخلال الإدارة بالتزاماتها.

¹ عبد الحكيم حططاش، هند زيتوني، مدى ملائمة نظام الصفقات العمومية في الجزائر لتجسيد برنامج الاستثمارات العامة لفترة 2001 – 2014، مؤتمر الدولي حول تقييم آثار برامج الاستثمارات العامة و انعكاساتها على التشغيل و الاستثمار و النمو الاقتصادي خلال الفترة 2001 – 2014، جامعة سطيف 1، يومي 11 و 12 مارس 2013، ص 02.

المبحث الأول: التزامات المصلحة المتعاقدة في تنفيذ الصفقة العمومية

من المسلم به أن الإدارة ملزمة باحترام التزاماتها في تنفيذ الصفقات العمومية طبقاً لمبدأ حسن النية في التنفيذ، لذا يفترض عليها إضافة إلى تمكين المتعاقد معها من تنفيذ التزاماته التعاقدية المتفق عليها، الالتزام بتدليل كافة العقبات التي تعترض المتعاقد و تحول دون انجازه الجيد للصفقة في الآجال المتفق عليها متى كان ذلك بمقدورها¹.

فالإدارة و هي تتمتع بما يقدمه المتعاقد معها من جهد لتنفيذ موضوع الصفقة بما يعود عليها و على المرفق العام بالنفع، تلتزم بتنفيذ الصفقة بمجرد إبرامها من قبل السلطة المختصة، مع مراعاة طبيعة كل صفقة²، و بالتالي يجب على الإدارة المتعاقدة مساعدة المتعامل المتعاقد لتنفيذ الجيد للصفقة و تمكينه من كل الوسائل اللازمة لذلك ووضعها تحت تصرفه، بمجرد استكمال إجراءات المصادقة.

و عليه سيتم التطرق للالتزامات الفنية للإدارة كمطلب أول، و تخصيص المطلب الثاني لدراسة التزام الإدارة بمبدأ حسن النية في تنفيذ الصفقة، أما المطلب الثالث فسيعالج التزام الإدارة بتعويض المتعاقد معها.

المطلب الأول: التزامات الفنية للإدارة

تعتبر الصفقة العمومية عقد معاوضة، إذ يلتزم فيه المتعامل المتعاقد بتنفيذ الخدمة أو العمل موضوع الصفقة تبعاً للمواصفات و الشروط المتفق عليها من قبل، في حين تلتزم الإدارة المتعاقدة باحترام الالتزامات العقدية إعمالاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد.

فاحترام الإدارة لالتزاماتها التعاقدية يشكل حافزاً و دافعاً أساسياً للمتعاقد معها للوفاء بالتزاماته المتقابلة في العقد، لكن إذا أخلت الجهة المتعاقدة بهذه الالتزامات سوف يشكل عائقاً أمام المتعاقد للتقيد بتنفيذ الالتزامات المفروضة عليه، الأمر الذي يؤثر سلباً على تنفيذ

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط. الأولى، 2011، ص 66.

² محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 567.

المشاريع مما يؤدي إلى جمودها و ركودها و بالتالي تأخر كبير في إنجازها و في تنفيذ المخططات التنموية.

على هذا الأساس، فإن القوة الملزمة للعقد تجبر الإدارة المتعاقدة على التقيد بالتزاماتها و الوفاء بها و إلا قامت مسؤوليتها متى توفرت أركانها من خطأ، ضرر و علاقة سببية.

إن الأصل العام في العقود الملزمة لجانبين يفرض على المصلحة المتعاقدة احترام كافة التزاماتها المتفق عليها و المحددة في دفاتر الشروط، التي يتعين على الإدارة التقيد بها أثناء بدء عملية التنفيذ خاصة بعد صدور الأمر ببدء الأشغال.

لهذا سيتم التطرق إلى تمكين المتعاقد من المباشرة بتنفيذ التزاماته التعاقدية كفرع أول، أما الفرع الثاني سيخصص لاحترام الإدارة مدة تنفيذ الصفقة العمومية.

الفرع الأول: تمكين المتعاقد من المباشرة بتنفيذ التزاماته التعاقدية

بعد إبرام المصلحة المتعاقدة للصفقة العمومية و دخولها حيز التنفيذ تصبح منتجة لآثارها القانونية، فيتولد عنها حقوق و التزامات تسري حيال الطرفين.

و باعتبار الصفقات العمومية عقود زمنية حسب طبيعتها، يفترض على المتعامل المتعاقد إنهاء الأعمال محل التعاقد في الميعاد المنصوص عليه في العقد و دفتري الشروط¹، و ذلك تجنباً لفرض الجزاءات من قبل المصلحة المتعاقدة من جهة، و إبراء ذمته من الالتزامات التعاقدية من جهة ثانية، هذا إضافة إلى سعيه للحصول على أهم حقوقه من هذه العلاقة التعاقدية و المتمثلة في مستحقاته المالية.

لهذا و بعد موافقة السلطة المختصة على الصفقة العمومية تصبح نهائية بعد إمضاء عليها من قبل²:

-مسئول الهيئة العمومية؛

¹ إحسان سليمان خريبط، صعوبات تنفيذ العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط. 2017، ص 25؛ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 66.

² المادة 04، من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

-الوزير؛

-الوالي؛

-رئيس المجلس الشعبي البلدي؛

-المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية.

إذ يمكن كل من هذه السلطات أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين، بأي حال بإبرام و تنفيذ الصفقات العمومية طبقاً للأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها.

على هذا الأساس، فبعد أن تصبح الصفقة العمومية نهائية و تدخل حيز التنفيذ يتعين على الجهة المتعاقدة مساعدة المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته، و تجنبه كافة الصعوبات التي قد تعترض تنفيذه للصفقة.

لذا يحتم على المصلحة المتعاقدة القيام بعدة إجراءات تتمثل في:

البند الأول: تسليم موقع التنفيذ

تكتسي الصفقات العمومية أهمية بارزة في تنفيذ مخططات التنمية للدولة، لذا فهي تعتمد على عنصر مهم يتمثل في عنصر الزمن لتحديد مواعيد التنفيذ و تسليم المشاريع، حيث يكون لزاماً على المتعامل المتعاقد إنهاء الأعمال موضوع الصفقة في المواعيد المنصوص عليها في العقد.

لذا يلزم على الجهة الإدارية تسهيل عملية التنفيذ على المتعاقد معها، و ذلك من خلال تسليم موقع العمل في الميعاد المتفق عليه بالعقد أو خلال المدة الزمنية المناسبة¹.

إذ غالباً ما تتم بداية تنفيذ الأعمال بتسليم موقع العمل، و قيام الإدارة بجميع الأعمال و التجهيزات الضرورية لبدء تنفيذ الأشغال موضوع الصفقة، ذلك أن مدة التنفيذ لا تبدأ إلا

¹ سحر جبار يعقوب، فسخ العقد الإداري قضائياً لخطأ الإدارة، مذكرة مقدمة للحصول على درجة الماجستير، جامعة بابل، كلية القانون، العراق، 2003، ص 60 .

من تاريخ تسليم المقاول لموقع الأشغال خاليا من كل مانع أو شواغل¹.

لهذا تلتزم الإدارة المتعاقدة في أي مشروع أشغال بتوفير الوعاء العقاري محل التنفيذ و تخصيصه قبل إبرام صفقاتها، حيث يتم تخصيص الأراضي للمشاريع العمومية حسب طبيعة ملكيتها².

فإذا كانت هذه الأراضي تابعة للأملاك الوطنية، فإن قرار التخصيص يصدر عن الوزير المكلف بالمالية، إذا تعلق الأمر بطلبات صادرة عن مؤسسات وطنية أو وزارات أو مؤسسات و هيئات عمومية تابعة للدولة ذات اختصاص وطني أو جماعات إقليمية.

و يصدر قرار التخصيص عن الوالي، إذا تعلق الأمر بمصالح الدولة غير المركزية و المؤسسات و الهيئات العمومية التابعة للدولة ذات الاختصاص النحلي الموجودة في الولاية.

أما تخصيص الأملاك العقارية التابعة للأملاك الدولة الوطنية الخاصة بالولاية أو البلدية و إلغاء تخصيصها، يخضع لمداولات و قرارات تعتمد وفق شروط و شكليات معينة.

و يتخذ قرار التخصيص من طرف السلطة المعنية بناء على اقتراح المصالح المكلفة بالأملاك الوطنية، استجابة لطلب معلل صادر عن المصلحة الطالبة، و يبين قرار التخصيص بدقة المصلحة أو المصالح التي تتحصل على العقار و وجه استعماله، و يتم بعدها تسليم العقار للمصلحة التي خصص لها في محضر يوقعه كل من ممثل المصلحة المخصصة و ممثل المصلحة الحائزة و ممثل الأملاك الوطنية³.

في حالة تعذر وجود الوعاء العقاري تقوم الإدارة بتقديم ملف إلى الوالي المختص إقليميا، بغية إصدار قرار نزع الملكية للمنفعة العامة، بعد مروره بعدة مراحل تتمثل في التصريح

¹ إحسان سليمان خربيط، المرجع السابق، ص 26؛ مجدي المتولي، المرجع السابق، ص 135، علي بن شعبان، المرجع السابق، ص 136.

² المادة 84 و 85، قانون رقم 30/90، المؤرخ في 14 جمادى الأولى 1411، الموافق 1990/12/01، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج.ر. الصادرة في 1990/12/02، ع. 52، المعدل و المتمم.

³ النوي خرشي، المرجع السابق، ص 47.

بالمنفعة العمومية، التحقيق الجزئي، تقرير قيمة الممتلكات و الحقوق العقارية، قرار قابلية التنازل و أخيرا نقل الملكية¹.

و على العموم فإن ملف نزع الملكية يشمل على ما يلي:

-تقرير يبرر اللجوء إلى إجراء نزع الملكية²؛

-تصريح يبين الهدف من المشروع المتوخى، حيث يجب أن يتطابق مع الأهداف العامة للجوء لنزع الملكية؛

-مخطط يحدد طبيعة الأشغال و مدى أهميتها و موقعها؛

-تقريراً بيانياً للعملية.

و عليه فإن الإدارة لا يمكن أن تضع يدها على العقارات التي أصدرت بشأنها قرارات نزع الملكية، إلا بعد إيداع مبلغ التعويض لدى الخزينة الولاية تحت عنوان محاسبي خاص بالعملية.

ذلك أن الأصل العام هو تحريم اعتداء الإدارة على الملكية الخاصة، إلا أنه يجوز لها بموجب القانون و طبقاً لإجراءات و شروط معينة، أن تلجأ إلى الاستيلاء على الملكية أو نزعها جبراً على صاحبها للمنفعة العامة³.

و هذا ما يؤكد القضاء الإداري المصري: "... عن إخلاء الموقع و اتخاذ إجراءات نزع الملكية بالنسبة للأراضي التي ستنشأ فيها المباني الجديدة، إنما هي أمور تقع على عاتق

¹ محمد لمين حميدي، نظام تورنس، دار هومة للنشر و التوزيع، الجزائر، ط. 2015، ص 363؛ المادة 03 من قانون رقم 11/91، المؤرخ في 12 شوال 1411، الموافق 1991/04/27، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج.ر.، الصادرة 1991/05/08، ع. 21، المعدل و المتمم.

² قرار مجلس الدولة الجزائري، الصادر في 1982/07/10، رقم القرار 29494، أخذاً عن عمر حمدي باشا، القضاء العقاري، دار هومة للنشر و التوزيع، الجزائر، ط. الرابعة عشر، 2015، ص 481.

³ قرار مجلس الدولة الجزائري، الصادر في 1984/05/26، رقم القرار 35161، المجلة القضائية الجزائرية، 1989، ع. الأول، ص 262.

الإدارة و هي ملزمة باستكمالها قبل إصدار الأمر للمقاول بالبدء في العمل طالما أنه لا يستطيع أن يبدأ في تنفيذ العقد إلا بعدما يتم الإخلاء و نزع الملكية و منع التعرض...¹.

إذا فالجهة الإدارية ملزمة بتمكين المقاول من بدء في التنفيذ، و ذلك من خلال تسليمه الأرض خالية من الشواغل، حيث يمثل التسليم تاريخ سريان آجال التنفيذ.

و قد نصت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات و المزايدات المصري بموجب المادة 74 على أنه: "...تبدأ المدة المحددة لتنفيذ عقود الأعمال من التاريخ الذي يسلم فيه الموقع للمقاول خاليا من الموانع - إلا إذا اتفق على خلاف ذلك - و يكون التسليم بموجب محضر يوقع من الطرفين،...و إذا لم يحضر المقاول أو مندوبه لتسلم الموقع في التاريخ الذي حدد له في أمر الإسناد، يحرر محضر بذلك و يعتبر هذا التاريخ موعدا لبدء العمل".

و عليه إذا قصرت الإدارة في الوفاء بالتزامها و تسليم موقع العمل للمتعاقد، فإن تأخير هذا الأخير في تنفيذ التزاماته يكون مبررا لأنه من المستحيل عليه إتمام العمل، كما أن تسليمها لموقع العمل ليس نهاية التزام المصلحة المتعاقدة، بل تستمر هذه الالتزامات و ذلك لضمان المضي و الاستمرار في تنفيذ موضوع الصفقة، و إلا تعتبر مقصرة في واجباتها تجاه المتعاقد معها، مما يسبب تأخير في التنفيذ و بالتالي توجب مسئوليتها عن الأضرار التي تلحق بالمتعامل المتعاقد.

البند الثاني: تسليم المستندات و المخططات الهندسية

تقوم الجهة المتعاقدة قبل إبرام صفقاتها بتحضير مجموعة من الدراسات حول مشاريع البناء، خاصة فيما يخص الوعاء العقاري و ذلك حتى تتأكد مسبقا من صلاحية هذا الأخير للبناء.

¹ علي بن شعبان، المرجع السابق، ص 137.

إذا فالإدارة ملزمة قبل خوض غمار الصفقات العمومية، القيام بتعميق دراستها حول الوعاء العقاري المخصص للأشغال، و ذلك من خلال قيام المهندس المعماري بإعداد مخططه وفقا للمعلومات التي نتجت عن دراسته للتربة و الدراسة الطبوغرافية¹.

الفقرة الأولى: دراسة التربة

تكتسي دراسة التربة أهمية كبيرة بغية احترام قواعد البناء التي تفرضها طبيعة الوعاء العقاري، الذي وقع عليه الاختيار لإقامة البناء تفاديا للكوارث الطبيعية، التي ترجع في الكثير من الأحيان لسطحية الدراسات التي تمت قبل القيام بالبناء.

وعلى هذا الأساس تظهر أهمية دراسة التربة بغية التأكد من:

- طبيعة التربة و تركيبتها و مدى مقاومتها؛
 - التأكد من مدى ملائمة الأرضية من عيوب انزلاق التربة و ظاهرة التعويم؛
 - التأكد من خلو الأرض من مخاطر الانهيار و الانشقاق و الخسف؛
 - دراسة خطر الزلازل و خطر الحرائق الغابات و الأخطار الناجمة عن المحيط؛
 - حساب مقدار الضغط السطحي لسرير الأرض؛
 - حساب ضغط الارتفاعات الذي يحتمل حدوثها و عمق المنابع المائية.
- فبعد التأكد من المعلومات السابقة، تتم دراسة باطن الوعاء العقاري بسبر أعماق التربة، عن طريق إحداث حفر بعمق يتماشى و حجم المشروع، إضافة إلى القيام بعملية تحليل عينات التربة المستخرجة من مستويات مختلفة قصد معرفة تركيبتها و خصائصها و حركتها كالانفتاح و الانكماش، إضافة إلى محتوياتها من المعادن المؤثرة و مواد التعرية و عوامل الصدأ و التأثيرات الكيميائية أخرى².

¹ النوي خرشي، المرجع السابق، ص 67.

² النوي خرشي، المرجع نفسه، ص 69.

بعد الانتهاء من هذه العمليات تظهر النتائج المحصل عليها من حفرة واحدة، و التي تغطي مساحة قدرها 5000² ، مع إمكانية توسيعها إذا لوحظ وجود تجانس واسع لطبيعة التربة في هذه المنطقة¹.

مما سبق يستخلص من اختبار التربة إلى معرفة مدى مقاومة هذه الأخيرة لمختلف الظواهر الطبيعية و للعوامل و المخاطر من جهة، و من جهة ثانية فإن هذه النتائج المتحصل عليها، قد تساعد على التدقيق في الدراسات المرتبطة بالمشروع المراد إنشائه و البث في الاختبارات التقنية الأكثر ضمانا مثل نوعية و شكل الأسس الصلبة و عمقها و سماكتها و المواد المستعملة في إنشائها، مع خلاصة حول قواعد البناء اللازمة و مجمل الاحترازاات التقنية الواجبة.

الفقرة الثانية: الدراسة الطبوغرافية

تهدف الدراسة الطبوغرافية على مساعدة المهندس المكلف بانجاز التصاميم بالوضع بين يديه رسوم بيانية و معلوماتية، و تحديد معالم الأرض و حدودها عن طريق عمليات مسح و وصف المساحات الأرضية وفقا للإحداثيات، هذا و تشمل الدراسة الطبوغرافية ما يلي²:

- رسم المخططات العقارية البلدية لتحديد هوية المالكين و تفاصيل عن القطع؛
- تحديد نقاط الإحداثيات ضمن أعمال التثليث؛
- إقامة حدا أو حدودا بين ملكيتين عقاريتين و رسم المعالم؛
- وضع حدود مستقبلية داخل ملكية عقارية واحدة في إطار القسمة العقارية.

الفقرة الثالثة: دراسة شبكات المياه

لقد اشترط التشريع الجزائري بموجب قانون رقم 03/04، على استفادة كل بناء معد للسكن من مصدر للمياه الصالحة للشرب، و يجب توفره على قنوات صرف المياه تحول دون تدفقها على سطح الأرض.

¹ النوي خرشي، المرجع نفسه، ص 69.

² النوي خرشي، المرجع نفسه، ص 70.

كامل اشتراط التنظيم أيضا تزويد المجموعات السكنية بشبكة من البلوعات تمكن من صرف المياه المستعملة من كل نوع مباشرة، و تنتهي هذه الشبكة إلى منشأة واحدة للتصفية، و تنصب في وسط طبيعي أو تنتهي إلى أقل عدد ممكن من هذه المنشآت عند الاستحالة.

البند الثالث: استصدار الرخص الإدارية

بعد تحديد الوعاء العقاري المخصص لعملية البناء، تقوم المصلحة المتعاقدة بالسعي للحصول على الرخص اللازمة من المصالح المعنية، و التي سنت لضمان احترام قواعد التعمير.

لهذا فإنجاز صفقة الأشغال يلزم على الإدارة استصدار الرخص العمرانية اللازمة، حسب طبيعة الأشغال المزمع الشروع فيها مثل أشغال البناء أو الهدم...إخ. و قد تتعدد هذه الرخص التي تلتزم الإدارة بتوفيرها للمتعاقد حسب طبيعة كل عقد و من ضمنها:

الفقرة الأولى: رخصة البناء

تعتبر رخصة البناء من أهم الوسائل الفنية لتنظيم البناء، فهي وسيلة نص عليها التشريع الجزائري لضمان حماية الطابع العمراني، و ذلك من خلال إلزام كل شخص يريد إقامة بناء جديد أو تعديله أو إعادته على وجوب الحصول على تراخيص من الإدارة المعنية للقيام بذلك، و هذا ما نصت عليه المادة 06 من القانون رقم 15/08¹، و التي جاء فيها: "يمنع القيام بتشديد أي بناية مهما تكن طبيعتها دون الحصول المسبق على رخصة البناء مسلمة من السلطة المختصة و في الآجال المحددة قانونا".

إذا فرخصة البناء هي القرار الإداري الصادر من سلطة مختصة قانونا، تمنح بمقتضاه الحق للشخص طبيعيا أو معنويا بإقامة بناء جديد أو تغيير بناء قائم قبل البدء في أعمال البناء التي يجب أن تحترم قواعد قانون العمران².

¹ قانون رقم 15/08، المؤرخ في 17 رجب 1429، الموافق 20/07/2008، المحدد لقواعد مطابقة البناءات و إتمام إنجازها، ج.ر.، الصادرة 03/08/2008، ع. 44.

² الزين عزري، (النظام القانوني لرخصة البناء في التشريع الجزائري)، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ع. 08، جوان 2008، ص 04.

و فضلا عن البنايات الجديدة، فإن رخصة البناء تخص كل البنايات التي يزعم قيامها و كل أشغال تعلية للبنايات و توسيعها أو تغيير واجهاتها أو إجراء تعديلات هامة عليها، كما يجب أيضا قبل القيام بعمليات تهدف إلى إنجاز جدار صلب للتدعيم¹.

و على هذا الأساس فقد اشترط التشريع الجزائري بموجب المادة 41 من المرسوم التنفيذي 19/15²، في تشييد بناية جديدة أو تحويل لبناية تتضمن أشغالها تغيير مشتملات الأرضية و المقاس و الواجهة و الاستعمال، أو الواجهة و الهيكل الحامل للبناية و الشبكات المشتركة العابرة للملكية حياة رخصة البناء.

لذا تعد رخصة البناء رخصة إجبارية قبل القيام بأشغال البناء مهما كان حجمه و موقعه، إذ لا يتم البناء إلا بعد الحصول على رخصة مسبقة مكتوبة مسلمة من طرف السلطات المختصة، و إلا وجب هدم البناءات المنجزة لخرقها أحكام القانون³.

الفقرة الثانية: رخصة الهدم

هي القرار الإداري الصادر من الجهة المختصة التي تمنح بموجبه للمستفيد حق إزالة البناء كلياً أو جزئياً، متى كان هذا البناء واقعا ضمن مكان مصنف أو في طريق التصنيف⁴.

¹ المادة 52 من قانون رقم 29/90، المؤرخ في 14 جمادى الأولى 1411، الموافق 1990/12/01، المتعلق بالتهيئة و التعمير، ج.ر.، الصادرة 1990/12/02، ع.52، المعدل و متمم.

² المرسوم التنفيذي رقم 19/15، المؤرخ في 2015/01/25، يحدد كيفية تحضير عقود التعمير و تسليمها، ج.ر.، الصادرة 2015/02/15، ع. 07.

³ قرار مجلس الدولة الجزائري، الصادر في 1990/02/10، رقم القرار. 62040، المجلة القضائية الجزائرية، 1991، ع. الثالث، ص 181.

⁴ الزين عزري، قرارات العمران الفردية و طرق الطعن فيها، ج. الأول، دار الفجر للنشر و التوزيع، الجزائر، ط. 2005، ص 57.

و عليه فإن رخص التهديم في إطار قانون التهيئة و التعمير تعني كل عمليات التهديم، سواء مس هذا الهدم البناية في مجملها أو مس جزء منها فقط، و لاسيما إذا استلزمت شروط الأمان ذلك، أو تعلق التهديم ببناية تقع في مكان مصنف أو في طور التصنيف أو كان سندا لبناية أو بنايات أخرى.

و بالتالي فلا يمكن لأي شخص القيام بعملية الهدم الجزئي أو الكلي لبنايته دون الحصول المسبق على رخصة الهدم، و هو ما أكدته التشريع الجزائري بموجب المادة 70 من المرسوم التنفيذي 19/15.

على هذا الأساس الإدارة ملزمة بتوفير الرخص الإدارية للمتعاقد معها، لأن هذا الأخير لن يتمكن من البدء في التنفيذ موضوع الصفقة ما لم يحصل على هذه التراخيص، ذلك أن الهدف أو الغاية من إلزام الإدارة بتوفير هذه الرخص هو تسهيل تنفيذ الصفقة على المتعاقد ضمن الآجال المتفق عليه.

و قد بينت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات و المزايدات المصري هذا الالتزام بالنص عليها صراحة بموجب المادة 10، على الجهة الإدارية قبل طرح العملية للمتعاقد الحصول على المرفقات و التراخيص اللازمة ذات الصلة بموضوع التعاقد من الجهات المعنية، وفقا للقوانين و القرارات التي تقضي بذلك.

كذلك أكد التشريع الفرنسي على ضرورة وجود التراخيص الإدارية قبل أية عملية تعاقدية، تسلمها الجهة المتعاقدة للمتعاقد معها كالتراخيص لاستغلال المؤقت للممتلكات العامة، رخصة البناء لتنفيذ الأعمال موضوع الصفقة مرفقة بنسخة من الرسومات و المخططات، و ذلك بمجرد المصادقة

قد تجدر الإشارة إلى القول أن التشريع الجزائري قد نص على تسليم مستندات المشروع للمقاول بموجب دفتر الشروط الإدارة العامة لسنة 1964، تحت عنوان المستندات التي تسلم للمقاول، حيث نصت المادة 01/08 منه على أنه: " بمجرد توقيع الصفقة، يقوم المهندس الرئيس بتسليم المقاول و بدون نفقة و لقاء إيصال نسخة مدققة و مصادقا على مطابقتها

للمشاركة، و دفتر الشروط الخاص و المستندات الأخرى الخاصة بالمعترفة صراحة كدستور الصفة".

باعتبار أن تنفيذ المتعامل المتعاقد للصفة يعتمد على المعلومات و البيانات الموجودة في المستندات التي تسلّمها له الإدارة، لهذا نص المشرع الجزائري في المادة 03/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة على أنه: " يتلقى المقاول مجانا من المهندسين أو المهندس المعماري خلال مقاولته نسخة مصادقة عن كل الرسوم المتعلقة بالمقتضيات المقررة بالمشروع و عن المستندات اللازمة لتنفيذ الأشغال".

كما يلزم على المقاول التدقيق بالمستندات المنصوص عليها في الفقرات 3، 4، و 5 من المادة 12 أعلاه، إذ لا يحق للمتعامل المتعاقد لاسيما في مجال الأشغال الشروع في الإنجاز إلا بعد أن يفحص الوثائق و التصاميم المسلمة له، و أن يلفت انتباه المصالح التقنية المكلفة بالمشروع للأخطاء أو التناقضات أو النسيان التي يمكن أن يكشفها¹.

على هذا الأساس يرى بعض الفقهاء بأن العقود الإدارية قبل الحصول على الرخص الإدارية تأخذ تكييف العقد المعلق على شرط فاسخ، إذ في حالة عدم تقديم هذه الرخص أو فشلت المصلحة المتعاقدة في الحصول عليها، يثبت الحق للمتعاقد في طلب فسخ العقد مع الحصول على تعويض مناسباً على أساس أن الإدارة قصرت في تنفيذ التزامها و ارتكبت خطأ عقدياً يوجب مسؤوليتها².

من هنا يمكن القول، إن عدم التزام الإدارة المتعاقدة بالوفاء بالتزاماتها التعاقدية، سيؤدي حتماً إلى تراجع المتعهدين في تقديم عروضهم، الأمر الذي يشجع المقاولات الأجنبية على حساب المقاولات المحلية، التي يكون أمامها مجال مفتوح لتحقيق أكبر ربح ممكن عوضاً من استثمار أموالها، مما يعرض المقاولات الجزائرية للخطر و بالتالي يؤدي إلى انعكاسات سلبية على عملية التنمية الاقتصادية و على ثقة المستثمرين بالإدارة، كما أنه من الممكن أن

¹ المادة 12 من د.ش.إ.ع. لسنة 1964.

² سحر جبار يعقوب، المرجع السابق، 47.

تتحقق مسئوليتها العقدية تجاه المتعاقد معها، مما يتيح له الفرصة للجوء إلى القضاء الإداري لطلب فسخ الصفقة مع التعويض عن إخلال الإدارة بالتزام عقدي مهم.

الفرع الثاني: التزام الإدارة باحترام مدة تنفيذ الصفقة

من المسلم به أن مدة التنفيذ في الصفقات العمومية تعد شرطا جوهريا بحكم التزامات طرفي الرابطة العقدية¹، فالأصل أن المدة المقررة في الصفقات العمومية تقتصر عادة على المتعاملين المتعاقدين، بمعنى أن المدة تكون ملزمة لهم فقط دون أن تكون كذلك للجهة المتعاقدة، غير أنه قد يحدث أن ينص العقد صراحة على التزام المصلحة المتعاقدة بالمدة، ففي هذه الحالة يتعين على الجهة الإدارية التقيد بالمدة المتفق عليها في العقد لإنجاز موضوع الصفقة²، إذ لا يمكنها اختصارها أو إطالتها بدون مبرر³.

فالتزام الإدارة المتعاقدة باحترام مدة التنفيذ يعد أمرا منطقيًا، ذلك أن العقد الإداري يعتبر إحدى الوسائل الأساسية التي تملكها الإدارة لتسيير مرافقها العامة، إذ يخضع هذا التسيير لقواعد تحتم ضرورة سيرها بانتظام، لذلك فإن مدة التنفيذ و احترامها في نطاق العقد الإداري تعد الترجمة الفعلية لقاعدة سير المرافق العامة بانتظام، بغية تلبية الحاجات العامة و تحقيق النفع العام⁴.

نظرا لاحتواء العقد الإداري على المدة، فإن تحديد هذه الأخيرة راجع لإرادة الطرفين، إذ تحدد إما من تاريخ توقيع الصفقة أو من تاريخ تسليم الجهة المتعاقدة لموقع محل تنفيذ موضوع العقد.

¹ طارق سلطان، المرجع السابق، ص 428.

² إحسان سليمان خريبط، المرجع السابق، ص 48.

³ طارق سلطان، المرجع السابق، ص 428.

⁴ إحسان سليمان خريبط، المرجع السابق، ص 48.

إذ يتعين على المتعامل المتعاقد خلال هذه المدة الالتزام الحرفي بتنفيذ الأشغال وفقا لما جاء به الأمر بالتنفيذ و مرفقاته.

لكن في بعض الأحيان لا يتم تحديد المدة في العقد، أو تكون العبارات الواردة في العقد عامة و غير محددة، مما يؤدي إلى حصول خلاف حول احتساب هذه المدة.

ففي هذا الإطار يرى مجلس الدولة الفرنسي و كذا القضاء الإداري المصري، على ضرورة الرجوع إلى ما يعرف بمعيار المدة المعقولة، مع مراعاة ظروف العمل المطلوب تنفيذه¹، و قد أكد مجلس الدولة الفرنسي على المدة المعقولة في حكمه Villa de Paris الذي قضى فيه المجلس على أن هناك مدة معقولة ينبغي على الجهة المتعاقدة أخذها بعين الاعتبار و احترامها، و إلا ستسبب بتصرفاتها في إطالة مدة التنفيذ عن الحد المعقول للمسئولية².

و قد أكدت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى و التشريع ذات المبدأ بقولها: "...إذا كان المتعاقدان لم يفصحا عن ميعاد معين للتنفيذ، فليس معنى ذلك أن يكون التنفيذ بمنأى عن قيد زمني، و إنما يتعين أن يتم في مدة معقولة وفقا للمجرى العادي للأمر و طبيعة التعاقد ذاته و الهدف الذي يصبوا إليه"³.

إن احترام الجهة الإدارية لمدة تنفيذ العقد المعقولة في الالتزامات الإجمالية لتنفيذ موضوع الصفقة، تسري أيضا على الالتزامات الجزئية الواردة بالعقد كتسليم الإدارة الأمر ببدء الأشغال، تسليم موقع العمل، أو تسليم التصاميم الهندسية و كذا الرخص الإدارية.

و تجدر الإشارة أنه إذا كان تحديد المدة أمر لازما في وثائق العمل، فإنه من الضروري تحديد بداية احتساب تلك المدة لغرض معرفة نهايتها، و تحديد التزامات المتعاقد مع الإدارة.

¹ إبراهيم طه الفياض، المرجع السابق، ص 177؛ حسن درويش عبد العال، النظرية العامة في العقود الإدارية، ج. الثاني، (ب.د.ن)، القاهرة، ط. الأولى 1983، ص 107.

² علي بن شعبان، المرجع السابق، ص 139؛ طارق سلطان، المرجع السابق، ص 429.

³ إحسان سليمان خريبط، المرجع السابق، ص 49.

و من أجل اتخاذ التاريخ المتفق عليه كموعّد لبدء تنفيذ العقد يتعين عدم اقتران ذلك التاريخ بأي تحفظات يبديها المتعاقد كاشتراطات من جانبه لبدء تنفيذ العقد، فإذا وجدت هذه التحفظات ظل ميعاد البدء في التنفيذ معلقاً لحين استجابة الإدارة لها أو ترفضها، و ذلك مع إخطار المتعاقد بضرورة البدء في تنفيذ التزاماته في الموعد المتفق عليه في العقد¹.

بالرجوع إلى التشريع المصري نجده قد أشار بموجب المادة 74 من قانون المناقصات و المزايدات، أن مدة عقد التوريد تبدأ من اليوم الثاني لإخطار المورد بأمر التوريد، في حين تبدأ مدة عقد الأشغال العامة من تاريخ تسليم الموقع خالياً من الموانع.

و في هذا الشأن ذهبت المحكمة الإدارية العليا القول بأنه متى نص العقد الإداري على بدء سريان مدة تنفيذه من تاريخ تسليم الموقع، فإن ميعاد تنفيذ المشروع يتم احتسابه من هذا التاريخ و ليس من يوم إبرام العقد².

أما بالنسبة لحساب مدة التنفيذ وفقاً لأحكام التشريع الجزائري، فإنها تحسب بالأيام أو الأشهر، فإذا كانت المدة محسوبة بالأيام فإنها تبدأ من تاريخ الانطلاق المحدد في الأمر ببدء الأشغال و تنتهي في نهاية آخر يوم من الآجال التعاقدية.

أما إذا كانت المدة محددة بالأشهر فإن الحساب يتم من اليوم المحدد لانطلاق الأشغال من الشهر إلى اليوم المقابل له في الشهر التالي، فإذا لم يوجد يوم مقابل له في الشهر التالي، فإن المدة تنتهي في نهاية آخر يوم من هذا الشهر، فإذا تصادف آخر يوم من المدة مع يوم عطلة مدفوعة الأجر فإنه تمدد المدة إلى نهاية أول يوم عمل يلي تلك العطلة و هذا حسب ما جاءت به المادة 2/3 و المادة 2/4 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964.

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 180.

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، المرجع نفسه، ص 180.

و تجدر الإشارة أن الجهة المتعاقدة تملك سلطة تعديل شروط العقد، و منها الشروط المتعلقة بالمدة و ذلك بمقتضى القواعد العامة للقانون الإداري، و أكثر من ذلك تملك الإدارة سلطة إنهاء مدة العقد دون الانتهاء من تنفيذ الأشغال، غير أن المصلحة المتعاقدة عند ممارستها لهذه السلطة ينبغي عليها مراعاة المصلحة العامة، التي تتحقق من خلال إخضاع قرارها القاضي بإنهاء العقد أو تعديل المدة لرقابة القضاء الإداري.

و على هذا الأساس إن رقابة القاضي الإداري لمشروعية قرار الإدارة المتعاقدة، و التزامها باحترام المدة و عدم استخدامها لسلطة التعديل الممنوحة لها من أجل تقصير من المدة، أو استخدام سلطة إنهاء العقد لتنتهي هذه المدة بشكل تعسفي، تهدف إلى ضمان التزام الجهة الإدارية باحترام المدة المتفق عليها في بنود العقد و دفتر الشروط، و من جهة ثانية ضمان استخدام سلطتي التعديل و إنهاء العقد بما يحقق المصلحة العامة.

المطلب الثاني: التزام الإدارة بمبدأ حسن النية في تنفيذ الصفقة

من المسلم به أن الفقه و القضاء الإداريين قد منحا للجهة المتعاقدة مجموعة من السلطات الواسعة لتنفيذ الصفقات العمومية، لكن من الثابت أن هذه الامتيازات لا تتعارض مع القوة الملزمة للعقد المبرم بين الجهة الإدارية و المتعامل المتعاقد، و ذلك بوصفه اتفاقاً رضائياً بين الطرفين، قبل أن يصبح عقداً ملزماً لهما يستند على أساس توافق إرادتين.

و باعتبار أن الصفقات العمومية هي عقود تبادلية، ترتب حقوق و التزامات لا تقع على عاتق المتعاقد وحده، و إنما تلتزم المصلحة المتعاقدة بجملة من الالتزامات تتفق مع طبيعة كل صفقة عمومية تبرمها¹.

¹ عزيزة الشريف، العقود الحديثة لتنفيذ الخدمات العامة، مؤتمر حول دور القطاع الخاص في التنمية الأبعاد القانونية، كلية الحقوق، جامعة الكويت، 2005، ص 299 و 300.

فالتزام الإدارة المتعاقدة بشروط الصفقة و تنفيذها لهذه الالتزامات، يعد حقا أصيلا للمتعاقد معها، ذلك أنه بمجرد إبرام الصفقة العمومية ترتب التزامات متقابلة تسري حيال الطرفين المتعاقدين.

إذ ينبغي على الإدارة كطرف في الصفقة تنفيذ التزاماتها الناشئة عن العقد بطريقة صحيحة و بحسن نية¹.

لهذا و لتفصيل أكثر تم دراسة تنفيذ الصفقة طبقا لما اشتملت عليه كفرع أول، و معالجة احترام الإدارة للشروط التعاقدية كفرع ثاني.

الفرع الأول: تنفيذ الصفقة العمومية طبقا لما اشتملت عليه

يعتبر تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه من أهم المبادئ المنصوص عليها في القواعد العامة بموجب المادة 107 من القانون المدني الجزائري، التي جاء فيها: " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية".

و تطبيقا لذلك فالأصل أن تلتزم الإدارة بتنفيذ الصفقة كلها، إذ لا يمكنها الالتزام بالجانب الفني فقط وفقا لطبيعة العقد المبرم، بل يتعين على الجهة المتعاقدة أن تحترم مقتضيات حسن النية في التنفيذ.

إذ يعتبر مبدأ حسن النية من الأصول العامة في مجال الروابط العقدية أيا كان نوعها، بمعنى أن يكون تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه من بنود و شروط تعاقدية².

¹ إبراهيم الشارف الطاهر تفوق، الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد الإداري دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط. 2011، ص 55.

² طارق سلطان، المرجع السابق، ص 425.

و قد أكدت المحكمة الإدارية العليا بمصر على هذا المبدأ في حكمها¹ الذي جاء فيه:
 "...من المبادئ المسلمة أن العقود تخضع لأصل عام من أصول القانون يقضي بأن يكون
 تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، و هذا الأصل مطبق في العقود الإدارية شأنها
 في ذلك شأن العقود المدنية".

على العموم إن مبدأ حسن النية يفرض على الإدارة المتعاقدة عند تنفيذ الصفقة العمومية
 التزامات عديدة يجب عليها مراعاتها كلها، فإذا كان للإدارة الحق أن تزيد أو تنقص من
 التزاماتها فإن ذلك منوط بتوافر شروط معينة تبيح هذا الحق للإدارة، و فيما عدا ذلك فإنه
 يتعين على الجهة المتعاقدة الوفاء بجميع التزاماتها.

و تطبيقاً لمبدأ حسن النية لا يمكن للجهة الإدارية أن تسحب جزء من الأشغال، لتعهد به
 إلى متعاقد آخر دون وجود خطأ أو تقصير من المتعاقد الأصلي، أو أن تنفذ الأشغال
 بنفسها فتحول بذلك بين المتعاقد و بين تنفيذ التزاماته العقدية.

لذلك على الإدارة المتعاقدة احترام ما تتضمنه نصوص العقد من شروط، و تعهدات و
 تأشيريات و إتمادات لازمة أثناء مراحل التنفيذ، إذ لا يقتصر التزام المصلحة المتعاقدة على
 احترام شروط العقد المنصوص عليها صراحة أي الالتزامات الأصلية فقط، و إنما يشمل
 أيضاً ما يعد من مستلزماته وفقاً للقانون و العرف و العدالة، بحسب طبيعتها أي يشمل
 الالتزامات التبعية أيضاً²، و معنى ذلك احترام الإدارة للعقد ككل³ و تنفيذه بطريقة سليمة.

و على هذا الأساس فإن القضاء الإداري عند بحثه في حسن نية الإدارة، يضع في
 حساباته مسألة جوهرية تتمثل في الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية أولاً، و ما جرى عليه العرف
 الإداري من التوسع في تفسير مبدأ حسن النية في العقد الإداري ثانياً، و ذلك كله مرهون
 بطبيعة المصالح التي يحميها العقد الإداري ذاته.

¹ حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، بتاريخ 1999/02/23، رقم 2316، أخذاً عن إحسان سليمان خريبط، المرجع السابق، ص 42 و 43.

² إحسان سليمان خريبط، المرجع نفسه، ص 46.

³ طارق سليمان، المرجع السابق، ص 427.

إن فكرة مبدأ حسن النية تعد من المسائل الموضوعية التي يبقى تقديرها لسلطة القاضي وفقاً للظروف و الملابسات التي صادفت العقد أثناء تنفيذه، و بين جدية الإدارة في الوفاء بالتزاماتها التعاقدية بحسن نية¹.

و في جميع الأحوال، يتعين على المصلحة المتعاقدة مراعاة مبدأ حسن النية في تنفيذ صفقاتها، إذ لا يمكنها اللجوء إلى استعمال سلطاتها و امتيازاتها للتخلص من التزاماتها دون أن تكون هناك مصلحة حقيقية².

و في هذا الإطار يمكن القول، أنه رغم امتلاك الجهة المتعاقدة لسلطات واسعة يصنفها القانون العام على أنها وسائل قانونية خطيرة³ في إطار الصفقات العمومية لمواجهة المتعاقد معها في مرحلة التنفيذ، التي تبدأ بسلطة الرقابة و التوجيه مروراً بسلطة تعديل شروط العقد و فرض الجزاءات على المتعامل المتعاقد، وصولاً إلى سلطة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، غير أن المصلحة المتعاقدة عند ممارستها لهذه السلطات لا بد أن تراعي مبدأ حسن النية في تنفيذ التزاماتها العقدية، و أن مخالفة هذا المبدأ يشكل خطأ عقدياً من جانبها يستوجب مسئوليتها.

الفرع الثاني: احترام الإدارة للشروط التعاقدية

تلجأ السلطات الإدارية في ممارستها لأنشطتها المختلفة بغية تحقيق أهدافها، لأسلوب التعاقد مع الأشخاص الطبيعية أو المعنوية وفقاً لقواعد و إجراءات معينة و ذلك لتلبية و إشباع الحاجات العامة.

فبعد إبرام المصلحة المتعاقدة لصفقاتها و دخولها حيز التنفيذ تصبح منتجة لآثارها القانونية، فيتولد عنها حقوق و التزامات تسري حيال الطرفين⁴.

¹ إبراهيم الشارف الطاهر تفوقه، المرجع السابق، ص 56؛ إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام B.O.T، دار النهضة العربية، الإسكندرية، ط. 2003، ص 291.

² محمد سعيد الرحو، المرجع السابق، ص 150 و 151.

³ رياض عيسى، المرجع السابق، ص 21.

⁴ حمد سعيد الرحو، المرجع السابق، ص 143.

فالإدارة و هي تتمتع بما يقدمه المتعاقد معها من جهد لتنفيذ موضوع الصفقة، بما يعود عليها و على المرفق العام بالنفع، تلتزم باحترام شروط التعاقد.

فتنفيذ الشروط التعاقدية هو حق من حقوق المتعاقد مع الإدارة، و إمكانيته مطالبته بتأدية ما عليها من التزامات أخصها ما يلي:

البند الأول: التزام الإدارة باحترام شروط العقد الصريحة و الضمنية

رغم امتلاك الإدارة المتعاقدة سلطات واسعة تجعلها تتحكم في الالتزامات التعاقدية، بالنقص أو الزيادة و في بعض الأحيان إنهاءها أو التحرر منها، إلا أن سلطات الإدارة ليست مطلقة عند ممارستها بإرادتها المنفردة، و إنما مقيدة بتوافر شروط معينة قصد تحقيق أهداف مخصصة.

لذا يتعين على المصلحة المتعاقدة عند تنفيذ الصفقة احترام كافة الشروط الواردة في العقد، سواء كانت شروط تتضمنها بنود العقد صراحة أو بصفة ضمنية يكشف عنها التنفيذ، بمعنى الجهة الإدارية ملزمة بكافة الالتزامات و ليست الأصلية فقط، و هذا ما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكمها¹، الذي أشارت فيه إلى المادة 148 من القانون المدني المصري و التي تنص على: " لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فقط، و لكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون و العرف و العدالة بحسب طبيعة الالتزام"².

يفهم من هذا الحكم أن القضاء قد طبق أحكام المادة 148 على الروابط التي يشملها القانون العام، باعتباره من الأصول العامة في الالتزامات.

¹ حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، بتاريخ 1970/04/11، أخذاً عن محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 567.

² تنص الفقرة الثانية من المادة 107 من ق.م.ج. على أنه: " لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون و العرف و العدالة، بحسب طبيعة الالتزام ".

و قد أكد مجلس الدولة المصري على الالتزام بالشروط العقد من خلال فتوى للجمعية العمومية التي جاء فيها: " أنه بتلاقي إرادة طرفي العقد يصبح مضمونه ملزما لكل منهما، فلا يجوز لأي منهما أن يتصل من التزاماته الناشئة عنه بإرادته المنفردة، إنما يتعين على كل منهما أن ينفذ التزاماته طبقا لمضمون العقد، و أن يتوخى في ذلك حسن النية، و أن الالتزامات المقصودة هنا هي التي وردت في العقد، أو تلك التي تستلزمها طبيعة العقد، حسبما يقضي بذلك القانون أو العرف أو اعتبارات العدالة...و من المستقر عليه إفتاء و القضاء أن الخطأ العقدي هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد متى كان ذلك غير راجع للقوة القاهرة"¹.

كما أكد مجلس الدولة الفرنسي هو الآخر في أحكامه على ضرورة احترام الإدارة لشروط العقد و تنفيذها بأمانة، و من أهم شروط العقد التي ركز المجلس على الالتزام بها هو شرط عدم المنافسة² أو منح المتعاقد احتكار معيناً، إلا إذا تغيرت الظروف و تطلبت مقتضيات الصالح العام خروج الجهة المتعاقدة عن هذا الشرط، كأن يتم تغيير الوسيلة الفنية المستعملة لتقديم الخدمة العامة كاستعمال الكهرباء في الإضاءة بدل الغاز.

و في هذا المقام فقد جاء حكم محكمة القضاء الإداري المصرية مؤكداً على نفس مبدأ مجلس الدولة الفرنسي، من خلال النص عليه في حكمه الصادر 1956/03/11، الذي جاء فيه: " متى كان الثابت أن الترخيص الممنوح لاستغلال مبنى المقصف بالميناء الجوي، إنما يستهدف غرضاً أساسياً، و تنصب أحكامه و بنوده على هذا الغرض، و هو خدمة ركاب الترانزيت العابرين، فإن الحكومة إذا عمدت إلى إنشاء مقصف آخر لهذا الغرض، و عهدت باستغلاله لملتزم آخر فإنها تكون بذلك قد حالت من جهتها بين الملتزم الأول و بين

¹ فتوى الجمعية العمومية في مجلس الدولة المصري، ملف رقم 2705/2/32، بتاريخ 1996/11/20، أخذاً عن عبد الرؤوف عيد، لجان التوفيق وفقاً لأحكام القانون رقم 07 لسنة 2000، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط. 2002، ص 305 و 306.

² حكم مجلس الدولة الفرنسي، الصادر بتاريخ 1950/04/21، في قضية Nuncie، أخذاً عن محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 568.

تنفيذ التزاماته التي يتضمنها ترخيصه، مخالفة بذلك ما يجب عليها قانونا من احترام شروط الترخيص، و ما تفرضه عليها المبادئ القانونية العامة من التعاون في تنفيذه، و من عدم وضع العقوبات و المنافسات في سبيله أو زيادة أعبائه و تكاليفه، و ذلك طالما أنه لم يقر بتعويض المرخص له نظير ما أصابه من أضرار من جراء مخالفتها لمبادئ الترخيص و شروطه...¹.

لكن ما تجدر الإشارة إليه، أنه رغم تأكيد مجلس الدولة الفرنسي على ضرورة احترام المصلحة المتعاقدة لشروط العقد، خاصة شرط عدم المنافسة باعتباره حقا أصيلا من حقوق المتعامل المتعاقد، إلا أنه خرج في الكثير من أحكامه عن هذه القاعدة و أقر بجواز الإدارة منح التزام ملتزم آخر إذا ما تغيرت الظروف، مما أدى إلى تغيير في الوسائل المستعملة لتلبية الحاجات العامة، مع امتناع صاحب الامتياز الأول عن مسايرة التقدم العلمي كما في استعمال الكهرباء بدل الغاز في الإنارة، فإذا رفض الملتزم مسايرة التقدم يمكن للإدارة في هذه الحالة أن تتعاقد مع ملتزم آخر يقدم خدمات الإنارة باستعمال الكهرباء².

على هذا الأساس، يجب على الإدارة أن تنفذ التزاماتها العقدية بطريقة سليمة، إذ الأمر لا يقتضي أن تلتزم بالاعتبارات الفنية المسلم بها وفقا لطبيعة العقد فحسب، بل يجب عليها احترام كافة الشروط الواردة به.

البند الثاني: التزام الإدارة بتنفيذ الكامل لموضوع الصفقة

من المسلم به أنه بمجرد إبرام الصفقة العمومية و دخولها حيز التنفيذ، ترتب حقوق و التزامات تسري حيال الطرفين، لذا يتعين على الجهة المتعاقدة بذل قصار جهدها لتنفيذ موضوع الصفقة تنفيذا كاملا، سواء كان الموضوع عقد أشغال عامة أو اقتناء اللوازم.

¹ محمد سليمان الطماوي، المرجع نفسه، ص 568.

² إحسان سليمان خربيط، المرجع السابق، ص 45.

و رغم أن القانون و القضاء الإداري منح للإدارة سلطات واسعة تجاه المتعاقد معها، و ربح كفتها في إطار العقد الإداري بغية مساعدتها على تحقيق الصالح العام، إلا أنها ملزمة بعدة التزامات متعلقة بموضوع الصفقة، يحددها الاتفاق المبرم مع المتعامل المتعاقد، فقد تلتزم الإدارة المتعاقدة بمساعدة المتعاقد معها في الحصول على الرخص الإدارية المطلوبة لبدء الأشغال، أو تمكينه من موقع العمل بدون نزاع...إخ، إذا فوفاء الجهة المتعاقدة بهذه الالتزامات يعد تنفيذًا للالتزامها بتنفيذ موضوع الصفقة.

فالأصل أن تنفذ الإدارة الصفقة كلها، و إذا كان للجهة المتعاقدة الحق في أن تنقص من التزامات المتعاقد معها أو تزيد فيها، فإن ذلك منوط بتوافر شروط معينة، أما فيما عداها فإنه من اللازم أن تقوم الإدارة بتنفيذ التزامها كله و لا يقتصر الوفاء على جزء معين دون الآخر. لهذا فالإدارة ملزمة باحترام العقد كله، إذ لا تستطيع دون أن تعرض نفسها للمسئولية بأن تقوم بأي عمل يتعارض مع صفتها كمتعاقدة، أو يعرض المتعاقد معها لأعباء و متاعب في تنفيذ التزاماته التعاقدية، و هذا ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي¹ من خلال إلزامه الإدارة بتنفيذ موضوع العقد تنفيذًا كاملاً دون تأخير أو اللجوء إلى أساليب المماطلة.

البند الثالث: الالتزام بالجانب المالي

كما هو معلوم أن الهدف الأساسي للمتعاقد مع الإدارة في تنفيذ الصفقة العمومية، مرتبط أساساً بالجانب المادي و المالي لها، فمقابل تنفيذ المتعامل المتعاقد الخدمة موضوع الصفقة، تلتزم المصلحة المتعاقدة بتسديد مقابل ما تم تنفيذه من التزامات تعاقدية، و الذي يتمثل عادة في المقابل المالي المنصوص عليه في العقد.

فالثمن المتفق عليه في العقد هو قيمة التعاقد التي ارتضاها طرفي الصفقة لتنفيذ الالتزامات المبينة بها، فهو يشمل كافة عناصر أداء العمل المطلوب سواء أكان ذلك العمل هو توريد الأصناف المطلوبة، شاملة للأجور و الأرباح و المصاريف الإدارية أو كان من

¹ محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 571.

عقود الأشغال العامة التي تشمل المواد، أجور العمال أو كل ما هو من مستلزمات تنفيذ الأعمال محل التعاقد¹.

بهذا فإن المقابل المالي هو حق مخول للمتعاقد، فهو يعتبر ركن جوهرى لقيام العقد، ذلك أن المتعامل المتعاقد يهدف إلى تحقيق كسب مادي معين من العملية التعاقدية التي يتعاقد عليها²، فهو يسعى إلى تحقيق مصلحة خاصة، لذا يعتبره بعض الفقهاء على أنه الأجر الذي يعد بيعا للمنفعة، يستحق عند تسليم هذه المنفعة أو الانتهاء من تقديمها³.

فالإدارة المتعاقدة تلتزم بأداء المقابل المالي للمتعاقد معها متى أوفى بالتزاماته التعاقدية، و يكون هذا المقابل مستحقا بمجرد الانتهاء من الأعمال في عقود الأشغال العامة، أو تسليم الأصناف المتفق عليها في عقد التوريد⁴، بشرط مطابقة الأعمال و الأصناف للشروط المتفق عليها بالعقد أو دفاتر الشروط.

و قد عرف الدكتور نصري منصور النابلسي المقابل المالي أو الثمن على أنه المقابل النقدي الذي يستحقه المتعاقد مع الإدارة، لتغطية نفقات و تكاليف العملية المتعاقد عليها بالإضافة إلى أرباحه المشروعة⁵.

إذا فالمقابل المالي يعد حقا أصيلا و مشروعا للمتعامل المتعاقد، إذ لا يمكن لأي جهة متعاقدة إنكاره عليه أو التعرض له، فهو عنصر جوهرى في الصفقات العمومية فغيابه أثناء عملية الإبرام يؤدي إلى انعدام الصفقة.

و بالرجوع إلى أحكام قانون الصفقات العمومية، نجد أن المشرع الجزائري بموجب المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، قد عرف الصفقة العمومية على أنها عقد مكتوب.

¹ حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 264.

² محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 876.

³ عبد الغني بن زمام، تمويل الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق فرع قانون الأعمال، جامعة بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، الجزائر، 2008/2007، ص 05.

⁴ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسئولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية، المرجع السابق، ص 100.

⁵ نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 431.

بهذا التعريف فهي لا تتعارض مع مفهوم العقد حسب المادة ¹ 54 من القانون المدني الجزائري، في كونها توافق إرادتين على إحداث التزامات متبادلة بين الطرفين، إذ يمثل الثمن أهم هذه الالتزامات التي تتضمنها الصفقة العمومية و الذي تلتزم به الجهة المتعاقدة.

و عليه فإذا كان الثمن من أهم التزامات الإدارة إزاء المتعاقد معها و من أهم الحقوق الممنوحة له²، فإنه بذلك يخضع لجملة من الشروط تحكمه تتمثل في:

أ - أن يكون الثمن نقوداً: بالرجوع إلى المادة 351 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه: " البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي".

من خلال استقراء المادة أعلاه، نجد المشرع الجزائري قد اشترط أن يكون الثمن مبلغا من النقود، و ذلك لاعتبارات عملية و قانونية³، تجعل للعقد وصفا يميزه عن باقي العقود الأخرى.

و باعتبار الصفقات العمومية عقود تبادلية، فإن الطابع المميز لها هو تحقيق الربح و الكسب المادي من قبل المتعامل المتعاقد، و الذي يكون غالبا مبلغا من النقود يتم الاتفاق عليه بإرادة الطرفين ضمن نصوص العقد و دفتر الشروط، ذلك أن المتعامل المتعاقد عندما يخوض غمار عماليات إبرام الصفقات العمومية بشتى أنواعها و يتحمل أعباء تنفيذها بغية تحقيق الربح محددًا بمبلغ من النقود.

ب - أن يكون الثمن محددًا و مقدراً: لقد نص التشريع الجزائري على تحديد الثمن بموجب المادة 1/356 من القانون المدني التي نصت على أنه: " يجوز أن يقتصر تقدير ثمن البيع على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد".

¹ تنص المادة 54 من ق.م.ج. على أنه: " العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

² حسين طاهري، القانون الإداري و المؤسسات الإدارية، التنظيم الإداري، النشاط الإداري دراسة مقارنة، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، ط. الأولى 2007، ص 122.

³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، دار الهدى، الجزائر، ط. 2012، ص 160 و 161.

يفهم من استقراء المادة أعلاه، أن التشريع الجزائري يبين الأسس التي يتم بها تحديد الثمن دون إثارة أي خلاف بين المتعاقدين.

و بالرجوع إلى أحكام الصفقات العمومية، أن الثمن يحدده المتعاقدان كأصل عام، باتفاق إرادتهما التي ينتج عنها العقد بعد رسو الصفقة على المتعاقد المعني بالإيجاب و القبول، و من تم فإن الشروط المنصوص عليها في بنود العقد و التي تحدد السعر لها طبيعة التعاقدية، بشرط أن تكون متفقة مع النصوص التنظيمية التي تحدد إجراءات إبرام الصفقات العمومية، و التي تطبق على جميع العقود التي تبرمها الإدارة¹.

و على هذا الأساس تبقى المصلحة المتعاقدة ملتزمة باحترام أهم حق للمتعاقد معها، إذ تلتزم بدفعه حسب الكيفيات المتفق عليها في العقد²، نتيجة لتنفيذه لالتزاماته التعاقدية.

الفقرة الأولى: كيفية حساب المقابل المالي

باعتبار أن الصفقات العمومية ذات صلة وثيقة بالمال العام، فإن الجهة الإدارية قبل تعاقدها تحرص على اختيار متعاقد مقبول من النواحي المالية، الفنية و القانونية حتى تضمن التنفيذ الجيد و السليم لموضوع الصفقة.

لذا و بالاستناد للقواعد المنظمة للعقود الملزمة لجانبين يتعين على المتعاقد تنفيذ التزاماته، حسب الشروط المتفق عليها في بنود العقد.

و باعتبار أن الحصول على المقابل المالي مرهون بتنفيذ المتعامل المتعاقد جميع التزاماته على النحو المبين في دفتر الشروط، فإن المصلحة المتعاقدة قبل اتخاذ أي إجراء للوفاء به تتأكد من حسن تنفيذ المتعاقد للخدمة المطلوب وفقا للشروط المتفق عليها.

¹ عبد الرحمن عزوي، (النظام القانوني لدفع المقابل المالي في العقد الإداري طبقا لقانون الصفقات العمومية الجزائري لسنة 1991)، مجلة الشريعة و القانون، الإمارات العربية المتحدة، ع. 13، فيفري 2000، ص 203.

² يراجع المبحث الأول من الفصل الأول للباب الثاني، ص 216.

على هذا الأساس ألزم التشريع الجزائري في المادة 121 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، الجهة الإدارية بالتحقق من وفاء المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية ضمن الآجال المحددة في العقد قبل قيامها بتسديد الثمن.

بهذا يتعين على المصلحة المتعاقدة الاعتماد على منهجية معينة لمتابعة المشاريع و التحقق من وفاء بالتزاماته، و تنفيذها وفقا لما تم النص عليه في دفتر الشروط، و من جهة أخرى حتى تتمكن الجهة الإدارية ضمان التسيير الرشيد للمال العام¹، خاصة في عقدي الأشغال العامة و اقتناء اللوازم، و التي تكون كالتالي:

أولاً: في مجال صفقات الأشغال العامة

بالرجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة، نجد المشرع الجزائري قد حدد الإجراءات القانونية التي تمكن المصلحة المتعاقدة التحقق من تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته، و حساب المقابل المالي الذي ستدفعه نظير هذا التنفيذ.

و عليه فقد حدد المشرع الجزائري وسيلتين تتمثلان في:

- اللوائح (جدول المنجزات)؛

- وضعيات الأشغال.

1 - اللوائح (جداول المنجزات) : لقد نص المشرع الجزائري بموجب المادة 39 من دفتر

الشروط الإدارية على: " تعد اللوائح بالاستناد إلى المشاهدات الجارية في الورشة و تبعا للعناصر الخاصة بنوعية و مقدار الأشغال المنفذة و التموينات المنجزة، على أساس الحسابات الجارية لهذه العناصر التي تحدد بموجبها الكميات اللازمة مباشرة لإعداد صافي الحسابات".

¹ محمد بودالي، نظم الرقابة البرلمانية، المالية و الإدارية على الصفقات العمومية، الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد و مكافحته في الصفقات العمومية، جامعة الجيلالي ليايس، كلية الحقوق و العلوم السياسية، سيدي بلعباس، يومي 24 و 25، أبريل 2013، ص 03.

من خلال استقراء نص المادة أعلاه، يتبين لنا أن اللوائح تعتبر من أهم الوسائل القانونية التي وضعها التشريع الجزائري بيد الإدارة، بغية مراقبة و متابعة الأشغال المنجزة، و مدى تقدم المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته.

إذ تقوم الجهة المتعاقدة بعملية المتابعة من خلال إرسال مهندسيها لمواقع العمل من أجل فحص المواد المستعملة و الاطمئنان على مدى جودتها و نوعيتها، إضافة إلى التحقق من سير الأشغال موضوع الصفقة وفقا للأجال المحددة¹. و تتضمن هذه اللوائح الرقم التسلسلي لكل مادة أو جداول أسعار الوحدات و النفقات الجزئية².

أما التشريع الفرنسي فقد ألزم على ضرورة المعاينة و الإثبات الحضورى للأشغال المنفذة، دون التطرق لجدول المنجزات³.

أما بالنسبة لكيفية إعداد هذه اللوائح، فإنها تعد من قبل العون المكلف بالأشغال التابع للإدارة بحضور المقاول المدعو لهذا الغرض أو ممثله، حيث يقوم العون بتسجيل جميع البيانات التي تم النص عليها في دفتر الشروط لبلغ بها المقاول، و في حالة تخلفه عن الحضور يتم إعداد هذه الجداول و تعد كأنها نظمت بحضوره⁴.

بهذا يفهم أن البيانات التي يتم تسجيلها من قبل العون المكلف بالإشراف تسجل بمعرفة الإدارة وحدها، ثم تعرض على المقاول بمنحه نسخة من قبل المهندس المعماري للموافقة عليها أو رفضها، و هذا عكس ما أخذ به التشريع المغربي الذي منح فرصة للمتعامل المتعاقد بإعداد هذه اللوائح، إذا أغفلت المصلحة المتعاقدة عن إعدادها حسبما نصت عليه المادة 06/56 من القسم أ من المرسوم رقم 02-99-1087 على أنه: " في حالة عدم قيام

¹ فوزية هاشمي، إبراهيم سماحي، الوفاء بالجانب المالي للصفقة العمومية، الملتقى الوطني حول إجراءات تمرير الاستشارات و الصفقات العمومية في الجزائر، المركز الجامعي تندوف، 13 أبريل 2015، ص 07.

² المادة 39/39 الفقرة 2 من د.ش.إ.ع. لسنة 1964.

– Brahim Boulifa, 1^{ER} vol., op.cit, p 210.

³ Jean Marie Auby, Pierre Bon, op.cit, p 245.

⁴ المادة 39/39 الفقرة 03 من د.ش.إ.ع لسنة 1964.

العون المنتدب من قبل صاحب المشروع بإعداد جداول المنجزات، يمكن للمقاول أن يحضر بنفسه الجداول المذكورة، و يقدمها إلى صاحب المشروع و يجب على صاحب المشروع داخل أجل 15 يوما من تسليم هذه الجداول، أن يخبر المقاول كتابة بقبوله لها أو أن يقدم له عند الاقتضاء قصد الموافقة على جداول مصححة أخرى، و إذا انقضى هذا الأجل تعتبر الجداول مقبولة من قبل صاحب المشروع".

و باعتبار أن إعداد جداول المنجزات يكون لحساب الدقيق للثمن الواجب دفعه للمتعاقد، الذي يلزم عليه الموافقة على هذه البيانات التي تم تسجيلها في الجداول أو رفضها.

ففي حالة موافقة المتعامل المتعاقد على جميع البيانات المسجلة من قبل الإدارة و بدون تحفظ، فهنا المتعاقد يوافق بصفة صريحة على الثمن الذي حددته الإدارة كمقابل مالي على تنفيذ التزاماته¹.

أما إذا اقتصر موافقة المقاول على البيانات المسجلة فقط دون الثمن، ففي هذه الحالة ألزمه التشريع الجزائري بموجب الفقرة 06 من المادة 39/أ، أن يبين كتابة و بشكل صريح تحفظه على الثمن في أجل 10 أيام من تاريخ عرض هذه الجداول، فإذا انقضت المدة المحددة دون تقديم المقاول لأي تحفظات اعتبرت جداول المنجزات مقبولة من هذا الأخير، كما لو أنها وقعت بدون أي تحفظ حسب ما نصت عليه الفقرة 07 من المادة 39/أ.

و هو ما أكد عليه التشريع الفرنسي بموجب المادة 04/12 من دفتر الشروط الإدارية لسنة 2012، حيث يمنح للمقاول آجال 15 يوم لتقديم تحفظاته كتابيا للمصلحة المتعاقدة، و تسري هذه المدة من تاريخ تحرير محضر المعاينة و الإثبات سواء وقع عليه المقاول بتحفظ أو لم يوقع عليه.

مما سبق يمكن القول، أن جداول المنجزات تعتبر من أهم الإجراءات لحساب الثمن مستحق الأداء، و أن قبول المقاول البيانات و الأسعار الواردة فيها يعتبر أمر جوهري، يكسب هذه الجداول حجيتها لإحداث آثارها القانونية في مواجهة المتعامل المتعاقد.

¹ المادة 39/أ الفقرة 09 من د.ش.إ.ع لسنة 1964.

لكن بالرغم من أن المشرع الجزائري قد أفرد عدة نصوص قانونية تضبط إعداد جداول المنجزات و بين أحكامها بشكل واضح، إلا أنه أغفل تقييد الجهة الإدارية بمدة معينة للقيام بإجراءات المعاينة، الأمر الذي يبقى دائما المتعاقد تحت رحمة الإدارة فيما يخص مسألة المعاينة و التحقق من مدى تقدم الأشغال و نوعية المواد المستعملة، على عكس التشريع الفرنسي الذي تدارك هذا الأمر و قيد المصلحة المتعاقدة بمدة 08 أيام لإجراء عمليات المعاينة¹.

2- وضعيات الأشغال: نص المشرع الجزائري على هذا الإجراء في المادة 39 قسم ب و قسمه إلى 03 حالات تتمثل في:

- الأشغال المنتهية؛

- الأشغال غير المنتهية؛

- التموينات.

فوضعيات الأشغال و حسب دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، تعتبر ثاني طريقة بعد جداول المنجزات تعتمد عليها المصلحة المتعاقدة لحساب الثمن الذي ستدفعه للمتعاقد معها نظير الوفاء بالتزاماته.

و على خلاف ما هو معمول به في جداول المنجزات، فإنه يعتمد لإعداد وضعيات الأشغال على المقاول أو المهندس المعماري، لمعاينتها و تدقيقها و إجراء التصحيحات الضرورية، على أن يقوم المهندس بإعلام المقاول كتابة و في أجل شهرين من تاريخ تسليمه لهذه الوضعيات بغية الموافقة على البيانات المدونة فيها، أو بالتصحيحات الضرورية التي قام بها، أو إذا اقتضى الأمر إرفاق موافقته بالبيان المصحح² قصد قبول المقاول الوضعية المصححة.

¹ المادة 04/12 من د.ش.إ.ع.ف. لسنة 2012.

² المادة 02/39 قسم ب، من د.ش.إ.ع. لسنة 1964؛ فوزية هاشمي، إبراهيم سماحي، المرجع السابق، ص 08.

و في هذا المقام، يتعين على المقاول و في غضون أجل 10 أيام حسب نص المادة 03/39 قسم ب، أن يعيد الوضعية المصححة للمهندس مشفوعة بموافقته عليها أو كتابة تحفظاته، فإذا انقضت 10 أيام و لم يقبل المقاول الوضعيات المصححة المسلمة من قبل المهندس، أو لم يقدم تحفظاته مكتوبة فإن هذه الوضعيات تعد مقبولة من طرف الإدارة.

أما إذا كانت الأشغال المنجزة يصعب الوصول إليها و معاينتها، فإن المقاول يقوم بالكشف عليها بمواجهة ممثل الإدارة، فإن رأى المهندس الإداري أو المهندس المعماري وجوب إدخال تعديلات على الكشف الذي اقترحه المقاول وجب تصحيحه و تقديمه للمقاول للموافقة عليه.

فإذا رفض المقاول التوقيع على الكشف أو وقع عليه بتحفظ، يحرر محضرا عن الواقعة و الظروف التي أحاطت بها، مع منح آجال 10 أيام ابتداء من يوم تقديم الوضعيات حسب نص المادة 06/39 قسم ب لإبداء المقاول ملاحظاته كتابية، و بعد انقضاء هذا الأجل يعتبر الكشف مقبولا من طرف المقاول كما لو وقع دون تحفظ، و هذا نفس الاتجاه الذي اعتمد عليه التشريع المغربي و النص عليه صراحة في المادة 56 قسم ب من المرسوم رقم 02-99-1087 لحساب الثمن.

ثانيا: في مجال اقتناء اللوازم

نظرا لأهمية نشاط الإدارة الذي تقوم به لسد الحاجات العامة، يفرض عليها توفير مواد معينة بصفة مستمرة، لهذا تلجأ إلى عقود التوريد حيث تتفق الإدارة مع أحد الأشخاص الطبيعية أو المعنوية لتوريد أشياء و سلع معينة لازمة لاستمرارية سير المرفق العام مقابل ثمن معين¹.

لذا تلجأ الجهة المتعاقدة لإجراءات خاصة عند قيامها بحساب المقابل المالي للمتعاقد نظير الوفاء بالتزاماته التعاقدية.

¹ محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 137.

و من المبادئ و الإجراءات الرئيسية التي ينبغي تطبيقها لضمان أن البضائع المسلمة بموجب عقد التوريد تمثل للمواصفات الفنية المطلوبة، التي تم الاتفاق عليها، تعتمد المصلحة المتعاقدة على عملية المعاينة و الفحص تمهيدا لاستلامها النهائي¹.

فالمورد يلتزم بتوريد السلع و المواد المطلوبة طبقا للشروط و المواصفات المتفق عليها، و في الآجال المحددة في دفتر الشروط، مع الأخذ بعين الاعتبار معايير الجودة و الكمية و الوزن.

بعد عملية التوريد، يقوم المورد بتسليم لأمين المخزن ما تم توريده بالعدد و الوزن و القياس، و ذلك بحضور المورد أو مندوبه و تسليمه إيصالا مؤقتا مختوما بختم المصلحة المتعاقدة، موضحا فيه اليوم و الساعة التي تم فيها التوريد، و ذلك لحين إخطار المورد بميعاد اجتماع لجنة الفحص².

بعد عملية التسليم، تصدر الجهة المختصة قرار لتشكيل لجنة تقنية مختصة بالفحص، تتكون عادة من مسئول المخزن و موظفين آخرين بغية التحقق من نوعية المواد الموردة و جودتها، مع إخضاعها للمعاينة و الفحص لمعرفة مدى مطابقة التوريدات للشروط المنفق عليها في دفتر الشروط³.

و تتم عملية الفحص المواد الموردة في مقر المورد أو في المكان تحدده المصلحة المتعاقدة و يكون غالبا مقرها، حيث تقوم اللجنة بعملية الفحص المواد و تقارنها بالمواصفات المطلوبة حسب المقادير و الجودة و النوعية، لتحرر بعدها محضر الفحص من أصل و صورتين، تبين فيه النسب المئوية لمقادير الفحص و أسماء و مواصفات الأصناف، إضافة

¹ فوزية هاشمي، إبراهيم سماحي، المرجع السابق، ص 09.

² مورييس صادق، قانون تنظيم المناقصات و المزادات في العقود الإدارية، دار محمود للنشر و التوزيع، الإسكندرية، ط. 1999، ص 131.

³ Guide est disponible sur le site : <http://mouwazaf.ahlamontada.com/t7896-topic>, le 12/08/2017, à 15 :00.

¹ إلى ذكر أسباب قبول المواد الموردة أو رفضها، ثم يقدم المحضر للمصلحة المتعاقدة لتسديد الثمن كاملاً نتيجة مطابقة فحص الأصناف الموردة للمواصفات المتعاقد عليها.

أما في حالة مخالفة الأصناف الموردة للمواصفات المتعاقد على أساسها، ففي هذه الحالة يجب خفض الثمن تبعاً لقدر النقص في المواصفات، حيث تقرر لجنة الفحص نسبة النقص في المواد الموردة و ما يقابلها من خفض في الثمن، و ذلك ما جاء به التشريع المصري بموجب المادة 102 من اللائحة² التنفيذية لقانون المناقصات و المزايدات على أنه: " الأصناف التي تكون نسبة النقص في مواصفاتها أكثر من 10 % و حتى 20 % يكون قبولها بمقدار الخفض في الثمن الذي قدرته اللجنة مضافاً إليه غرامة 5 % من هذا المقدار...".

و تجدر الإشارة أنه بعد معاينة الأصناف الموردة، تقوم الجهة المتعاقدة بتجربتها للتأكد من مطابقتها لما تم الاتفاق عليه، فإذا وجدت بها عيوب خفية فهنا تقوم الجهة الإدارية بطلب من المورد بتعويض المواد المعيبة في أجل 15 يوماً، أما إذا وجد بها خلل فالمورد ملزم على إرجاعها إلى ورشات الإنتاج، مع الالتزام بوضع مواد مماثلة تحت تصرف الإدارة مؤقتاً طيلة الفترة التي يتطلبها العمل³، دون الاحتجاج بعملية التسليم.

أما إذا كانت الأصناف موردة من الخارج، فهنا تقوم لجنة الفحص بمراجعتها مع البيانات الواردة بالفاتورة، بعد التأكد من سلامة الأختام و الأصناف أو الصناديق الواردة بداخلها، ليحرر بعدها محضر الفحص يثبت فيه ما تم توريده و حالات كسر أو نقص أو تلف في المواد، ثم يحضر محضر يطلب خصم الأصناف التالفة أو المفقودة و ذلك لاتخاذ الإجراءات اللازمة من قبل المصلحة المتعاقدة⁴.

¹ موريس صادق، المرجع السابق، ص 134.

² قرار رقم 1367/98، الصادرة في 06/09/1998، المتعلق بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات و المزايدات، الصادر بقانون 1989/98، ج.ر. لجمهورية مصر، الصادرة في 06/09/1998، ع. 301.

³ Mème site cité plus haut.

⁴ موريس صادق، المرجع السابق، ص 137.

الفقرة الثانية: تحديد السعر

يعد السعر من الأمور الأساسية و جوهرية في الصفقات العمومية باعتباره من أهم حقوق المتعامل المتعاقد، كما أنه يغطي نفقات و تكاليف تنفيذ الصفقة.

لذا فيتم اتفاق الطرفين المتعاقدين على تحديد السعر بصفة نهائية و ثابتة، إذ لا يجوز لأي منهما الإفراد بتعديله و ذلك لتمتعه بالقوة إلزامية اتجاه الطرفين¹.

غير أن هناك بعض الصفقات العمومية عند تنفيذها يصادف المتعامل المتعاقد بعض العوائق و التغييرات الاقتصادية تؤثر بشكل ملحوظ على التوازن المالي للصفقة، مما يجعل السعر المتفق عليه من طرف المتعاقدين غير ملائم مع حجم التكاليف التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة.

و على هذا الأساس و حفاظا على التوازن المالي للصفقة، فقد كرس التشريع الجزائري مبدأ قابلية السعر للتغيير بما يتفق و الظروف الاقتصادية الطارئة.

أولا: اتفاق المتعاقدين على سعر ثابت

باعتبار أن السعر يشكل المحور الأساسي للصفقة، فهو قيمة التعاقد التي ارتضاها الطرفين المتعاقدين، يقوم المتعاقد عند تقديم تعهده بتوضيح أهم شرط في العقد و هو الثمن الذي من خلاله يكون قادرا على الوفاء بالتزاماته.

بهذا فإن تحديد الثمن يكون عمليا بموجب رسو الصفقة على المتعاقد باتفاق الطرفين، استجابة للأهداف المسطرة مسبقا و التي تدور أغلبها حول تحقيق الصالح العام و تلبية الحاجات العامة من جهة، و من جهة ثانية العمل على تسيير الجيد للأموال العامة².

¹ حكم مجلس الدولة الفرنسي، الصادر بتاريخ 1946/03/20، أخذنا عن يوسف سعد الله الخوري، المرجع السابق، ص 483.

² حمامة قذوج، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، د.م.ج.، الجزائر، ط. الثانية، 2006، ص 05.

و عليه يمكن القول أن المصدر الأساسي لتحديد السعر هو العقد، باعتباره من أهم الشروط التعاقدية التي يتم النص عليها، خاصة و أن الصفقات العمومية تقوم على مبدأ مهم و أساسي يتمثل في ثبات السعر و عدم قابليته للتغيير إلا بموافقة الطرفين المتعاقدين¹.

1 - بالنسبة للإدارة المتعاقدة

يعتبر السعر الثابت الذي تم الاتفاق عليه في الصفقة قيمة التعاقد التي اتفقا عليها الطرفين، للوفاء بالالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في بنود العقد، حيث يفرض على الجهة المتعاقدة التقيد و احترام الشروط التي وافقت عليها عند إبرام الصفقة.

و من المقرر أن الشروط التي تعتبر اتفاقية بين الطرفين لا تندرج ضمن الشروط التي لا يجوز للإدارة أن تعدلها بإرادتها المنفردة، و التي تدخل ضمن السلطات الواسعة التي تملكها هذه الأخيرة في إطار الصفقات العمومية، لمواجهة المتعاقد معها في مرحلة تنفيذ الصفقة و لضمان سير المرافق العامة بانتظام و تحقيق المصلحة العامة، لكن ما عدا ذلك من الشروط الخاصة و التي تتصل بالسعر الثابت المتفق عليه أثناء إبرام الصفقة، يمنع على الإدارة تغييره بإرادتها المنفردة مهما كانت الدوافع و الأسباب المحيطة به².

و عليه فإن ثبات السعر يفرض صرامته على الجهة المتعاقدة في احترام البنود التعاقدية.

2 - بالنسبة للمتعاقد

تتضمن البنود التعاقدية كأصل عام على السعر الثابت و عدم قابليته للتغيير بإرادة منفردة بغية حماية حقوق الطرفين المتعاقدين، لهذا فإن ما يميز السعر في الصفقات العمومية هو طابع الاستقرار، إذ لا يمكن للمتعاقد عند تنفيذه لموضوع الصفقة أن يطالب بتغيير السعر موازاة مع التغيرات الاقتصادية التي استجبت عند التنفيذ، و هذا ما أكدته التشريع الجزائري بموجب المادة 1/42 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، و

¹ Jean Marie Auby, Pierre Bon, op.cit, p 238.

² فوزية هاشمي، (الطبيعة القانونية للسعر في إطار الصفقات العمومية)، مجلة البحوث القانونية و السياسية، جامعة مولاي الطاهر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، سعيدة، ع. الثالث، 2014، ص 261.

التي جاء فيها : " لا يجوز للمقاول فيما عدا الحالات المنصوص عليها بالمادة 33، التذرع بأية حجة للرجوع عن أسعار الصفقة التي اتفق بذاته عليها".

و عليه و من خلال استقراء نص المادة أعلاه يفهم أن ثبات السعر يحمل المتعامل المتعاقد جميع النتائج المرتبطة بالتزامه الناتج عن حرية تعاقد، إذ لا يمكنه المطالبة بتغيير السعر أو الزيادة فيه بحجة سوء تقدير التكاليف المرتبطة بالتنفيذ.

ثانيا: اتفاق المتعاقدين على سعر متغير

من المسلم به أن السعر يقوم على مبدأ عام و هو عدم قابليته للتغيير و التعديل بإرادة منفردة، إلا أن التشريع الجزائري خرج عن هذه القاعدة و أجاز تعديل السعر المتفق عليه لظروف اقتصادية تطرأ أثناء التنفيذ، إذ يكون هذا التغيير باتفاق إرادة الطرفين و الاعتماد على إحدى الطريقتين التي نص عليها تنظيم الصفقات العمومية.

1 - المراجعة: هي عملية تهدف إلى إعادة النظر في السعر بالزيادة أو النقصان، و جعل السعر المحدد في العقد مناسبا مع الظروف الجديدة، أي تكيف الثمن وفقا للظروف و التغيرات الاقتصادية الواقعة¹.

و حسب التشريع الجزائري فإن المراجعة لا يتم اللجوء إليها إلا في حالة اتفاق الطرفين و النص عليها صراحة في دفتر الشروط، إذ تنصب على الأشغال المنفذة فعلا دون سواها، حسب نص المادة 2/101 من المرسوم الرئاسي 247/15: " لا يمكن العمل ببند مراجعة الأسعار إلا بعنوان الخدمات المنفذة فعلا دون سواها حسب شروط الصفقة...".

و قد عمل التشريع الفرنسي بمبدأ مراجعة الأسعار بموجب المادة 4/18 من قانون الصفقات العمومية²، مع الأخذ بعين الاعتبار التغيرات الاقتصادية، و هو نفس الموقف

¹ فوزية هاشمي، المرجع السابق، ص 262.

² Décret n° 2006/975, du 01/08/2006, portant code des marchés publics, complète et modifiée par décret n° 2013/269 du 29/03/2013.

الذي أخذ به التشريع المغربي في المادة 2/12 من المرسوم رقم 2-12-349¹، و نص صراحة على مراجعة الثمن خلال تنفيذ موضوع الصفقة بسبب التغيرات و التقلبات الاقتصادية.

و تتم عملية المراجعة باتفاق على صيغ حسابية لا يمكن التراجع عنها، مع مراعاة مختلف العناصر المكونة للسعر من المواد و الأجور و العتاد.

على العموم فقد بينت المادة 2/102 من المرسوم الرئاسي 247/15 المعاملات التي يجب مراعاتها في صيغ مراجعة الأسعار فيما يأتي:

- المعاملات المحددة مسبقا و الواردة في الوثائق المتعلقة باستشارة المؤسسات باستثناء الحالات المبررة كما ينبغي؛
- المعاملات المحددة باتفاق مشترك بين الأطراف المتعاقدة عندما يتعلق الأمر بصفقة عمومية مبرمة حسب إجراء التراضي البسيط؛

أما صيغ المراجعة فتشمل ما يلي:

- جزء ثابت لا يمكن أن يقل عن النسبة المنصوص عليها في العقد فيما يخص التسبيق الجزافي، و مهما يكن من أمر لا يمكن أن يقل هذا الجزء عن خمسة عشر في المائة (15 %)؛

- حد استقرار التغيير في الأجور قدره خمسة في المائة (5 %)؛

- الأرقام الاستدلالية² " الأجور " و " المواد " المطبقة و معامل التكاليف الاجتماعية.

من خلال نص المادة يتبين لنا أن المراجعة تعتمد على أرقام استدلالية متقلبة باستمرار، حيث تنشر في الجرائد الرسمية و النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، أو في كل نشرة أخرى مؤهلة لاستقبال الإعلانات القانونية و الرسمية حسب ما نصت عليه المادة 103 من المرسوم الرئاسي 247/15.

¹ المرسوم رقم 2-12-349، المؤرخ في 20/03/2013، المتعلق بالصفقات العمومية، ج.ر. للمملكة المغربية، الصادرة 2013/04/04، ع. 6140.

² يقصد بالأرقام الاستدلالية مجموعة المؤشرات التي يجب مراعاتها عند تطبيق صيغ المراجعة.

و يتم تطبيق هذه الأرقام من تاريخ التصديق و الموافقة عليها بقرار من الوزير المكلف بالسكن بالنسبة لقطاع البناء و الأشغال العمومية و الري، و قد أكدت المادة الأولى على المصادقة على الأرقام الاستدلالية للأجور و المواد الفصل الثاني لسنة 2012 والمستعملة لصيغ التحيين و المراجعة¹، و نصت أيضا المادة الأولى المصادقة على الأرقام الاستدلالية الخاصة بالأجور المواد الرابع من سنة 2012².

أما بالنسبة فيما يخص صيغ مراجعة أسعار الخدمات التي تؤديها مؤسسات الأجنبية التي تدفع مبالغها بالعملة الصعبة، فإنه يتم استعمال الأرقام الاستدلالية لبلد المتعامل المتعاقد أو أرقام أخرى و هذا حسب ما نص عليه التشريع الجزائري في الفقرة 03 من المادة 103 أعلاه.

و باعتبار أن الأرقام الاستدلالية تكتسي أهمية بالغة في مجال الصفقات العمومية، ألزم التنظيم المعمول به على إجراء بعض التحقيقات الميدانية للأسعار، و ذلك كرقابة تضى عليها حماية لمصالح الإدارة في سير مرافقها بانتظام.

و تجدر الإشارة أن التشريع الفرنسي أشار إلى الأرقام الاستدلالية لمراجعة أسعار الصفقات التي تزيد عن مدتها على 03 أشهر، و تحتاج لإمدادات كبيرة لتنفيذ موضوعها حسب المادة 5/18 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي.

أما التشريع المغربي فقد ألزم بموجب المادة 2/12 من المرسوم رقم 2-12-349، أن يكون قرار الأعمال بالأرقام القياسية و شروط مراجعة الأسعار راجع لرئيس الحكومة بعد تأشير عليه من طرف الوزير المكلف بالمالية، لتبين بعد ذلك دفاتر الشروط كيفية العمل بها.

¹ قرار مؤرخ في 2012/11/12، يتضمن المصادقة على الأرقام الاستدلالية للأجور و المواد الفصل الثاني من سنة 2012 و المستعملة في صيغ تحيين و مراجعة أسعار صفقات قطاع البناء و الأشغال العمومية و الري، ج.ر. الصادرة في 2013/04/17، ع. 19.

² قرار مؤرخ في 2013/03/25، يتضمن المصادقة على الأرقام الاستدلالية للأجور و المواد الفصل الرابع من سنة 2012 و المستعملة في صيغ تحيين و مراجعة أسعار صفقات قطاع البناء و الأشغال العمومية و الري، ج.ر. الصادرة في 2013/04/17، ع. 19.

كيفية إجراء المراجعة

تتم عملية المراجعة بتحليل المكونات الأساسية للسعر من قبل الطرفين المتعاقدين كأجور العمال، المواد، و الهندسة... الخ لتطبق بعدها الأرقام التي تعبر عن التغيرات للشهر الموالي لتاريخ نهاية صلاحية العرض.

و تطبيقا للمادة 104 من المرسوم الرئاسي 247/15، فإنه يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار الأرقام الاستدلالية القاعدية التالية:

- أرقام الشهر الذي أعطى فيه أمر بالشروع بالخدمة في الأشغال، عندما يكون الأمر بالخدمة قد صدر بعد انقضاء فترة صلاحية العرض أو الأسعار؛
- أرقام الشهر الذي انتهت فيه صلاحية العرض، عندما يكون أمر الشروع بالخدمة في الأشغال قد أعطى قبل انتهاء فترة صلاحية العرض أو الأسعار.

فبعد الانتهاء من وضع بنود مراجعة الأسعار تأتي مرحلة تطبيق صيغة المراجعة لحساب فارق السعر، حيث يقوم المتعاقد بتحرير جدول الأشغال نهاية كل شهر يسجل فيه جميع الأشغال التي تم انجازها منذ صدور الأمر بالأشغال إلى غاية وضع الجدول، إضافة إلى ذكر جميع المواد الموجودة داخل الورشة وفقا للأسعار الأولية المبينة في الصفقة، ليتم بعدها خصم مبلغ الأشغال المنجزة للحصول على الخدمات المنجزة في الشهر المعني بالمراجعة¹.

- 2 - **التحيين:** هو عملية إعادة النظر في ثمن العقد المتفق عليه بغية مراعاة التغيرات الاقتصادية الناتجة عن تأخر بدء التنفيذ، لهذا فالتحيين هو تلك التقنية التي تفرض حضورها في صفقات الأشغال العمومية نظرا لحدوث ظروف الموجبة لها مألوفة و متكررة².

¹ النوي خرشي، المرجع السابق، ص 337.

² Mohamed Tayeb Medjahed, Contrat type des marches publics, Houma, édit., Alger, 2007, p 37 .

مما سبق يمكن القول أن عملية تحيين الأسعار مرتبطة أساسا بتأخير الجهة الإدارية في إصدار الأمر بالشروع لتنفيذ الأشغال من قبل المقاول، و حدوث ظروف اقتصادية تؤثر بشكل كبير في السعر¹.

إذا فالمتعاقدين عند مطالبته تحيين السعر يهدف إلى إعادة تقييم السعر الأولي الذي تم الاتفاق عليه، إلى سعر جديد يتلاءم مع التغيرات الاقتصادية.

هذا و قد ألزم التشريع الجزائري بموجب نص المادة 98 من المرسوم الرئاسي 247/15، أنه لا يتم تطبيق بند تحيين الأسعار إلا إذا كان يفصل بين تاريخ المحدد لإيداع العروض و تاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة أجل يفوق مدة تحضير العرض زائد 03 أشهر، و كذلك إذا تطلبت الظروف الاقتصادية ذلك.

و على هذا الأساس يمكن القول أن اللجوء إلى عملية تحيين الأسعار قيده التشريع الجزائري بشرطين مهمين هما:

1 - أن تكون الفترة الفاصلة بين تحديد السعر و فترة الأمر بالشروع في الخدمة أطول من فترة تحضير العروض زائد 03 أشهر: و ينطوي تحت هذا الشرط 03 شروط جزئية تتمثل في:

- آخر أجل لإيداع العروض؛

- أجل صلاحية العروض؛

- تقديم الأمر بالشروع في الخدمة.

3 - حدوث تغيرات في الظروف الاقتصادية أثناء مرحلة تنفيذ موضوع للصفقة، حيث تؤثر على السعر الأولي للصفقة.

¹ مريام أكرور، المرجع السابق، ص 64.

و على هذا الأساس و بعد انتهاء الجهة المتعاقدة من حساب المقابل المالي حسب طبيعة السعر التي يتم اتفاق الطرفين عليها سواء بسعر ثابت أو متغير، حيث تقوم الجهة المتعاقدة بصرف المقابل المالي وفق للكيفيات التي نص عليها التشريع الجزائري¹.

المطلب الثالث: التزام الإدارة بتعويض المتعاقد معها

باعتبار أن العقود الإدارية بصفة عامة و الصفقات العمومية بصفة خاصة، يولد التزامات عقدية متبادلة على كل الطرفين دون تمييز بين الإدارة و المتعاقد معها، فيقع على عاتق المصلحة المتعاقدة جملة من التزامات لا بد أن تراعيها و تحترمها.

فإلى جانب الالتزامات السابقة، يتعين على الجهة المتعاقدة الالتزام بتعويض المتعامل المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به جراء تنفيذه لالتزاماته التعاقدية، حيث يكون أساس التعويض إما خطأ أو دون خطأ على نحو ما سوف توضيحه في الفرع الأول تعويض المتعاقد على أساس الخطأ، أما الفرع الثاني يعالج تعويض المتعاقد دون خطأ.

الفرع الأول: تعويض المتعاقد على أساس الخطأ

يتم تنفيذ الصفقات العمومية من خلال وفاء الطرفين المتعاقدين بالتزاماتهم التعاقدية المتقابلة، حيث يشكل الإخلال بأي منها خطأ تعاقديا يلزم مقترفه بتعويض الطرف المتضرر.

و باعتبار تنفيذ الصفقات العمومية يخول للجهة المتعاقدة سلطات استثنائية غير مألوفة لضمان تنفيذ الجيد لموضوع الصفقة بما يحقق المصلحة العامة.

و يتعين استعمال المصلحة المتعاقدة للامتيازات غير المألوفة، أن يكون في إطار القواعد العامة للمشروعية و التي يتنافى معها استعمال تلك السلطات بصورة تعسفية و غير مبرر من المصلحة العامة².

¹ يراجع المبحث الأول من الفصل الأول من الباب الثاني، ص 216.

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاة و تحكما، المرجع السابق، ص 219.

و إخلال الإدارة المتعاقدة بالتزاماتها يولد مسؤوليتها المرتبة لحق المتعاقد في الحصول على تعويض عما أصابه ضرر من جراء ذلك، حيث تقوم مسؤولية الإدارة في هذا الشأن على أساس الخطأ العقدي، و هو الخطأ الناجم عن عدم قيام الإدارة بتنفيذ التزاماتها الناشئة عن العقد أيًا كان سبب ذلك عمداً أو إهمالاً، و هذا أخذ به القضاء المصري¹.

البند الأول: صور إخلال الإدارة بالتزاماتها

تتمثل هذه الصور في:

الفقرة الأولى: إخلال الجهة الإدارية بالتزاماتها الفنية

تعتبر الالتزامات الفنية من أهم الالتزامات التي يكون لها الأثر الواضح في إعاقة المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، خاصة أن الصفقات العمومية بطبيعتها عقود زمنية، فالأصل العام أن هذه الأخيرة تتطوي على مدة التنفيذ التي ينبغي للمتعاقد التقيد بها لتسليم الأشغال، لهذا يتعين على المصلحة المتعاقدة تسليم الموقع للمتعاقد لبدء الأعمال في الموعد المنصوص عليه بالعقد، فإذا خلا العقد من مثل هذا النص فتكون الإدارة مسئولة عن إخلالها بالتزامها بالتسليم إذا لم يتم ذلك في المدة المناسبة و المعقولة لتنفيذ العقد، و التي يترك للقاضي تقديرها في حالة رفع النزاع إليه و ذلك في ضوء مدة و ظروف تنفيذ كل عقد على حد².

في هذا الصدد ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أنه إذا كانت مدة تنفيذ العقد الإداري هي شهرين فقط، فإن تأخر الإدارة عن تسليم الأرض للمقاول عام بأكمله هو مما يحق معه القول بأنها قد أخلت إخلالاً جسيماً بواجبها نحو الطاعن بعدم تمكنه من العمل، حيث تأخرت في تنفيذ التزامها هذه مدة طويلة تجاوز القدر المعقول، مما يقوم سبباً مبرراً لفسخ العقد المبرم بينهما و تعويض الطاعن عما أصابه من أضرار بسبب ذلك³.

¹ حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الصادر بتاريخ 1994/11/29، رقم 3683، أخذاً عن عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية، دار الكتاب الحديث، الكويت، ط. 2008، ص 93.

² عبد العزيز خليفة، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية، المرجع نفسه، ص 96.

³ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاءً و تحكيمًا، المرجع السابق، ص 221.

و في نفس الإطار أكدت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر 2000/01/27، بشأن تحديد إطار مسؤولية الإدارة على أن: "...العقد الإداري يولد في مواجهة الإدارة التزامات عقدية أخصها أن تمكن المتعاقد معها من البدء في تنفيذ العمل و من المضي في تنفيذه حتى يتم إنجازه، فإذا لم تقم بهذا الالتزام فإن هذا يكون خطأ عقدياً في جانبها يخول للمتعاقد معها الحق في طلب فسخ العقد فضلاً عن استحقاقه للتعويض الجابر لما أصابه من ضرر"¹.

و تجدر الإشارة إلى أن تحديد الموقع التنفيذ يعد أمراً جوهرياً بالنسبة للمتعاقد، لذا لا يجوز للجهة المتعاقدة² تغيير محل التنفيذ بإرادتها المنفردة، لأنه يؤدي إلى ارتفاع تكاليف التنفيذ و إطالة مدته عن تلك المتفق عليها³ مما يصيب المتعامل المتعاقد بأضرار، لهذا يعد الخطأ جسيماً يتيح للمتعاقد طلب الفسخ⁴ مع تعويض الأضرار المترتبة لخطأ الإدارة⁵. كما يعتبر تأخير الإدارة في تسليم موقع العمل لمقاول الأشغال العامة من أكثر أخطاء الإدارة شيوعاً، و التي في حالات كثيرة يعرض على مجلس الدولة الفرنسي دعاوى من المقاولين لعدم التزام الإدارة بتسليم الموقع⁶.

و لاستحقاق المتعامل المتعاقد التعويض لتأخر الجهة المتعاقدة عن تسليم الموقع، يتعين و إضافة للضرر الذي أصابه نتيجة التأخير، ألا يكون قد ساهم بخطئه في إحداث هذا الضرر كامتناعه عن تنفيذ الصفقة لتأخر الإدارة في تسليم موقع الأشغال.

في هذا الإطار ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أنه: " يتعين على المتعاقد في هذه الحالة المبادرة إلى تنفيذ التزامه التعاقدى متى كان ذلك ممكناً، و المطالبة بعد ذلك بالتعويض عن الأضرار التي أصابته من جراء التأخير في تسليم موقع العمل، إذ أن القاعدة

¹ حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الصادر بتاريخ 2000/01/27، رقم 4631، أخذاً عن عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 96.

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 68.

³ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية، المرجع السابق، ص 97.

⁴ سحر جبار يعقوب، المرجع السابق، ص 63.

⁵ إحسان سليمان خريبط، المرجع السابق، ص 29.

⁶ طارق سلطان، المرجع السابق، ص 431.

أنه لا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة الامتناع عن الوفاء بالتزامه التعاقدى حيال المرفق العام بحجة أن الإدارة قد أخلت بأحد التزاماتها، ما دام أنه في استطاعته التنفيذ ثم يطالب الإدارة بالتعويض عن الإخلال بالتزاماتها...¹.

و إلى جانب هذه الحالة، هناك حالات مماثلة لها تعبر عن إخلال الإدارة بالتزاماتها، أهمها تأخر الجهة المتعاقدة في تسليم التصاميم و الرسومات الهندسية و كافة المخططات ذات العلاقة بموقع العمل كالكهرباء، الماء، المجاري و الهاتف الأمر الذي يعد خطأ تعاقديا يثير مسؤوليتها².

هذا وقد يتطلب تنفيذ موضوع الصفقة تزويد المقاول إضافة إلى مخططات العمل التراخيص الإدارية، إذ المصلحة المتعاقدة ملزمة بمنح المتعاقد معها التراخيص اللازمة للتنفيذ، و من تم فإن امتناعها عن ذلك يشكل من جانبها خطأ عقديا يثير مسؤوليتها العقدية³.

لذا فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر أن نكول الإدارة عن تنفيذ التزامها بتسليم تراخيص البناء، يشكل خطأ عقديا تسأل عنه إذا ترتب عليه ضرر للمتعاقد⁴.

و على هذا الأساس يمكن القول أن كل خطأ عقدي مرتب لمسؤولية الجهة المتعاقدة سواء وقع عمدا أو نتيجة إهمال، يكون سببا مبررا لفسخ العقد و تعويض المتعامل المتعاقد.

¹ حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الصادر بتاريخ 15/06/1999، رقم 2049، أخذا عن عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاء و تحكيما، المرجع السابق، ص 224.

² حكم المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 27/03/2005، أخذا عن إحسان سليمان خريبط، المرجع السابق، ص 36.

³ حمدي حسين الحلفاوي، ركن الخطأ في المسؤولية الناشئة عن العقد الإداري، دار النهضة العربية، الإسكندرية، ط. الأولى، 2002، ص 299.

⁴ حكم المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 26/11/1998، رقم 3076، أخذا عن حمدي حسين الحلفاوي، المرجع نفسه، ص 299.

الفقرة الثانية: إخلال الإدارة بالتزاماتها العقدية

باعتبار أن الصفقات العمومية هي من العقود التبادلية، حيث تنطوي عليها التزامات متبادلة بين الطرفين المتعاقدين، إذ يتعين على الجهة المتعاقدة تنفيذ التزاماتها العقدية وحرص على الوفاء بها دون تأخير، أو دون اللجوء إلى أساليب المماطلة في التنفيذ موضوع الصفقة، لأن هذا التقاعس قد يؤدي إلى أضرار تصيب المتعاقد، الأمر الذي يجعله يلجأ إلى القضاء للمطالبة بفسخ الصفقة و تقرير تعويض مناسباً له، عما أصابه من أضرار نتيجة خطأ الجهة المتعاقدة لإخلالها بأحد التزاماتها العقدية سواء كان الخطأ ناتجاً عن عمد أو إهمال.

و في هذا الشأن قد أكدت محكمة القضاء الإداري على أنه: " من الأمور المسلمة في العقود كافة، سواء كانت عقوداً إدارية أو مدنية، أن الخطأ العقدي هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أياً كان السبب في ذلك، و يستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ ناشئاً عن عمد أو إهماله، أو عن فعله دون عمد أو إهمال.

و بما أن العقد الذي تستند إليه المنازعة الحالية هو عقد مبرم بين الجهات الإدارية المدعى عليها و المدعي للقيام ببناء عقارات لصالح شخص معنوي عام، و بقصد تحقيق مصلحة عامة فهو عقد أشغال عامة، و يولد هذا العقد في مواجهة جهة الإدارة التزامات عقدية أخصها أن تمكن المتعاقد من البدء في تنفيذ العمل و من المضي في تنفيذه حتى يتم إنجازه، و لم تقم بهذا الالتزام فإن هذا يكون خطأ عقدياً من جانبها يخول للمدعي في أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء عدم قيام جهة الإدارة بالتزامها أو جراء تأخرها في القيام به...¹.

مما سبق يفهم أن عدم قيام الجهة المتعاقدة بالوفاء بالتزاماتها العقدية أو التأخر في تنفيذها، يعد خطأ عقدياً يسوغ الحكم بالتعويض لمصلحة المتعامل المتعاقد.

¹ حكم محكمة القضاء الإداري، الصادر بتاريخ 1969/02/25، رقم 1320، أخذاً عن عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 69.

البند الثاني: تعسف الإدارة في استعمال سلطاتها التعاقدية

لكفالة قيام الجهة المتعاقدة بمهامها في تسيير المرفق العام بانتظام و إشباع الحاجات العامة و تحقيق الصالح العام، أقر لها القانون و القضاء الإداري سلطات و امتيازات مهمة، تمثل حقوقا للإدارة في مواجهة المتعاقد معها، إذ ليس لديه ما يقابلها لأنه يسعى دائما من وراء تعاقدته إلى تحقيق مصلحته الخاصة¹.

و تبعا لذلك فللإدارة سلطة الرقابة و التوجيه على تنفيذ العقد و تعديل الالتزامات الناشئة عنه، كما لها سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية، إضافة إلى سلطة إنهاء الصفقة حتى و إن لم يصدر خطأ من جانب المتعامل المتعاقد متى استوجبت المصلحة العامة ذلك.

لذا و بالرغم تمتع الجهة المتعاقدة بسلطات واسعة، إلا أنها ليست مطلقة و إنما يتعين على الإدارة ممارستها طبقا للضوابط و القيود التي يقتضيها القانون بغية توفير ضمانات للمتعاقد معها، و من تم تقوم مسؤولية الإدارة إذا مارست هذه السلطات بعيدا عن الصالح العام، أو في غرض لا يقتضيه سير المرفق العام موضوع العقد، إذ يعد هذا التصرف تجاوزا لسلطاتها، الأمر الذي يرتب للمتعامل المتعاقد حقا في المطالبة بالتعويض إذا أصابه ضرر عن ذلك².

الفرع الثاني: تعويض المتعاقد دون خطأ

لا يعد خطأ الإدارة المتعاقدة تجاه المتعاقد معها حال تنفيذه لالتزاماته التعاقدية، أساسا وحيدا لحصوله على تعويض منها، حيث يكون بوسعه الحصول على تعويض على أساس الإثراء بلا سبب أو على أساس التوازن المالي للعقد.

¹ عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص 554.

² إحسان سليمان خريبط، المرجع السابق، ص 67 و 68.

البند الأول: التعويض على أساس الإثراء بلا سبب

يعد التزام الجهة الإدارية بتعويض المتعاقد معها عما قامت به من عمل تكليفه بأدائه، تطبيقاً لمبدأ حسن النية الذي ينبغي أن يسود تنفيذ كافة الصفقات العمومية.

و نظراً لكون الإدارة لا ترتكب خطأ حين تتخذ إجراءات تستهدف بها الصالح العام، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى تأسيس التعويض على فكرة الإثراء بلا سبب¹.

فحسب أنصار هذه الفكرة² - مورييس هوريو و الدكتور فؤاد العطار-، أن التعويض الذي يحصل عليه المتعامل المتعاقد نتيجة ما أصابه من أضرار من جراء ممارسة الإدارة لسلطاتها، يقوم على فكرة الإثراء بلا سبب التي تعد من المبادئ المستقرة في القانون الخاص³.

و يستندون في ذلك على أن الإدارة قد تسببت في الأضرار التي لحقت المتعاقد معها، و التي أدت بإنقاص المزايا المالية التي كانت قد اتفقت عليها مع المتعامل المتعاقد لصالحه دون أن ترتكب خطأ، و بذلك تكون أثرت على الذمة المالية للمتعاقد، لهذا تقوم بتعويضه دون أن يستند هذا الإثراء إلى سبب معين في العقد⁴.

هذا و قد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن إلى القول: " بأن قيام المتعاقد مع الإدارة و دون تكليف منها بأداء أعمال أو خدمات إضافية غير منصوص عليها بالعقد، يمنحه الحق في مطالبة الإدارة بتعويض عما أنفقه للقيام بتلك الأعمال أو أداء تلك الخدمات، شريطة أن تكون هذه الأعمال أو الخدمات الإضافية ذات فائدة و لازمة للمرفق العام، و ذلك على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب⁵.

¹ توفيق شحاتة، مبادئ القانون الإداري، ج. الأول، دار النشر المصرية، القاهرة، ط. الأولى، 1955، ص 816.

² إحسان سليمان خريبط، المرجع السابق، ص 175.

³ تنص المادة 141 من ق.م.ج. 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 الشيء".

⁴ إحسان سليمان خريبط، المرجع السابق، ص 175.

⁵ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاء و تحكيماً، المرجع السابق، ص 232.

و في إطار تطبيق قاعدة الإثراء بلا سبب باعتبارها تطبيقاً لقواعد العدالة، ألزمت المحكمة الإدارية العليا بمصر الإدارة المتعاقدة بأن تؤدي للمتعاقد معها، قيمة ما قام به من أعمال لأداء التزاماته حتى ولو زادت عن ما تم الاتفاق عليه، ما دامت الإدارة قد استفادت من هذه الأعمال¹.

البند الثاني: الالتزام بالتعويض على أساس التوازن المالي² للصفقة

باعتبار الصفقات العمومية عقود ملزمة لجانبين، فهي تقوم على تلاقي إرادة الطرفين المتعاقدين بالإيجاب والقبول، وبالتالي يتم تسعير عطاء المتعاقد و قرار الإرساء على أسس مالية و فنية، بما يجعله بطبيعته متمتعاً بالتوازن بين ما يتحمله المتعاقد من أعباء و التزامات و ما يحققه من كسب مادي³.

هذا التوازن المالي للصفقة من المفترض أنها بدأت به، و من تم يفترض أن ينتهي التنفيذ و حالة التوازن تلك قائمة لا تمسها الجهة المتعاقدة بقرارات منفردة من شأنها التأثير في التوازن، و لا تؤثر فيها أيضاً ما يطرأ على تنفيذ الصفقة من عوارض، فهو بذلك التزام يوجب على الإدارة أن تعمل على تجنب ما يطرأ على ظروف تنفيذ الصفقة من إجراءات إدارية و تشريعية و أن تعمل على تقدير عوارض الطارئة للتنفيذ.

و إعادة التوازن المالي للصفقة هو في حد ذاته التزام إذا نظرنا إليه من زاوية جهة الإدارة، إذ يقع على عاتقها واجب إعادة التوازن المالي للعقد إذا انقلبت اقتصادياته لأي سبب و بدون مطالبة بذلك من المتعاقد، و من زاوية أخرى فهو حق للمتعاقد لتعويضه بما يسمح بإعادة التوازن بين مزايا الصفقة و أعبائها المالية.

¹ حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الصادر بتاريخ 2002/06/18، رقم 1840، أخذاً عن عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاء و تحكيماً، المرجع نفسه، ص 233.

² بشأن التوازن المالي للصفقة يراجع المبحث الثاني من الفصل الأول من الباب الثاني، ص 260.

³ حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 298.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال الإدارة بالتزاماتها العقدية

من المسلم به أن الإدارة تلجأ إلى إبرام عدة عقود من أجل تلبية الحاجات العامة و إشباعها.

و تعتبر العقود التي تبرمها الجهة الإدارية مع أشخاص الطبيعية أو المعنوية عقود ملزمة لجانبيين، إذ ترتب حقوقاً و التزامات على كلا الطرفين المتعاقدين، و إن مخالفة أحدهما لالتزاماته يعني إضراره بالطرف الآخر، و في هذا الإطار إن العقود الإدارية بصفة عامة و الصفقات العمومية بصفة خاصة تلزم الإدارة المتعاقدة بالوفاء بالتزاماتها التعاقدية.

إن عدم التزام الإدارة بالتزاماتها العقدية يؤدي حتماً إلى ضرر المتعاقد معها، الأمر الذي يثبت له الحق بالرجوع على الجهة الإدارية بالتعويض عن طريق القضاء الإداري كجزاء على إخلالها بالتزاماتها.

و لهذا و لتفصيل أكثر خصص المطلب الأول لدراسة الطبيعة القانونية للجزاء الموقع على الإدارة خصائصه، أما المطلب الثاني فسيعالج أنواع الجزاءات التي توقع على الإدارة.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للجزاء الموقع على الإدارة و خصائصه

إن الأصل العام في العقود الملزمة لجانبيين، أن إخلال أحد طرفي العقد بالتزاماته يلحق ضرر بالطرف الآخر، الأمر الذي يمكنه من مساءلته و إيقاع الجزاء عليه.

و باعتبار أن الجهة الإدارية طرف في العلاقة التعاقدية، فإن أي مخالفة لالتزاماتها المقررة في بنود العقد يؤدي بتوقيع جزاء عليها، و هذا ما سيتم توضيحه في الفرعين التاليين.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للجزاء الموقع على الإدارة

لقد خول الفقه و القضاء الإداري توقيع جزاء على الجهة الإدارية المخلة بالتزاماتها العقدية، غير أن الجزاءات التي يمكن توقيعها على الإدارة ليست بكثرة و لا تتنوع مثل الجزاءات التي توقع على المتعاقد معها.

فالجزاء الإداري الذي يوقع على المتعامل المتعاقد يحمل معنى العقوبة لأنه خالف التزاماته التعاقدية، الأمر الذي يشكل تهديدا على ضمان استمرارية سير المرفق العام بانتظام¹.

لهذا و نتيجة لتقصير المتعاقد تقوم الجهة المتعاقدة بتوقيع جزاءات مالية كانت أو ضاغطة أو جنائية، بغية ضمان سير المرفق العام.

و من ناحية أخرى، فإن الجزاء الذي يوقع على الجهة الإدارية لا يحمل معنى العقوبة بل يحمل معنى التعويض و جبر الضرر الذي أصاب المتعاقد، نتيجة تقصير الإدارة في أداء التزاماتها التعاقدية.

فالمتعاقد لا يستطيع أن يوقع الجزاء بنفسه على الإدارة، فليس أمامه إلا أن يسلك سبيل التقاضي، إذ لا يستطيع المتعامل المتعاقد في هذا المجال أن يتمتع عن التنفيذ متمسكا بقاعدة الدفع بعدم التنفيذ المقررة في القانون الخاص، أي لا يمكن للمتعاقد أن يتمتع عن تنفيذ موضوع الصفقة بحجة أن الجهة المتعاقدة قد قصرت في أداء التزاماتها التعاقدية إلا إذا ترتب على تقصير الإدارة استحالة التنفيذ، ذلك أن قاعدة سير المرفق العام بانتظام تأبى أن يعطل المتعاقد أداء الخدمة لسبب من الأسباب².

و على هذا الأساس، فإن المتعامل المتعاقد يعد معاونا للإدارة في تسيير المرفق العام و ليس متعاقدا معها، و هذا على عكس ما هو معمول به في القواعد العامة، فإذا كانت

¹ محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 572.

² محمد سليمان الطماوي، المرجع نفسه، ص 572.

الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به¹ بدلا من اللجوء إلى طلب الفسخ.

و تجدر الإشارة على أن المتعامل المتعاقد في هذه الحالة لا يعفيه من التزاماته تقصير الجهة الإدارية في أداء التزاماتها، بل يتعين عليه الاستمرار في التنفيذ بالرغم من ذلك، و لا يعيقه من مواصلة التنفيذ إلا في استحالة التنفيذ.

و هذا ما طبقه مجلس الدولة الفرنسي في عقد الأشغال العامة، إذ لا يستطيع المقاول أن يوقف العمل انتظارا للفصل في دعوى فسخ العقد التي رفعها²، كما أنه لا يستطيع أن يستند إلى تأخر الإدارة في دفع المقاول لوقف الأشغال، و كذلك الشأن بالنسبة إلى المورد في عقد التوريد لا يمكنه وقف التوريد استنادا إلى خطأ الإدارة³.

الفرع الثاني: خصائص الجزاء الموقع على الإدارة

إن تمتع الإدارة بسلطات استثنائية واسعة في تنفيذ الصفقات العمومية، لا يحررها من وجوب احترام التزاماتها التعاقدية، ولا ينفي عن هذه الصفقات صفتها العقدية الإلزامية بوصفها اتفاقا بين طرفين.

و من تم فإن إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية المفروضة عليها مع المتعاقد معها وفقا للعقد يترتب عنها جزاء، هذا الأخير الذي يتميز بعدة خصائص تتمثل في:

يعتبر إشباع الحاجات العمومية من بين أهم الأهداف الرئيسية التي تعمل الدولة على تحقيقها عن طريق الاتفاق العمومي، الذي يتمحور في إبرام عدة صفقات عمومية.

¹ المادة 123 من ق.م.ج.

² قرار مجلس الدولة الفرنسي، الصادر بتاريخ 1932/05/07، في قضية Samson، أخذنا عن محمد سليمان الطماوي، المرجع نفسه، ص 573.

³ قرار مجلس الدولة الفرنسي، الصادر بتاريخ 1952/05/28، في قضية Cne de Sainae Barbe، أخذنا عن محمد سليمان الطماوي، المرجع نفسه، ص 573.

و لا شك أن تنفيذ المتعاقد لالتزامات محل العقد، يخول له ضمان حماية مصالحه ذلك أن مساس الجهة المتعاقدة لهذه المصالح يستوجب توقيع جزاء عليها، هذا الأخير الذي يجد أساسه القانوني في الرابطة التعاقدية التي تجمع بين الإدارة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد.

و بالرغم من أن الفقه و القضاء الإداري خول للمتعاقد توقيع جزاء على الجهة الإدارية المقصرة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية، إلا أن هذه الجزاءات لا تتنوع مقارنة بالجزاءات الموقعة من قبل الإدارة المتعاقدة، إضافة أنها لا تشمل على وجه الخصوص إجراءات الضغط و الجزاءات الجنائية.

و من ناحية أخرى، و في حال ثبت إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية، فإن المتعامل المتعاقد لا يستطيع أن يوقع الجزاء بنفسه على الإدارة، فليس أمامه إلا أن يسلك سبيل التقاضي¹.

فالمتعاقد المتضرر من تقصير الجهة الإدارية، لا يستطيع أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ المقرر في القانون الخاص، و بالتالي لا يستطيع المتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته بحجة أن الإدارة قد قصرت من جانبها في تنفيذ ما يفرض عليها من التزامات.

و قد أكد القضاء الإداري على هذا المبدأ بقوله: " لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يفسخ العقد المبرم معها بقرار منه إذا ما وجدت مبررات الفسخ، بل يتعين عليه أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم منه بذلك"².

ذلك أن قاعدة سير المرافق العامة بانتظام لا تأبى أن يعطل المتعاقد أداء الخدمة لأي سبب من الأسباب، لكن بعض الفقهاء يرون عدم إعمالها إذا كان الدفع بعدم التنفيذ لا يهدد سير المرفق العام، بمعنى أنه يمكن للطرفين الاتفاق للخروج عن الأصل، و بالتالي يجوز للمتعاقد أن يشترط في العقد التمسك بقاعدة الدفع بعدم التنفيذ، و هذا حسب ما أقره مجلس

¹ محمد سليمان الطماوي، المرجع نفسه، ص 572.

² حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الصادر في يناير 1978، رقم 1127، أخذاً عن علي بن شعبان، المرجع السابق، ص 146.

الدولة الفرنسي¹، و ما أخذت به أيضا المحكمة الإدارية العليا بقولها: " أنه و إن كان الأصل أن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز أن يتمسك به المتعاقد...ضمانا لحسن سير المرفق العام بانتظام و اطراد، إلا أنه يجوز للطرفين عند التعاقد أن يخرجوا على هذا الأصل، و في هذه الحالة يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ..."².

أما عن موقف القضاء الإداري الجزائري حول هذا المبدأ، فلا يوجد أي حكم أم اجتهاد قضائي يبين موقف و الاتجاه الذي تبناه القضاء الجزائري.

لذا فيمكن القول، أنه بالرغم من شدة تأثير القضاء الإداري الجزائري بالقضاء الإداري الفرنسي من جهة، و حرص التشريع على تحقيق الصالح العام و ضمان سير المرافق العامة، فإنه لا يمكن تصور أخذ القضاء الإداري الجزائري بنفس موقف القضاء الفرنسي لو أتاحت له الفرصة بذلك.

المطلب الثاني: أنواع الجزاءات

إن الأصل العام في الصفقات العمومية، أن المتعامل المتعاقد لا يمكنه تطبيق الجزاء بنفسه على الجهة الإدارية في حالة إخلالها بالتزاماتها التعاقدية، بل يلجأ إلى القضاء الإداري لتقرير ذلك.

و باعتبار أن سلطات القاضي الإداري في مجال الصفقات العمومية تتحدد في نطاق القضاء الكامل دون تجاوز ذلك إلى الإلغاء، و من ناحية أخرى ليس للقاضي الإداري صلاحية أمر الإدارة بعمل معين، و بالتالي ليس له أن يأمرها بالوفاء بالتزاماتها.

و لما كان القاضي الإداري لا يستطيع أن يأمر الإدارة بعمل شيء محدد لصالح المتعامل المتعاقد، فقد يستطيع أن يحكم على الجهة الإدارية بالتعويض المناسب، و هذا هو المسلك الأصيل للقضاء الإداري في هذا المجال، كما يملك القاضي الإداري أيضا أن يحكم بفسخ الصفقة لخطأ الإدارة بناء على طلب المتعاقد.

¹ علي بن شعبان، المرجع نفسه، ص 146.

² محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 574.

و على هذا الأساس فإن صور أو أنواع الجزاء تتمثل في التعويض كفرع أول، و الفسخ كفرع ثاني.

الفرع الأول: التعويض

إن الأصل العام في القواعد المنظمة للعقود الملزمة لجانبين، أن إخلال أحد طرفي العقد بالتزاماته يوجب تعويض الطرف الآخر.

وباعتبار أن التعويض يعد الجزاء الأصيل في مجال المسؤولية الإدارية التعاقدية خاصة و أنه يتفق مع كسب الربح المادي، الذي من أجل تحقيقه يخوض المتعامل المتعاقد غمار إبرام الصفقات العمومية.

فالمتعاقدين يستحق تعويضاً عما أصابه من أضرار نتيجة إخلال الإدارة بأحد التزاماتها التعاقدية.

إذا فعدم قيام الجهة الإدارية بتنفيذ التزاماتها يمثل خطأ عقدي يسوغ الحكم بدفع تعويض لمصلحة المتعاقد معها.

و تجدر الإشارة أن المتعاقد عند لجوئه إلى القضاء بغية المطالبة بالتعويض، يجب أن يتحقق من توافر أركان المسؤولية العقدية الإدارية جميعها من خطأ و ضرر و علاقة سببية¹.

أما بالنسبة إلى تقدير التعويض، فإن القاضي يعتمد في ذلك على الأحكام التي نصت عليها القواعد العامة² في هذا المجال، و يقدر التعويض حسب درجة الضرر الناتجة عن الخطأ، فيكون شاملاً لما لحق المتعاقد من ضرر و ما فاتته من كسب³، مع الأخذ بعين الاعتبار حالة الخطأ المشترك، أي مدى مساهمة طالب التعويض في وقوع الخطأ.

¹ علي عمر حمدي، (المسؤولية التعاقدية للإدارة)، المجلة القانونية و الاقتصادية، جامعة الزقازيق، كلية الحقوق، مصر، ع. الثامن، 1996، ص 188.

² المادة 124 من ق.م.ج.

³ المادة 171 من ق.م.ج.

و على هذا الأساس فإن القاضي في حالة وجود خطأ مشترك، ينقص من قيمة التعويض بنسبة مساهمة المتعامل المتعاقد في الخطأ.

أما إذا كان الخطأ منسوبا للإدارة فقط و كان جسيما، فالقاضي يمكن أن يحكم بالفسخ و التعويض، أو بالتعويض فقط و كل ذلك محكوم بطلبات رافع الدعوى¹.

الفرع الثاني: الفسخ

و هو أخطر أنواع الجزاءات التي يمكن أن يوقعها القاضي الإداري على المصلحة المتعاقدة، و الفسخ عادة لا يحكم به القاضي إلا عند ارتكاب الجهة الإدارية لأخطاء جسيمة رغم تعدد أسبابه إلا أنها تعود لأصل واحد و هو إخلال الإدارة بالتزام عقدي، و إخلالها هذا ربما يكون بالتزاماتها المالية أو الإدارية أو الفنية².

و من الأخطاء المبررة للفسخ من قضاء مجلس الدولة الفرنسي عدول الإدارة دون سبب معقول عن المشروع موضوع التعاقد، أو تأخر الجهة الإدارية تأخرا كبيرا في البدء في تنفيذ العقد دون مبرر لذلك³.

و منها أيضا أن تلجأ الإدارة إلى توقيع عقوبات بالغة الجسامه على المتعاقد معها دون خطأ جدي يبرر تلك العقوبات.

هذا إلى جانب وقف المصلحة المتعاقدة للأعمال موضوع الصفقة مدة طويلة بدون مبرر معقول، وهذا ما نص عليه التشريع الجزائري بموجب المادة 34 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، التي جاء فيها: "... عندما تقرر الإدارة تأخير الأشغال لمدة تزيد عن سنة واحدة سواء كان ذلك قبل بدء التنفيذ أو بعده، يحق للمقاول فسخ صفقته إذا طلب ذلك كتابيا دون الإخلال بالتعويض...".

¹ سعاد الشرفاوي، المرجع السابق، ص 195 و 197.

² محمود خلف جبوري، المرجع السابق، ص 180.

³ محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 576.

لكن رغم هذا إلا أن مجلس الدولة الفرنسي رفض فسخ عادة إذا تأخرت الإدارة في دفع المبالغ المستحقة للمتعاقد معها عما يكون قد نفذه من العقد، و يكتفي هنا بالتعويض و بالحكم بفوائد المبالغ التي تأخرت الإدارة عن دفعه¹.

و على هذا الأساس، يمكن القول أنه بالرغم من تمتع المتعامل المتعاقد بحقوق، إلا أنها لا تخوله بأي حال من الأحوال إلى فسخ الصفقة العمومية من جانبه حتى و لو وجدت مبررات للفسخ، بل يتعين عليه اللجوء إلى القضاء للحصول على ذلك و الذي يترتب نتيجتين مهمتين تتمثلان في:

-إنهاء الصفقة: و يسري اثر الحكم من تاريخ رفع الدعوى رغم استمرار طالب الفسخ في تنفيذ موضوع الصفقة².

-استحقاق التعويض: و يكون التعويض كاملا حيث يغطي ما لحق المتعاقد من خسارة، و ما فاته من كسب بسبب فسخ العقد مع مراعاة ما تم تنفيذه من قبل المتعاقد في المدة ما بين رفع الدعوى و صدور الحكم بالفسخ.

¹ محمد سليمان الطماوي، المرجع نفسه، ص 577.

² محمد سليمان الطماوي، المرجع نفسه، ص 577.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الباب الثاني: القواعد المنظمة للمركز القانوني للمتعاقل المتعاقل

يعتبر إشباع الحاجات العمومية من بين أهم الأهداف الرئيسية التي تعمل الدولة على تحقيقها عن طريق الإنفاق العمومي، الذي يتمحور في إبرام عدة صفقات عمومية.

فالصفقات العمومية تعتبر عقود معاوضة، يلتزم فيه المتعاقل المتعاقل بتنفيذ العمل أو الخدمة موضوع الصفقة تبعا للمواصفات و الشروط المتفق عليها، في حين تلتزم الإدارة المعنية بالوفاء بالتزاماتها تجاه المتعاقل معها.

إذا فالصفقة العمومية تفرض التزامات صارمة و شديدة على المتعاقل المتعاقل، تكاد تكون أكثر قساوة مما هي عليه في العقد المدني، و ذلك نظرا لارتباط الصفقات العمومية بالمرافق العامة و تلبية احتياجاتها، و تكون هذه الالتزامات متنوعة و مختلفة باختلاف طبيعة الصفقة العمومية المبرمة.

و لاشك أن تنفيذ التزامات محل العقد يخول للمتعاقل مع الإدارة حقوقا تفرضها القوة الملزمة للعقد.

و على هذا الأساس و لتفصيل أكثر في الموضوع خصص الفصل الأول لدراسة حقوق المتعاقل المتعاقل في تنفيذ الصفقة العمومية، أما الفصل الثاني سيعالج التزامات المتعاقل المتعاقل في تنفيذ الصفقة العمومية.

الفصل الأول

الفصل الأول: حقوق المتعاقد المتعاقد في تنفيذ الصفقة العمومية

نظرا للانعكاسات التي يحدثها التنفيذ غير الجيد للصفقة على الاقتصاد بصفة عامة وعلى كلفة المشروع بصفة خاصة، يتعين على الجهة المتعاقدة الحرص على اختيار أفضل المتعاقدين معها من ناحية الكفاءة الفنية و القدرة المالية، وأيضا لكفالة مبدأ المنافسة الشريفة بين المتعهدين، وتكريس مبدأ المساواة بين العارضين . فلا يمكن للإدارة أن تفضل متعاقد على آخر لمجرد المجاملة أو لأي اعتبار لا صلة له بتحقيق المصلحة العامة.

وعليه فبعد اختيار الجهة المتعاقدة للأسلوب و النمط، الذي تراه مناسبا و يليق بها - طلب العروض أو التراضي- حسب طبيعة وظروف كل عملية تعاقدية، يجب أن تنص في دفاتر شروطها على طريقة التنفيذ وكيفية الوفاء بالالتزامات المالية للمتعاقد المتعاقد، التي تمثل التزام جوهرى واقع على عاتقها وأهم حقوق المتعاقدين معها.

و على هذا الأساس سيعالج المبحث الأول الحق في الحصول على المقابل المالي، أما المبحث الثاني فخصص لدراسة الحق في التوازن المالي للعقد.

المبحث الأول : الحق في الحصول على المقابل المالي

تعتبر الصفقة العمومية عقد معاوضة، يلتزم فيه المتعاقد المتعاقد بتنفيذ العمل أو الخدمة موضوع الصفقة، تبعا للمواصفات و الشروط المتفق عليها من قبل، في حين تلتزم الإدارة المعنية بالوفاء بالتزاماتها تجاه المتعاقد معها¹.

فتنفيذ الشروط التعاقدية هو حق من حقوق المتعاقد مع الإدارة، و إمكانيته مطالبتها بتمكينه منها، إذ تتمثل هذه الشروط في الامتيازات المالية، المنصوص عليها في العقد و المتمثلة في المقابل المالي.

¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 247/15، القسم الثاني، الجسور للنشر و التوزيع، الجزائر، ط.الخامسة 2017، ص 36.

حيث يعتبر هذا الأخير أهم حق تتضمنه الصفة لمصلحة المتعاقد مع الإدارة، و أول و أهم التزام واقع على عاتقها، للوفاء به كاملا وفقا للشروط المحددة له و المشار إليها صراحة في بنود العقد، و يتمتع بها المتعاقد أليا إعمالا لأحكام الصفقات العمومية.

ذلك أن المتعامل المتعاقد عندما يخوض غمار عمليات إبرام الصفقات العمومية (طلب العروض أو التراضي)، يتعهد أمام الإدارة بالوفاء بالتزاماته من إنجاز أشغال، أو تقديم خدمة أو دراسة أو توريد مواد، فبالتالي فهو يهدف و يسعى من وراء تعاقدته إلى تحقيق عائد أو الربح المادي، من خلال المكاسب المالية التي يحصل عليها من تنفيذه للعقد، نظرا لما يتكبده من نفقات و مصاريف و تكاليف¹، بمعنى أن المتعاقد لم يقدم للمساهمة في أداء خدمة للمرفق العام إلا بدافع ما يمكن أن يحصل عليه من هذا الأداء.

و سيتم دراسة الأشكال المتبعة للوفاء بالجانب المالي في الصفقات العمومية كمطلب أول، أما المطلب الثاني سيتطرق للحديث عن كفاءات الوفاء بالمقابل المالي في الصفقات العمومية.

المطلب الأول: الأشكال المتبعة للوفاء بالجانب المالي في الصفقات العمومية

يعتبر إشباع الحاجات العمومية من بين أهم الأهداف الرئيسية التي تعمل الدولة على تحقيقها عن طريق الإنفاق العمومي، الذي يتمحور في إبرام عدة صفقات عمومية.

ولاشك أن تنفيذ التزامات محل العقد يخول للمتعاقد مع الإدارة الحصول على مقابل مالي، تفرضه القوة الملزمة للعقد، كما يشكل الجانب الأكثر تطبيقا لسير العمليات المالية للصفقات العمومية، خاصة فيما يتعلق بكيفية الدفع والتسديد²، التي تهيم عليها قاعدة الدفع بعد الخدمة³.

¹ محمد أنور حماده، المرجع السابق، ص 98؛ عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص 560؛ فاروق أحمد خماس، محمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، (ب.د.ن)، ط.1992، ص 158؛ محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 203.

² فيصل نسيغة، (النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها)، مجلة الاجتهاد القضائي، ع. الخامس، ص 121.

³ علي الدين زيدان، محمد السيد أحمد، المرجع السابق، ص 880؛ ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 133.

وبما أن الثمن يشكل أهم حقوق المتعاقد وأحد الالتزامات الجوهرية للإدارة المتعاقدة فإن الوفاء به من طرفها، خلال مدة معينة أمر بالغ الأهمية بالنسبة للمتعاقد المتعاقد لما له من انعكاسات مؤثرة على استمرار تنفيذ الصفقة، فقد لجأ المشرع في إطار الصفقات العمومية إلى التخفيف من حدة وصرامة، سلبيات هذه القاعدة في الدفع وذلك بتضمين قانون الصفقات العمومية بآليات أكثر مرونة تخدم الجانب الاقتصادي.

و لهذا تلتزم الإدارة بدفع أقساط مالية على الحساب للمتعاقد معها بعد الانتهاء من تنفيذ الجزئي لمراحل الصفقة، كما يمكنها اللجوء إلى نظام التسبيقات قبل أي تنفيذ مادي، على أن يتم استعادة هذه الدفعات عند الحساب الختامي¹ والذي يمثل الدفع النهائي، لمستحقات المتعاقد بعد انتهائه من تنفيذ موضوع الصفقة.

و هذا ما سيتم معالجته في هذا المطلب من خلال الفرعين: الأول يتعلق الوفاء على أساس نظام الأقساط، أما الثاني يتعلق بالوفاء على أساس التسوية على رصيد الحساب.

الفرع الأول: الوفاء على أساس نظام الأقساط

إن الأصل العام في تسديد مستحقات المتعاقد تكون بعد تنفيذ الخدمة المطلوبة، لكن الأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها قد يؤدي إلى إرهاب المتعاقد، وعدم استطاعته تحمل تنفيذ التزاماته التعاقدية²، خاصة في الصفقات طويلة الأمد التي يتطلب إنجازها تجنيد أموال كبيرة.

و بغية تحقيق الإدارة لأهدافها المسطرة و تلبية الحاجات العامة والمحافظة على سير مرافقها بانتظام، خول لها المشرع صرف مبالغ مالية على شكل أقساط لتخفيف الأعباء المالية على المتعاقد معها، الذي يعاني من نقص السيولة النقدية للبدء في تنفيذ الصفقة، إذ تضمن له هذه الأقساط تمويلا للصفقة دون انتظار حلول أجل التسديد بعد التنفيذ النهائي لها.

¹ صلاح الدين فوزي، المبادئ العامة في القانون الإداري دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الإسكندرية، ط. 1991، ص 238.

² يوسف سعد الله الخوري، المرجع السابق، ص 484.

و على هذا الأساس فإن السيولة المالية التي توفرها الإدارة المتعاقدة للمتعاقد معها في شكل أقساط تنقسم إلى قسمين على النحو التالي:

البند الأول: التسبيقات

تعتبر التسبيقات من أهم الوسائل التي تعتمد عليها المصلحة المتعاقدة، لإنعاش خزينة الحائز على الصفقة وتمكينه من الوقوف في وجه العقبات التي ترهقه، قبل تنفيذ مراحل الصفقة، نظرا لضخامة تكاليف بعض المشاريع وتيسيرا له للتخفيف من الأعباء المالية بغية التنفيذ الحسن لموضوع الصفقة المبرمة بينهما وضمان استمراره، و من أجل هذا كله خولت النصوص المنظمة للصفقات العمومية استفاضة المتعاقد من التسبيقات التي نصت عليها المادة 108 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

فالتسبيق إذا هو دفعة مالية تقدم للمتعاقد مع الإدارة، من أجل مساعدته في توفير السيولة النقدية للتنفيذ الجيد للصفقة، وقد عرفته المادة 109 من المرسوم الرئاسي المذكور أعلاه بأنه: " كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة".

يتضح من هذا أن المشرع الجزائري أدرج نظام التسبيق كاستثناء، عن القاعدة العامة و المتمثلة في الدفع بعد أداء الخدمة، هذا لمساعدة المتعاقد على الأعباء المالية للصفقة و إيجاد نوع من السيولة المالية لديه لضمان البدء الفعلي في تنفيذ موضوعها¹.

و تجدر الإشارة أن الأمر رقم 90/67، لم يهتم بتعريف نظام التسبيقات، بل اكتفى بذكر الأثر القانوني الذي يترتب عنه فقط، كما أنه لم يضبط المصطلحات القانونية بين اللغة العربية والفرنسية، حيث أن كلمة Avance باللغة الفرنسية تقابلها كلمة " السلف" باللغة العربية، فحين أن التنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية التي تلت أمر 90/67، جاءت بمصطلح " التسبيق" بدلا عن " السلف".

¹ عبد الرحمن عزوي، المرجع السابق، ص 222.

وتبدو أن هذه المفارقة تعبيراً عن الحقبة الزمنية التي شهدتها الجزائر، خاصة بعد انتهاجها النظام الاشتراكي للنهوض باقتصادها.

أما كلمة "التسبيق" في الأمر 90/67 تقابلها بالفرنسية *acomptes* وهذا خلاف على ما هو عليه في التنظيمات الأخرى، إذ أن كلمة *acomptes* تقابلها بالعربية كلمة الدفع على الحساب.

و نظراً لهذه التناقضات التي تضمنها أمر رقم 90/67، صدر المرسوم رقم 145/82 المتضمن صفقات المتعاقل العمومي، تميز بضبطه للمصطلحات القانونية ومقابلها الصحيح بين اللغتين العربية والفرنسية، فأصبحت كلمة "التسبيق" تقابلها كلمة *avance* وكلمة *acompte* تقابلها كلمة الدفع على الحساب.

ترتياً على ذلك، جاء مرسوم رقم 145/82 بتعريف للتسبيق في نص المادة 67 على أنه: " كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات التي هي موضوع العقد وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة"، إن هذا التعريف هو نفسه الوارد في جميع المراسيم التالية لصدور هذا المرسوم والمتضمنة تنظيم الصفقات العمومية، إلى غاية المرسوم الرئاسي 247/15.

الفقرة الأولى: المعايير المعتمد عليها لتعريف التسبيق

لقد اعتمد المفهوم الذي جاء به المشرع الجزائري في جميع التنظيمات التي تتعلق بالصفقات العمومية على ثلاثة معايير تتمثل في: المعيار المالي، الزمني و المادي¹.

أولاً: المعيار المالي

يتمثل في المبلغ المالي الذي يدفع للمتعاقل المتعاقل، حسب المادة 1/109 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 التي جاء فيها: " كل مبلغ مالي..."، فهذا المبلغ المالي يعبر عن مستحقات المتعاقل، التي تدفع مسبقاً بهدف ضمان العمليات التحضيرية من أجل تنفيذ الحسن و الكامل لمراحل الصفقة. ويدفع هذا المبلغ حسب النسب المحددة له في نظام

¹ عبد الغني بن زمام، المرجع السابق، ص 20.

التسبيقات، إذ لا يمكن أن يتجاوز في أي حال من الأحوال وفي أي وقت نسبة 50% من المبلغ الإجمالي للصفقة حسب المادة 115 من المرسوم الرئاسي المذكور أعلاه¹.

ثانيا: المعيار الزمني

بالرجوع إلى تعريف التسبيق في المادة 1/109 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 يتضح أن هذا التعريف يحدد صراحة الفترة الزمنية التي تمكن المتعاقد من الحصول على السيولة المالية، وهي قبل التنفيذ المادي للصفقة، بمعنى أن للمتعاقد الحق في الحصول على التسبيقات بعد التوقيع على الصفقة، وإتمام كل الإجراءات المتعلقة بها ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

ثالثا: المعيار المادي

استثناء للمبدأ الذي يقوم عليه نظام المحاسبة العمومية و القاضي بالدفع بعد تأدية الخدمة، فإن قانون الصفقات العمومية يرخص استثناء عن القاعدة العامة، بدفع تسبيقا مقدما للمتعاقد مع الإدارة قبل أداء الخدمات² المتفق عليها في العقد.

و قد كرس المشرع الفرنسي هذا النظام - التسبيقات - حيث أفرد له عدة مواد لتسهيل عملية تنفيذ الصفقات العمومية على المتعاقدين، وضمان المساواة في الوصول إلى الصفقات لجميع العارضين الذين لديهم نقص نقدي وغير كافي للبدء في تنفيذ الصفقة.

مما سبق يتضح أن التسبيقات هي حق مخول للمتعاقد، فهي تتمتع بالقوة الملزمة تجاه الإدارة المتعاقدة إذ تصبح ملزمة بدفعها، لكن المشكل المطروح هل القوة الملزمة للتسبيقات تفرض نفسها بالدفع على جميع أنواع الصفقات المحددة في المادة 2 والمادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15؟

¹ أما المشرع الفرنسي نص في المادة 87 فقد منح حق للمقاول في الحصول على تسبيق إذا كان مبلغ الصفقة أكبر من 50000 أورو.

² Christophe Lajoye , op.cit, p 131.

بالرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية ابتداء من الأمر رقم 90/67 إلى المرسوم الرئاسي رقم 247/15، لا يمكن القول بوجود نص صريح يحدد تطبيق نظام التسبيقات على كل أنواع الصفقات العمومية، لكن من الناحية الضمنية للنصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية، أشارت إلى إمكانية دفع التسبيقات على التموين لأصحاب الأشغال أو التوريد باللوازم شريطة تقديم إثبات للاستفادة منها¹.

أما دفتر الشروط الإدارية العامة فقد نص في المادة 44 منه، على دفع التسبيقات للمقاوم في صفقات الأشغال فقط

وعلى هذا الأساس يمكن القول أن الصفقات التي تتمتع بنظام دفع التسبيقات هي:

1- صفقات الأشغال العمومية؛

2- صفقات التوريد باللوازم.

ذلك أنه من الناحية العملية لا تنص دفاتر الشروط على التسبيقات إذا تعلق الأمر بصفقات الخدمات والدراسات، إذ في معظم هذه الصفقات تنص دفاتر الشروط الخاصة بها على أنها لا تحظى بأي نوع من التسبيقات.

الفقرة الثانية: أنواع التسبيقات

لقد كرس المشرع الجزائري نظام التسبيقات لتخفيف الأعباء المالية على المتعاقل المتعاقد قبل البدء في التنفيذ المادي لمراحل الصفقة، فهذا المفهوم طرح عدة مسائل من حيث القواعد العامة المشتركة لنظام التسبيقات ومن حيث تنوعه بين دفع جزافي ودفع على التموين مع تحديد النظام المطبق على كل جزء². مع الإشارة إلى التسبيق الاستثنائي، الذي يدفع وفق السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقد.

¹ المادة 113 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المادة 80 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10؛ المادة 68 من المرسوم الرئاسي رقم 250/02؛ المادة 69 من المرسوم التنفيذي رقم 434/91؛ المادة 73 من المرسوم رقم 145/82.

² رياض لوز، دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع الدولة والمؤسسات المالية، جامعة بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، الجزائر، 2006-2007، ص 69.

أولاً: التسبيق الجزافي

هو مبلغ يدفع لفائدة المتعاقل المتعاقل بغية تسهيل مهمة تنفيذ موضوع الصفقة، وقد سمي هذا التسبيق جزافيا لكون تحديده لا يعتمد على تقنيات معينة أو بناء على معطيات قابلة للحساب بالكم، بل يتم تحديده جزافيا نسبة إلى السعر الأولي للصفقة ولأهداف المسطرة لمنحه، التي تتمثل في إقامة قاعدة الحياة كتسييج أرضية المشروع وتسديد أجور العمال... وغيره¹.

فالتسبيق الجزافي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 111 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، دون إعطاء أي تعريف له أو مفهوم محدد، ونفس الأمر بالنسبة للتنظيمات السابقة والمتعلقة بالصفقات العمومية.

أما دفتر الشروط الإدارية العامة فقد تضمن في نصوصه التسبيق الجزافي، إذ نص على إلزامية دفعه للمقاول في المادة 44 التي جاء فيها: "يجوز بغض النظر على أحوال التسبيق الإجمالي الذي يكون أدائه إجباريا للمقاول بموجب نص المادة 9 من المرسوم رقم 167/59 المؤرخ في 7 يناير 1959 المعدل، أن ينص على التسبيق في دفتر الشروط المشتركة أو دفتر الشروط الخصوصية المتعلق بصفقات يقل مبلغها عن 2000.000 دج، أو بالصفقات المبرمة بالمناقصة المفتوحة أو صفقات التوصية أو صفقات العميل".

يتضح من المادة 44 المذكورة أعلاه أن التسبيق الجزافي² يدفع بصفة إلزامية في صفقات الأشغال باستثناء ما يلي:

- إذا تعلق الأمر بصفقات يقل مبلغها عن 2000.000 دج؛
- في حالة إبرام صفقة عن طريق المناقصة المفتوحة؛

¹ النوي خرشي، المرجع السابق، ص 279.

² المشرع نص على التسبيق الإجمالي بدلا من الجزافي.

- صفقات التوصية¹؛

- صفقات العميل².

أما باقي أنواع الصفقات أخرى فلم ينص دفتر الشروط الإدارية العامة على إلزامية أو عدم إلزامية دفعها للتسبيق الجزافي، تاركا الأمر ذلك إلى دفتر الشروط الخاصة بكل صفقة.

فالتسبيق الجزافي بهذه المثابة هو مبلغ من النقود الذي يدفع للمتعاقد مع الإدارة، في حدود النسب التي حددها المشرع و ألزم بها الأطراف المتعاقدة، حيث تمثل هذه النسبة كقاعدة عامة وحسب المادة 2/111 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 ب 15 % من السعر الأولي للصفقة، غير أنه وفي حالات استثنائية أجاز المشرع إمكانية تجاوز هذه النسبة إذا كان الدفع مقررا على الصعيد الدولي شريطة توافر الشروط التي نصت عليها الفقرة 03 من المادة 111 من المرسوم أعلاه، وتتمثل في:

1 - إذا ثبت للمصلحة المتعاقدة أثناء مرحلة التفاوض على الصفقة، أن رفضها لقواعد المقررة على الصعيد الدولي ترتب ضررا كبيرا يمس بها.

بمعني أن المصلحة المتعاقدة إذا رأت من شأن تسديد بهذه الكيفية يلحق ضررا كبيرا بمصالحها فإنها تمنح تسبيقا جزافيا يفوق نسبة 15 % عندما يكون

- رفض المصلحة المتعاقدة لقواعد الدفع المقررة على الصعيد الدولي؛

- وقوع ضرر أكيد وليس محتملا يضر بالمصلحة المتعاقدة؛

- أن تحدد المصلحة المتعاقدة الضرر أثناء مرحلة التفاوض.

2 - أن تتم الموافقة الصريحة من قبل الوزير الوصي أو مسئول الهيئة العمومية أو الوالي حسب الحالة.

¹ نص عليها المشرع في المادة 1 فقرة ب من د.ش.إ.ع. لسنة 1964، وتشكل حالة خاصة لصفقات أسعار الوحدات و تتضمن المدة القصوى من الوقت الحجم الأدنى و الأقصى من الأشغال المعبر عنها بالكمية.

² نص عليها المشرع في المادة 1 فقرة ب من د.ش.إ.ع. لسنة 1964، وتشكل حالة خاصة لصفقات أسعار الوحدات وتتضمن تنفيذ بعض الخدمات المطلوبة بحسب الاحتياجات و خلال وقت معين.

أي التسبيق الجزافي الذي يفوق نسبة 15 % لا يمكن منحه من قبل المصلحة المتعاقدة، إلا بشرط توافر إجراء شكلي يتمثل في موافقة الوزير الوصي أو مسؤل الهيئة العمومية أو الوالي المختص موضوعيا، مع الإشارة أن هذه الموافقة يجب أن تكون صريحة وليست ضمنية

وتجدر الإشارة في هذا المقام أن كل من المرسوم التنفيذي رقم 434/91 والمرسوم الرئاسي رقم 250/02، ألزما على أن تكون الموافقة مقتصرة فقط على الوزير الوصي أو الوالي حسب الحالة، لكن المرسوم رقم 145/82 فقد نص في مادته 71 على أن تكون الموافقة الصريحة من قبل الوزير الوصي أو وزير المالية.

3- لا تمنح هذه الموافقة إلا بعد استشارة لجنة الصفقات المختصة.

من هنا يمكن القول، أنه على المشرع الجزائري دعم المتعاقدين الجزائريين من خلال منحهم فرصا لإثبات قدراتهم وكفاءاتهم في مجال الصفقات العمومية، و ذلك بتطبيق مبدأ المساواة في عملية دفع التسبيقات على غرار المتعاملين الأجانب.

ثانيا: التسبيق على التموين

هو تسبيق مخصص لصفقات الأشغال و توريد اللوازم، الذي يسلم للمتعاقد مع الإدارة متى أثبت حيازته لعقود وطلبات مؤكدة، للمواد أو المنتجات الضرورية لتنفيذ الصفقة¹ وهذا ما نصت عليه المادة 113 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، و يسمى هذا لتسبيق، بالتسبيق على التموين لأنه يدفع لأصحاب الصفقات من أجل تموين المشروع بالمواد الضرورية لذلك كالسلع و أدوات وغيرها.

ويتضح من هنا أن هذا النوع من التسبيقات هو مخصص فقط لصفقات الأشغال و اللوازم دون غيرها من أنواع الصفقات الأخرى كالخدمات والدراسات، ذلك أن التسبيق على

¹ عادل بوعمران، النظرية العامة للقرارات و العقود الإدارية دراسة تشريعية فقهية و قضائية، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، ط. 2010، ص 116؛ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق، ص 43.

التمويل يتم إقراره عندما يكون المتعاقل المتعاقل بحاجة إلى المواد أو المنتجات الضرورية لتنفيذ الخدمة موضوع الصفقة محل الإبرام.

و حتى تتحقق المصلحة المتعاقل من صحة طلب التسبيق على التمويل أقرت عدة شروط تتمثل في:

- قيام المتعاقل بتمويل الورشة بالمواد و المنتجات الضرورية، لتنفيذ الخدمة موضوع الصفقة فور وصول الأمر بالخدمة من قبل المصلحة المتعاقل؛

- أن يمنح هذا التسبيق لصفقات الأشغال أو توريد باللوازم؛

- أن يثبت المتعاقل حيازته لعقود أو طلبات تؤكد، المواد و المنتجات الضرورية لتنفيذ الصفقة؛

- أن تطلب المصلحة المتعاقل من المتعاقل معها التزاما صريحا، بإيداع المواد و

المنتجات المعنية في الورشة، أو في مكان التسليم خلال أجل يلاءم الرزنامة التعاقلية¹؛

- عدم جواز التصرف أو استعمال المواد أو المنتجات المقتناة على حساب هذا التسبيق

لفائدة مشروع آخر إلا فيما خصصت لأجله، فحسب المادة 114 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 نصت على عدم جواز كل من:

1- المتعاملين المتعاقلين؛

2- المناولين؛

3- متلقي الطلبات الثانويين

أن يتصرفوا في التموينات التي حظيت بتسبيقات بالنسبة للأشغال و اللوازم غير تلك المنصوص عليها في الصفقة.

في حين حددت الفقرة الثانية من المادة 114 من المرسوم الرئاسي المذكور أعلاه

خصائص اللوازم، التي يطبق عليها هذا المنع من التصرف وهي

¹ المادة 113 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المادة 1/80 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10.

- 1- اللوازم المنصوص عليها في الصفقة؛
- 2- أن توضع هذه اللوازم في الورشة أو مكان التسليم المتفق عليه؛
- 3- عدم استعمال هذه اللوازم في موضوع الصفقة في نهاية تنفيذ الخدمات؛
- 4- أن تقوم المصلحة المتعاقدة بدفع ثمنها من قبل

و تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري كرس هذا الحكم، عكس ما كان عليه الوضع في المرسوم رقم 145/82 و المرسوم التنفيذي رقم 434/91، وذلك لوضع حد لتلاعب أصحاب الصفقات من خلال استعمال السلع و المنتجات لفائدة مشروع آخر من أجل الحصول على تسبيق على التمويل لصفقة أخرى.

أما بالنسبة لمبلغ التسبيق على التمويل الذي يصرف للمتعاقد لا يمكن أن يتعدى نسبة 5% من المبلغ الإجمالي للصفقة، فهذه النسبة لم ينص عليها المشرع صراحة في تنظيم الصفقات العمومية وإنما يتم استنتاجها من خلال عملية رياضية بسيطة تتمثل في مبلغ التسبيق على التمويل = المبلغ الإجمالي بين التسبيق الجزافي و التسبيق على التمويل - مبلغ التسبيق الجزافي.

بمعنى مبلغ التسبيق على التمويل = 50% - 15% = 35%.

ثالثا: التسبيق الإضافي

يسمى أيضا بالتسبيق الاستثنائي أو التسبيق على الدفع على الحساب، وهو عبارة عن مبلغ مالي تقوم المصلحة المتعاقدة بدفعه للمتعاقد معها في حالات استثنائية وفق شروط حددتها المادة 123 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15¹ وتتمثل في:

- انقضاء أجل تسوية طلب الدفع على الحساب الذي قدمه المتعاقد المتعاقد؛
- ألا يتجاوز مبلغ التسبيق بأي حال من الأحوال نسبة 80% من مبلغ الدفع على الحساب؛

¹ تقابلها المادة 91 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10، و المادة 79 من المرسوم الرئاسي رقم 250/02.

- ألا تتجاوز نسبة التسبيق الإضافي عند جمعها مع التسبيقات الممنوحة بأي حال من الأحوال نسبة 70% من المبلغ الإجمالي للصفقة؛
 - أن يتم تسديده وفق لإجراءات الدفع على الحساب وفي أسرع وقت ممكن.
- إن هذا النوع من التسبيقات قد تطرق إليه المشرع الجزائري لأول مرة في المرسوم رقم 145/82 في المادة 83 منه، وكذلك المرسوم التنفيذي رقم 434/91 في المادة 79 منه، أما الأمر رقم 90/67 فلم ينص على هذا النوع من التسبيقات
- كما يتضح أيضا مما سبق، أن التسبيق الإضافي قد جمع بين التسبيق و الدفع على الحساب، غير أن التسبيق وكما سبق الإشارة إليه يكون قبل أداء المادي للخدمة، أما التسبيق الإضافي يدفع بعد بداية تنفيذ الصفقة، فكان أجدد بالمشرع الجزائري أن يصنفه كحالة استثنائية عن الدفع على الحساب و ليس استثناء عن نظام التسبيق.

البند الثاني: الدفع على الحساب

- قد يضطر المتعاقل المتعاقل في بعض الأحيان إلى إنفاق مبالغ كبيرة لتنفيذ التزاماته التعاقدية، خصوصا في الصفقات طويلة المدى التي تؤدي إلى إرهاق خزينة المتعاقل و بغية تحقيق الأهداف المرجوة من إبرام هذه الصفقات، تلجأ الإدارة إلى وسيلة أخرى لإنعاش خزينة المتعاقل معها وتخفيف عنه الأعباء المالية، فتقدم له دفعات على الحساب لضمان استمراره في التنفيذ السريع والكامل للصفقة محل التعاقل
- فقد نصت على هذه الطريقة المادة 109 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، حيث جاء فيها: "الدفع على الحساب هو كل مبلغ تقوم به المصلحة المتعاقله مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة".

و من تم، فالدفع على الحساب عبارة عن ذلك المبلغ الذي تدفعه الإدارة للمتعاقل معها تدريجا، أي بدفع جزئي مقابل ما تم إنجازه من موضوع الصفقة، بناء على قاعدة معاينة

وتقييم الأعمال المنجزة والصفقة لا تزال في طور التنفيذ، مع فارق هام بينه وبين التسبيق الذي يتم بدون أي تنفيذ جزئي للصفقة التي تربط الإدارة بالمتعاقل المتعاقل¹.

فالدفع على الحساب أسلوب أستحدث من قبل أول مرجع أساسي للصفقات العمومية، حيث تطرق إليه دفتر الشروط الإدارية العامة في المادة 45 من الفصل الرابع تحت عنوان الدفعات، أما الأمر رقم 90/67 فقد نص هو الآخر على هذا الأسلوب، لكن بتناقض في المصطلحات بين اللغة العربية والفرنسية كما أسلف ذكره.

لقد اهتم المشرع الجزائري بضرورة تخفيف من الأعباء المالية على المتعاقل المتعاقل وذلك بتضمين كل التنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية على الدفع على الحساب، مع اختلاف في تعريف كل تنظيم لهذا الأسلوب.

وقد كرس المشرع الفرنسي هذا الأسلوب في قانون الصفقات العمومية، حيث نص في المادة 91 على الدفع على الحساب وعرفه بأنه التسديد الذي تقوم به الإدارة المتعاقل إلى الطرف الثاني، مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة

كما نصت نفس المادة أيضا، على وجوب الدفع على الحساب والوفاء بجزء من الثمن يعادل ما تم تنفيذه من التزامات، مرة كل 3 أشهر على الأكثر أو كل شهر بالنسبة للمؤسسات الاقتصادية الصغيرة والتعاونية الفلاحية...

أما المادة 85 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 فقد أوردت أن: " تلتزم الجهة الإدارية المتعاقل بأن تصرف للمقاول دفعات تحت الحساب تبعا لتقدم العمل...".

¹ عبد الرحمن عزوي، المرجع السابق، ص 227.

الفقرة الأولى: المعايير المعتمد عليها لتعريف الدفع على الحساب

كما هو معلوم إن الدفع على الحساب يمنح نظير تنفيذ مادي لجزء من الخدمة محل التعاقد، و على هذا الأساس فقد اعتمد المشرع الجزائري على عدة معايير لإعطاء تعريف دقيق للدفع على الحساب، وهي نفس المعايير التي استند عليها في نظام التسبيقات حيث تتمثل في: 1 - المعيار المالي، 2 - الزمني و المادي¹.

أولاً: المعيار المالي

يتمثل في المقابل المالي الذي يتم دفعه لحائز الصفقة، إذ يمثل جزء من الثمن الذي تم الاتفاق عليه بين الطرفين ضمن البنود التعاقدية.

ثانياً: المعيار الزمني

يمثل هذا المعيار الوقت الذي يستطيع المتعاقد الاستفادة من الدفع على الحساب، حيث حدد المشرع الجزائري صراحة هذا الوقت بعد تنفيذ جزء من الصفقة.

ثالثاً: المعيار المادي

فوفقاً للمادة 2/109 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، يكون الدفع على الحساب بعد تنفيذ جزء من الخدمة موضوع الصفقة، بمعنى أن الدفع على الحساب لا يكون قبل البدء في تنفيذ الخدمة.

الفقرة الثانية: أنواع الدفع على الحساب

حسب المادة 117 من المرسوم الرئاسي 247/15، يستفيد المتعاقد من الدفع على الحساب إذا ما أثبت للمصلحة المتعاقدة أنه قام بعمليات جوهرية في تنفيذ الصفقة، بمعنى أن الدفع على الحساب هو مخول لكل أنواع الصفقات العمومية بغض النظر عن مجالاتها، وهذا عكس ما كان ينص عليه المشرع في المرسوم الرئاسي رقم 250/02 في

¹ - عبد الغني بن زمام، المرجع السابق، ص 48.

المادة 72 منه، و التي خصصت الدفع على الحساب فقط لحائزي صفقات الأشغال و الخدمات.

و من خلال هذا يمكن القول أن المشرع الجزائري قد وسع من مجال الدفع على الحساب ليمس باقي الصفقات الأخرى حيث يمكن تقسيمه إلى:

أولاً: الدفع على الحساب عند التموين بالمنتجات

نصت عليه المادة 2/117 من المرسوم الرئاسي المذكور أعلاه و خصت به صراحة صفقات الأشغال فقط دون الأنواع الأخرى منها، حيث يصرف هذا النوع من الدفع بمجرد إثبات المتعاقد أنه قام باستلام المنتجات المخصصة للمشروع ووضعها في الورشة، على ألا تكون هذه المنتجات من المواد أولية أو الأشياء المصنعة وغيرها التي تدخل في تركيب المواد الضرورية للأشغال، محل دفع عن طريق التسبيقات بالتموين حتى نسبة 80% من مبلغها المحسوب بتطبيق أسعار وحدات التموين المعدة للصفقة على أساس الكميات المعاينة.

و لإتمام الدفع على الحساب عند التموين اشترط المشرع الجزائري في الفقرة الثالثة من المادة 117 من نفس المرسوم الرئاسي، على أن تكون التموينات التي تم جلبها للمشروع مقتناة في الجزائر.

تجدر الإشارة أن هذا النوع من الدفع، نص عليه المرسوم الرئاسي رقم 250/02 في المادة 1/72، إلا أنه ورد خطأ في النص باللغة العربية حيث استعمل المشرع مصطلح التسبيقات بدلاً من الدفع على الحساب، كما هو باللغة الفرنسية des acomptes sur approvisionnement.

أما المشرع المصري فقد نص على هذا النوع من الدفع في المادة 3/85 جزء ب من اللائحة التنفيذية المذكورة أعلاه، حيث ألزم الجهة المتعاقدة بدفع نسبة 75% للمقاول من القيمة المقررة للمواد التي وردها، ليتم استعمالها في العمل الدائم بشرط أن تكون مطابقة للشروط المنصوص عليها وبموقع المشروع.

ثانيا: الدفع على الحساب الشهري

نصت المادة 118 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، على أن يكون الدفع شهريا غير أنه يمكن أن تنص دفاتر الشروط الخاصة بالصفحة محل الإبرام على فترة أطول تتلاءم مع طبيعة الخدمات المطلوبة محل التعاقد، حيث يقع على طالب الاستفادة من هذا الدفع تقديم الوثائق التي يتم النص عليها في دفتر الشروط.

هذا و بالرجوع إلى المادة 85 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10، تتمثل الوثائق المقدمة للحصول على الدفع على الحساب الشهري في:

1- محاضر و كشوف وجاهية خاصة بالأشغال المنجزة ومصاريها، كتقديم الكشوف أو الفواتير أو محاضر أو الجداول ليتم بموجبها معاينة الإنجاز من طرف ممثلي الأطراف المتعاقدة؛

2- جدول تفصيلي للوزم موافق عليه من المصلحة المتعاقدة : حتى يتحصل المتعامل العمومي على هذا الدفع على اللوزم التي تم اقتناءها، تفرض عليه الجهة المتعاقدة تقديم جدول تفصيلي لهذه اللوزم، بعد موافقتها عليه لكي تدفع له مبلغ الدفع على الحساب لقيمة اللوزم؛

3- جدول الأجر المطابق لتنظيم المعمول به وجدول تكاليف الضمان الاجتماعي، مؤشر عليه من قبل صندوق الضمان الاجتماعي.

و قد خول المشرع الجزائري للمتعاقد من الاستفادة من الدفع على الحساب، لتغطية مستحقات العمال والمستخدمين الذي اعتمد عليهم في التنفيذ الكامل و الجيد للصفحة، وفق لما ينص عليه قانون العمل في هذا الجانب.

هذا و أُلزمت المادة 1/17 من دفتر الشروط الإدارية العامة، المقاول على تطبيق كل من التشريع، نظام العمل والنظام الاجتماعي الخاص بمستخدمي المقاول، مع وجوب دفع أجور العمال والالتزام بضمانهم وضمان صحتهم، كما يجب أن لا يقل راتب العمال عن سعر الرواتب الوارد في جدول المعدل العادي و الجاري التعامل.

وقد يلتزم المقاول أيضا بإرسال كل المستندات الضرورية إلى مهندس الدائرة أو المهندس المعماري، و يطلب هذا الأخير للتحقيق عما إذا كان الأجر المدفوع للعمال ليس أقل من الأجر المدرج مقداره في ذلك الجدول¹.

فإذا تحققت الإدارة من وجود فرق ما بالأجور، تقدم تعويضات للعمال الذين أصابهم حيف وذلك من خلال قيامها باقتطاعات جارية على المبالغ التي يستحقها المقاول، وأن تعذر ذلك فمن مبلغ الضمان وتعلم الإدارة مفتش العمل و اللجنة المركزية للصفقات بهذا الأمر².

أما بالنسبة لضمان الاجتماعي للعمال، تنص المادة 10/17 من دفتر الشروط أعلاه على اسم منظمة الإسعاف التابعة للورشة والتي تستوجب بالنظر لأهميتها و وضعها وطبيعة الأشغال فيها ضرورة هذا التدبير.

هذا إضافة إلى التزام المقاول بالمحافظة على العمال من أي خطر يهددهم أثناء تنفيذ الخدمة، وقيامه بتسجيل العمال ضمن هيئات الضمان الاجتماعي

وعلى هذا الأساس فإن المتعاقل المتعاقل يحصل على الدفع على الحساب، الذي يتضمن كل المصاريف والأجور والتكاليف الاجتماعية.

¹ المادة 5/17 من د.ش.إ.ع. لسنة 1964.

² المادة 6/17 من د.ش.إ.ع. لسنة 1964.

الفرع الثاني: الوفاء على أساس التسوية على الرصيد

يرتبط تنفيذ الصفقة العمومية بالجانب المالي لها، فمقابل تنفيذ المتعاقد للخدمة موضوع الصفقة تلتزم الجهة المتعاقدة بتسديد مقابل ما أداه لها من خدمات، لكن عادة يجد المتعاقد نفسه في حاجة ماسة إلى سيولة مالية للصفقة التي هو بصدد تنفيذ مراحلها، بسبب نقص نقدي لإنجازها خاصة إذا تعلق الأمر بالمؤسسات الصغيرة أو بالصفقات ذات أهمية كبيرة ومدى طويل.

و لهذا تقوم الإدارة المتعاقدة بدفع أقساط مالية لضمان استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، التي تكون في شكل تسبيقات أو دفع على الحساب، وصولاً إلى الدفع النهائي، الذي يتمثل في التسوية على رصيد الحساب بعد تنفيذه الكامل لموضوع الصفقة.

إن التزام الإدارة بتسديد مستحقات المتعاقد معها بعد أدائه لالتزاماته، هو أمر بالغ الأهمية بالنسبة للمتعاقد، لأن هدفه الأساسي من هذا الالتزام هو تحقيق الربح المالي.

لهذا حرص المشرع على تنظيم مستحقات المتعاقد و الحفاظ عليها، وإلزام الإدارة بالوفاء بها.

وقد نص المشرع على نظام التسوية على رصيد الحساب في المادة 109 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، والتي جاء فيها: "التسوية على رصيد الحساب هو الدفع المؤقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل و المرضي لموضوعها.

إذ يتضح من هذه المادة، أن الوفاء بالثمن في إطار التسوية على الرصيد للمتعاقد مع الإدارة يخضع لمبدأ عام يقضي أن المتعاقد لا يستحق الثمن إلا إذا أوفى بجميع التزاماته التعاقدية، وعلى الوجه السليم والمرضي للشروط والمواصفات التي تم الاتفاق عليها¹، كما يمكن أن يكون هذا الدفع مؤقتاً.

إذا فالتسوية على رصيد الحساب، قد تتخذ طريقتين أو صورتين هما: **1** التسوية على رصيد الحساب المؤقت، و **2** التسوية على رصيد الحساب النهائي.

¹ نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 477.

قبل التفصيل في كل صورة على حدا، فلا بد من الإشارة أن هذا النظام الذي تعتمده الإدارة كآلية لدفع مستحقات حائز الصفقة، قد جاء به الأمر رقم 90/67 حيث نص عليه في المادة 86 من الباب الرابع الذي يتضمن شروط التسديد والتمويل، جاء فيها: "يترتب عن الصفقات دفع التسبيقات و السلف و تسديد رصيد الحساب ...".

يفهم من هذا النص، أن المشرع قد استعمل مصطلح تسديد رصيد الحساب لوصف هذه الطريقة لدفع الثمن في إطار الصفقات العمومية.

أما التنظيمات اللاحقة لهذا الأمر والمتعلقة بالصفقات العمومية، كلها نصت على التسوية على رصيد الحساب كشكل من أشكال الدفع الثمن للمتعاقد مع الإدارة، التي وضعها المشرع للحفاظ على الحقوق المالية لحائز الصفقة وكيفية تحصيلها بوضع آليات قانونية تتبعها الإدارة للوفاء بهذه المستحقات المالية، ومن جهة أخرى لحماية المال العام من التلاعبات و الإهدار و عقلنة تسييره.

كما نص أيضا دفتر الشروط الإدارية العامة على هذا النظام، حيث جاء في المادة 4/44 على: " تستعاد التسبيقات الأخرى المنصوص عليها في المقطع 2 أعلاه من الدفعات الفرعية التي يستحقها المقاول ومن الرصيد وذلك طبقا للكيفيات المنصوص عليها في دفتر الشروط المشتركة ودفتر الشروط الخصوصية " وفي المادة 49 قسم أ فقرة 2 التي جاء فيها: " بالنسبة للحساب التفصيلي الخاص بالرصيد ...".

يفهم مما سبق أن المشرع نص على الرصيد باعتباره طريقة لدفع مستحقات المتعاقد مع الإدارة.

لقد سبق القول أن التسوية على رصيد الحساب تتخذ صورتين هما:

البند الأول: لتسوية على رصيد الحساب المؤقت

تنص على هذه الصورة المادة 119 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 ، التي جاء فيها:
 " تهدف التسوية على رصيد الحساب المؤقت إذا نصت عليها الصفقة إلى دفع المبالغ المستحقة للمتعاقل المتعاقل بعنوان التنفيذ العادي للخدمات المتعاقل عليها مع خصم ما يأتي:

- اقتطاع الضمان المحتمل؛
- الغرامات المالية التي تبقى على عاتق المتعاقل عند الاقتضاء؛
- الدفعات بعنوان التسبيقات والدفع على الحساب، على اختلاف أنواعها، التي لم تسترجعها المصلحة المتعاقل بعد "

يتضح من هذه المادة أن المشرع الجزائري نص على تطبيق هذه التسوية عندما تنص عليها الصفقة، بمفهوم المخالفة أن هذه التسوية مقيدة التطبيق بشرط النص عليها و إدراجها ضمن بنود الصفقة المبرمة بين الطرفين.

ترمي هذه التسوية إلى دفع المبالغ المستحقة لحائز الصفقة بعنوان التنفيذ العادي للخدمات المتفق عليها، إذ يعتبر هذا الالتزام من أهم التزامات المتعاقل، إذ يحتل الصدارة على التزاماته التعاقدية، وهذا أمر طبيعي أن يلتزم المتعاقل بتنفيذ بنود العقد التي أقر على الالتزام بتنفيذها، بما يتفق وحسن النية والثقة المتبادلة بين الطرفين لتحقيق النتيجة المرجوة من قبل الإدارة¹.

الفقرة الأولى: اقتطاع الضمان المحتمل

وهي مبالغ مالية تودع لدى الإدارة لتحميها من المخاطر التي يرتكبها المتعاقل أثناء تنفيذ الصفقة، ويضمن لها ملائمتها لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره كعدم جدية المتعاقل في بذل جهد المطلوب لتنفيذ التزاماته، أو تخليه عن تنفيذ الصفقة في أي مرحلة كانت عليها، أو عدم تقديم السلع في عقد التوريد حسب المواصفات والكميات المتفق عليها.

¹ محمد سعيد الرحو، المرجع السابق، ص 145.

نظرا لطبيعة الخاصة بالصفقات العمومية و اتصالها الوثيق بالمال العام تعمل الجهة المتعاقدة على حسن اختيار المتعاقد معها، و اختيار أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة يعتبر في حد ذاته من الضمانات التي يجب على الإدارة أخذها بعين الاعتبار للوصول إلى الغاية المقصودة من إبرام الصفقة.

فتقديم المتعاقد للضمانات هو شرط يجب النص عليه وإدراجه في البنود التعاقد إذ تشمل كل مراحل الصفقة، منذ إيداع العروض لدى المصلحة المعنية بالتعاقد مروراً بمرحلة التنفيذ و الإنجاز المشروع والاستلام المؤقت و انتهاء بالاستلام النهائي¹.

فالضمانات التي يتم تقديمها، يستصدرها المتعامل من البنك الذي يكفله، كما تتشكل أيضاً هذه الضمانات من اقتطاعات، التي تقوم بها الجهة المتعاقدة على حساب مستحقات المتعاقد معها، وعلى العموم فإن الضمانات المقدمة تغطي كل مراحل الصفقة وتشمل كل من ضمان العرض، ضمان حسن التنفيذ، ضمان الكفالة و ضمان استرداد التسبيقات.

الفقرة الثانية: الغرامات المالية

هي مبالغ مالية تقدرها الإدارة² مقدماً و تتضمنها دفاتر الشروط و بنود العقد، بصفتها جزاء تفرضه على المتعاقد معها إذا تأخر في تنفيذ التزاماته التعاقدية وعدم تقيده بالمدة المحددة للتسليم المؤقت، إضافة إلى مساسه بالمرفق العام الذي يتوجب عليه أن يستمر في أداء خدماته باستمرار و انتظام.

و لهذا تقوم الإدارة بفرض هذه الغرامات التأخيرية حتى ولو لم تتعرض لضرر ما من جراء هذا التأخير³، لكن إذا كان التأخير راجع لقوة قاهرة أو حدث غير متوقع فلا يجوز للإدارة فرضها، وإنما تفرض لسبب إهمال المتعاقد أو خطأ منه⁴.

¹ النوي خرشي، المرجع السابق، ص 318.

² قرار مجلس الدولة الفرنسي، الصادر في 5 ماي 1920، في قضية Hayem، المجموعة، ص 443، أخذاً عن سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 514.

³ زين العابدين بركات، الموسوعة الإدارية في القانون الإداري السوري و المقارن، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط.1974، ص 615.

⁴ - Bernard Casting, Rozen Noguellou, Catherine Prebissy-Schnall, op.cit, p 148.

على هذا الأساس تقوم الإدارة بأخذ بعين الاعتبار الغرامات المفروضة على المتعاقد عند دفع مستحقاته، على أساس التسوية على رصيد الحساب المؤقت.

الفقرة الثالثة: الدفعات بعنوان التسبيقات والدفع على الحساب على اختلاف أنواعها

لقد سبق الإشارة إلى أن المتعاقد وهو بصدد تنفيذ موضوع الصفقة، خول له قانون الصفقات العمومية الحصول على أقساط مالية قبل تنفيذ الفعلي، المادي للصفقة و بعد تنفيذ جزء منها، في حدود نسب محددة من قبل المشرع لغرض مساعدة المتعاقد وتيسيرا له في تنفيذ التزاماته التعاقدية.

فهذه الأقساط الممنوحة للحائز الصفقة والمتمثلة في التسبيقات والدفعات، هي بمثابة دين في ذمة المتعاقد، تظل سارية المفعول من تاريخ أول تسبيق أو دفعة مقدمة إلى المتعاقد بموجب العقد إلى حين تسديدها بالكامل للجهة المتعاقدة¹، أو تحصيلها من خلال خصمها من مستحقات المتعاقد عند دفعها.

البند الثاني: التسوية على رصيد الحساب النهائي

قد نص المشرع الجزائري على التسوية على رصيد الحساب النهائي في المادة 120 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، والتي تنص على: " يترتب على تسوية حساب الرصيد النهائي رد اقتطاعات الضمان و رفع اليد عن الكفالات التي كونها المتعاقد عند الاقتضاء ".

يتضح من هذه المادة أن تسوية حساب الرصيد النهائي، تكون بعد انتهاء حائز الصفقة من تنفيذ جميع التزاماته التعاقدية، والتي تخول للإدارة الاستلام النهائي للأشغال أو التوريدات أو الخدمات بالمقاييس و المعايير والشروط المنصوص عليها في دفاتر الشروط.

فبعد الاستلام النهائي و الكامل لموضوع الصفقة تدفع الجهة المتعاقدة الرصيد المتبقي للمتعاقد المتعاقد، حيث تتم تبرأت ذمته من كل الالتزامات المالية كخصم الغرامات المالية التي فرضت عليه من جراء التأخير، وكذلك رد مبلغ الكفالة التي دفعها في إطار المادة

¹ - محمود محمد علي صبره، المرجع السابق، ص 122.

110 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، حيث تأمر البنك برفع اليد عنها و عن الضمانات المقدمة في إطار أحكام القسم الرابع من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، و المادة 133 منه.

المطلب الثاني: كيفية الوفاء بالمقابل المالي

يعتبر الثمن من أهم الحقوق المقررة على الإدارة، إذ يمثل أول التزام واقع على عاتقها يستوجب تسديده في المدة المحددة له ، بعد تنفيذ المتعاقل المتعاقل لجميع التزاماته التعاقدية وفقا للمواصفات و الأشكال التي يتم تحديدها و الاتفاق عليها في بنود العقد.

و عليه فإن الالتزام بدفع المستحقات المالية لصاحب الصفقة يعتبر التزاما مفروض على الجهة المتعاقد لتسديد المبالغ التي على ذمتها في شكل سعر، و حسب الطرق التي تم الاتفاق عليها بين طرفي العقد.

فالتزام الإدارة بتسديد ما عليها من ديون للمتعاقل معها ، هو التزام يخدم هدفها الأساسي الذي تسعى لبلوغه، و المتمثل في تحقيق المنفعة العامة و سير المرافق بانتظام و أي تقصير أو تماطل تقوم به المصلحة المتعاقد في دفع مستحقات المالية يترتب عليها مسؤولية تعاقدية.

لهذا يتوجب على المصلحة المتعاقد الوفاء بالتزامها المالي سواء حسب أنواع الأسعار أو حسب أصناف المتعاملين المتعاقلين، وهذا ما سيتم التفصيل فيه في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الوفاء بالجانب المالي حسب أنواع الأسعار

يعتبر السعر من أهم حقوق المتعاقل، و في نفس الوقت هو التزام واقع في ذمة الطرف الثاني من العلاقة التعاقدية الذي يلتزم به في آجاله المحددة في العقد.

فالسعر باعتباره عنصر جوهري في العقد سواء كانت عقود خاصة أو عقود إدارية فهو يفرض نفسه على الطبيعة التنظيمية للصفقات العمومية، من خلال تحديده بدقة في دفاتر الشروط و النص على كيفية الوفاء به للمتعاقل المتعاقل وفقا للأشكال المتفق عليها بين الطرفين المتعاقلين، و ذلك طبقا لما نصت عليه المادة 96 من المرسوم الرئاسي 247/15.

البند الأول: السعر الإجمالي و الجزافي

بالرجوع للقواعد العامة نجد المشرع الجزائري قد نص على السعر الجزافي في عقد المقاول، إذ يلتزم المقاول بتنفيذ جميع التزاماته التعاقدية المحددة في العقد، في حين يلتزم رب العمل الوفاء بالمقابل المالي المحدد مسبقا بصفة جزئية و نهائية.

و على هذا الأساس فالسعر الجزافي في عقد المقاول يتميز بالثبات و الصرامة، إذ لا يمكن للمقاول المطالبة بتغييره أو تعديله مهما كانت الظروف، بل يتحمل أعباء تنفيذ العقد دون الرجوع إلى صاحب المشروع و هذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 561 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها: " إذا أبرم العقد بأجر جزافي 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 من رب العمل أو يكون مأدونا به منه واتفق مع المقاول على أجره ".

لكن رغم هذه الصرامة في السعر الجزافي إلا أن التشريع الجزائري قد أجاز للمقاول المطالبة بتعديل السعر و تغييره في حالتين فقط، نصت عليهما الفقرة الثالثة من المادة 561 من القانون المدني التي جاء فيها: "... على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل و المقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعي بذلك الأساس الذي قام عليه التقديم المالي لعقد المقاول، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد".

و على العموم فحالات التعديل السعر الجزافي حسب التشريع الجزائري تتمثلان في:

-زيادة في السعر بسبب خطأ رب العمل، أو أن يكون مأدونا به و اتفق مع المقاول على أجره؛

-تعديل السعر الجزافي نتيجة حوادث استثنائية.

أما في تنظيم الصفقات العمومية، فيعتبر السعر الإجمالي الجزافي أحد أنواع السعر الذي نص عليه المشرع صراحة بموجب المادة 96 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، و الذي

تعتمد عليه الجهة المتعاقدة للوفاء بالتزام المالي الواقع على عاتقها لصالح المتعاقل المتعاقل نتيجة تنفيذه لجميع التزاماته المتفق عليها.

و بالرجوع إلى جميع التنظيمات القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية، نجد أن التشريع الجزائري رغم نصه على السعر الإجمالي الجزافي كآلية لدفع مستحقات المالية للمتعاقل المتعاقل، إلا أنه قد أغفل على إعطاء تعريفا له، على عكس التشريع المغربي الذي عرفه بموجب المادة 1/11 من المرسوم رقم 2.12.349 على أنه: " الصفقة بثمن إجمالي هي التي يغطي فيها ثمن جزافي مجموع الأعمال موضوع الصفقة. ويتم حساب هذا الثمن الجزافي، على أساس التفصيل الإجمالي، يرصد لكل وحدة من هذا التفصيل ثمن جزافي ويحسب المبلغ الإجمالي بجمع مختلف الأثمان الجزافية المحددة لكل هذه الوحدات ".

أما دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 فقد نصت المادة الأولى فقرة (ب) جزأ (أ) على أن: " صفقة السعر الإجمالي الشامل هي الصفقة التي حدد فيها على إتمام الشغل المطلوب من المقاول، و الذي يجري تحديد سعره جملة ومسبقا".

بهذا و مما سبق، يفهم أن دفتر الشروط الإدارية العامة قد تضمن شرطين أساسيين للأخذ بالسعر الإجمالي، يتمثلان في:

- تحديد العمل المطلوب انجازه من طرف المقاول؛

- تحديد السعر إجماليا مسبقا.

و عليه فإن هذا السعر يغطي جملة الخدمات المطلوبة من طرف الجهة الإدارية ، التي بموجبها يتم تحديد المبلغ المستحق للمتعاقل بصورة إجمالية و مسبقة ، كما يمثل السعر الإجمالي الجزافي أيضا مختلف العناصر المحددة في الصفقة أو جزء منها، دون تحديد للكميات الضرورية لإنجازها.

لذا يجب أن يلحق بصفقة محددة بهذا السعر، على الأقل رسالة العرض و الملحق التقني المحدد للتصميم و مواصفات الخدمة المطلوبة¹.

¹ - النوي خرشى، المرجع السابق، ص 258.

و على هذا الأساس فالسعر الإجمالي الجزائري يجعل من السعر الذي تم تحديده مسبقا يكتسي طابعا ثابتا ونهائي ، إذ لا يمكن للمتعاقد المتعاقد طلب تغيير أو الرجوع عن السعر المحدد لسوء تقدير المكونات والعناصر التي تدخل في إنجاز و تنفيذ موضوع الصفقة المبرمة، فالمتعاقد المتعاقد يتحمل كل الأعباء في تنفيذ التزاماته التعاقدية وعلى حسابه الخاص، وهذا ما كرسه مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 15 أبريل 2003، إذ ألزم المتعاقد مع الإدارة بالتقيد بالحساب العام والنهائي المحدد بالسعر الإجمالي الجزائري، دون المطالبة بأية زيادة¹.

و تهدف الصرامة التي يعرف بها السعر الإجمالي الجزائري إلى ضمان استقرار الأسعار، خاصة بعد التحديد الدقيق للخدمة المطلوبة و التقنيات اللازمة لإنجازها ، فمثلا أشغال البنية الفوقية التي يمكن التحكم في الكميات التي تستعمل في الإنجاز ، و لهذا تعديل السعر غير مرجح حتى ولو تغيرت الأشغال المنجزة².

وقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي بمبدأ بطابع الثبات و صرامة السعر الإجمالي و الجزائري ، حيث رفض أية زيادة في الأجر إذا ما أبرمت الصفقة بهذا النوع من السعر، إلا في حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة³.

لكن رغم هذه الصرامة للسعر الإجمالي و الجزائري إلا أن المشرع الجزائري قد أجاز للمتعاقد المتعاقد المطالبة بسعر إضافي في الحالات التالية:

1 - حالة القوة القاهرة : بموجب المادة 4/27 من دفتر الشروط الإدارية العامة ، مكن التشريع الجزائري المتعاقد مطالبة الإدارة بزيادة السعر نتيجة القوة القاهرة بعد إعلامها كتابيا في أجل عشرة أيام (10) على الأكثر من حصول القوة القاهرة، ولا يتحصل المتعاقد على أية زيادة إلا بعد مصادقة الإدارة على ذلك.

¹ -قرار مجلس الدولة الجزائري، الغرفة الأولى، الصادر في 15 أبريل 2003، رقم القرار 8072، مجلة مجلس الدولة، ع. الرابع ، ص 80.

² - Brahim Boulifa, Marchés publics, 1^{er} vol., op, cit, p 41.

³ - قرار مجلس الدولة الفرنسي، الصادر في 08 نوفمبر 1938، في قضية Léauté، المجموعة، ص 380، أخذنا عن محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 726.

2 - القيام بأشغال إضافية: حسب المادة 29 من دفتر الشروط الإدارية العامة أجاز التشريع الجزائري للمتعاقد انجاز أشغال إضافية و ضرورية لتنفيذ الأعمال المطلوبة بناء على الأمر بالخدمة، و الحصول على قيمتها حسب السعر المتفق عليه لانجاز الأشغال الأصلية¹.

3 - خضوع السعر الإجمالي و الجزافي لصيغة المراجعة: حسب المادة 33 من دفتر الشروط الإدارية أجاز المشرع الجزائري خضوع السعر الإجمالي و الجزافي للمراجعة و ذلك إذا نص عليه دفتر الشروط.

مما سبق يمكن القول، أنه بالرغم من أن المشرع الجزائري نص بموجب المادة 96 من المرسوم الرئاسي 247/15، على السعر الإجمالي و الجزافي و اعتبره من بين الآليات التي يعتمد عليها لدفع مستحقات المتعاقد، إلا أنه لا يمكن الاعتماد عليه في مشاريع البنية التحتية، و ذلك لصعوبة التحكم في الكميات المستعملة للإنجاز و عدم توقع كل الصعوبات التي تحصل أثناء عملية تنفيذ الفعلي للصفقة، على عكس مشاريع البنية الفوقية التي سعرها لا يتغير ولو تغيرت الأشغال المنجزة ، إلى جانب صعوبة التعامل به، خاصة في الصفقات المبرمة عن بطريق التراضي، هذا إضافة إلى الواقع العملي الذي أثبت في الكثير من الأحيان اعتماد على أنواع أخرى من الأسعار واختيارها كطريقة لتسديد المقابل المالي للمتعاقد مع الإدارة.

البند الثاني: السعر بناء على قائمة الوحدة

لقد نص عليه التشريع الجزائري في المادة 96 من المرسوم الرئاسي 247/15، و عرفته المادة الأولى جزء (ب) الفقرة (ب) من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 على أنه: " إن صفقات أسعار الوحدات هي الصفقات التي يجري تسديدها على أسعار الوحدات وفقا للمقايير المنفذة فعليا ويجوز بصورة خاصة إعداد أسعار الوحدات على الصفقة المعتبرة (الجدول) أو إعدادها على أسعار النشرة المتداولة (المتسلسلة)".

¹ - قرار مجلس الدولة الجزائري، الصادر بتاريخ 2005/07/12، رقم القرار 22350، مجلة مجلس الدولة، 2005، ع. السابع، ص 92.

أما المشرع الفرنسي فقد عرفه في المادة 2/10 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 2012 على أنه: " كل ثمن لا يكون جزافيا بالمعنى المحدد، أو كل ثمن ينطبق على نوع من الأشغال لا تكون كمياتها محددة في العقد إلا بصفة مؤقتة ".

بهذا يفهم أن السعر بناء على قائمة الوحدة يطبق فقط على الوحدات المنجزة فعليا¹ بمعنى يحسب سعر كل وحدة أو الوحدات المحددة مسبقا لكل خدمة مطلوبة، مما يجعل السعر النهائي للخدمة غير معروف، لأنه مرتبط بعدد الوحدات التي يتم تنفيذها من قبل المتعاقل المتعاقل، وهذا ما أقره مجلس الدولة الفرنسي من خلال تأكيده على الطابع المتغير للسعر و اقتصاره على الكميات المنفذة فعلا².

و عليه و لتحديد المبلغ مستحق دفعه للمتعاقل تقوم الجهة الإدارية بعملية رياضية متمثلة في ضرب سعر كل وحدة المتفق عليه في عدد الوحدات المنجزة فعليا، ثم بعدها يتم جمع كل النتائج للحصول على السعر النهائي يدفع كمقابل مالي للمتعاقل المتعاقل، و هو نفس الأمر الذي اعتمده التشريع الفرنسي بموجب المادة 23/11 من دفتر الشروط الإدارية لسنة 2012.

ترتبا على ما سبق، فإن المتعاقل المتعاقل ملزم بتنفيذ جميع التزاماته وفقا للكميات المحددة والمتفق عليها، أما إذا تبين للمتعاقل أثناء عملية التنفيذ موضوع الصفقة يجب مجاوزة الكمية المحددة في العقد، ففي هذه الحالة يلزم على المتعاقل إعلام المصلحة المتعاقد بذلك، مبينا مقدار ما الكمية التي تجاوزها و ما يتوقعه من زيادة في الثمن ، فإذا قام بهذه المجاوزة دون إعلام الإدارة ، ففي هذه الحالة لا يمكن للإدارة دفع قيمة الكمية التي تجاوزها المتعاقل المتعاقل.

البند الثالث: سعر بناء على نفقات المراقبة

لقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 96 من المرسوم الرئاسي 247/15، و عرفه دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 في المادة الأولى من الجزء (ج) من الفقرة (ب)

¹ - Brahim Boulifa, Marchés publics, 1^{er} vol., op, cit, p 42.

² - مريام أكرور، المرجع السابق، ص 42.

التي جاء فيها : " إن صفقة النفقات المراقبة هي الصفقات التي تكون نفقات المقاول فيها حقيقية و مراقبة (اليد العاملة و الأدوات و المواد المستهلكة و كراء الآلات و النقل و ما إلى ذلك ...) والتي تستهدف تنفيذ شغل محدود، ويجري تسديدها إليه مع إضافة زيادة في مقابل النفقات العامة و الربح".

من خلال استقراء المادة أعلاه، يفهم أن عملية تحديد السعر بناء على نفقات المراقبة يتم عن طريق مراقبة الإدارة المتعاقدة للنفقات الفعلية والحقيقية الأشغال التي تم إنجازها من طرف المتعاقد معها، و ذلك بعد تقديمه الفواتير و جميع الوسائل الضرورية التي تم تجنيدها لإنجاز المشروع، إضافة إلى نسبة معينة كهامش الربح و الفائدة¹.

و على هذا الأساس يبقى السعر غير محدد وغير معروف، إذ لا يمكن معرفته إلا عند نهاية الأعمال و التنفيذ الكلي لموضوع الصفقة.

بهذا فإن هذه الصفقة المحددة بهذا النوع من الأسعار لا تتضمن بدقة السعر الأولي، بل تتضمن فقط سعر الدفع أو التسوية عند نهاية الصفقة ، الأمر الذي يشكل خطرا على الميزانية العامة للدولة.

لكن بالرجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، نجد أن المشرع الجزائري لا يجيز اللجوء إلى التعاقد على أساس السعر بناء على نفقات المراقبة إلا استثناء، و هذا ما أكدت عليه المادة الأولى من الجزء (ب) التي نصت على: " يجوز إبرام الصفقات بسعر إجمالي شامل أو بأسعار الوحدات أو بصورة استثنائية على أساس النفقات المراقبة "، و هذا ما أخذ به التشريع الفرنسي²

أما بالنسبة إلى تنظيم الصفقات العمومية فالمشرع الجزائري لم يشر لهذا الاستثناء أو خصوصيته عند الأخذ بسعر بناء على نفقات المراقبة.

¹ - Jean Marie Anby, Pierre Bon, op, cit, P237.

² – Michel Villard, Yver Bachelot, Jean-Michel Romiro, Droit et pratique des marchés publics de travaux, édit. Du moniteur, Paris,1981, p237.

و لهذه الأسباب فإن الأخذ بسعر بناء على نفقات المراقبة يبقى قليل جدا ، وذلك نظرا لخطورته على الخزينة العامة، خاصة مع ما تتميز به صفقات الأشغال العامة من تعقيد و صعوبة الأمر الذي يجعلها في حاجة إلى أموال طائلة من أجل تنفيذها، لذا لو اعتمدت عليه الجهة المتعاقد كطريقة للدفع مستحقات المتعاقل معها ، فيمكن أن يتجاوز السعر توقعات الأطراف و بالتالي يكلفها خسائر ثقيلة.

البند الرابع: السعر المختلط

لقد نص المشرع الجزائري على هذا السعر و اعتبره أحد الآليات المقررة لدفع مستحقات المتعاقل المتعاقل في المادة 51 من المرسوم الرئاسي 250/02، و ذلك بالاعتماد على صنفين أو أكثر من الأسعار في صفقة واحدة.

ونظرا للمرونة التي يتميز بها السعر المختلط فإن استعماله يتسع في مجال صفقات الأشغال العامة، حيث يطبق فيها السعر الإجمالي الجزافي على البنية الفوقية للمنشآت القاعدية المحددة مسبقا، أما السعر بناء على قائمة الوحدة¹ فيطبق على البنية التحتية نظرا لعدم إمكانية تحديدها بدقة ، بمعنى أن صفقات الأشغال العامة تعتمد الجهة المتعاقد في تسديد مستحقات المتعاقل معها على سعر مختلط يشمل البنية التحتية و الفوقية، و هذا ما أخذ به التشريع المقارن، حيث نصت عليه المادة 25/11 من دفتر الشروط الإدارية العامة الفرنسي لسنة 2012، و كذا المشرع المغربي هو الآخر عمل بالسعر المختلط إذا تضمنت الصفقة أعمالا جزء منها يؤدي بالسعر الإجمالي أما الجزء المتبقي فيؤدي بالسعر الأحادي و هذا حسب ما نصت عليه المادة 3/11 من المرسوم رقم 2.12.349.

¹ – Brahim Boulifa, Marchés publics, 1^{er} vol., op, cit, p 43.

الفرع الثاني: الوفاء بالجانب المالي حسب أصناف المتعاملين المتعاقدين

بعد قيام الجهة المتعاقدة بضبط حاجياتها تقوم بالتركيز على اختيار أفضل المتعهدين من أصحاب الكفاءات التقنية و المالية و المؤهلات العالية، الذين يمكنهم من الوفاء بالتزاماتهم التعاقدية في الآجال المحددة و بأقل تكاليف ممكنة.

و على هذا الأساس و من أجل ضمان التنفيذ الجيد لموضوع الصفقة العمومية، نص التشريع الجزائري بموجب المادة 37 من المرسوم رقم 247/15 على أصناف المتعاملين المتعاقدين، إذ يمكن أن يكون المتعامل المتعاقد شخصا أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين يلتزمون بمقتضى الصفقة إما فرديا أو في إطار تجمع مؤسسات.

البند الأول: في حالة تجمع المتعاملين المتعاقدين

قصد التنفيذ الجيد والكلي لموضوع الصفقة تبذل الجهة المتعاقدة قصارى جهدها لاختيار المتعاقد معها سواء كان متعهد واحد أو عدة متعاملين مجتمعين، و ذلك تكريسا للمساواة و الشفافية و حرية الوصول إلى الطلبات العمومية.

و اللجوء إلى التعاقد مع عدة متعاملين يجب أن تتضمن دفاتر الشروط بنودا على إمكانية تقديم طلب العروض في إطار تجمع للمؤسسات محلية كانت أو أجنبية، بغية تنفيذ الصفقة دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالمنافسة حسب ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 81 من المرسوم الرئاسي 247/15.

هذا و قد ألزمت الفقرة الثالثة من المادة 81 من المرسوم المذكور أعلاه، أن تتخذ المؤسسات المجتمعة قصد انجاز المشروع إما تجمع بالتضامن أو تجمع بالشراكة.

الفقرة الأولى: التجمع بالتضامن

يكلف كل المتعاملين المتعاقدين الذين يدخلون في إطار هذا التجمع بإنجاز موضوع الصفقة تضامنيا، أي يلتزم كل عضو من أعضاء التجمع بالتضامن بتنفيذ الصفقة كاملة، و

يعين صاحب الأغلبية¹ في انجاز المشروع من طرف أعضاء التجمع كمتعاقد متعاقد أساسي فيقع بذلك عليه التوقيع على الصفقة، و يصبح مؤهلا للتعامل باسم الأعضاء المتضامنين و ينسق خدماتهم.

و عليه فان أعضاء هذا التجمع يتحملون المسؤولية متضامنين تجاه الجهة المتعاقدة عن العرض الذي قدموه، و عن الالتزام بالتنفيذ الفعلي و الكلي لموضوع الصفقة، و كذا عن كل ما ينتج من نقائص بسبب أخطاء أعضاء التجمع.

كما يلتزم أعضاء التجمع بتقديم كل المعلومات حول الهيكلة التنظيمية و المالية و التقنية للتجمع، و ذلك بغية الاستجابة بشكل تكاملي للشروط الواردة في العقد، كما يمنع في إطار التجمع أن يقدم آخر على حدا لنفس الغرض، و لا يمكن لأي مؤسسة مجتمعة أن تكون عضواً إلا ضمن قائمة واحدة².

و تجدر الإشارة أنه بعد تنفيذ الكلي للصفقة تقوم الجهة المتعاقدة بتسديد المستحقات المالية لأعضاء التجمع، حيث يتم الدفع في إطار هذا التجمع و حسب الفقرة الثامنة من المادة 81 من المرسوم الرئاسي 247/15، في حساب مشترك يفتح باسم التجمع خصيصاً لهذا الغرض و تعد الكفالات باسم الوكيل.

أما إذا كان التجمع مختلطاً، أي يتكون من شركات خاضعة للقانون الجزائري و شركات و أجنبية، ففي هذه الحالة يتم تسديد المستحقات المالية عن طريق إعداد الكفالات باسم كل عضو في التجمع دون المساس بطبيعة التجمع.

و على غرار التشريع الجزائري فقد اعتنق المشرع الفرنسي هو الآخر فكرة التعاقد على أساس التجمع بموجب المادة 3/2 من دفتر الشروط الإدارية لسنة 2012، أما التشريع

¹ - إلا في حالة الاستثناء المعلن كما ينبغي في التصريح بالاكتتاب أو في رسالة التعهد؛ المشرع الجزائري لم يبين في تنظيم الصفقات العمومية الأساس الذي يتم به تحديد صاحب الأغلبية لكن من خلال الممارسة العملية يفهم أن هذا الأخير يحدد على أساس الكفاءة المهنية، المالية و التقنية.

² النوي خرشي، المرجع السابق، ص 237.

المغربي فقد أخذ بفكرة التجمع بالشراكة أو التضامن بموجب المادة 157 من المرسوم رقم 2.12.349 عند تقديم عرض وحيد وبتوافر ما يلي:

1 - يجب أن يتوفر كل عضو في تجمع بالشراكة أو بالتضامن ، على شهادة التصنيف و التأهيل للمشاركة في صفقة أشغال خاضعة لنظام التصنيف والتأهيل، طبقا للنصوص التنظيمية المعمول به؛

2 - يجب أن يتوفر كل عضو في تجمع بالشراكة أو بالتضامن ، على شهادة الاعتماد للمشاركة في صفقة الخدمات المتعلقة بالدراسات أو الإشراف على الأشغال الخاضعة لنظام الاعتماد، طبقا للنصوص التنظيمية الجاري بها العمل.

أما بالنسبة للتجمع بالتضامن المنصوص عليه في المادة 157 قسم (ب) فقرة 6، فيمكن تقيي مؤهلات أعضاء التجمع كالتالي:

- بالنسبة لصفقات الأشغال الخاضعة لنظام التأهيل و التصنيف طبقا للنصوص التنظيمية المعمول بها، فيجب على وكيل التجمع أن يثبت توفره على الصنف أو المؤهل أو المؤهلات المطلوبة، كما يجب على أعضاء التجمع الآخرين أن يثبتوا توفرهم على الأقل و بصفة فردية، على المؤهل أو المؤهلات المطلوبة والصنف المرتب مباشرة بعد الصنف المطلوب؛
- أما بالنسبة لصفقات الخدمات المتعلقة بالدراسات أو بالإشراف على الأشغال الخاضعة لنظام الاعتماد طبقا للنصوص التنظيمية المعمول بها، فيجب على كل عضو من التجمع أن يقدم الاعتماد المطلوب بالنسبة لمجالات الأنشطة المطلوبة؛
- أما الصفقات غير الخاضعة لنظام التأهيل والتصنيف أو لنظام الاعتماد، يجب على كل عضو من التجمع أن يقدم بصفة فردية شواهد إنجاز الأعمال المماثلة، كما ه و منصوص عليه في الفقرة 2 من البند (ب) من المادة 125¹.

¹ - تنص هذه الفقرة على: "بالنسبة للتجمعات نسخة مشهود بمطابقتها لأصل اتفاقية تأسيس التجمع و المنصوص عليها في المادة 157".

الفقرة الثانية: التجمع بالاشتراك

حسب الفقرة الخامسة من المادة 81 من المرسوم الرئاسي 247/15، يلتزم كل عضو من أعضاء هذا التجمع بتنفيذ الخدمات التي وضعت على عاتقه، أي في هذا التجمع تقسم أشغال الصنف في شكل حصص، و يكلف كل متعاقد بانجاز حصته.

و يتم تعيين ممثل عن أعضاء هذا التجمع بصفته صاحب الأغلبية يمثلهم إزاء الإدارة المتعاقدة باعتباره وكيل التجمع بالشراكة، حيث يتكفل هذا الأخير بالتنسيق بين مجموعة المتعاملين المتعاقدين و القيام بتنظيم كفاءات تنفيذ الأشغال، إذ يعتبر متضامنا وجوبا مع كل عضو من أعضاء التجمع بشأن الوفاء بالتزاماته التعاقدية تجاه الإدارة المتعاقدة.

أما بالنسبة لدفع المستحقات المالية فقد نصت الفقرة التاسعة من المادة 81 من المرسوم الرئاسي 247/15، على الدفع لكل شريك في حسابه الخاص إذ تعد الكافلات باسم كل عضو من التجمع، إلا إذا اتفق أعضاء التجمع على خلاف ذلك في اتفاقية التجمع.

هذا و قد انتهج المشرع المغربي نفس الإجراء و نص عليه في المادة 157 قسم (أ) و بين جميع الشروط المطلوبة للقيام به ، حيث نصت الفقرة الخامسة من نفس القسم على وجوب توافر شهادة التأهيل لتنفيذ أجزاء الملتمزم بها في صفقات الأشغال و لخاضعة لنظام التأهيل و التصنيف.

أما صفقات الخدمات المتعلقة بالدراسات أو بالإشراف على الأشغال الخاضعة لنظام الاعتماد، فيجب على كل عضو أن يتوفر على الاعتماد المطلوب للمجالات الأنشطة المطابقة للجزء الذي يلتزم به.

البند الثاني: في حالة المناولة

من المسلم به أن الجهة المتعاقدة عند إبرام صفقاتها مع المتعهدين، تأخذ بعين الاعتبار قدراته المالية و كفاءته الفنية لتحمل الالتزامات التعاقدية.

و على هذا الأساس يحتل الاعتبار الشخصي لتنفيذ موضوع الصنف أهمية بالغة وقت الاختيار، ذلك أن الأصل العام هو التزام المتعامل المتعاقد بأداء الأعمال محل التعاقد

بنفسه، إلا أنه ونظرا لتشعب التخصصات التي تتضمنها الصفقة محل الإبرام، خاصة في المشاريع الكبرى التي تتطلب تنوع الكفاءات، فقد صار من المناسب إمكانية الخروج، عن مبدأ التنفيذ الشخصي لمحل العقد و اللجوء إلى الاستعانة بمقاول فرعي¹ وتكليفه بتنفيذ جزء من موضوع الصفقة.

و قد أجاز التشريع الجزائري بموجب المادة 140 من المرسوم الرئاسي 247/15 على إمكانية المتعاقد اللجوء إلى عقد المناولة² بين المتعاقد الأصلي و المناول، كأن يتعلق الأمر ببناء مجمع سكني أو الأعمال المتعلقة بالترخيص، و ذلك بتخصيص جزء من أشغال الصفقة للمناول قصد تنفيذها، مع مسؤولية المتعاقد الأصلي بالتنفيذ الكلي للصفقة تجاه الإدارة المتعاقدة حسب ما نصت عليه المادة 141 من المرسوم الرئاسي المذكور أعلاه.

بهذا و حسب نص المادة 140 أعلاه، تعرف المناولة على أنها رابطة تعاقدية بموجبها يلتزم المناول بتنفيذ جزء من الصفقة العمومية، و عليه فالمناولة هي عملية مثلثية، بين المصلحة المتعاقدة و المتعاقد معها من جهة، وبين المتعاقد المتعاقد و المناول من جهة أخرى³، و قد بينت المادة 144 من نفس المرسوم على البيانات الجوهرية التي يجب ذكرها في:

- اسم و لقب و جنسية الشخص الذي يلزم مؤسسة المناولة؛
- اسم و مقر مؤسسة المناولة عند الاقتضاء؛
- موضوع و مبلغ الخدمات محل المناولة؛
- الأجل و الجدول الزمني لانجاز الخدمات محل المناولة و كيفية تطبيق العقوبات المالية عند الاقتضاء؛
- طبيعة الأسعار و كيفية الدفع و تحيين الأسعار و مراجعتها عند الاقتضاء؛
- كيفية استلام الخدمات؛

¹ - أجاز المشرع الجزائري بموجب نص المادة 564 من ق.م.ج.، للمقاول الاستعانة بمقاول فرعي في تنفيذ كل العمل أو جزء منه.

² المشرع الجزائري نص في جميع التنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية على إمكانية الإدارة اللجوء إلى التعامل الثانوي.

³ - Christophe Lajaoye, op, cit, p 162.

-تقديم الكفالات و المسؤوليات و التأمينات؛
-تسوية النزاعات.

بهذا يمكن القول بأن عقد المناولة هو عبارة عن صفقة صغرى أو فرعية تابعة للصفقة الأصلية و تشمل الكثير من بياناتها¹.

هذا و قد عرف التشريع الفرنسي هو الآخر المناولة التي اصطلح عليها بالتعاقد من الباطن، على أنها العملية التي يقوم بها المتعاقد و يعهد للمقاول الفرعي بتنفيذ جزء من العقد المبرم بينه و بين المصلحة المتعاقدة².

الفقرة الأولى: إجراءات اللجوء لعقد المناولة

إن الأصل العام في مجال الصفقات العمومية أن ينفذ المتعاقد جميع الالتزامات التعاقدية المتفق عليها مع الجهة الإدارية، غير أن المشرع بموجب أحكام تنظيم الصفقات أجاز للمقاول أن يوكل بتنفيذ جزء من الأعمال محل التعاقد إلى المناول.

بهذا و بالرجوع إلى القواعد العامة نجد أن المشرع الجزائري قد أطلق إمكانية التعاقد الفرعي على كامل العمل³، غير أن تنظيم الصفقات العمومية قيد هذا الإطلاق بمجموعة من الشروط نصت عليها المادة 143 من المرسوم 247/15 و تتمثل في:

أولاً: شرط الترخيص بعقد المناولة في دفتر الشروط و في الصفقة الأصلية

لقد نص المشرع الجزائري بموجب الفقرة الأولى من المادة 143 من المرسوم الرئاسي 247/15، على ضرورة النص صراحة على اللجوء إلى المناولة في الصفقة و في دفاتر شروطها، و ذلك لتحديد مجال تدخل المناول بدقة، إذ لا يمكن للمتعاقد مع الإدارة اللجوء إلى عقد المناولة ما لم تتضمنه بنود الصفقة.

¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقاً للمرسوم الرئاسي رقم 247/15، المرجع السابق، ص 61.

² - Michel Villard, Yver Bachelot, Jean-Michel Romiro, op, cit, p 271 ; Christophe Guettier, op, cit, p 345;

- وهو نفس التعريف الذي نصت عليه المادة 112 من ق.ص.ع.ف.2006، مع توافر بعض الشروط.

³ المادة 564 من ق.م.ج.

و تبدوا الحكمة من إيراد هذا الشرط أن المشرع أراد من خلاله تحديد مجال المناولة في مرحلة مبكرة و ليس في مرحلة التنفيذ، فيصبح كل أطراف العقد أو الصفقة على دراية تامة بالمجال موضوع عقد المناولة¹.

كما تجدر الإشارة أن الفقرة الثالثة من المادة 140 من المرسوم الرئاسي المذكور أعلاه، قد بينت مجال المناولة إذ لا ينبغي أن تشمل عقد اقتناء اللوازم العادية الموجودة في السوق، و التي هي غير مصنعة استنادا إلى مواصفات تقنية خصوصية أعدتها المصلحة المتعاقدة.

ثانيا: عدم تجاوز النسبة المحددة تنظيما

نصت الفقرة الثانية من المادة 140 من المرسوم الرئاسي 247/15 على أنه: " و مهما يكن من أمر، لا يمكن أن تتجاوز المناولة 40 % من المبلغ الإجمالي للصفقة".

من خلال استقراء نص المادة أعلاه، نجد أن المشرع الجزائري قد حدد نسبة تدخل المناول في تنفيذ الصفقة²، و هذا الشرط معقول إذ لا يمكن أن تحجب خدمات المناول و هو الفرع أو المتدخل خدمات الأصيل أو المتعاقد الرئيسي.

ثالثا: الموافقة المسبقة للإدارة على المناول

إن مسألة اختيار المناول أمر بالغ الأهمية بالنسبة للإدارة ، لأن عملية دفع مستحقاته نظير تنفيذه لالتزاماته تكون على عاتق الإدارة المتعاقدة، لهذا تتجسد هذه الموافقة كتابيا مع التأكد من القدرات التقنية، المالية و المهنية للمرشح لنيل عقد المناولة و التي تؤهله للقيام بالأعمال التي ستكون محل التعامل³، حسب ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 143 من المرسوم الرئاسي 247/15.

و هذا شرط طبيعي و معقول كي لا تباغت الإدارة المتعاقدة بمناول لا تعرفه، و لم ترشحه لتنفيذ جزء من الصفقة، و قد لا تتوافر فيه الشروط اللازمة، أو قد يكون في وضعية

¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق، ص 62.

² على خلاف تنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية، نجد المشرع الجزائري تفرد في المرسوم الرئاسي 247/15 بتحديد نسبة معينة للمناول لتنفيذ الأشغال.

³ - Brahim Boulifa, Marchés publics, 2^{ème} vol. , p 628.

مخالفة للتشريع الجبائي، أو التشريع المحاسبي، أو التشريع الاجتماعي أو في وضعية إفلاس، أو أن يكون مسجلا في قائمة الممنوعين من تقديم عروضهم، أو صدر ضدهم حكم قضائي يمس بنزاهتهم المهنية و غير ذلك من الوضعيات التي نصت عليها المادة 75 من المرسوم الرئاسي 247/15.

و تجدر الإشارة أن المشرع اشترط الموافقة المسبقة للإدارة على الم ناول، حتى نتأكد من وضعية هذا الأخير تجاه التشريعات الدولية ذات صلة بمجال الصفقات العمومية و حماية للمال العام من الإهدار.

رابعاً: تصريح المناول للإدارة بتواجده في مكان التنفيذ

ورد ذكر هذا الشرط في المادة 142 من المرسوم الرئاسي 247/15، فيقع على عاتق المناول أن يصرح للإدارة المتعاقدة بأنه متواجد في مكان التنفيذ، الأمر الذي يعكس جديته و التزامه.

أما في حالة عدم تصريح هذا الأخير بتبادر الجهة الإدارية إلى توجيه إعدار للمتعاقد الأصلي لتدارك الأمر و إلا اتخذت ضده كل الإجراءات القسرية.

و على العموم فيبدو أن هذا الشرط تنظيمي يحدد المسؤوليات و يضبط كل تدخل في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية¹.

هذا و قد رتب مجلس الدولة الفرنسي على موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن نتيجة واحدة و هامة، تتمثل في جعل هذا التعاقد مشروعاً، ومن تم لا يمكن للإدارة أن تنتكر له بعد ذلك².

و قد نصت المادة 112 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي ، على أن للمتعاقد مع الإدارة الحق في التعاقد من الباطن لتنفيذ جزء من الصفقة و ذلك بتوافر الشروط التالية:

¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقاً للمرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق، ص 64.
² - قرار مجلس الدولة الفرنسي، الصادر في 30 نوفمبر 1894، في قضية Ville de Toulouse، المجموعة، ص 641؛ قرار مجلس الدولة الفرنسي، الصادر في 18 يناير 1946، في قضية Sté Anonyme des étab. Christiani، أخذاً عن محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 447.

1 - تقديم طلب للاستعانة بالمصادر الخارجية؛

2 - قبول الجهة المتعاقدة التعاقد من الباطن؛

3 - قبول الدفع المباشر.

و طلب الاستعانة بالمصادر الخارجية المقدم من قبل المتعامل المتعاقد وقبوله من طرف الإدارة و موافقتها على شروط الدفع المباشر ، يكون أما وقت تقديم العرض أو بعد إبرام الصفقة.

1 - تقديم طلب الاستعانة بالمصادر الخارجية وقت العرض:

نظمت المادة 1/114 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي هذه الحالة إذ أجازت للمتعاقد تقديم الطلب إلى السلطة المتعاقدة مع تبيان ما يلي:

- طبيعة الخدمات المقدمة من المصادر الخارجية (ضرورة هذه الخدمات)؛
- اسم وعنوان المتعامل الثانوي المقترح؛
- الحد الأقصى للمبلغ الذي يدفع في إطار الدفع المباشر للمقاول الفرعي؛
- شروط الدفع تكون بموجب عقد التعاقد من الباطن؛
- الكفاءة التقنية، المهنية و المالية التي يتمتع بها المتعامل الثانوي؛
- تقديم شهادة تثبت أن المقاول من الباطن لا يقع ضمن الخطر المفروض للوصول إلى الصفقات العمومية، كإدانة جزائية نظرا للتهرب من الضرائب أو الإفلاس.

2- تقديم طلب الاستعانة بالمصادر الخارجية بعد إيداع العروض و إبرام الصفقة:

فحسب المادة 2/114 من القانون أعلاه، يجب على المتعامل المتعاقد تقديم طلب للجهة المتعاقدة عن طريق رسالة موصى عليها أو مقابل إيصال مع طلب الإقرار بالاستلام، إضافة إلى البيان الذي يحتوي على المعلومات المتعلقة بوضعية المتعامل الثانوي و المبينة في الحالة الأولى.

أما بالنسبة لقبول الإدارة للمتعاقد الثانوي بعد تقديم الطلب قد يكون صريحا أو ضمنيا فالفقرة الرابعة من المادة 114 من نفس القانون، نصت على أن صمت الجهة المتعاقدة لمدة 21 يوم بعد تقديم الطلب يشكل قبولا و موافقة على التعاقد الثانوي و على شروط الدفع. كما يمكن للمصلحة المتعاقدة رفض هذه الاستعانة، حيث يكون هذا الرفض إما إلزامي أو اختياري.

فالرفض الإلزامي، يكون في حالة إدانة جنائية للمتعاقد الثانوي، نظرا لمخالفته للتشريعات المعمول بها كالتهرب الضريبي، أو في حالة عدم قبول الإدارة للدفع المباشر. أما الرفض الاختياري فيكون في حالة افتراض السلطة المتعاقدة أن هناك خطر من سوء أداء الخدمة المقدمة من طرف المقاول الفرعي، أو إذا رأت أن القدرة المالية، التقنية و المهنية للمتعاقد الثانوي غير كافية لتنفيذ العمل المعهود إليه.

الفقرة الثانية: الوفاء المباشر من قبل الإدارة للمناول

حفاظا على حقوق الثابتة للمناول و المكفولة بموجب بنود العقد، نصت الفقرة الثانية من المادة 143 من المرسوم الرئاسي 247/15، على التزام المصلحة المتعاقدة بالدفع المباشر للمناول حسب كفاءات يضبطها القرار الوزاري المكلف بالمالية و الصادر بتاريخ 28 مارس 2011¹.

و عليه و فالمناول لا يقبض مستحقاته المالية إلا بتوافر جملة من الشروط نصت عليها المادة 2 من هذا القرار، و التي تتمثل في:

1- إن الدفع المباشر للم ناول لا يكون إلا إذا تم النص عليه صراحة في دفتر شروط الصفوق، وهذا حتى لا تتفاجأ الجهة الإدارية بوجود م ناول ، لم ترشحه لتنفيذ جزء من الصفقة، و لم تسمح بإمكانية اللجوء إليه في تنفيذ الالتزامات التعاقدية الواقعة على عاتق

¹ - قرار وزير المالية، مؤرخ في 28 مارس 2011، المتعلق بكفاءات الدفع المباشر للمتعاقد الثانوي، ج.ر.، الصادرة في 20 أبريل 2011، ع.24.

المتعاقد معها، وعليه فإن اللجوء إلى الاستعانة بال مناول دون النص عليه في بنود العقد يعتبر عمل غير مشروع؛

2 - يشمل العقد المناولة جزء من موضوع الصفقة، في إطار التزام تعاقدي يربط المناول مباشرة بالمتعاقد المتعاقد، بمعنى أن الجهة المتعاقدة لا تكون ملزمة بدفع مستحقات المناول إلا بوجود عقد يربط هذا الأخير بالمتعاقد الأساسي؛

3- يجب ألا يكون المبلغ المخصص للدفع المباشر للمناول مشمولاً برهن حيازي للصفقة، بمعنى أن المتعاقد المتعاقد ومن أجل الحصول على قروض لتمويل يقوم برهن الصفقة لدى البنك أو هيئة مالية مثل صندوق ضمان الصفقات العمومية، ولهذا يجب ألا يكون المبلغ الذي تدفعه الإدارة للمتعاقد الثانوي واقع عليه الرهن الحيازي؛

4- يجب أن يخصم مبلغ التسبيق المخصص لصاحب الصفقة من مبلغ الخدمات الواجب تنفيذها من قبل المناول المعني بالدفع المباشر؛

5 - يجب أن تخصم الحصة القابلة للتحويل المخصصة للصفقة للمناول المحلي، بمعنى إذا أبرمت صفقة مع متعاقد أجنبي هنا المصلحة المتعاقدة تراعي حقوق المناول المحلي الذي تم الاستعانة به لتنفيذ الخدمات، حيث تقوم بخصم مستحقات هذا الأخير من مبلغ المخصص للمتعاقد الأساسي قبل تحويلها له.

البند الثاني: إجراءات الوفاء بمستحقات المالية للمناول

بالرجوع للقرار وزير المالية الصادر بتاريخ 2011/03/28، نجده قد نظم كميّيات الدفع المباشر للمناول، فبالرجوع إلى المادة 3 منه فإنه يتوجب على المناول تقديم طلب لكل من صاحب الصفقة، للموافقة على الدفع المباشر من قبل الإدارة مقابل وصل استلام و للجهة المتعاقدة للدفع المباشر ، مرفقا بالفواتير والوضعيّيات المنجزة وكذا وصل الاستلام الذي تحصل عليه من صاحب الصفقة.

تقوم المصلحة المتعاقدة بإرسال الفواتير و الكشف، في أقرب الآجال للمتعاقد معها الذي له مدة 20 يوما ابتداء من تاريخ وصل الاستلام، لإبداء موافقته الكلية أو الجزئية على طلب المرلول و المتمثل في الموافقة على الدفع المباشر أو رفضه، مع وجوب تبليغ الإدارة بذلك.

ففي حالة قبول صاحب الصفقة لطلب المرلول أو عند انتهاء أجل 20 يوما دون إبداء أي رد، فهنا تقوم المصلحة المتعاقدة بصرف الفواتير أو الكشف للمن اول في أجل 30 يوم طبقا للمادة 122 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، مع إعلامها للمتعاقد معها بكل دفع تقوم به لصالح المرلول.

أما في حالة رفض صاحب الصفقة الدفع المباشر للمن اول، إذ يكون هذا الرفض مبررا فهنا الجهة المتعاقدة لا تدفع للمن اول إلا الجزء غير المتنازع عليه و ذلك حسب ما نصت عليه المادة 4 من نفس القرار.

و على العموم يمكن القول، أن المشرع الجزائري اتبع نفس الخطوات التي انتهجها التشريع الفرنسي للدفع المباشر للمن اول حسب ما نصت عليه المادة 116 من تنظيم الصفقات العمومية الفرنسي.

و بالتالي إن المشرع الجزائري أحسن صنعا عندما نص على إمكانية اللجوء إلى المناولة وذلك لإضفاء نوع من العدالة في المعاملات، وتمكين جميع المقاولين من حرية الوصول إلى الطلبات العمومية، خاصة المقاولات المصغرة من خلال إعطاءها فرصة للولوج إلى عالم الأشغال والمساهمة في إنجاز المشاريع الوطنية هذا من جهة، ومن جهة أخرى فسح المجال أمام المقاولات المحلية للاحتكاك بالمقاولات الأجنبية بغية اكتساب الخبرة عنها.

ترتبيا على ما سبق، يمكننا الإشارة أن المشرع الجزائري و حماية منه للحقوق المالية للمتعاملين المتعاقدين، فرض بموجب نص المادة 6/122 من المرسوم الرئاسي 247/15 غرامة مالية تصل إلى حد 2 % عن كل تأخير من جانب الإدارة في دفع المقابل المالي.

المبحث الثاني: الحق في التوازن المالي للصفقة

تلعب الصفقات العمومية دورا هاما في تسيير النشاط الإداري، فمن خلالها تتمكن الجهة الإدارية من إنشاء و تسيير و صيانة المرافق العامة على النحو الذي يحقق الصالح العام. و لما كان المتعاقد مع الإدارة يستهدف بصفة أساسية تحقيق الربح، إلا أنه من جانب آخر قد يتعرض أثناء تنفيذ موضوع الصفقة لتدخل الجهة الإدارية التي تملك سلطة تعديل التزاماته بالزيادة أو النقصان و لو لم يتضمنه العقد نصا على ذلك، باعتبار أن تلك السلطة من مقتضيات الصالح العام، و هو ما قد يؤدي إلى المساس بشكل غير مباشر بالحقوق المالية للمتعاقد، و يؤدي إلى زيادة الأعباء الملقاة على عاتقه، الأمر الذي يستدعي إعادة التوفيق بين حقوق المتعاقد و التزاماته مرة أخرى و هو ما يعبر عنه بفكرة التوازن المالي للصفقة¹.

فالتوازن المالي للصفقة العمومية يستهدف الحفاظ على التناسب بين التزامات المتعاقد و حقوقه، حتى يمكنه الوفاء بالتزاماته التعاقدية على النحو المتفق عليه، و لهذا يجب على الجهة الإدارية أن تحتفظ بتوازن الصفقة من الناحية الاقتصادية و الإبقاء على خواصها الأصلية، ففكرة التوازن المالي للصفقة العمومية هي في حقيقتها و جوهرها توجيه عام يستهدف الحفاظ على طبيعة العقد بالحالة التي تم التعاقد عليها، و تحتل هذه الفكرة مكانة بالغة الأهمية للقاضي الإداري، إذ انه مسوقا إلى الاستهزاء بها في تقدير التعويض المستحق للمتعاقد من تحقيق موجباته².

لهذا و لتفصيل أكثر في نظريات التوازن المالي للصفقة في إطار توافر شروط نظريات ثلاث التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي، لدى خصص المطلب الأول لدراسة نظرية فعل الأمير و المطلب الثاني نظرية الظروف الطارئة، أما المطلب الثالث فسيعالج نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

¹ هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط. الأولى، 2015، ص 49.

² محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق ص 614.

المطلب الأول: نظرية فعل الأمير

إن المتعاقل المتعاقل و هو بصدد تنفيذ الصفة العمومية غالبا ما يصدم بأحداث أو وقائع من شأنها إرهابه و التأثير على مركزه المالي، الأمر الذي يعطي له الحق في المطالبة بإعادة التوازن المالي على أساس نظرية فعل الأمير.

و عليه فإذا كانت مراكز الأطراف المتعاقدة في العقود الخاصة متكافئة و متساوية فإنه و عكس ذلك في الصفقات العمومية قد يتحمل المتعاقل المتعاقل عبئا ماليا لم يكن في الحسبان أثناء مرحلة التعاقد، بما يفرض مراعاة الإدارة لهذا الطارئ الجديد و الاعتراف للمتعاقل معها بحقوقه المالية تشجيعا له على تنفيذ التزاماته التعاقدية.

لهذا الأساس فقد تم التطرق في الفرع الأول إلى مفهوم نظرية فعل الأمير و صورها، أما الفرع الثاني فيخصص إلى شروط النظرية و الآثار المترتبة عنها.

الفرع الأول: مفهوم نظرية فعل الأمير و صورها

تعد نظرية فعل الأمير من أقدم النظريات التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي في مجال العقود الإدارية، لتعويض المتعاقل المتعاقل تعويضا كاملا عن الأضرار التي تصيبه من جراء ممارسة الجهة الإدارية لسلطاتها، و إصدارها لبعض القرارات الإدارية، باعتباره معاونا لها في أداء وظيفتها التي تهدف إلى استمرارية سير المرافق العامة، و تقديم الخدمات تحقيقا للمصلحة العامة¹.

و يعتبر حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ: 1909/11/19 في قضية Zeilabadine، أول الأحكام في شأن تطبيق نظرية عمل الأمير، و المتعلق بطلب تعويض مقدم من متطوعين في الجيش فسخت عقودهم تطبيقا للمرسوم الصادر في 1907/03/17

¹ عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، أثر فعل الأمير على تنفيذ العقد الإداري، دار الولاء للطبع و التوزيع، مصر، ط.

بشأن حل إحدى فرق المتطوعين قبل الأجل المحدد لها، الأمر الذي نتج عنه ضرراً يجب التعويض عنه¹.

و تم تطبيق هذه النظرية من قبل القضاء الإداري الفرنسي في جميع الأعمال التي تصدرها السلطة العامة في الدولة و ترتب عنها إخلال التوازن المالي للعقد، غير أنه في الفترة الأخيرة ضيق مجلس الدولة الفرنسي من نطاق تطبيق هذه النظرية و حصرها فقط في الأعمال الصادرة عن السلطة الإدارية التي أبرمت العقد²، و تبعه في هذا الاتجاه مجلس الدولة المصري منذ إنشائه عام 1946، حيث طبق هذه النظرية في عدة منازعات ثارت بصدد تنفيذ العقد الإداري، و ذلك باعتبارها من أهم الأحكام الرئيسية التي تقوم عليها هذه العقود³.

البند الأول: مفهوم نظرية فعل الأمير

لقد أخذت نظرية فعل الأمير عدة تعاريف متشابهة من جانب الفقه و القضاء الإداري فقد عرفها الدكتور سليمان الطماوي على أنها عمل يصدر من سلطة عامة دون خطأ من جانبها ينجم عنه تسوية مركز المتعاقد في عقد إداري، و يؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك بما يعيد التوازن المالي للعقد⁴.

أما الدكتور عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد فقد عرفها على أنها كافة الإجراءات الإدارية المشروعة التي تصدرها السلطة الإدارية المتعاقدة و التي لا تتطوي على خطأ منها، و يترتب عليها التأثير على التوازن المالي للعقد الإداري⁵.

¹ إحسان سليمان خريبط، المرجع السابق، ص 169.

² عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص 576.

³ عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، المرجع السابق، ص 15 و 16.

⁴ محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 624.

⁵ عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، المرجع السابق، ص 25.

كما عرف الدكتور طعيمة الجرف فعل الأمير على أنها كل إجراء تتخذه السلطات العامة، و يكون من شأنه أن يزيد في الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو في الالتزامات التي نص عليها العقد¹.

و قد عرف أيضا الدكتور عمار بوضياف نظرية فعل الأمير على أنها جميع الأعمال الإدارية المشروعة الصادرة عن السلطة الإدارية المتعاقدة و تؤدي إلى الإضرار بالمركز المالي للمتعاقد المتعاقد².

أما بالنسبة لتعريفات القضائية لهذه النظرية، فقد عرفت محكمة القضاء المصري فعل الأمير في حكمها الصادر بتاريخ 1957/06/30 على أنه، المقصود بعبارة فعل الأمير هو إجراء تتخذه السلطات العامة، و يكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد مما يطلق عليه بصفة عامة " المخاطر الإدارية" و هذه التي أبرمت العقد و قد تتخذ شكل قرار فردي خاص أو بقواعد تنظيمية عامة³.

غير أن المحكمة الإدارية العليا بمصر لم تعط تعريفا لهذه النظرية، و إنما اكتفت فقط بالإشارة إليها و تحديد شروطها⁴.

من خلال ما تقدم نلاحظ أن جميع التعريفات الفقهية السابقة منها و القضائية لنظرية فعل الأمير عبارة عن تصرفات مباشرة أو غير مباشرة تصدر عن الجهة الإدارية تؤدي إلى زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مثل فرض الضرائب، أو الرسوم الجمركية أو زيادة في سعر المواد... الخ

و هناك من يرى بأن فعل الأمير لا يقتصر على ما يصدر من الإدارة من إجراءات ترهق المتعاقد معها، حيث يعتبر مجلس الدولة الفرنسي الموقف السلبي من جانب الإدارة بمثابة عمل الأمير، و ذلك عندما تمتنع الإدارة عن تطبيق القوانين و الأنظمة التي يكون من

¹ طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص 452.

² عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق، ص 50.

³ هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 65.

⁴ عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، المرجع السابق، ص 24.

الواجب عليها تطبيقها، الأمر الذي يترتب عليه زيادة أعباء على المتعاقد المتعاقد نتيجة الموقف السلبي من جانب الإدارة الذي اصطلح عليه الفقه بعمل الأمير السلبي¹. و تم تطبيقها من قبل مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ 1924/12/31 في قضية Ville de Dieppe².

غير أن بعض الفقهاء انتقدوا فكرة عمل الأمير السلبي، و اعتبروها بعيدة كل البعد عن مضمون نظرية فعل الأمير و ذلك لسببين رئيسيين يتمثل السبب الأول في أن نظرية فعل الأمير أساسها هو قيام الجهة المتعاقدة معها، أما السبب الثاني فيتمثل في أن هذه النظرية تشترط عدم خطأ الإدارة، و أن مسؤوليتها في ظل هذه النظرية مسؤولية عقدية دون خطأ، في حين إن امتناع الإدارة في تطبيق القوانين يلحق ضرراً بالمتعاقد معها، يؤدي إلى مسؤولية الإدارة عن خطئها و ليس على أساس عمل الأمير، و هذا ما يؤكد خروج فكرة عمل الأمير السلبي من نطاق نظرية فعل الأمير³.

البند الثاني: صور نظرية فعل الأمير

لقد سبق الإشارة، أن نظرية عمل الأمير، هي كل إجراء مشروع تقوم به الجهة الإدارية، و تنصب على العقد المبرم أو ظروف تنفيذه حيث يؤدي إلى زيادة أعباء المتعاقد المالية في تنفيذ التزاماته التعاقدية، إذ جعلها أكثر تكلفة و صعوبة، الأمر الذي يترتب للمتعاقد المتعاقد الحق في التعويض.

هذا وقد تتخذ الإجراءات الصادرة عن الجهة الإدارية، و التي تدخل في نطاق نظرية فعل الأمير في صورتين رئيسيتين، هما الإجراءات الإدارية الخاصة و الإجراءات الإدارية العامة⁴.

¹ عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، المرجع نفسه، ص 47.

² محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 653.

³ إحسان سليمان خريبط، المرجع السابق، ص 173.

⁴ هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 67؛ إبراهيم الشارف الطاهر توفيق، المرجع

السابق، ص 207؛ محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 631؛ عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، المرجع

السابق، ص 25.

الفقرة الأولى: فعل الأمير في صورة إجراءات خاصة

يقصد بفعل الأمير في صورة إجراءات خاصة، كافة الإجراءات الفردية التي تتخذها الجهة الإدارية، استناداً إلى سلطتها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة¹، الأمر الذي يترتب عليه مساس مباشر بنص من نصوصه، و زيادة في أعباء المتعاقد معها و التأثير على ظروف تنفيذ الصفقة مما يجعلها أكثر مشقة².

و عليه فإن الإجراءات الإدارية الخاصة لفعل الأمير تتخذ شكلين رئيسيين³، إذ يتمثل الأول في شكل إجراء يؤدي إلى تعديل مباشر في شروط العقد، أما الثاني فيتمثل في شكل إجراء يؤثر على الظروف المحيطة بتنفيذ العقد دون أن تمس العقد بشكل مباشر.

أولاً: الإجراء الذي يؤدي إلى تعديل مباشر في شروط العقد

باعتبار أن الصفقات العمومية إحدى أهم الوسائل التي تلجأ إليها الإدارة لتسيير مرافقها العامة و تحقيق المصلحة العامة، لذا فإن الجهة الإدارية تتدخل في الكثير من الأحيان بقرارات تؤدي إلى تعديل العقد بإرادتها المنفردة بالزيادة أو النقصان في كمية الأعمال أو شروط التنفيذ أو مدة التنفيذ، لتواكب بذلك تغير ظروف تنفيذ الصفقة بما يضمن حسن سير و انتظام المرفق العام موضوع الصفقة.

و استناداً إلى سلطة التعديل المقررة للجهة الإدارية، قد تؤدي إلى التأثير المباشر على نصوص العقد، مما يترتب عليه زيادة التكاليف و الأعباء الإضافية على عاتق المتعاقد المتعاقد على نحو لم يكن في حسبانته وقت التعاقد، و يقابل هذا الحق المقرر للإدارة حق المتعاقد في ضمان التوازن المالي.

¹ هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 67.

² عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، المرجع السابق، ص 26 و 27؛ إحسان سليمان خريبط، المرجع السابق، ص 183.

³ هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 67.

و من تم تعتبر هذه الحالات تطبيقاً لنظرية فعل الأمير في أوضح معانيها و أجلي صورها¹، و لا خلاف بين الفقهاء و لا في أحكام القضاء على ضرورة تعويض المتعاقل تعويضاً كاملاً عما لحقه من ضرر جراء تعديل شروط العقد²، بشرط أن تحترم الإدارة القيود التي تتعلق بحق التعديل، أما إذا خرجت عنها فإن تصرفها ينطوي على خطأ تعاقدي، و بالتالي فإنه يخرج من نطاق نظرية فعل الأمير.

ثانياً: الإجراء الذي يؤثر على ظروف التنفيذ

قد يكون الإجراء الفردي الذي تقوم به الإدارة غير مؤثر بشكل مباشر على شروط العقد، إلا أنه قد ينتج عنه تغيير في ظروف تنفيذ العقد على نحو يكون من شأنه تحميل المتعاقل أعباء إضافية لم تكن متوقعة أثناء الإبرام، و يدخل في هذه الطائفة الإجراءات الآتية³:

- الإجراءات التي تتخذها الجهة الإدارية بوصفها سلطة ضبط إداري كالأمر الصادر إلى المتعاقل المتعاقل بنقل أسلاك الكهرباء إلى مكان آخر لدواعي الحفاظ على سلامة المواطنين؛

- قيام الجهة الإدارية بأعمال مادية يكون من شأنها زيادة أعباء المتعاقل عن النحو القائم وقت التعاقل؛

- قيام الإدارة المتعاقله بأشغال عامة يكون من آثارها الحيلولة بين المتعاقل المتعاقل و بين تنفيذ التزاماته التعاقلية.

و على هذا الأساس، فلا خلاف بين الفقهاء و أحكام القضاء الإداري على ضرورة تعويض المتعاقل تعويضاً كاملاً عن هذه الإجراءات الخاصة وفقاً لنظرية فعل الأمير لصدورها من الإدارة المتعاقله كسلطة عامة و تأثيرها على التوازن المالي للعقد، أما خارج هذا الإطار فلا يجوز التعويض⁴.

¹ هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، المرجع نفسه، ص 68.

² محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 631؛ إبراهيم الشارف الطاهر تفوقه، المرجع السابق، ص 207.

³ هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 68 و 69.

⁴ عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، المرجع السابق، ص 32.

الفقرة الثانية: فعل الأمير في صورة إجراء عام

يقصد بالإجراءات العامة صدور قوانين أو لوائح من الجهة الإدارية التي يؤدي تطبيقها إلى زيادة أعباء المتعاقل المتعاقل، كما في حالة صدور قانون يقضي برفع الرسوم الجمركية أو تنظيم شؤون العمال أو رفع أجورهم¹.

و قد يؤدي الإجراء العام الصادر عن الإدارة إلى تعديل شروط العقد بطريقة مباشرة، أو إلى التأثير في ظروف التنفيذ بطريقة غير مباشرة.

و على هذا الأساس فيمكن التمييز بين نوعين من الإجراءات العامة هما:

أولاً: الإجراء العام الذي يؤدي إلى تعديل شروط العقد

إذا أدى التشريع أو اللوائح إلى التعديل بشكل مباشر في العقد أو في شروطه و طريقة تنفيذه و إنهاء العقد قبل المدة المتفق عليها، فعندئذ يتعين تعويض المتعاقل المتعاقل على أساس نظرية فعل الأمير متى توافرت شروطها.

لكن إذا استبعد التشريع مبدأ التعويض عن الأضرار التي قد تنجم عن تطبيقه و تأثيرها على المراكز التعاقدية، فإن نظرية فعل الأمير لا يكون لها محل من التطبيق².

لذا فإنه بصرف النظر عن مشروعية القوانين الصادرة في هذا الخصوص، فإنه من المتعين تعويض المتعاقل المتعاقل على أساس نظرية فعل الأمير في هذا المجال³، ما لم ينص القانون عن كيفية التعويض.

¹ إحسان سليمان خريبط، المرجع السابق، ص 185 و 186.

² هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، المرجع السابق ص 70؛ إحسان سليمان خريبط، المرجع السابق، ص 188.

³ محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 640.

ثانيا: الإجراء العام الذي يعدل في ظروف التنفيذ الخارجية

إن الإجراء التنظيمي العام الصادر من قبل الجهة الإدارية لا يمس شروط العقد بشكل مباشر، و إنما يقتصر أثره على ظروف التنفيذ الخارجية، فيجعله أكثر مشقة على المتعاقد المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية.

و هنا يلاحظ الفقهاء أن الأصل في قضاء مجلس الدولة الفرنسي ألا يعرض عن الأضرار التي يتحملها المتعاقد في هذه الحالة إلا في أضيق الحدود، بحيث يمكن القول أن القاعدة هي رفض التعويض إعمالاً لمبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمالها التشريعية¹. ثم تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن، و أجاز تطبيق النظرية بشرط أن تكون عناصر العقد التي مسها الإجراء (أثمان، ضرائب و أجور) قد رسخت في ذهن المتعاقد وقت الإبرام، و أن يكون من شأن التعديل الناتج عن تلك الإجراءات الإخلال بالتوازن المالي للعقد إخلالاً خطيراً².

الفرع الثاني: شروط النظرية و الآثار المترتبة عنها

لإعمال نظرية فعل الأمير يجب توفر عدة شروط، التي ترتب آثار هامة عند تطبيقها، تتمثل في:

البند الأول: شروط نظرية فعل الأمير

لتطبيق نظرية فعل الأمير، اشترط الفقه و القضاء الإداري على ضرورة توافر مجموعة من الشروط يمكن إجمالها فيما يلي:

الفقرة الأولى: وجود عقد مبرم بين الإدارة و المتعاقد معها

يشترط لتطبيق نظرية فعل الأمير أن يوجد بين المصلحة المتعاقدة و المتعاقد المتعاقد عقد مبرم وفقاً للمعايير المتفق عليها فقها و قضاء.

¹ هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 73.

² خميس سيد إسماعيل، الأصول العامة و التطبيقات العملية للعقود الإدارية، (ب.د.ن)، ط. الأولى 1994، ص 217.

إذ يعد وجود العقد شرطا بديها لأن تطبيق نظرية فعل الأمير يتميز بطابع خاص و يقتصر على عقود القانون العام فقط.

و من تم فلا مجال لتطبيق هذه النظرية على العقود التي تبرمها الإدارة و تتخلى فيها عن مظاهر السلطة العامة¹.

الفقرة الثانية: أن يكون الإجراء الضار صادرا من الإدارة المتعاقل

لإعمال نظرية فعل الأمير يشترط أن يكون العمل أو التصرف الذي تسبب في الخلل المالي للمتعاقل المتعاقل صادرا عن الإدارة المتعاقل نفسها، فإذا صدر العمل أو القرار عن جهة إدارية أخرى فلا يمكن في هذه الحالة تطبيق نظرية فعل الأمير، فإن مارست الجهة الإدارية حقها في التعديل و نجم عن ذلك آثار مالية جاز للمتعاقل المتعاقل حق المطالبة بإعادة التوازن المالي².

إلا أنه ينبغي التنويه إلى الاتجاه القديم لقضاء مجلس الدولة الفرنسي قد أجاز التعويض على أساس نظرية فعل الأمير، دون التفرقة إذا كان التصرف صادر من قبل الإدارة المتعاقل أو من جهة إدارية أخرى، حيث اكتفى مجلس الدولة الفرنسي بأن يكون الإخلال بالتوازن المالي للعقد من جراء فعل الإدارة، دون الأخذ في الاعتبار ما إذا كانت هذه الإدارة هي نفسها أبرمت العقد أولا³.

غير أن مجلس الدولة الفرنسي عدل عن ذلك و استقرت أحكامه منذ حكمه الصادر 04 مارس 1949، على قصر تطبيق نظرية فعل الأمير على الأعمال الصادرة من جهة الإدارة المتعاقل وحدها، و هو نفس الاتجاه الذي اخذ به مجلس الدولة المصري⁴.

¹ هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 75.

² عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق، ص 52.

³ إحسان سليمان خربيط، المرجع السابق، ص 190 و 191.

⁴ هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 76.

أما بالنسبة للجزائر فإن مبدأ التوازن المالي يجد أساسه القانوني في التشريع الجزائري في نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15، حيث أخذ المشرع الجزائري بنظرية فعل الأمير ذات المصدر القضائي، و تأثر بها القضاء الجزائري منذ فجر الاستقلال¹.

و من تطبيقات نظرية فعل الأمير بالجزائر، قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا² المؤرخ في 1964/12/11، الذي تتلخص وقائعه في إبرام بلدية فوكة صفقة مع متعاقد "غاز و كهرباء الجزائر"، حيث ينص موضوعها على توصيل الأعمدة و الخطوط الكهربائية، إلا أن المصلحة المتعاقدة ممثلة في البلدية اتخذت قرار يتعلق ببناء مدرسة في المسار المحدد لمد الأعمدة و الخطوط الكهربائية، الأمر الذي دفع المتعاقد المتعاقد "المقاول" إلى تغيير مسار وجهة الأعمدة، مما ترتب عنه تحمله لأعباء مالية إضافية من أجل تنفيذ موضوع الصفقة، لكن عندما طالب بالتعويض رفضت المصلحة المتعاقدة "البلدية" طلبه، فلجأ إلى القضاء الإداري ممثلاً في الغرفة الإدارية لمجلس قضاء العاصمة الذي أقر قضائها أن عمل البلدية داخلاً في فعل الأمير، و ذلك بالنظر إلى الاعتبارات التالية:

- تعلق موضوع النزاع بعقد صفقة عمومية؛
- عدم توقع المتعاقد المتعاقد لقرار بناء المدرسة؛
- صدور قرار بناء المدرسة عن المصلحة المتعاقدة؛
- اختلال التوازن المالي للصفقة بسبب قرار المصلحة المتعاقدة.

الفقرة الثالثة: أن يكون التصرف الصادر عن الإدارة مشروعاً

لتطبيق نظرية فعل الأمير يشترط مشروعية الإجراء الذي اتخذته الإدارة، و الذي يستند إليه المتعاقد معها في طلب تطبيقها، إذ أن مسؤولية الإدارة في مجال نظرية فعل الأمير هي

¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقاً للمرسوم الرئاسي رقم 247/15، ص 51.

² عمار عوابدي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 389.

مسؤولية عقدية بلا خطأ¹، أما إذا كان التصرف غير مشروع جاز للمتعاقد اللجوء إلى القضاء و مساءلة الإدارة طبقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية².

الفقرة الرابعة: أن يكون الإجراء غير متوقع وقت الإبرام

بالإضافة إلى الشروط السابقة، فإنه يشترط لإعمال نظرية فعل الأمير، أن يكون الإجراء الضار غير متوقع و معروف عند المتعاقد المتعاقد وقت الإبرام، و من شأنه أن يؤدي إلى زيادة لأعبائه المالية، فإذا توقع المتعاقد هذا الإجراء أو كان من المفروض منطقياً أن يتوقعه، فلا يمكن تطبيق عليه نظرية فعل الأمير ولا يستحق عنه أية تعويضات³.

الفقرة الخامسة: أن يلحق الإجراء ضرراً خاصاً بالمتعاقد

لما كانت المسؤولية في نطاق نظرية فعل الأمير هي مسؤولية عقدية بلا خطأ، فإنه ينبغي لتطبيقها أن يؤدي الإجراء الصادر عن الجهة الإدارية إلى قلب اقتصاديات العقد و التأثير عليه بصورة أساسية، بما يؤثر على المركز المالي للمتعاقد المتعاقد فيسبب له ضرراً مالياً جسيماً.

فإذا نتج مثلاً عن تعديل الإدارة للصفحة الزيادة الكبيرة في تحمل الأعباء المالية بالنسبة للمتعاقد، جاز له المطالبة بحقه في التوازن المالي.

لذا فالجهة الإدارية عادة و هي تمارس سلطة التعديل للصفحة العمومية، تطلب من المتعاقد معها كشف مالي عن الأعباء الجديدة لتصل معه إلى حل ودي، و هو ما نص عليه التشريع الجزائري في المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15.

¹ هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 84؛ إحسان سليمان خربيط، المرجع السابق، ص 197.

² عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقاً للمرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق، ص 52.

³ إحسان سليمان خربيط، المرجع السابق، ص 196 و 197.

البند الثاني: الآثار المترتبة على تطبيق نظرية فعل الأمير

إذا توافرت جميع الشروط سابقة الذكر، جاز للمتعاقد المتعاقد المطالبة بالمبالغ الناتجة عن الوضع الجديد الذي خلفه تصرف الجهة الإدارية.

و عليه يترتب على تطبيق نظرية فعل الأمير نتيجة رئيسية، تتمثل في تعويض المتعاقد المتعاقد تعويضاً كاملاً عن كافة الأضرار التي لحقت به بسبب ذلك الإجراء حيث ينبغي على الإدارة المتعاقدة أن تعوض المتعاقد معها إذا ما ثبت أن العمل الضار الذي أصابه من قبيل فعل الأمير¹، أما في حالة الرفض فيمكنه اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقه في التعويض.

و تجدر الإشارة أن تعويض الكامل للمتعاقد ينطوي على عنصرين² في ما لحق المتعاقد من خسارة و ما فاته من كسب.

إذ يتضمن العنصر الأول - ما لحقه من خسارة - كافة النفقات و المصروفات الفعلية التي تكبدها المتعاقد بسبب فعل الأمير كالفارق في سعر أو الرسوم الجمركية الجديدة أو الأجر.

أما العنصر الثاني فإنه ينطوي على تعويض المتعاقد المتعاقد عن الكسب المالي الذي كان يهدف إليه وقت الإبرام، باعتباره ربحاً مشروعاً قبل اختلال توازن العقد من جراء تصرف الإدارة.

و إلى جانب النتيجة الرئيسية عن فعل الأمير المتمثلة في التعويض، يمكن أن تتولد نتائج فرعية، إذ يجوز للمتعاقد مطالبة الجهة الإدارية إعفائه من غرامات التأخير المفروضة عليه نتيجة تأخيره في تنفيذ التزاماته التعاقدية، إذا ثبت أن هذا التأخير كان بسبب فعل الأمير³.

¹ إحسان سليمان خريبط، المرجع نفسه، ص 199.

² إحسان سليمان خريبط، المرجع نفسه، ص 200.

³ عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، المرجع السابق، ص 112 و 113.

هذا إضافة إلى إمكانية المتعاقد التحرر من تنفيذ التزاماته و المطالبة بفسخ الصفقة في حالة استحالة التنفيذ، أو في حالة زيادة الأعباء المالية و الفنية لدرجة لا يمكن تحملها¹.

كما يمكن للمتعاقد المثقل بفعل الأمير الجمع بين الآثار في حالة تعددها، كالحصول على تعويض كامل و المطالبة بالإعفاء عن الغرامات التأخير، أو الجمع بين التعويض و الفسخ².

المطلب الثاني: نظرية الظروف الطارئة

قد تحدث أثناء تنفيذ الصفقة العمومية ظروف طارئة تؤثر على عملية التنفيذ و تجعلها مرهقة، بشكل يؤدي إلى قلب اقتصاديات و إثقال كاهل المتعاقد في التنفيذ، مما يصيبه بأضرار مالية جسيمة .

و أمام هذا الوضع فإن إجبار المتعاقد على تنفيذ التزاماته التعاقدية، يترتب عنه عجز هذا الأخير على الوفاء بهذه الالتزامات، مما يؤدي إلى إيقاف سير المرفق العام و انتظامه في تقديم الخدمات للجمهور .

و بهدف كفالة استمرارية المرافق العامة، فقد ابتدع مجلس الدولة الفرنسي نظرية تحكم هذه الظروف الطارئة بغية مساعدة المتعاقد على تنفيذ موضوع العقد.

لهذا و لتفصيل أكثر في نظرية الظروف الطارئة، فقد خصص الفرع الأول لمفهوم نظرية الظروف الطارئة، أما الفرع الثاني فسيعالج شروط النظرية و الآثار المترتبة عنها.

¹ محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 654.

² محمد سليمان الطماوي، المرجع نفسه، ص 654.

الفرع الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة

تعد نظرية الظروف الطارئة من الأسس التي تقوم عليها العقود الإدارية، إذ تعتبر من أهم نظريات التوازن المالي.

فهذه الظروف هي ظروف مفاجئة خارجة عن إرادة الطرفين، و غير متوقعة من قبل المتعاقل المتعاقل أثناء مرحلة الإبرام و لا يمكنه دفعها، مما يجعل التزامه مرهقا و أكثر تكلفة و تسبب له خسارة فادحة أكثر مما تم تقديره.

لذا فإذا حدثت هذه الظروف المفاجئة نكون أمام الظروف الطارئة، التي تتيح للمتعاقل المتعاقل الحق في مطالبة الجهة الإدارية المتعاقدة بتعويض جزئيا، أو تعديل شروط العقد للتخفيف من أثر هذه الظروف مما قد يسمح للمتعاقل بالاستمرار في تنفيذ التزامه دون إرهاب¹، و يتلخص مضمون هذه النظرية أنه أثناء تنفيذ موضوع الصفقة قد تطرأ ظروف من شأنها قلب اقتصاديات العقد و تجعل الاستمرار في تنفيذه مستحيلا.

وقد تعددت تعريفات الفقهية لنظرية الظروف الطارئة، حيث عرفها البعض على أنها الحوادث و الظروف غير المتوقعة عند إبرام العقد، التي تؤدي إلى قلب اقتصادياته، و تسبب خسارة غير محتملة للمتعاقل، الأمر الذي يخول الحق في مطالبة الإدارة بتعويضه جزئيا عن هذه الخسائر².

أما الدكتور محمد سليمان الطماوي فقد عرفها على أنها الأحداث التي لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقلبت اقتصادياته و تجعل تنفيذ العقد مستحيلا و أكثر تكلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول، و إذا كانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة العادية التي يتحملها أي متعاقل إلى خسارة فادحة استثنائية و غير عادية، فإنه من حق المتعاقل المتعاقل طلب الجهة الإدارية المتعاقدة المشاركة في هذه الخسارة التي تحملها و تعويضه تعويضا جزئيا³.

¹ إحسان سليمان خريبط، المرجع السابق، ص 204.

² هيثم حليم غازي، التوازن المالي للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 100.

³ محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 666 و 667.

من خلال ما سبق، يتبين أن نظرية الظروف الطارئة تجد مبررها في ضمان حسن سير المرفق العام، و ذلك باعتبار تجاهل الجهة الإدارية في تحملها لجزء من الخسائر التي تؤدي إلى إرهاب المتعاقل معها و انقطاعه عن الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية الأمر الذي يمس بمبدأ دوام استمرارية سير المرفق العام، لذا أزم القضاء و التشريع على ضرورة تعويض المتعاقل المتعاقل تعويضا جزئيا.

و بالرجوع إلى القواعد العامة نجد أن المشرع الجزائري نص على نظرية الظروف الطارئة بموجب الفقرة 3 من المادة 107 من القانون المدني التي تنص على: "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، و إن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى حد المعقول، و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك."

بهذا فإن فكرة نظرية الظروف الطارئة تتماشى و مبادئ العدالة، إذ ليس من العدل ترك المتعاقل المتعاقل يتحمل لوحده الأعباء المالية بحجة أن الإدارة المتعاقل لا دخل لها في هذه الظروف الجديدة و الطارئة.

و على هذا الأساس فقد نص المرسوم الرئاسي 247/15 بصريح العبارة بموجب المادة 153 على إمكانية إعادة التوازن المالي، مراعي الظروف الطارئة و الإرهاب المالي للمتعاقل، و إعادة الاعتبار المالي له في إطار حل ودي.

و في هذا الإطار لا تفوتنا الإشارة، أن جذور نظرية الظروف الطارئة تمتد إلى القانون الروماني¹، إلا أن أصلها التاريخي يعود للقانون و القضاء الإداري، فهي نظرية قضائية أنشأها مجلس الدولة الفرنسي، و طبق أحكامها بشكل ظاهر في حكمه الصادر بتاريخ 1969/03/30 في قضية غاز بوردو التي تتلخص وقائعها² في شركة كانت ملتزمة بتوريد الغاز لمدينة بوردو، و عقب نشوب الحرب العالمية الأولى ارتفعت أسعار الفحم إلى أكثر

¹ هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 102.

² إحسان سليمان خربيط، المرجع السابق، ص 206.

من 3 أضعاف الثمن الذي كان أثناء العقد مقدر بـ 23 فرنك فرنسي، الأمر الذي لم يكن متوقعا من قبل الشركة، مما جعلها تطلب من الإدارة المتعاقدة رفع الأسعار المفروضة على المنفيعين، لأن التزامها بالتنفيذ أصبح مرهقا، لكن الإدارة رفضت ذلك، و تمسكت بشروط العقد.

و لما رفع النزاع أمام المجلس الدولة الفرنسي، قضى بإلزام الإدارة المتعاقدة مشاركة الشركة المتعاقدة في الأضرار الناتجة عن الظروف الطارئة التي لم تتوقعها الشركة¹.

إذا فبموجب قضية غاز بوردو، أقر مجلس الدولة الفرنسي تعويض كل متعاقد يتعرض للظروف الطارئة، تعويضا جزئيا عن الأضرار التي تصيبه من جرائها، و ذلك لتمكينه من الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية من جهة، و ضمان سير المرافق العامة بانتظام من جهة ثانية².

وأعقب مجلس الدولة الفرنسي هذا الحكم بأحكام عديدة طبق فيها هذه النظرية و وسع مداها و نطاق تطبيقها، إذ لم يقصرها على عقود الالتزام فقط، بل عمم تطبيقها على العقود الإدارية كأشغال العامة أو التوريد³.

و على هذا الأساس، لا يجوز النص على استبعاد تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا ما توافرت شروطها، ذلك أن الهدف الأساسي من تطبيقها هو مساعدة المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته، حيث تتوقف هذه المساعدة عند انتهاء الطرف الذي جعل أمر التنفيذ مرهقا.

هذا وقد استبعد القضاء المصري نظرية الظروف الطارئة إلى غاية صدور قانون مجلس الدولة رقم 9 لسنة 1946، هذا الأخير الذي منح المجلس الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة فقط بعقود الالتزام، الأشغال و التوريد، الأمر الذي مكنه من تطبيق نظرية الظروف الطارئة عليها، لكن بعدها عرف المجلس توسيع في اختصاصاته لشمول العقود الإدارية

¹ محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 301.

² عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، المرجع السابق، ص 07.

³ عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، المرجع نفسه، ص 29

بموجب قانون رقم 1955/165، حول تطبيق هذه النظرية على جميع العقود و لم يقصرها على عقد الالتزام و الأشغال العامة و التوريد¹.

أما بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي الجزائري، يتضح أن قضاة الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، قد طبقوا نظرية الظروف الطارئة في القرار الصادر 1993/10/10، في قضية [د.ح] ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية عين البرد حيث جاء في حيثياته: " من المقرر قانونا أنه إذا طرأت ظروف استثنائية لم يكن في الوسع توقعها، و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى إن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين، جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى حد المعقول، و لما ثبت أن السوق محل العقد المبرم بين المستأنف و المستأنف عليه بقى مغلقا بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي فان ذلك يعد حادثا استثنائيا يجب الأخذ به².

الفرع الثاني: شروط النظرية والآثار المترتبة عنها

بغية تطبيق نظرية الظروف الطارئة يجب توافر عدة شروط، التي ترتب آثار هامة عند تطبيقها، تتمثل في:

البند الأول: شروط نظرية الظروف الطارئة

لقيام نظرية الظروف الطارئة لا بد من توافر مجموعة من الشروط تتمثل في:

الفقرة الأولى: وقوع حوادث استثنائية غير متوقعة أثناء التنفيذ

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يقع الظرف الطارئ و الاستثنائي أثناء مرحلة تنفيذ الصفقة، و ليس قبل مرحلة الإبرام أو بعد الانتهاء من التنفيذ، ذلك أن العبرة في

¹ عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، المرجع نفسه، ص 40 و 41

² قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، الصادر في 1993/10/10، رقم القرار 996/94، مجلة القضاء الجزائري، 1994، ع. الأول، ص 217

الظرف الطارئ الذي يتيح تطبيق النظرية، هو وقوعه بعد الإبرام و قبل الانتهاء من تنفيذ موضوع الصفقة¹.

فإذا وقع ظرف طارئ أثناء مرحلة الإبرام، فإنه يمكن للطرفين المتعاقلين تقديره و يتم وضعه بعين الاعتبار من قبل المتعاقل المتعاقل عند قيامه بتقديم عرض أو سحبه، فإذا لم يفعل ذلك فيكون عالم بالظروف الطارئة و بالتالي لا يتم تعويضه.

الفقرة الثانية: أن يكون الحادث الطارئ خارج عن إرادة الطرفين

حسب الفقه و القضاء الإداري لا يمكن الأخذ بنظرية الظروف الطارئة إلا إذا كان الظرف الذي تسبب بخسارة للمتعاقل المتعاقل و قلب اقتصاديات الصفقة خارج عن إرادة الطرفين المتعاقلين، بمعنى لا يستفيد المتعاقل من إعادة التوازن المالي تحت عنوان الظروف الطارئة إذا تسبب هو بعمله أو تدخله في الحدث الطارئ، و كذلك الحال ينبغي أن لا تكون الجهة الإدارية هي المتسببة في ظهور هذا الطارئ فإذا كان الحدث الطارئ يعود للإدارة، جاز للمتعاقل المتعاقل مساءلتها على أساس المسؤولية التقصيرية لا نظرية الظروف الطارئة².

و على هذا الأساس، قد شدد مجلس الدولة الفرنسي في تطبيق هذا الشرط، إذ يرفض التعويض كلما كان الظرف منسوباً إلى المتعاقل سواء كان متعمداً في ذلك، أو نتيجة عدم بذل الجهود اللازمة للوقاية من حدوث هذه الظروف³.

الفقرة الثالثة: أن يكون الحادث الطارئ غير متوقع

يعتبر الظرف الطارئ غير متوقع شرط جوهري الذي تقوم على أساسه نظرية الظروف الطارئة⁴، إذ لا يكون هذا الظرف متوقع الحدوث من جانب الطرفين المتعاقلين وفقاً لنيتهما

¹ إحسان سليمان خريبط، المرجع السابق، ص 222.

² عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفقاً للمرسوم الرئاسي 217/15، ص 54.

³ محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 681.

⁴ محمد سليمان الطماوي، المرجع نفسه، ص 677.

المشتركة عند التعاقد، و لا يمكن تداركه أو دفعه بعد حدوثه كأزمة اقتصادية أو صدور نصوص قانونية أو تنظيمية جديدة.

ذلك أن الصفقة تحمل بعض المخاطر التي يتعين على الأطراف المتعاقدة أخذها في الحسبان وفقاً لسلوك الرجل العادي عند إبرام الصفقة، فإذا قصر المتعاقد في ذلك فلا يعرض.

أما الظروف التي يفوق تقديرها أو توقعها كزلزال أو أزمة اقتصادية، ففي هذه الحالة تطبق نظرية الظروف الطارئة وذلك لإعادة التوازن المالي الذي سببته هذه الظروف.

الفقرة الرابعة: أن ينجم عن الحادث الطارئ خسائر غير مألوفة

بالإضافة إلى الشروط السابقة، يلزم لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن تؤدي إلى خسائر غير مألوفة، والتي يقصد بها الظروف التي تعمل على قلب الوضع الاقتصادي للمتعاقل المتعاقد، فترتب على تنفيذ الصفقة خسائر كبيرة غير طبيعية و غير مألوفة.

و لكن بالرغم من تلك الخسائر التي لحقت بالمتعاقل المتعاقد، إلا أنها لا يمكن أن تمنعه من الوفاء بالتزاماته التعاقدية و إنما تجعل تنفيذها مرهقا، فإذا أدت إلى استحالة في التنفيذ، ففي هذه الحالة يكون المتعاقل المتعاقد أمام قوة قاهرة و ليس ظرف طارئ، مما ينجم عنه إنهاء الصفقة¹.

البند الثاني: الآثار المترتبة عن نظرية الظروف الطارئة

إن تحقق الشروط التي تقوم عليها نظرية الظروف الطارئة لا يعتبر حجة للمتعاقل المتعاقد للتخلي عن الوفاء بالتزاماته التعاقدية، و إنما يفرض على الجهة المتعاقدة التدخل من أجل مساعدة المتعاقد معها لمواجهة الظروف الجديدة لضمان استمرار سير المرافق العامة.

¹ هيثم حليم غازي، التوازن المالي للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 128.

لذا فإنه يترتب عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة الآثار التالية:

الفقرة الأولى: استمرار المتعاقل المتعاقل في تنفيذ التزاماته التعاقدية

يترتب على تطبيق نظرية الظروف الطارئة التزام المتعاقل المتعاقل في تنفيذ ما تم الاتفاق عليه رغم حدوث الإخلال المالي، و ذلك من أجل ضمان استمرارية المرفق العام تحت طائلة التعرض للعقوبات المقررة في حالة انقطاعه عن تنفيذ التزاماته التعاقدية¹.

و قضى مجلس الدولة الفرنسي في بعض حالات توقف المتعاقل عن الوفاء بالتزاماته بالتعويض عن الأضرار التي أصابته من جراء الظروف الطارئة رغم التوقف، على أن يتم خصم مبلغ غرامات التأخير من مبلغ التعويض².

الفقرة الثانية: حق المتعاقل في الحصول على مساعدة الجهة المتعاقد (تعويض جزئي):

في حالة توافر شروط أعمال نظرية الظروف الطارئة، تلتزم الجهة الإدارية بالمساهمة في الخسائر التي لحقت المتعاقل معها، و ما ترتب عنها من زيادة في الأعباء المالية و اختلال اقتصاديات العقد، قصد إعادة التوازن المالي للصفقة.

فالتعويض الذي تلتزم به الإدارة لصالح المتعاقل معها يكون في الحدود التي تسمح بإعادة التوازن لاقتصاديات الصفقة، حتى يتمكن هذا الأخير من مواجهة الصعوبات و الاستمرار في تنفيذ الخدمات التي التزم بها تكريسا لمبدأ دوام سير المرفق العام باستمرار.

لهذا و نظرا لخصوصية التعويض، فقد تختلف نظرية الظروف الطارئة في القانون الإداري عنها في القانون المدني، و مرجع هذا الاختلاف يعود إلى سلطات القاضي في كلا القانونين، إذ يستطيع القاضي أن يعدل الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في نطاق القانون المدني، في حين لا يستطيع ذلك في القانون الإداري و إنما يلزم بالحكم بالتعويض³.

¹ إحسان سليمان خريبط، المرجع السابق، ص 223 و 224.

² عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، المرجع السابق، ص 89.

³ محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 691.

و بالرجوع إلى التشريع الجزائري، نجد أن المادة 107 من القانون المدني جاءت بشكل واضح و صريح، إذ يجوز للقاضي الإداري أن يهتدي بها و هو يطبق أحكام المادة 153 من المرسوم 247/15 بغية إعادة الاعتبار المالي للمتعاقد، طالما كان الغرض من النصين واحد و أن روحهما تصب في نفس الاتجاه.

و في هذا الإطار تجدر الإشارة أن هذا التعويض المقرر هو تعويض جزئي مؤقت و ليس كاملا مرتبط بوجود الظرف الطارئ، فبزواله تمتنع الجهة الإدارية عن تقديم مساهمتها في الخسائر، أما إذا استغرق الظرف الطارئ فترة زمنية طويلة فحينها يتحول هذا الظرف إلى قوة قاهرة مما يؤدي إلى فسخ الصفقة¹، لأنه لا يمكن للمتعاقد أن يرضى بالاستمرار في تنفيذ موضوع الصفقة دون أن يحقق كسب مادي.

المطلب الثالث: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

بعد دخول الصفقة العمومية حيز التنفيذ قد تطرأ صعوبات مادية لم تكن متوقعة، تجعل تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية المتفق عليها مرهقا، و مثقلا بزيادة التكاليف و الأعباء المالية عن الحد المتفق عليه، الأمر الذي يصعب تنفيذ موضوع الصفقة على المتعاقد، و بالتالي التأثير سلبا على مبدأ دوام استمرارية سير المرفق العام.

و لتفصيل أكثر حول نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، خصص الفرع الأول لدراسة التعريف بالنظرية و نشأتها، أما الفرع الثاني سيتطرق إلى شروط تطبيق النظرية و الآثار المترتبة عنها.

¹ إحسان سليمان خريبط، المرجع السابق، ص 226.

الفرع الأول: التعريف بالنظرية و نشأتها

يقصد بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، تلك العوائق المادية البحتة التي تصادف المتعاقد المتعاقد أثناء تنفيذ العقد، و تكون ذات طابع استثنائي لم يتوقعها المتعاقد و المصلحة المتعاقدة أثناء عملية الإبرام، فتؤدي إلى اختلال التوازن المالي للصفقة من خلال زيادة التكاليف المالية التي يتحملها المتعاقد المتعاقد، فيجعل تنفيذه لالتزاماته مرهقا و صعبا، مما يتطلب تدخل الجهة الإدارية لتعويضه تعويضا كاملا جبرا للأضرار التي أحدثتها تلك الصعوبات، و حتى يتمكن من الاستمرار في الوفاء بالتزاماته التعاقدية¹.

و يعد عقد الأشغال العامة مجال الخصب لتطبيق هذه النظرية، و ذلك نظرا لطبيعة هذا العقد و ما يواجه تنفيذه من صعوبات ذات طبيعة مادية، الأمر الذي جعل بعض الفقهاء إلى قصر نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة على هذا النوع من العقود فقط، على رأسهم الفقيه VEDEL الذي اعتبر هذه النظرية خاصة بعقود الأشغال العامة من الناحية العملية. أما الفقيه FALMME فيرى أن هذه النظرية أنشأت في مجال عقود الأشغال العامة، لذا يجب أن تظل محددة في هذا المجال دون سواه².

غير أن أغلب الفقه الفرنسي و المصري، اعتبر أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لا يمكن قصر تطبيقها على عقد معين، و إنما تشمل كافة العقود الإدارية متى توافرت شروط إعمالها³.

و يعود أصل هذه النظرية إلى القانون الإداري، إذ تعتبر من أهم و أقدم النظريات التي ابتدعها⁴ مجلس الدولة الفرنسي في منتصف القرن 19، و قد كان أول حكم في هذا الشأن في قضية VEYERT بتاريخ 18/03/1869، إذ من خلاله اعترف قضاء هذا المجلس بحق

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاء و تحكيما، المرجع السابق، ص 203 و 204.

² هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 156.

³ هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، المرجع نفسه، ص 156.

⁴ محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 714.

المتعاقل المتعاقل في الحصول على تعويض عن الضرر لحقه عند تنفيذ العقد بسبب صعوبات مادية غير متوقعة لا ترجع إلى خطئه أو خطأ الإدارة¹.

إذا فقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أحقية المتعاقل في تعويض كامل عن الصعوبات المادية غير المتوقعة ذات الطبيعة الاستثنائية البحتة، التي تواجهه أثناء تنفيذ التزاماته التعاقدية المتفق عليها و لم تكن متوقعة، تجعل التنفيذ أكثر إرهاقا و تكلفة، الأمر الذي يمكن المتعاقل من الحصول على تعويض كامل لإعادة التوازن المالي للعقد.

و قد استند مجلس الدولة الفرنسي في منح التعويض وفقا لتلك النظرية إلى نص المادة 28 من كراسة الشروط و المواصفات العامة، و التي كانت تقرر التعويض عن هلاك و التلف أو الخسارة و الأضرار الناتجة عن القوة القاهرة، ثم توسع المجلس في تفسير نص المادة 28، إذ قضى بالتعويض في حالة القوة القاهرة التي يتحقق فيها تلف أو هلاك يمكن تقويمه بالمال².

ثم توالت أحكام مجلس الدولة في تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة كلما توافرت شروطها، حتى أصبحت أحد أهم المبادئ المستقرة في النظام القانوني للعقود الإدارية.

هذا و قد انتهج مجلس الدولة المصري نفس نهج مجلس الدولة الفرنسي، و ذلك من خلال اعتناقه لهذه النظرية في حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 1957/01/20 حيث قررت: " أن المدعي يؤسس طلب التعويض في هذه الحالة على النظرية المعروفة بنظرية الصعوبات غير المتوقعة..."³.

¹ ياقوتة عليوات، المرجع السابق، ص 189.

² هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 157.

³ محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 718.

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية و الآثار المترتبة عنها

لتطبيق نظرية الصعوبات المادية يجب توافر عدة شروط، التي ترتب آثار هامة عند تطبيقها، تتمثل في:

البند الأول: شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية

لقد اشترط الفقه و القضاء الإداري لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة مجموعة من الشروط يستند عليها لتعويض المتعاقد عن التي واجهته أثناء تنفيذ موضوع الصفقة، و تتمثل هذه الشروط في:

الفقرة الأولى: أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية استثنائية

بغية تعويض المتعاقد عن الصعوبات التي واجهته أثناء تنفيذ موضوع الصفقة، ألزم الفقه و القضاء الإداري أن تكون هذه الصعوبات ذات طبيعة مادية و استثنائية¹، أما إذا كانت هذه الصعوبات بسيطة يستطيع المتعاقد تحملها و مواجهتها فإنه لا مجال لتطبيق هذه النظرية².

و في أغلب الحالات تعتبر الظواهر الطبيعية من أهم مصادر الصعوبات المادية، كأن تكون الأرض التي تنفذ عليها الأشغال ذات طبيعة صخرية أو رملية غير صالحة للبناء، عكس ما يفترضه التنفيذ الطبيعي للعقد و ما تم الاتفاق عليه بين الطرفين المتعاقدين في وجود طبيعة أرضية سهلة.

هذا و قد أكد مجلس الدولة المصري على طبيعة الأرض في أحكامه الصادرة بتاريخ 1953/05/05 و في 1957/01/20، حيث كان موضوع الأشغال العامة محل التعاقد تتعلق بتطهير ترعة، لكن المتعاقد عند البدء في الأشغال فبدلاً من وجود طمي يمكن حفره

¹ عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، المرجع السابق، ص 116 و 117.

² إحسان سليمان خريبط، المرجع السابق، ص 152.

بالوسائل العادية، وجد طبقات صخرية¹ و بالتالي تحتاج إلى تجهيزات أكثر تكلفة مما قدره المتعاقدون أثناء مرحلة الإبرام.

الفقرة الثانية: أن لا تكون الصعوبات المادية من عمل أحد المتعاقدين

لقد اشترط الفقه و القضاء الإداري في تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، أن لا تكون الصعوبات الواقعة بسبب أحد المتعاقدين، أي مستقلة عن إرادتهما و لا يد لأي منهما في إحداثها².

فإذا كان مرجع هذه الصعوبات إلى الإدارة المتعاقدة، فإنه لا يمكن حرمان المتعاقد من التعويض، لكن استحقاق هذا التعويض لا يكون على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، و إنما يكون أساسه إما نظرية الظروف الطارئة أو الخطأ التعاقد³.

الفقرة الثالثة: أن تكون الصعوبات غير متوقعة أثناء مرحلة الإبرام

مؤدى ذلك أن تكون هذه الصعوبات مفاجأة للمتعاقدين لعدم توقعها أثناء مرحلة إبرام العقد، إذ يقدر هذا الشرط بنفسه الأوضاع التي قدرت بها نظرية الظروف الطارئة⁴.

إذا لتطبيق نظرية الصعوبات المادية، يشترط أن تكون الصعوبات طارئة غير متوقعة من الإدارة المتعاقدة و المتعاقد معها الذي لم يضعها في حسابانه وقت التعاقد أو أثناء التنفيذ.

و على هذا الأساس يتمتع القاضي الإداري بسلطة تقديرية واسعة في سبيل تقدير طبيعة الصعوبات المادية، و ما إذا كانت تدخل في دائرة الصعوبات المألوفة، أم أنها ذات طبيعة استثنائية غير متوقعة.

¹ محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص

² إبراهيم الشارف الطاهر تفوقه، المرجع السابق، ص 178.

³ إحسان سليمان خريبط، المرجع السابق، ص 154.

⁴ إحسان سليمان خريبط، المرجع نفسه، ص 154.

الفقرة الرابعة: أن تؤدي الصعوبات المادية إلى إرهاب التنفيذ

بالإضافة إلى الشروط السابقة، فقد يشترط أن تؤدي الصعوبات إلى إضرار المتعاقد و زيادة في التكاليف و الأعباء المالية، مما يجعل تنفيذ موضوع العقد مكلفا، الأمر الذي يجعل المتعاقد غير قادر على الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية.

البند الثاني: الآثار المترتبة عن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

لقد أجمع الفقه و القضاء أن توافر شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، يترتب عليه عدة آثار تتمثل في:

الفقرة الأولى: استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية

إن وقوع الصعوبات المادية لا يعفي المتعاقد من الاستمرار في تنفيذ ما التزم به، رغم الإخلال المالي الذي سببته هذه الصعوبات، فإذا توقف عن التنفيذ بحجة صعوبة أدائه، فإنه يتحمل مسؤولية هذا التوقف و لا يمكنه مطالبة الجهة الإدارية بالتعويض عن هذه الصعوبات، و أكثر من ذلك يكون عرضة لتوقيع الجزاءات كتنفيذ التزاماته التعاقدية على حسابه أو مصادرة التأمين و فرض غرامات مالية¹، و هذا حتى لا تترك الحرية للمتعاقد المتعاقد للتصل من التزاماته التعاقدية.

لذا فإن التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ موضوع الصفقة يرتبط أساسا بمبدأ سير المرافق العامة بانتظام، الذي يعتبر من أهم أولويات و أهداف التي تصبوا الجهة المتعاقدة إلى تحقيقها من وراء دخولها غمار إبرام الصفقات من جهة، و من جهة ثاني تجعل النظر إلى المتعاقد معاونا للإدارة في أداء وظيفتها من أجل ضمان سير المرفق العام.

الفقرة الثانية: حق المتعاقد في الحصول على تعويض كامل

يترتب على استمرار المتعاقد المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية رغم الصعوبات المادية التي واجهته، استحقاقه لتعويض كامل تمنحه الجهة الإدارية و ذلك لإعادة التوازن المالي للصفقة.

¹ إبراهيم الشارف الطاهر تفوقه، المرجع السابق، ص 186.

و عليه يجب أن يغطي هذا التعويض كافة الأعباء المالية و النفقات الإضافية التي تحملها المتعاقل في سبيل مواجهة الصعوبات التي اعترضت تنفيذه.

و في هذا الصدد يقول الفقيه BENOIT: "... إذا لم يوجد اتفاق ودي بين الإدارة المتعاقل و المتعاقل المتعاقل للتعويض عن الصعوبات المادية التي يواجهها المتعاقل أثناء تنفيذ العقد، فإن القاضي الإداري يحكم على الإدارة بدفع تعويض للمتعاقل معها يناسب العبأ المالي الذي حدث له بسبب الصعوبة المادية غير المتوقعة...و يجب أن يشمل التعويض كل هذا العبأ أي يعادل قيمة العمل الإضافي"¹.

¹ عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، المرجع السابق، ص 162.

الفصل الثاني

الفصل الثاني: التزامات المتعاقد المتعاقد في تنفيذ الصفقة العمومية

من المسلم به أن العلاقات التعاقدية بين الأفراد في ظل القانون الخاص مبنية على حرية اختيار كل متعاقد لشريكه في العقد، لكن الأمر يختلف في العقود الإدارية بصفة عامة و الصفقات العمومية بصفة خاصة، ذلك أن الجهة الإدارية مقيدة في اختيارها بجملة من الشروط، محكومة بنصوص قانونية تبين بدقة كيفية اختيار الطرف الثاني للعقد - المتعاقد المتعاقد - بغية انجاز مشاريعها بأعلى جودة و بأقل تكاليف و في أقصر الآجال.

و على هذا الأساس تبذل المصلحة المتعاقدة قصارى جهدها لاختيار المتعاقد معها، خاصة من حيث المؤهلات التي يملكها كالكفاءة المهنية و القدرة البشرية و المالية، قصد التنفيذ الجيد و الكلي لموضوع الصفقة.

فبعد إبرام الجهة المتعاقدة للصفقة العمومية و دخولها حيز التنفيذ، تصبح منتجة لآثارها القانونية، فترتب في ذمة المتعاقد المتعاقد التزامات معينة، التي تخدم هدفه الأساسي الذي يسعى لبلوغه من وراء تعاقد، و المتمثل أساسا في تحقيق ربح مالي.

لهذا يتوجب على المتعاقد الوفاء بالالتزامات و المهام المسندة إليه حسب الشروط المنصوص عليها في العقد بكل أمانة، و في حالة الإخلال بها أو التقصير في أدائها يتعرض إلى جزاءات.

و بغية التفصيل أكثر في هذه الالتزامات، سيتم التطرق إلى التزام المتعاقد بتقديم الضمانات كمبحث أول، أما المبحث الثاني فسيعالج التنفيذ الشخصي للصفقة العمومية، أما المبحث الثالث فسيخصص لدراسة التزام المتعاقد باحترام الآجال و تسليم الأشغال.

المبحث الأول: التزام المتعاقد بتقديم الضمانات

إن استعانة الإدارة بجهود و إمكانيات المتعاقد المتعاقد، لتحقيق أهدافها المتمثلة في الحفاظ على سير المرفق العام بانتظام و تحقيق الصالح العام، يلزمها دائما بالتريث في حسن اختيار المتعاقد من الناحية الاقتصادية وفقا لمجموعة من المعايير محددة و معروفة، خاصة ما يتعلق في البحث عن الضمانات الملائمة و الضرورية.

لذا يعتبر حسن اختيار المتعاملين، و اختيار أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة من الضمانات الضرورية التي تتيح التنفيذ الحسن للصفقة العمومية.

غير أنه فضلا عن أن اختيار المتعامل المتعاقد يعتبر في حد ذاته ضمانا، إلا أن تنظيم الصفقات العمومية ألزم كل متعاقد بتقديم ضمانات مالية، تعتبر كحماية للمصلحة المتعاقدة من المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها انجاز مشروع ما¹.

و على هذا الأساس سيتم التطرق إلى الإلزامية القانونية للضمانات كمطلب أول، أما المطلب الثاني فسيعالج أصناف الضمانات.

المطلب الأول: الإلزامية القانونية للضمانات

لما كانت الصفقات العمومية صلة بالخزينة العامة من جهة، و بحسن سير المرفق العام بانتظام من جهة ثانية، و بالجمهور المنتفع من خدمات المرفق العام من جانب آخر ووجب أخذ الاحتياطات اللازمة لتأمين الإدارة على مصالحها، و الضغط أكثر على المتعاقد معها و جبره على تنفيذ التزاماته في الآجال المتفق عليها و وفقا للشروط و المواصفات و الكيفيات الواردة في عقد الصفقة².

فالمصلحة المتعاقدة منذ بداية مرحلة الإبرام، تحرص و في المقام الأول على منح الصفقة العمومية للمتعاقد القادر من الناحية المالية، وفق لما ألزم عليه تنظيم الصفقات العمومية بموجب المادة 53 من المرسوم الرئاسي 247/15، إذ تخصص الجهة المتعاقدة الصفقة للمؤسسة التي تعتقد أنها قادرة على تنفيذها، بعد تأكدها من قدرات المرشحين و المتعهدين المالية.

لهذا تحرص الجهة الإدارية في كل الحالات على إيجاد الضمانات الضرورية خاصة من الناحية المالية، إذ تقوم بالاستعلام بكل الوسائل القانونية عن المتعامل المتعاقد، سواء لدى مصالح متعاقدة أخرى سبق لها التعاقد مع المتعامل المتعاقد المختار، أو عن طريق الهيئات

¹ النوي خرشي، المرجع السابق، ص 314.

² عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 236/10، المرجع السابق، ص 213.

المكلفة بمهمة المرافق العمومية، أو لدى البنوك و التمثيليات الدبلوماسية في الخارج وفق لما نص عليه التشريع الجزائري في المادة 56 من نفس المرسوم أعلاه.

مما سبق، و حتى تتمكن الإدارة من حماية نفسها و مصالحها من المخاطر المالية التي يمكن أن تتعرض لها بصدد تنفيذ صفقاتها العمومية¹، أوجب التشريع الجزائري بموجب المادة 124 من المرسوم الرئاسي 247/15، على تقديم المتعاقد المتعاقد ضمانات مالية تتيح التنفيذ الجيد للصفقة.

و لهذا سيتم التفصيل الأكثر في الفرعين التاليين، الذي خصص الأول لدراسة الطبيعة القانونية للضمانات، أما الثاني سيعالج خصائص الضمانات.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للضمانات

يعتبر حسن اختيار الإدارة للمتعاقدين و اختيار أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة من الضمانات الضرورية، التي تساعد على التنفيذ الحسن للصفقة.

و عليه فان الجانب المالي للمتعاقد ذو أهمية كبيرة بالنسبة للإدارة سواء في مرحلة الإبرام أو التنفيذ، حيث أن القدرة المالية للمتعاقد تعتبر أحد المؤهلات في اختياره لتنفيذ موضوع التعاقد.

فالضمانات في القواعد العامة هي وجوب تعويض الشخص الذي وقع عليه الاعتداء على أمواله أو نفسه مما أدى إلى هلاكها، و ذلك حفاظا على حقوقه و صيانتها من كل أذى².

فالضمان هو التزام بتعويض الغير لما لحق به من أضرار أدت إلى إتلاف المال أو ضياع المنافع.

أما في مجال الصفقات العمومية تعتبر الحق الذي تتمتع به الجهة المتعاقدة تجاه المتعاقد المتعاقد حتى يؤمن سداد ديونه، و قد يكون هذا الضمان شخصا كعقد الكفالة أو عينيا كالرهن الحيازي.

¹ إسماعيل بحري، المرجع السابق، ص 96.

² Mohamed Kobtane, op, cit, p 43.

و على العموم، فالضمانات في الصفقات العمومية تهدف في مجملها إلى حماية المصلحة المتعاقدة من مخاطر سوء تنفيذ المتعاقد لالتزاماته أو من خطر عدم استرجاع الأموال المدفوعة كتسبيقات زيادة من المبالغ مستحقة الدفع، أو في حالة عدم تسديد دفعات القرض الذي يأخذه المتعاقد مقابل رهن الصفة بغية التمويل لتنفيذها¹.

بهذا فان الضمانات التي يلتزم المتعاقد بتقديمها أثناء تنفيذ الصفة العمومية قد تختلف و تتنوع، إلا أن هدفها يبقى واحد و هو حماية المصلحة المتعاقدة من مخاطر التنفيذ.

و قد بين تنظيم الصفقات العمومية الضمانات الملائمة لحسن تنفيذ الصفة العمومية التي تحصل عليها المصلحة المتعاقدة لاسيما في الجانب المالي، إذ تتمثل في الضمانات المالية التي تغطيها كفالة مصرفية، يصدرها بنك أجنبي من الدرجة الأولى يعتمده بنك الجزائر المختص.

الفرع الثاني: خصائص الضمانات

يلتزم المتعاقد بتقديم كفالة ضامنة للجهة الإدارية، حيث يحدد قيمتها دفتر الشروط من القيمة الإجمالية للصفة وقت التعاقد، و ذلك لضمان أداء المتعاقد لجميع التزاماته التعاقدية أداء جيدا.

و بهذا فالضمانات تتميز بمجموعة من الخصائص تتمثل في:

-يعتبر الضمان وثيقة مكتوبة تصدر عن البنك، إذ لا تصح الأشكال الأخرى للاحتجاج بها عند إرادة تفعيل الضمان، كما يجب أن يتطابق ما هو مدرج ضمن فحوى وثيقة الضمان بصورة واضحة و كافية مع ما حددته الصفة في المسائل المتعلقة بمدة الضمان، مبلغ الضمان أو نسبته إلى المبلغ الإجمالي للصفة، فإذا لم تحدد المدة في بنود الصفة، تمتد مدة هذا الضمان سنة كاملة²؛

¹ - Christophe Lajoie , op, cit, p 176.

² النوي خرشي، المرجع السابق، ص 317.

- يتم تحديد مبلغ الضمان من قبل المصلحة المتعاقدة، و يدرج ضمن بنود دفتر الشروط، هذا إلى جانب تحديد الامتداد الزمني و الموضوعي ليغطي ما تفرضه الجهة المتعاقدة؛
- إن وثيقة الضمان تؤدي إلى إدخال طرف ثالث و إشراكه مع الأطراف المتعاقدة، إذ يتمثل دور هذا الأخير في ضمان ما تم الالتزام به من قبل المتعاقد تجاه الجهة الإدارية؛
- يتم تفعيل الضمان في مجمله المطالبة به من قبل المصلحة المتعاقدة إذ لا يمكن للبنك الاعتراض عن هذا التفعيل؛
- لا يقع على المصلحة المتعاقدة بصفتها المستفيد من الضمان إلا التأكد من وجود وثيقة الضمان البنكي و مطابقتها للأشكال المعمول بها، دون أن تلزم بالتأكد من صحة الإجراءات التي سمحت بحصول المتعاقد المتعاقد على هذا الضمان البنكي، و لا يحق للبنك إلغاء الضمان البنكي الذي تضع الإدارة المتعاقدة يدها عليه، بحجة صدوره وفقا لإجراءات مخالفة لتنظيم الساري به العمل لدى البنك، بل إن هذا الأخير بمجرد إصداره للكفالة يعتبر متعهدا للجهة الإدارية يوضع تحت تصرفها مبلغ الضمان كتعويض عن الأضرار المباشرة التي تلحق بها¹؛
- في حالة وجود عدة ضمانات لصفقة واحدة، فإن المبلغ المستحق لا يتم تقسيمه على عدد الضمانات، و إنما يتم تفعيل الضمان كله دون الحاجة إلى توزيعه على أكثر من ضمان.

المطلب الثاني: أصناف الضمانات

تعد الصفقات العمومية من أهم الوسائل التي وضعها التشريع في يد الإدارة لسير مرافقها و تلبية حاجاتها، لذا فقد حرص التشريع الجزائري من خلال مواد كثيرة أفردها بموجب المرسوم الرئاسي 247/15، لدفع الإدارة المتعاقدة على تجسيد نجاعة الطلبات العمومية و الاستعمال الحسن للمال العام.

¹النوي خرشي، المرجع نفسه، ص 317.

و لتجسيد هذه الأهداف على أرض الواقع، يقتضي الترتيب في مرحلة الإبرام و حسن اختيار المتعاقل، و هو ما يستوجب المرور إلى مرحلة الإنجاز فالاستلام المؤقت ثم النهائي. و على هذا الأساس فإن كل مرحلة من هذه المراحل تشمل التزامات تعاقدية خاصة بها، يتم ضمانها بكفالات يقدمها المتعاقل المتعاقل، يتم استصدارها من البنك أو من خلال تقديم ضمانات أخرى.

لهذا و لتفصيل أكثر في أصناف الضمانات، تم تخصيص الفرع الأول لدراسة نظام الكفالة، أما الفرع الثاني فسيعالج الضمانات المالية الأخرى.

الفرع الأول: نظام الكفالة

بالرجوع إلى القواعد العامة، فقد عرفت المادة 644 من القانون المدني الجزائري الكفالة على أنها: " عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذ لم يف به المدين نفسه".

من خلال استقراء نص المادة أعلاه تبين لنا بأن للكفالة عنصران، أحدهما مادي يتمثل في ضمان الدين من خلال مبلغ مالي أو أية قيمة أخرى، أما العنصر الثاني فتتمثل في الشخص الكفيل الذي يمثل بحد ذاته الضمان لتنفيذ الالتزام من شخص آخر و هو ما يعرف بالكفالة الشخصية و التضامنية¹.

إذا فالكفالة عقد يتم بين شخص يسمى الكفيل و دائن شخص آخر، يلتزم بموجبه الكفيل أن يضمن للدائن الوفاء بالدين الذي له على المدين².

و عليه فإن الكفالة تعد من الضمانات الشخصية التي تعطي الحق للدائن بالرجوع على شخص آخر و هو الكفيل، حيث تعتبر تقنية بسيطة و سهلة في تكوينها، لا تتطلب شكلية رسمية ما عدا شرط الكتابة للإثبات طبقا للمادة 645 من القانون المدني الجزائري.

¹ إسماعيل بحري، المرجع السابق، ص 97.

² محمد صبري السعدي، التأمينات الشخصية و العينية (عقد الكفالة)، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، ط. 2011، ص 13.

أما في مجال الصفقات العمومية فقد نص المرسوم الرئاسي رقم 247/15 على عدة أصناف من الكفالة، يلتزم المتعاقل المتعاقل أداءها تجاه المصلحة المتعاقل و تتمثل في:

البند الأول: أنواع الكفالة

تتنوع الكفالة التي يلتزم المتعاقل المتعاقل بدفعها إلى:

الفقرة الأولى: كفالة التعهد

باعتبار أن الصفقات العمومية تمر بمراحل معقدة بداية من استدراج العروض إلى غاية إنهاء إجراءات إبرامها، مما يؤدي إلى رسو طلب العروض على المتعاقل المتعاقل، هذا الأخير الذي قد يتهرب عن عرضه أو يرفض إمضاء الصفقة بعد إرساء الاختيار عليه، أو يرفض الشروع في الانجاز، الأمر الذي يفرض على الجهة الإدارية المتعاقل إما المرور إلى طلب العروض الأقل ترتيبا، أو إعادة الإجراءات من جديد، مكلفا إياها زمنا إضافيا طويلا و مصاريف أخرى.

لهذا و كضمان و حماية مصالح الإدارة المتعاقل، و إجبار المتعاقل على الوفاء بالتزاماته التعاقدية، نص التشريع الجزائري على وجوب دفع كفالة التعهد.

و قد استحدثت كفالة التعهد لأول مرة في المرسوم الرئاسي رقم 250/02 الملغى، و ذلك بغية تمكين المصلحة المتعاقل من وضع يدها على الضمان البنكي، الذي يستصدره المتعاقل و يقدمه ضمن ملفه التقني كعربون وفاء بالعرض الذي قدمه بصدد الصفقة.

إذا فكفالة التعهد يقدمها المتعاقل المتعاقل للجهة الإدارية كدليل يثبت بها جديته في حال رسو طلب العروض عليه، حيث يقدم هذا الدليل على شكل كفالة بنسبة مئوية من قيمة الصفقة، و في حال تخلف أو تقصير المتعاقل عن تنفيذ طلب العرض إذا رسا عليه، فان قيمة الكفالة تصدر لصالح المصلحة المتعاقل¹.

¹ عبد الرؤوف جبار، ضمانات المشاريع الإنشائية العامة دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط. الأولى،

بالرجوع للمرسوم الرئاسي رقم 247/15، فقد نص المشرع الجزائري على كفالة التعهد بموجب المادة 67 و المادة 125 التي ربطت وجوب هذه الكفالة من عدمها باختصاص اللجنة القطاعية.

فصفقات الأشغال العمومية و اللوازم المعروضة على اللجنة القطاعية تلزم إدراج كفالة التعهد دون إلزام صفقات الخدمات و الدراسات بهذه الكفالة، الأمر الذي يبدو غريبا نوعا ما في موقف المشرع الجزائري، خاصة أن هذا النوع من الصفقات - الخدمات و الدراسات- قد تمر هي الأخرى أحيانا بنفس العماليات المتتالية و المعقدة التي تمر بها صفقات الأشغال و اللوازم.

هذا و يظهر جليا أن التمييز الذي أورده تنظيم الصفقات العمومية، اهتم فقط بالمبالغ لا بما تتطلبه إجراءات الإبرام، فهو معيار غير كاف فصفقات الأشغال و اللوازم المعروضة على اللجان الأخرى، و التي رغم أن مبالغها تساوي 200 مليون دينار جزائري تستدعي نفس الإجراءات و بالتالي نفس المدة التي تستدعيها الصفقات المعروضة على اللجنة القطاعية، و بذلك فإن هذا التمييز بين الصفقات المعروضة على اللجنة القطاعية و اللجان الأخرى في مسألة وجوب اشتراط كفالة التعهد غير مفهوم¹.

و على هذا الأساس كان الأجدر بالمشرع الجزائري الاعتماد على أساس الشكل و الإجراءات الإبرام للتمييز بين الصفقات، خاصة و أن قيمة مبلغ طلب العروض لا يعبر بالضرورة على مقدار أهمية المرفق العام، فهناك مشاريع ذات المبالغ الصغيرة تفوق أهميتها للمرفق العام من مشاريع ذات المبالغ الكبيرة، هذا إلى جانب أن بعض المتعاملين المتعاقدين قد يحصلوا على أكثر من مشروع لا يستوجب تقديم كفالة التعهد عوضا من البحث عن مشروع كبير يستوجب تقديم الكفالة.

أما بالنسبة إلى مبلغ كفالة التعهد الذي اشترط تنظيم الصفقات العمومية إدراجه في العرض، يقدر بنسبة تفوق 1 % مبلغ العرض حسب ما نصت عليه المادة 125 من المرسوم الرئاسي 247/15.

¹ النوي خرشي، المرجع السابق، ص 319.

هذا و قد ألزم تنظيم الصفقات العمومية بموجب المادة 67 من المرسوم الرئاسي أعلاه، على تقديم كفالة التعهد في ملف التقني، حيث تدرج هذه الأخيرة - كفالة التعهد - في ظرف ثالث غير تقني و المالي، مقفل يحمل عبارة كفالة تعهد لا يفتح إلا عند فتح الأظرفة المالية¹.

مما سبق، يمكن القول أن المشرع الجزائري باشتراطه وضع عبارة لا يفتح إلا عند فتح الأظرفة المالية على ظرف المتعلق بكفالة التعهد، يكون قد سلب لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض في الإجراءات المحدودة إمكانية التأكد من الوجود الفعلي لكفالة التعهد في الملف التقني للمتعهد، أي اللجنة لا تقوم بالإطلاع على محتوياته و إنما يترك لها الحكم الافتراضي على وجود هذه الكفالة من خلال وجود الظرف فقط.

و تجدر الإشارة أن كفالة التعهد تغطي الفترة الفاصلة بين إيداع العرض و انتهاء صفة العارض عن المتنافسين، و يتم رفع المصلحة المتعاقدة يدها عن هذه الكفالة، بعد يوم واحد من تاريخ انقضاء أجل الطعن للمتعهدين الذين لم يتم قبول عروضهم و لم يقدموا أصحابها طعوناً، أما بالنسبة للمتعهدين الذين قدموا طعوناً، فلا ترفع اليد عن كفالاتهم إلا بعد تبليغ قرار رفض الطعن من طرف لجنة الصفقات المختصة، و هذا ما نصت عليه المادة 125 في الفقرة 4 و 5 من المرسوم الرئاسي 247/15.

أما بالنسبة للمتعاقد المتعاقد الذي تم اختياره من قبل الجهة المتعاقدة، فإن كفالته لا ترد إلا بعد وضع كفالة حسن التنفيذ طبقاً للفقرة 6 من المادة 125 أعلاه، حيث تقدم كفالة حسن التنفيذ مع أول كشف مستحق التسديد.

من خلال ما سبق، يمكن الإشارة إلى أن رفع اليد عن كفالة التعهد في ظل المرسوم الرئاسي 250/02 الملغى، بالنسبة للعروض المرفوضة يكون بعد 35 يوم من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة طبقاً للمادة 3/45 من المرسوم الرئاسي 250/02، أما بالنسبة للمتعهد الذي رسا عليه الاختيار فنرد كفالته من تاريخ إمضائه للصفقة طبقاً للفقرة 4 من المادة 45 أعلاه.

¹ المادة 3/125 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

و على هذا الأساس يمكن القول أن المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 250/02 الملغى، قد سلب الجهة الإدارية كل إمكانية المطالبة بالتعويض، في حالة إخلال أو تقصير المتعاقد المتعاقد في تنفيذ التزاماته عندما نص على رد الكفالة إلى المتعاقد بمجرد الإضاء على الصفقة.

أما بالنسبة للقوانين المقارنة، فوجد التشريع المصري قد نص هو الآخر على كفالة التعهد لكن تحت تسمية التأمين المؤقت، حيث وحد قانون المناقصات و المزايدات رقم 1998/89 قيمة التأمين المؤقت بالنسبة لجميع أنواع العقود الإدارية بما لا يتجاوز نسبة 2 % من القيمة التقديرية¹، حيث نصت المادة 17 منه على أنه: "يجب أن يؤدي مع كل عطاء تأمين مؤقت تحدد الجهة الإدارية مبلغه ضمن شروط الإعلان بما لا يجاوز 2 % من القيمة التقديرية، و يستبعد كل عطاء غير مصحوب بكامل المبلغ".

أما التشريع التونسي، فقد ألزم بموجب الفصل 57 من الأمر 1039/2014 الإدارة على ضبط الضمان المؤقت في دفاتر شروطها بعنوان الضمان الوقتي، حيث يحدد المشتري العمومي قيمة هذا الضمان بمبلغ يتراوح بين نسبة 0.5 % و 1.5 % من القيمة التقديرية للطلبات موضوع الصفقة، و في بعض الحالات الاستثنائية يمكن للمشتري العمومي أن يحدد مبلغ الضمان بصورة جزافية حسب درجة و أهمية الصفقة².

و في حالة تخلف العارض عن تقديم الضمان الوقتي ترفض العروض، و في سبيل ذلك تقوم لجنة فتح الظروف العارضين الذين قدموا ضمانات و قتية غير مطابقة كلياً لمقتضيات كراسات الشروط من حيث مبلغ الضمان، إلى تسوية وضعيتهم خلال أجل معين يتم بانقضائه إقصاء العروض³.

¹ أحمد محمود جمعة، المرجع السابق، ص 188.

² الفصل 3/57 من الأمر رقم 1039/2014.

³ براهيم سماحي، الضمانات في الصفقات العمومية دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، تخصص التجريم في الصفقات العمومية، جامعة الجليلي ليايس، كلية الحقوق و العلوم السياسية، سيدي بلعباس، 2014/2013، ص 163.

هذا و يقوم المشتري العمومي طبقا للفصل 76 من نفس الأمر بإرجاع الضمان الوقتي للمشاركين الذين أقصيت عروضهم، و المشاركين الذين لم يتم اختيار عروضهم بعد اختيار صاحب الصفقة.

أما بالنسبة للمتعاقل الذي رست عليه الصفقة، فلا يتم إرجاع الضمان الوقتي إلا بعد تقديمه للضمان النهائي، و ذلك في أجل 20 يوم ابتداء من تاريخ تبليغ الصفقة.

الفقرة الثانية: كفالة حسن التنفيذ

تعتبر كفالة حسن التنفيذ ثاني الضمانات الخاصة بالصفقة العمومية، فهي كفالة بنكية موضوعها تأمين¹، أي تعد التزاما صادرا عن بنك يتعهد بموجبه تحمل تبعات عدم تنفيذ زيونه، لمضمون التزاماته التعاقدية كعدم التسليم أو عدم مطابقة ما نفذه أو سلمه لما تم الاتفاق عليه أو للمعايير المعمول بها².

و تعد كفالة حسن التنفيذ من أبرز الضمانات التي شدد المشرع الجزائري على ضرورة تقديمها من طرف المتعاملين المتعاقلين الوطنيين و الأجانب على السواء، حيث نصت المادة 130 من المرسوم الرئاسي 247/15 على أنه: "زيادة على كفالة رد التسيقات المنصوص عليها في المادة 110، يتعين على المتعاقل المتعاقل أن يقدم حسب نفس الشروط، كفالة حسن تنفيذ الصفقة".

هذا و قد ألزم المشرع الجزائري بموجب المادة 07 من دفتر الشروط الإدارية لسنة 1964، على تقديم كفالة حسن التنفيذ إذا تم النص عليها في دفتر الشروط.

من خلال هذه المادة يبدو أن الهدف من إلزام دفع هذه الكفالة هو ضمان و حماية مصالح الجهة الإدارية و حماية المال العام من جهة، و من جهة ثانية جبر المتعاقل المتعاقل على تنفيذ التزاماته حسب الشروط و في الآجال المنصوص عليها في العقد.

¹ Brahim Boulifa, Marchés publics, 2^{ème} vol. op, cit, p 113.

² النوي خرشى، المرجع السابق، ص 324.

و تجدر الإشارة أن تنظيم الصفقات العمومية قد ربط وجوب كفالة حسن التنفيذ من عدمه بأجل معين، إذ يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعفي المتعاقل معها من كفالة حسن التنفيذ، إذا لم يتعد أجل تنفيذ الصفقة 03 أشهر حسب ما نصت عليه الفقرة 03 من المادة 130 من المرسوم الرئاسي 247/15.

و عليه يمكن طرح تساؤلين مهمين، يتعلق الأول بغاية المشرع من إبقاء على كفالة التعهد إلى غاية تقديم أول كشف مستحق التسديد، طبقا لما أوجبه تنظيم الصفقات العمومية في حالة صفقة آجالها يقل عن 03 أشهر من جهة، و من جهة ثانية إن تقديم كفالة حسن التنفيذ لا يعد لازما في نفس هذه الآجال أي أقل من 03 أشهر؟

أما السؤال الثاني فيتعلق بمدى وجوب اشتراط كفالة حسن التنفيذ في حالة تمديد لاحق لآجال التنفيذ لصفقة انطلقت بأجل مقداره يقل عن 03 أشهر؟

و على العموم، كان على المشرع الجزائري إبقاء على تقديم كفالة حسن التنفيذ حسب ما ألزمت به المادة 1/130 من المرسوم الرئاسي 247/15، دون تقييد إلزاميتها بآجال معينة، و هذا ضمنا لوفاء المتعاقل المتعاقل بالتزاماته التعاقدية من جهة، و حماية المال العام و تحقيق الصالح العام من جهة ثانية.

هذا و تجدر الإشارة أيضا، أنه يمكن إعفاء المتعاقل المتعاقل من تقديم كفالة حسن تنفيذ الصفقة بالنسبة لبعض صفقات الدراسات و الخدمات، التي يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تتأكد من حسن تنفيذ الخدمات¹.

مما سبق، و من خلال القراءة المتزامنة للإعفاء الوارد في الفقرة 02 من المادة 130 من المرسوم أعلاه، مع ما جاءت به المادة 132 من نفس المرسوم، يمكن القول أن المشرع الجزائري قد وقع في تناقض، فإذا كانت المادة 2/130 قد أوكلت إعفاء بعض أنواع صفقات الدراسات و الخدمات من كفالة حسن التنفيذ إلى السلطة التقديرية للجهة المتعاقدة، فإن المادة 132 جاءت صريحة بخصوص نفس أنواع الصفقات، حيث بينت إمكانية تعويض هذه الكفالة باقتطاعات حسن التنفيذ عندما ينص دفتر الشروط على ذلك.

¹ المادة 2/130 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

و على هذا الأساس فإن المادتين تناولتا نفس الموضوع وهو إعفاء بعض الصفقات الدراسات و الخدمات من كفالة حسن التنفيذ، غير أن الفقرة الثانية من المادة 130 اشترطت أن تتأكد المصلحة المتعاقدة من حسن تنفيذ الخدمات، في حين المادة 132 نصت على إمكانية تعويض كفالة حسن التنفيذ بالنسبة لبعض من هذه الصفقات باقتطاع حسن التنفيذ، علما أن المشرع الجزائري قد أزم على تقديم كفالة حسن التنفيذ لهذا الصنف من الصفقات.

و عليه فإما أن تكون هذه الصفقات معفية فلا حاجة لتعويض الكفالة باقتطاع أو لا تكون معفية، أو أن تنظيم الصفقات العمومية قد منح صلاحيات واسعة للجهة الإدارية حتى تتأكد من حسن التنفيذ.

كما تجدر الإشارة أيضا، أن المشرع الجزائري قد أعفى بموجب الفقرة 04 من المادة 130 من المرسوم الرئاسي أعلاه المتعاقل المتعاقل من تقديم كفالة حسن التنفيذ في حالة الصفقات المبرمة بالتراضي البسيط و الصفقات المبرمة مع المؤسسات العمومية.

إضافة إلى ذلك فقد تم إعفاء الحرفيون الفنيون و المؤسسات المصغرة الخاضعة للقانون الجزائري، من تقديم كفالة حسن تنفيذ الصفقة عندما يتدخلون في عمليات عمومية لترميم ممتلكات ثقافية.

أما بالنسبة لما تغطيه كفالة حسن التنفيذ، فهي تغطي المرحلة الممتدة من تاريخ صدور الأمر ببدء الأشغال إلى غاية نهاية الأجل المحددة لتنفيذ الصفقة العمومية، حيث تشترك في تغطيتها مع كفالة التعهد التي ينتهي دورها عند تقديم كفالة حسن التنفيذ مصحوبة بأول كشف.

و قد تستمر تغطية كفالة حسن التنفيذ كل مرحلة انجاز الصفقة، إذ يتم رفع اليد عنها عند الاستلام المؤقت، ما لم تتحول إلى كفالة ضمان حسب ما نصت عليه المادة 131 من المرسوم الرئاسي 247/15.

و يحدد مبلغ كفالة حسن التنفيذ كأصل عام بنسبة لا تقل عن 5 % و لا تقل عن 10 % من مبلغ الصفقة العمومية، و ذلك حسب طبيعة و أهمية الخدمات الواجب تنفيذها، و يخفض مبلغها إلى نسب تتراوح بين 1 % و 5 % من مبلغ الصفقة إذا تعلق الأمر بالصفقات العمومية التي لا تبلغ الحدود المنصوص عليها لمادة¹ 184 من المرسوم الرئاسي أعلاه.

أما التشريع التونسي فقد نص بموجب الفصل 105 من الأمر 1039/2014 على النسب المالية التي تضبطها كراسات الشروط، إذ لا يمكن أن تفوق نسبة 03 % من المبلغ الأصلي للصفقة مضاف إليه عند الاقتضاء مبلغ الملاحق إذا لم تنص الصفقة على أجل الضمان، و نسبة 10 % إذا اشتملت الصفقة على أجل ضمان دون أن تتضمن حجزا بعنوان الضمان.

أما بالنسبة لتاريخ رفع اليد عن هذا الضمان، فقد نص الفصل 108 من نفس الأمر أعلاه، على أنه يرجع الضمان النهائي أو ما تبقى منه لصاحب الصفقة في الآجال التالية:

- 04 أشهر ابتداء من تاريخ قبول الطلبات عندما لا تنص الصفقة على أجل الضمان؛

¹ تفصل اللجنة القطاعية للصفقات في مجال الرقابة في كل مشروع :

- دفتر شروط أو صفقة أشغال يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، مليار دينار (1.000.000.000 دج)، و كذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.
- دفتر شروط أو صفقة لوازم يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، ثلاثمائة مليون دينار (300.000.000 دج)، و كذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.
- دفتر شروط أو صفقة خدمات يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، مائتي مليون دينار (200.000.000 دج)، و كذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.
- دفتر شروط أو صفقة دراسات يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، مائة مليون دينار (100.000.000 دج)، و كذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.

- 04 أشهر ابتداء من تاريخ القبول النهائي للطلبات أو انتهاء مدة الضمان، عندما تنص الصفقة على مدة ضمان دون الحجز؛
- شهر واحد بعد القبول الوقتي أو النهائي للطلبات، عندما تنص الصفقة على حجز بعنوان الضمان.

الفقرة الثالثة: كفالة الضمان

لضمان العيوب التي قد تترتب عن سوء التنفيذ لموضوع الصفقة، يلتزم المتعاقد المتعاقد بضمان الأشغال التي ينفذها خلال مدة معينة بعد الانتهاء من الانجاز، فيقدم للجهة الإدارية كفالة ضمان بمبلغ مالي معين من قيمة المشروع.

و الواقع أن هذه الكفالة تتعلق بالصفقات التي تنص على أجل ضمان، حيث تتحول كفالة حسن التنفيذ عند التسليم المؤقت إلى كفالة ضمان.

هذا و تغطي كفالة الضمان المرحلة التي تبدأ من الاستلام المؤقت إلى نهاية أجل الضمان، الذي يؤسس كضمان بنكي، كما يمكن أن يؤسس كإقتطاع من المستحقات الواجب تسديدها إلى المتعاقد المتعاقد، و في هذه الحالة تسمى إقتطاع الكفالة¹.

و يسترجع المتعاقد المتعاقد هذه الكفالة خلال شهر واحد يحسب ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة العمومية، حسب ما نصت عليه المادة 134 من المرسوم الرئاسي 247/15، و هذا عكس ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 47 من دفتر الشروط الإدارية لسنة 1964، حيث حدد آجال الضمان كآلاتي:

- بالنسبة لأشغال الصيانة و حفر الأسس و الطرق الحجرية، يحدد آجال 6 أشهر ابتداء من تاريخ الاستلام المؤقت؛
- بالنسبة للأشغال الأخرى يحدد بنسبة واحدة تبدأ من الاستلام المؤقت.

¹ النوي خرشي، المرجع السابق، ص 328.

الفقرة الرابعة: كفالة رد التسبيقات

لقد سبقت الإشارة إلى أن دفع التسبيقات هو استثناء عن الأصل العام المتمثل في الدفع بعد أداء الخدمة، إذ تبادر الجهة الإدارية بدفع التسبيق في رقم الحساب الجاري للمتعاقد المتعاقد، بهدف مساعدته على مباشرة الأعمال و تخفيف عنه الأعباء المالية¹ في حدود ما تم الاتفاق و النص عليه في دفاتر الشروط، على أن يلتزم المتعاقد برد هذا التسبيق بعد استحقاقه، بمعنى صاحب الصفقة يبقى مدينا بهذا التسبيق حتى أجل التسديد النهائي لثمن الصفقة بأكمله.

ولا يمكن أن يتصور قيام الإدارة بمنح أي تسبيق مهما كان نوعه، حسب الشروط التي نص عليها التشريع الجزائري دون أن يقوم المتعاقد مع الإدارة بتقديم ضمانات كافية، تمكن الجهة الإدارية من استرداد التسبيقات التي منحها، معتمدة في ذلك على تقنية المقاصة بين الدين الواقع على عاتق المتعاقد جراء حصوله على المساعدات المالية، وما يبقى له من مستحقات مالية في ذمة الإدارة. الأمر الذي تضمنه الكفالة التي يقدمها المتعاقد قبل حصوله على التسبيقات، كما تقضي بذلك المادة 110 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، التي تنص على أن المتعاقد يقدم كفالة أو ضمانا بنكيا مسبقا بقيمة معادلة لمبلغ التسبيقات التي تحصل عليها.

بمعنى أن المتعاقد لا يمكنه الحصول على تسبيق جزافي، أو التسبيق على التمويل، إلا في حالة الصفقات العمومية التي يفوق مبلغها الحدود المنصوص عليها في المادة 13 من المرسوم الرئاسي 247/15، و بعد تقديم كفالة بنكية، تسمى كفالة رد التسبيقات وهي مساوية لمبلغ التسبيق، حيث يصبح البنك الذي أصدرها كفيلا للمصلحة المتعاقدة باسترجاع التسبيقات التي منحها².

وعليه فإن هذه الكفالة تصدر حسب النموذج المحدد بقرار من قبل الوزير المكلف بالمالية و من طرف

¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 221.

² النوي خرشي، المرجع السابق، ص 281.

- 1- بنك خاضع للقانون الجزائري؛
- 2- بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها ضمان صادر عن البنك أجنبي من الدرجة الأولى بالنسبة لكفالة المتعهدين الأجانب؛
- 3- صندوق ضمان الصفقات العمومية

و على هذا الأساس و نظرا لاهتمام المشرع بضرورة تقديم الكفالة، من قبل المتعاقد مع الإدارة قبل حصوله على التسيبقات، ضمانا وحماية للمال العام و عقلنة تكاليف التسيير العمومي، فقد نص على إلزامية دفعها في معظم القوانين المنظمة للصفقات العمومية مع تبيان البنك الكفيل بإصدارها، غير أن المرسوم الرئاسي رقم 250/02 أضاف هيئة جديدة إلى جانب البنوك، خول لها المشرع إصدار كفالة رد التسيبقات وتتمثل هذه الهيئة في صندوق ضمان الصفقات¹.

وفضلا على صلاحية البنك بإصدار كفالة رد التسيبقات، يبقى الضمان ساريا إلى غاية قيام المصلحة المتعاقدة، باسترداد كل مبلغ التسيبقات التي منحها للمتعاقد معها، وعندها تقوم هذه المصلحة بإشعار البنك الذي صدر عنه الضمان برفع اليد عنه².

ولما كانت التسيبقات لا تعد تسديدا نهائيا لثمن الصفقة، فقد خول تنظيم الصفقات العمومية للجهة المتعاقدة، باسترجاعها عن طريق اقتطاعات من المبالغ التي تدفع في شكل دفعات على الحساب أو التسوية على رصيد الحساب

إن دفع هذه التسيبقات لا يترتب عنها أي تخفيف من مسؤولية المتعاقد، في التنفيذ الحسن والمطابق للشروط التي تم قبولها والاتفاق عليها مع المصلحة المتعاقدة، لهذا نص المشرع الجزائري على إلزامية استرداد الجهة المتعاقدة للتسيبقات³، من خلال إدراج ضمن البنود التعاقدية ودفاتر الشروط عن الكيفية التي يتم بها استرداد هذه المبالغ المدفوعة، حيث تخصص من المبالغ التي يستحقها حائز الصفقة على أبعد تقدير عندما يبلغ مجموع

¹ نص عليه المرسوم التنفيذي رقم 67/98، المؤرخ في 21/02/1998، المتضمن إنشاء صندوق ض مان الصفقات العمومية، ج.ر.، الصادرة في 01/03/1998، ع.11، المعدل و المتمم.

² النوي خرشي، المرجع السابق، ص 282.

³ تعليمة وزير المالية رقم 11، المؤرخة في 24 أبريل 2001، تتعلق بكفالة استرجاع التسيبقات.

المبالغ المدفوعة نسبة 35 % من المبلغ الأصلي للصفقة، و يجب أن تنتهي عملية استرداد التسبيقات ببلوغ مجموع المبالغ المدفوعة نسبة 80 % من مبلغ الأصلي للصفقة.

مما سبق يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعتمد في عملية استرداد التسبيقات على الكشف أو الفاتورة المتعلقة بوضعيات الأشغال المنجزة، المقدمة من قبل المتعاقد المتعاقد وفق وتيرة زمنية تحدد تعاقديا لخصم قيمة التسبيقات، حسب ما نصت عليه في المادة 83 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10، و إنما اعتمد على نسبة معينة من المبلغ المدفوع للمتعاقد المتعاقد و المتمثل في 35 % من المبلغ الأصلي للصفقة حسب المادة 116 من المرسوم الرئاسي 247/15.

و على هذا الأساس، فإن الغرض الأساسي من هذا إجراء هو مساعدة المتعاقد المتعاقد في تحمل الأعباء المالية للمشروع و تنفيذه في الآجال المتفق عليها، إضافة إلى حماية المال العام حتى لا يكون ما للمتعاقد المتعاقد من دين تجاه الإدارة أكثر مما له من حقوق تجاهها¹.

و في جميع الأحوال تحرر الكفالات السابق ذكرها حسب نموذج يحدد بقرار من الوزير المكلف بالمالية، و تتخذ صورة مبالغ مالية يضعها المتعاقد تحت يد الإدارة المتعاقدة بواسطة بنك مختص، حتى تمارس عن طريقها الجزاء المالي عليه، و ذلك ضمن الشروط و المحددة التي أقرها القانون.

البند الثاني: أدوات تنفيذ نظام الكفالة

لما كانت للصفقات العمومية أهمية كبيرة في تنفيذ المشاريع العمومية و انجاز برامج التنمية، فقد ألزم التشريع الجزائري بموجب أحكام تنظيم الصفقات العمومية على تقديم المتعاقد المتعاقد لضمانات مالية في شكل وثيقة مكتوبة تصدر عن مؤسسة مالية معينة، تضمن التزام المتعاقد ببذل العناية لتنفيذ التزاماته بالكيفية المتفق عليها.

¹ فريد خلاطو، الصفقات العمومية، ملتقى حول تسيير الجماعات المحلية، يومي 9-10 جانفي 2008، ص 95.

و باعتبار أن أغلب نفقات الدولة مخصصة لتحقيق الصالح العام و تلبية الحاجات العامة من خلال إبرام الصفقات العمومية، فوجب إعطاء دور فعال لمؤسسات معنية لمنح الضمانات بمختلف أنواعها و تمويل الطلبات العمومية.

و على العموم فان منح الضمانات تتم من خلال مؤسستين هما:

الفقرة الأولى: البنوك

يعتبر البنك من أهم المؤسسات المالية المساهمة في تمويل الصفقات العمومية بهدف ضمان نجاعة انجازها من طرف أصحابها¹ الذين يحرصوا على دعمهم بغية تحريك عجلة التنمية الاقتصادية، و سد حاجيات الخزينة غير المغطاة بواسطة الدفع على الحساب و دفع التسبيقات من طرف المصلحة المتعاقدة.

و قد ألزم التشريع الجزائري بموجب أحكام تنظيم الصفقات العمومية، المتعاملين دفع ضمانات مالية لتمويل تنفيذ الصفقة.

فالبنك يساهم بصفة واسعة في تمويل الاحتياجات المالية للصفقات العمومية، و ذلك إما بتقديم مبلغ نقدي في شكل كفالة أو في شكل قرض، بحيث تكون للعلاقة التي تجمع الكفيل - المتعاقل المتعاقل- و البنك وجهان، يتمثل الوجه الأول في مطالبة البنك للكفيل بالدين في حالة عدم وفاء المدين به، أما الوجه الثاني فيتعلق بالحقوق التي يتمسك بها الكفيل في مواجهة البنك، التي يعبر عنها بالدفع التي يدفع بها الكفيل مطالبة البنك².

الفقرة الثانية: صندوق ضمان الصفقات العمومية

لقد أنشئ صندوق ضمان الصفقات العمومية في شكل مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري بموجب المرسوم التنفيذي رقم 67/98، حيث كلف هذا الصندوق بمهمة

¹ عبد الغني بن زمام، المرجع السابق، ص 66.

² براهيم سماحي، المرجع السابق، ص 167.

التدخل في تمويل الصفقات العمومية قصد تسهيل انجازها، و ذلك عن طريق توازن مالي لمشاريع التجهيز العمومي¹.

و قد أورد المرسوم الرئاسي 247/15 صلاحيات الصندوق، حيث أوكلت له المادة 110 من نفس المرسوم رفقة البنوك الخاضعة للقانون الجزائري إصدار كفالة استرداد التسبيقات المتعلقة بالصفقات، كما مكنته المادة 11/122 من المرسوم أعلاه من إعادة التنازل عن فوائد التأخير عندما يطلب منه رصد الدين المتولد و المعايين.

كما خول للصندوق أيضا عملية تمويل الصفقات العمومية لتسهيل تنفيذها، لاسيما ما تعلق منها بتسديد الكشوف في إطار رصد ديون المؤسسات الحائزة على الصفقات العمومية، أو في إطار التمويل المسبق لتحسين خزينة صاحب الصفقة، قبل أن تعترف له المصلحة المتعاقدة بحقوق التسديد، أو في إطار القرض مقابل الحقوق المكتسبة².

هذا و يمكن أن يتدخل صندوق ضمان الصفقات العمومية عن طريق قروض الإمضاء لحماية نفسه من المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها بصدد تدخلاته، أو عن طريق توقيع على سند الأمر و الحصول على ضمانات حقيقية التي تكون غالبا في شكل رهن حيازي للصفقة³.

الفرع الثاني: الضمانات المالية الأخرى

نظرا لأهمية الصفقات العمومية و دورها الرئيسي في عملية التنمية، فقد ألزم التشريع الجزائري إلى جانب الكفالات ضمانات مالية أخرى، يقدمها المتعاقل المتعاقل كتأمين حقوق المصلحة المتعاقدة أثناء مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية، و تتمثل هذه الضمانات في:

¹ النوي خرشي، المرجع السابق، ص 99.

² المادة 146 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

³ النوي خرشي، المرجع السابق، ص 101 و 103.

البند الأول: الضمانات الخاصة

زيادة على الكفالات يمكن للمصلحة المتعاقدة اشتراط ضمانات خاصة في حالات معينة، كأن تشترط الجهة الإدارية على المتعاقد معها تقديم كفالة باللجوء إلى كفيل شخصي أو هيئة تأمين، لضمان العتاد و السلع التي تضعها تحت يد المتعاقد المتعاقد.

كما يمكن للمصلحة أيضا أن تنص في دفتر الشروط على جزاءات ترتبها في حالة تأخر المتعاقد في رد العتاد الذي قدم إليه، كما تنص الإدارة في دفتر الشروط على ضمانات أخرى استثنائية حتى يتمكن من تنفيذ العمل الذي أوكل له¹.

البند الثاني: الضمانات ذات الطبيعة الحكومية

يعتمد إنجاز التنمية في الدولة إلى حد كبير على توفر البنية التحتية و على مدى تطورها، حيث تمثل البنية التحتية أحد العناصر الرئيسية لجذب الاستثمار، الذي يعتمد بالدرجة الأولى على مساهمة المؤسسات الأجنبية في السياسة الاقتصادية، من خلال إبرام اتفاقيات مع الدولة بصفتها موردا للمواد و الخدمات أكثر من كونها مشتريا².

و على هذا الأساس، و من أجل تشجيع الاستثمارات الأجنبية نص التشريع الجزائري في القسم الرابع من الفصل الرابع من القانون³ رقم 09/16، على مجموعة من الضمانات التي تعد في نفس الوقت مبادئ أساسية تركز عليها الدولة لجلب الاستثمارات الأجنبية التي تساهم في مختلف قطاعات النشاط الاقتصادي، حيث تبدأ بمبدأ العدالة و المساواة مرورا بمبدأ تجميد التشريع و مبدأ حرية تحويل رؤوس الأموال و العائدات الناتجة عنه وصولا إلى مبدأ المصالحة و التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات.

و عليه و حتى يتم توفير الحماية اللازمة لأي طارئ قد يؤدي إلى عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من جانب المتعاقد الأجنبي، قد نص تنظيم الصفقات العمومية على الضمانات

¹ إسماعيل بحري، المرجع السابق، ص 108.

² براهيم سماحي، المرجع السابق، ص 177.

³ قانون رقم 09/16، المؤرخ في 03/08/2016، المتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر.، الصادرة في 03/08/2016، ع.

الحكومية، التي استحدثها لأول مرة ضمن أحكام المرسوم رقم 145/82 و تخص المؤسسات الأجنبية، أما المرسوم الرئاسي 247/15 فقد تناول هذه الضمانات بموجب المادة 127، التي تنص على أنه: " الضمانات ذات الصيغة الحكومية التي تهم المؤسسات الأجنبية هي:

- استعمال القرض الناتج عن عقود حكومية مشتركة؛
- الضمانات التي تستخدم مساهمة الهيئات المصرفية أو هيئات التأمينات ذات الصبغة العمومية أو شبه العمومية".

هذا و يحظى بالأسبقية في اختيار المتعاملين المتعاقلين الأجانب من يقدم الضمانات المذكورة في المادة 1/127 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

البند الثالث: اقتطاع حسن التنفيذ

المشرع الجزائري لم يحدد في تنظيمات الصفقات العمومية و لا في دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 المقصود باقتطاع حسن التنفيذ، لكن يمكن تعريفه على أنه كل مبلغ تقوم المصلحة المتعاقدة باقتطاعه من كل دفع على الحساب يتم دفعه إلى المتعامل المتعاقل من أجل ضمان حسن تنفيذ الصفقة¹.

و تجدر الإشارة أنه يمكن تعويض كفالة حسن التنفيذ باقتطاعات حسن التنفيذ، إذا تعلق الأمر بصفقات الدراسات و الخدمات حسب ما نصت عليه المادة 132 من المرسوم الرئاسي 247/15.

هذا و تقوم المصلحة المتعاقدة بإجراء عملية اقتطاع حسن التنفيذ في الحالات التالية²:

- النص على مدة الضمان؛
- إذا تعلق الأمر بصفقات الدراسات و الخدمات التي يعفى حائزوها من تقديم كفالة حسن التنفيذ؛

¹ براهيم سماحي، المرجع السابق، ص 179.

² براهيم سماحي، المرجع نفسه، ص 180.

- نص دفتر الشروط الصفقة على وجوب اقتطاع مبلغ حسن التنفيذ عوضا عن تقديم كفالة حسن التنفيذ.

أما بالنسبة إلى مبلغ اقتطاع حسن التنفيذ بالرجوع إلى الصفقات العمومية، نجد المشرع الجزائري لم يفرد نص خاص و صريح يبين مبلغ الاقتطاع أو نسبته، لكن و باعتبار أن اقتطاع حسن التنفيذ يعوض كفالة حسن التنفيذ، فإننا نتصور أن مبلغ اقتطاع حسن التنفيذ يتراوح بين 5 % و 10 % من مبلغ الصفقة حسب طبيعة أو أهمية الخدمات الواجب تنفيذها.

البند الرابع: اقتطاع الضمان

وهي مبالغ مالية تودع لدى الإدارة لتحميها من المخاطر التي يرتكبها المتعاقل أثناء تنفيذ الصفقة، ويضمن لها ملائمة لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره، كعدم جدية المتعاقل في بذل جهد المطلوب لتنفيذ التزاماته، أو تخليه عن تنفيذ الصفقة في أي مرحلة كانت عليها، أو عدم تقديم السلع في عقد التوريد حسب المواصفات والكميات المتفق عليها. و على هذا الأساس يعتبر اقتطاع الضمان بمثابة كفالة تقتطعها الجهة الإدارية مباشرة من حقوق المتعاقل المتعاقل دون طلب تأسيسها، حسب ما نصت عليه المادة 119 من المرسوم الرئاسي 247/15، و التي أعطت الحق للمصلحة المتعاقل عند التسوية على رصيد الحساب في اقتطاع الضمان المحتمل، و يتم رد هذا الأخير - اقتطاع الضمان - عند تسوية حساب الرصيد النهائي حسب ما نصت عليه المادة 120 من نفس المرسوم.

المبحث الثاني: التزام المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية

باعتبار أن الصفة العمومية تحكمها قواعد تختلف عن تلك القواعد الموجودة في القانون الخاص، فإن المبدأ العام الذي يحكم العلاقة التعاقدية بين الإدارة و المتعاقد معها يقوم على أساس تنفيذها شخصيا، أي أن المتعاقد يجب أن ينفذها بنفسه و بإمكانياته الخاصة، فلا يجوز له أن يحل غيره فيها إلا بمرافقة الإدارة المتعاقدة.

و على ذلك فإن هذا الالتزام يتطلب ضرورة أن يبذل المتعاقد الجهد المناسب في التعاون الشخصي مع الإدارة في تنفيذ العقد بنفسه، ذلك أن منح الصفة له كان على أساس الاعتبار و العوامل التي تقوم على الإمكانيات التقنية و المؤهلات المالية و الخبرة التي يتمتع بها.

لهذا سوف نتعرض لجوانب التنفيذ الشخصي للصفة العمومية في مطلبين، يخصص الأول لدراسة التنفيذ الشخصي للصفة العمومية، أما الثاني فسيعالج وفاء المتعاقد بالتزاماته التعاقدية وفق الشروط المحددة في العقد.

المطلب الأول: التنفيذ الشخصي للصفة العمومية

من المسلم به أن الجهة الإدارية عند اختيارها للمتعاقد معها تراعي اعتبارات خاصة بالمتعاقد معها، سواء كانت تتعلق بالكفاية المالية أو القدرة الفنية و المهنية، و من ثم فإن هذه الاعتبارات تمثل عنصرا جوهريا في إبرام الصفة، و هو ما يعبر عنه بالاعتبار الشخصي الذي يوضع في المقام الأول، سواء فيما يتعلق باختيار المتعاقد أو في تنفيذ الالتزامات¹.

و لتفصيل أكثر في هذا الموضوع تم التطرق في الفرع الأول إلى الاعتبار الشخصي في تنفيذ الصفقات العمومية، أما الفرع الثاني فسيعالج الآثار المترتبة عن الاعتبار الشخصي في التنفيذ.

¹ محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 438.

الفرع الأول: الاعتبار الشخصي في تنفيذ الصفقات العمومية

من المسلم به أن الصفقات العمومية تنظمها أحكام قانونية تختلف عن أحكام القانون الخاص، و ذلك باعتبارها أهم الوسائل التي تستعين بها الإدارة لتلبية حاجاتها العامة و سير مرافقها، لذا تقوم هذه الأخيرة باللجوء إلى المتعاملين المتعاقدين لمساعدتها في تحقيق هذه الحاجات.

و يكون من أهم التزامات المتعامل المتعاقد الحرص على سير المرفق العام بانتظام و ذلك بوصفه معاونا للجهة الإدارية، و بغية تحقيق هذه الالتزامات يقع على عاتق المتعاقد التزام أصيل هو تنفيذ الصفقة العمومية شخصيا، و ليس له أن ينيب غيره في ذلك لأن الاعتبار الشخصي من المبادئ المتعارف عليها في القانون العام.

لذا ففي العقود الإدارية عامة و الصفقات العمومية خاصة، يمر اختيار الإدارة للمتعاقد معها بمراحل طويلة و إجراءات دقيقة، الغرض منها التوصل لأفضل العناصر المقدمة للمتعاقد، و بالتالي رسو الصفقة يرجع أساسا لصفات و قدرات الشخصية سواء قدراته المالية و كفاءته الفنية، التي تضمن بها الجهة الإدارية حسن تنفيذ الصفقة و تحقيق المصلحة العامة من وراء تعاقدها¹.

و من هنا كان للاعتبار الشخصي أهمية بالغة لدى الإدارة المتعاقدة، حيث تختار المتعامل المتعاقد على أساسه، الأمر الذي يفرض عليه التزاما جوهريا عند الوفاء بالتزاماته التعاقدية بأن يقوم بهذا التنفيذ بنفسه.

و لأن هذا الالتزام تفرضه القواعد العامة في العقود الإدارية، فإنه يطبق حتى و لو لم يوجد نص صريح يؤكد، و لا يعفي بذلك المتعامل المتعاقد من واجب احترامه².

لذا يعتبر المتعامل المتعاقد المسئول الوحيد أمام الجهة الإدارية، إذ لها الحق بالرجوع عليه في حالة وقوع أي تقصير في التزاماته، و من تم فليس له أن يتحلل من المسؤولية التي

¹ إبراهيم طه الفياض، المرجع السابق، ص 172.

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاء و تحكما، المرجع السابق، ص 256.

ترتبتها الصفقة في ذمته بحجة أن الفعل الموجب للمسؤولية قد وقع من مندوبه دون علمه أو رضاه¹.

و على هذا الأساس، يقصد بالاعتبار الشخصي للعقد، هو أن يكون شخص المتعاقد و صفاته و إمكانياته المالية و قدراته التقنية محل اعتبار شخصي لتنفيذ موضوع الصفقة العمومية.

لهذا يرى بعض الفقه أن المتعاقد المتعاقد سواء نفذ التزاماته التعاقدية بنفسه أو استعان بالغير للتنفيذ، فإنه في جميع الأحوال يكون مسؤولاً مسؤولاً شخصية و مباشرة عما ارتبط به من أعمال عقدية مع الإدارة، سواء عن أعماله الشخصية أو عن أعمال المناول،

لأن هذا الأخير غير مسئول أمام الجهة الإدارية مباشرة و ذلك لعدم وجود رابطة عقدية تجمع بينه و بين الإدارة المتعاقدة، و هذا ما أكد عليه التشريع الجزائري بموجب نص المادة 141 من المرسوم الرئاسي 247/15 التي تنص على أنه: " المتعاقد المتعاقد هو المسؤول الوحيد تجاه المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ جزء الصفقة المتعاقد فيها بالمناولة".

كما أن المتعاقد مع الإدارة قد يكون عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين مجتمعين متضامنين أو مشتركين² لانجاز صفقة واحدة، حسب ما نصت عليه المادة 37 من المرسوم الرئاسي أعلاه، و المادة 3/2 من دفتر الشروط الإدارية العامة الفرنسي لسنة 2012، فإن للجهة الإدارية الحق بالرجوع عليهم جميعاً و مساءلتهم عن تنفيذ الالتزامات التعاقدية، و بذلك تتسع دائرة الضمان لتكون فرصة الإدارة في استيفاء حقها مضمونة أكثر.

و في هذا الصدد تجدر الإشارة إلى الخلاف الفقهي الذي أثير في فرنسا بشأن مدى الالتزام بقاعدة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية، حيث يرى الفقيه جيز بأن مبدأ الاعتبار الشخصي لا يكون بدرجة واحدة بالنسبة لجميع العقود الإدارية، لأن تحديد هذه الفكرة يرجع أساساً إلى مدى صلة العقد بالمرفق العام و ارتباطه به، بحيث يزداد هذا الالتزام كلما اشتدت صلة العقد بالمرفق العام، حيث يعتبر عقد الالتزام المجال الحيوي لهذه الصلة،

¹ حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 353.

² المادة 2/81 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

إذ يبدو فيه الطابع الشخصي واضحا من خلال الهيمنة التامة للملتزم على المرفق الذي يتولى تسيير شؤونه¹، ذلك أن سير المرفق العام بانتظام و استمرار يعتمد أساسا على القدرات الشخصية و الكفاءة المهنية و التقنية للمتعاقل المتعاقل.

غير أن الفقيه ديليوبادير يرى بأن القضاء يطبق قاعدة الالتزام الشخصي في مجال تنفيذ العقود الإدارية دون تميز عقد الالتزام على غيره²، فكل العقود الإدارية متساوية في تتطلبها كفاءات و مؤهلات شخصية تحدها الإدارة المتعاقل في دفاقر شروطها.

و بهذا فإن قاعدة الاعتبار الشخصي تشكل عنصرا جوهريا في جميع العقود، كما تعد وسيلة ضمان هامة، تتمكن بها الجهة الإدارية من تنفيذ موضوع الصفقة على النحو الذي يحقق أهدافها المتمثلة في تحقيق النفع العام و المصلحة العامة، خاصة و أن التنفيذ الشخصي في هذا المقام لا يقصد به التنفيذ المادي للصفقة، بقدر ما يعني تحمل المتعاقل المتعاقل للمسؤولية الشخصية عن تنفيذ موضوع الصفقة.

لهذا فقد حرص التشريع الجزائري على تأكيده لهذه القاعدة أسوة بالتشريعات المقارنة، فنص تنظيم الصفقات العمومية على إلزامية المتعاقل المتعاقل على تقديم شهادة التأهيل و التصنيف و شهادة الجودة عند الاقتضاء في ملف الترشح حسب ما نصت عليه المادة 67 من المرسوم الرئاسي 247/15.

أما إذا قدم المتعاقل مع الإدارة معلومات خاطئة أو بيانات مزورة بشأن هذه الشهادات، فإنه يتعرض لعقوبات تتمثل في الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية طبقا للمادة 75 من المرسوم الرئاسي أعلاه، و ذلك نظرا لأهمية هذه الشهادة باعتبارها بطاقة فنية تحدد لنا هوية المتعاقل المتعاقل و مدى الإمكانات المالية و قدرات المهنية و التقنية التي يحوز عليها.

هذا وقد اعترف المشرع الجزائري للإدارة المتعاقل، القيام بعملية الاستعلام على المتعاقل المتعاقل و عن قدراته لدى مصالح متعاقل أخرى، وإدارات وهيئات مكلفة بمهمة المرفق

¹ محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 439.

² محمد سليمان الطماوي، المرجع نفسه، ص 439.

العمومي، ولدى البنوك و الممثلات الجزائرية في الخارج¹، حتى تتمكن هذه الأخيرة من أخذ فكرة شاملة وواضحة عن المتعاقل معها وسجله المهني، هذا من جهة ومن جهة أخرى حتى لا تصطدم بمتعاقل عرف عنه استخدام وسائل تطوي على الغش و الخداع والتضليل مع موظفي الإدارة في تعاقلاته السابقة، الأمر الذي سمح لها باختيار متعاقل معها وفق معايير محددة ومعروفة، تضمن من خلالها تنفيذ الموضوع الصفقة بشكل يحقق ما يصبو إليه المرفق العام.

مما سبق، فالاعتبار الشخصي في تنفيذ الالتزامات يعد من أهم المبادئ العامة في العقود الإدارية بصفة عامة والصفات العمومية بصفة خاصة، وبالتالي هذا الالتزام واجب على المتعاقل حتى ولو لم ينص عليه صراحة في العقد المبرم، فهو التزام مطلق لا يعفيه من الوفاء عدم احترام الجهة المتعاقله لأي من التزاماتها حتى ولو تعلق الأمر بأداء المقابل المالي.

إذا فهذا المبدأ يعد من مقتضيات تنفيذ الصفقة العمومية بحسن نية المقررة في العقود الخاصة. لذا فإنه يتطلب في جميع الأحوال علم ودراسة المتعاقل المتعاقل بكافة الشؤون الفنية والتقنية والخبرة المهنية في مجال عمله، والعمل على توفير كل الوسائل والإمكانات لتنفيذ الجيد لموضوع الصفقة.

إلى جانب الأخذ بجميع الاحتياطات اللازمة لوقاية العمال من الأخطار والحوادث ودفع جميع أجورهم.

وعلى العموم فإن نطاق الاعتبار الشخصي في هذا الشأن يتميز بمجموعة الصفات الجوهرية التي تكون محلاً للاعتبار في التعاقل، ويتسع هذا النطاق ليشمل كافة الصفات

¹ الهادة 56 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

التالية¹:

- **الكفاية المالية**: وتعني درجة ملائمة الذمة المالية للمتعاقد التي تشكل ضمانا هامة لتنفيذ الصفقة وتحقيق النفع العام، خاصة في الصفقات التي تتطلب إمكانيات مالية ضخمة² مثل عقد الأشغال العامة وعقد اقتناء اللوازم.

- **القدرة الفنية**: تتمثل هذه القدرة في خبرات المتعاقد ومجموع انجازاته السابقة ومؤهلاته الفنية محل تقدير الجهة الإدارية عند اختيارها له، لاسيما إذا كان تنفيذ الصفقة يحتاج إلى تقنيات عالية من تشغيل أو صيانة.

- **حسن السمعة**: تهتم الإدارة بحسن سيرة المتعاقد معها وسمعته وبالذات فيما يتعلق بمدى حرصه على الوفاء بالتزاماته بسهولة وبسر ودون مماطلة.

- **الجنسية**: قد تشكل جنسية المتعاقد صفة جوهرية تكون محلا للاعتبار من جانب الجهة الإدارية عند قيامها باختيار المتعاقد معها، خاصة في مجال الصفقات التي تتصل بالمرافق ذات الطابع السري كصفقات وزارة الدفاع الوطني.

بهذا فإن تحقق الجهة المتعاقدة من قدرات المتعاقد اللازمة يعتبر نقطة جوهرية لتنفيذ الصفقة العمومية، ضمنا لسير المرافق العامة وتحقيق الصالح العام وحفاظا على المال العام، لأن عدم توفر القدرات المادية والتقنية اللازمة للتنفيذ قد يؤدي حتما إلى جمود المشاريع وتراكمها، وبالتالي تأخر في تنفيذ المخططات التنموية، الأمر الذي يمثل تهديدا خطيرا لنظم الإدارة العامة وتسيير مرافقها.

و مما تقدم بيانه فإن من أهم الواجبات التي يلتزم بها المتعاقد لتجسيد فكرة الاعتبار الشخصي في تنفيذ موضوع الصفقة هي:

¹ نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 63 و 64.

² المادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم 22/7/15.

1 - الالتزام الحرفي بتعليمات الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة: بعد تقديم الإدارة هذا الأمر، يتعين على المتعاقد معها الالتزام الحرفي بالأمر بالتنفيذ و مرفقاته، إضافة إلى تنفيذه لكل التعديلات التي تلحق بالمشروع أثناء فترة انجازه، طالما تم تبليغه كتابيا أو في دفتر الورشة أو وفق طرق التبليغ التي تم الاتفاق عليها . غير أن المتعاقد لا يمكنه الشروع في الانجاز لاسيما مجال الأشغال، إلا بعد فحص الوثائق و التصاميم المرفقة أو تصحيح الأخطاء التي تم اكتشافها¹.

2 - التصريح باليد العاملة: لقد ألزم التشريع الجزائري بموجب المادة 14 من دفتر الشروط الإدارية العامة، إعلام المقاول المصلحة المتعاقدة بقائمة الاحتياجات اليد العاملة التي يتطلبها تنفيذ المشروع، و كذا توضيح جميع البيانات اللازمة الخاصة بشروط الشغل و الأجرة، مع تجديد هذه البيانات في كل إجراء تشغيل جديد.

هذا إلى جانب ما نصت عليه المادة 16 من نفس الدفتر، على تحديد الشروط الخاصة باللجوء إلى اليد العاملة الأجنبية، في حين خصت المادة 17 من نفس الدفتر، بالمسائل التي تتعلق بأجور العمال و مصادقة المصلحة المتعاقدة عليها.

لكن الواقع العملي اليوم، لم يستطع جعل اليد العاملة قادرة على النهوض بالبناء و الأشغال العمومية، وذلك بسبب استعانة الدولة الجزائرية بالخبرات و الأيدي الأجنبية على حساب الوطنية.

3 - فتح الورشة: من أهم الأعمال التي يقوم بها المتعاقد لبدء انجاز الأشغال هو فتح ورشة خاصة بالأشغال، و التي تقوم على عدة شروط أهمها:

- التسييج و إحاطة مكان الورشة؛
- لوح بياني للورشة وفق مقاسات محددة طبقا للتنظيم المعمول به يبين طبيعة الأشغال، الجهة صاحبة الأشغال، مكتب الدراسات، آجال التنفيذ و اسم المقاول؛
- شروط وقاية العمال؛
- فتح سجل خاص بالورشة لتسجيل فيه متابعة الأشغال و معاينتها؛

¹ - النوي خرشي، المرجع السابق، ص 294

- إقامة مكتب للمصالح التقنية المتابعة للمشروع؛
- اتخاذ جميع الإجراءات الوقائية و الاستعجالية لحوادث العمل من حيث النقل و التكفل؛
- قيام بعملية التأمين للورشة و للأشغال.

بهذا فعملية فتح الورشة تعتبر كقاعدة حياة بالنسبة للمشروع، لذا يجب على المتعاقد القيام بإجراءين مهمين يتمثلان في إشعار بفتح الورشة و إجراء غلقها، وفقا للنماذج المقررة من قبل الهيئات المكلفة بالأشغال العمومية¹.

و يكون سريان الورشة طيلة مدة انجاز الصفقة العمومية، حيث يتم هذا التسيير بطرق تفرضها أحكام دفاتر التعليمات العامة و دفاتر التعليمات المشتركة، وفي هذا الإطار يقوم المقاول بتنظيف مكان الورشة دوريا وعلى حسابه الخاص من الآلات التي لا يحتاجها و بقايا الردم، فإن لم يقم المقاول بذلك يمكن للجهة المتعاقدة تنبيهه عن طريق اعدار، فإذا لم يستجيب لهذا الإعدار وفي الأجل الممنوح له، تقوم المصلحة المتعاقدة بتكليف غيره للقيام بذلك وعلى حسابه.

أما في حالة قيام عدة مقاولين بالعمل في ذات الورشة، فهنا يجوز أن يتضمن دفتر الشروط الخاصة نصا يحدد بموجبه العلاقة بين المتدخلين وذلك بالتنسيق من قبل المقاول المعين بهذه الصفقة ضمن دفتر الشروط الخاصة، بهدف ضمان حسن نظام الورشة وأمن العمال.

وفي حالة عدم ورود أي نص، في دفتر التعليمات الخاصة فيما يتعلق بأشغال البناء يتولى المقاول المكلف بالأشغال الكبرى هذه المسؤوليات².

¹ - النوي خرشى، المرجع نفسه، ص 293 و 294 .

² المادة 18/ أ من د.ش.إ.ع. لسنة 1964.

هذا إلى جانب تحديد كيفية التكفل بالمصارف الناتجة عن تنظيم وسير الورشة، تامين و
وقاية العمال و المسؤوليات المترتبة عن الأشغال، و على كل حال فإن جميع المقاولين
المتدخلين يقتسمون هذه المصاريف حسب نسبة مبالغ الأشغال المكلفين بها حسب ما نصت
علي الفقرة (ب) ن المادة 18 من دفتر الشروط الإدارية لسنة 1964.

4 - اختيار المتعاونين ورؤساء الورش: الأصل العام أن المتعاقد المتعاقد ملزم بالتواجد
بنفسه أثناء تنفيذ الصفقة غير أن التشريع الجزائري أجاز له بموجب المادة 1/13 من دفتر
الشروط الإدارية لسنة 1964، أن ينيب عنه من يمثله شريطة أن يكون الشخص النائب
سواء كان معاون أو رئيس ورشة من الأشخاص الأكفاء لمعونته والحلول محله في تسيير
الأشغال وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة واستمرارية سير المرافق وهذا عكس لتشريع
المصري الذي يشترط أن يكون النائب مهندس حاصل على بكالوريوس كلية الهندسة¹.

و قد أقرت المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكمها الصادر بتاريخ 1969/11/08
على التزام المقاول باستخدام مهندس يمثله، وهو التزام يبقى قائما ما بقي العمل جاريا ولا
يستطيع المقاول التحلل من هذا الالتزام لما في ذلك من إخلال بمصلحة المرفق².

ولما كانت الغاية من هذا الشرط تحقيق مصلحة المرفق العام واستكمال عدته، فقد أجاز
المشرع الجزائري بموجب المادة 18/ب من دفتر الشروط الإدارية لسنة 1964، لمهندس
الدائرة أو المهندس المعماري، أن يلغي الورشة أو رفض وكلاء المقاول إذا رأى ذلك ضروريا
دون أن تتحمل الدولة أية مسؤولية عن نتائج تلك العمليات.

¹ حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص354.

² حمدي ياسين عكاشة، المرجع نفسه، ص354.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن الاعتبار الشخصي في التنفيذ

باعتبار أن أساس فكرة الاعتبار الشخصي هو صلة الصفة بالمرفق العام، وكلما اشتدت هذه الصلة كلما زاد التركيز و الاهتمام بفكرة الاعتبار الشخصي، فإنه يجب على المتعاقد أن يسهر شخصيا على التنفيذ الجيد، و يمنع عليه أن يحل غيره في هذا التنفيذ.

بهذا فإن فكرة الاعتبار الشخصي يترتب عليها عدة نتائج تتمثل في:

البند الأول: عدم جواز تنازل عن الصفة:

إن الهدف الأساسي من الاعتبار الشخصي هو حرص الجهة الإدارية على اختيار شريكها في التعاقد بسبب صفاته الشخصية، لأنه يتعاون معها في استمرارية سير المرفق العام وبذل العناية اللازمة للوفاء بالتزاماته.

كما أن الاعتبار الشخصي للتنفيذ يؤدي إلى إبعاد كل متعاقد الذي لا يهمله إلا تحقيق مصلحته الشخصية، لأن المتعاقد المتعاقد هو معاون الجهة الإدارية في المرفق العام وهو يعمل من أجل ضمان حسن سير هذا المرفق، الشيء الذي قد لا يحرص عليه من يحل محله في التنفيذ¹.

لذلك يتعين على الجهة الإدارية مراعاة بدرجة كبيرة عند إبرامها لصفقاتها مجموعة من الصفات الجوهرية، التي تكون محلا للاعتبار في التعاقد وضمانا كافيا لحسن سير المرفق العام الذي من أجله أبرمت الصفة.

و باعتبار مضمون التزام المتعاقد بالوفاء بالتزاماته التعاقدية يقوم على دعامة أساسية هي فكرة الاعتبار الشخصي، التي يترتب عنها نتيجة هامة تتمثل في عدم جواز تنازل المتعاقد عن تنفيذ جميع التزاماته لصالح متعاقد آخر أو مناوئ إلا بعد أخذ موافقة الجهة

¹ علي بن شعبان، المرجع السابق، ص 229.

الإدارية المتعاقل، عكس ما نص عليه التشريع الجزائري في المادة 564 من القانون المدني التي أجازت للمقاول بأن يوكل العمل بجملة أو في جزء منه إلى مقاول فرعي ما لم يوجد اتفاق على ذلك.

وعلى هذا الأساس يقصد بالتنازل عن العقد هو التصرف القانوني الذي يبرمه المتعاقل المتعاقل مع الغير، بقصد إحلاله محله في أداء التزاماته واكتساب حقوقه الناشئة عن العقد المبرم بينه وبين المصلحة المتعاقل¹.

فالأصل العام في الصفقات العمومية أنه لا يجوز للمتعاقل المتعاقل التنازل عن العقد ولا يجوز أن يحل غيره محله، في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد كلها أو بعضها. و لا شك أن تنازل المتعاقل عن العقد يعتبر إهدارا ومساسا كليا بفكرة الاعتبار الشخصي في تنفيذ موضوع الصفقة، التي تهدف الجهة الإدارية من ورائها إلى تحقيق المصلحة العامة.

فمنع التنازل عن العقد هو أمرا بديهيا في مجال الصفقات العمومية ذلك أن الجهة المتعاقل عند اختيارها للمتعاقل، تكون قد راعت مجموعة من الاعتبارات من قدراته المالية والكفاءة المهنية والسمعة الحسنة، التي تعد كلها جوهر الاعتبار الشخصي في التنفيذ لذلك يعد هذا المنع من المبادئ الأساسية في العقود الإدارية، الذي لا يحتاج إلى نص بشأنه في العقد، لأنه أمر أكيد حتى بدون نص، لكن في الواقع العملي نجد دفاقر الشروط تنص على منع التنازل عن الصفقة وهذا ما نص عليه التشريع الجزائري بموجب المادة 1/11 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1994 على أنه: " لا يجوز للمقاول التنازل عن جزء أو كل مقاولته لمقاولين فرعيين أو لجماعة بدون إذن صريح من الإدارة".

¹ نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص66.

و كذلك نصت المادة 76 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 على أنه: " لا يجوز للمتعاقل النزول عن العقد أو المبالغ المستحقة له كلها أو بعضها... ".

كما عبرت عنه المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكم لها جاء فيه: " أن العقود الإدارية تحكمها قواعد عامة تطبق عليها جميعا ولو لم ينص عليها في العقد، ومن هذه القواعد التزامات المتعاقل مع الإدارة التزامات شخصية يجب أن ينفذها بنفسه وبترتب على ذلك انه لا يجوز له أن يحل غيره فيها أو أن يتعاقل بشأنها مع الغير إلا بموافقة الإدارة، فإذا حصل دون موافقة الإدارة فإن التنازل يعتبر باطلا يتعلق بالنظام العام...¹ ".

وعليه يتضح لنا أن التنازل عن الصفقة أمر غير جائز استقرت عليه أحكام القضاء الإداري وكذا النصوص التنظيمية والتشريعية، إذ من خلاله لا يجوز للمتعاقل المتعاقل أن يتنازل عن الصفقة لأحد الأشخاص إلا بموافقة الإدارة، وهي قاعدة تضمنها غالبا دفاتر الشروط، فهي تعتبر قاعدة إلزامية حتى في حالة عدم النص عليها في العقد، وبالتالي فكل إخلال بها من قبل المتعاقل المتعاقل يعرضه لعقوبات تصل إلى فسخ الصفقة بقوة القانون وبدون أي تعويض.

مما سبق ولبيان الآثار المترتبة عن التنازل فيلزم علينا تناوله من ناحيتين:

¹ محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص440.

الفقرة الأولى: في حالة موافقة الإدارة عن التنازل

باعتبار أن الجهة الإدارية عند تعاقدها تراعي مجموعة من الصفات الجوهرية التي تكون محل اعتبار، غير انه قد تطرأ أثناء تنفيذ الصفقة العمومية ظروف معينة على المتعاقد المتعاقد تؤثر بشكل كبير على كفاءته الفنية وقدراته المالية، ولذلك فإنه يفضل في هذه الحالة أن يتنازل عن العقد المبرم بينه وبين الإدارة لشخص آخر تتوفر فيه الكفاية المالية والفنية اللازمة لتنفيذ موضوع العقد، لذا تجد جهة الإدارة أن الصالح العام ومصلحة المرفق يتطلب الموافقة على التنازل¹.

إذ يبقى لجهة الإدارة السلطة الواسعة في التعبير عن موافقتها لهذا التنازل أو عقد المناولة، إذ هي غير مقيدة بشكل معين ما لم يوجد نص يخالف ذلك كما في التشريع الجزائري اوجب في عقد المناولة أن تتم الموافقة كتابيا²، وهذا خلافا للتشريع المصري الذي أجاز للمصلحة المتعاقدة التعبير عن إرادتها في التنازل أو عقد المناولة بأي شكل تشاء³، وهو نفس الموقف الذي أخذه مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ 1930/01/10، والذي اقر الموافقة الضمنية للإدارة⁴.

و القاعدة العامة أن السلطة التي تملك الموافقة على التنازل أو المناولة هي السلطة التي تملك حق الإمضاء على العقد.

ولا شك أن موافقة الجهة المتعاقدة على التنازل عن العقد أو المناولة، تترتب عليها عدة آثار تتمثل في:

¹ نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص68.

² الهادة 2/143 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

³ محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص444.

⁴ محمد سليمان الطماوي، المرجع نفسه، ص444.

أولاً: علاقة الإدارة بالمتنازل إليه

تعتبر موافقة الإدارة عن التنازل بمثابة عقد جديد يجمع بين الجهة الإدارية والمتنازل له يحل محل العقد الأصلي، ومن خلاله يحل المتنازل له محل المتعاقد الأصلي في جميع الحقوق والالتزامات تجاه الإدارة، أي أن هناك رابطة تعاقدية مباشرة تنشأ بين الإدارة والمتنازل إليه.

بهذا فيعتبر المتنازل إليه المسؤول الوحيد أمام الجهة الإدارية عن تنفيذ موضوع العقد، ويصبح المعني بكل التوجيهات والتعليمات والأوامر الصادرة عن المصلحة المتعاقدة¹.

و ترتباً على ما تقدم، يكون من حق المتنازل إليه تحصيل واستقاء المقابل المادي المتفق عليه في العقد الأصلي، وهذا ما قرره مجلس الدولة الفرنسي في حماية المتعاقد المتنازل إليه استناداً إلى مبدأ الدفع المباشر للمتنازل إليه بشرط موافقة الإدارة على هذا التنازل².

ثانياً: علاقة الإدارة بالمتعاقد الأصلي

بمجرد موافقة الجهة المتعاقدة على التنازل، يتحرر المتعاقد الأصلي من جميع التزاماته العقدية، إذ لا يجوز للمصلحة المتعاقدة مطالبته بالاستمرار في تنفيذ موضوع العقد.

لكن في فرنسا تنص معظم العقود الإدارية على ضرورة بقاء المتعاقد الأصلي ضامناً للمتنازل إليه في تنفيذ العقد، وذلك حرصاً على الالتزام بفكرة الاعتبار الشخصي في التنفيذ الإداري، وبالتالي لا يمكن إعفاء المتعاقد الأصلي من المسؤولية العقدية في حال توفرها³.

أما في التشريع الجزائري يمكن القول أن موافقة الجهة المتعاقدة عن التنازل تكون محصورة فقط في التنازل الجزئي للصفحة والمعبر عنه بالمناولة، حيث تكون علاقة الإدارة

¹ نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 69.

² نصري منصور النابلسي، المرجع نفسه، ص 69 و 70.

³ نصري منصور النابلسي، المرجع نفسه، ص 70.

مع المتعاقد الأصلي فقط باعتباره المسؤول الوحيد أمامها عن تنفيذ الجزء المتنازل فيه حسب ما نصت عليه المادة 141 من المرسوم الرئاسي 22/7/15.

أما فيما يخص علاقة الإدارة بالمنازل فلا تنشأ أي علاقة عقدية بينهما وإنما تجمع بينه وبين المتعاقد الأصلي.

الفقرة الثانية: في حالة رفض الإدارة التنازل

باعتبار أن الصفقات العمومية تعتبر من أهم الوسائل التي تستعين بها الإدارة لتلبية حاجاتها وتحقيق الصالح العام، فهي تبذل قصارى جهدها لاختيار متعاقد تتوفر فيه مجموعة من الصفات الجوهرية كالكفاءة الفنية والتقنية والخبرة المهنية والكفاية المالية.

لكن في بعض الأحيان قد تتفاجأ الجهة الإدارية بتنازل المتعاقد لمتعاقد آخر لا تعرف عنه شيء لتنفيذ موضوع الصفقة.

و بالتالي فإن هذا التنازل عن الصفقة المبرمة مع جهة الإدارة يعتبر إهدارا كاملا لفكرة الاعتبار الشخصي وعليه فإن مصيره هو البطلان، إذ لا يمكن للمتنازل إليه أن يحتج به أمام الجهة الإدارية، ولا ينشأ أية رابطة عقدية تجمع بينها وبينه نظرا لعدم موافقتها على هذا التنازل، و بذلك يظل المتعاقد الأصلي وحده المسؤول أمام الإدارة¹.

و في هذا الصدد فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن المتنازل إليه لا يستطيع أن يتمسك بأي حق قبل الإدارة، ولا يمكن مطالبتها على أساس عقدي بأن تدفع له قيمة الأعمال التي نفذها².

¹ محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 442 و 443.

² نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 73.

لكنه إن قام بتنفيذ العقد كلياً أو جزئياً يمكن أن يرجع على الجهة المتعاقدة على أساس نظرية الإثراء بلا سبب، كما يستطيع بصفته دائناً للمتعاقد الأصلي مطالبة الإدارة بحقوق مدينه وفقاً للقواعد العامة المقررة في هذا الخصوص.

فتنازل المتعاقد المتعاقد عن عقده دون موافقة من جانب الإدارة المتعاقدة يعتبر خطأ عقدياً يترتب مسؤوليته عن الأضرار الناجمة عنه، كما يبطل توقيع أقصى الجزاءات عليه، أي الفسخ على مسؤولية المتعاقد وهذا ما اعتبره القضاء الإداري الفرنسي من الأخطاء الجسيمة المبررة لفسخ العقد¹.

و قد نص التشريع الجزائري بموجب الفقرة 3 من المادة 11 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 على أنه إذا قام المقاول دون إذن، بالتعاقد مع مقاول فرعي أو قام بالمشاركة على الصفة مع شركة أو جماعة يجوز عند ذلك و دون إنذار سابق تطبيق التدابير القسرية المنصوص عليها في المادة 35 من نفس الدفتر.

و أكثر من ذلك يمكن للمتعاقد الذي تنازل عن الصفة محل التعاقد، وطبقت عليه الجهة المتعاقدة الفسخ تحت مسؤوليته، إقصاءه مؤقتاً من الصفقات العمومية حسب ما نصت عليه المادة 75 من المرسوم الرئاسي 247/15.

البند الثاني: موت و إفلاس المتعاقد

إذا كان المتعاقد المتعاقد ملزماً بتنفيذ التزاماته التعاقدية شخصياً خلال المدة المقررة في العقد، إلا أنه قد يطرأ أحياناً أثناء مرحلة التنفيذ ما يحول دون ذلك عند وفاة المتعاقد وإفلاسه.

¹ نصري منصور النابلسي، المرجع نفسه، ص75.

الفقرة الأولى: وفاة المتعاقد مع الإدارة

الأصل العام أن الاعتبار الشخصي للمتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية يشكل دعامة أساسية في العقود الإدارية، وذلك كون شخصية المتعاقد تكون محل اعتبار، غير أن وفاة هذا الأخير أثناء تنفيذ موضوع الصفقة يطرح إشكالا حول مصير هذا التنفيذ.

فمجلس الدولة الفرنسي عادة في حالة موت المتعاقد يرجع إلى شروط العقد وإلى دفاتر الشروط لترتيب الآثار التي تتولد عن هذه الواقعة، فإذا لم يرد فيها شيء بهذا الخصوص، فإن الفقه يرجح حق الإدارة في فسخ العقد، أو استمرار الورثة في تنفيذ التزامات المتعاقد المتوفى إذا لم ترغب في الفسخ¹.

هذا وقد ذهب الفقيه الفرنسي جيز للقول بأنه بمجرد وفاة المتعاقد يؤدي ذلك إلى فسخ العقد أو انقضائه بقوة القانون، بينما يذهب الفقيه دي لوبادير إلى القول أن أحكام القضاء الإداري توفق بين مقتضيات سير المرفق العام بانتظام وبين الحقوق التي يستمدها الورثة من المتعاقد المتوفى².

أما في مصر فقد حسم المشرع الموضوع بموجب المادة 77 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 على أنه: "إذا توفى المتعاقد جاز للجهة الإدارية فسخ العقد مع رد التأمين إذا لم تكن لها مطالبات قبل المتعاقد، أو السماح للورثة بالاستمرار في تنفيذ العقد بشرط أن يعينوا عنهم وكيلًا بتوكيل مصدق على التوقيعات فيه و توافق عليه السلطة المختصة...".

¹ نصري منصور النابلسي، المرجع نفسه، ص 100.

² محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 448.

مما سبق يمكن القول أن كلا من التشريع الفرنسي والمصري منح للجهة الإدارية السلطة التقديرية الواسعة في فسخ العقد أو الموافقة على استمرار ورثة المتوفي في تنفيذ موضوع العقد.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، و بالرجوع إلى المادة 1/37 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، فقد نص في حالة وفاة المتعاقد، قيام الجهة المتعاقدة بفسخ العقد بقوة القانون وبدون تعويض، لكن إذا قام الورثة بتقديم عرض للمصلحة المتعاقدة بغية الاستمرار في تنفيذ موضوع الصفقة بدل مورثهم، و وافقت الجهة المتعاقدة على هذا العرض متى قدرت تحقيق المصلحة العامة، فهنا تستمر الرابطة العقدية ويواصل الورثة تنفيذ التزامات مورثهم المنصوص عليها في العقد.

و في هذا الصدد تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم ينص على حالة تعدد المتعاقدين مع الإدارة لتنفيذ صفقة واحدة، وتوفي أحدهم.

المشرع الجزائري أغفل عن تنظيم هذه الحالة في دفتر الشروط الإدارية العامة، لكن في نظرنا فإن الوضع يرتبط بعلاقة المتعاقدين بباقي المتعاقدين، وكذا طبيعة التجمع، فإذا كان هذا التجمع بالتضامن بحيث كل المتعاقدين متضامنين لتنفيذ موضوع الصفقة، فإن وفاة أحدهم لا يؤثر عليهم بل يستمر تنفيذ الصفقة مع باقي المتعاقدين، أما في حالة التجمع بالإشراك فإن كل متعاقد مسؤول وحده على تنفيذ العقد الذي أبرمه مع الإدارة، ففي حالة الوفاة فهنا الإدارة إما تفسخ العقد أو توافق على تنفيذه من قبل الورثة إذا قدموا عرضا لها طبقا لما نصت عليه المادة 1/37 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964.

و خلافا لتشريع الجزائري، فإن المشرع المصري قد عالج حالة تعدد المتعاقدين وموت أحدهم، حيث يبقى الخيار للإدارة بين فسخ العقد أو مطالبة باقي المتعاقدين بالاستمرار في التنفيذ، حسب ما نصت عليه المادة 77 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات

رقم 89 لسنة 1998 التي نصت على أنه: "... و إذا كان العقد مبرما مع أكثر من متعاقد وتوفى أحدهم، فيكون للجهة الإدارية الحق في إنهاء العقد مع رد التأمين أو مطالبة باقي المتعاقدين بالاستمرار في تنفيذه.

و يحصل الإنهاء في جميع هذه الحالات بموجب كتاب موسى عليه بعلم الوصول دون حاجة إلى اتخاذ أية إجراءات أخرى أو الالتجاء إلى القضاء".

الفقرة الثانية: إفلاس المتعاقد مع الإدارة

إن الإفلاس لا يقرر إلا بموجب حكم قضائي الذي يقرر التوقف عن الدفع فيرتب عليه شهر إفلاس المدين التاجر.

و يرتب الإفلاس آثارا تتعلق بزمة المفلس وتتمثل بصفة أساسية في غل يديه عن أمواله عقب صدور حكم الإفلاس، ويضاف إلى ذلك أن المشرع لا يقر جميع التصرفات التي قام بها المدين في الفترة بين تاريخ توقفه عن الدفع و تاريخ صدور حكم الإفلاس¹.

بهذا فالإفلاس في العقود الإدارية يطرح إشكال مصير تنفيذ العقد في حالة إفلاس المتعاقد وغل يده عن إدارة أمواله.

ففي هذا الصدد فالإفلاس كالوفاة من حيث ترتيب الآثار فإذا أفلس المتعاقد مع الإدارة، فإن مجلس الدولة الفرنسي يلزم على الرجوع إلى نصوص العقد أو دفتر الشروط لمعرفة ما إذا كانت هذه الحالة منظمة على شكل شرط في العقد أم لا، فإذا لم تنظم في العقد، فإن المجلس يطبق القاعدة التي مقتضاها لا يؤدي الإفلاس أو الإعسار بذاته إلى إنهاء العقد، وإنما يكون للإدارة في هذه الحالة أن تفسخ العقد إذا رأت أن الصالح العام يقتضي ذلك².

¹ نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 106.

² محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 450.

و في القانون المصري الفسخ لا يكون سلطة تقديرية للجهة الإدارية كما في حالة الوفاة، وإنما الإدارة ملزمة بالفسخ وهذا حسب ما نصت عليه المادة 24 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998، التي نصت على أنه: "يفسخ العقد تلقائياً في حالتين الآتيتين:

- إذا أفلس المتعاقد أو أعسر".

بهذا فإن المشرع المصري قد حسم مسألة أثر إفلاس المتعاقد أو إعساره على انقضاء الرابطة العقدية، حيث المشرع جعل الفسخ إجبارياً ولم يترك للجهة المتعاقدة حرية الاختيار بين فسخ العقد أو عدم فسخه.

أما في التشريع الجزائري فقد قضى المشرع بذات الحكم سواء لوفاة المقاول أو لإفلاسه وفرض التسوية القضائية على أعماله وذلك برفع يده عن أمواله، وتعيين وكيل التفليسة ليتولى صفة أعماله و سداد ديونه.

بهذا فالمشرع الجزائري نص بموجب الفقرة 2 من المادة 37 من دفتر الشروط الإدارية لسنة 1964، على فسخ العقد بقوة القانون وبدون تعويض، أو الاستمرار الرابطة العقدية من خلال تعويض المقاول المفلس بوكيل دائن أو المصفي إذا رأت في استمراره تحقيق هدفها المتمثل في بتحقيق النفع العام و المصلحة العامة، وذلك بتوافر جملة من الشروط متمثلة أساساً في ضرورة الحصول على إذن من المحكمة لوكيل الدائنين بمواصلة أشغال المقاول المفلس إذا كان هذا لإفلاس غير مبني على غش أو تدليس.

المطلب الثاني: وفاء المتعاقد بالتزامه التعاقدية وفق الشروط المحددة في العقد.

لوفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزامه التعاقدية، يتعين أن يكون على النحو المنصوص عليه في العقد، حتى يتحقق بهذا التنفيذ الغاية المقصودة من إبرام الصفقة، وبالتالي فهو التزام

جوهرى يرتب الإخلال به قيام مسؤولية عقدية للمتعاقد، الأمر الذي يبرر استعمال الإدارة لسلطتها حياله من تطبيق جزاءات أو بفسخ الصفقة مع تحميله لآثار إخلال بهذا الالتزام. و على العموم ولتفصيل أكثر يخص الفرع الأول لدراسة تنفيذ الالتزام بطريقة سليمة وفق ما تمليه الشروط، أما الفرع الثاني فسيعالج قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته بحسن نية.

الفرع الأول: تنفيذ الالتزام بطريقة سليمة وفق ما تمليه الشروط

يشكل وفاء المتعاقد بالتزامات التعاقدية موضوع الصفقة أهمية كبيرة بالنسبة للجهة الإدارية نظرا لارتباطه الوثيق بسير المرفق العام، لدى يتعين على المتعاقد تنفيذ هذه الالتزامات وفق شروط العقد وحسب القواعد العامة المقررة في التنفيذ.

لكن رغم اختلاف التزامات المتعاقدين مع الإدارة في صورها وأوضاعها باختلاف نوع الصفقة المبرمة، فقد تنصب على توريد مواد أو تقديم خدمات أو انجاز أشغال أو القيام بدراسات، إلا أن مصدر تحديد هذه الالتزامات يرجع أساسا إلى العقد المبرم بينهما، إلى جانب نصوص تنظيم الصفقات العمومية، والتي لا يجوز للإدارة أن تخرج على أحكامها في تعاقدتها مع الأفراد، وهذا نصت عليه المادة 95 من المرسوم 274/15، والتي ألزمت على إشارة كل صفقة عمومية إلى التشريع المعمول به والتنظيم المعمول بهما.

إذا فالعقد يعتبر النقطة الجوهرية التي تمكن المتعاقد المتعاقد من معرفة محل الالتزام بصورة تامة و واضحة، و ذلك من خلال تحديد جميع الالتزامات المتقابلة وكل الأوصاف والمقادير وكذا مواعيد التنفيذ، وبالتالي فيعتبر العقد وثيقة واجبة الاحترام بين الطرفين لأنها عبرت عن اتفاق إرادتهما¹.

¹ محمد خلف جبوري، المرجع السابق، ص 187.

لكن أحيانا قد تتفق الجهة المتعاقله مع المتعاقل المتعاقل على الأمور العامة في العقد، أما التفاصيل فتنتركها بشكل خاص إلى دفاقر الشروط، لما تحتويه من قواعد تفصيلية بشأن الصفقة محل التعاقل، لذا فيكون ما تضمنه العقد و ما فصله دفاقر الشروط ملزما للمتعاقل المتعاقل، ذلك أن ما ورد في العقد وما هو موجود في دفاقر الشروط يعتبر من القواعد المتممة لبعضها البعض¹.

لذا لا يجوز للمتعاقل المتعاقل الاقحاقل بالعقد على ما هو موجود في دفاقر الشروط أو غيره من تعليمات أو قوانين، لأن كل ما يوضع من شروط يكون لدواعي المصلحة العامة. إن التزام المتعاقل المتعاقل بتنفيذ العقد وفق ما تمليه نصوص دفاقر الشروط يعد التزاما لتحقيق غاية، إذ لا يكفي إبراء ذمته من خلال الوفاء بهذا الالتزام، بل يجب على المتعاقل المتعاقل أن يبذل عناية وجهدا في سبيل هذا الوفاء، حيث يلتزم بتحقيق الغاية التي يستهدفها من وراء تعاقله، والتي تتمثل أساسا في تنفيذ التزامه الذي يكفل سير المرفق العام².

و على هذا الأساس، فالإدارة وهي تتمتع بما يقدمه المتعاقل معها من جهد لتنفيذ موضوع الصفقة بما يعود عليها وعلى المرفق العام بالنفع، يتعين عليها مساعدة المتعاقل المتعاقل في تنفيذ التزاماته وتجنبيه كافة الصعوبات التي قد تعترض تنفيذه لموضوع الصفقة.

إذ تحرص الجهة الإدارية كخطوة أولى إعداد التصاميم والرسومات والخرائط بشكل جيد وبطريقة سليمة، ذلك أن جودة التنفيذ و تشييد المرفق تعتمد أساسا على دقة إعداد تلك التصاميم والخرائط.

¹ محمد خلف جبوري، المرجع نفسه، ص188.

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته القضاء وتحكيمها، المرجع السابق، ص251.

و لتنفيذ الالتزامات التعاقدية بطريقة سليمة وبعناية تامة، يجب على المتعاقل المتعاقل الدراية الكافية بالشؤون الفنية والخبرة في مجال الأعمال حسب طبيعة الصفقة محل التعاقل، فإذا كان التعاقل منصبا على عقد الأشغال العامة، فالمتعاقل المتعاقل ينبغي للتشديد أن يكون لديه تصور كامل عن المشروع وتصاميمه، الأمر الذي يوجب الالتزام المتعاقل وفق تلك المواصفات الفنية والهندسية المقدمة من قبل الجهة المتعاقل، و حسب ما نصت عليه المادة 3/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964: "يتلقى المقاول مجانا من المهندسين أو المهندس المعماري خلال مقاولته نسخة مصدقة عن كل الرسوم المتعلقة بالمقتضيات المقررة بالمشروع وعن المستندات اللازمة لتنفيذ الأشغال".

أما الفقرة الرابعة من المادة 12 فقد نصت على وجوب تنفيذ المتعاقل بدقة لتلك التصاميم. و نظرا لتعلق تنفيذ الصفقة العمومية بسير المرفق العام وما يقدمه من خدماته للجمهور، فإن الجهة المتعاقل تقوم برقابة وتوجيه المتعاقل معها في مرحلة تنفيذ التصاميم، في حالة مخالفته تترتب عليه مسؤولية عقدية.

أما إذا تبين للمتعاقل المتعاقل أن التصاميم لا تفي بالغرض أو بها أخطاء، فيجب عليه إعلام مهندس الدائرة أو المهندس المعماري قبل أي تنفيذ¹.

هذا وقد نص التشريع المصري بموجب المادة 80 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998، على أنه: "يلتزم المقاول بأن يتحرى بنفسه طبيعة الأعمال، وعمل كل ما يلزم لذلك من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات والرسومات والتصميمات والخرائط المعتمدة، وعليه إخطار الجهة الإدارية في الوقت المناسب بملاحظاته عليها ويكون مسؤولا تبعا لذلك عن صحة وسلامة جميع ما ورد فيها كما لو كانت مقدمة منه".

¹ المادة 6/12 من د.ش.إ.ع. لسنة 1964.

و في هذا الصدد تجدر الإشارة، أن التزام المتعاقل المتعاقل بتنفيذ الالتزامات الموكلة إليه بدقة وإتقان وحسب الشروط والمواصفات المتفق عليها في العقد، تعتمد أساسا على طبيعة العمل ومتطلباته، إلى جانب الأخذ بعين الاعتبار الأسس العملية للتخطيط والتنفيذ وأصول المهنة، مع استخدام في التنفيذ كافة الأدوات و الأجهزة و المواد الأولية...إخ، تمتثل للمواصفات الفنية المطلوبة التي تم الاتفاق عليها مع الإدارة¹.

الفرع الثاني: قيام المتعاقل بتنفيذ التزاماته بحسن نية

تقتضي القاعدة العامة أن العقود تخضع لأصل عام من أصول القانون، يقضي بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية، وهذا الأصل يطبق في العقود الإدارية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية².

و يعتبر تنفيذ الصفقة وفقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية التزام جوهري، مفاده أن يحرص المتعاقل المتعاقل عند دخوله غمار الصفقات العمومية على تحقيق المصلحة العامة إلى جانب اهتمامه بتحقق كسب مادي، وإذا قصرت الجهة المتعاقدة في تنفيذ التزاماتها أو حدثت ظروف طارئة فإنه يبقى ملزم ببذل أقصى جهد و عناية لإكمال تنفيذ موضوع الصفقة.

و قد نص التشريع الجزائري على تنفيذ العقد بحسن نية بموجب المادة 107 من القانون المدني التي جاء فيها: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية".

بهذا فإن المشرع الجزائري يرى التزام المتعاقل بتنفيذ التزاماته بحسن نية هو تطبيق للقواعد العامة في تنفيذ العقود، ولهذا فإن المتعاقل المتعاقل ملزم بتنفيذ التزاماته العقدية ولا يمكنه

¹ المادة 6/12 من د.ش.إ.ع. لسنة 1964.

² حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 292.

الامتتاع عن ذلك لأي حجة كانت، بل يظل وافيا لهذه الالتمزات ولا يتحرر منها بقاعدة الدفع بعدم التنفيذ المقررة في العقود الخاصة¹.

ذلك أن تطبيق هذه القاعدة كأصل عام غير جائز في العقود الإدارية بصفة عامة و الصفقات العمومية بصفة خاصة، لما تتميز به من خصائص و لاتصالها بالمرافق العامة التي تلزم استمرارية سيرها.

و من تم فلا يجوز للمتعاقل المتعاقل إيقاف سير هذه المرافق لأي سبب حتى ولو كان لتقصير من جانب المصلحة المتعاقل في تنفيذ التمزات العقدية²، لأنه من الواجب ألا ينظر للمتعاقل المتعاقل باعتباره متعاقلًا فحسب، بل يجب أن يوضع في الاعتبار صفته كمعاون في تسيير المرافق العامة³، الأمر الذي يستدعي بالمتعاقل من بذل عناية اعتيادية يتطلبها تنفيذ التمزات العقدية من جهة، و يكون ملزما ببذل عناية حريصة يتطلبها اشتراكه في تنفيذ الخدمات التي يقدمها المرفق العام من جهة ثانية.

لذا فيتعين على المتعاقل المتعاقل عدم الاعتماد على الشكل و المظاهر أو الألفاظ الواردة في العقد، بل عليه الاهتمام بالمقاصد والمعاني التي أبرم العقد من أجلها، الأمر الذي يجعله ملزما بتنفيذ العقد لتحقيق الغاية الممثلة في المصلحة العامة، لذا عليه مواكبة جميع الظروف الموضوعية المتجددة والمحيطه بالمرفق⁴.

و من مقتضيات تنفيذ الالتمزات بحسن نية، هو استمرار المتعاقل المتعاقل بتنفيذ هذه الالتمزات المقررة في العقد، دون توقف بحجة وجود ظروف حالت بينه وبين التنفيذ، لأن السماح له بذلك يعني تهديد سير المرفق العام، الأمر الذي يلزمه بالاستمرار مع رفع دعوى

¹ المادة 123 من ق.م.ج.

² محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، المرجع السابق، ص875.

³ محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص572.

⁴ محمود خلف جبوري، المرجع السابق، ص194.

قضائية أمام القاضي الإداري يطلب فيها فسخ الصفقة مع التعويض، وليس له التوقف لحين صدور حكم بالفسخ.

المبحث الثالث: التزام المتعاقد باحترام آجال التنفيذ وتسليم الصفقة

باعتبار الصفقات العمومية من عقود المعاوضة، التي يلتزم فيها المتعاقد بتنفيذ العمل أو الخدمة موضوع الصفقة، تبعا للمواصفات والشروط المتفق عليها من قبل.

لكن رغم هذا، إلا أنه لا يكفي لأن يكون المتعاقد مع الإدارة قد أوفى بالتزامه التعاقدى نحوها، بأن يقوم بتنفيذ الصفقة على النحو المنصوص عليه وبفسه، وإنما يتعين أن يتم هذا التنفيذ خلال المدة المحددة بالعقد والمتفق عليها، حتى تتمكن الجهة المتعاقدة من تسلم الصفقة موضوع التعاقد.

لهذا ونظرا لأهمية وفاء المتعاقد مع الإدارة بهذا الالتزام، قسم هذا المبحث إلى مطلبين يخصص الأول لدراسة احترام آجال التنفيذ، أما الثاني فسيعالج التزام المتعاقد بتسليم الصفقة.

المطلب الأول: احترام آجال التنفيذ

من المسلم به أن آجال التنفيذ يعتبر شرطا جوهريا يحكم الرابطة العقدية التي تجمع بين الجهة الإدارية والمتعاقد، لذا تعبر الآجال التعاقدية عن إرادة إيجاد توازن بين ضغط الحاجة لدى المصلحة المتعاقدة وقدرات الإنجاز الضرورية التي يتمتع بها المتعاقد المتعاقد.

لهذا فاللتزام المتعاقد باحترام آجال التنفيذ يعد أمرا منطقيًا والتزاما أساسيا، لأن الصفقة العمومية تعد إحدى الوسائل التي تملكها الجهة المتعاقدة لتسيير مرافقها العامة، و يخضع هذا التسيير لقواعد تحتم سيرها بانتظام، لذلك فإن احترام مدة التنفيذ في مجال الصفقات

العمومية يعد الترجمة الفعلية لقاعدة سير المرافق العامة بانتظام و ذلك لتلبية الحاجات العامة.

إذا فاحترام آجال التنفيذ يعد من الوسائل المهمة لضمان سير المرافق العامة، غير أنه يثير عدة مسائل في مقدمتها مفهوم الآجال وكيفية تحديده كفرع أول، وتمديد آجال التنفيذ كفرع ثاني.

الفرع الأول: مفهوم الآجال وكيفية تحديده

نظرا لأهمية مدة التنفيذ وارتباطها ارتباطا وثيقا بسير المرافق العامة، فإن المتعامل المتعاقد يبذل كل قصارى جهده للوفاء بالتزاماته التعاقدية خلال المدة المحددة في العقد.

فمفهوم مدة التنفيذ تختلف باختلاف كل صفقة وحسب طبيعتها الذاتية، فمدة التنفيذ في عقد الأشغال العامة مثلا يقصد بها، المدة المحددة في العقد والتي يلتزم من خلالها المتعامل المتعاقد بإقامة المنشآت والأبنية وتجهيزها بالمعدات اللازمة للبدء بعملية التشغيل واستغلال المرفق.

بمعنى أنه إذا كان الأمر يتعلق بعقد بناء منشأة، كان المقصود من المدة هو الوقت الذي يلتزم به المقاول لإنجاز هذه المنشأة بالمقاييس المنفق عليها، أما إذا كان الأمر يعلق بصيانة منشأة، فهنا يكون المقصود تلك المدة الممنوحة و التي يلتزم المقاول من خلالها بأعمال الصيانة، أو المدة التي يلتزم المقاول خلالها بتنفيذ ما هو مطلوب منه¹.

و تعرف المدة أيضا على أنها جدولة خدمات المرفق أو المواعيد الدورية لأداء الخدمات، و إمكانية انتفاع الأفراد بها يأتي من خلال معرفتهم لهذا الجدول والتزامهم به، كمواعيد

¹ علي بن شعبان، المرجع السابق، ص256.

تسيير القطارات ومواعيد رحلات الطائرات وغيرها، و التي تحدد في أغلب الأحيان باتفاق بين الإدارة المتعاقدة والمتعاقد معها بوضع أسس عامة تحكم العقد¹.

مما سبق، يمكن الخروج بتعريف جامع لمدة تنفيذ الصفقة العمومية على أنها المواعيد المنصوص عليها في العقد أو دفتر الشروط، لإنهاء الأعمال محل التعاقد².

بهذا فإن التزام المتعاقد بالمواعيد المحددة يعتبر التزاما جوهريا وأساسيا وارد في دفاतर الشروط الذي تمت الإحالة إليه، ويتم ضمان إلزامية هذه المواعيد بالنص على جزاء في حالة مخالفة المتعاقد لها.

و قد أكد التشريع الجزائري على وجوب احترام مواعيد الإنجاز تحت طائلة توقيع عقوبات جزائية، بموجب المادة 147 من المرسوم الرئاسي 247/15، والتي جاء فيها: "يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير مطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به".

نظرا لأهمية مدة التنفيذ في الصفقات العمومية فالمشرع الجزائري حرص على إدراج هذا الالتزام في نصوص العقد باعتباره من أهم البيانات الإلزامية، مع تقييده بتوقيع جزاءات على المتعاقد في حالة إخلاله وعدم احترامه لهذا الالتزام.

بهذا يمكن القول أن التزام المتعاقد باحترام آجال التنفيذ يرجع إلى فكرتين أساسيتين، تتمثل الأولى في ارتباط تنفيذ موضوع الصفقة بضرورة سير المرفق العام بانتظام، وهذا السير المنتظم لا يمكن أن يضمن إلا من خلال بذل المتعاقد أقصى جهد ممكن و في

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص178.

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيمها، المرجع السابق، ص269.

جميع الظروف لتنفيذ العقد وفقا للمدة المتفق عليها، الأمر الذي يترتب نتيجة غاية في الأهمية مؤداها أنه لا يسمح للمتعاقد أن يوقف تنفيذ الصفقة مهما كان السبب أو الظرف إلا في حالة القوة القاهرة التي لا يستطيع دفعها.

أما الفكرة الثانية فتتمثل في الرضائية أو الاتفاق، و هو وجود نص في العقد أو دفتر الشروط يؤكد على ضرورة التزام المتعاقد بمدة التنفيذ، و لضمان احترام المتعاقد لهذه المدة، يتضمن العقد جزاء حيث تقوم الجهة باعتبارها صاحبة السلطة العامة بتطبيقه سواء في شكل جزاءات مالية أو ضاغطة¹.

إذا فالزام التشريع على ضرورة نص دفاتر الشروط على مدة التنفيذ وتأييدها بجزاءات، يعتبر من أهم الضمانات التي تؤدي إلى تحقيق المصلحة العامة وحماية المال العام من جهة، و من جهة ثانية إن كل تأخير في التنفيذ و إنجاز المشاريع يؤثر سلبا على استمرارية سير المرافق العامة بانتظام.

لذلك فإن لمدة التنفيذ أهمية أساسية بالنسبة للجهة الإدارية وللمتعاقد معها على حد سواء، فكلاهما ملزم بالوفاء بالتزاماته في التاريخ المحدد، وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي وكذا المصري، حيث يرى بأن تأخر المتعاقد في تنفيذ موضوع الصفقة في موعدها المحدد يشكل خطأ عقديا يستوجب توقيع جزاء التأخير حتى ولو منحت له الجهة الإدارية مدة إضافية لإكمال التنفيذ².

¹ علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص 96 و 97.

² محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 514.

وعلى العموم وحتى يلتزم المتعاقد المتعاقد باحترام المدة وتنفيذ موضوع الصفقة في الموعد المحدد، يجدر بالجهة المتعاقدة اتخاذ مجموعة من الإجراءات من شأنها مساعدة المتعاقد المتعاقد في تسريع عملية التنفيذ وتتمثل في¹:

- تهيئة ظروف الانطلاق المناسبة للمشروع، بحيث توفر المصلحة جميع الوثائق والرخص الإدارية اللازمة للبدء في التنفيذ، و تجنب المتعاقد كل العراقيل المادية والإدارية و الارتفاقية المتعلقة بأرضية المشروع في حالة عقد الأشغال أو فضاءات التخزين في حالة عقد التورية؛
- الأخذ بعين الاعتبار القدرات التي يوفرها المتعاقد المتعاقد أو المتعاملين الذين توجه لهم المنافسة أثناء اختيار صيغة الإبرام، فلا يعقل آجال قصير لمشروع هام وضخم يتطلب آجال معقول؛
- الأخذ بعين الاعتبار مستلزمات المشروع وأهميته ومدى تعقيده، والعمل على تنظيم الورشة وترتيب وتوزيع المهام والتنسيق بين المتدخلين في حالة تعددهم؛
- دفع التسبيقات ودفعات على الحساب لإنعاش الذمة المالية للمتعاقد المتعاقد حتى يتمكن من الاستمرار في تنفيذ موضوع الصفقة؛
- إلزام المتعاقد بتقديم ضمانات مالية للجهة المتعاقدة، حتى يبذل قصارى جهده لإنهاء الصفقة موضوع العقد في آجالها المحددة؛
- تقرير غرامات مالية على كل تأخير في الإنجاز؛

¹ النوي خرشي، المرجع السابق، ص 255 و 256.

- تحديد رزنامة تقدم الأشغال أو تسلمها، الأمر الذي يمكن المصلحة المتعاقدة من معرفة احتمال كل وقوع التأخير في الإنجاز مبكرا عبر آجال مجزئة، عوضا أن تتفاجأ في نهاية الأجل التعاقدية بتأخر عام وشامل، كما تمكن هذه الرزنامة الجهة المتعاقدة من إجراء التصحيحات اللازمة عند الضرورة وتوجيه الإعذارات إن لزم الأمر؛

- تحديد نقطة انطلاق حساب الأجل بمعالم واضحة ودقيقة لا تتعلق بإرادة المتعاقد المتعاقد فقط.

البند الأول: تحديد المدة

من المسلم به أن التزام المتعاقد المتعاقد بالمواعيد المحددة للتنفيذ موضوع الصفقة يعتبر التزاما جوهريا و أساسيا، و ذلك على اعتبار أن تحديد مدة التنفيذ و مواعيده تفترض أن حاجة المرفق العام تستلزم أداءه في الوقت المحدد دون تأخير، و هو ما ينعكس أثره على تأمين و ضمان سير المرفق العام بانتظام.

يكتسي تحديد بدأ سريان مدة تنفيذ التزامات المتعاقد أهمية كبيرة و ذلك باعتبارها النقطة التي يبدأ منها سريان آجال التنفيذ، و بالتالي تحديد تاريخ الانتهاء من تنفيذ الصفقة واستلامها.

فإذا لم ينجز المتعاقد المتعاقد الخدمة موضوع الصفقة ضمن هذه الآجال المحددة لإنهاء من التنفيذ، يصبح مخلا بالتزامه، الأمر الذي يترتب عليه جزاءات مالية تتمثل في توقيع غرامات التأخير.

هذا وقد تتعدد مظاهر إدراج الأجل في إجراءات الصفقة العمومية وفقا لما تراه المصلحة المتعاقدة مناسبة حسب طبيعة الصفقة المبرمة¹.

فالأجل قد يكون فوريا أو إجباريا، إذ لا يلعب فيه الزمن عنصرا جوهريا في الأجل الفوري، و إنما ينفذ المتعاقد التزاماته فوريا ولو تراخى إلى آجال متتابعة، عكس التنفيذ الإجباري الذي تتقابل فيه هذه الالتزامات مع المدة المحددة في العقد تقابلا تاما.

و قد يكون أيضا الأجل، أجلا واحدا عندما يشترط في العقد إتمام التسليم دفعة واحدة، أو يكون أجلا مجزأ و ذلك بالاعتماد على وتيرة تسليم الخدمة المنجزة عبر دفعات تحددها الجهة الإدارية برزنامة معينة².

إذا فأيا كانت الطريقة المتبعة في تحديد مدة تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد المتعاقد، ففي جميع الحالات يقع على المصلحة المتعاقدة تبرير كل اختيار تقوم به في هذا الشأن، لا سيما إذا اعتمد عنصر الأجل كمعيار لمقارنة العروض وتمييزها عن بعضها، أو إذا جعل من معيار الأجل عاملا لاستبعاد بعض العروض.

لذا يتعين على المتعاقد المتعاقد أن ينفذ التزاماته التعاقدية خلال المدة المحددة في العقد، فإذا لم تحدد هذه المدة، فإن ذلك لا يطرح أي إشكالا نظرا لما تتمتع به الجهة الإدارية من سلطة رقابة وتوجيه والإشراف على التنفيذ، من خلال إصدارها لأمر ببدء التنفيذ.

كما تجدر الإشارة، أن هناك من يفرق بين مدة العقد التي تعني سريانه بين أطرافه بحيث يتم من خلالها تحديد بداية ونهاية التزامات المتعاقد المتعاقد بأجل معين، وبين مدة التنفيذ التي تعني انجاز الخدمة موضوع الصفقة في المواعيد المحدد بالعقد³.

¹ النوي خرشي، المرجع نفسه، ص254.

² النوي خرشي، المرجع نفسه، ص255.

³ علي بن شعبان، المرجع السابق، ص 260.

و قد تتضمن مدة التنفيذ حسب ما نص عليه التشريع الفرنسي بموجب المادة 11/19 من دفتر الشروط الإدارية الفرنسية لسنة 2012، إنهاء جميع الأعمال المحددة التي تشمل فترات التجهيز والأعمال التمهيديّة والتحضيرية.

بهذا فإذا تضمن العقد على مدة التنفيذ، فإن الجهة الإدارية في هذه الحالة لا يمكنها فرض مدة معينة للمتعاقل المتعاقل للتنفيذ بموجب ما تملكه من سلطة إصدار الأوامر المصلحية.

البند الثاني: بدء سريان الأجل

باعتبار أن الأجل يلعب دور مهم في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، فقد يتم تحديد بدء سريانه عن طريق اتفاق إرادة الطرفين، أو الالتزام بالنص الذي أقره التنظيم الذي يحكم إبرام الصفقات العمومية¹.

لذا فإن بدء سريان أجل تنفيذ الخدمة موضوع الصفقة يتحدد بطريقتين هما:

الفقرة الأولى: التحديد الإتفاقي لبدء سريان آجال تنفيذ الصفقة

إعمالاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فإن مهلة التنفيذ في العقود الإدارية بصفة عامة والصفقات العمومية بصفة خاصة، يتم التوافق برضا الطرفين المتعاقدين على ميعاد معين لبدء سريان مدة تنفيذه، سواء ارتبط التحديد بتاريخ محدد منصوص عليه في العقد المبرم أو دفتر الشروط، أو بعمل مادي تقوم به الجهة المتعاقد كتسليم الموقع مثلاً للمتعاقل أو الرسومات والتصاميم للتنفيذ بالنسبة لعقد الأشغال العامة، أو تسليمه النماذج والعينات المعتمدة بالنسبة لعقد اقتناء اللوازم.

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمًا، المرجع السابق، ص 270.

و في هذا الشأن أقرت المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكمها الصادر بتاريخ 1982/10/16، أنه إذا تضمن العقد نصا يحدد مدة سريان التنفيذ تبدأ من تاريخ تسليم الموقع، فإن ميعاد تنفيذ المشروع يتم احتسابه من هذا التاريخ وليس من يوم الإبرام¹. أما في حالة عدم تحديد مدة التنفيذ في العقد ودفتر الشروط، فإن المدة في هذه الحالة تحتسب وفق للمعيار القضائي الذي جاء به مجلس الدولة الفرنسي والمعروف بمعيار المدة المعقولة، الذي يقضي بأنه إذا جاء شرط المدة عاما أو غير محدد في بنود العقد فإنه ثمة مدة معقولة يتعين احترامها².

و قد أكد مجلس الدولة المصري على هذا المعيار بتاريخ 1992/11/01، حيث أقر بأن: " المتعاقلين و إن لم يفصحا عن ميعاد معين لتنفيذ الالتزام، فليس معنى ذلك أن يكون بمنأى من كل قيد زمني، ويتعين أن يتم في مدة معقولة وفقا للمجرى العادي للأمر وطبيعة التعاقد ذاته والهدف الذي يرنو إليه"³.

معنى ذلك أنه لو خلا العقد من نص اتفاقي يحدد مدة التنفيذ، فإن الجهة الإدارية ملزمة بالرجوع إلى المدة المعقولة، مع الأخذ بعين الاعتبار قدرات وإمكانيات المتعاقل المتعاقل، و إلا فله الحق أن يعترض على المدة أمام القاضي، الذي يراعي في فصله للنزاع طبيعة العمل المراد انجازه وحجمه وكذا قدرات المتعاقل.

و لما كانت الإدارة تخضع لرقابة القاضي الإداري في موضوع تحديد المدة عند غياب ذكرها في العقد، فإن بعض الفقه يصطلح عليها بالتحديد القضائي لمدة التنفيذ، و ذلك أن القاضي يسلم بأن عدم ذكر مدة معينة في العقد أو دفتر الشروط، لا يعني أن المدة لا تقيد

¹ نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 49.

² محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 570.

³ حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 371.

بآجال معينة، وإنما من الواجب أن يتم التنفيذ في المدة المعقولة حسب طبيعة العقد والعرف السائد¹.

لكن بالنسبة للتشريع الجزائري فلم يأخذ بهذا الاتجاه، وإنما ألزم على ضرورة تحديد مدة التنفيذ ضمن أحكام تنظيم الصفقات العمومية.

الفقرة الثانية: التحديد التشريعي لبدء سريان مدة التنفيذ

نظرا لأهمية مدة التنفيذ وارتباطها الوثيق بسير المرافق العامة، فقد جعلها المشرع الجزائري من البيانات الإلزامية التي يجب أن تراعيها كل صفقة، وهذا حسب ما نصت عليه المادة 95 من المرسوم الرئاسي 247/15، التي جاء فيها: "يجب أن تشير كل صفقة عمومية على التشريع والتنظيم المعمول بهما و إلى هذا المرسوم، ويجب أن تتضمن على الخصوص البيانات الآتية:

- أجل تنفيذ هذه الصفقة...".

بهذا يكون تحديد سريان تنفيذ الالتزامات التعاقدية محددًا بموجب أحكام تنظيم الصفقات العمومية، حيث يكون مرتبطًا بقرار يصدر عن الإدارة المتعاقدة في صورة أمر مصلي.

غير أن هذا لا يفهم منه، أن للمصلحة المتعاقدة الحرية المطلقة في التأخير، أي ليس لها أن تطيل هذه المدة أو أن تقصرها، بما يتجاوز الحدود المعقولة المتناسبة مع كمية الأشغال وطبيعة الخدمات، فضلا عن مراعاة الصالح العام.

لذا يتعين على الجهة المتعاقدة تبليغ المتعاقد معها الأمر بالشروع في الأشغال في آجاله، فإذا تأخرت أو تماطلت في ذلك، قد يؤثر سلبا على المتعاقد ويسبب له أضرار، خاصة إذا

¹ علي بن شعبان، المرجع السابق، ص 262 و 263.

لم يتم اتفاق المسبق على بند المراجعة وتعيين الأسعار في العقد، مما قد يسبب له خسائر مادية تجعله يطلب فسخ العقد مع التعويض.

و على العموم، فإن تحديد مدة سريان التنفيذ تبدء من تاريخ تسلم المتعاقد المتعاقد الأمر بالشروع في الأشغال، إضافة إلى الموقع خاليا من كل الموانع، هذا مع مراعاة تحضير المتعاقد لنفسه و تهيئة كل الظروف للانطلاق في التنفيذ.

أما بالرجوع إلى المادة 02 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، نجد المشرع قد حدد بدء سريان مدة التنفيذ من اليوم الموالي لتاريخ إبلاغ المتعاقد المتعاقد بالأمر المصلي المتعلق بذلك، على أن يقوم مهندس الإدارة بتمكين المتعاقد بكل المخططات والرسومات التي تتعلق بالتنفيذ.

فإذا تأخرت الإدارة في إصدار الأمر بالشروع في الأشغال، لا يمكنها أن تسأل المتعاقد عن التنفيذ، لأن هذا الأخير له الحق في نفي مسؤوليته عن التأخير في إنجاز العمل، مع إثبات أن الجهة المتعاقدة تقاعست في تسليم جميع السندات والتسهيلات التي التزمت بتقديمها كالرسومات و التصاميم..الخ.

و هذا ما أكدته المادة 1/12 من نفس الدفتر أعلاه على: " يجب على المقاول مباشرة الأشغال في الآجال المحددة في أوامر المصلحة الصادرة عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري ".

أما الفقرة 3 من نفس المادة فنصت على: " يتلقى المقاول مجانا من المهندسين أو المهندس المعماري خلال مقاولته نسخة مصدقة عن كل الرسوم المتعلقة بالمقتضيات المقررة بالمشروع وعن المستندات اللازمة لتنفيذ الأشغال ".

و على العموم، فإن الأجل قد يحسب¹ بالأيام أو بالأشهر، وعندما يكون الأجل محسوبا بالأيام، فإن الأجل يبدأ من يوم الانطلاق وينتهي في نهاية آخر يوم من الأجل التعاقدى، أما إذا كان الأجل محدد بالأشهر، فإن الحساب يتم من اليوم المحدد كيوم انطلاق من الشهر إلى اليوم المقابل له في الشهر التالي، فإذا لم يوجد يوم مقابل له في الشهر التالي، فإن الأجل ينتهي في نهاية آخر يوم من هذا الشهر².

فإذا تصادف آخر يوم من الأجل مع يوم عطلة مدفوعة الأجر، فإن الأجل يمدد إلى نهاية أول يوم عمل يلي تلك العطلة³.

أما المشرع المصري فقد حدد بموجب المادة 2/74 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات 89 لسنة 1998، على بدأ المدة المحددة لتنفيذ عقود الأعمال من التاريخ الذي يسلم فيه الموقع للمقاول.

و في عقود التوريد تبدأ المدة المحددة من اليوم التالي لإخطار المورد بأمر التوريدية. و تجدر الإشارة، أنه إذا كان ميعاد سريان التنفيذ مرتبط بالإدارة، فهذا لا يعني أن المتعاقد لا يبدي حرصه على تنفيذ العقد في الآجال المحددة، ومن تم فإن تحديد الجهة الإدارية لتاريخ بدء الأشغال وموقعه يلقي عليه التزاما بأن يتقدم لها بطلب من جانبه لتسليمه ذلك الموقع، لا أن يبقى في انتظار أن تدعوه الإدارة إلى تسلمه، حيث أن هذا الواجب مفروض عليه بحكم طبائع الأشياء وحرصه على إنجاز التزاماته التعاقدية ضمن المدة المحددة في العقد، بدء سريانها من تاريخ صدور الأمر بالأشغال⁴.

¹ المادة 2 من د.ش.إ.ع. لسنة 1964.

² المادة 3/2 من د.ش.إ.ع. لسنة 1964.

³ المادة 4/2 من د.ش.إ.ع. لسنة 1964.

⁴ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيمها، المرجع السابق، ص 274.

الفرع الثاني: تمديد آجال التنفيذ

من المسلم به أن التقيد بمدة التنفيذ يشكل التزاماً أساسياً لطرفي الصفقة العمومية و ذلك لارتباطه بسير المرفق العام بانتظام.

لذا و باعتبار الجهة الإدارية هي المسؤولة عن تنظيم المرافق العامة والإشراف على إدارتها وانتظام سيرها، فهي غالباً ما تعطي لنفسها مهلة محددة للتصديق على الصفقة العمومية، ومهلة لإعطاء الأمر ببدء الأشغال، بحسب أهمية موضوع العقد، ومدى الحاجة إليه.

هذا إضافة إلى إمكانيتها تمديد مدة التنفيذ أو تعديلها و ذلك إما بتوافق إرادة الطرفين، أو تطبيقها للنصوص التنظيمية التي تنص على الحالات الاستثنائية اللاحقة لنفاذ العقد، أو تمدد نتيجة لظروف خارجية.

وعلى العموم فإن تمديد مدة تنفيذ الصفقة العمومية يأخذ شكلين هما:

البند الأول: تمديد المدة بفعل الإدارة المتعاقد

يعد فعل الإدارة المتعاقد الذي يصعب من مهمة المتعاقد معها، مسوغاً قانونياً لعدم التنفيذ أو التأخير فيه و الخروج عن المدة المحددة في العقد.

و تتمثل أنواع تدخلات الإدارة المتعاقد التي يكون لها أثر على المتعاقل المتعاقد بالتنفيذ في المدة المحددة كثيرة منها:

- تأخر الجهة الإدارية في تسليم موقع العمل للمتعاقل المتعاقد، وجميع الوثائق والمخططات والتصاميم المتعلقة بالمشروع¹؛

¹ نصت عليها المادة 8 والمادة 12 من د.ش.إ.ع. لسنة 1964.

- تأخر المصلحة المتعاقدة في توفير الوعاء العقاري المخصص للمشروع، الأمر الذي يؤدي إلى التأخير في انطلاق تنفيذ الالتزامات التعاقدية، كعدم قيام الجهة المتعاقدة بنزع الملكية للمنفعة العامة؛

- عدم إصدار الجهة الإدارية للأمر المصلي لبدء التنفيذ؛

- قيام الإدارة بزيادة حجم الأشغال عن طريق إصدارها للملحق.

و على العموم فحتى يعتد بفعل الجهة الإدارية كسبب في تمديد مدة التنفيذ لابد من توافر مجموعة من الشروط تتمثل في:

- صدور التمديد من الإدارة المتعاقدة؛

- أن يكون فعل التمديد خارجا تماما عن إرادة الطرف المتعاقد،

- عدم توقع المتعاقد أن يصدر هذا العمل من الجهة الإدارية وقت إبرام العقد معها؛

- عدم إمكانية الدفع أو عدم قدرته على مقاومة العمل المسبب لاستحالة التنفيذ¹.

لذا فإن فعل الإدارة المتعاقدة الذي يخول لها عدم التنفيذ بالوقت المحدد يأخذ عدة أشكال، فقد يأخذ شكل عدم التزامها بالعقد أو تأخرها في تنفيذ التزاماتها العقدية، أو مبالغتها في استخدام السلطات الممنوحة لها في إطار تنفيذ صفقاتها العمومية كسلطة التعديل، بحيث تبالغ بالتعديلات العقدية مما يجعل المتعاقد وكأنه أمام عقد جديد.

إلى جانب تقاعس المصلحة المتعاقدة في القيام بالتزاماتها كترخي في تسليم المتعاقد موقع العمل أو إعادة تصحيح الرسوم والمخططات في حالة اكتشاف أي خطأ في ذلك،

¹ سعاد الشرقاوي، المرجع السابق، ص422.

الأمر الذي يخول للمتعاقل المتعاقل عدم الالتزام بالمدة المتفق عليها لتنفيذ موضوع الصفقة¹.

ويترتب على فعل الجهة المتعاقل عدة آثار، تؤدي إلى عدم تقييد وتنفيذ الصفقة في الآجال المحددة، الأمر الذي يمكن للمتعاقل المتعاقل من اللجوء إلى القاضي الإداري لطلب فسخ الصفقة، مع تعويضه عما لحقه من أضرار لسبب راجع لفعل الجهة المتعاقل، الذي يعتبر أحد أسباب الإعفاء من المسؤولية وفقا لم نصت عليه المادة 127 من القانون المدني الجزائري.

البند الثاني: التمديد بفعل القوة القاهرة

رغم اشتراك العناصر المكونة للقوة القاهرة في القانون العام والقانون الخاص، نجد أن لفكرة القوة القاهرة وضعا متميزا في نطاق العقود الإدارية عامة والصفقات العمومية خاصة. فنظرا لطبيعة العقود الإدارية، فإن مجلس الدولة الفرنسي أضفى نوع من التوسع في مفهوم هذه الفكرة واصطلح عليه القوة القاهرة الإدارية² إلى جانب المعنى التقليدي لفكرة القوة القاهرة وهو ما يعنينا في هذه الدراسة.

وعلى هذا الأساس فيقصد بالقوة القاهرة بالحادث المستقل عن إرادة الأطراف المتعاقل وغير ممكن توقعه، وهو ما يحول بصورة مطلقة دون تنفيذ مجموع الالتزامات العقدية بين المتعاقل المتعاقل والمصلحة المتعاقل أو أحد هذه الالتزامات³.

¹ ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص111.

² إحسان سليمان خربيط، المرجع السابق، ص229.

³ إحسان سليمان خربيط، المرجع نفسه، ص229.

فالقوة القاهرة تعرف أيضا بالحدث غير المتوقع مستحيل الدفع، الذي يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام بشكل كلي أو جزئي، وبالتالي إعفاء الملتزم من التنفيذ¹.

من خلال هذه التعاريف يتبين لنا لإعمال بفعل القوة القاهرة لابد من توافر مجموعة من الشروط تتمثل في²:

- حدث خارجي؛

- عدم إمكانية التوقع؛

- استحالة الدفع.

الفقرة الأولى: أن يكون الحدث خارجيا

يشترط لتطبيق نظرية القوة القاهرة ألا يكون لإرادة المتعاقد أي دخل في نشأة الحدث المكون للقوة القاهرة³.

بمعنى أن يكون الفعل المكون للقوة القاهرة أجنبيا عن إرادة المتعاقد ومستقلا تماما عنه، أي أنه لم يحدثه بأي تصرف من جانبه ولم يساهم في إحداثه، مثلا إضراب العمال لكي يعد قوة القاهرة ينبغي أن لا يكون المتعاقد دور في التحريض عليه أو تشجيعه أو تسهيله، بل أكثر من ذلك ينبغي أن لا يملك المتعاقد وسيلة لدفعه⁴.

¹ ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص109.

² خميس السيد إسماعيل، المرجع السابق، ص63.

³ ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص228.

⁴ سعاد الشرفاوي، المرجع السابق، ص411.

الفقرة الثانية: عدم التوقع

لغرض التمسك بالقوة القاهرة يجب أن يكون الحدث غير متوقع، بل ولا يجب الإمكان توقعه، ومن ثم لا يجوز التمسك بالقوة القاهرة متى كان بالإمكان توقعها والاستعداد لمواجهتها.

لذا فيشترط عدم التوقع بالأحداث المحيطة بالعقد أثناء مرحلة الإبرام التي تعجز التنفيذ¹. أما إذا أمكن توقع الحادث حتى لو استحاله دفعه لا يمكن اعتباره قوة القاهرة، ولا يترتب عليه أي تمديد للآجال، وهذا ما أكدت عليه المحكمة الإدارية بمصر في حكمها الصادر بتاريخ 15/02/1969، والذي جاء فيه: "أن عقد الأشغال الذي كان مبرم بين الإدارة والمتعاقد معها في منطقة أثرية، كان من الأمور المتوقعة عند الإبرام، فتوقف الأشغال لوجود آثار في الموقع، يترتب عليه تدخل مصلحة الآثار وإيقاف العمل كان أمراً متوقعاً، و لذلك لا يعتد به كقوة القاهرة²."

الفقرة الثالثة: استحالة الدفع

تتمثل هذه الحالة في أن تؤدي القوة القاهرة إلى استحالة تنفيذ العقد وعدم إمكانية المتعاقد تجنب آثارها، وبهذا الشأن إذا ترتب على الحادث مجرد صعوبة التنفيذ، لا يعفى المتعاقد من الوفاء بالتزاماته في هذه الحالة، لذا يلزم في أن تكون القوة القاهرة مستحيلة الدفع، فإذا أمكن دفع الحادث حتى لو استحاله توقعه لا نكون أمام قوة القاهرة³.

و هذا ما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكمها الصادر بتاريخ 12/12/1969، والذي جاء فيه: "... إذا كانت الاستحالة - استحالة التنفيذ - راجعة إلى

¹ ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 109 و 110.

² خميس السيد إسماعيل، المرجع السابق، ص 264.

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 878 و 879.

سبب أجنبي، فإن الالتزام ينقضي أصلا سواء من حيث التنفيذ العيني أو التنفيذ بالتعويض، والسبب الأجنبي هو الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة أو خطأ الدائن أو فعل الغير، ويجب أن تكون القوة القاهرة أمرا غير ممكن التوقع ويستحيل دفعه...¹.

مما سبق يكن القول بأن القوة القاهرة هي فكرة مرتبطة ارتباطا وثيقا بتنفيذ الصفقة العمومية في المدة المتفق عليها، لكن إذا توافرت شروط تطبيقها يؤدي ذلك إما إلى إعفاء المتعاقد المتعاقد من تنفيذ التزاماته، أو تمديد الجهة الإدارية لآجال التنفيذ، ذلك أن هذه الأخيرة لا تستطيع إرغام المتعاقد على التنفيذ، و لا توقع عليه عقوبات قصد إجباره على ذلك، كما لا يمكنها توقيع غرامات التأخير.

وعلى هذا الأساس إذا أرغمت الجهة الإدارية المتعاقد على التنفيذ بالرغم من وجود قوة القاهرة أو طبقت عليه جزاءات مالية، فيمكنه اللجوء إلى القضاء الإداري للمطالبة بفسخ الصفقة وتعويضه عن الأضرار اللاحقة به.

أما بالرجوع إلى التشريع الجزائري، فإنه يمكن القول بأن تنظيم الصفقات العمومية لم يدخل في تفاصيل و الشروط الواجب توفرها في القوة القاهرة، تاركا أمر تحديدها إلى الجهة الإدارية، التي أوجب عليها بموجب المادة 95 من المرسوم الرئاسي 247/15 إدراج بند كفاءات تطبيق حالات القوة القاهرة ضمن البيانات الإلزامية للصفقة، و أوكل إليها توضيح شروط تفعيلها.

أما فيما يخص عقوبات التأخير، فقد نص التشريع الجزائري على إمكانية توقيف حساب الآجال التعاقدية وإعفاء المتعاقد من تطبيق عقوبات التأخير، وهذا حسب ما نصت عليه الفقرة 05 من المادة 147 من المرسوم الرئاسي أعلاه، الذي جاء فيها: " وفي حالة

¹ إحسان سليمان خربيط، المرجع السابق، ص242.

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".

و على هذا الأساس، فلا شك أن تنظيم الصفقات العمومية أراد بهذا الاعتماد كلية في مسألة القوة القاهرة على تفصيلات وردت في القانون المدني، ومن ذلك ما تناولته المادة 127 منه على أساس إعفاء الشخص من تحمل تبعات الضرر الناشئ عن سبب لا يد له فيه، مثل الحدث المفاجئ والقوة القاهرة ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك.

هذا وقد أجازت المادة 178 من القانون المدني لأطراف الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، وأجازت إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذه لالتزاماته التعاقدية إلا إذا تعلق الأمر بغش أو خطأ جسيم.

و مما سبق بيانه حول مدة تنفيذ الصفقة العمومية، يمكن القول بأنه يفترض بالمتعاقد المتعاقد العمل ما بوسعه من أجل تنفيذ الخدمة موضوع الصفقة وكذا جميع التزاماته التعاقدية، في الآجال المحددة بموجب العقد تحت طائلة توقيع العقوبات عليه من قبل الجهة المتعاقدة.

وباعتبار أن الصفقة العمومية متصلة بسير المرافق العامة، فإنه في حالة إخلال المتعاقد المتعاقد بالمدة الممنوحة له يتعرض لعقوبات تكون مالية أو ضاغطة.

و قد تخضع هذه الجزاءات المطبقة على المتعاقد لرقابة القاضي الإداري، أي رقابة مشروعية قرار الإدارة بتطبيق الجزاء.

فرقابة القاضي الإداري على الجزاء المطبق تكون سواء تم النص عليها في العقد أو لم يتم النص، ذلك أن عدم النص على توقيع الجزاء عند التأخير في تنفيذ موضوع الصفقة، لا

يعني أنه غير مسئول، فهذه المسؤولية تبقى قائمة كلما سبب التأخير ضرراً للإدارة المتعاقل.

المطلب الثاني: التزام المتعاقل بتسليم الصفقة

بعد انتهاء المتعاقل المتعاقل من تنفيذ جميع الالتزامات التعاقلية وبالصورة المتفق عليها و في الآجال المحددة، يقوم بتسليم الخدمة للجهة المتعاقل.

حيث يشكل الاستلام النهاية الطبيعية للصفقات العمومية وكذا سائر عقود القانون الخاص، إذ بمجرد تسلّم الإدارة للخدمة موضوع الصفقة تسعى للتأكد من أن التنفيذ قد حصل بصورة مرضية.

فعملية الاستلام إذا تهدف إلى التأكد من مدى مطابفة الخدمة لدفتر الشروط و لمقتضيات الصفقة أو ملاحقتها، وفي حالة تغاضي هذين الوثيقين عن ذكر ذلك، فيتم الاستلام وفقاً للقواعد الفنية المتعارف عليها، أو لما تفرضه بعض النصوص من معايير¹. لهذا و لتفصيل أكثر خصص الفرع الأول لدراسة أدوات الاستلام أما الفرع الثاني سيعالج مراحل الاستلام.

الفرع الأول: أدوات الاستلام

من المسلم به أن بعد انتهاء المتعاقل المتعاقل من تنفيذ الخدمة موضوع الصفقة، يقوم بعملية تسليمها للإدارة المتعاقل.

¹ النوي خرشي، المرجع السابق، ص301.

و يقصد بالاستلام العمل الذي بواسطته تقر الجهة الإدارية بأن الأشغال أو اللوازم أو الخدمات التي جرى التعاقد عليها، قد تم تنفيذها وفقا للشروط المحددة في العقد، وبالتالي فإن المتعاقد قد نفذ الالتزامات الملقاة على عاتقه¹.

إذا الاستلام هو عمل معقد لا ينتج مفعوله دفعة واحدة وإنما يمتد على فترات زمنية، إلى جانب هذا قد تختلف نتائج من عقد إلى آخر حسب طبيعة وذاتية كل عقد، إضافة إلى أن الاستلام لا يقتصر على الصعيد العملي فقط وإنما يخضع للأحكام القانونية والنظامية التي يقوم عليها.

و عليه فإن أدوات الاستلام تتمثل في:

البند الأول: الأدوات القانونية لعملية الاستلام

يشكل تنظيم الصفقات العمومية وكذا أحكام دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، أهم الركائز الأساسية التي تعتمد عليها الجهة الإدارية لتحكم عملية تسليم الخدمة موضوع الصفقة.

هذا إلى جانب القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك، الذي يشكل أداة هامة من الأدوات القانونية التي يمكن تطبيقها في الصفقات التمويين أو اقتناء اللوازم مثلا، كونه يحتوي بشكل دقيق ومفصل المخالفات المرتبطة بتجارة المواد.

بهذا فقانون 03/09 يضع بين يدي الجهة الإدارية إطارا عاما لعمليات الاستلام، التي يقوم بها باعتبارها الطرف المشتري والمستهلك².

¹ عبد الطيف قطيش، المرجع السابق، ص262.

² النوي خرشي، المرجع السابق، ص302.

لذلك فإن أحكامه تفرض مجموعة من القواعد يتعين الإلتزام بها من قبل الموردين، و أهمها:

- احترام الترتيبات الصحية و أمن المنتج؛

- إلزامية رقابة المطابقة المسبقة؛

- إلزامية الضمان أو تنفيذ ضمان المنتج؛

- تجربة المنتج؛

- تنفيذ خدمة ما بعد البيع؛

- إلزامية وسم المنتج.

و إلى جانب هذا، يجب أن يبلي المنتج حسب ما نصت عليه المادة 111 من القانون رقم 03/09، الرغبات المشروعة للمستهلك من حيث طبيعة المنتج وصنفة، منشئه، مميزاته الأساسية وتركيبته، نسبة مقوماته اللازمة، هويته، كمياته، قابليته للاستعمال وعن جميع الأخطار الناجمة عن استعماله.

إضافة إلى مصدره والنتائج المرغوبة منه وكل المميزات التنظيمية من ناحية تغليفه وكيفية استعماله، والشروط المتعلقة بحفظه والتاريخ المحدد لاستهلاكه وكذا كل الاحتياطات المتعلقة به والرقابة التي أجريت عليه¹.

و في حالة الإخلال بهذه الشروط أو ذكر معلومات غير صحيحة لمحاولة خداع المستهلك يعتبر جريمة يعاقب عليها القانون.

¹ النوي خرشي، المرجع نفسه، ص302.

البند الثاني: الأدوات العملية للاستلام

يتعين على الجهة المتعاقدة أن تحدد في دفتر الشروط المتعلق بالصفقة العمومية كيفيات إجراء عملية الاستلام، و الوسائل المستعملة في مراقبة الإنجاز ومدى مطابقته لموضوع الصفقة، وكذا الآجال المتعلقة بعمليات الاستلام الأولي، إلى جانب تحديد الإجراءات المتبعة لإعذار المتعاقل المتعاقد في حالة تخلفه عن القيام بالتزاماته التعاقدية أو بما يستوجبه المشروع.

و على هذا الأساس تتمثل أهم الأدوات العملية التي تستعين بها المصلحة المتعاقدة لتأكد من سلامة الشيء المبوع أو الخدمة المقدمة في¹:

الفقرة الأولى: العينات

بعد قيام المتعاقد بتسليم المواد محل التعاقد، تقوم الجهة المتعاقدة بفحصها ومقارنتها بالعينات والمواصفات المطلوبة، فإذا رأت المصلحة المتعاقدة أن العينات مطابقة للمواصفات التي تم اشتراطها يتم قبولها من طرف لجنة الفحص.

فبعد هذا القبول يتحرر المورد من كافة التزاماته، كما أن الإدارة لا تستطيع أن تتمسك قبله بالعيوب التي تظهر بعد تاريخ الاستلام النهائي طبقا لما نص عليه مجلس الدولة الفرنسي².

لكن إذا تم اكتشاف خلال فترة تجربة المواد الموردة عيوباً خفية لم يعلم بها المورد فإنه يلتزم طبقاً للمادة 379 من القانون المدني على ضمان العيوب الخفية، وذلك بعد أخطاره

¹ النوي خرشي، المرجع نفسه، ص 304 و 305.

² محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 831.

من قبل المصلحة المتعاقدة خلال مدة معقولة من تاريخ اكتشافها لهذه العيوب لكن إذا سكتت عنها يعتبر قبول ضمنى للمواد الموردة¹.

أما في حالة عدم مطابقة الأصناف الموردة للمواصفات المطلوبة، فهنا تقوم لجنة الفحص برفض هذه العينات وتخطر المورد بذلك، حيث يترتب على هذا الرفض ما يلي²: - التزام المورد بسحب الأصناف المرفوضة، وإلا تعرض لدفع ثمن المصروفات التخزين أو يتم بيعها على حسابه؛

- بقاء التزام المورد قائماً تجاه الإدارة المتعاقدة؛

- تعرض المورد لجزاءات في حالة التأخير.

وعلى العموم فقد نص التشريع المصري في المادة 102 من قرار 1367/98 المتعلق بإصدار اللجنة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات، على جواز قبول الإدارة للأصناف الغير مطابقة بنسبة لا تزيد عن 20% عما هو مطلوب، على أن يكون السعر بعد الفحص مناسباً لمثيله في السوق.

الفقرة الثانية: الخبرة

تلعب الخبرة دور أساسي في الصفقات العمومية، حيث تعتمد عليها الإدارة المتعاقدة من خلال إخضاع المواد موضوع الصفقة إلى تقييم خبير مختص لإبداء رأيه حولها وتجربتها طبقاً للقواعد العامة، و ذلك لتبيان صلاحيتها للغرض المقصود، فإذا كانت في بعض المواد عيوب خفيفة، فهنا تطلب الجهة المتعاقدة من المورد تعويض التجهيزات المعيبة في ظرف 15 يوم، أما إذا كان هناك خلل يقوم المورد بإرجاع التجهيزات لورشات الصيانة لتغييرها،

¹ المادة 380 من ق.م.ج.

² محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 834.

حيث يلتزم وعلى نفقته الخاصة بوضع تجهيزات مماثلة تحت تصرف الإدارة طيلة الفترة التي يتطلبها العمل¹.

هذا إلى جانب إجراء تحاليل حول المواد وتجارب، علما أن الخبرة تعتبر إجراء يمكن للمتعاقل المتعاقل أن يطعن فيه أمام الهيئات القضائية المختصة².

الفقرة الثالثة: المعاينة والعد

من أهم الإجراءات الرئيسية التي ينبغي تطبيقها لضمان أن البضائع الموردة تمتثل للمواصفات المطلوبة، تعتمد الجهة المتعاقل على عملية المعاينة والفحص تمهيدا لاستلامها النهائي.

حيث يتم التأكد من مقدار الشيء عدا و وزنا، أو كما وحجما أو بالنظر إلى محتوياته، أو حتى لونه أن اشترط ذلك كحساب كميات رزم الأوراق مثلا وعدد الرزم ونوعية الورق... الخ. كما يتعين في صفقة اقتناء اللوازم إدراج هامش الخطأ المسموح به نقصانا في كل عينة موردة، و كذا هامش الخطأ المسموح به نقصانا في حالة إعادة الحساب، و كذا الكميات التي من خلالها تستنتج الجهة المتعاقل تحايل المتعاقل معها، الأمر الذي يمكنها من فسخ العقد³، إلى جانب المتابعة القضائية⁴.

¹ même site cité plus hauts.

² النوي خرشي، المرجع السابق، ص 302.

³ 1 تنص المادة 1/365 من ق.م.ج. على انه: "إذا عين في البيع مقدار المبيع كان البائع مسؤولا عما نقص منه بحسب ما يقضي به العرف، غير انه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في البيع إلا إذا اثبت أن النقص يبلغ من الأهمية درجة لو كان يعلمها المشتري لما أتم البيع".

⁴ النوي خرشي، المرجع السابق، ص 305.

أما إذا أثبتت المعاينة أن النقص في الأصناف الموردة لا يؤثر على الجهة التعاقدية، فهنا يمكنها قبول هذه الأصناف في حدود نسب معينة، وهذا ما أكد عليه التشريع المصري بموجب المادة 101 من قانون المناقصات والمزايدات المصري التي نصت على أنه: "...

- الأصناف التي تكون نسبة النقص في مواصفاتها لغاية 3 % يكون قبولها بخصم مقدار الخفض في الثمن الذي قدرته اللجنة؛

- الأصناف التي تكون نسبة النقص في مواصفاتها أكثر من 3 % لغاية 10 % يكون قبولها بخصم مقدار الخفض في الثمن الذي قدرته اللجنة مضافا إليها غرامة مقدارها 50 % من هذا المقدار.

- الأصناف التي تكون نسبة النقص في مواصفاتها أكثر من 10 % لغاية 50 % يكون قبولها بخصم مقدار الخفض في الثمن الذي قدرته اللجنة مضافا إليها غرامة مقدارها 100 % من هذا المقدار."

أما في الحالة التي يكون فيها مقدار الشيء المبيع يزيد على ما ذكر بالعقد و كان الثمن مقدرا بالوحدة، ففي هذه الحالة إذا كان الشيء المبيع غير قابل للتقسيم يلتزم المشتري بدفع ثمننا زائدا، أما إذا كان مبلغ هذه الزيادة فاحشا، فهنا يمكنه المطالبة بفسخ العقد ما لم يوجد اتفاق يقضي خلاف ذلك¹.

الفقرة الرابعة: المتابعة الميدانية

تجد هذه المتابعة مجالها في عقد الأشغال العمومية، حيث خول التشريع الجزائري للسلطة الإدارية بمراقبة مدى سير الأعمال وتقدم الأشغال وفقا للمدة الزمنية المحددة، وكذا التأكيد من جودة المواد المستعملة ونوعيتها وفقا للمواصفات المذكورة في دفتر الشروط.

¹ المادة 2/365 من ق.م.ج.

الفرع الثاني: مراحل الاستلام

من المسلم به أن الهدف الرئيسي من إبرام الصفقات العمومية، هو انجاز المشاريع بأعلى جودة وبأقل تكاليف وفي اقصر الآجال، لذا فبعد انتهاء المتعاقد المتعاقد من تنفيذ التزاماته التعاقدية وإنجاز الأشغال، يتعين على الجهة المتعاقدة القيام بعملية الاستلام باعتباره التزام أساسي واقع على عاتقها، فإذا تخلفت عن هذه العملية فيعتبر خطأ يقيم المسؤولية العقدية، وهذا ما أكدت عليه المادة 558 من القانون المدني التي نصت على أنه: "عندما يتم المقاول العمل ويضعه تحت تصرف رب العمل، وجب على هذا الخير أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب ما هو جار في المعاملات، فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي اعتبر أن العمل قد سلم إليه، ويتحمل كل ما يترتب على ذلك من آثار".

وعلى هذا الأساس، فالاستلام يعتبر التصرف الذي عن طريقه تقبل المصلحة المتعاقدة الخدمة موضوع الصفقة بتحفظ أو بدونه¹.

و تتم عمليات الاستلام في مرحلتين، تتمثل الأولى في الاستلام المؤقت، أما الثانية تتمثل في الاستلام النهائي.

فهتئتين المرحلتين تعرف بنظام التسليم الثنائي، حيث يجري تسليم الأشغال مؤقتا بعد إنجازها وبآثار محدودة، ليتم بعد فترة زمنية التسليم النهائي، الذي من خلاله تنقضي الرابطة العقدية التي تجمع بين الإدارة المتعاقدة والمتعاقد المتعاقد.

كما يمكن الاستلام أيضا عن طريق نظام التسليم الوحيد²، الذي يكون بعد الانتهاء من جميع الأشغال وتسليمها دفعة واحدة، وقد اعتمد التشريع الفرنسي هذا النظام بموجب المادة

¹ khaled Aoudia, Mohamed Sallem, Mouloud Sabri, op.cit. P173.

² علي بن شعبان، المرجع السابق، ص277.

1/41 من دفتر الشروط الإدارية لسنة 2012، بدلا من التسليم المؤقت لأنه مصحوب بضمان الإنجاز الكامل الذي يذكر بمدة الضمان الفاصلة بين التسليم الابتدائي والتسليم النهائي.

لكن هذا لا يفهم منه أن التشريع الفرنسي¹ لا يطبق النظام الثنائي، بل يعتمد عليه بشكل موازي للنظام الوحيد في تسليم الأشغال التي أغفلت دفاتر شروطها النص على تبني أحكام دفاتر الشروط الإدارية العامة لسنة 2012. أو عندما تتضمن أحكام العقد على بند خاص بالاعتماد على التسليم الثنائي.

و على العموم و بالرجوع إلى أحكام الصفقات العمومية ودفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، نجد أن المشرع الجزائري قد اعتمد على التسليم المؤقت والتسليم النهائي.

البند الأول: الاستلام المؤقت

لقد عرف القانون² 04/11 الاستلام المؤقت على أنه محضر يتم إعداده والتوقيع عليه من طرف المرفي العقاري والمقاول، بعد انتهاء الأشغال ويتم الاستلام المؤقت عند انتهاء خدمات موضوع الصفقة العمومية وإعلام المتعاقد المتعاقد المصلحة المتعاقدة كتابيا بتاريخ انتهائها³.

أي مكتب الدراسات المكلف بمتابعة تنفيذ الأشغال، لكي يقوم بالاستلام المؤقت للأشغال، سواء كان بحضور صاحب المشروع أو في غيابه، ومع إلزامية دعوة المتعاقد المتعاقد

¹ لقد نص المشرع الفرنسي بموجب المادة 1/41 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 2012 على تبني نظام التسليم الوحيد فقط.

² القانون رقم 04/11، المؤرخ في 14 ربيع الأول 1432، الموافق 2011/02/17، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج.ر. الصادرة في 2011/03/06، ع. 14.

³ المادة 1/148 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

لحضور التسليم، وإن تغيب عن العملية بالرغم من توجيه الدعوة له بشكل رسمي وجب تسجيل تلك الملاحظة على محضر التسليم.

و هذا ما أكدته المادة 1/46 من دفتر الشروط الإدارية على أنه: " يتعين على المقاول إعلام مهندس الدائرة أو المهندس المعماري بكتاب مضمون عن إتمام الأشغال، ويقوم عند ذلك مهندس الدائرة أو المهندس المعماري بالاستلام المؤقت بحضور المقاول أو بعد دعوته للحضور، و في حالة تغيب المقاول يشار إلى ذلك في المحضر".

لكن الإشكال يبقى مطروح في حالة تخلف الإدارة عن الحضور لموعد التسليم؟

المشع الجزائري لم يتعرض لهذه الحالة ضمن أحكام تنظيم الصفقات العمومية، أو دفاتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، لكن مجلس الدولة الفرنسي أقر التزام المتعاقد بإتمام الاستلام المؤقت في غيبتها بشرط اذارها قبل اللجوء إلى هذا الإجراء¹.

أما في حالة عدم استلام الجهة المتعاقدة للصفقة فقد أشارت الفقرة 03 من المادة 148 من المرسوم الرئاسي، على إصدار المصلحة المتعاقدة لقرار عدم الاستلام وتبليغه للمتعاقد معها.

غير أنه و قبل إعداد محضر الاستلام والإمضاء عليه، يتعين على الجهة المتعاقدة الممثلة في مكتب الدراسات المكلف بمتابعة الأشغال، القيام بعملية المعاينة بمجرد إعلامه كتابيا بتاريخ الانتهاء من قبل المتعاقد المتعاقد².

¹ محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 815 و 816.

² المادة 1/148 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

هذا والمشرع الجزائري لم يرد لنا نصا حول الأجال المحددة التي من خلالها يتعين على المصلحة المتعاقدة إجراء عملية المعاينة، عكس التشريع الفرنسي الذي قيدها بمدة 20 يوما حسب ما نصت عليه المادة 41 من دفتر الشروط الإدارية لسنة 2012 .

غير أن إغفال المشرع الجزائري على آجال المعاينة، لا يعني ذلك إمكانية المصلحة المتعاقدة تأخير إجرائها أو إطالة مدتها، بل يتعين عليها معاينة الأشغال في الآجال المعقولة وإلا تتحمل المسؤولية عن كل تأخير.

و تهدف عملية المعاينة التأكد من حسن أداء المتعاقد للأشغال محل التعاقد، و جودة السلع المواد المستعملة وكذا حسن تركيبها وحسن تركيبتها.

إلى جانب تأكد الجهة المتعاقدة من عدم وجود أعمال غير منجزة من مجموع الأعمال المنصوص عليها في دفتر الشروط، أو نقص فيها إضافة إلى تأكد المصلحة المتعاقدة قيام المتعاقد معها بتنظيف الأمكنة التي وضعتها الإدارة تحت تصرفه لتنفيذ الأشغال كرفع الآلات أو بقايا المواد المستعملة كالإسمنت أو حجر الرمال... الخ طبقا لما نصت عليه المادة 87 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات 89 لسنة 1998 التي نصت على: "على المقاول بمجرد إتمام العمل أن يخلي الموقع من جميع المواد والأتربة والبقايا...".

أما في حالة استلام مؤقت لمواد موردة، تقوم الجهة المتعاقدة بالتأكد من خلو المنتج من العيوب الظاهرة والتي يمكن أن تكتشف دون الحاجة إلى استغلال أو استعمال مطول لهذا المنتج.

و بذلك فإنه يكفي بمناسبة من التأكد من الكميات والأعداد والمطابقة الشكلية للموضوع والمظهر الخارجي والتشغيل الأولي.

وعلى هذا الأساس، فإن للمصلحة المتعاقل الحق في رفض أي سلعة لا تتطابق مواصفاتها مع ما هو متفق عليه في دفتر الشروط، كما يحق لها أن ترفض كل شغل لم يتم تأديته وفقاً للقواعد الفنية المتعارف عليها.

و في حالة اكتشاف عيوب عند عملية الاستلام المؤقت، تقوم الجهة المتعاقل بتأجيل هذا الاستلام إلى يوم لاحق يتفق عليه الطرفان، حيث يكون الأجل الفاصل بين يوم الاستلام المؤقت الأولي واليوم الذي آجل له، بمقدار يمكن المتعاقل المتعاقل من رفع التحفظات التي عبرت عنها المصلحة المتعاقل، مع تحميله التبعات المالية لرفع هذه التحفظات في الآجال التي حددتها المصلحة المتعاقل¹.

فإذا رأت الجهة المتعاقل بعد عملية المعاينة إمكانية تسلم الأشغال أو المواد، لكن تحت إجراء التجربة والاختبار تمهيداً لاستلامها النهائي.

أما إذا كان هناك اتفاق على الاستلام الجزئي، فتتم عملية استلام مؤقت جزئي، وينبغي على القيام بعمليات الاستلام المؤقتة الجزئية، احترازا تتعلق بمواعيد القيام بما يقابلها من عمليات استلام نهائية متعددة و عمليات تحرير متتالية ومتعددة للضمانات.

و على العموم فإن عملية الاستلام المؤقت تقتضي وضع المصلحة المتعاقل يدها على الخدمة موضوع الصفقة وإخضاعها لكل أدوات الاستلام، و التزام المتعاقل المتعاقل بتوفير الشروط اللازمة لإتمام عملية الاستلام في أحسن الظروف، والعمل على إزالة كل العوائق التي من شأنها تصعب هذه العملية أو جعلها عسيرة وغير ممكنة.

¹ النوي خرشي، المرجع السابق، ص310.

البند الثاني: آثار الاستلام المؤقت

يترتب على التسليم المؤقت عدة آثار تتمثل في:

- يقع على المتعاقد المتعاقد أثناء الفترة الفاصلة بين الاستلام المؤقت و الاستلام النهائي، قيامه بإصلاح كل العيوب التي ظهرت أثناء المعاينة وكانت محل تحفظ من قبل الجهة المتعاقدة، هذا إضافة إلى إصلاح كل الأعطاب الناتجة عن سوء الصنعة أو التركيب أو عيوب في البناء؛

- في حالة وجود عيوب غير جوهرية أو نقائص ثانوية، أو قام المتعاقد بإدخال بعض التعديلات، وقامت الإدارة بإتمام عملية التسليم المؤقت بلا تحفظ، فهنا يعفى المتعاقد من إصلاح النقائص، لأن ذلك الإتمام يعتبر منها قبولاً لتلك النقائص وكذا التعديلات، و هذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 1950/02/22¹؛

- لا يعتبر المتعاقد المتعاقد مسؤولاً عن الأعطاب التي تحدث بخطأ من المصلحة المتعاقدة بعد عملية التسليم، كأخطاء الاستعمال أو الصيانة وغيرها مما لا يتعلق بعيوب التصنيع، إذ يشترط أن تكون هناك علاقة سببية بين الخطأ الذي قام به المتعاقد والضرر الناتج، ولا تحتاج المصلحة المتعاقدة في هذه الحالة لإثبات الضرر الذي لحق بها جراء خطأ المتعاقد، على عكس هذا الأخير الذي يجب عليه في حالة الإنكار أن يثبت وجود سبب أجنبي كقوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو خطأ المصلحة المتعاقدة².

أما في حالة الغش أو الخطأ الجسيم الذي يرتكبه المتعاقد المتعاقد، فهنا تقوم المسؤولية التصديرية للمتعاقد ولا يمكن إعفاؤه من تبعاتها؛

¹ محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص815

² النوي خرشي، المرجع السابق، ص312.

و من آثار التسليم المؤقت بدء سريان مدة الضمان، التي يلتزم من خلالها المتعاقل المتعاقل بضمان جميع العيوب الخفية¹، التي يتم اكتشافها خلال فترة التجربة، بعد إخطاره من قبل المصلحة المتعاقل، إلى جانب إصلاح جميع الأشغال التي كانت محل تحفظات؛ هذا وقد حدد المشرع الجزائري بموجب المادة 47 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 مدة الضمان التي تتراوح بين ستة أشهر إلى سنة، و التي تبدأ من تاريخ التسليم المؤقت: " في حالة عدم ورود نص صريح في دفتر الشروط الخصوصية، يحدد هذا الأجل بستة أشهر من تاريخ التسليم المؤقت لأشغال الصيانة وحفر الأسس والطرق الحجرية وسنة واحدة للأشغال الأخرى".

أما التشريع المصري فقد حدد الضمان بسنة واحدة حسب ما نصت عليه المادة 86 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات 89 لسنة 1998، التي جاء فيها: " يضمن المقاول الأعمال موضوع العقد وحسن تنفيذها على الوجه الأكمل لمدة سنة واحدة من تاريخ التسليم المؤقت".

بهذا فالضمان الذي يلتزم به المتعاقل المتعاقل، لا يقتصر على العيوب التي تكتشفها الإدارة عند إجراء الاستلام المؤقت والتي تبدي بشأنها تحفظات، و لكنه يغطي جميع العيوب التي تكتشف أثناء مدة الضمان حتى ولو كان الاستلام المؤقت تم بدون إبداء تحفظات، لأن مدة الضمان لم تشرع إلا لمواجهة هذه العيوب والتي قد لا يمكن التنبه إليها عند الاستلام المؤقت².

¹ المادة 379 من ق.م.ج.

² محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 819.

البند الثالث: الاستلام النهائي

يقصد بالتسليم النهائي الإجراء الذي تتسلم من خلاله الجهة الإدارية موضوع الصفقة بصورة نهائية، بعدما تتأكد من أن المتعاقد المتعاقد قد أوفى بالتزاماته جميعا ووفقا لما تم الاتفاق عليه¹.

إذا فالتسليم النهائي يمثل المرحلة الثانية من الاستلام، التي يحين أوانها عند نهاية أجل الضمان الذي اتفقا عليه الطرفان ضمن بنود الصفقة²، حيث يتم التأكد بمناسبة من خلو الشيء المسلم من العيوب الخفية، التي لم يكن بالإمكان اكتشافها بصدد عملية الاستلام المؤقت، كما يتأكد من أداء التجهيز للخدمات بقدرات مناسبة.

و قد يتم التسليم النهائي خلافا للأصل العام بموجب حكم قضائي إذا رفضت الجهة المتعاقدة استلام النهائي لموضوع الصفقة بعد إنذارها من طرف المتعاقد معها، هذا الأخير الذي يمكنه اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بالتسلم النهائي متى رأى القاضي توافر شروط معينة للتسليم³.

و قد نص التشريع الجزائري على التسليم النهائي في المادة 47 من دفتر الشروط الإدارية لسنة 1964، التي جاء فيها: " يتبع نفس الإجراء فيما يخص الاستلام النهائي بعد انقضاء أجل الضمان".

من خلال استقراء نص المادة أعلاه، يفهم أن المشرع الجزائري ألزم المقاول بعد انتهاء أجل الضمان إعلام مهندس الدائرة أو المهندس المعماري عن إتمام الأشغال، و يقوم بعد

¹ محمود خلف جبوري، المرجع السابق، ص 264؛ محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 820.

² النوي خرشي، المرجع السابق، ص 311.

³ علي بن شعبان، المرجع السابق، ص 287.

ذلك مهندس الدائرة أو المهندس المعماري بالاستلام النهائي بحضور المقاول بعد دعوته رسمياً، و في حالة غيابه يشار إلى ذلك في محضر التسليم.

وهو نفس ما نظمته المادة 87 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998، فنصت على: "قبيل انتهاء مدة الضمان بوقت مناسب يخطر المقاول جهة الإدارة كتابة للقيام بتحديد موعد المعاينة، ومتى تبين أن الأعمال قد نفذت مطابقة للمواصفات بحالة جيدة، فيتم تسلمها نهائياً بموجب محضر من ثلاث صور يوقعه كل من مندوبي جهة الإدارة والمقاول...".

أما بالنسبة لأجل التسليم النهائي فقد ألزم التشريع الجزائري على ضرورة تسليم الأشغال في أجل ستة أشهر وذلك في حالة عدم ورود نص صريح في دفتر الشروط الخاصة، ابتداء من تاريخ التسليم المؤقت لأشغال الصيانة وحفر الأسس والطرق الحجرية، وسنة واحدة للأشغال الأخرى¹.

البند الرابع: آثار الاستلام النهائي

يترتب على الاستلام النهائي، آثار فيما يتعلق بانقضاء الصفقة، وما يولد من التزامات، ويمكن إجمالها في²:

- يؤدي الاستلام النهائي إلى انتقال ملكية الأعمال إلى الجهة الإدارية بصفة نهائية، إذ تتحمل هلاك مدة الأعمال منذ تاريخ الاستلام النهائي؛

- تحل المقاول من واجب الصيانة الذي يقع على عاتقه في الفترة الممتدة ما بين التسليم المؤقت والنهائي، وبالتالي فالجهة الإدارية لا يمكنها تكليف المقاول بشيء بعد انقضاء هذا

1 المادة 2/47 من د.ش.إ.ع. لسنة 1964.

2 محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 822.

التاريخ إذ لا يعتبر المتعاقد مسؤولاً عن الأخطاء التي تحدث بخطأ من المصلحة المتعاقدة كأخطاء الاستعمال أو الصيانة؛

- بعد الاستلام النهائي لا يمكن للمصلحة المتعاقدة الاحتجاج بمخالفة المقاول للعقد، أو أنه لم يحترم شروط التنفيذ، كما لا يمكنها المطالبة بالتفويض إلا في حالة وجود تحفظات صريحة عند إتمام الاستلام النهائي؛

- يقع على المتعاقد المتعاقد أثناء الفترة الفاصلة بين الاستلام المؤقت والنهائي إصلاح كل العيوب التي تظهر بعد الاستلام المؤقت أو كانت محل تحفظ؛

- يحق للمتعاقد المتعاقد من تاريخ الاستلام النهائي أن يطالب بكافة مستحقاته المالية قبل الإدارة المتعاقدة، حيث تترتب عن تسوية الحساب الرصيد النهائي حسب ما أشارت إليه المادة 120 من المرسوم الرئاسي 247/15 رد اقتطاعات الضمان ورفع اليد عن الكفالات التي كونها المتعاقد المتعاقد عند الاقتضاء وهذا ما أكدت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 87 من اللائحة التنفيذية، التي نصت على: "عند إتمام التسليم النهائي، يدفع للمقاول ما قد يكون مستحقاً له من مبالغ، ويرد إليه التأمين النهائي أو ما تبقى منه...".

- كذلك من آثار التسليم النهائي انتهاء العلاقة التعاقدية بإمضاء محضر الاستلام النهائي، أي رفع التحفظات إن وجدت، وبإمضاء هذا المحضر تنتقل المسؤولية عن الشيء المسلم من المتعاقد المتعاقد إلى المصلحة المتعاقدة ويصبح المتعاقد في حل من الالتزامات التعاقدية، كتنفيذ أوامر الأشغال ولو تعلق الأمر بأشغال إضافية أو تعديلات أو غيره، كما ينتهي الالتزام باتخاذ مقر له بالقرب من ورشة الأشغال، أو بوجوب إعلامه للمصلحة المتعاقدة بمقر سكنه، وتنتهي بذلك المسؤولية التعاقدية، الشأن الذي يجعل كل نزاع لاحق لهذه المرحلة لا يجد أساساً له إلا ضمن المسؤولية الغير تعاقدية بما في ذلك التأمين العشري وغيره¹.

¹ النوي خرشي، المرجع السابق، ص 312.

حائمه

خاتمة

تنبؤ الصفقات العمومية مكانة هامة و بارزة في المنظومة الاقتصادية، إذ تشكل محورا أساسيا للدولة، هذه الأخيرة التي بذلت و ما زالت تبذل ليومنا هذا جهودا جبارة من أجل دعم الاقتصاد و دفع مسيرة التنمية.

و باعتبار أن الإدارة تضطلع بالوظيفة في الدولة من أجل إنجاز و تحقيق أهدافها المرسومة في السياسة العامة للأمم، كان لا بد لها من تنشيط حركة إنجاز المشاريع التجهيزية بأعلى جودة و في أقصر الآجال، و بأقل تكاليف ممكنة، و ذلك كله ضمن إطار محكم و مستقل يحدد القواعد و الإجراءات التي تبين كيفية إنفاق الميزانية المخصصة لهذا التجهيز، الأمر الذي يحقق الصالح العام و يضمن الحفاظ على المال العام و تفعيل آلية الرقابة على إنفاقه، و بالتالي تحصينه من كل تلاعب و فساد.

وعليه فإن فعالية أداء الدولة في دفع عجلة التنمية الاقتصادية مرهون بتثبيت الاستقرار التنظيمي لنظام الصفقات العمومية، و بمدى فعاليته خاصة ما يتعلق بمسألة التنفيذ الجيد لموضوع الصفقة، و سيرها على النحو المتفق عليه في الآجال المحددة.

و على هذا الأساس، يمكن استخلاص أهم النتائج التي تم التوصل إليها من خلال إطار هذا البحث، فضلا عن بعض التوصيات المقترحة تتمثل في:

- إذ تبين لنا بجلاء تميز العقود الإدارية بصفة عامة و الصفقات العمومية بصفة خاصة، التي تبرمها الأشخاص المعنوية العامة عن العقود المدنية التي تبرم طبقا لقواعد القانون الخاص، فهي تختلف عنها من حيث الأحكام الخاصة بتكوينها و إبرامها، فالصفقات التي تبرمها الإدارة تمر بعدة مراحل أكثر تعقيدا منها في العقود التي تبرم بين الأفراد، و يبرز أشد أنواع هذا التعقيد بوجه خاص فيما يتعلق بالأحكام و القواعد الموضوعية الخاصة بمرحلة تنفيذ العقد.

- تعتبر مرحلة تنفيذ الصفقات العمومية من أهم المراحل، إذ تبرز بوضوح الطبيعة الذاتية و الامتيازات السلطوية التي تتمتع بها الجهة المتعاقدة، لذا يتطلب تغطيتها تشريعا بصورة كاملة لاسيما تنظيم الصفقات العمومية باعتباره القاعدة الأساسية التي تحدد إجراء إبرام الصفقات و كيفية تنفيذها.

- و الجدير بالملاحظة من ثنايا البحث، أن الجهة الإدارية تتمتع بحقوق و امتيازات واسعة تجاه المتعامل المتعاقد دون أن يحتج عليها بقاعدة القوة الملزمة للعقد أو بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، و بسبب ذلك فإن مراكز الطرفين المتعاقدين في إطار الصفقات العمومية غير متكافئة، على خلاف الأمر في العقود المدنية، الذي يرجع إلى اتفاق أطراف العلاقة التعاقدية في تحديد الحقوق و الالتزامات لكل طرف.

- من أهم السلطات التي منحت للإدارة من أجل ضمان تنفيذ الصفقة سير المرافق العامة بانتظام، الرقابة و التوجيه، التي يكون الهدف منها تحقيق المصلحة العامة، من خلال إرسال مندوبيها لموقع الأشغال لمراقبة سير المرفق و توجيه التعليمات للمتعامل المتعاقد، مع اختبار طريقة التنفيذ في حدود الشروط و ضمن الكيفيات المتفق عليها في العقد.

- نظرا للطبيعة الخاصة و الذاتية للصفقات العمومية، خول الفقه و القضاء الإداري للجهة المتعاقدة الحق في تعديل العقد بإرادتها المنفردة، دون أن يكون للمتعاقد الحق في الاعتراض على قرارها، نظرا لارتباطه بسير المرفق العام الذي يقبل التغيير حسب الظروف المستجدة، التي توجب تدخل الإدارة لتعديل العقد بما يتلاءم مع تحقيق المصلحة العامة للجمهور، لذلك يعتبر هذا الحق من أهم الأمور لأنه يساير الظروف التي تستجد أثناء مرحلة التنفيذ.

- بالرغم من أن الإدارة المتعاقدة تتمتع بسلطة التعديل إلا أنها لا تمارسها على طلاقة بل مقيدة بمجموعة من الشروط، فإذا حدث عنها فيمكن للمتعاقد اللجوء إلى القضاء و طلب التعويض، أي أن التعديل الانفرادي الذي تتمتع به الإدارة مقيد بوجود حدوث ظروف جديدة تتعلق أساسا بتسيير المرفق العام، دون أن تعدل موضوع العقد.

- لضمان التنفيذ الجيد لموضوع الصفقة و المحافظة على استمرارية المرفق العام، و مواجهة أي إخلال أو تقصير في تنفيذ الالتزامات التعاقدية من جانب المتعامل المتعاقد، تتمتع الجهة الإدارية بحق توقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة دون الحاجة لإثبات الضرر الذي أصابها، بل يكفي تخلف المتعاقد عن القيام بواجباته.

- تمارس المصلحة المتعاقدة السلطات الاستثنائية الممنوحة لها أثناء تنفيذ الصفقة بإرادتها المنفردة دون أن يقررها لها القضاء، فهي حق مخول لها و لو لم ينص عليه في العقد، بل أكثر من ذلك هو حق ثابت للإدارة نابع من الطبيعة الذاتية للصفقات العمومية.

- لا تستطيع الإدارة أن تتنازل عن أي حق من حقوقها، لأن هذه الامتيازات تستهدف تحقيق المصلحة العامة، و بالتالي تعتبر من النظام العام الذي لا يجوز التنازل عنه لأي سبب من الأسباب.

- إذا كان الجزاء الأصيل لعدم الوفاء بالالتزام في القانون المدني هو الحكم بالتعويض، أي الحكم بمبلغ من المال يمثل الضرر الذي لحق بالطرف الثاني، فإن مثل هذا الجزاء يمكن أيضا أن يطبق في الصفقات العمومية - مصادرة التأمين التعويض، الغرامات - لإرغام المتعامل المتعاقد على تنفيذ التزامه في حالة الأخطاء غير الجسيمة، أما إذا تعدى هذا الخطأ درجة الجسامة فينتهي العقد بجزاء الفسخ.

- تقادى المشرع الجزائري النص عن الحالات التي تعتمد عليها الجهة الإدارية لاعتبار الخطأ جسيما، تاركا بذلك للإدارة مجال واسع في تطبيق جزاء الفسخ الأمر الذي يعد تهديدا خطيرا لحقوق المتعاقد.

- رغم تنوع الجزاءات المطبقة على المتعامل المتعاقد بين الجزاءات المالية و الضاغطة، إلا أنه و بالرجوع إلى التشريع الجزائري نجده قد أغفل النص عن الجزاءات الضاغطة كما هو الحال بالنسبة إلى التشريع المقارن، بل اكتفى فقط بالتلميحات، و ذلك بالرغم من أن الواقع العملي يؤكد على لجوء الجهات الإدارية إلى تطبيقها.

- بالرغم من أن التشريع الجزائري نص على العقوبات المالية بموجب المادة 147 من المرسوم الرئاسي 247/15، إلا أنه أغفل على تحديد نسبة غرامة التأخير على غرار التشريعات المقارنة.

- تعد إشكالية اقتضاء الجهة الإدارية للتعويض في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته من أهم المسائل التي أثارت جدل كبير، خاصة أن المشرع الجزائري لم يفصح عن رؤيته حول تقدير نسبة هذا التعويض من قبل الجهة المتعاقدة.
- إن منازعة المتعاقد لقرارات الجهة المتعاقدة عند تطبيق السلطات التي تمتع بها أثناء تنفيذ الصفقة، تدخل في حدود القضاء الكامل دون الإلغاء، ذلك أن هذه القرارات تعتبر متصلة بالعقد و صدرت تنفيذا له كالقرارات الخاصة بجزاء من الجزاءات التعاقدية، أو فسخ العقد أو إنهائه، فهذه كلها تدخل في منطقة العقد و تنشأ عنه، و بالتالي فهي منازعات حقوقية تكون محلا للطعن على أساس ولاية القضاء الكامل لا الإلغاء.
- خول التشريع الجزائري للجهة الإدارية بموجب المادة 150 من المرسوم الرئاسي 247/15، سلطة إنهاء الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة.
- إن ممارسة الإدارة لسلطاتها أثناء تنفيذ الصفقة العمومية هو حق ثابت و مؤكد، غير أن هذا الاستعمال يقتصر على صفقات الأشغال و اقتناء اللوازم و ذلك نظرا للأغلفة المالية المرصودة لهذه العقود، الأمر الذي يجعل الإدارة تكثُر من استعمال هذه السلطات، لذا يتعين على المتعاقد معها الخضوع لجميع التعليمات و الأوامر المصلحية التي تصدرها المصلحة المتعاقدة و هي بصدد ممارسة سلطتي الرقابة و التعديل.
- لضمان حقوق المتعامل المتعاقد أمام الجزاءات المطبقة عليه خاصة ما يتعلق بسحب المشروع أو الشراء على حساب المورد، ألزمت الإدارة على ضرورة إعدار المتعاقد مسبقا قبل توقيع الجزاء عليه، و ذلك لإعطائه مهلة حتى يتمكن من تنفيذ التزاماته.

- باعتبار الصفقات العمومية عقود معارضة فهي ترتب حقوق و التزامات تسري
حيال الطرفين المتعاقدين، و من لهم الالتزامات الواقعة على عاتق الإدارة هي
المطالبة بأداء أعمال معينة لمصلحة المتعامل المتعاقد، إذ تعد هذه الأعمال من
واجباتها العقدية ينبغي الالتزام بها، يعني في حالة تخلف أو إغفال الإدارة عن هذه
الواجبات تتحقق مسؤوليتها العقدية، و بالتالي إمكانية مقاضاتها أمام القاضي الإداري
الذي يقرر تعويضا مناسباً جبراً للضرر أو فسخ العقد.

- إن العقود تخضع لأصل عام من أصول القانون يقضي بأن يكون تنفيذها
بطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية، و هذا الأصل يطبق في الصفقات
العمومية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية.

- يملك المتعامل المتعاقد عدة حقوق تجاه الإدارة المتعاقدة أهمها الحق في
الجانب المالي، الذي يعتبر أول التزام واقع على عاتق الإدارة، إذ يجب عليها الوفاء
به في آجاله المحددة و بالكيفيات التي نص عليها التشريع سواء عن طريق نظام
الأقساط أو بالتسوية على رصيد الحساب.

- في حالة تأخير الإدارة عن الوفاء بالمقابل المالي للمتعاقد أو تقصيرها في
الأداء، قرر التشريع الجزائري بموجب المادة 122 من المرسوم الرئاسي فرض
غرامات التأخير لصالح المتعاقد، هذه الغرامة قد تتصاعد بنسبة 2% عن كل تأخير.

- إن التشريع و الفقه الإداريين لم يبقيا المتعاقد مع الإدارة الطرف الضعيف
دائماً، بل منحاه الحق في إعادة التوازن المالي للعقد عند حدوث خلل فيه، الأمر
الذي يجعل الإدارة تدفع تعويض و تتحمل جزء من الخسائر التي تنشأ عند حلول
ظروف استثنائية أو صعوبات مادية غير متوقعة .

- بغية حماية المصلحة المتعاقدة من المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها تنفيذ الصفقة، ألزم التشريع الجزائري كل متعاقد سواء كان وطني أو أجنبي تقديم ضمانات مالية بنسب مختلفة حسب الأصناف هذه الضمانات سواء كانت كفالات أو ضمانات خاصة.

- باعتبار أن الصفقات العمومية تحكمها قواعد تختلف عن تلك القواعد الموجودة في القانون الخاص، فإن المبدأ العام الذي يحكم العلاقة التعاقدية بين الإدارة و المتعاقد معها يقوم على أساس التنفيذ الشخصي للصفقة بإمكانياته الشخصية و قدراته المالية، إذ لا يمكن للمتعاقد التنازل للغير عن هذا الالتزام إلا في حالة المناولة التي نص عليها التشريع الجزائري.

- لم يتعرض المشرع الجزائري في تنظيم الصفقات العمومية لمآل تنفيذ الصفقة في حالة وفاة المتعاقد أو إفلاسه على غرار التشريعات المقارنة، غير أن دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 قد نص على هذه الحالة.

- إلى جانب تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته وفقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية عليه أيضا أن يلتزم في تنفيذ لالتزامه المتفق عليها مسبقا و في المواعيد المحددة.

- تقتضي القاعدة العامة في تنفيذ العقود سواء كانت عقود مدنية أو إدارية، بأن مسؤولية المتعاقد تنتفي متى ثبت أن عدم تنفيذ العقد أو التأخير في تنفيذه كان راجعا إلى سبب أجنبي لا يد له فيه.

- تعفي القوة القاهرة من المسؤولية في نطاق القانون الإداري على النحو الذي عليه في القانون الخاص، و لا تتوفر حالة القوة القاهرة إلا إذا اتصفت الظروف محل البحث بأنها خارجة تماما عن إرادة المتعاقد، و أنه ما كان يمكنه توقعها أو أنه أضحى أمام استحالة مطلقة تحول دون قيامه بتنفيذ التزامه.

- إن الالتزام بمدة تنفيذ الصفقة هو التزام لا يقتصر على المتعامل المتعاقد فقط، وإنما يشمل الإدارة أحيانا، و على هذا الأساس يفترض عليها احترام مدة التنفيذ أسوة بالمتعاقد معها، إذ لا يمكنها تمديد هذه المدة بدون مبرر، كما أنها لا تستطيع إنقاصها دون اتفاق مع المتعاقد معها.

- إن حساب مدة تنفيذ موضوع الصفقة لا بد أن يكون محددًا و معروفًا من قبل الطرفين المتعاقدين، و ذلك بغية معرفة نهاية المدة التعاقدية و تحديد التزامات المتعاقد مع الإدارة.

- بعد انتهاء من تنفيذ موضوع الصفقة على النحو المتفق عليه و في الآجال المحددة، يقوم المتعاقد بتسليمها للجهة الإدارية تسليمًا مؤقتًا، هذه الأخيرة التي تسعى للتأكد من أن هذا التنفيذ قد حصل بصورة مرضية و مدى تطابق الخدمة لدفتر الشروط و لمقتضيات الصفقة أو ملاحظتها في صفقة الأشغال العامة، أما عقد التوريد تقوم الإدارة بالمعاينة و فحص المواد تمهيدا لتسليمه النهائي، الذي يعد من الالتزامات الأساسية إذ يخول للإدارة تسلم موضوع الصفقة ووضعه تحت تصرفها، مما يحتم عليها القيام بعدة عمليات منها تسوية الحسابات النهائية، رد الضمانات بجميع أنواعها و انطلاق احتساب مدة الضمان.

- إغفال التشريع الجزائري عن تنظيم مسائل جوهرية التي تتعلق بعملية تنفيذ الصفقة العمومية، الأمر الذي حتم العمل بدفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، رغم أن أحكامه لا تساير الأوضاع الجديدة خاصة مع التحولات الاقتصادية الكبرى، ضف على ذلك أن معظم تأشيراته تحمل نصوصا فرنسية ملغاة و بالتالي تعارض أحكامه مع تنظيم الصفقات العمومية.

أما فيما يخص التوصيات تتمثل في:

- ضرورة معالجة الثغرات القانونية المتعلقة بعملية تنفيذ الصفقات العمومية باعتبارها المجال الخصب الذي تمارس فيه الجهة الإدارية السلطات الممنوحة لها، و ذلك من خلال أفراد عدة نصوص تنظمها و تبين أطرها ضمن قسم خاص بها في تنظيم الصفقات العمومية.
- من المستحسن أن يعيد المشرع الجزائري النظر في أحكام دفتر الشروط الإدارية العامة، و مراجعته بأحكام تجعله أكثر فعالية و مسايرة للتطورات الاقتصادية.
- باعتبار أن عقد التوريد لا يقل أهمية عن عقد الأشغال العامة في كونه يكلف خزينة الدولة أموالا طائلة، نوصي المشرع الجزائري على ضرورة تنظيمه في إطار محكم خاص به.
- ضرورة تفعيل آلية الرقابة على عملية التنفيذ، و ذلك من خلال تكوين إطارات مختصين في هذا المجال، و العمل على رقابة المتعاقد طوال مرحلة التنفيذ إلى غاية التسلم النهائي للصفقة .
- عندما تقوم الجهة الإدارية بإجراء أي تعديل على موضوع الصفقة، فمن المستحسن أن تقوم بتعويض المتعاقد معها جراء هذا التعديل بأسرع وقت ممكن من أجل تمكينه من التنفيذ في الآجال المحدد.
- عدم الإسراف في إصدار الأوامر المصلحية للمتعاقد أثناء تنفيذ الصفقة، ذلك أن إجباره على تغيير بعض المواصفات في الأعمال، قد يؤدي حتما إلى جنوح المتعاقد في التنفيذ بما يخالف شروط العقد.

- نوصي المشرع الجزائري بأن يسلك نفس المسلك الذي اتخذته التشريعات المقارنة، في تنظيم حالة إفلاس المتعاقد أو إعساره بنصوص قانونية ضمن تنظيم الصفقات العمومية.
- ندعو المشرع الجزائري إلى استكمال البناء التشريعي لجزاء الفسخ، من خلال تضمين تنظيم الصفقات العمومية لاسيما المادة 149 من المرسوم الرئاسي 247/15 على حالات الفسخ الجزائي.
- نأمل من المشرع الجزائري استبدال مصطلح العقوبات المالية الوارد في القسم الثامن من المرسوم الرئاسي 247/15 بمصطلح غرامات التأخير على غرار التشريعات المقارنة .
- نوصي المشرع الجزائري على ضرورة تنظيم الجزاءات الضاغطة و أفراد لها نصوص تبين أحكامها في تنظيم الصفقات العمومية.
- نوصي بضرورة قيام الجهة الإدارية بتسبيب قراراتها الإدارية عند فرض الجزاءات على المتعاقد معها، لغرض تسهيل مهمة القضاء في الرقابة عليها، الأمر الذي يعد ضمانا للمتعاقد من تعسف جهة الإدارة.
- على المشرع الجزائري وضع نسب محددة لغرامة التأخير حسب كل عقد ميرم أسوة بالتشريعات المقارنة، لأن الواقع العملي يثبت في الكثير من الأحيان إغفال الجهة الإدارية على تحديد نسبة هذه الغرامة في دفاتر شروطها و بنود العقد، مما يصعب الإشكال حول كيفية تقريرها و تحديد نسبتها.
- نأمل من المشرع الجزائري - القضاء الإداري- إنصاف المتعامل المتعاقد الذي يواجه أثناء تنفيذ التزاماته التعاقدية ظروف طارئة، من خلال تعويضه تعويضا كاملا و شاملا على كافة الأضرار التي تكبدها نتيجة تلك الظروف، أسوة في ذلك بنظرية فعل الأمير و نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

-نوصي التشريع الجزائري بضرورة تحديد مدة أطول للضمان بعد تسلم الصفقة، و ذلك لضمان العيوب التي تظهر بعد عملية الاستلام.
-على المشرع الجزائري أن يخول مهمة وضع قانون الصفقات العمومية لصاحب الاختصاص الأصيل المتمثل في السلطة التشريعية، بدلا من السلطة التنفيذية.

و ترتيبا على ما سبق يمكن القول، إن المشاريع بصمات الأمم فالأمة الناجحة هي أمة المشاريع و العكس للأمم غير الناجحة، لهذا و بغية التنفيذ الجيد لهذه المشاريع، ينبغي أن يتم العمل ضمن مسعى منسجم و منسق، لتعبئة الجهود و الإمكانيات اللازمة، التي تتناسب مع ما هو مطلوب لترقية الاستثمار، و ذلك من خلال تحفيز المبادرات و دعم و تشجيع المتعاملين الصغار و الحرفيين، و تطوير المشاريع المبتكرة التي تعود بالفائدة على الدولة من تحقيق الصالح العام و حماية المال العام.

قائمة المراجع

قائمة المراجع المعتمد عليها

1 - المراجع باللغة العربية

أولاً: المراجع العامة:

- 1 - إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية النظرية العامة و تطبيقاتها في القانون الكويتي و المقارن، مكتبة الفلاح، الكويت، طبعة 1977.
- 2 - أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الدستورية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة، 1986.
- 3 - أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، طبعة 2002.
- 4 - إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، طبعة 2003.
- 5 - أنس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة 2003.
- 6 - أحمد عبد الطيف إبراهيم، شرح تنظيم القانوني للمناقصات و المزايدات و لائحته التنفيذية، دار السماح للنشر و التوزيع، القاهرة مصر، الطبعة الأولى، 2004.
- 7- الزين عزري، قرارات العمران الفردية و طرق الطعن فيها، الجزء الأول، دار الفجر للنشر و التوزيع، الجزائر، طبعة 2005.
- 8- النوي خرشي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، طبعة 2011.

- 9 - رابحي أحسن، الأعمال القانونية الإدارية، دار الكتاب الحديث، القاهرة مصر، طبعة 2013.
- 10- توفيق شحاتة، مبادئ القانون الإداري، الجزء الأول، دار النشر المصرية، القاهرة مصر، الطبعة الأولى، 1955.
- 11 - جورج فوديل بيارد لقولقيه، ترجمة منصور القاضي، القانون الإداري، الجزء الأول، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، الطبعة الأولى 2001.
- 12 - جمال عباس عثمان، النظرية العامة و تطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية مصر، طبعة 2007.
- 13 - حسن درويش عبد العال، النظرية العامة في العقود الإدارية، الجزء الثاني، بدون دار النشر، القاهرة مصر، الطبعة الأولى 1983.
- 14- حمدي حسين الحفاوي، ركن الخطأ في المسؤولية الناشئة عن العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، الطبعة الأولى، 2002.
- 15 - حسين محمد عثمان، أصول القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية مصر، الطبعة الأولى 2004.
- 16 - حمامة قنوج، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية 2006.
- 17 - حسين طاهري، القانون الإداري والمؤسسات الإدارية دراسة مقارنة، دار خلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى 2007.
- 18 - حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، بدون طبعة.

- 19 - خميس السيد إسماعيل، الأصول العامة و التطبيقات العملية للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، الطبعة الأولى 1994.
- 20 - خالد خليل الظاهر، القانون الإداري دراسة مقارنة، الجزء الثاني، دار الميسرة للنشر و التوزيع، عمان، الطبعة الأولى 1997.
- 21 - رياض عيسى، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن والجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون طبعة.
- 22 - رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية، دار المكتبي للنشر و التوزيع، دمشق، الطبعة الأولى، 1999.
- 23 - زين العابدين بركات، الموسوعة الإدارية في القانون الإداري السوري والمقارن، دار الفكر الجامعي، طبعة 1974.
- 24 - سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، الجزء الثاني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية مصر، طبعة 1996.
- 25 - سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، طبعة 2003.
- 26 - سعيد بوعلي، المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، طبعة 2014.
- 27 - صلاح الدين فوزي، المبادئ العامة في القانون الإداري دراسة مقارنة، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة مصر، طبعة 1991.
- 28 - طعيمة الجرف، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، طبعة 1978.
- 29 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات آثار الالتزام، الجزء الثاني، دار النهضة العربية للنشر القاهرة مصر، طبعة 1968.

- 30 - عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، طبعة 1981.
- 31 - عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، طبعة 2009.
- 32 - عمار عوابدي، القانون الإداري النشاط الإداري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 2000.
- 33 - عمار عوابدي، دروس في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 2000.
- 34 - علي الدين زيدان، محمد السيد أحمد، الموسوعة الشاملة في القانون الإداري، الجزء الثاني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، طبعة 2002.
- 35 - عبد الرؤوف عيد، لجان التوفيق وفقا لأحكام القانون رقم 07 لسنة 2000، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، طبعة 2002.
- 36 - عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه، القضاء والتشريع، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، طبعة 2003.
- 37 - عبد الرؤوف جبار، ضمانات المشاريع الإنشائية العامة دراسة مقارنة، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2003.
- 38 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، طبعة 2005.
- 39 - عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، طبعة 2004.
- 40 - عادل السعيد أبو الخير، القانون الإداري، بدون دار النشر، طبعة 2007.

- 41 - عبد العزيز خليفة، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية، دار الكتاب الحديث، الكويت، طبعة 2008.
- 42 - عادل بوعمران، النظرية العامة للقرارات و العقود الإدارية دراسة تشريعية فقهية وقضائية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة 2010.
- 43 - علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، لبنان، الطبعة الأولى 2011.
- 44 - عمر الخولي، الوجيز في العقود الإدارية، بدون دار النشر، الطبعة الثانية 2012.
- 45 - علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، طبعة 2012.
- 46 - عمر حمدي باشا، القضاء العقاري، دار هومة للنشر و التوزيع، الطبعة الرابعة عشر، 2015.
- 47 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون طبعة.
- 48 - فاروق أحمد خماس، محمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، جامعة الموصل، طبعة 1992.
- 49 - محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة مصر، الطبعة الأولى 2007.
- 50 - محمد يوسف المعداوي، مذكرات في الأموال العامة و الأشغال العامة، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1984.
- 51 - محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين شمس دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة 1991.

- 52 - مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، الجزء الأول، دار المطبوعات الجامعية، طبعة 1997.
- 53 - موريس صادق، قانون تنظيم المناقصات و المزايدات في العقود الإدارية، دار محمود للنشر و التوزيع، الإسكندرية مصر، طبعة 1999.
- 54 - محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، الجزء الثالث، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، طبعة 2000.
- 55 - مجدي المتولي، التعليق على قانون المناقصات و المزايدات الجديد الصادر بقانون 89 لسنة 1998، دار الفكر و القانون، مصر، الطبعة الأولى، 2000.
- 56 - مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية مصر، طبعة 2002.
- 57 - محمد أنور حماده، قواعد و إجراءات تنظيم المناقصات و المزايدات و العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، طبعة 2003.
- 58 - محمود علي صبره، ترجمة العقود الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر، طبعة 2004.
- 59 - ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، طبعة 2004.
- 60 - محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية ملحق المرسوم الرئاسي 250/02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة 2005.
- 61 - محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، طبعة 2006.
- 62 - مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية مصر، طبعة 2007.

- 63 - محمد سعيد الرحو، النظام القانوني للتعاقد بأسلوب المناقصات في تشريعات الدول العربية، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، طبعة 2007.
- 64 - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية مصر، طبعة 2008.
- 65 - محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى 2010.
- 66 - محمد جمال الذنبيات، الوجيز في القانون الإداري، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الطبعة الثانية، 2011.
- 67 - محمد صبري السعدي، التأمينات الشخصية و العينية (عقد الكفالة)، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، طبعة 2011.
- 68 - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، دار الهدى، الجزائر، طبعة 2012.
- 69 - محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، طبعة 2012.
- 70 - محمد لمين حميدي، نظام تورنس، دار هومة للنشر و التوزيع، الجزائر، طبعة 2015.
- 71 - ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، لباد للنشر، الجزائر، الطبعة الثانية، 2007.
- 72 - نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية دراسة مقارنة، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، لبنان، الطبعة الأولى 2010.
- 73 - نسرين شرقي، مريم عمارة، سعيد بوعلي، القانون الإداري، دار بلقيس للنشر و التوزيع، الجزائر، طبعة 2014.

74 - هبة سرديوك، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية مصر، الطبعة الأولى 2009.

75 - يوسف سعد الله الخوري، القانون الإداري العام، الجزء الأول، بدون دار النشر، الطبعة الثانية 1998.

ثانياً: المراجع المتخصصة

1 - أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، طبعة 1973.

2 - إبراهيم الشارف الطاهر توفوق، الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد الإداري دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية مصر، طبعة 2011.

3- إحسان سليمان خريط، صعوبات تنفيذ العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، طبعة 2017.

4 - بلاوي ياسين بلاوي، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، دار الكتب القانونية مصر، طبعة 2011.

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

6 - زكي محمد النجار، حدود سلطات الإدارة في توقيع عقوبة الغرامة، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، طبعة 1999.

7 - سيف سعد مهدي الدليمي، مظاهر السلطة العامة في تنفيذ العقد الإداري دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، طبعة 2017.

8 - طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية و ضوابطها دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، طبعة 2010.

- 9 - عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة مصر، الطبعة الأولى، 1975.
- 10 - علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة مصر، طبعة 1976.
- 11 - عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، أثر فعل الأمير على تنفيذ العقد الإداري، دار اللواء للطبع و التوزيع، مصر، طبعة 1989.
- 12 - عادل عبد الرحمن خليل، المبادئ العامة في إنهاء العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة مصر ، طبعة 1995.
- 13 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، طبعة 2007.
- 14 - عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في قانون المناقصات و المزايدات، دراسة مقارنة بأحكام لعقود الحكومية في القانون الأمريكي، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، الطبعة الأولى، 2009.
- 15 - عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية، 2009.
- 16 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء و تحكيما، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، طبعة 2009.
- 17 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، الطبعة الأولى، 2011.
- 18 - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي 236/10، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثالثة 2011.

- 19 - عبد اللطيف قطيش، الصفقات العمومية تشريعا و فقها و اجتهادا دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الثانية، 2013.
- 20 - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 247/15، القسم الثاني، الجسور للنشر و التوزيع، الجزائر، الطبعة الخامسة 2017.
- 21 - فارس علي جانكير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2004.
- 22- مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية مصر، طبعة 2007.
- 23 - نصر الدين محمد بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، الطبعة الأولى 2007.
- 24 - هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية دراسة تطبيقية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، طبعة 2014.
- 25 - هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، الطبعة الأولى، 2015.

2 - أطروحات الدكتوراه و رسائل الماجستير

أولا: أطروحات الدكتوراه

- 1 - سعيد عبد الرزاق باخبيبة، سلطة الإدارة الجزائية أثناء تنفيذ العقد الإداري دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، الجزائر، 2008/2007.

- 2 - عمار معاشو، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية في عقود المفتاح و الإنتاج في اليد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الدولي و العلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية و الإدارية، الجزائر، 1998.
- 3 - علي بن شعبان، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة منتوري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسنطينة، 2012/2011.
- 4 - علي محمد مظفر، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية في اليمن دراسة مقارنة، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2012.
- 5- محمد صلاح الدين عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري دراسة مقارنة، بحث مقدم للحصول على درجة الدكتوراه، جامعة الزقازيق، مصر، 1993.
- 6 - محمد موسى إبراهيم، المخاطر التي تواجه تنفيذ العقد الإداري دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، كلية الدراسات القانونية العليا، الأردن، 2004.
- 7 - هارون عبد العزيز الجمل، الجزاءات في عقود الأشغال العامة، بحث مقدم للحصول على درجة الدكتوراه في القانون الإداري، جامعة طنطا، كلية الحقوق، مصر، 2005.
- 8 - وليد فاروق جمعة، حماية المقاول في إطار عقد الأشغال العامة، بحث مقدم للحصول على درجة الدكتوراه، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق، مصر، 2000.
- 9 - ياقوتة عليوات، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري الصفقات العمومية في الجزائر، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة منتوري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسنطينة، 2009/2008.

ثانيا: رسائل الماجستير

- 1 - إسماعيل بحري، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع الدولة و المؤسسات العمومية، جامعة بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، الجزائر، 2009/2008.
- 2 - براهيم سماحي، الضمانات في الصفقات العمومية دراسة مقارنة، ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه تخصص التجريم في الصفقات العمومية، جامعة الجيلالي ليابس، كلية الحقوق و العلوم السياسية، سيدي بلعباس، 2014/2013.
- 3 - جلول بن سديرة، الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام المعمق، جامعة أبي بكر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان، 2015/2014.
- 4 - رياض لوز، دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية المرسوم الرئاسي 250/02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع الدولة و المؤسسات المالية، جامعة بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، الجزائر، 2007/2006.
- 5 - ريحة سبكي، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الإجراءات الإدارية، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تيزي وزو، 2013.
- 6 - سحر جبار يعقوب، فسخ العقد الإداري قضائيا لخطأ الإدارة، مذكرة مقدمة للحصول على درجة الماجستير، جامعة بابل، كلية الحقوق، العراق، 2003.
- 7 - سهام بن دعاس، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قسم قانون العام، جامعة باجي مختار، كلية الحقوق و العلوم السياسية، عنابة، 2005.

- 8 - سلوى بزاحي، رقابة القضاء الغداري على منازعات الصفقات العمومية دعوى الإلغاء نموذجاً، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون الإداري و المؤسسات الدستورية، جامعة باجي مختار، كلية الحقوق و العلوم السياسية، عنابة، 2007.
- 9 - سهام شقطني، النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة باجي مختار، كلية الحقوق و العلوم السياسية، عنابة، 2010/2011.
- 10 - سورية ديش، العقوبات الإدارية على المتعامل الاقتصادي في الصفقات العمومية و العون الاقتصادي في قانون المنافسة دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه تخصص التجريم في الصفقات العمومية، جامعة الجيلالي ليايس، كلية الحقوق و العلوم السياسية، سيدي بلعباس، 2013/2014.
- 11 - عبد القادر رحال، سلطة المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على المقاول المتعاقد معها في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الإدارة و المالية، معمري، معهد العلوم القانونية و الإدارية، تيزي وزو، 1990.
- 12 - عبد الغني بن زمام، تمويل الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، جامعة بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، الجزائر، 2007/2008.
- 13 - عبد القادر محفوظ، سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة أبي بكر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان، 2013/2014.
- 14 - فتيحة حابي، النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المعدل و المتمم، مذكرة لنيل شهادة الماجستير القانون العام، فرع قانون الإجراءات الإدارية، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تيزي وزو، 2013.

- 15 - ماجد ملفي زايد الديحاني، الجزاءات الضاغطة في العقود الإدارية دراسة مقارنة بين النظامين المصري و الكويتي، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2008.
- 16 - مريام أكرور، السعر في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع الدولة و المؤسسات العمومية، جامعة بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، الجزائر، 2008/2007.
- 17 - محمد صبار محمد المشهداني، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات غير المالية في العقد الإداري دراسة مقارنة، رسالة مقدمة للحصول على شهادة الماجستير، جامعة الإسراء، كلية الحقوق، العراق، 2014.
- 18 - هاجيرة بومدين، الفسخ في الصفقات العمومية دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه تخصص التجريم في الصفقات العمومية، جامعة الجيلالي ليابس، كلية الحقوق و العلوم السياسية، سيدي بلعباس، 2014/2013.
- 19 - وليد سعود فارس القاضي، الجزاءات في مجال العقود الإدارية دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة آل البيت، كلية الدراسات الفقهية و القانونية، الأردن، 2000.
- 20 - ياسين المعاينة، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها في عقد التوريد، مذكرة لنيل على شهادة الماجستير، جامعة الإسراء، كلية الحقوق، العراق، 2011.

3 - المجلات و الدوريات

- 1 - الزين عزري، (النظام القانوني لرخصة البناء في التشريع الجزائري)، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الثامن، جوان 2008.
- 2 - الزين عزري، (وسائل إجبار الإدارة على تنفيذ أحكام القضاء في التشريع الجزائري)، مجلة مجلس الدولة، الجزائر، العدد العاشر، 2010.

- 3 - حسن محمد علي حسن البنان، (الجزاءات المالية في العقد الإداري دراسة مقارنة)، مجلة القانون، جامعة الموصل، بغداد، العدد الرابع و الخمسين، 2012.
- 4 - خالد محمد مصطفى، (الجزاءات المالية في العقد الإداري)، مجلة البحوث، جامعة الموصل، بغداد، العدد الثامن عشر، 2007.
- 5 - رمضان غناوي، (موقف مجلس الدولة من الغرامة التهديدية، تعليق على قرار مجلس الدولة بتاريخ 2003/04/08)، مجلة مجلس الدولة، الجزائر، العدد الرابع، 2003.
- 6 - رمضان غناوي، (قراءة أولية لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية)، مجلة مجلس الدولة، الجزائر، العدد التاسع، 2009.
- 7 - سحر جبار يعقوب، (الجزاءات المالية في العقد الإداري)، مجلة الفقه، العدد الخامس، 2007.
- 8 - علي عمر حمدي، (المسؤولية التعاقدية للإدارة)، المجلة القانونية و الاقتصادية، جامعة الزقازيق، كلية الحقوق، مصر، العدد الثامن، 1996.
- 9 - عبد الرحمن عزاوي، (النظام القانوني لدفع المقابل المالي في العقد الإداري طبقا لقانون الصفقات العمومية الجزائري لسنة 1991)، مجلة الشريعة و القانون، الإمارات العربية المتحدة، العدد الثالث عشر، فيفري 2000.
- 10 - علي خاطر شطناوي، (صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها)، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول، مارس 2000.
- 11 - عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي، (القدرة القانونية للإدارة في تعديل العقد الإداري)، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، العدد السابع عشر، ديسمبر 2002.
- 12 - عادل قانة، (إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير)، مجلة التواصل في الاقتصاد و الإدارة و القانون، العدد الخامس و الثلاثون، 2013.

- 13 - عبد الرحمن عباس أذعين، (الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية)، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة بابل، العراق، العدد الثالث، 2014.
- 14 - عبد القادر دراجي، (سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية)، مجلة الفكر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد العاشر.
- 15 - فوزية هاشمي، (الطبيعة القانونية للسعر في إطار الصفقات العمومية)، مجلة البحوث القانونية و السياسية، جامعة مولاي الطاهر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، سعيدة، العدد الثالث، 2014.
- 16 - فيصل نسيغة، (النظام القانوني للصفقات العمومية و آليات حمايتها)، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الخامس.
- 17 - منصور إبراهيم العتوم، (النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية دراسة مقارنة)، مجلة الشريعة و القانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثالث و الخمسين، يناير 2013.
- 4- الملتقيات و الأيام الدراسية**
- 1 - رقية بدرانية، الغرامة التهديدية و تنفيذ قرارات القضاء الإداري ، الملتقى الوطني حول التطورات و المستجدات في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة وهران، يومي 20 و 21 جانفي 2009.
- 2 - رحمة شكلاط، الصفقات العمومية مقارنة تشريعية جديدة ، الملتقى الوطني حول أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة جيجل، يومي 30 نوفمبر و 01 ديسمبر 2011.
- 3 - عزيزة الشريف، العقود الحديثة لتنفيذ الخدمات العامة ، مؤتمر حول دور القطاع الخاص في التنمية و الأبعاد القانونية، كلية الحقوق، جامعة الكويت، 2005.

- 4 - عبد الحكيم حططاش، هند زيتوني ، مدى ملائمة نظام الصفقات العمومية في الجزائر لتجسيد برنامج الاستثمارات العامة لفترة 2001/2014، مؤتمر الدولي حول تقييم آثار برامج الاستثمارات العامة و انعكاساتها على التشغيل و الاستثمار و النمو الاقتصادي خلال الفترة 2001/2014، جامعة سطيف، يومي 11 و 12 مارس 2013.
- 5 - فريد خلاطو، الصفقات العمومية، ملتقى حول تسيير الجماعات المحلية، يومي 09 و 10 جانفي 2008.
- 6 - فوزية هاشمي، براهيم سماحي، الوفاء بالجانب المالي للصفقة العمومية، الملتقى الوطني حول إجراءات تمرير الإستشارات و الصفقات العمومية في الجزائر، المركز الجامعي، تندوف، 13 أفريل 2015.
- 7 - محمد بودالي، نظم الرقابة البرلمانية و المالية و الإدارية على الصفقات العمومية ، الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد و مكافحته في الصفقات العمومية، جامعة الجبلاي ليابس، كلية الحقوق و العلوم السياسية، سيدي بلعباس، يومي 24 و 25 أفريل 2013.
- 8 - يوسف بن ناصر، السلطات الجديدة للقاضي الإداري في تنفيذ قراراته ، الملتقى الوطني حول التطورات و المستجدات في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة وهران، يومي 20 و 21 جانفي 2009.

5 - القرارات القضائية

- 1 - قرار مجلس الأعلى الجزائري، الصادر بتاريخ 1975/06/25، بدون رقم، نشرة القضاء، 1978، العدد الأول.
- 2 - قرار مجلس الدولة الجزائري، الصادر بتاريخ 1984/05/26، رقم القرار 35161، المجلة القضائية الجزائرية، 1989، العدد الأول.
- 3 - قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، الصادر بتاريخ 1989/12/16، رقم القرار 65145، المجلة القضائية الجزائرية، 1991، العدد الأول.

- 4 - قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، الصادر بتاريخ 1990/07/28، بدون رقم، المجلة القضائية الجزائرية، 1990، العدد الثاني.
- 5 - قرار مجلس الدولة الجزائري، الصادر بتاريخ 1990/02/10، رقم القرار 52040، المجلة القضائية الجزائرية، 1991، العدد الثالث.
- 6 - قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، الصادر بتاريخ 1993/10/10، رقم القرار 996/94، المجلة القضائية الجزائرية، 1994، العدد الأول.
- 7 - قرار مجلس الدولة الجزائري، الصادر بتاريخ 1999/03/03، رقم القرار 97، غير منشور.
- 8 - قرار مجلس الدولة الجزائري، الصادر بتاريخ 2000/04/24، رقم القرار 265، غير منشور.
- 9 - قرار مجلس الدولة الجزائري، الصادر بتاريخ 2003/04/08، رقم القرار 014989، مجلة مجلس الدولة، الجزائر، 2003، العدد الثالث.
- 10 - قرار مجلس الدولة الجزائري، الغرفة الأولى، الصادر بتاريخ 2003/04/15، رقم القرار 8072، مجلة مجلس الدولة، الجزائر، 2003، العدد الرابع.
- 11 - قرار مجلس الدولة الجزائري، الصادر بتاريخ 2005/07/12، رقم القرار 22350، مجلة مجلس الدولة، الجزائر، 2005، العدد السابع.

6 - المصادر القانونية

أولاً: المصادر القانونية الجزائرية

1- القوانين

- 1 - قانون رقم 30/90، المؤرخ في 14 جمادى الأولى 1411، الموافق 01 ديسمبر 1990، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية، الصادرة في 02 ديسمبر 1990، العدد 52، المعدل و المتمم.
- 2 - قانون رقم 29/90، المؤرخ في 14 جمادى الأولى 1411، الموافق 01 ديسمبر 1990، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية، الصادرة في 02 ديسمبر 1990، العدد 52، المعدل و المتمم.
- 3 - قانون رقم 11/91، المؤرخ في 12 شوال 1411، الموافق 27 أبريل 1991، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، الجريدة الرسمية، الصادرة في 08 ماي 1991، العدد 21.
- 4 - قانون رقم 09/08، المؤرخ في 18 صفر 1429، الموافق 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية، الصادرة في 23 أبريل 2008، العدد 21.
- 5 - قانون رقم 15/08، المؤرخ في 17 رجب 1429، الموافق 20 جويلية 2008، المحدد لقواعد مطابقة البناءات و إتمام إنجازها، الجريدة الرسمية، الصادرة في 03 أوت 2008.
- 6 - قانون رقم 04/11، المؤرخ في 14 ربيع الأول 1432، الموافق 17 فيفري 2011، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية، الصادرة في 06 مارس 2011، العدد 14.
- 7 - قانون رقم 09/16، المؤرخ في 03 أوت 2016، المتعلق بترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية، الصادرة في 03 أوت 2016، العدد 46.

2 - الأوامر

- 1 - الأمر رقم 90/67، المؤرخ في 09 ربيع الأول 1387، الموافق 17 جوان 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، الصادرة في 27 جوان 1967، العدد 52.
- 2- الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 20 رمضان 1395، المرافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، العدد 78، المعدل و المتمم.

3 - المراسيم

- 1 - المرسوم رقم 145/82، المؤرخ في 16 جمادى الثانية 1402، الموافق 10 أبريل 1982، المتضمن الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، الجريدة الرسمية، الصادرة في 13 أبريل 1982، العدد 15.
- 2- المرسوم الرئاسي رقم 250/02، مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1423 الموافق 24 جويلية 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، الجريدة الرسمية، الصادرة في 28 جويلية 2002، العدد 52.
- 3- المرسوم الرئاسي رقم 236/10، مؤرخ في 10 شوال 1431، الموافق 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، الصادرة في 7 أكتوبر 2010، العدد 58.
- 4 - المرسوم الرئاسي رقم 03/13 المؤرخ في 1 ربيع الأول 1434، الموافق 13 يناير 2013، يعدل و يتم المرسوم الرئاسي رقم 236/10، الجريدة الرسمية، الصادرة في 13 يناير 2013، العدد 02.
- 5 - المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436، الموافق 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية، الصادرة في 20 سبتمبر 2015، العدد 50.

6 - المرسوم التنفيذي رقم 434/91، المؤرخ في 02 جمادى الأولى 1412، الموافق 09 نوفمبر 1991، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، الصادرة في 13 نوفمبر 1991، العدد 57.

7 - المرسوم التنفيذي رقم 67/98، المؤرخ في 21 فيفري 1998، المتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، الصادرة في 01 مارس 1998، العدد 11، المعدل و المتمم.

8 - المرسوم التنفيذي رقم 19/15، المؤرخ في 25 يناير 2015، يحدد كيفية تحضير عقود التعمير و تسليمها، الجريدة الرسمية، الصادرة في 15 فيفري 2015، العدد 07.

4 - القرارات

1 - قرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء و الأشغال العمومية و النقل، الجريدة الرسمية، الصادرة في 19 يناير 1965، العدد 06.

2 - قرار وزير المالية، المؤرخ في 28 مارس 2011، يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار و آجال نشره، الجريدة الرسمية، الصادرة في 20 أبريل 2011، العدد 24.

3 - قرار وزير المالية، المؤرخ في 28 مارس 2011، المتعلق بكيفيات الدفع المباشر للمتعامل الثانوي، الجريدة الرسمية، الصادرة في 20 أبريل 2011، العدد 24.

4 - قرار مؤرخ في 12 نوفمبر 2012، يتضمن المصادقة على الأرقام الاستدلالية للأجور و المواد الفصل الثاني من سنة 2012 و المستعملة في صيغ تحيين و مراجعة أسعار صفقات قطاع البناء و الأشغال العمومية والري، الجريدة الرسمية، الصادرة في 17 أبريل 2013، العدد 19.

5 - قرار مؤرخ في 25 مارس 2013، يتضمن المصادقة على الأرقام الاستدلالية للأجور و المواد الفصل الرابع من سنة 2012 و المستعملة في صيغ تحيين و مراجعة أسعار صفقات قطاع البناء و الأشغال العمومية والري، الجريدة الرسمية، الصادرة في 17 أبريل 2013، العدد 19.

5 - التعليمات

1 - تعليمة وزير المالية رقم 11، المؤرخة في 24 أبريل 2001، تتعلق بكفالة استرجاع التسبيقات.

ثانيا: المصادر القانونية الأجنبية

1 - القوانين

1 - قانون رقم 89/98، المؤرخ في 08 ماي 1998، المتعلق بتنظيم المناقصات و المزادات، الجريدة الرسمية لجمهورية مصر، الصادرة في 08 ماي 1998، العدد 19 مكرر.

2 - الأوامر

1 - الأمر رقم 1039/14، المؤرخ في 13 مارس 2014، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية التونسي، الجريدة الرسمية للجمهورية التونسية، الصادرة في 18 مارس 2014، العدد 22.

3- المراسيم

1 - المرسوم رقم 2-99-1087، المؤرخ في 04 ماي 2000، المتعلق بدفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المنجزة لحساب الدولة، الجريدة الرسمية، الصادرة في 01 جوان 2000، العدد 4800.

2 - المرسوم رقم 02-12-349، المؤرخ في 20 مارس 2013، المتعلق بالصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، الصادرة في 04 أبريل 2013، العدد 6140.

4 - القرارات

1 - قرار رقم 1367/98، المؤرخ في 06 سبتمبر 1998، المتعلق بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات و المزادات، الصادر بقانون 89/98، الجريدة الرسمية لجمهورية مصر، الصادرة في 06 سبتمبر 1998، العدد 301.

7 - مواقع الأنترنت

1 - نموذج مقترح لدفتر الشروط خاص بصفقة توريد مواد و لوازم

<http://mouwazaf.ahlamontada.com/t7896-topic>, le 12/08/2017, à 15 :00.

2 - المراجع باللغة الفرنسية

1- Ouvrages Généraux

- 1 - Alain Bénirent, Droit civil les obligations, 6eme éditions, Montchrestien, Paris, 1997.
- 2 - Brigitte Hess Fallon, Anne-Marie Simon, Droit civil, 4eme éditions, Dalloz, Paris 1997.
- 3 - Christophe Guettier, Droit des contrats administratifs, 2eme édition, Presses universitaires de France, Paris, 2011.
- 4 - Didier Truchet, Droit administratif, 4eme éditions, Presses universitaires de France, Paris, 2011.
- 5 - Gabriel Marty, Pierre Raynaud, Droit civil les obligations, tome 2, 1^{er} volume, éditions Sirey, Paris 1962.
- 6 - Georges Vedel, Droit administratif, 4eme éditions, Paris, 1968.
- 7 - Jean L'huillier, Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'administration, chronique, Dalloz, 1953.
- 8 - Jean François Lachaume, Droit administratif, 5eme éditions, Presses universitaires de France, Paris, 1989.
- 9 - Jean Marie Auby, Pierre Bon, Droit Administratif des Biens Domaine Travaux Publics Expropriation, précis Dalloz, 2^{ème} éditions, Paris, 1993 .

10 – Jean François Lachaume , Hélène Paulait, Droit administratif, 14eme éditions, Presses universitaires de France, Pris, 2009.

11 – Marcel Walime, Précis de droit administratif, éditions, Montchrestien, France, 1969.

12 – Mohamed Kobtan, Le régime juridique des contrats de secteur public, étude de droit comparé Algérien et France, Office des Publications Universitaires , Alger, 1984.

13 – Pierre Laurent Frier, Jacque Petit, Précis de droit administratif, 4eme éditions, Montchrestien, France, 2007.

2- Ouvrages Spécieux

1- Bernard Casting, Rozen Noguellou, Catherine Prebissy-Schnall, les marchés publics, éditions du juris-classeur, Paris, 2002.

2 – Brahim Boulifa, Marchés publics, volume1 , Berti éditions, Alger, 2013.

3 – Brahim Boulifa, Marchés publics- dictionnaire thématique, volume 2, Berti éditions, Alger, 2013.

4 – Brahim Boulifa, Marchés publics manuel méthodologique, volume1 , 2eme éditions, Berti, Alger, 2016.

5 – Christophe Lajoie, droit des marchés publics, éditions Berti, paris, 2005.

6 – Flamme Maurice André, Traité théorique et pratique des marchés publics, tome 2, Bruylant, 1969.

- 7 - Khaled Aoudia, Mohamed Sallem, Mouloud Sabri, Guide de gestion des marchés publics, éditions, Du Sahel, Alger, 2000.
- 8 - Michel Villard, Yver Bachelot, Jean-Michel Romiro, Droit et pratique des marchés publics de travaux, éditions du Moniteur, Paris, 1981.
- 9 - Mohamed Tayeb Medjahed, contrat type des marchés publics, Houma éditions, Alger, 2007.
- 10 - Xavier Libert, Les modifications des marches publics en cours d'exécution, L'actualité Juridique du Droit Administratif, 1994.

3 - المصادر القانونية باللغة الفرنسية

- 1- Décret N° 76/87, du 21 Janvier 1976, approuvant le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics des travaux, modifié par décret n° 76/625, décret n° 81/99, décret n° 81/271, décret n° 91/472, et la dernière modification été le 02 Avril 2012.
- 2- Décret n° 2006/975, du 01/08/2006, portant code des marchés publics, complète et modifié par décret n° 2013/269 du 29/03/2013.

الأفريس

الصفحة

مقدمة.....أ-ط

الباب الأول: القواعد المنظمة للمركز القانوني للإدارة المتعاقدة 10

الفصل الأول: سلطات الإدارة الاستثنائية في تنفيذ الصفقة العمومية..... 11

المبحث الأول: سلطة الرقابة في تنفيذ الصفقة العمومية..... 12

المطلب الأول: الأحكام العامة لسلطة الرقابة..... 13.

الفرع الأول: مفهوم سلطة الرقابة..... 14.

الفرع الثاني: الأساس القانوني لسلطة الرقابة: 21

المطلب الثاني: وسائل الرقابة و ضوابط استعمالها..... 31 ...

الفرع الأول: وسائل الرقابة في تنفيذ الصفقة العمومية: 31

الفرع الثاني: ضوابط استعمال الرقابة: 34

المبحث الثاني: استعمال الإدارة لسلطة تعديل الصفقة العمومية..... 38

المطلب الأول: الأحكام العامة لسلطة تعديل شروط الصفقة العمومية..... 39

الفرع الأول: مفهوم سلطة التعديل..... 40

الفرع الثاني: شروط سلطة التعديل..... 58

المطلب الثاني: الأساس القانوني لسلطة التعديل و نطاقها..... 63

الفرع الأول: الأساس القانوني لحق الإدارة في تعديل شروط الصفقة العمومية..... 64

الفرع الثاني: نطاق سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للصفقة العمومية..... 68

72	المبحث الثالث: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية و إنهاء الصفقة.....
73	المطلب الأول: حق الإدارة في توقيع الجزاءات.....
81	الفرع الأول: الجزاءات المالية و غير المالية (ضاغطة).....
132	الفرع الثاني: الجزاءات الفاسخة.....
149	المطلب الثاني: سلطة الإدارة في إنهاء الصفقة العمومية.....
150	الفرع الأول: سلطة إنهاء الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة.....
153	الفرع الثاني: شروط ممارسة إنهاء الصفقة لدواعي المصلحة العامة.....
158	الفصل الثاني: التزامات الإدارة و الآثار المترتبة عن الإخلال بها.....
159	المبحث الأول: التزام المصلحة المتعاقدة في تنفيذ الصفقة العمومية.....
159	المطلب الأول: الالتزامات الفنية للإدارة.....
160	الفرع الأول: تمكين المتعاقد من المباشرة بتنفيذ التزاماته التعاقدية.....
171	الفرع الثاني: التزام الإدارة باحترام مدة تنفيذ الصفقة.....
174	المطلب الثاني: التزام الإدارة بمبدأ حسن النية في تنفيذ الصفقة.....
175	الفرع الأول: تنفيذ الصفقة العمومية طبقاً لما اشتملت عليه.....
178	الفرع الثاني: احترام الإدارة للشروط التعاقدية.....
199	المطلب الثالث: التزام الإدارة بتعويض المتعاقد معها.....
199	الفرع الأول: تعويض المتعاقد على أساس الخطأ.....
204	الفرع الثاني: تعويض المتعاقد دون خطأ.....
207	المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن إخلال الإدارة بالتزاماتها العقدية.....

- 207المطلب الأول: الطبيعة القانونية للجزاء الموقع على الإدارة و خصائصه.....
- 208الفرع الأول: الطبيعة القانونية للجزاء الموقع على الإدارة.....
- 209الفرع الثاني: خصائص الجزاء الموقع على الإدارة.....
- 211المطلب الثاني: أنواع الجزاءات.....
- 212الفرع الأول: التعويض.....
- 213الفرع الثاني: الفسخ.....
- 215الباب الثاني: القواعد المنظمة للمركز القانوني للمتعاقد المتعاقد.....
- 215الفصل الأول: حقوق المتعاقد المتعاقد في تنفيذ الصفقة العمومية.....
- 216المبحث الأول: الحق في الحصول على المقابل المالي.....
- 217المطلب الأول: الأشكال المتبعة للوفاء بالجانب المالي في الصفقات العمومية.....
- 218الفرع الأول: على أساس نظام الأقساط.....
- 234الفرع الثاني: على أساس التسوية على الرصيد.....
- 239المطلب الثاني: كيفية الوفاء بالمقابل المالي.....
- 240الفرع الأول: الوفاء بالجانب المالي حسب أنواع الأسعار.....
- 247الفرع الثاني: الوفاء بالجانب المالي حسب أصناف المتعاملين المتعاقدين.....
- 260المبحث الثاني: الحق في التوازن المالي للعقد.....
- 261المطلب الأول: نظرية فعل الأمير.....
- 261الفرع الأول: مفهوم نظرية فعل الأمير و صورها.....
- 268الفرع الثاني: شروط النظرية و الآثار المترتبة عنها.....

273	المطلب الثاني: نظرية الظروف الطارئة.....
274	الفرع الأول: مفهوم النظرية الطارئة.....
277	الفرع الثاني: شروط النظرية و الآثار المترتبة عنها.....
281	المطلب الثالث: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.....
282	الفرع الأول: التعريف بالنظرية و نشأتها.....
284	الفرع الثاني: : شروط النظرية و الآثار المترتبة عنها.....
287	الفصل الثاني: التزامات المتعامل المتعاقد في تنفيذ الصفقة العمومية.....
288	المبحث الأول : التزام بتقديم الضمانات.....
288	المطلب الأول: الإلزامية القانونية للضمانات.....
289	الفرع الأول: الطبيعة القانونية للضمانات.....
291	الفرع الثاني: خصائص للضمانات.....
292	المطلب الثاني: أصناف الضمانات.....
293	الفرع الأول: نظام الكفالة.....
307	الفرع الثاني: ضمانات مالية أخرى.....
311	المبحث الثاني: التزام المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية.....
311	المطلب الأول: التنفيذ الشخصي للصفقة العمومية.....
312	الفرع الأول: الاعتبار الشخصي في تنفيذ الصفقات العمومية.....
320	الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن الاعتبار الشخصي في التنفيذ.....
331	المطلب الثاني: وفاء المتعاقد بالتزاماته التعاقدية وفق الشروط المحددة في العقد... ..

331	الفرع الأول: تنفيذ الالتزام بطريقة سليمة وفق ما تمليه الشروط.....
335	الفرع الثاني: قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه بحسن نية.....
337	المبحث الثالث: التزام المتعاقد باحترام آجال التنفيذ و تسليم الصفقة.....
337	المطلب الأول: احترام آجال التنفيذ.....
338	الفرع الأول: مفهوم الآجال و كيفية تحديده.....
349	الفرع الثاني: تمديد آجال التنفيذ.....
356	المطلب الثاني: التزام المتعاقد بتسليم الصفقة.....
357	الفرع الأول: أدوات الاستلام.....
363	الفرع الثاني: : مراحل الاستلام.....
374	خاتمة.....
385	قائمة المراجع.....
411	الفهرس.....

الملخص بالعربية:

لتنفيذ مختلف المشاريع التنموية في إطار الصفقات العمومية، تتمتع الجهة الإدارية في مواجهة المتعاقد معها بامتيازات استثنائية و غير مألوفة تفرضها الطبيعة الذاتية للصفقات، و تبدأ هذه الامتيازات بسلطة الرقابة و التوجيه مروراً بسلطة تعديل شروط العقد و فرض الجزاءات على المتعاقد وصولاً لسلطة إنهاء العقد بإرادة منفردة.

و مقابل هذه الامتيازات السلطوية، خول التشريع الجزائري مجموعة من الحقوق لصالح المتعامل المتعاقد، يتعين على الإدارة الالتزام بها و احترامها و أي إخلال أو تقصير من جانبها يترتب مسؤوليتها التعاقدية.

Résumé (Français) :

La réalisation des différents projets de développement inscrits dans le cadre des marchés publics confère, au pouvoir adjudicateur, des prérogatives que ne peut posséder une personne privée dans le cadre de l'exécution d'un contrat. Ces prérogatives consistent en la possibilité de contrôler et modifier le contenu du marché d'une part, d'imposer des sanctions et de mettre fin à la relation contractuelle en procédant à la résiliation unilatérale du contrat.

D'autre part le législateur Algérien a admis, en contrepartie un ensemble de droits au profit du titulaire du marché ou tout manquement de la part du pouvoir adjudicateur engage sa responsabilité contractuelle.