وبهذه المثابة يبدو أن المشرع الجزائري قد حرص على كتابة عقود الصفقات العمومية، ولم يكتف بذلك فقط، وإنما ألزم المصلحة المتعاقدة بوجوب أن تتضمن تلك العقود بيانات جوهرية وأخرى تكميلية، الأمر الذي من شأنه حماية المصلحة العامة، وصيانة حقوق المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد على السواء.

القسم الثالث

تنفيذ الصفقات العمومية:

بعد الارساء النهائي للصفقة العمومية، تتولى المصلحة المتعاقدة إعداد ملف يحتوي على جميع الوثائق التي اشترطها المشرع[1] ، ثم تقوم بتقديمه إلى لجنة الصفقات العمومية المختصة من أجل مباشرة الرقابة الإدارية الخارجية عليها، والتي تتوج برفض التأشيرة أو منحها أو منح التأشيرة بتحفظات أو تأجيل استكمال المعلومات[2] ، فإذا تم منح التأشيرة من طرف لجنة الصفقات العمومية المختصة، والتزم بها المراقب المالي، وأمضيت من طرف مسؤول المصلحة المتعاقدة والمتعامل الحائز على الصفقة، دخلت الصفقة حيز التنفيذ، وترتب اثارها في مواجهة المتعامل المتعاقد (أولا) والمصلحة المتعاقدة(ثانيا) على السواء.

نتولى توضيح ذلك في ضوء أحكام الباب الأول من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السالف الذكر، فيما يأتي:

أولا-سلطات المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل الاقتصادي المتعاقد:

تتمتع المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها بسلطات وامتيازات لا مثيل لها في نطاق عقود القانون الخاص، ويمكن حصر أهمها في:

I-سلطة المصلحة المتعاقدة في الإشراف و الرقابة.

II-سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل الصفقة العمومية.

III-سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد.

---

(1) -المادة 95 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

(2) – المادة 195 من المصدر نفسه.

IV -سلطة المصلحة المتعاقدة في فسخ الصفقة العمومية.

V-سلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء الصفقة العمومية.

نتولى شرح كل منها فيما يلي:

I-سلطة المصلحة المتعاقدة في الإشراف و الرقابة :

يقصد بسلطة الإشراف تحقق المصلحة من أنّ المتعامل المتعاقد يقوم بتنفيذ التزاماته العقدية على النحو المتفق عليه في بنود الصفقة العمومية المبرمة معه، أمّا سلطة الرقابة فتتجلى في حق المصلحة المتعاقدة في التدخل لتنفيذ العقد وتوجيه الأعمال واختيار طريقة التنفيذ في حدود الشروط وضمن الكيفيات المتفق عليها في العقد[1].

و لا شك في أن حق المصلحة المتعاقدة في الرقابة و التوجيه يعد من أبرز الامتيازات المخولة لها، وهو حق مؤكد و ثابت حتى في حالة اغفال ذكره في بيانات الصفقة على اعتبار ان هذا الامتياز لا يجد أساسه في البنود التعاقدية و إنما يجده في مقتضيات سير المرافق العامة بانتظام و اضطراد و تحقيق المصلحة العامة، لذا تعتبر سلطة الإشراف و الرقابة من النظام العام[2]، فلا يمكن تجاوز مقتضياتها أو التنازل عنها من قبل المصلحة المتعاقدة أو الاتفاق على ما يخالفها[3]، و هو الأمر الذي أكده القضاء الإداري في فرنسا و مصر، معتبرا أن هذه السلطة تدخل في دائرة النصوص ذات الطبيعة التنظيمية التي لا يمكن المساس بها، و ليست في نطاق النصوص التعاقدية.

وتتجلى سلطة الإشراف والرقابة في عقود الأشغال في صورة أعمال قانونية تتخذها المصلحة المتعاقدة

المتعاقدة لضمان حسن سير المرفق العام كتوجيه التعليمات أو الأوامر المصلحية[4]، أو الإنذارات للمتعامل الاقتصادي المتعاقد، أو في صورة أعمال مادية كإرسال المصلحة المتعاقدة لمهندسين من أجل زيارة

---

(1)- عمار بوضياف، شرح قانون الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص200

(2) -نوفان العقيل العجارمة، المرجع السابق، ص 1055.

(3) – عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص 142.

(4) - Lajoye Christophe, Droit des marchés publics, Berti édition, Alger, 2007, p.172

مواقع العمل[1]، بقصد التأكد من تنفيذ المتعامل المتعاقد لبنود الصفقة العمومية بالشكل المتفق عليه، و في هذا الإطار يكون له الحق في مراقبة وفحص المواد المستعملة للاطمئنان إلى جودتها، أمّا في عقد التوريد فتبرز سلطة الرقابة و التوجيه من خلال حق الإدارة في رفض استلام المواد أو المعدات التي لا تنطبق عليها المواصفات المتفق عليها في الصفقة العمومية[2]، و فضلا عن ما سبق تظهر هذه السلطة في عقد الامتياز في صورة الرقابة التي تمارسها المصلحة المتعاقدة على نشاط المرفق محل عقد الامتياز في سبيل التأكد من احترام الملتزم لبنود الصفقة لاسيما فيما يتعلق بالرسوم.

مع ملاحظة أن هذه السلطة ليست مطلقة لأن إطلاقها قد يؤدي إلى تعسف المصلحة المتعاقدة ومبالغتها في استعمال هذا الامتياز بما قد يضر بالمتعامل المتعاقد[3]، فإذا كان من حق الإدارة الإشراف والرقابة، فإنه يشترط أن يتم ذلك على الوجه الصحيح، فإذا تبين للمتعامل المتعاقد أنها تعسفت في استعمال هذه السلطة فإنه يحق له الاعتراض على ذلك[4].

II-سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل الصفقة العمومية :

تعد سلطة التعديل أحد أهم السمات التي تميز الصفقات العمومية عن عقود القانون الخاص، فهي تتقرر للمصلحة المتعاقدة دون الحاجة إلى النص عليها[5]، ومقتضى هذه السلطة –حسب قضاء محكمة القضاء الإداري المصرية-أن " جهة الإدارة تملك من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة – وعلى خلاف المألوف في معاملات الأفراد فيما بينهم-حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها وبصورة لم تكن معروفة وقت

(1) -هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة" دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر، 1979، ص 190.

(2) – محمود أبو السعود، " سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، جمهورية مصر العربية، 1997، ص 200 وما بعدها.

(3) – سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، 1991، ص 478.

(4) – عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي، " القدرة القانونية للإدارة في تعديل العقد"، مجلة الحقوق، المجلد التاسع، العدد 16، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، 2006، ص 19.

(5) -محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998، ص 144؛

Flamme (Maurice André), Traité théorique et pratique des marchés publics, tome 02, Bruxelles, Bruylant, 1969, pp.178-179.

وقت إبرام العقد"[1]، وفي هذا الإطار يمكن للمصلحة المتعاقدة تغيير كمية المواد والأعمال أو الأشياء محل العقد، أو وسائل وطرق التنفيذ المتفق عليها، كما يحق لها أيضا تغيير مدة تنفيذ العقد، وذلك دون حاجتها إلى موافقة المتعاقد معها[2]، ولا يحق له الاحتجاج أو الاعتراض طالما كان التعديل ضمن الإطار العام للصفقة واستجوبته مقتضيات المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام[3].

و على أية حال من المفيد التنويه إلى أن سلطة الإدارة في تعديل الصفقة العمومية تتجلى من خلال الملحق[4]، لكن سلطتها في ذلك ليست مطلقة بل تمارس ضمن إطار محدد وضوابط دقيقة حددها المرسوم الرئاسي رقم15-247 السالف الذكر، و في هذا الصدد تنص المادة 8/136 منه على ما يأتي:" و مهما يكن من أمر، فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصفة أساسية على توازن الصفقة، ما عدا في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة أطراف الصفقة، و زيادة على ذلك، لا يمكن أن يغير الملحق موضوع الصفقة أو مداها"، و يفهم من مضمون نص هذه المادة أن تعديل الصفقة العمومية مقيد بتوافر شروط أهمها[5]:

1/ كتابة التعديل في ملحق: وهو وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة الأصلية أقرها القسم الخامس من الباب الأول من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الأمر الذي يفهم منه وجوب التزام المصلحة المتعاقدة بالكتابة في حالة ممارستها لسلطة تعديل الصفقة العمومية.

---

[1]– محمود حلمي، العقد الإداري، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1977، ص 51.

[2] – أنظر في هذا المعنى: أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر،1979، ص250 .

[3] – « L'Etat ayant concédé une ligne de tramways, le préfet tient-il de l'article 33 du règlement d'administration publique du 6 août 1881 le droit de prendre un arrêté imposant à la Compagnie concessionnaire, en ce qui touche le nombre et les heures de départ des trains, un service différent de celui qui avait été prévu par le cahier des charges ? - Rés. Aff. - sauf la faculté pour la Compagnie de demander une indemnité en réparation du préjudice qui lui aurait été causé par une aggravation ainsi apportée aux charges de l'exploitation », l'arrêt du Conseil d'État Compagnie générale française des tramways du 11 mars 1910, 16178, publié au recueil Lebon.

وأنظر أيضا: قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، المؤرخ في 16 ديسمبر 1989، ملف رقم 65145، قضية ع.ط ضد/ والي قالمة، المجلة القضائية الجزائرية، العدد الأول، 1991، ص 134.

[4] –محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص74 .

[5] –المرجع نفسه، ص 75.

2/عدم تأثير التعديل على توزان الصفقة العمومية: يؤثر تعديل الصفقة العمومية بصفة أساسية على توازن الصفقة، ما عدا في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف.

3/عدم تغيير موضوع الصفقة أو مداها: بمعنى أنه يجب ألا يؤدي تعديل الصفقة العمومية إلى المساس الجوهري بالصفقة العمومية[1].

III-سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد:

على اعتبار أن المصلحة المتعاقدة سلطة عامة، تملك كافة الصلاحيات التي تمكنها من ضمان حسن سير المرفق العام، فإنه يمكنها توقيع جزاءات على المتعامل الاقتصادي المتعاقد معها إذا ثبت إهماله أو تراخيه في تنفيذ الأحكام التعاقدية للصفقة.

وقد استقر رأي غالبية فقهاء القانون الإداري أن ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة توقيع الجزاءات لا يقتضي حصولها على سند قضائي[2]، كل ما في الأمر أنه كلما أدى الإخلال بالتزام تعاقدي إلى الإخلال بالمرفق العام كان من حق المصلحة المتعاقدة اتخاذ الجزاءات المناسبة في ساحة المتعامل المتعاقد دون اللجوء إلى القضاء.

مع ملاحظة أن هذه الجزاءات لا تتصف بطابع العقوبة الجزائية وإنما هدفها الأساسي هو كفالة سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وضمان تنفيذ الالتزامات الناشئة عن إبرام الصفقة العمومية، ويمكن تصنيف هذه الجزاءات إلى صنفين:

01-سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات المالية:

تتخذ الجزاءات المالية صورتين رئيسيتين تتمثلان في

أ-سلطة المصلحة المتعاقدة في فرض عقوبات مالية:

بداية يمكن التأكيد على أنه عادة ما تأخذ العقوبات المالية التي تفرضها المصلحة المتعاقدة صورة غرامة

---

[1]- عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني :النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية،2002 ، ص 218.

[2]- عادل عبد الرحمن خليل، المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، مطبعة الإيمان، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 1994، ص 304 وما بعدها.

مالية[1]، ولقد نص المشرع الجزائري صراحة على هذا الجزاء، وذلك بموجب نص المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر، حيث جاء فيها ما يأتي: "

" يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات المتعاقد عليها في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع ...

تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط...".

وهكذا يتضح أن المادة 147 أعلاه قد أشارت إلى حالتين، إذا ما توافرت إحداهما يحق للمصلحة المتعاقدة فرض عقوبات مالية على المتعامل المتعاقد، وهما:

- حالة عدم تنفيذ المتعامل المتعاقد للالتزامات التعاقدية في الأجل المتفق عليه[2].

- حالة التنفيذ غير المطابق لموضوع الصفقة العمومية.

ب-سلطة المصلحة المتعاقدة في مصادرة مبالغ الضمان:

تعتبر "الضمانات"' من أبرز المسائل التي أعطاها المشرع الأولوية الكبيرة، بدليل أنه خصص لها القسم الخامس من الباب الأول من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر، وفي هذا الإطار يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط، لاختيار المتعاملين معها و/أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة[3].

ولا شك في أن تنوع الضمانات التي يقدمها المتعاقد، من شأنها تمكين المصلحة المتعاقدة من توقيع جزاءات ذات طابع مالي عليه بمصادرة مبالغ تلك الضمانات وفقا للحدود المقررة، ومن أهمها:

---

(1) – Laurent Richer, les contrats administratifs, éd. Dalloz, Paris, 1991, p. 78.

(2) -وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية بقولها:" من المبادئ المسلمة في فقه القانون الإداري أن غرامات التأخير في العقود الإدارية مقررة ضمانا لتنفيذ العقود في المواعيد المتفق عليها، حرصا على حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد...."، حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، المؤرخ في 21 مارس 1970، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاما 1965-1980، الجزء الثاني، الهيئة العامة للكتاب، القاهرة، مصر، 1973، ص 1883.

(3) –المادة 124 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

- كفالة التعهد: نصت عليها المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر، حيث ألزمت المتعاملين الذين يشاركون في الصفقات العمومية للأشغال واللوازم التي تتجاوز على التوالي، تقديم كفالة تعهد تفوق واحدا بالمائة من مبلغ العرض، ويعد ذلك قرينة على جدية وحسن نية المتعامل الاقتصادي في المنافسة [1]، وعلى أية حال يجب أن يشار إلى ذلك الضمان في دفتر الشروط المتعلق بالصفقة المعنية.

و الملاحظ أن المشرع قد حدد الجهة التي تصدر هذه الكفالة، و المتمثلة في بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية إذا تعلق الأمر بالمتعاملين الوطنيين، و يختلف الأمر بالنسبة للمتعاملين الأجانب، حيث يتعين عليهم تقديم كفالة تعهد صادرة عن بنك خاضع للقانون الجزائري، إلى جانب ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى، و على أية حال ترد كفالة التعهد للمتعامل الحائز على الصفقة بعد وضع كفالة حسن التنفيذ، كما يمكن للمصلحة المتعاقدة مصادرتها دون اللجوء إلى القضاء، و ذلك في حالة اخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، و في هذا الصدد يقر بعض الفقهاء أن توقيع هذا الجزاء غير مشروط بتحقق الضرر[2] و لا يقتضي إثباته من طرف المصلحة المتعاقدة، كل ما في الأمر أنه يتعين على هذه الأخيرة ألا التعسف في استعمال سلطتها[3].

- كفالة رد التسبيقات: علاوة عن كفالة التعهد أشار المشرع إلى نوع آخر من الضمانات يسمى "كفالة رد التسبيقات" و هي كفالة يقدمها المتعامل المتعاقد مسبقا بقيمة معادلة بإرجاع كل مبلغ يدفع له قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، و بدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة، و يشترط أن تكون صادرة عن بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية بالنسبة للمتعاملين المتعاقدين الوطنيين، بينما يجب أن تصدر عن بنك خاضع للقانون الجزائري و أن يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى إذا تعلق الأمر بالمتعاملين المتعاقدين الأجانب[4].

---

[1] -سهام بن دعاس، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة عنابة، 2005، ص 103.

[2] -وهذا ما أقرته صراحة محكمة النقض المصرية في قرارها المؤرخ في 30 أفريل 1964، والذي جاء في حيثياته:" إن مصادرة التأمين المنصوص عليه في العقد تعتبر من الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد إذا قصر في تنفيذ التزاماته، حتى ولو لم تلحقها أية أضرار جراء هذا الإخلال": هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص 124.

[3] -مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز للعقد الإداري في العقود الادارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 203 وما بعدها.

[4] -المادة 110 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

- <u>كفالة حسن تنفيذ الصفقة</u>: تعد من أبرز الضمانات التي شدد المشرع على ضرورة تقديمها من طرف المتعاملين المتعاقدين الوطنيين و الأجانب على السواء، يحدد مبلغها كأصل عام بنسبة لا تقل عن خمسة في المائة (05) و لا تقل عن عشرة بالمائة (10) من مبلغ الصفقة العمومية، و ذلك حسب طبيعة و أهمية الخدمات الواجب تنفيذها، هذا، و يخفض مبلغها إلى نسب تتراوح بين واحد في المائة (01) و خمسة في المائة (05) من مبلغ الصفقة إذا تعلق الأمر بالصفقات العمومية التي لا تبلغ الحدود المنصوص عليها في المطات من 1 إلى 4 من المادة 184 من هذا المرسوم[1].

ولا تفوتنا الإشارة إلى أنه يمكن تعويض كفالة حسن التنفيذ باقتطاعات حسن التنفيذ فيما يتعلق بصفقات الدراسات والخدمات المذكورة في الفقرة الثانية من نص المادة 130 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر، عندما ينص دفتر شروط الدعوة إلى المنافسة على ذلك، كما يمكن أن يعفى المتعامل المتعاقد من تقديمها فيما يخص بعض الصفقات العمومية المشار إليه في الفقرات 2 و3 و4 من المادة نفسها، والفقرة السادسة من المادة 133 من المرسوم نفسه.

- <u>كفالة الضمان</u>: الواقع أن هذه الكفالة تتعلق بالصفقات التي تنص على أجل ضمان، حيث تتحول كفالة حسن التنفيذ عند التسليم المؤقت إلى كفالة ضمان، كما يمكن أن يتحول اقتطاع حسن التنفيذ المشار إليه سابقا إلى اقتطاع ضمان بحسب الأحوال[2] .

ويسترجع المتعامل المتعاقد هذه الكفالة كليا خلال أجل شهر، يحتسب ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة العمومية، حسب ما تنص عليه المادة 134 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الســـالف الذكر، حيث

---

[1] – والمتمثلة في:"- كل مشروع دفتر شروط أو صفقة أشغال عامة يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، مليار سنتيم (1.000000000 دج)، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، إذا كان المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق يتجاوز زيادة أو نقصانا نسبة 10 في المائة من المبلغ الأصلي للصفقة.

- دفتر شروط أو صفقة لوازم يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، ثلاثمائة مليون سنتيم (3.000.000.000 دج)، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة إذا كان المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق يتجاوز زيادة أو نقصانا نسبة 10 في المائة من المبلغ الأصلي للصفقة.

- دفتر شروط أو صفقة خدمات يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة مائتي مليون دينار (200.000.000 دج)، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، إذا كان المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق يتجاوز زيادة أو نقصانا نسبة 10 في المائة من المبلغ الأصلي للصفقة.

- دفتر شروط أو صفقة دراسات يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة مائة مليون دينار (100.000.000 دج)، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، إذا كان المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق يتجاوز زيادة أو نقصانا نسبة 10 في المائة من المبلغ الأصلي للصفقة".

[2] -المادة 06/133 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

جاء فيها:" تسترجع كفالة الضمان المذكورة في المادة 131 أعلاه، أو اقتطاعات الضمان المذكورة في المادتين 132 و133 أعلاه، كليا، في مدة شهر واحد، ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة".

وفي جميع الأحوال تحرر الكفالات السابق ذكرها حسب نموذج يحدد بقرار من الوزير المكلف بالمالية، وتتخذ صورة مبالغ مالية يضعها المتعاقد تحت يد المصلحة المتعاقدة بواسطة بنك مختص، حتى تمارس عن طريقها الجزاء المالي عليه، وذلك ضمن الشروط والحدود التي أقرها القانون.

02-سلطة المصلحة المتعاقدة في اتخاذ تدابير قسرية ضد المتعاقد معها:

بالإضافة إلى سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع عقوبات مالية على المتعامل الاقتصادي المتعاقد، يمكنها أيضا أن تتخذ ضده تدابير قسرية أو ما يطلق عليها " وسائل الضغط" متى قصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، و عادة ما يتم ذلك من خلال حلولها محله من أجل تنفيذ التزاماته أو تكليف أحد المتعاملين الاقتصاديين الاخرين بتنفيذها على حساب المتعامل المتعاقد المقصر و تحت مسؤوليته[1]، مع الإبقاء على العلاقة التعاقدية قائمة معه و منتجة لآثارها[2]، على اعتبار ان هذا الاجراء وسيلة في يد المصلحة المتعاقدة تستهدف من ورائه ضمان حسن سير المرفق العام[3].

وبتفحص أحكام قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام يبدو أن المشرع الجزائري قد سلك المسلك ذاته الذي كرسه في المراسيم الرئاسية السابقة المتعلقة بقانون الصفقات العمومية، حيث أنه لم ينص صراحة على حق ممارسة المصلحة المتعاقدة لهذا الامتياز ما عدا إشارته في صلب المادة 2/142 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر إلى سلطة المصلحة المتعاقدة في اتخاذ " تدابير قسرية" ضد المتعامل المتعاقد الذي لا يمتثل لإعذار المصلحة المتعاقدة بسبب منحه تنفيذ جزء من الصفقة لمناول غير مصرح به.

غير أنه بالرجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد

---

(1) –قرار المحكمة الإدارية العليا في مصر، المؤرخ في 16 ديسمبر 1962، مجموعة السنة العاشرة، رقم 34، ص 313.

(2) –مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص 204.

(3) –سعيد عبد الرزاق با خبيرة، المرجع السابق، ص 73.

تجديد البناء و الأشغال العمومية و النقل[1] يبدو أن بنوده قد أقرت صراحة سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع " تدابير قسرية" إذا لم يتقيد المتعامل الاقتصادي المتعاقد -بعد اعذاره -بشروط الصفقة أو بأوامر المصلحة التي يتلقاها من مهندس الدائرة أو المهندس المعماري، و في السياق نفسه تضيف الفقرة الخامسة من المادة 35 من هذا الدفتر ما يلي: " و على كل حال يرفع الأمر... إلى الوزير الذي يمكنه تبعا للظروف أن يأمر بإعادة اجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف أو بفسخ الصفقة دون قيد أو بمتابعة النظام المباشر بالإدارة".

ويفهم من ذلك أن سلطة المصلحة المتعاقدة في استعمال "التدابير القسرية" ليست مطلقة، وإنما مقيدة بشروط، تتمثل أساسا في:

أ-إخلال المتعامل المتعاقد بالشروط التعاقدية للصفقة إخلالا جسيما [2]: ويتحقق ذلك على وجه الخصوص في الحالات التالية:

- حالة التأخر غير المعقول في تنفيذ موضوع الصفقة تنفيذا كاملا: بسبب امتناع المتعامل المتعاقد عن التنفيذ أو التراخي في ذلك.

- حالة التنفيذ غير المطابق لها لموضوع الصفقة العمومية: من خلال مخالفة الشروط المنصوص عليها صراحة في دفتر الشروط المتعلق بالصفقة.

- حالة التنازل عن تنفيذ موضوع الصفقة لمتعامل اقتصادي آخر: دون التقيد بالشروط المقررة لذلك، فإذا كان الأصل أن تنفيذ الصفقات العمومية يتم شخصيا من طرف المتعامل المتعاقد الحائز على الصفقة، فإن ذلك لا يحول دون اللجوء إلى التعاقد الثانوي أو من الباطن، و الملاحظ في هذا الصدد أن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر قد أجاز لجوء المتعامل المتعاقد إلى المناولة من أجل منح تنفيذ جزء من الصفقة لمناول بواسطة عقد مناولة حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 143 من هذا

(1) -دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، السنة الثانية، العدد الثاني، المؤرخة في 19 يناير 1964.

(2) -هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص 183.

المرسوم [1]، وإلا أمكن للمصلحة المتعاقدة اتخاذ تدابير قسرية ضده من أجل تدارك الوضع.

ب-عدم امتثال المتعامل المتعاقد لأوامر وتوجيهات المصلحة المتعاقدة.

جـ-إعذار المصلحة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد: حتى يتخذ الإجراءات اللازمة لتدارك الوضع قبل اللجوء إلى التدابير القسرية[2].

والجدير بالذكر أن لجوء المصلحة المتعاقدة إلى "التدابير القسرية" يعد من أبرز الضغوط التي قد تستخدمها ضد المتعاقد معها، على اعتبار أن الزيادات الحاصلة في النفقات الناجمة عن هذه التدابير يجري اقتطاعها من المبالغ التي يستحقها المتعاقد، أما إذا انخفضت النفقات فلا يحق له المطالبة بقيمتها باعتبارها حقا مكتسبا للمصلحة المتعاقدة[3].

IV -سلطة المصلحة المتعاقدة في فسخ الصفقة العمومية :

يستهدف هذا الامتياز المخوّل للمصلحة المتعاقدة إنهاء الرابطة التعاقدية وقطع العلاقة بينها وبين المتعامل الاقتصادي المتعاقد، وهو من أشد الجزاءات، لذا يؤكد الفقهاء على أهمية تجنب توقيعه ما عدا في بعض الحالات التي تتخذ وصف " المخالفات الجسيمة للالتزامات التعاقدية"، بما يعرقل حسن سير المرفق العام.

---

(1) -تنص المادة 143 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر، على ما يأتي: " يمكن اللجوء إلى المناولة ضمن الشروط التالية:

- يجب أن يحدد صراحة المجال الرئيسي لتدخل المناولة، بالرجوع إلى بعض المهام الأساسية التي يجب أن تنفذ من طرف المتعامل المتعاقد، في دفتر الشروط إن أمكن ذلك وفي الصفقة. ويمكن التصريح بالمناول في العرض أو أثناء تنفيذ الصفقة، ويتم التصريح بالمناول أثناء تنفيذ الصفقة وقبول شروطه المتعلقة بالدفع طبقا للنموذج الذي يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية،

- ينبغي أن يحظى اختيار المناول وشروطه المتعلقة بالدفع من طرف المتعامل المتعاقد، وجوبا، بموافقة المصلحة المتعاقدة مقدما وكتابيا، مع مراعاة أحكام المادة 75 من هذا المرسوم، وذلك بعد التأكد من قدراته المهنية والتقنية والمالية، ويقبض المناول المعتمد وفق الشروط المذكورة سابقا، مستحقاته مباشرة من المصلحة المتعاقدة، بعنوان الخدمات المنصوص عليها في الصفقة التي تكفل بتنفيذها، حسب كيفيات تحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية،

- تسلم وجوبا نسخة من عقد المناولة للمصلحة المتعاقدة من طرف المتعامل المتعاقد،

- يجب أن يحدد في عرض المتعهد المعني مبلغ الحصة القابلة للتحويل الموافق للخدمات التي تقدمها المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري في إطار المناولة".

(2) -وعلى أية حال يحدد الوزير المكلف بالمالية بموجب قرار، البيانات الواجب إدراجها في الاعذار، وكذا آجال نشره في شكل إعلانات قانونية، لتفاصيل أكثر بشأن الشروط الشكلية للإعذار وطريقة تبليغه راجع: المادتين الثالثة والرابعة على التوالي من قرار الوزير المكلف بالمالية المؤرخ في 28 مارس 2011، ص 22.

(3) -المادة 7/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، السالف الذكر.

وبالعودة إلى أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر يبدو أن الفسخ يأخذ صورتين رئيسيتين هما:

01-سلطة المصلحة المتعاقدة في الفسخ الإداري الانفرادي للصفقة العمومية:

بمقتضاه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تضع حدا للعلاقة التعاقدية التي تربطها بالمتعامل المتعاقد بإرادتها المنفردة ودون حاجة لرضا المتعامل المتعاقد أو اللجوء إلى القضاء للحصول على قرار قضائي يتيح لها ذلك، وبالنظر إلى خطورة هذا الاجراء فقد تكفل المشرع بتنظيمه ضمن القسم العاشر من الباب الأول من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث تنص المادة 149 منه على ما يأتي:

" إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد.

وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة".

ويفهم من مضمون هذه المادة أن المشرع قد مكن المصلحة المتعاقدة من ممارسة سلطتها في فسخ الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة، وذلك خروجا عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين المعروفة في عقود القانون الخاص، غير أن سلطتها في هذا الإطار مقيدة وليست مطلقة، على اعتبار أن المشرع قد حدد شروط اللجوء إلى هذا الإجراء. وتتمثل شروط لجوء المصلحة المتعاقدة إلى الفسخ الإداري الانفرادي فيما يأتي:

أ-عدم تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته: ويفهم من تعبير المادة 149 أعلاه أن المشرع فسح المجال واسعا أمام المصلحة المتعاقدة من أجل تقدير ما إذا كان إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته يدخل في دائرة التقصير المبرر للفسخ أم لا، وكان حريا بالمشرع تحديد حالات الفسخ الإداري الانفرادي تحديدا دقيقا نافيا للجهالة [1]، باعتبار أن منح اليد الطولى للمصلحة المتعاقدة قد يؤدي إلى تعسفها في حق المتعامل المتعاقد، وفي هذا السياق يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى الفسخ في الظروف التالية:

---

(1) -مع ملاحظة أن بعض مواد دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل السالف الذكر، قد حددت الحالات المبررة للفسخ من جانب واحد، لاسيما المواد 11 و12 و18 منه.

- وفاة المتعامل المتعاقد، ما عدا في حالة وجود وارثين يمكنهم مواصلة تنفيذ الصفقة.

- حل الشركة أو تصفيتها قضائيا أو إفلاسها.

- تعذر تنفيذ موضوع الصفقة.

- ثبوت حالة من حالات الفساد في الصفقة موضع التنفيذ[1].

ب-إعذار المصلحة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد المقصر: على أن يحدد هذا الإعذار المدة الزمنية التي يتعين على المتعامل المتعاقد أن يتدارك خلالها تقصيره تحت طائلة فسخ الصفقة من جانب واحد، وفي هذا الإطار أشارت الفقرة الثالثة من المادة 149 المذكورة سابقا، إلى أن البيانات الواجب إدراجها في الإعلان وكذا آجال نشره في شكل إعلانات قانونية، يتم تحديدها بموجب قرار صادر عن الوزير المكلف بالمالية.

ج-تأكد المصلحة المتعاقدة من عدم تدارك المتعامل المتعاقد للخطأ المنسوب إليه: في المدة المحددة بالإعذار والمقررة بموجب قرار صادر عن الوزير المكلف بالمالية.

وعلى أية حال لا يحق للمتعامل المتعاقد الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة، عند تطبيقها البنود التعاقدية للضمان، والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها، وقد تشدد المشرع الجزائري أكثر عندما حمل – لأول مرة-المتعامل المتعاقد المقصر تبعة التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة العمومية الجديدة التي تبرمها المصلحة المتعاقدة مع متعامل اقتصادي آخر[2]، وذلك بصريح نص المادة 01/152 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السالف الذكر.

02-سلطة المصلحة المتعاقدة في اللجوء إلى الفسخ الاتفاقي للصفقة:

على خلاف الفسخ الانفرادي الذي يتم من جانب واحد، أقر المشرع الجزائري إمكانية لجوء أطراف

---

(1)-تجدر الإشارة إلى أن هناك صنف ثالث من الفسخ يمكن أن نطلق عليه تسمية " الفسخ القانوني"، و هذا ما يستفاد من خلال تفحص بعض أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر، فقد جاء على سبيل المثال لا الحصر في نص المادة 89 منه ما يلي:" دون الإخلال بالمتابعات الجزائية، كل من يقوم بأفعال أو مناورات ترمي على تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص،/ بصفة مباشرة أو غير مباشرة، إما لنفسه أو لكيان اخر، مكافأة أو امتياز مهما كانت طبيعته، بمناسبة تحضير صفقة عمومية أو ملحق أو إبرامه أو مراقبته أو التفاوض بشأن ذلك أو تنفيذه، من شأنه أن يشكل سببا كافيا لاتخاذ أي تدبير ردعي، لاسيما فسخ أو إلغاء الصفقة العمومية أو الملحق المعني ...".

(2)- Ounissi Layachi, op.cit., p.10.

أطراف الصفقة العمومية إلى الفسخ الاتفاقي، عندما يكون مبررا بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد، وفي هذه الحالة يوقع الطرفان وثيقة الفسخ التي يجب أن تنص على تقديم الحسابات المعدة تبعا للأشغال المنجزة والأشغال الباقي تنفيذها، إلى جانب تطبيق مجموع بنود الصفقة بصفة عامة، مع ملاحظة أن هذا الامتياز مقرر لحماية المصلحة العامة، الأمر الذي يمنح المصلحة المتعاقدة حق مباشرته حتى ولو لم يتم النص عليه في دفتر الشروط الذي يحكم الصفقة[1].

V-سلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء الصفقة العمومية :

فضلا عن سلطة المصلحة المتعاقدة في فسخ العقد بإرادتها المنفردة في حالة تقصير المتعامل المتعاقد أو بالاتفاق معه في حالة وجود ظروف مبررة، أتاح لها المشرع سلطة إنهاء العقد من جانب واحد حتى في حالة عدم ارتكاب المتعامل المتعاقد لأي خطأ تعاقدي، يكفي فقط أن يكون اللجوء إلى هذا الإجراء مبررا بسبب المصلحة العامة[2].

و هذا ما أقرته صراحة المادة 150 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بنصها على أنه:" يمكن المصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، عندما يكون مبررا بسبب المصلحة العامة، حتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد"، والملاحظ من خلال ما جاء في هذه المادة أن المشرع لا يفرق بين مصطلح " الفسخ" و مصطلح " الإنهاء" على الرغم من الفرق الواسع بينهما، على اعتبار أن الأول يتم اللجوء إليه في حالة إخلال أحد أطراف العلاقة العقدية بالتزاماته التعاقدية، بينما يتم إعمال الثاني في حالة ارتكاب أي خطأ أصلا، و ذلك متى قدرت المصلحة المتعاقدة أن المصلحة العامة تقتضي ذلك.

ومن المفيد التنويه إلى أن غالبية الفقهاء يؤكدون أن استخدام المصلحة المتعاقدة لسلطة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة وبدون خطأ من المتعامل المتعاقد معها، يمنح هذا الأخير حق مطالبتها بالتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة إنهاء الصفقة، وعلاوة عن ذلك يستطيع المطالبة بالتعويض عما فاته من كسب[3].

---

[1]– محمود أبو السعود، المرجع السابق، ص 216.

[2]– لعور بدرة، المرجع السابق، ص 28 وما بعدها.

[3]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ص 135.

وفي جميع الحالات السابقة تعتبر السلطات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة من النظام العام، لا يمكنها التنازل عنها أو الاتفاق مع المتعامل المتعاقد بما يخالف مقتضياتها، على اعتبار أنها امتيازات لم تقرر لمصلحة الإدارة في حد ذاتها، وإنما منحت لها من أجل حماية المصلحة العامة، وضمان حسن سير المرافق العام.

ثانيا-<u>حقوق المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة:</u>

الواقع أن حقوق المتعامل المتعاقد هي التزامات تقع على عاتق المصلحة المتعاقدة، ويحددها صراحة عقد الصفقة العمومية الذي يربطهما، وعلاوة عن ذلك قد تجد تلك الحقوق أساسها في النظرية العامة للعقود الإدارية، وبالنظر إلى أهميتها فإن ذلك يدعونا إلى تفصيل أبرزها فيما يأتي:

I- حق المتعامل المتعاقد في المقابل المالي.

II- حق المتعامل المتعاقد في اقتضاء التعويضات.

III- حق المتعامل المتعاقد في إعادة التوازن المالي للصفقة.

نتولى شرح كل منها فيما يلي:

I- <u>حق المتعامل المتعاقد في المقابل المالي</u> :

لا شك في أن تنفيذ المتعامل المتعاقد لموضوع الصفقة على الوجه المرغوب فيه، يقتضي حصوله على المقابل المالي من أجل تغطية الأعباء المالية لتنفيذ الصفقة والحصول على الأرباح المشروعة المحققة[1].

ويأخذ المقابل المالي أشكالا متعددة بحسب نوع وطبيعة الصفقة العمومية، فقد يكون في شكل رسوم محددة مسبقا كما في عقد الامتياز مثلا، كما قد يأخذ شكل ثمن محدد مسبقا كما في عقد التوريد أو الأشغال العامة أو الخدمات أو الدراسات.

01-<u>تحيين المقابل المالي ومراجعته:</u>

بالنظر إلى أهمية المقابل المالي[2]، فإنه يدخـل في نطاق البنود التعاقـــدية التي لا تقبل المراجعة

---

[1] – وفي هذا السياق تنص المادة 28 من دفتر الشروط الإدارية العامة السالف الذكر أن الأسعار تشمل الربح وكذا جميع الحقوق والضرائب والأداءات والنفقات العامة، والنفقات غير الرسمية، وبصورة عامة جميع المصروفات الحادثة كنتيجة ضرورية ومباشرة للشغل.

[2] محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، مصر 2000، ص214 .

أو التحيين إلا برضا المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة على السواء، وبالتالي لا يمكن لهذه الأخيرة تغييره بإرادتها المنفردة وإنما يتعين عليها التفاوض مع المتعاقد معها إن أرادت ذلك، كما لا يحق للمتعاقد التمسك بأية حجة للرجوع في أسعار الصفقة التي اتفق بذاته عليها، غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة، إذ يمكن تحيين الثمن أو مراجعته بناء على تحيين الأسعار أو مراجعتها[1].

أ-تحيين الأسعار:

يمكن للمتعامل المتعاقد المطالبة بتحيين الأسعار متى نص دفتر الشروط على هذا الحق، لكن ذلك مقيد بمدى توافر إحدى الحالات التالية:

- إذا كان يفصل بين التاريخ المحدد لإيداع العروض وتاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة، أجل يفوق مدة تحضير العرض زائد ثلاثة (03) أشهر.

-يمكن اللجوء إلى تحيين الأسعار في حالة ما إذا تطلبت الظروف الاقتصادية ذلك، ما عدا الصفقات المبرمة عن طريق التراضي التي لا يمكن أن تكون محلا لتحيين الأسعار.

-تجاوز مدة صلاحية العروض يعطي للمتعهد الحق في تحيين الأسعار حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 100 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

ب-مراجعة الأسعار:

علاوة عن تحيين الأسعار أقر المشرع الجزائري إمكانية مراجعة أطراف الصفقة العمومية لأسعار الصفقة إذا كان السعر قابلا للمراجعة، على أن تحدد الصفقة صيغة أو صيغ مراجعته، وكيفيات تطبيق هذه الصيغة أو الصيغ الخاصة بالمراجعة[2]، وعلاوة عن ذلك يتعين أن تتم مراجعة الأسعار في إطار الشروط التالية:

أ-يجب أن تتم مراجعة الأسعار في الحالات التي يجيزها القانون.

ب-تنحصر مراجعة الأسعار على الخدمات المنفذة فعلا حسب شروط الصفقة.

---

[1] -المادة 42 من دفتر الشروط الإدارية العامة، السالف الذكر.

[2] – لعور بدرة، المرجع السابق، ص 28.

ج-لا تتعلق مراجعة الأسعار بصفقات مبرمة بأسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة.

د-يجب أن تراعى في صيغ مراجعة الأسعار الأهمية المتعلقة بطبيعة كل خدمة في الصفقة من خلال تطبيق معاملات وأرقام استدلالية تخص "المواد" و " الأجور" و " العتاد".

هـ-يجب أن تطبق بنود مراجعة الأسعار مرة واحدة كل ثلاثة (3) أشهر ما عدا في حالة اتفاق مشترك بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد على تحديد فترة تطبيق أطول.

02-<u>كيفيات تحديد المقابل المالي</u>:

بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر يتضح أنه قد حدد صراحة كيفيات دفع أجر المتعامل المتعاقد، حيث جاء فيها ما يلي: " يدفع أجر المتعامل المتعاقد وفق الكيفيات الاتية[1]:

- بالسعر الإجمالي والجزافي.
- بناء على قائمة سعر الوحدة.
- بناء على النفقات المراقبة.
- بسعر مختلط.

ويفهم من ذلك أن المشرع قد منح للمصلحة المتعاقدة عدة خيارات في تحديد الكيفية المناسبة لدفع المقابل المالي، أخذا بعين الاعتبار نوع وطبيعة موضوع كل صفقة عمومية[2]:

أ-<u>الدفع بالسعر الإجمالي والجزافي</u>: فقد يتم الدفع بناء على ثمن يحدد جملة ومسبقا لمجموع الخدمات التي يؤديها المتعامل الاقتصادي، من غير تفاصيل توزيع الثمن ودون تحديد كل جزء منه لنوع معين من الخدمات موضوع الصفقة العمومية.

ب-<u>الدفع بناء على قائمة سعر الوحدة</u>: قد يتم الدفع بناء على قائمة أسعار الوحدات وفي هذا الأسلوب

---

(1) -المادة 96 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

(2)– نصيرة بلحاج، المرجع السابق، ص 5 وما بعدها.

يحدد الثمن النهائي للصفقة بعد تقديم الخدمات[1]، وذلك إما بتحديد ثمن لكل نوع من الخدمات التي سيؤديها المتعامل المتعاقد دون تحديد لكميتها أو تعيين حجمها وهو ما يطلق عليه تسمية تحديد الثمن على أساس الجدول، وإما يتم تحديد ثمن لكل نوع من الخدمات التي سيؤديها المتعامل المتعاقد مع تحديد حجم وكمية الخدمات المطلوب تأديتها وهو ما يسمى تحديد الثمن على أساس التسلسل[2].

ج-الدفع بناء على النفقات المراقبة:

يحدد المقابل المالي -وفقا لهذا الأسلوب-بعد انتهاء المتعامل المتعاقد من تنفيذ الخدمات المطلوبة في دفتر الشروط، وذلك بناء على الوثائق والكشوف التي يقدمها للمصلحة المتعاقدة، والمتعلقة بالأعباء المالية التي تحملها لقاء تنفيذ موضوع الصفقة إلى جانب الأرباح المشروعة التي يتحصل عليها.

وإذا كان المقابل المالي في هذا الأسلوب لا يحدد عند إبرام الصفقة، فإن ذلك لا ينفي ضرورة معايير المراقبة مسبقا وكيفيات حساب نفقات المراقبة[3]، وهو الأمر الذي أكدت عليه المادة 106 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر، إذ نصت على أنه يجب أن تبين الصفقة التي تؤخذ خدماتها في شكل نفقات مراقبة، طبيعة مختلف العناصر التي تساعد على تحديد السعر الواجب دفعه، وكيفية حسابها وقيمتها.

د-الدفع بسعر مختلط:

وبموجب هذا الأسلوب يمكن للمصلحة المتعاقدة مزج كيفيتين أو أكثر من الكيفيات المشار إليها أعلاه، في سبيل تحديد المقابل المالي المستحق للمتعامل المتعاقد، وعلى أية حال يجوز للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى هذا الأسلوب متى قدرت أهميته بشأن الصفقة العمومية محل التنفيذ.

---

(1) -وفي هذا المعنى تنص المادة 2/38 "من المصدر نفسه على أن:"

2-الصفقة التي تتضمن عدة أسعار أو جدول أسعار،

أ-يعد الحساب طبقا لمقادير الأشغال المنجزة فعليا والواقعة مشاهدة رسميا وفقا لنص المادة 39 التالية، ولأسعار الوحدات المبينة في النشرة أو الجدول والمعدلة عند الاقتضاء طبقا لشروط مراجعة الأسعار التي يمكن أن تتطلبها الصفقة والتابعة عند اللزوم للتخفيض أو الإضافة الواردة في المشاركة...".

(2) -تنص المادة الأولى فقرة ب من دفتر الشروط الإدارة العامة على ما يلي: " إن صفقات أسعار الوحدات هي الصفقات التي يجرى تسديدها على أسعار الوحدات وفقا للمقادير المنفذة فعليا ويجوز بصورة خاصة إعداد أسعار الوحدات على الصفقة المعتبرة (الجدول) أو إعدادها على أسعار النشرة المتداولة (المتسلسلة)...".

(3) - SABRI Mohamed, AOUDIA Khaled, LALLEM Mohamed, Guide de gestion des marchés publics, édition de Sahel, 2000, p.69.

ومن المفيد التنويه إلى أن المشرع الجزائري قد ترك للمصلحة المتعاقدة السلطة التقديرية من أجل تحديد الطريقة المثلى لدفع المقابل المالي للمتعامل الاقتصادي المتعاقد معها، بما يتناسب مع نوع وطبيعة موضوع كل صفقة عمومية.

03-كيفيات دفع المقابل المالي:

الأصل أن يحصل المتعامل المتعاقد على المقابل المالي بعد التنفيذ التام و المرضي لموضوع الصفقة العمومية(1)، و بالتالي فإن المصلحة المتعاقدة غير ملزمة بدفعه قبل ذلك، ما عدا في حالة تقديم المتعامل المتعاقد لطلب يلتمس من خلاله الحصول على جزء أو أجزاء من المبلغ الكلي للصفقة حتى قبل انهاء تنفيذها، و هذا ما أقره المشرع الجزائري و أيده غالبية فقهاء القانون الإداري، و لا غرابة في ذلك على اعتبار أن مقتضيات ضمان حسن سير المرافق العامة تستدعي ذلك، فإذا كان تنفيذ الكثير من الصفقات العمومية يتطلب أعباء مالية ضخمة، فإن ذلك قد يثقل كاهل المتعامل المتعاقد، مما يؤدي إلى تجنب المتعاملين الاقتصاديين للتعاقد مع الأشخاص المعنوية العامة، لذا من الأهمية بمكان إفادتهم من أقساط على أن تنتقص من المبلغ الإجمالي للصفقة.

وبالرجوع إلى المادة 108 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر(2) يتضح أن المصلحة المتعاقدة تتبع في دفع المقابل المالي الكيفيات التالية:

أ- التسبيقات: يعرفها البعض(3) على أنها مبلغ يدفع قبل أداء الخدمة محل العقد و بدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة، و على أية حال لا يتم دفع التسبيق إلا في حالة الصفقات العمومية التي يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة اثني عشر مليون دينار (12.000.000 دج) أو يقل عنه للأشغال أو اللوازم، و ستة ملايين دينار (6.000.000 دج) للدراسات أو الخدمات، و علاوة عن ذلك يشترط تقديم المتعامل الاقتصادي المتعاقد لكفالة بقيمة معادلة بإرجاع كل مبلغ يدفع له قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، و بدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة، و يشترط أن تكون صادرة عن بنك خاضع للقانون الجـزائـري

---

(1) -ناصر لباد، القانون الإداري، ج2: النشاط الإداري، ط 1، لباد éditeur، سطيف، الجزائر، 2004، ص 443.

(2) -تنص الفقرة الأولى من نص المادة 108 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر، على ما يأتي: "تتم التسوية المالية للصفقة بدفع التسبيقات و/أو الدفع على الحساب، وبالتسويات على رصيد الحساب".

(3) - Yves Gaudemet, Traité de droit administratif. Tome 1, Droit administratif général, 16ème édition, L.G.D.J-DELTA, Paris, 2002,p.707.

أو من صندوق ضمان الصفقات العمومية[1]، هذا بالنسبة للمتعاملين المتعاقدين الوطنيين، بينما يجب أن تصدر عن بنك خاضع للقانون الجزائري وأن يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى إذا تعلق الأمر بالمتعاملين المتعاقدين الأجانب[2]، وتأخذ التسبيقات صورتين هما:

- تسبيقات جزافية: و هي مبالغ تدفعها المصلحة المتعاقدة للمتعامل الاقتصادي المتعاقد قبل تنفيذه لموضوعها، على ألا يتجاوز مبلغها قيمة أقصاها 15 بالمائة من السعر الأولي للصفقة العمومية[3]، و يتم ذلك مرة واحدة أو في شكل أقساط تنص الصفقة على فتراتها الزمنية[4]، مع ملاحظة أن المشرع قد رخص للمصلحة المتعاقدة أن تقدم استثنائيا تسبيقا جزافيا يفوق هذه النسبة، إذا كان يترتب على رفضها قواعد الدفع و/أو التمويل المقررة على الصعيد الدولي ضرر أكيد بهذه المصلحة بمناسبة التفاوض على صفقة، شريطة الموافقة الصريحة من الوزير الوصي أو مسؤول الهيئة العمومية أو الوالي، على أن تمنح هذه الموافقة بعد استشارة لجنة الصفقات العمومية المختصة.

- تسبيقات على التموين: إذ علاوة عن التسبيقات الجزافية يمكن لأصحاب صفقات عمومية للأشغال واللوازم أن يحصلوا على تسبيقات على التموين متى أثبتوا حيازتهم عقودا أو طلبات مؤكدة للمواد أو المنتوجات الضرورية لتنفيذ الصفقة، على ألا يتجاوز مجموع قيمة التسبيق الجزافي والتسبيق على التموين نسبـــة خمسين

---

(1) -تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد أقر إمكانية تكفل صندوق ضمان الصفقات العمومية بتمويل الصفقات العمومية لتسهيل تنفيذها، فقد جاء في نص المادة 146 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر، ما يأتي:" يمكن صندوق ضمان الصفقات العمومة تمويل الصفقات العمومية لتسهيل تنفيذها، لاسيما منها تسديد كشوف أو فواتير، في إطار رصد ديون أصحاب الصفقات، وكذلك:

1-في إطار التمويل المسبق لتحسين خزينة صاحب الصفقة العمومية قبل أن تعترف له المصلحة المتعاقدة بحقوقه في التسديد،

2-في إطار القرض مقابل الحقوق المكتسبة.

3-في إطار الضمان على التسبيقات الاستثنائية الممنوحة مقابل الرهون الحيازية لمختلف الصفقات المبرمة من قبل المصالح المذكورة في المادة 6 من هذا المرسوم".

(2) -المادة 110 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المصدر نفسه.

(3) -تنص المادة 01/111 من المصدر نفسه على ما يأتي: " يحدد التسبيق الجزافي بنسبة أقصاها خمسة عشر في المائة (15) من السعر الأولي للصفقة".

(4) -نصيرة بلحاج، المرجع السابق، ص 06.

في المائة من المبلغ الإجمالي للصفقة[1].

وفي جميع الأحوال تتم استعادة التسبيقات بخصم من المبالغ التي يستحقها المتعامل صاحب الصفقة على أبعد تقدير عندما يبلغ مجموع المبالغ المدفوعة خمسة وثلاثين في المائة 35% من مبلغ الصفقة الأصلي ويجب أن ينتهي الاسترداد عندما يبلغ مجموع المبالغ المدفوعة نسبة ثمانين في المائة 80% من المبلغ الأصلي للصفقة، وهذا خلافا لما كان عليه الوضع في ظل المادة 83 المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السالف الذكر[2].

ب-الدفع على الحساب: هو دفع شهري أو على فترة أطول تقدمه المصلحة المتعاقدة لكل صاحب صفقة عمومية، إذا أثبت قيامه بعمليات جوهرية في تنفيذ هذه الصفقة [1]؛ وفي هذا السياق أكد المشرع إمكانية استفادة أصحاب صفقات الأشغال من دفعات على الحساب عند التموين بالمنتجات المسلمة في الورشة والتي لم تكن محل دفع عن طريق التسبيقات على التموين، حتى نسبة ثمانين في المائة من مبلغها المحسوب بتطبيق الأسعار بالوحدة للتموين المعدة خصيصا للصفقة المقصودة على أساس الكميات المعاينة.

مع ملاحظة أن استفادة المتعامل الاقتصادي المتعاقد من الدفع على الحساب يتوقف على تقديمه للوثائق المنصوص عليها في دفتر الشروط المتعلق بالصفقة المعنية، ولا يخص سوى التموينات المقتناة في الجزائر فقط.

ج-التسوية على رصيد الحساب المؤقت: دفع للمتعامل المتعاقد بعنوان التنفيذ العادي للخدمات المتعاقد عليها، مع خصم اقتطاع الضمان المحتمل، والغرامات المالية التي قد تقع على عاتق المتعامل المتعاقد، إلى جانب الدفعات بعنوان التسبيقات والدفع على الحساب التي لم تسترجعها المصلحة المتعاقدة.

د-تسوية حساب الرصيد النهائي: ويترتب عنه رد اقتطاعات الضمان ورفع اليد عن الكفالات بمختلف أنواعها، وفي هذه الحالة يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تقوم بصرف بالتسوية النهائية في مدة لا تتجاوز ثلاثين يوما ابتداء من استلام الكشف أو الفاتورة، غير أن ذلك لا يحول دون تمديد هذه المدة إلى فترة لا تزيد عن

(1) -تنص المادة 115 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر على ما يلي:" لا يمكن أن يتجاوز المبلغ الجامع بين التسبيق الجزافي والتسبيقات على التموين، بأي حال من الأحوال، نسبة خمسين في المائة (50) من المبلغ الإجمالي للصفقة".

(2) –V. Ounissi Layachi, op.cit. , p.09.

(3) -المادة 117 من المرسوم الرئاسى رقم 15-247 السالف الذكر.

الشهرين، وذلك بناء قرار صادر عن الوزير المكلف بالمالية[1].

و على أية حال يتعين على المصلحة المتعاقدة اعلام المتعامل المتعاقد كتابيا بتاريخ الدفع، يوم إصدار الحوالة، فإذا لم تتقيد بهذا التاريخ فإنه يحق للمتعاقد معها المطالبة بفوائد التأخير محسوبة على أساس نسبة الفائدة التوجيهية لبنك الجزائر زائد نقطة واحدة (1) ابتداء من اليوم الذي يلي تاريخ نهاية هذا الأجل حتى اليوم الخامس عشر (15) مدرجا، الذي يلي تاريخ صرف الدفعات على الحساب، فإذا تم صرف الدفعات على الحساب بعد هذا الأجل و لم يرافقه صرف فوائد التأخير، و لم يتم اعلام المتعاقد بتاريخ صرف الدفعات، فإنه يتم تسديد الفوائد على التأخير إلى غاية تمكين المتعامل المتعاقد من المبالغ المستحقة، و يترتب على عدم دفع كل الفوائد على التأخير أو جزء منها عند صرف الدفعات زيادة بنسبة إثنين في المائة (2) من مبلغ هذه الفوائد على كل شهر تأخير، و يقدر التأخير الذي تحتسب على أساسه هذه النسبة المئوية بشهر كامل محسوبا يوم بيوم.

مع ملاحظة أنه لا يمكن للمصلحة المتعاقدة توقيف أجل صرف الدفعات خلال الأجل الأصلي المحدد لذلك إلا مرة واحدة، شريطة تقيدها بالإجراءات المقررة في الفقرة السابعة من نص المادة 122 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

II- حق المتعامل المتعاقد في طلب إعادة التوازن المالي للصفقة:

من المعلوم أن المقابل المالي غير قابل للمراجعة إذا كان محددا بصفة نهائية، الأمر الذي يلزم المتعامل المتعاقد بتنفيذ الخدمات التي تعهد بتأديتها بالثمن المتفق عليه في الصفقة، و بالمعايير المحددة في دفتر شروطها، و خلال الآجال المحددة لها، غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة على اعتبار أن المتعامل المتعاقد قد تعترضه ظروف خارجة عن إرادته لم تكن متوقعة أثناء إبرام الصفقة، فتؤدي إلى جعل الوفاء بالتزاماته التعاقدية من الأمور المرهقة له، بالنظر إلى تسببها في زيادة الأعباء المالية المتعلقة بتنفيذ الصفقة بشكل جسيم، لذا من الأهمية بمكان إفادته من إعادة التوازن المالي للصفقة، من خلال تمكينه من تعويضات كاملة أو جزئية لقاء استمراره في تنفيذ موضوع الصفقة، و لا شك في أن إقرار هذا الضمان لم يكن لأجل المتعامل المتعاقد في حد ذاته و إنما من أجل ضمان استمرار حسن سير المرافق العامة[2].

---

[1] -المادة 01/122 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

[2] -عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص 166.

وغالبا ما يكون المتعامل المتعاقد أمام هذه الوضعية نتيجة إجراءات اتخذتها المصلحة المتعاقدة وأثرت مباشرة على التوازن المالي للصفقة، أو نتيجة إجراءات عامة اتخذتها السلطات العامة دون أن تكون الصفقة هي المقصودة بالذات بتلك الإجراءات، كما قد يكون نتيجة ظروف طارئة أو قوة قاهرة بحسب الأحوال، وقد انتهج المشرع الجزائري ما أقره القضاء الإداري في هذا الشأن، وأكد على حق المتعامل المتعاقد في ضمان التوازن المالي للصفقات العمومية تصريحا وتلميحا. وعلى أية حال يجب على المتعامل المتعاقد أن يؤسس مطالبته بالتعويض على إحدى النظريات التالية:

01-نظرية فعل الأمير.

02-نظرية الظروف الطارئة.

03-نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

01-نظرية فعل الأمير (المخاطر الإدارية):

تعتبر نظرية فعل الأمير أو ما يطلق عليها البعض نظرية المخاطر الإدارية من أبرز النظريات التي يمكن أن يستند عليها المتعامل المتعاقد في المطالبة بالتعويض، جراء الأعباء المالية الإضافية التي يتحملها في سبيل الاستمرار في تنفيذ موضوع الصفقة العمومية، لكن استفادته من التعويض يتوقف على مدى توافر شروط تطبيق نظرية فعل الأمير، لذا من الأهمية بمكان الوقوف على مضمون هذه النظرية (أ) وشروطها (ب) وآثارها (ج).

أ-مضمون نظرية فعل الأمير:

يقصد بفعل الأمير (المخاطر الإدارية) كل الأعمال والإجراءات الإدارية المشروعة التي تتخذها وتصدرها السلطة الإدارية المتعاقدة، ويكون من شأنها زيادة الأعباء المالية بالنسبة للطرف المتعاقد مع الإدارة أو زيادة الامتيازات المنصوص عليها في العقد الذي يشكل مخاطر إدارية استثنائية وغير مألوفة[1].

ويفهم من ذلك أن كل عمل أو إجراء صادر عن المصلحة المتعاقدة ويؤدي إلى زيادة الأعباء المالية للمتعامل المتعاقد بصفة غير مألوفة، يدخل في دائرة فعل الأمير الذي يبرر حق المتعامل المتعـــاقد في المطالبة

[1]- عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 223.

بالتعويض[1]، من أجل إعادة التوازن لاقتصاديات العقد[2].

ومن المفيد التنويه إلى أن هذه النظرية من خلق مجلس الدولة الفرنسي وكان يطبقها بالنسبة لجميع الأعمال الإدارية التي تصدر من السلطات العامة في الدولة وينتج عنها إخلال بالتوازن المالي، قبل أن يستقر على حصره تطبيقها على الإجراءات الصادرة من الجهة الإدارية التي وقعت العقد، سواء أثرت في العقد بصفة مباشرة أو غير مباشر[3].

ولقد كانت الاعتبارات العملية التي اقتضت منح الإدارة سلطة التعديل هي ذاتها الاعتبارات العملية التي جعلت مجلس الدولة الفرنسي يقر بالتعويض حتى يقدم الأفراد على التعاقد مع الإدارة دون ما خشية من آثار السلطة العامة التي تتمتع بها[4]، فضلا عن اعتبارات العدالة التي يرعاها القضاء الإداري والتي تأبى تحميل المتعاقد أعباء مالية دون ما سبب من جانبه إلا تعاقده مع الإدارة لأجل خدمة مرفق عام.

و من تطبيقات نظرية فعل الأمير بالجزائر، قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا المؤرخ في 11 ديسمبر1964[5]، فقد أبرمت بلدية فوكه عقد امتياز مع متعامل متعاقد " غاز و كهرباء الجزائر" ينصب موضوعه على توصيل الأعمدة و الخطوط الكهربائية، إلا أن المصلحة المتعاقدة ممثلة في البلدية اتخذت قرارا يتعلق ببناء مدرسة في المسار المحدد لمد الأعمدة و الخطوط الكهربائية، الأمر الذي دفع المتعامل 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 ممثلا في الغرفة الإدارية لمجلس قضاء العاصمة الذي أقر قضاتها أن عمل البلدية داخلا في فعل الأمير، و ذلك بالنظر إلى الاعتبارات التالية:

---

(1) - Rivero Jean, Waline Jean, droit administratif, Dalloz, 2000, p.398.

(2) – André de Laubadère, Yves Gaudemet, Traité de droit administratif. Tome 1 : Droit administratif général, 16ème édition, LGDJ, Paris, 2004, p.702.

(3) محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2012، ص 614.

(4) – سحر جبار يعقوب، " فسخ العقد الإداري لاستحالة التنفيذ بسبب الظروف الطارئة"، مجلة دراسات الكوفة، العدد السابع، كلية القانون، جامعة الكوفة، العراق، 2008، ص 147.

(5) عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 389.

- تعلق موضوع النزاع بعقد صفقة عمومية.

- عدم توقع المتعامل المتعاقد لقرار بناء المدرسة.

- صدور قرار بناء المدرسة عن المصلحة المتعاقدة.

- اختلال التوازن المالي للصفقة بسبب قرار المصلحة المتعاقدة.

ب-شروط تطبيق نظرية فعل الأمير:

- يجب أن يتعلق فعل الأمير بتنفيذ عقد إداري لا عقد من عقود القانون الخاص، حتى ولو كانت المصلحة المتعاقدة طرفا فيه[1].

- يجب أن يكون الإجراء أو العمل صادرا من قبل المصلحة المتعاقدة.

- يجب أن يؤدي هذا الإجراء أو العمل إلى اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية اختلالا كبيرا، لا يدخل في دائرة الأمور العادية والمألوفة[2]، ويستوي الأمر إن تسبب فعلها في زيادة الأعباء المالية أو إنقاص الأرباح بطريقة مباشرة أو غير مباشرة[3].

- يجب أن يكون الإجراء أو العمل الذي اتخذته المصلحة المتعاقدة غير متوقع من طرف المتعامل المتعاقد وقت التعاقد، فإذا كان متوقعا، فإنه يفترض فيه أنه قدر تلك الظروف.

- يجب أن يصدر الإجراء أو العمل من طرف المصلحة المتعاقدة، بعد إبرام الصفقة وأثناء تنفيذها وقبل الانتهاء من تنفيذها.

ج-آثار تطبيق نظرية فعل الأمير:

يترتب عن توافر شروط تطبيق فعل الأمير إعادة التوازن المالي للصفقة، عن طريق تعويض الأضرار

---

(1) -سمير عثمان اليوسفي، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن المالي للعقد الإداري، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 70.

(2) -محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 92.

(3) -وفي هذا الإطار قد يتخذ هذا الفعل صورة إجراءات فردية تؤثر بصفة مباشرة أو غير مباشرة على التوازن المالي للصفقة العمومية، كأن تفرض على المتعامل المتعاقد قيود تستهدف من ورائها حماية الأفراد، أو أن تتخذ إجراء أو إجراءات يترتب عنها تغيير في ظروف تنفيذ الخدمات التي التزم باديتها في عقد الصفقة العمومية، على التوالي، للمزيد من التفاصيل: سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص 85.

التي لحقت بالمتعامل المتعاقد نتيجة الإجراء الذي أصدرته الإدارة تعويضا كاملا، يشمل ما فاته من كسب وما لحقه من خسارة[1].

وفي هذا الإطار أكدت المادة 32 من دفتر الشروط الإدارية العامة المذكور سابقا، حق المتعامل المتعاقد في المطالبة بالتعويض عند انتهاء الحساب في عقد الاشغال العامة إذا تبين أن التغييرات التي أمرت بها المصلحة المتعاقدة قد أدت إلى الإضرار به[2].

هذا، وقد أقر غالبية فقهاء القانون الإداري حق المتعامل المتعاقد في المطالبة بفسخ الصفقة العمومية، إذا كان عمل أو إجراء المصلحة المتعاقدة قد جعل تنفيذه للخدمات الملتزم بأدائها مرهقا له، ولا يستطيع تحمل الأعباء المالية الإضافية المترتبة عنها[3].

02-نظرية الظروف الطارئة:

علاوة على نظرية فعل الأمير، أقر القضاء الإداري نظرية أخرى يمكن للمتعاقد أن يؤسس عليها مطالبته بالتعويض عن اختلال التوازن المالي للصفقة، يتعلق الأمر في هذا الإطار بنظرية الظروف الطارئة، وبالنظر إلى أهميتها في حماية حقوق المتعاملين المتعاقدين مع الإدارة، حري بنا الإحاطة بها –ولو بشكل مقتضب-من حيث مضمونها(أ) وتحديد شروطها(ب) وبيان آثارها (ج).

أ-مضمون نظرية الظروف الطارئة:

خلافا للنظرية السابقة التي ينتج فيها الفعل عن إرادة الإدارة، يصدر الظرف الطارئ بصفة مستقلة عن إرادة الأطراف[4] ، ويتلخص مضمون هذه النظرية في أنه "إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الإداري حوادث وظروف طبيعية كانت أو اقتصادية أو من عمل جهة إدارية غير الجهـــة الإدارية المتعاقدة أو من عمل انسان

---

(1) محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 92.

(2)- فقد جاء في المادة 1/32 من دفتر الشروط الإدارية العامة السالف الذكر، ما يلي:" عندما تتضمن الصفقة تفصيلا تقديريا يبين أهمية مختلف أنواع الأشغال، و عندما يتبين أن التغيرات التي تأمر بها الإدارة و تنتج عن ظروف غير متأتية من خطأ أو عمل المقاول فتتناول أهمية مختلف أنواع الأشغال تختلف فيه المقادير، بما يفوق الخمسة و الثلاثين بالمائة بزيادة أو نقصان عن المقادير المقيدة في التفصيل التقديري، فيستطيع المقاول عندئذ أن يقدم عند انتهاء الحساب طلبا بالتعويض، مرتكزا على الضرر المسبب له من جراء التعديلات الحاصلة بهذا الشأن في احتياطات المشروع".

(3) -عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 226.

(4) -عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي، المرجع السابق، ص 18.

آخر، لم تكن في حسبان المتعاقد عند إبرام العقد، ولا يملك لها دفعا، ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما، ومؤدى تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها إلزام جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في احتمال نصيب من الخسارة التي أحاقت به طوال فترة الظروف الطارئة، وذلك ضمانا لتنفيذ العقد الإداري واستدامة لسير المرفق العام الذي يخدمه..."[1].

ويفهم من ذلك أن نظرية الظروف الطارئة تجد مبررها في ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد، باعتبار أن عدم تحمل المصلحة المتعاقدة لجزء من الخسائر قد يؤدي إلى إرهاق المتعامل المتعاقد وانقطاعه عن الاستمرار في تنفيذ موضوع الصفقة، الأمر الذي يؤدي إلى المساس بمبدأ دوام واستمرار سير المرفق العام، لذا شدد القضاء الإداري على ضرورة إفادة المتعامل المتعاقد من التعويض الجزئي[2] ، متى تعرض لظروف طارئة أدت إلى اختلال اقتصاديات الصفقة العمومية اختلالا جسيما.

و لا تفوتنا الإشارة إلى أن نظرية الظروف الطارئة من خلق مجلس الدولة الفرنسي الذي أقرها سنة 1916 بمناسبة فصله في قضية إنارة مدينة" بوردو "، و تتلخص وقائع هذه القضية في أن عقد امتياز أبرم بين مدينة "بوردو" الفرنسية و أحد المتعاملين" Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux " ، التزمت بمقتضاه هذه الأخير بتوفير الإنارة للمدينة، لقاء رسوم محددة في العقد، لكن مع استعار الحرب العالمية الأولى ارتفعت أسعار المادة الأولية " الفحم" ارتفاعا فاحشا، الأمر الذي أدى إلى اختلال اقتصاديات العقد، لذا طالب المتعامل المتعاقد من المصلحة المتعاقدة"la ville de Bordeaux" "رفع الرسوم التي يدفعها المنتفعين، فرفضت ذلك استنادا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، مما دفعه إلى رفع دعوى أمام القضاء الإداري، و حال فصل قضاة مجلس الدولة الفرنسي في القضية أقروا حق المتعامل المتعاقد في الاستفادة من تعويض جزئي و مؤقت إلى غاية زوال الظرف الطارئ المتمثل في ارتفاع أسعار الفحم، مؤسسين اجتهادهم على نظرية الظروف الطارئة، و قد خلص قضاة المجلس إلى ضرورة استمرار المتعامل المتعاقد في تنفيذ الخدمات التي التزم بها، من أجل ضمان استمرار سير المرفق العــام، و له الحق في طلب مساهمــة الإدارة في

---

[1] -قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية، المؤرخ في 11 ماي 1968، الطعن رقم 1562، لسنة 10 ق، 68 لسنة 11 قضائية، مشار إليه في: حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية الدولية، د.د.ن، د.س.ن، ص 331.

[2] -عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي، المرجع السابق، ص 18.

الخسائر التي تلحق به بصفة مؤقتة[1].

و بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي الجزائري يتضح أن قضاة الغرفة الإدارية للمحكمة العليا قد طبقوا نظرية الظروف الطارئة، و هذا ما يتجلى من قرارها المؤرخ في 10 أكتوبر 1993، بمناسبة نظرهم في قضية (د.ح)/ ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة، حيث جاء في حيثيات القرار أنه:" من المقرر قانونا أنه إذا طرأت ظروف استثنائية لم يكن في الوسع توقعها، و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي إن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين، جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ولما ثبت أن السوق محل العقد المبرم بين المستأنف والمستأنف عليه بقي مغلقا بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي، فإن ذلك يعد حادثا استثنائيا يجب الأخذ به"[2].

وعلى أية حال، لا يمكن للمتعامل المتعاقد مطالبته بالتعويض استنادا إلى هذه النظرية، إلا إذا توافرت شروطها، لذا من الأهمية بمكان بيانها في العنوان اللاحق (ب).

ب-<u>شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة</u>[3]:

-حصول حوادث استثنائية غير متوقعة ومن غير الممكن دفعها، بعد إبرام العقد وقبل انتهاء المتعامل المتعاقد من تنفيذ موضوع الصفقة، ومن أمثلتها الارتفاع الفاحش أسعار المواد الأولية، اندلاع الحروب، الكوارث

---

(1)- Le Conseil d’Etat décide:

«… Article 1er : L’arrêté susvisé du conseil de préfecture du département de la Gironde en date du 30 juillet 1915 est annulé.

Article 2 : La Compagnie générale d’éclairage de Bordeaux et la ville de Bordeaux sont renvoyées devant le conseil de préfecture pour être procédé, si elles ne s’entendent pas amiablement sur les conditions spéciales auxquelles la compagnie continuera son service, à la fixation de l’indemnité à laquelle la compagnie a droit à raison des circonstances extracontractuelles dans lesquelles elle aura dû assurer le service concédé.

Article 3 : La ville de Bordeaux est condamnée à tous les dépens de première instance et d’appel » :V. Conseil d’Etat, Section, 30 mars 1916, Compagnie générale d’électricité de Bordeaux, requête numéro 59928, publié au recueil Lebon, p. 125.

(2) – قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، ملف رقم 99694، المؤرخ في 10 أكتوبر 1993، قضية د.ح/ رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة، منشور في: <u>المجلة القضائية</u>، العدد الأول، 1994، ص 217.

(3) -سحر جبار يعقوب، المرجع السابق، ص 151.

-يجب أن يكون الحادث الطارئ خارجا عن إرادة المتعاقدين، فلا يستفيد المتعاقد من هذا الظرف متى كان هو السبب في حصوله، كما لا يتم التعويض على أساسه إذا كان للمصلحة المتعاقدة يد فيه، حيث يكون أساس التعويض في هذه الحالة هو فعل الأمير.

-يجب أن تؤدي الظروف الطارئة إلى قلب اقتصاديات الصفقة العمومية مع عدم استحالة تنفيذها، فلا يمكن للمتعامل المتعاقد المطالبة بالتعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة إذا لم تتسبب هذه الظروف في خسائر غير مألوفة[1]، أو نقص فادح في الأرباح المشروعة المحتملة للمتعامل المتعاقد[2].

ج-آثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

-استمرار المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته التعاقدية رغم حدوث الاختلال المالي وذلك تطبيقا لمبدأ ضرورة انتظام واضطراد سير المرافق العامة، تحت طائلة التعرض للعقوبات المقررة في حالة انقطاعه عن تنفيذ تلك الالتزامات.

-حصول المتعامل المتعاقد على مساهمة من المصلحة المتعاقدة في صورة تعويض جزئي بقصد إعادة التوازن المالي للصفقة في الحدود التي تسمح بإعادة التوازن لاقتصاديات الصفقة، ويفهم من ذلك أن التعويض لا يكون كاملا، كل ما في الأمر أن المصلحة المتعاقدة تتقاسم مع المتعامل المتعاقد الخسائر التي مست باقتصاديات الصفقة، بالقدر الذي يسمح دون للمتعامل المتعاقد من الاستمرار في تنفيذ الخدمات التي التزم بها، تكريسا لمبدأ دوام سير المرفق العام باستمرار واضطراد.

و من المفيد التنويه إلى أن هذا التعويض مؤقت و ليس مؤبد أي يرتبط بالظرف الطارئ وجودا و عدما، و بالتالي تمتنع المصلحة المتعاقدة عن تقديم مساهمتها في الخسائر بزوال هذا الظرف، و إذ استغرق هذا الأخير فترة زمنية طويلة فحينها يفقد التعويض علته المتمثلة في مساعدة المتعامل الاقتصادي المتعاقد على تجاوز الظروف الطارئة من أجل الاستمرار في تنفيذ مضمون العقد الاداري، و يتحول الوضع من "ظرف طارئ" إلى "قوة قاهرة" تنطبق عليها أحكام نظرية القوة القاهرة، و يلاحظ في هذا الصدد أن جميع المراسيم الرئاسية المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية قد نصت في بعض أحكامها على تطبيق نظرية " القوة القاهرة" بشأن

---

(1) عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 226.

(2) محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 612.

الصفقات العمومية التي تبرمها المصلحة المتعاقدة مع المتعاملين الاقتصاديين، و هو الأمر الذي كرسه المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر، إذ ورد هذا المصطلح في نص المادة 147 منه، حيث أشارت إلى القوة القاهرة كسبب لإعفاء المتعامل المتعاقد من العقوبات المالية، و اكتفت بتحديد اثار تطبيقها دون الإشارة إلى مدلولها أو بيان شروطها، الأمر الذي يحيلنا إلى تطبيق الشروط العامة للنظرية و الواردة في القانون المدني الجزائري، و على أية حال فقد جاء في الفقرة الخامسة من هذه المادة ما نصه" و في حالة القوة القاهرة، تعلق الآجال و لا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير، ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف و استئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة".

و يفهم من مضمون هذه الفقرة أن من أبرز الاثار القانونية لتطبيق نظرية القوة القاهرة تتمثل في استفادة المتعامل المتعاقد من تعليق آجال تنفيذ موضوع الصفقة العمومية، و علاوة على ذلك يعفى المعني من العقوبات المالية المترتبة عن تأخير التنفيذ، و في كلتا الحالتين يشترط أن يعود سبب ذلك التأخير إلى القوة القاهرة، و إذا كانت المادة 147 المذكورة أعلاه قد تناولت " القوة القاهرة" بصفة موجزة، فإن المادة 27 من دفتر الشروط الإدارية العامة السابق الإشارة إليه، قد نصت صراحة على الحالات التي لا يمكن أن يتمسك المتعامل المتعاقد بها كأسباب مبررة لعدم تنفيذ التزاماته التعاقدية استنادا إلى نظرية القوة القاهرة.

<u>03-نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:</u>

تعتبر نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من أهم النظريات التي قد يستند إليها المتعامل الاقتصادي المتعاقد في المطالبة بالتعويض عن اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية، ومن أجل بحث هذه النظرية من الأهمية بمكان تحديد مضمونها (أ)، ثم التطرق لشروطها (ثانيا)، وبيان أبرز اثار تطبيقها (جـ).

<u>03-نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:</u>

تعتبر نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من أهم النظريات التي قد يستند إليها المتعامل الاقتصادي المتعاقد في المطالبة بالتعويض عن اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية، ومن أجل بحث هذه النظرية من الأهمية بمكان تحديد مضمونها (أ)، ثم التطرق لشروطها (ثانيا)، وبيان أبرز اثار تطبيقها (جـ).

أ-مضمون نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

يقصد بالصعوبات المادية غير المتوقعة كافة العوائق المادية التي تظهر أثناء تنفيذ موضوع الصفقة العمومية، بحيث تكون ذات طابع استثنائي ولم يتوقعه المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة أثناء إبرام العقد، وتؤدي إلى اختلال التوازن المالي للصفقة بزيادة الأعباء المالية التي يتحملها المتعامل المتعاقد، الأمر الذي يتيح له المطالبة بالتعويض الكامل استنادا إلى نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة[1] .

ومن الأهمية بمكان الإشارة إلى أن هذه النظرية من ابتداع مجلس الدولة الفرنسي، إذ يعود أول قرار له صدر بشأنها إلى تاريخ 18 مارس 1869 في قضية "Veyert"، حيث أعترف قضاة هذا المجلس بحق المتعاقد في الحصول على تعويض عن الضرر الذي صادفه عن تنفيذ العقد وذلك بسبب صعوبات مادية غير متوقعة لا ترجع إلى فعله أو فعل الإدارة[2].

ب-شروط تطبيق النظرية:

من خلال تفحص مضمون نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، يمكن استخلاص الشروط الواجب تحققها حتى يستطيع المتعامل المتعاقد الاستناد إلى النظرية في مطالبته بالتعويض، وتتمثل أساسا فيما يأتي:

1-يجب أن تكون الصعوبات المادية راجعة إلى ظواهر طبيعية: على اعتبار أن الصعوبات المادية تتعلق بظواهر طبيعية فمن المتصور أن تنصب على عدم صلاحية الأرض محل الأشغال العامة بأن تكون صخرية أو رملية غير صالحة للبناء عليها أو تحتاج إلى تجهيزات أكثر تكلفة مما قدره المتعاقدين وقت إبرام العقد أو وجود طبقة غزيرة من المياه أثناء تنفيذ موضوع الصفقة الأمر الذي يتطلب تقنيات خاصة ومكلفة لسحبها[3].

2-يجب ألا تكون للإدارة يد في الصعوبات: أي لا تكون الصعوبات المادية ناتجة عن فعل المصلحة المتعاقدة، على اعتبار أن استفادة المتعامل المتعاقد من تطبيق هذه النظرية يتطلب ذلك، فإذا كانت لها يد فيها أمكن له المطالبة بالتعويض الجزئي استنادا إلى نظرية فعل الأمير متى تحققت شروطها كما بينا سابقا.

---

[1]– راجع في هذا الصدد قرار محكمة القضاء الإداري المصرية، الطعن رقم 7892، لسنة 11 قضائية، مجموعة الأحكام القضائية، السنة 11، ص 102.

[2]– مشار إليه في: عليوات ياقوتة، المرجع السابق، ص 189.

[3]– محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية، ص 114، متاح على الموقع www.pdffactory.com، تاريخ الاطلاع 15 مارس 2015.

3-يجب أن تكون الصعوبات المادية ذات طابع استثنائي غير عادي: لأن الصعوبات المادية لا تعني العقبات العادية التي من المتصور أن يضعها المتعامل المتعاقد في حسبانه وقت التعاقد أو التنفيذ، ولكنها تتعلق بعقبات من نوع غير مألوف، وعلى أية حال يتمتع القاضي الإداري بسلطة تقديرية واسعة في سبيل تقدير طبيعة الصعوبات المادية وما إذا كانت تدخل في دائرة الصعوبات المألوفة، أم أنها ذات طبيعة استثنائية يمكن أن تطبق عليها نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

4-يجب أن تؤدي الصعوبات المادية إلى ضرر ليس في وسع المتعاقد تحمله، وذلك بزيادة الأعباء المالية لتنفيذ موضوع الصفقة بشكل يجعل استمراره في تنفيذ التزاماته التعاقدية من الأمور المرهقة والمكلفة له.

جـ-آثار تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة[1] :

-استمرار المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته التعاقدية رغم حدوث الاختلال المالي وذلك تطبيقا لمبدأ سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وذلك تحت طائلة التعرض للعقوبات المقررة في حالة انقطاعه عن تنفيذ تلك الالتزامات.

- استحقاق المتعامل المتعاقد من تعويض كامل تقدمه المصلحة المتعاقدة، من أجل إعادة التوازن المالي للصفقة، ويفهم من ذلك أنه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تغطي كافة النفقات الإضافية التي تحملها المتعاقد معها في سبيل مواجهة الصعوبات التي اعترضت تنفيذ العقد بصورة طبيعية، وليس مجرد مساهمة جزئية فتنحصر في تحمل جزء من تلك الأعباء.

وهكذا نخلص إلى أن تطبيق النظريات الثلاثة من شأنه ضمان إعادة التوازن المالي للصفقات العمومية، طالما أنها تتيح للمتعامل المتعاقد الاستفادة من تعويض جزئي أو كامل من المصلحة المتعاقدة، الأمر الذي يمكنه من الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية دون توقف، ويحقق مبدأ ضمان حسير سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

---

(1) –لمزيد من التفاصيل: محمد الشافعي أبو راس، المرجع السابق، ص 120.