



جامعة أكلي محنـد أول حاج - البويرة -
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم القانون العام

تفايز العقد الإداري في التشريع الجزائري (الصفقات العمومية نموذج)

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون
تخصص: إدارة و مالية

تحت إشراف الأستاذ
قاسم حكيم

إعداد الطالب
حيموم مجيد

لجنة المناقشة

الأستاذ: تيسماي رمضان..... رئيسا
الأستاذ: قاسم حكيم مشرفا و مقررا
الأستاذ: دريدر مالكي مناقشا

السنة الجامعية: 2014/2015

إهادء

إلى:

من رویت بأخلاقهما و تعلمت منهما كيف يحيا المرء حياة كريمة
شريفة، و شجعاني على درب الصدق و العلم، والدي الكرمین حفظهما
الله و متعهما بالصحة و العافية.
زوجتي الكريمة و ابني دعاء و رياض أمين.
روح أخي الطاهرة سمير رحمه الله الذي طالته يد الغدر و هو يؤدي
واجبه في حفظ أمن الوطن.
إخوتي و أخواتي و إلى جميع أفراد العائلة الكبيرة.
أصدقائي و أساتذتي الأفاضل و كل طلبة العلم.
كل من مدد لي العون و المساعدة.

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع

شکر

الحمد والشكر لله كما ينبغي جلال وجهه وعظم سلطانه.
عرفانا مني لكل من ساعدى في إنجاز هذا العمل، أتقدم بالشكر الجزيل
إلى الأستاذ الفاضل قاسم حكيم على إشرافه ومساعدته
بتوجيهاته وإرشاداته التي كان لها بالغ الأثر على هذا العمل.
كما أتقدم بالشكر كذلك إلى جميع أساتذة كلية الحقوق بجامعة
البوايرة.
ولكل من ساعدى في إنجاز هذا العمل المتواضع بكلمة، بفكرة، بمرجع.

مقدمة:

تعتمد الإِدارَة في ممارسة نشاطه و وظائفها أساليب مختلفة في طبيعتها و وصفها القانوني فقد تكون إما أ عملاً مادياً⁽¹⁾ أو تصرفات قانونية، بحيث تستأثر بإمتيازات و وسائل لا مقابل لها في نطاق القانون الخاص و هذا لتحقيق النفع العام.

فالتصرفات القانونية للإِدارَة إما أن تكون أعمالاً قانونية إنفرادية هي القرارات الإِدارية⁽²⁾ و التي تعد من أهم الوسائل القانونية التي من خلالها تستطيع أداء واجباتها في إدارة المرفق العام و حماية النظام العام، كما قد تكون عن طريق أعمال قانونية إتفاقية و هي العقود الإِدارية، و ذلك بهدف تحقيق المنفعة العامة لمواطنيها، سواء فيما يتعلق بالاحتياجيات أو الخدمات العامة.

فالإِدارَة العامة عند إبرامها لعقود الإِدارَة قد تتعامل مع الغير كفرد عادي لا كصاحبة إمتياز و سلطة عامة، و في هذه الحالة فإن العقود التي تبرمها تخضع للقانون الخاص التي تعتمد على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين⁽³⁾، حيث تتساوى فيها الإِدارَة مع المتعاقد.

أما عندما تتعامل الإِدارَة بوصفها سلطة عامة و صاحبة إمتياز على الأفراد وفق فواعد إثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، و فيها يتراجع مبدأ سلطان الإرادة فتعرف في هذه الحالة بالعقود الإِدارية و التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة.⁽⁴⁾

(1) يقصد بالعمل المادي، كل تصرف إداري تقوم به الإِدارَة تنفيذاً للعمل القانوني، كالقيام بغلق محل تجاري أو بناء طريق عمومي إلى غير ذلك من أعمال، و تظهر أهمية التمييز بين هذه الأعمال في كون أن العمل القانوني هو وحده الذي يكون محلاً لدعوى الإلغاء متى كان الضرر راجع للقرار الإِداري، أما العمل المادي فيكون محلاً لدعوى القضاء الكامل. نسرين شريقي، مريم عمارة، سعيد بو علي ، القانون الإِداري (التنظيم الإِداري، النشاط الإِداري)، دون طبعة دار بلقيس الجزائر، 2014، ص147.

(2) القرار الإِداري كما عرفه جورج فيدال هو: "عمل قانوني صادر عن الإِدارَة بِإِرادتها المُنفَردة، بغرض إحداث تغيير في النظام القانوني القائم، عن طريق الإلتزامات التي يفرضها أو الحقوق التي يمنحها". نسرين شريقي، مريم عمارة سعيد بو علي، مرجع نفسه، ص146.

(3) المادة 106 من الأمر رقم: 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم، و التي تتضمن على: " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، و لا تعديله إلا بإتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون".

(4) عادل السعيد أبو الخير، القانون الإِداري، دون طبعة، دار الفكر القانوني، مصر، 2007، ص607.

يعتبر النظام القانوني للعقود الإدارية إحدى ركائز القانون الإداري التي أنشأها القضاء الإداري، إذ أن العقود الإدارية تستلزم لإبرامها تتبع عدة إجراءات دقيقة و معقدة وصولاً لاختيار الإدارة للمتعاقدين معها، سواء من حيث إبراده أو تنفيذها و مبرر ذلك تعلق العقد بتسهيل وظيفة المرفق العام.

و من بين أهم و أبرز العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة، عقود الصفقات العمومية و التي هي مناطق دراستنا في جانبها التنفيذي، و التي تكتسي أهمية بالغة لاقتصاديات الدول بحيث تتبع هذه الأهمية من كون الصفقات العمومية هي الطريقة القانونية التي تستخدمها الإدارة لتنفيذ مختلف مشاريعها و تجسيد برامجها، و ذلك بالالجوء إلى التعاقد (إبرام الصفقات) مع مختلف المتعاملين للإنجاز المشاريع بأعلى جودة ممكنة و بأقل التكاليف و في أقصر الآجال، و بالتالي هي أداة إستراتيجية للدولة بعرض التجهيز و تسخير المرافق العامة.⁽¹⁾

و نظراً للأهمية التي تكتسيها الصفقات العمومية فقد اهتم بها المشرع الجزائري و تجسد ذلك بإصدار تشريع تميّز و مستقل هو تنظيم الصفقات العمومية الذي عرف منذ الاستقلال تعديلات كثيرة عكست في كل مرة طبيعة النظام السياسي و الاقتصادي المتبعة. فإنطلاقاً من سنة 1964 تاريخ صدور أول تنظيم جزائري في الموضوع و هو المرسوم رقم: 64-103 المتعلق بإنشاء اللجنة المركزية للصفقات العمومية، لم تتوقف التعديلات إلا قليلاً و هذا لمواكبة التطورات الحاصلة و المستجدات التي فرضتها جوانب هامة، إذ لم يمضي طويلاً عهد هذا المرسوم حتى ألغى، و خلفه الأمر 67-90 المؤرخ في 17/05/1967 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الذي ظل ما يقارب 15 سنة إلى أن

(1) وردت بعض التعريفات الفقهية للصفقات العمومية من بينها ما تبنّاه الفقيه الفرنسي أندري ديلوبادر بأنّها عقود بمقتضاها يلتزم المتعاقدين القيام بأعمال لفائدة الإدارة العمومية مقابل ثمن محدد. جميلة حميده، مفهوم الصفقات العمومية بين الطبيعة التعاقدية و القيود التشريعية، مداخلة ألقاها في الملتقى الوطني السادس حول: "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، كلية الحقوق، جامعة المدينة، يوم 20/05/2013.

كما عرفها المشرع الجزائري من خلال المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 مؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، عدد 58، الصادر في 13 يناير 2013 المعدل و المتمم بأنّها: "عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتضاء اللوازم والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة".

جاء المرسوم رقم: 145-82 المؤرخ في 10/04/1982 المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي، و الذي ألغى بدوره بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 434-91 المؤرخ في 09/11/1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ثم تم إلغاء هذا الأخير و خلفه المرسوم الرئاسي رقم: 250-02 المؤرخ في 27/07/2002 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، و أخيرا صدور المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 و الذي ألغى المرسوم الذي سبقه. كما أن المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 شهد عدة تعديلات التي توضح نية المشرع الجزائري و مدى إهتمامه بالعقود الإدارية و رغبته في الإصلاح لمحافظة على الاقتصاد بوجه عام و ضمان السير الحسن لإبرام الصفقات.⁽¹⁾

و أهم ما يميز الصفقات العمومية أنها تضمن حقوق الإدارة كما تضمن الإستعمال الأموال للأموال العمومية، من خلال منح الإدارة وسائل قانونية تمكنها من التأثير المباشر على الصفقات العمومية عبر كل مراحلها خاصة في مرحلة التنفيذ، و هذا لا يعني أبدا التضحية بحقوق المتعاقد معها حيث يملك هذا الأخير بعض الضمانات التي تكفل له حماية حقوقه.

تعتبر مرحلة تنفيذ الصفقات العمومية في غاية الأهمية سواء بالنسبة للإدارة أو بالنسبة للمتعاقد. فالإدارة تسعى من وراء تنفيذ الصفقات العمومية تحقيق مصلحة عامة و إشباع حاجات المرفق العام، و من أجل بلوغ هذه الغاية تقرر لجهتها سلطات جد هامة في التنفيذ. بينما المتعاقد مع الإدارة فغايته هي الحصول على الربح المادي، فتوجد له حقوق قد لا يتمتع بها في العقود المدنية على أساس أنه يعاون الإدارة في تنفيذ المشروع أي يتعاون معها في تحقيق النفع العام، بعكس طرفي العقد في العقود المدنية فإنهما يعملان لتحقيق مصالحها الخاصة.⁽²⁾

(1) رياض لوز، دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية المرسوم الرئاسي رقم: 250-02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، فرع الدولة و المؤسسات العمومية كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2007، ص 2 و ما يليها.

(2) أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009 ص 377.

و بالتالي يحصل أثناء تنفيذ الصفة العمومية سواء في الحالات العادبة أو حتى وإن صادفها إشكالات تفاعل بين حقوق و إلتزامات الإدارة و حقوق و إلتزامات المتعاقد. و نظراً لتمتع الإدارة بمجموعة من الإمكانيات في مواجهة المتعاقد معها يؤدي بنا لا محالة إلى طرح عدة تساؤلات حول هذا الموضوع التي يمكن إبرازها في الإشكالية التالية:

كيف يمكن تنفيذ العقد الإداري دون إخلال التوازن بين سلطات و حقوق الإدارة من جهة و إلتزامات و حقوق المتعاقد من جهة أخرى؟ و ما هي الإجراءات و الترتيبات العملية لتنفيذ العقد الإداري في مختلف الظروف التي يمر بها؟ و ما السبيل أو الإجراء الذي يتخذ المتعاقد في حالة مصادفته إشكالات أثناء التنفيذ؟

للإجابة على هذه الإشكالية المطروحة و معالجة مختلف جوانب الموضوع، نعتمد في هذه الدراسة على المنهج التحليلي الوصفي لطرح الموضوع بهدف تقديم إيضاحات وافية في هذا الإطار. و بناء على ما سبق بيانه تم تقسيم هذه الدراسة إلى فصلين فنعرض في الفصل الأول تنفيذ العقد الإداري في الظروف العادبة من خلال ما هو مقرر فيه من سلطات و إلتزامات للإدارة المتعاقدة (المبحث الأول)، و ما يتحمله المتعاقد معها من إلتزامات و ما يتربّع عن ذلك من حقوق (المبحث الثاني).

أما الفصل الثاني فقد خصصناه لدراسة الظروف غير العادبة التي تصادف تنفيذ العقد الإداري و آثاره القانونية على طرفي العقد بحيث نخصص المبحث الأول لنظريتي فعل الأمير و نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، أما المبحث الثاني لنظرية الظروف الطارئة و نظرية القوة القاهرة.

الفصل الأول:

تنفيذ العقد الإداري في الظروف العادلة

إن الغرض الأساسي من إبرام الصفقات العمومية هو تنفيذها، لذا تعد مرحلة التنفيذ من أهم مراحلها، كما ينجم عن هذا القرار آثار قانونية بالنسبة للإدارة أو المصلحة المتعاقدة و كذا المتعامل الحائز على الصفة. فعند البدء في تنفيذ الصفة تتأسس الإلتزامات التعاقدية لكل من طرفي العقد-المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد- حيث يقوم المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ إلتزاماته التعاقدية و تتولى الإدارة الرقابة عليه، و في المقابل تعهد الإدارة بتنفيذ إلتزاماتها المقابلة و الناشئة عن العقد.⁽¹⁾

فتتفيذ الصفقات العمومية ما هي إلا حقوق و إلتزامات متبادلة للطرفين المتعاقدين و ما يلاحظ في علاقة المتعاقدين في العقود الإدارية أنها لا تستند إلى شروط العقد المتفق عليها فقط، و إنما أيضاً للقواعد القانونية المتعلقة بالمرافق العامة، و بالتالي يظهر عدم المساواة بين الأطراف المتعاقدة. و يتجلّى هذا الأمر بوضوح في عملية تنفيذ الصفة العمومية أين تتمتع الإدارة بسلطان و حقوق في مواجهة المتعاقد معها تفوق بكثير ماله من حقوق في مواجهتها، لأنها تعمل من أجل المصلحة العامة، في حين يسعى المتعامل المتعاقد إلى تحقيق مصلحة خاصة.⁽²⁾

و رغم أن المصلحة المتعاقدة بإعتبارها تتمتع بحقوق و إمتيازات حتى و لم ينص عليها العقد أو الصفة، و هو ما يعبر عنه بالنظام غير المألوف في العقود الإدارية لأنها تتعلق بالنظام العام⁽³⁾، فإنه لا ينبغي الإعتقد بأن مصلحة المتعامل المتعاقد في الصفة قد تم التضحية بها، لأن الإدارة لو حصل هذا لن تجد أمامها شخصاً تتعاقد معه، و رغم أن عدداً من الإلتزامات يثقل كاهل المتعامل المتعاقد، فإنه يستفيد أيضاً من بعض الأفضليات

⁽¹⁾ محمد بن سعيد بن حمد المعمرى، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الإسناد و التنفيذ، دراسة مقارنة دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2011، ص131.

⁽²⁾ ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007، ص139.

⁽³⁾ إسماعيل بحري، الضمانات في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الدولة و المؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009، ص8.

التي تشكل بحد ذاتها إلتزامات بالنسبة للمصلحة المتعاقدة.⁽¹⁾

فالحديث عن آثار الصفة بالنسبة للإدارة أو المتعامل المتعاقد معها يفرض التطرق لسلطات الإدارة و إلتزاماتها. كما يفرض التطرق للإلتزامات المتعامل المتعاقد، و ما يهمنا أكثر في هذه الدراسة في الفصل الأول هو تنفيذ العقد الإداري في الظروف العادية و الذي سنفصله في مبحثين، الأول خصصه لتنفيذ الإدارة للعقد الإداري، أما المبحث الثاني خصصه لتنفيذ المتعامل المتعاقد للعقد الإداري.

⁽¹⁾ خرمي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دون طبعة، دار الخلدونية، الجزائر، 2011 ص.228

المبحث الأول: تنفيذ الإدارة للعقد الإداري

تتولى الإدارة تنظيم و إدارة المرافق العامة بما يكفل إستمرار سيرها بانتظام و ذلك بغرض إشباع الحاجات العامة و تحقيق النفع العام، و لكافلة قيام الإدارة بهذه المسؤوليات و الإختصاصات الهامة أقر لها القضاء و المشرع بمجموعة من الإمكانيات و السلطات الهامة.

و هذه السلطات و الإمكانيات تتمتع بها الإدارة دون حاجة النص عليها في العقد ذلك أن مرجع هذه الإمكانيات و السلطات يكمن في الطبيعة الذاتية للعقد الإداري،⁽¹⁾ حيث تتمتع الإدارة فيما تبرمه من عقود إدارية بمركز تميز في مواجهة المتعاقدين معها.⁽²⁾ و لكن في مقابل هذه السلطات و الإمكانيات، توجد إلتزامات معينة تقع على عاتق الإدارة تتلخص في وجوب قيامها بتنفيذ العقد الذي أبرمته تتفيداً كاملاً و سليماً مع إحترام كافة الشروط و البنود الواردة فيه، و إلتزام بالمدد و المواعيد المحددة فيه، كما تلتزم بالإمتياز عن إتخاذ أي إجراء يتعارض مع إلتزاماتها المقررة في العقد.

و في حالة خرق تلك المبادئ و مخالفتها نصوص التشريع، و عجز الوسائل الودية لحل تلك النزعات يؤدي ذلك حتماً بالمعامل المتعاقدين اللجوء للقضاء لإنفاذ حقه.⁽³⁾ و وبالتالي فإن تنفيذ العقد الإداري عامة و الصفة العمومية خاصة من طرف المصلحة المتعاقدة يتمحور في تمنع هذه الأخيرة بجملة من الإمكانيات و السلطات في مواجهة المتعاقدين معها (المطلب الأول)، و إلتزامها من جهة ثانية بالتسوية المالية للعقد سواء قبل البدء أو أثناء أو بعد تنفيذ العقد (المطلب الثاني).

⁽¹⁾ عادل السعيد أبو الخير، مرجع سابق، ص 666.

⁽²⁾ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2004 ص 253.

⁽³⁾ كلوبي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار النشر جيطي، الجزائر، ص 5.

المطلب الأول: سلطات الإدارة في تنفيذ العقد الإداري

تتمتع الإدارة كطرف في العقد الإداري بسلطات غير مألوفة في القانون الخاص و مناط هذه السلطات هو مقتضيات تنظيم و تسيير المرافق العامة بما يستهدف تحقيق المصلحة العامة بالدرجة الأولى، و تتجلى هذه السلطات أثناء التنفيذ في مظاهر أربعة و هي:

أولاً: حقها في الرقابة على المتعاقد أثناء تنفيذ إلتزاماته.

ثانياً: حقها في تعديل بنود العقد.

ثالثاً: حقها في توقيع جزاءات منوعة على المتعاقد إذا أخل بإلتزاماته.

رابعاً: حقها في إنهاء العقد دون خطأ من جانب المتعاقد

الفرع الأول: سلطة الإشراف و الرقابة أثناء تنفيذ العقد الإداري

إن تنظيم المرافق العامة والإشراف على إدارتها و إنظام سيرها يقع على عاتق الإدارة و عندما تتعاقد مع أحد الأفراد أو الشركات بمقتضى العقد الإداري لا يعني هذا تخليها عن مسؤوليتها للمتعاقد معها، بل يعني تعاون هذا المتعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق تحت إشراف و رقابة الإدارة.⁽¹⁾

و يرجع تمنع الإدارة بسلطة مراقبة تنفيذ المتعاقد معها لإلتزاماته إلى مسؤوليتها أمام الجمهور عن حسن تنفيذ الخدمات العامة، كما أنها تتحمل مسؤولية الأضرار الناجمة عن تنفيذ المشروعات العامة على وجه سيئ. و لمواجهة هذه المسؤولية التي لا يمكن للدولة التخلص منها، فإنها تضطر إلى استخدام سلطات إستثنائية لرقابة جميع العناصر التي تتعاون في تنفيذ المشروع، و من ثم أمكن القول بأن سلطات الإدارة في الرقابة و التوجيه إنما هي سلطة أصلية.⁽²⁾

⁽¹⁾ يوسف بركات أبوقة، إمتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في النظرية العامة و في قانون الصفقات العمومية الجزائرية، مذكرة الدراسات العليا في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007، ص 43.

⁽²⁾ حسين درويش، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري، الطبعة الأولى، مكتبة لجنة البيان العربي، مصر 1961، ص 34.

و حق الرقابة على المتعاقد قد يؤخذ بمعنى ضيق و هو يعني التحقق من أن المتعاقد يباشر تنفيذ العقد طبقا لشروطه. و وفقا لهذا المعنى الضيق، فحق الرقابة يكون مرادفا لمعنى الإشراف، و الذي نجده حتى في عقود القانون الخاص.⁽¹⁾ و تتم هذه الرقابة إما بأعمال مادية كدخول مندوب الإدارة لأماكن العمل و التأكد من سيره وفقا للمواعيد المحددة أو إسلام بعض الوثائق للإطلاع عليها و فحصها أو إجراء تحريات، كما تأخذ هذه الرقابة صورة أعمال قانونية، كأن تصدر الإدارة أوامر تنفيذية أو إنذارات للمتعاقد معها.

و ثانيتها معنى واسع يتناول سلطة التوجيه و ينصب على حق الإدارة في توجيهه أعمال التنفيذ و اختيار أنساب الطرق التي تؤدي إليه، و ينطوي هذا المعنى على تدخل الإدارة أكثر عمقا من تدخلها كسلطة إشراف على التنفيذ،⁽²⁾ فتسمح الإدارة لنفسها بأن تتدخل في أوضاع التنفيذ و طلب تغيير بعضها، كأن تطلب إستعمال طريقة في التنفيذ مختلفة عن الطريقة المتبعة من قبل المتعاقد معها.

و تجد سلطة الإشراف و الرقابة أساسها في فكرة المرفق العام لا النصوص التعاقدية. فهي ثابتة للإدارة حتى و لو لم ينص عليها العقد.⁽³⁾ و هنا يبرز الفرق بين العقد الإداري و العقد المدني الذي لا يخول هذا الأخير سلطة للمتعاقد إلا إذا نص عليها العقد أو قررها القانون، بينما العقد الإداري يخول هذه السلطة للإدارة حتى و إن لم ينص عليها في العقد و هذا بهدف ضمان تلبية الحاجات العامة و حسن أداء الخدمة العامة و ضمان حسن سير المرافق العامة، و من ثم لا يمكن النص على ما يخالفها، كما لا يمكن التنازل عنها لأن الإدارة لا تستطيع التخلی عن مسؤوليتها في شأن المرافق العامة، و ذلك لكونها مسألة تتعلق بالنظام العام. و غالبا ما تشترط الإدارة ضمن بنود صفقاتها أو في دفاتر الشروط العامة و الخاصة حقها في إصدار التعليمات.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الخامسة، مطبعة جامعة عين شمس مصر، 1991، ص 454.

⁽²⁾ عبد العزيز خليفة، مرجع سابق، ص 255.

⁽³⁾ Martine LOMBARD, Droit Administratif, édition DALLOZ, France, 2005, P252.

⁽⁴⁾ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الرابعة (مزيدة و منقحة)، جسور للنشر و التوزيع الجزائر 2011، ص 209.

أولاً- النتائج المترتبة عن سلطة الإشراف و الرقابة:

وجود الرقابة لا تحرر المتعهد - بصورة عامة - من مسؤوليته من جراء سوء التنفيذ. فلا يحق له القول بأن تنفيذ الأشغال كان جاريا بحضور مندوب الإدارة ولم يعترضوا على شيء من سوء التنفيذ أثناء إثباته. لكن يمكن لهذه المسئولية أن تتضمن إذا كانت الأعمال التي أتتها المتعهد قد حصلت تنفيذا لأوامر خدمة ملزمة له.⁽¹⁾

الإدارة تمارس سلطتها في هذا الشأن إعمالا لامتيازاتها الأصلية في التنفيذ المباشر، و في إصدار القرارات التنفيذية دونما حاجة إلى الإلتلاء مقدما إلى القضاء و يكون للإدارة في إطار ممارستها دورها الرقابي إصدار التعليمات الواجبة التنفيذ ليس للمتعاقد معها فحسب و إنما لكل تابعيه في موقع العمل.

و حق الإدارة في الرقابة و إن كان ثابتا لها في كل العقود الإدارية عامة و الصفقات العمومية خاصة إلا أن مدى إستعماله قد يختلف من عقد إلى آخر حسب نوعية و طبيعة و درجة إتصاله بالمرفق العام.⁽²⁾ وفي عقود الأشغال العامة تجد أن الإدارة تتمتع بسلطات واسعة في الرقابة و التوجيه، فهي التي تأمر بالبدء في التنفيذ و يتولى رجالها الفنيون تحديد خطوات سير العمل و مواعيد التسلیم و ما تستحدثه الإدارة من تعديلات أثناء التنفيذ، بينما في عقود التوريد نجد أن حق الإدارة في الإشراف و التوجيه يكون محدودا حيث يقتصر تدخل الإدارة على فحص البضائع أو الأدوات للتأكد من مطابقتها لما تم الاتفاق عليه تمهدًا لاستلامها، و لكن هذه الرقابة لا تصل إلى درجة التدخل في أوضاع و طرق تنفيذ العقد.⁽³⁾

⁽¹⁾ عبد اللطيف قطيش، الصفقات العمومية، تشريعا و فقهها و إجتهادا (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013، ص 118.

⁽²⁾ جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، 2004، ص 272.

⁽³⁾ عادل السعيد أبو الخير، مرجع سابق، ص 270.

ثانياً- حدود سلطة الرقابة و التوجيه:

إن كان حق الرقابة و التوجيه ثابتا و مسلما به للإدارة إلا أنه ليس حقا مطلقا لها و إنما يختلف مداه باختلاف العقود الإدارية، و يخضع لضابطين أولهما ضابط عام يتمثل في ضرورة أن تتخذ قرارات الرقابة في إطار مبدأ المشرعية، بمعنى أن يكون دافع الإدارة في إتخاذ تحقيق المصلحة العامة و ثانيها ضابط خاص بالعقد الإداري موضوع الرقابة حيث يتعين ألا يتربت على إستعمال الإدارة لهذا الحق تعديلا في موضوع العقد.⁽¹⁾ و إلا كان نصرف الإدارة مشوبا بسوء لإستعمال السلطة. و للمتعاقد مع الإدارة حق في اللجوء إلى القضاء الإداري الذي من إختصاصه مراقبة حسن إستعمال الإدارة لحقها في الرقابة و التوجيه بما يجعله متماشيا مع الصالح العام، و في حدود متطلبات المرفق العام، و ضمان سيره بانتظام و إطراء و الحيلولة دون إساءة الإدارة في إستعمال سلطتها.⁽²⁾

إلا أن تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر يجيز للمتعامل المتعاقد قبل اللجوء إلى القضاء الإداري أن يرفع طعنا أمام اللجنة الوطنية أو القطاعية للصفقات المختصة للنظر في النزاعات و الخلافات الناجمة عن تنفيذ الصفقة أو العقد. كما أن الإدارة مجبرة على سلوك هذا الطريق- التسوية الودية- لفض نزاعاتها مع المتعاملين المتعاقدين و هذا طبقا لل المادة 115 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المعدل و المتمم.

⁽¹⁾ عبد العزيز خليفة، مرجع سابق، ص 261.

⁽²⁾ يوسف برकات أبو دقة، مرجع سابق، ص 57.

الفرع الثاني: سلطة تعديل و إنهاء العقد الإداري

من منطلق تحقيق المصلحة العامة يحق للإدارة المتعاقدة، فيما يتجاوز حقها في الرقابة و التوجيه، أن تعدل في إلتزامات المتعامل المتعاقد، كما يحق لها إنهاء العقد حتى ولو لم يرد بالعقد نصا صريحا يخولها ذلك، حيث يشكل كلى الحقين أهم الخصائص التي تنفرد بها العقود الإدارية.

أولاً- سلطة التعديل (ملحق الصفة):

1- مضمون سلطة التعديل : تملك الإدارة سلطة تعديل بعض شروط العقد الإداري أثناء التنفيذ من جانبها وحدها، أي بإرادتها المنفردة و لو لم يرد في العقد نص يخولها هذه السلطة.⁽¹⁾ و يكاد فقه القانون و القضاء المقارن يجمع على أن كل العقود الإدارية قابلة للتعديل من جانب الإدارة بمفردها، و مرد ذلك إلى أن تقابل المصالح في العقد الإداري ليست متساوية كما هي الحال في القانون الخاص -العقد المدني- الذي تقضي مبادئه بأن العقد شريعة المتعاقدين.

فإلا إدارة في العقد الإداري تمثل المصلحة العامة، بمقابل المصلحة الخاصة التي يمثلها الطرف الآخر في العقد، فتعتبر سلطة التعديل من أهم خصائص العقد الإداري حيث تستطيع الإدارة إذا إقتضت المصلحة العامة و حسن سير المرفق العام أن تعدل في مقدار إلتزامات المتعاقد معها بالزيادة أو النقصان دون الحاجة إلى موافقتها، و يمكن أن يقع التعديل في إلتزامات المتعاقد مع الإدارة سواء على كمية الأعمال أو الأشياء محل العقد أم على شروط التنفيذ المتفق عليها أو على مدة التنفيذ. و هذا الحق ثابت للإدارة و لو لم يتم النص عليه في العقد.⁽²⁾

و بالرجوع للمرسوم الرئاسي رقم: 10-236 و تحديدا في المواد من 102 إلى 106 نجدها وردت تحت عنوان القسم الخامس الملحق (L'avenant). المشرع الجزائري نص في المادة 103 على سلطة تعديل الإدارة المتعاقدة للصفقة سواء بزيادة الخدمات أو

⁽¹⁾ نواف كنعان، القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن، 2007، ص352.

⁽²⁾ Laurent Richer, Droit des contrats administratifs, 5^e édition, librairie générale de droit et de jurisprudence, EJA, France, 2006, P234.

و أيضا سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص458.

تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية للصفقة، و تكون ممارسة الإدارة لهذه السلطة عن طريق الملحق و المنصوص عليه في المادة 102 من المرسوم نفسه.

2- نطاق سلطة التعديل : نظرا لما تفرضه المصلحة العامة و حسن سير المرفق العام تلجاً للإدارة في بعض الحالات إلى تعديل العقد، لكن هذا التعديل لا يتناول كافة شروط العقد و إنما يقتصر فقط على بعض هذه الشروط. و هذا ما يكاد الإجماع يتفق عليه، لكن إختلف الرأي فيما يتعلق بالمعايير الذي يرجع إليه في تحديد الشروط التي يجوز تعديلاها. فيرى البعض أن العقد الإداري يتضمن من الشروط لائحة و هذه يجوز تعديلاها بإرادة السلطة الإدارية و حدتها، و هناك شروط تعاقدية و هذه لا يجوز تعديلاها إلا باتفاق الطرفين، و أنكر البعض وجود شروط تعاقدية في العقود الإدارية، لكن الإنفاق يكاد يكون تماما بين فقهاء القانون الإداري في فرنسا على أن الشروط التي تقرر حقوق المتعاقد المالية لا يتناولها حق التعديل، أما ما عدا ذلك من شروط و هي الشروط التي تتعلق بسير المرفق و تنظيمه فتخضع لقاعدة التعديل.⁽¹⁾

3- قيود إستعمال الإدارة لسلطة التعديل : إن سلطة التعديل و إن كانت تتناول و تشمل جميع العقود الإدارية، إلا أنها ليست مطلقة بل يرد عليها قيود نوجزها فيما يلي:

أ- يجب أن تكون قد إستجدة ظروف بعد إبرام العقد، تبرر هذا التعديل، بحيث لا تستطيع الإدارة أن تلجاً إلى تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة دون تغيير الظروف التي تم إبرام العقد في ظلها. و لكن ما الحل إذا كانت الظروف لم تتغير، و أن الإدارة أخطأ في تقدير مقتضيات سير المرافق العامة، فلم تقدرها التقدير السليم في العقد، فهل تملك تعديل العقد بما يتفق و الحاجات الحقيقة للمرفق العام؟

لقد أجاب الدكتور ثروت بالنفي، فهو يرى أن الإدارة لا تملك بعد ذلك- مادمت الظروف لم تتغير - تعديل العقد بما و يتفق و مقتضيات سير المرافق العامة، و واضح أن هذا الرأي و إن كان يتفق مع مبدأ ثبات و إستقرار العقود، إلا أنه يتعارض مع مبدأ سير المرافق العامة بانتظام و إطارا، و فضلا عن ذلك فإنه يخالف ما يستقر عليه الفقه الحديث و أحکام القضاء.⁽²⁾

(1) يوسف برکات أبو دقة، مرجع سابق، ص67.

(2) حسين درويش، مرجع سابق، ص53.

و يجب أن يلاحظ في نهاية الأمر أن المتعاقد إنما هو شخص يسعى إلى الربح وبالتالي فإن مصلحته ليست في بقاء العقد بقدر ما هي في المحافظة على المزايا المالية التي تعاقد من أجلها، ومن ثم فلا داعي للمغالاة في تقييد حرية الإدارة في تعديل شروط العقود الإدارية.

ب- أن يصدر قرار التعديل في حدود القواعد العامة للمشروعية فيصدر التعديل من السلطة المختصة بإجرائه، وفقا لإجراءات الشكلية المقررة بحيث يمكن للمتعاقد أن يتمسك ببطلان كل تعديل يتم على خلاف القواعد المقررة⁽¹⁾. وقد عبر المشرع الجزائري مثلا على أن الملحق و هو أداة التعديل أن يكون مكتوبا و هذا ما نصت عليه المادة 103 من المرسوم الرئاسي رقم: 236-10⁽²⁾.

ج- إن جهة الإدارة ، وإن كانت تملك سلطة التعديل ، إلا أنها لا تملك أن تمد بالتعديل المزايا المالية المتفق عليها في العقد، و التي يتمتع بها المتعاقد معها، ذلك أن من طبيعة العقود الإدارية أنها تحقق بقدر الإمكان توازنا بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة و بين المزايا التي ينتفع بها.

د- أن الإدارة في تعديل شروط العقد مقيدة بأن لا تتجاوز حدا معينا، فلا يجوز للإدارة أن تعديل شروط العقد على نحو يغير من مضمونه أو موضوعه، ذلك أنه مهما كانت مبررات التعديل لا ينبغي أن تمد جوهرا العقد بدرجة قد تغير من طبيعته و تجعل موضوعه كما لو كان موضوعا جديدا لم يكن يقبله المتعاقد لو عرض عليه عند إبرام العقد، كما أن المتعاقد قبل التعاقد على ضوء إمكانياته المالية و الفنية، و على الإدارة أن تحرص عند إجراء التعديل على عدم قلب إقتصadiات العقد و تجاوز إمكانيات المتعاقد معها.⁽³⁾

و لهذا حرص المشرع الجزائري في الحفاظ على توازن الصفة من خلال ما أشارت إليه المادة 103 الفقرة 4 من المرسوم الرئاسي 236-10 بنصها على :" و مهما

⁽¹⁾ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 466.

⁽²⁾ المادة 103 من المرسوم الرئاسي رقم: 236-10 نصت على: "يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة و يبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة..."

⁽³⁾ عادل السعيد أبو الخير، مرجع سابق، ص 673.

يكن من أمر فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة ماعدا في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجية عن إرادة الأطراف".

كما نص على إحترام النسب المبينة في المادة 106 من نفس المرسوم، أي في حدود عشرين في المائة (20%) من المبلغ الأصلي للصفقة بالنسبة إلى الصفقات التي هي من إختصاص لجنة الصفقات التابعة للمصلحة المتعاقدة.

وعشرة في المائة (10%) من المبلغ الأصلي للصفقة، بالنسبة إلى الصفقات التي هي من إختصاص اللجان الوطنية و اللجان القطاعية للصفقات.

و من البديهي أن سلطة التعديل تخضع لرقابة القاضي في الإدارة الذي إذا رفعت الدعوى أمامه من الطرف المعني سعى إلى التأكد من مدى تناسب موضوع التعديل مع مقتضيات حسن سير المرفق العام، و التأكد من مدى علاقته بالصفقة الأصلية و بالحدود المالية المنصوص عنها تشريعا و على ضوء ذلك يقدر بما إذا هناك تعسف في ممارسة سلطة التعديل من عدمه.⁽¹⁾

ثانيا- سلطة إنهاء العقد:

هذه السلطة تختلف عن سلطة فسخ العقد لإخلال المتعاقد بالتزاماته إخلال جسميا. ذلك أن الإدارة -بجوار هذه الحالة، و دون أي خطأ من جانب المتعاقد معها- لها الحق في إنهاء العقد متى إقتضت المصلحة العامة ذلك. و أساس هذه السلطة الخطيرة مقتضيات سير المرفق العام. و هذا دون حاجة للنص عليها في دفاتر الشروط.⁽²⁾

و وفقا للمبادئ التي أرساها مجلس الدولة الفرنسي فإن حق الإدارة في إنهاء العقد في هذه الحالة يتميز بالخصائص الآتية:⁽³⁾

-أن الإدارة تتمتع به بالنسبة لكافية العقود الإدارية.

-أنه يدخل في سلطة الإدارة التقديرية.

⁽¹⁾ عمار بوضياف، مرجع سابق، ص217.

⁽²⁾ سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص687.

⁽³⁾ Martine LOMBARD, Droit administratif, Op.cit, P253.

ـ أنه يستتبع حق المتعاقد مع الإدارة في الحصول على تعويض عما لحقه من خسارة و ما فاته من كسب نتيجة لهذا الإلغاء.

الفرع الثالث: سلطة الإدارة في توقيع جزاءات على المتعاقد

تتمتع الإدارة بوصفها سلطة عامة إلى جانب سلطة الرقابة والتوجيه وسلطة التعديل بسلطة أخرى تخلوها توقيع جزاءات على المتعاقد معها في حالة تقصيره في تنفيذ التزاماته على أي وجه من الوجوه سواء إمتنع عن تنفيذ إلتزاماته أو تأخر في تنفيذها أو نفذ الإلتزام على غير الوجه المطلوب أو أحل غيره محله في التنفيذ دون موافقة الإدارة المتعاقدة.⁽¹⁾

و تخضع سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المختلفة لنظام قانوني خاص⁽²⁾، هو نظام القانون العام في عقود الإدارة، إذ أن ضرورة الحرص على سير المرافق العامة تستلزم التشدد في التعامل مع المتعاقد لإجباره على تنفيذ العقد بدقة، دون حاجة اللجوء للقضاء. بل دون حاجة للنص عليها قانوناً. و يمكن تصنيف هذه الجزاءات إلى ثلاثة و هي:⁽³⁾

1ـ الجزاءات المالية .

2ـ الجزاءات الضاغطة.

3ـ الجزاءات الفاسخة.

أولاــالجزاءات المالية:

إن الجزاءات المالية هي عبارة عن مبالغ المال التي يحق للإدارة مطالبة المتعاقد معها بها، ما إذا قصر في تنفيذ إلتزاماته على وجه من الوجوه، و ذلك لضمان تنفيذ الصفقة وفق الشروط و المعايير المتفق عليها في العقد حرصاً على حسن سير المرافق

⁽¹⁾ إسماعيل بحري ، مرجع سابق، ص 117.

⁽²⁾ ذلك أن الجزاءات التي يعرفها القانون الخاص تتركز أساساً في التنفيذ بم مقابل في صور الحكم بتعويض، و التي يحكمها مبدأ عدم قضاء الإنسان لنفسه بنفسه. حسين درويش، مرجع سابق، ص 85.

⁽³⁾ Rachid ZOUAIMIA, Droit administratif, Berti édition, Alger, 2007, P187.

العامة بانتظام و إطراد.⁽¹⁾

و عليه تتخذ الجزاءات المالية إما صورة غرامة التأخير أو صورة مصادر التأمين، أما التعويض، الذي هو عبارة عن مبلغ من المال يمثل الضرر الذي لحق بالطرف المضرور، فلا يعتبر من الجزاءات الإدارية لأنه مجرد تطبيق للقواعد العامة في القانون الخاص.⁽²⁾

1-الغرامات: من المسلم به أن الغرامة تعتبر كتعويض جزائي محدد في العقد و لا مصدر لها سوى نصوص العقد ذاته، توقعها الإدارة على المتعامل المتعاقد متى أخل بالتزام معين لاسيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ، و توقع بمجرد حصول الإخلال أو التأخير، حيث لا يشترط لتطبيقها إثبات الضرر.⁽³⁾

و تجد هذه السلطة أساسها القانوني في التشريع الجزائري في المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 و بالضبط في المادة 09 منه، التي جاء فيها : "يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الإلتزامات المتعاقد عليها في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به. تحدد الأحكام التعاقدية لصفة نسبة العقوبات و كيفية فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفتر الشروط...." ، كما تجد الغرامة المالية أساسها القانوني أيضا في المادة 24 من نفس المرسوم. و يعتبرها المشرع الجزائري في المادة 62 من نفس المرسوم كأحد البيانات الواجب ذكرها في العقد.

و وبالتالي خول المشرع الجزائري حق فرض الغرامات على المتعامل المتعاقد بموجب نصوص المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 وقيد مجال ممارستها في حالتين طبقا للمادة 09⁽⁴⁾ و هي:

(1) محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع،الأردن، 2010، ص133.

(2) نواف كنعان، مرجع سابق، ص359.

(3) عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، مصر 1985، ص 168.

(4) المادة 09 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 تنص في فقرتها الأولى على:"يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الإلتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية...".

أ- حالة عدم تنفيذ الإلتزامات محل التعاقد في الأجل المتفق عليه:

إن أي صفة تبرم بين المتعامل المتعاقد والإدارة مالكة المشروع، تتضمن مدة معينة يتم خلالها تنفيذ العقد، لذلك فإن أي تجاوز لهذه الآجال من طرف المتعامل المتعاقد يعد تأخيراً، مما يتربّ عليه تأجيل تسليم المشروع سواء فيما يتعلق بالتسليم المؤقت أو التسليم النهائي. لذلك تقع على المتعامل المتعاقد في هذه الحالة غرامة مالية تسمى بـ⁽¹⁾ غرامة التأخير، خاصة وأن هذه المدة من إقتراح المتعهد أو المتعاقد مع الإدارة، بينما أقبل على إيداع ملف المناقصة، و تعهد بإحترام المدة المتفق عليها.

و من حيث الطبيعة القانونية للغرامة، فهي منصوص عليها في الصفة العمومية في ذاتها أي أنها ذات طبيعة عقدية، فهي كالجزاء العقدي و تعويض إتفاقي في آن واحد تهدف إلى حمل المتعاقد على تنفيذ ما إلتزم به في العقد.

و على ذلك فالغرامة التأخيرية تسلطها الإدارة دون حاجة للقضاء و بدون إعذار و الضرر فيها مفترض، و هي أحد مظاهر ممارسة السلطة العامة و مظهر تمييز العقد الإداري عن العقد المدني.

ب- حالة التنفيذ غير المطابق:

هنا يفترض أن المتعاقد مع الإدارة أخل بالشروط المتفق عليها و كيفيات التنفيذ فخرج عن الإلتزامات التي تعهد بها، فالوضع الطبيعي أيضاً في الحالة هو خضوعه لجزاء مالي.

و ينبغي الإشارة أن الجزاء المالي و إن كان مقرراً بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 في المواد 09، 24 و 62 منه. إلا أن له أيضاً أساس عقدي و يستمد قوته من العقد إلى جانب النصوص التنظيمية.⁽²⁾

⁽¹⁾ بختي سهام، الإلتزامات المقاول في الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء، رسالة ماجستير، فرع القانون العقاري كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014، ص 79.

⁽²⁾ المادة 09 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 السابق ذكرها تنص في فقرتها الأولى على: "يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الإلتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به".

2- مصادر مبلغ الضمان : تعتبر الكفالة من الضمانات التي تتوقف بها الإدارة آثار الأخطار التي يرتكبها المتعاقد مع الإدارة بقصد تنفيذ العقد الإداري و يضمن لها قدرة هذا المتعاقد على مواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره⁽¹⁾، مما يجعلها في وضعية مالية حسنة بما يكفل حسن تنفيذ الصفقة.

لذا إشترط تنظيم الصفقات العمومية كفالة حسن التنفيذ كضمان مالي يقدمه المتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة من شأنه أن يكفل التنفيذ الجدي و الحسن للصفقة المتعاقد عليها. بحيث لو قصر المتعاقد في تنفيذ الصفقة كان للمصلحة المتعاقدة حق مصادره هذا الضمان أو الكفالة، فنص المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 على وجوب تقديم كفالة حسن التنفيذ في المادة 97 منه⁽²⁾ كأصل عام، و ورد ذكر ذات الكفالة في نصوص كثيرة من نفس المرسوم، منها المادة 51، 91، و المادة 95.

لكن في الفقرة 2 من المادة 97 كإثناء نصت على إمكانية الإعفاء على الشريك المتعاقد من تقديم هذه الكفالة فيما يخص بعض أنواع صفقات الدراسات و الخدمات و التي ستحدد عن طريق قرار وزاري مشترك، كما ألغى المشرع بموجب المادة 100 من نفس المرسوم فئة الحرفيين و المؤسسات المصغرة الخاضعة للقانون الجزائري من تحمل كفالة حسن التنفيذ حينما يتعلق بترميم ممتلكات ثقافية.

أما عن مبلغ الكفالة فحدده المادة 100 من نفس المرسوم بين 5% و 10% من مبلغ الصفقة حسب طبيعة و أهمية الخدمات الواجب تنفيذها.⁽³⁾ و يتميز هذا الجزء بمايلي:⁽⁴⁾

1) أن حق الإدارة في مصادر الضمان عند التقصير في التنفيذ يقوم حتى و لم ينص عليه.

2) أن للإدارة الحق في توقيع جزاء المصادر بنفسها دون إنتظار لحكم القضاء.

⁽¹⁾ نواف كنعان، مرجع سابق، ص361.

⁽²⁾ بينت المادة 97 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 إجبارية تقديم كفالة حسن التنفيذ من طرف المتعاقد كأصل عام بنصها: "زيادة على كفالة رد التسببيقات المنصوص عليها في المادة 75 أعلاه، يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم حسب نفس الشروط، كفالة حسن تنفيذ الصفقة...".

⁽³⁾ عمار بوضياف، مرجع السابق، ص222.

⁽⁴⁾ بحري إسماعيل، مرجع سابق، ص119.

(3) تقوم الإدارة بتوقيع هذا الجزاء دون الحاجة إلى إثبات الضرر الذي لحقها من جراء تقصير المتعاقد معها. لذلك أن الضرر في هذه الحالة مفترض.

(4) التأمين المودع لضمان تنفيذ العقد يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضاه لكنه لا يمثل الحد الأقصى.

ثانياً- الجزاءات الضاغطة:

و هي جزاءات إدارية توقعها السلطة الإدارية المتعاقدة على الطرف المتعاقد معها بهدف إجباره و إرغامه على الوفاء و القيام بالتزاماته التعاقدية على الوجه الذي يتطلبه و يستلزم الم��ق العام⁽¹⁾ بمبادئ الشهيرة.

و يلاحظ أن إلتجاء الإدارة إلى هذه الجزاءات الضاغطة لا يتضمن إنهاء العقد بالنسبة للمتعاقد المقصر، بل يظل هذا المتعاقد مسؤولا أمام جهة الإدارة. و إنما تتم العملية لحسابه و على مسؤوليته فهي إجراءات مؤقتة.⁽³⁾

و يلاحظ أيضاً أن إستعمال هذه الجزاءات الضاغطة أشد قسوة من إلتجاء إلى الجزاءات المالية و لذلك فإنه لا يجوز للإدارة أن تلجأ إليها إلا إذا أخل المتعاقد معها إخلالا خطيرا بالتزاماته العقدية كان يتأخر في تنفيذه مدة طويلة رغم الإعذار.⁽⁴⁾ و يختلف شكل الجزاء الضاغط بإختلاف نوع العقد الإداري المبرم مع الإدارة فقد تحل الإدارة بنفسها محل المتعاقد معها في تنفيذ الإلتزام أو أن تعهد إلى غيره بتنفيذه.

⁽¹⁾ عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني: النشاط الإداري، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2014، ص219.

⁽²⁾ المبادئ الشهيرة للم��ق العام، تشكل ما يعرف بالمبادئ الأساسية للمرافق العامة أو النظام القانوني العام للمرافق العامة سواء وردت بقوانينها و أنظمتها الداخلية أو لم ترد، إذ تعتبر من المبادئ العامة للقانون. و تتمثل هذه المبادئ في ما يأتي: - مبدأ مساواة المتنقيعين أمام المرافق العامة، - مبدأ سير المرافق العامة بإنتظام و إطراد (مبدأ الاستمرارية) - مبدأ القابلية للتغير و التطور (مبدأ التكيف). محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري دون طبعة، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2013، ص251.

⁽³⁾ حسين درويش، مرجع سابق، ص 160، يشير إلى ما قاله الفقيه دي لوباديير:

"Ce sont des sanctions temporaires qui ne mettent fin au contrat...par ailleurs ce sont des sanctions qui comportent le remplacement du contractant a ces frais et risques".

⁽⁴⁾ سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دون طبعة، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر 1979 ص.686.

في عقد الأشغال تملك الإدارة أن تحل محل المقاول المقصر في تنفيذ العملية الموكلة إليها ثم تقوم بنفسها و على نفقة المقاول المقصر و على مسؤوليته، و يشترط تعهد إلى الغير بتنفيذ هذه الأعمال على نفقة المقاول المقصر و على مسؤوليته، و مجلس الدولة على الإدارة للإتجاء لهذا الإجراء أن يكون الإخلال من طرف المتعاقد معها على درجة كبيرة من الخطورة و إلا لا يعد مبررا كافيا لهذا الإجراء الخطير.

أما بالنسبة لعقود التوريد يجوز للإدارة في حالة تخلف المتعاقد معها عن توريد الأصناف المتعاقد على توريدتها في الموعد المحدد في العقد أن تقوم بشراء هذه الأصناف على نفقة و تحت مسؤوليته. فمن حق الإدارة أن تقرر بنفسها تنفيذ عقد التوريد على نفقة و تحت مسؤولية المورد المقصر و ذلك دون اللجوء إلى القضاء و دون أن ينص العقد على هذا البند.⁽¹⁾

ثالثا- الجزاءات الفاسخة (فسخ العقد) :

تنتهي الصفقات العمومية إما نهاية طبيعية أو نهاية غير طبيعية في حالات معينة فتنتهي نهاية طبيعية شأنها بقية العقود، بتنفيذ الأشغال محل الإلتزام و تسليمها تسلیما كاملا و نهائيا و إستفاء المتعاقد لحقوقه من الإدارة⁽²⁾، مع بقاء هذا المتعامل المتعاقد ضامنا سنويا إذا كان التسلیم مؤقتا و ضامنا عشرريا إذا كان التسلیم النهائي.⁽³⁾

⁽¹⁾ يوسف بركات أبو دقة، مرجع سابق، ص 115 و ما يليها.

⁽²⁾ فتيحة حابي، النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المعدل و المتمم، مذكرة ماجستير، فرع قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تizi وزو الجزائر، 2013، ص 297.

⁽³⁾ يعني بالتسليم المؤقت أن المتعامل المتعاقد يبقى ملتزما ببعض الواجبات لفترة محددة للتتأكد من حسن التنفيذ طبقا للموسمات المتعاقد عليها. أما التسلیم النهائي يتحرر المتعامل المتعاقد مبدئيا من جميع الإلتزاماته و يسترجع الضمانات المتعلقة بحسن التنفيذ. خرشي النوي، مرجع سابق، ص 306 و ما يليها.

و المادة 47 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 تحدد 06 أشهر ابتداء من تاريخ التسلیم المؤقت لأشغال الصيانة و حفر الأسس و الطرق الحجرية، و سنة واحدة للأشغال الأخرى.

بعد التسلیم النهائي للصفقة تترتب على المتعامل المتعاقد مسؤولية مدنية تسمى بالضمان العشري كونها تغطي مرحلة 10 سنوات، حيث أن المقاول و المهندس مسؤولان تضامنيا لمدة 10 سنوات بعد تسلیم المنشأة، و قد نص على هذا الإلتزام المادة 554 من القانون المدني المعدل و المتمم.

كما تنتهي الصفقات العمومية بانتهاء المدة المحددة في العقد. لكن قد تكون النهاية غير طبيعية للصفقات العمومية، و حتى قبل أن تنتهي المدة المحددة في الصفقة و ذلك بفسخ الصفقة الذي توقعه المصلحة المتعاقدة على المتعاقد معها في حالات معينة، و يعتبر فسخ العقد الإداري من أشد الجزاءات و أخطرها أثرا. إذ أن هذا الجزاء يضع نهاية حاسمة للعقد المبرم بين الإداره والمتعاقد معها⁽¹⁾، جزاء إخلاله الجسيم بإلتزامه التعاقدى بعد أن تكون كافة الوسائل قد أجريت في إصلاحه مما يفقد الإداره الثقة في التعامل معه نتيجة لتوارد يقين لديها بأن التعامل مع هذا المتعاقد في ضوء سلوكه في تنفيذ العقد من شأنه الإضرار بالمصلحة العامة التي لأجل تحقيقها تم إبرام العقد. و تملك الإداره حق فسخ العقد دون حاجة إلى إستصدار حكم قضائي، بحيث أن هذا الحق من مظاهر السلطة العامة.⁽²⁾

و يعتبر هذا الجزاء كأصل عام أمر تترخص فيه جهة الإداره وحدتها ضمانا لحسن سير المرفق العام و ليس للمتعاقد معها إلا حق المطالبة بالتعويض إذا كان له مقتضى حيث لا يمكن له الإعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان و الملحقات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب سوء تصرف المتعاقد معها.⁽³⁾

غير أن سلطة فسخ العقد و بالنظر لخطورتها و آثارها فإن الإداره لا تلجأ إليها إلا إذا كان الإخلال جسريا و لم تفلح تقويمه الجزاءات الأخرى⁽⁴⁾، كما أنها ملزمة بإعذار المعنى بالأمر قبل إتخاذها هذا الإجراء و هو ما نص عليه تنظيم الصفقات العمومية الجزائري في المواد 61، 112 و 113 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 السابق ذكره.

تنص دفاتر شروط الصفقة على المجالات التي تبرر للإداره اللجوء إلى هذا الجزاء و كذا شروط توقيعه، فعلى هذا الأساس نصت المادة 62 من تنظيم الصفقات

⁽¹⁾ نواف كنعان، مرجع سابق، ص324.

⁽²⁾ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص307، وأيضا محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، المقومات- الإجراء- الآثار، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2006، ص353.

⁽³⁾ ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية و التحكيم، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص124.

⁽⁴⁾ يوسف برकات أبو دقة، مرجع سابق، ص132.

العوممية على أن تحديد شروط الفسخ يعتبر من بيانات الصفة الأساسية أو الإلزامية و ذلك نظرا لخطورة هذا الجزاء. كما أثار في القسم الفرعى الثاني من القسم السابع المتضمن أحکام تعاقدية مختلفة إلى نوعين من الفسخ، الأول إنفرادي أي من جانب واحد المنصوص عليه في المادة 61 و المادة 112، أما الثاني فهو فسخ تعاقدي إتفاقي يتم حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض في الصفة.

على أنه في حالة الفسخ في صفة جارية باتفاق مشترك يوقع الطرف وثيقة الفسخ التي يجب أن تنص على تقديم الحسابات المعدة تبعا للأشغال المنجزة و الأشغال الباقي تنفيذها و كذلك تطبيق مجموع بنود الصفة.⁽¹⁾

1- شروط ممارسة جزاء الفسخ:

أ- الخطأ الجسيم : لتوقيع جزاء الفسخ يفترض وقوع أخطاء جسمية من المتعاقد و بوجه عام فإن الواقع التي تجر تطبيق الجزاءات الضاغطة يمكن أن تكون مبررات للفسخ ذاته.⁽²⁾

و الخطأ الجسيم عبارة عن إخلال المتعاقد بإلتزام قانوني أو تعاقدي و للإدارة سلطة تقدير مدى جسامته هذا الخطأ أو الإخلال بتلك الإلتزامات، بحيث يمكن توقيع الفسخ جزاء و ذلك تحت رقابة القاضي.

و قد إكتفى المشرع الجزائري في نص المادة 112 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 بالإشارة إلى عدم تنفيذ المتعاقد لإلتزاماته كمبرر لفسخ الصفة من جانب واحد و هذا دون تعداد لصور الإخلال أو أسباب الفسخ، كما لم يشترط درجة معينة من الجسامنة للخطأ المرتكب من المتعامل المتعاقد لمعاقبته بالفسخ، و بالتالي تملك المصلحة المتعاقدة وحدها تقدير جسامنة الإخلال بتلك الالتزامات التعاقدية مما قد يفتح باب التعسف من جانبها في توقيع هذا الجزاء.⁽³⁾

(1) إسماعيل بحري، مرجع سابق، ص125.

(2) عبد المجيد فياض، مرجع سابق، ص276.

(3) إسماعيل بحري، مرجع نفسه، ص126.

و من أمثلة الخطأ المؤدي إلى الفسخ، التي تشير إليه أحكام القضاء ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي من أن إهمال المتعاقد للأعمال أو وقف التوريد يعد خطأ جسيما يبرر الفسخ، وكذلك التنازل عن العقد أو التعاقد بشأنه دون إذن سابق من الإداره.⁽¹⁾

بـ- الإعذار : من حيث المبدأ يجب إعذار المتعاقد مسبقا بالفسخ الجزائي و منحه فترة معقولة تسمح له بأدائه إلتزاماته، و يعتبر الفسخ غير المسبوق بهذا الإجراء معيبا.

فالمصلحة المتعاقدة مقيدة في إستعمالها سلطتها في توقيع جزاء الفسخ على المتعاقد معها في حالة تقصيره وإخلاله بإلتزاماته- بضرورة إعذاره مقدما قبل توقيع الجزاء. و لا يعفيها من ذلك إلا نص صريح في العقد أو إذا كانت هناك حالة إستعجال أو ضرورة.⁽²⁾

و لقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما نص في المادة 112 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 على وجوب توجيه إعذار للمتعامل المتعاقد بهدف الوفاء بإلتزاماته خلال مدة معينة فإذا إنقضت هذه المهلة و لم يتدارك أخطائه خلالها أجاز للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى فسخ الصفقة من جانب واحد، لأن الهدف من إبرام الصفقات العمومية هو إنجاز المشروع و الأشغال مما كانت الظروف لإرتباطها بالصالح العام. لذلك يجب أن يكون جزاء الفسخ آخر جزاء تلجمأ إليه المصلحة المتعاقدة لأنه يؤدي إلى إنهاء الرابطة العقدية و تعطيل مشروع موضوع الصفقة،⁽³⁾ و المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 قد أشار بوضوح أن بيانات الإعذار و آجاله يحددها قرار صادر عن وزير المالية، و الذي تم فعلا إصداره بتاريخ 28 مارس 2011 في الجريدة الرسمية 24، حيث نصت المادة 02 منه أن الفسخ لا يتم من جانب المصلحة المتعاقدة إلا بعد توجيه إعذارين للمتعامل المتعاقد العاجز كما وصفته المادة المذكورة.

⁽¹⁾ حكم الصادر في 09 ديسمبر 1925 في قضية (Lorfeld)، المجموعة ص 991، و كذلك حكم الصادر في 23 يناير سنة 1952 في قضية (compagne) مجلة القانون العام سنة 1952 ص 527، عن سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 554.

⁽²⁾ حسين درويش، مرجع سابق، ص 186.

⁽³⁾ فتحة حابي، مرجع سابق، ص 303.

و ببنت المادة 03 من القرار مضمون الإعذار.⁽¹⁾ أما عن إجراءات تبليغ الإعذار فقد بينته المادة 04 بأنه يتم برسالة موصى عليها ترسل إلى المتعامل المتعاقد مع إشعار بالاستلام و نشره وجوبا حسب الشروط المحددة في القرار.

المطلب الثاني: التسوية المالية للعقد الإداري

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

و لما كان للصفقة العمومية كما تقدم البيان وثيق الصلة بفكرة المال العام و بحقوق الخزينة العامة وجب التأكد من حسن التنفيذ و أداء الخدمة قبل إتخاذ إجراء تحويل المال و وضعه في رقم حساب المتعامل المتعاقد.⁽²⁾

و عليه يمكن تصنيف الإلتزامات الواردة على المصلحة المتعاقدة من زاوية مكافأة المتعامل المتعاقد عن تنفيذ لموضوع الصفة إلى نوعين رئيسين هما:

- 1 دفع المقابل المالي المنصوص عليه في العقد.
- 2 تعويض خسائر المتعامل المتعاقد (التعويض المحتمل).

الفرع الأول: دفع المقابل المالي

من بين الإلتزامات الملقاة على المصلحة المتعاقدة إتجاه المتعاقد معها هو دفع المقابل المالي المتفق عليه في الصفة، و الغالب أن يستحق بعد تقديم الأداء من جانب المتعاقد. إلا أن المشرع الجزائري و نظراً لضخامة تكاليف بعض الصفقات و تيسيراً منه على المتعاقد مع الإدارة بغية التنفيذ الحسن لموضوع الصفة و ضمان استمراره في ذلك

(1) تنص المادة 03 من قرار وزير المالية مؤرخ في 28 مارس 2011، يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار و آجال نشره، ج.ر عدد 24، الصادرة في 20 أفريل، على ما يلي: "يجب أن يتضمن الإعذار الذي توجهه المصلحة المتعاقدة إلى المتعامل المتعاقد، البيانات الآتية: - تعين المصلحة المتعاقدة وعنوانها، - تعين المتعامل المتعاقد وعنوانه، - التعين الدقيق للصفقة و مراجعتها، توضيح إن كان أول أو ثاني إعذار، عند الاقضاء، - موضوع الإعذار، - الأجل الممنوح لتنفيذ موضوع الإعذار، - العقوبات النصوص عليها في حالة رفض التنفيذ".

(2) عمار بوسيف، مرجع سابق، ص 260.

أقر و بموجب النصوص القانونية بإمكانية العمل بآليات أكثر مرونة من خلال الإقرار بمنح المتعاقد مع الإدارة أقساط تمنح مقابل التنفيذ الجزئي لموضوع الصفقة، بل قد أجيز للمصلحة المتعاقدة و في بعض الأوضاع دفع مبالغ مالية للمتعاقد معها قبل تنفيذ الخدمات موضوع الصفقات و دون مقابل التنفيذ المادي للخدمة في حدود نسب محددة.⁽¹⁾

و بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 و كفالة منه لهذا الحق فقد نص في المواد من 73 إلى المادة 91 على وضع آليات لعملية الدفع و آجال تحقيق هذه العملية ضمنا من المشرع لحقوق المتعامل المتعاقد، و هذا ما يعكس أيضا الإهتمام البالغ بهذه المسألة نظرا لخطورتها خاصة في عقد الأشغال أين تتعدد المهام و يرتفع مبلغصفقة.⁽²⁾

و يعرف الثمن أو السعر على أنه ذلك المقابل النقدي الذي يتلقاه المتعامل المتعاقد من الجهة الإدارية نظير ما يقدم لها من سلع و خدمات و أشغال، و يتم تحديده في أغلب العقود الإدارية بمقتضى شرط يدرج في صلب العقد أو بمقتضى وثائق مستقلة تلحق به و يجوز أن يكون تحديد الثمن بالإجابة إلى عناصر أخرى خارجة عن العقد مثل قوائم التسعير الجبri.

و الأصل أن المقابل في العقد يتسم بطابع الإستقرار و الثبات⁽³⁾، فهو من الشروط التعاقدية التفاوضية و بالتالي لا يمكن للمصلحة المتعاقد تعديلها أو نقضها إلا بموافقة الطرف الآخر.

و نظرا لأهمية المقابل المالي لكلا طرف في الصفقة فإن المشرع لم يغفل تنظيمه و كيفيات استيفائه من قبل المصلحة المتعاقدة، بحيث تعرض النظام القانوني للصفقات العمومية لآليات تحديد السعر بكل وضوح و طابعه و كيفيات دفعه أيضا.

⁽¹⁾ عادل بوعمران ، النظرية العامة للقرارات و العقود الإدارية، دراسة تشريعية، فقهية و قضائية، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر 2011، ص106.

⁽²⁾ عمار بوضياف، مرجع سابق، ص230، و أيضا رياض لوز، مرجع سابق، ص67.

⁽³⁾ ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص177.

أولاً - آليات تحديد السعر في الصفقة العمومية:

يتبيّن من قراءة المادة 63 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 بأنه تعددت كيفيات تحديد السعر والذي يتم كما يلي:

1- السعر الإجمالي والجزافي: أغفلت كل التنظيمات القانونية للصفقات العمومية تعريف هذا الأسلوب بـإثناء دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والمواصلات، الذي أفاد الجزء من الفقرة ب من المادة الأولى منه على أن: "الصفقة المبرمة وفقاً للسعر الإجمالي هي تلك الصفقة التي يكون فيها العمل المطلوب إنجازه من طرف المقاول محدد تماماً و السعر محدد إجمالياً و مسبقاً".⁽¹⁾

و عليه يتم الاتفاق مسبقاً على السعر الإجمالي الجزافي و بشكل نهائي غير قابل للتغيير أو التعديل إلا في حالة القوة القاهرة و توافر شروطها.⁽²⁾

2- السعر بناء على قائمة الوحدة : يعني إعتماد طريقة سعر يحسب بناء على سعر أو مجموعة أسعار محددة سلفاً لكل شغل سينفذ، و هذا السعر يطبق على عدد الوحدات المنفذة فعلياً مما يعني أن السعر النهائي للصفقة غير محدد سلفاً، و إنما يحدد سعر كل وحدة و يعرف السعر من حاصل ضرب السعر المتفق عليه في عدد الوحدات المنفذة فعلاً.⁽³⁾

و تنظيم الصفقات العمومية رقم: 10-236 لم يتطرق لتعريف هذا الأسلوب، على خلاف دفتر الشروط الإدارية العامة الذي أوضح في الجزء ب من الفقرة ب من المادة الأولى على: "إن صفات أسعار الوحدات هي الصفقات التي يجري تسديدها على أسعار الوحدات وفقاً للمقادير المنفذة فعلياً و يجوز بصورة خاصة إعداد أسعار الوحدات على الصفقة المعتبرة (الجدول) أو إعدادها على أسعار النشرة المتداولة (المتسلسلة).

(1) فتيحة حابي، مرجع سابق، ص 167.

(2) إسماعيل بحري، مرجع سابق، ص 69.

(3) فتيحة حابي، مرجع نفسه، ص 169.

يمس هذا الأسلوب بمبدأ جوهرى في العلاقات التعاقدية و هو الإلتزام بتحديد الثمن أو السعر بدقة عند إبرام العقد، إذ في صفة سعر الوحدة لا يكتسب السعر الطابع النهائي أثناء الإبرام، لأنه يتساير مع المقادير و الأشغال المنفذة فهو لن يعرف إلا في نهاية الإنجاز.

3- السعر بناء على نفقات المراقبة : ورد ذكره في المادة 63 من تنظيم الصفقات العمومية رقم: 10-236 دون تعريفه. تاركا ذلك لدفتر الشروط العامة لسنة 1964 السابق ذكره و الذي عرفه في المادة الأولى منه كما يلى: "إن صفة النفقات المراقبة هي الصفقات التي تكون نفقات المقاول فيها حقيقة و مراقبة (اليد العاملة و الأدوات، و المواد المستعملة....إلخ) و التي تستهدف تنفيذ شغل محدود و يجري تسديدها إليه مع إضافة زيادة في مقابل النفقات العامة وربح".⁽¹⁾

و منه فالسعر الذي يتضمنه المتعاقد وفق هذا الأسلوب لا يكون محدد أو معروفا عند إبرام الصفقة، لكن المحدد هو معايير و مقاييس المراقبة و ما سينفقه المتعامل المتعاقد أثناء إنجازه للخدمة، لذا يجب أن تذكر و تحدد طبيعة و طريقة الحساب و قيمة مختلف العناصر المتعاقد عليها لأجل تحديد الثمن الواجب الدفع.

فالملائحة المتعاقدة تحدد المقابل المالي بعد قيام المتعامل المتعاقد بتنفيذ الصفقة بشكل فعلى، و بعد مراقبتها و معاينتها لما تم إنجازه ميدانيا، بالإضافة لتحريرها لكل النفقات و المصاريف الحقيقة التي يتحملها المتعامل المتعاقد وكذا ربحه. و هذه الآلية مطبقة أكثر في صفقات الأشغال، لأن طبيعتها تتوافق مع هذا الأسلوب إذ يمكن للمملحة المتعاقدة معاينة الأشغال المنجزة فعليا و تقديرها نقدا وفقا للمعايير المحددة سلفا.⁽²⁾

4- تحديد السعر بسعر مختلط: بناء على المادة 63 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 يعد السعر المختلط أحد أساليب تحديد المقابل المالي، و قد أغفل هذا المرسوم الأخير تعريفه كما أغفلته التنظيمات السابقة، إن هذا الأسلوب يفترض منه أن يكون جاما بين

⁽¹⁾ راجع المادة 01 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، المذكور سابقا.

⁽²⁾ إسماعيل بحري، مرجع سابق، ص71.

أسلوبين من أساليب تحديد الثمن كأن يجمع بين السعر بناء على قائمة سعر الوحدة وكذلك السعر بناء على النفقات المراقبة.

و عملياً يجد هذا النوع مجاله الخصب في صفقات الأشغال، بحيث يتم الحساب بطريق أو سعر إجمالي جزافي للبنية القاعدية بالنسبة للكميات المنجزة فعلياً، أما للبنية الفوقية للإنجازات يتم تقييمها على أساس سعر النفقات المراقبة عادة.⁽¹⁾

ثانياً- طابع السعر في الصفقة العمومية:

عموماً مهما كان أسلوب تحديد السعر فإن هذا الأخير غير قابل للتغيير من حيث المبدأ إلا في حالة إستثنائية قد ترد على هذا المبدأ تعليلها إرادة المتعاقدين و أخرى ظروف خارجية لذلك نصت المادة 64 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 على أن سعر الصفقة يمكن أن يكون ثابتاً أو قابلاً للمراجعة وفي الحالة الأخيرة يجب أن تحدد الصفقة صيغته أو صيغ مراجعته وكذلك كيفيات تطبيقها.⁽²⁾

1- السعر الثابت: ورد في نص المادة 64 من تنظيم الصفقات العمومية رقم: 10-236 دون تعريف، و بالإستعانة بالنصوص السابقة للصفقات العمومية، منها الأمر رقم: 67-90 الذي عرفه بنص المادة 26 منه على أنه " تكون الأسعار نهائية و قابلة للمراجعة، فالأسعار النهائية هي التي لا يمكن تعديلها بسبب تغير الظروف الاقتصادية و على العكس في ذلك تكون الأسعار قابلة للمراجعة". و عليه فإن السعر الثابت يتم تحديده في بنود الصفقة و يذكر بالأرقام و الأحرف، فلا يشار في الصفقة لإمكانية مراجعته.⁽³⁾

2- السعر القابل للمراجعة : قد تتضمن الصفقة العمومية بندًا يخول أطرافها مراجعة الأحكام المالية فيها بتغيير السعر أو تحبينه مع العوامل والظروف الاقتصادية الجديدة. وهذا طبقاً للأحكام المقررة في المواد 64 إلى 71 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ فتيحة حابي، مرجع سابق، ص 169.

⁽²⁾ عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 236.

⁽³⁾ راجع المادة 64 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المعدل و المتم.

⁽⁴⁾ لنفصل أكثر راجع بحري إسماعيل، مرجع سابق، ص 71، و أيضاً فتيحة حابي، مرجع نفسه، ص 171.

ثالثاً- آليات دفع المقابل المالي (الثمن):

الأصل أن تسديد المقابل المالي لا يكون إلا بعد إجاز موضوع الصفة سواء القيام بالخدمة أو تسليم التوريدات المطلوبة، لكن الأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها قد يقابله عدم قدرة المتعامل المتعاقد على تنفيذ إلتزاماته في بعض الأحيان أو إلى إرهاقه خصوصاً في الصفقات العمومية الطويلة الأمد التي يتطلب تنفيذها مبالغ مالية كبيرة. لذلك فإن - إستثناء على القاعدة السابقة - المصلحة المتعاقدة قد تصرف للمتعامل معها دفعات على وجه التسبيق و أثناء البدء في تنفيذ الصفة. لذا يعتبر تنظيم الصفقات العمومية رقم: 10-236 في المادة 73 منه أن التسوية المالية للصفقة تتم بالتسبيقات و/أو الدفع على الحساب و بالتسوية على رصيد الحساب و هي الكيفيات التي سنتعرض لها تباعاً.⁽¹⁾

1- التسبيق: و قد عرفه المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 في المادة 74 كما يلي: " هو مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، و بدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة" بمعنى أن المصلحة المتعاقدة تبادر بدفع تسبيق في رقم الحساب الجاري للمتعامل المتعاقد رغم أن هذا الأخير لم يباشر بعد الخدمة موضوع الصفة بهدف مساعدته على مباشرة الأعمال و الوفاء بالأعباء المالية. ⁽²⁾ و يتخذ التسبيق حسب المادة 76 من نفس المرسوم أحد الشكلين:

أ- التسبيق الجzáفي:⁽³⁾ و تتمثل في المبالغ و القيم التي يتم دفعها دون أدنى شكلية و بنسبة محددة لا يتجاوز سقفها 15% من السعر الأولي للصفقة.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ مراد زوايد، النظام القانوني، النظام القانوني للوفاء بالمقابل المالي بقانون الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع إدارة و مالية، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، الجزائر، 2012، ص62.

⁽²⁾ عمار بوضياف، مرجع سابق، ص231.

⁽³⁾ من الإشارة أن التسبيق الجzáفي في المادة 44 من القرار الصادر في 21 نوفمبر 1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة على الصفقات، و المنشور في العدد 6 من الجريدة الرسمية لسنة 1965، أطلق عليه بالتبسيق الإجمالي، و يبدو أن المصطلح الجزائري أبلغ و أدق. عمار بوضياف، مرجع نفسه، ص213.

⁽⁴⁾ راجع المادة 77 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المعدل و المتمم.

و يمكن دفعه مرة واحدة كما يمكن توزيعه على أقساط يتم الإنفاق عليها في الصفة و هذا بناءاً على المادة 79 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236.⁽¹⁾

ب- التسبيق على التموين : و هي التسببيقات المخصصة لصفقات الأشغال و التزويد باللوازم و التي تسلم للمتعامل المتعاقد متى أثبتت حيازته لعقود و طلبات مؤكدة للمواد أو المنتجات الضرورية لتنفيذ الصفة. ⁽²⁾ غير أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تطلب من المتعامل المتعاقد معها إلتزاماً صريحاً بإيداع المواد و المنتوجات المعنية في الورشة أو في مكان التسليم خلال أجل يلائم الرزنامة التعاقدية تحت طائلة إرجاع التسببيقات. ⁽³⁾ كما أنه متى حدث الجمع بين التسبيق الجزافي و التسبيق على التموين فلا يجوز كحد أقصى أن يتجاوز 50 % من المبلغ الإجمالي للصفقة و هذا ما نصت عليه المادة 82 من المرسوم الرئاسي.

2- الدفع على الحساب : يعرفه تنظيم الصفقات العمومية رقم: 10-236 بأنه كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفة، و منه فهو تسوية جزئية لملبغ الصفة تتم قبل التنفيذ الكامل لها، و يتم ذلك وفقاً لنسب و معدلات تضبط باتفاق مشترك بين طرفين في الصفة.

و على عكس المرسوم الرئاسي رقم: 250-02 السابق (الملغى) الذي لم يفتح هذه الإمكانية إلا بخصوص صفقات الأشغال و الخدمات دون غيرها، فإن التنظيم الحالي وسع إمكانية الدفع على الحساب لحائز جميع الصفقات بغض النظر عن مجالاتها.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ غير أنه إذا كان يترتب على رفض المصلحة المتعاقدة قواعد الدفع و/أو التمويل المقررة على الصعيد الدولي ضرر أكيد بهذه المصلحة بمناسبة التفاوض على الصفة، فإنه يمكن هذه المصلحة أن تقدم إستثنائياً، تسببيقاً جزافياً يفوق النسبة المحددة في المادة 77 من هذا المرسوم الرئاسي رقم: 10-236، و ذلك بعد موافقة الصرحية من الوزير الوصي أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي حسب الحال، و تمنح هذه الموافقة بعد إستشارة لجنة الصفقات المختصة المادة 78 من نفس المرسوم.

⁽²⁾ راجع المادة 80 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المعدل و المتمم.

⁽³⁾ بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات و العقود الإدارية، مرجع سابق، ص107.

⁽⁴⁾ راجع المادة 74 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المعدل و المتمم.

أ- أنواع الدفع على الحساب : عدد التنظيم الحالي أنواعا للدفع على الحساب و ذلك من خلال نص المادتين 84، 85 منه و هي كالتالي:

- **الدفع على الحساب على إثر القيام بعمليات جوهرية:**

أشارت المادة 1/84 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 إلى ما يلي: "يمكن أن يقدم دفع على الحساب لكل من حاز صفة، إذا أثبتت القيام بعمليات جوهرية في تنفيذ هذه الصفة".⁽¹⁾ فيدفع للمتعامل المتعاقد مبلغ على الحساب، إذا ما أثبت أنه قام بعمليات جوهرية في إطار إنجاز و تنفيذ الصفة، و يتوقف هذا الدفع على أساس تقديم المتعاقد لمحاضر أو كشوف وجاهية خاصة بالأشغال المنجزة و مصاريفها، و هذا ما نصت عليه المادة 85 مطة 1 من المرسوم ذاته.

- **الدفع على الحساب عند التموين بالمنتوجات:**

نصت عليه المادة 02/84 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236، حيث يصرف هذا النوع بمجرد التموين بالمنتوجات المسلمة في الورشة، و التي لم تكن محل دفع عن طريق التسببيقات على التموين و المواد الأولية و الأشياء المصنعة و غير التي تدخل في تركيب المواد الضرورية للأشغال، و هذا حتى نسبة 80% من مبلغها المحسوب بتطبيق أسعار وحدات التموين المعدة للصفقة على أساس الكميات المعينة، و لا يستفيد المتعامل المتعاقد على الدفع على الحساب إلا فيما يخص التموينات المقتناة في الجزائر.

- **الدفع على الحساب على أساس دفع الأعباء الاجتماعية:**

يحق للمتعامل المتعاقد أن يحصل على هذا النوع من الدفع عندما يقدم جدول الأجر المطابق للتنظيم المعمول به أو جدول التكاليف الاجتماعية مؤشرا عليه من طرف

⁽¹⁾ كانت صياغة هذه المادة مختلفة في نصوص التنظيمات السابقة نجد المادة 1/72 من المرسوم رقم: 250-02 الملغى و المذكور سابقا، تنص: "يمكن أن يقدم الدفع على الحساب من حاز صفة أشغال أو خدمات إذا أثبتت القيام بعمليات جوهرية في تنفيذ هذه الصفة"، فالتنظيم حصرها في هذين النوعين من الصفقات، و جاءت أحكام المرسوم التنفيذي رقم: 434-91 الملغى بالمرسوم رقم: 250-02، و في المادة 1/73 منه بالصياغة ذاتها، على عكس المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 الذي لم يحصرها في صفات الأشغال أو الخدمات و هكذا يكون بذلك زال التناقض الذي كان بين المادة 1/72 و المادة 73 مطة 2، هذه الأخيرة نصت على: "جدول تفصيلي للوازム" أي صفقات توريد اللوازم غير المذكورة في المادة 1/72 من المرسوم 02-250 الملغى. فتىحة حابي، مرجع سابق، ص196.

صندوق الضمان الاجتماعي المختص و هذا ما تضمنته المادة 85 مطه 3 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236.⁽¹⁾

3- التسوية على رصيد الحساب : و تمثل في الدفع المؤقت و النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفة بعد التنفيذ الكامل و المرضي لموضوعها.

أ- التسوية على رصيد الحساب المؤقت : لا يمكن تطبيق هذه التسوية إلا إذا نصت عليها الصفة و هي ترمي لدفع المبالغ المستحقة للمتعامل المتعاقد بعنوان التنفيذ العادي للخدمات المتفق عليها، على أن تبادر الإدارة إلى إقطاع الضمان المحتمل و الغرامات المالية عند الإقضاء و الدفعات بعنوان التسبiqات و الدفع على الحساب على إختلاف أنواعها.⁽²⁾

ب- التسوية على رصيد الحساب النهائي : أفادت المادة 87 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 أنه يترتب على هذه التسوية رد إقطاعات الضمان وشطب الكفالات التي كونها المتعامل المتعاقد عند الإقضاء، و لا يتم ذلك إلا بعد التأكيد من حسن تنفيذ المشروع و بعد تقديم الوثائق القانونية المثبتة لذلك.⁽³⁾ و بعد إثبات أداء الخدمات المتعاقد عليها في الصفة يتعين على المصلحة المتعاقدة القيام بصرف التسوية النهائية في أجل لا يتجاوز 30 يوما من إسلام الكشف أو الفاتورة، غير أنه يمكن تحديد أجل أطول لتسوية بعض الصفقات بقرار من وزير المالية، و هذا دون أن يتجاوز هذا الأجل شهرين، و تعلم المصلحة المتعامل المتعاقد بتاريخ الدفع و إصدار الحواله.⁽⁴⁾ و اعترفت الفقرة 04 من المادة 89 من نفس المرسوم للمعامل المتعاقد بحق الحصول على الفوائد التأخيرية في حال تجاوز الآجال المذكورة.⁽⁵⁾

(1) فتيحة حابي، مرجع سابق، ص197، و أيضا إسماعيل بحري ، مرجع سابق، ص78.

(2) راجع المادة 86 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل و المتمم.

(3) خرشي التوي، مرجع سابق، ص284.

(4) راجع المادة 89 من المرسوم 10-236 المعدل و المتمم.

(5) عمار بوضياف، مرجع سابق، ص235.

و مما سبق عرضه يمكن القول بأن تنظيم الصفقات العمومية رقم: 10-236 قد كان حريصا على تحديد إلتزامات المصلحة المتعاقدة خصوصا إحترام آجال الدفع بحيث يلاحظ في الواقع العملي، تأخر هام في هذه العملية الحساسة وهو ما لا يشجع المتعاملين المتعاقدين.

الفرع الثاني: التعويض المحتمل

طبقا للمبادئ العامة المقررة في القانون المدني فإن الإدارة إذا تسببت في إحداث ضرر للمتعامل المتعاقد جاز لهذا الأخير مطالبتها بالتعويض.⁽¹⁾ وكذلك الحال بالنسبة لـإخلالها بإلتزاماتها التعاقدية فالتجاوز أو الخرق قد يحدث من جانب الإدارة المتعاقدة فلتلزم عندئذ بالتعويض. و في كل الحالات وجوب اللجوء للقضاء المختص و أن يثبت المتعامل المتعاقد إما خطأ الإدارة أو تجاوزها لأحد بنود العقد للمطالبة بالتعويض، أو حتى عند القيام بأعمال ثانوية أو تحمل أعباء إضافية و غيرها من حالات التعويض.⁽²⁾ و عليه فإن مسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها قد تتعقد على أساس الخطأ أو من دونه.

أولاً- مسؤولية الإدارة عن التعويض المتعاقد معها على أساس الخطأ:

يأخذ الخطأ العقدي المرتب لمسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها صورتان:

1- الصورة الأولى : إخلال الإدارة بأحد الإلتزامات العقدية المقررة كعدم تسليم الإدارة المتعاقد معها الموقع في الوقت المناسب أو عدولها عن المشروع دون مبرر أو حرمان المتعاقد من التسهيلات المالية المقررة في العقد.

(1) سمير عثمان يوسف، نظرية الظروف الطارئة و أثرها في التوازن المالي للعقد الإداري، الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص152.

(2) عمار بوضياف، مرجع سابق، ص236.

2- الصورة الثانية : إستعمال المصلحة المتعاقدة لسلطاتها على نحو مخالف للقانون كاستعمالها اللامشروع لسلطات الرقابة و التوجيه أو تجاوز تعديلاتها لنطاق المشرعية أو توقيعها لجزاءات بالغة الجسامه دون مبرر لها.

ثانيا- مسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها دون خطأ:

و يكون على أساس التزام الإدارة بالتعويض هنا إما إستنادا لنظرية الإثراء بلا سبب كحال قيام المتعاقد معها لإنجازات إضافية متى ثبت أنها ضرورية لإنجاز محل العقد و أن الإدارة كانت راضية عن قيامه بها و هو في إطار الالتزام التعاقدى. و إما يكون التعويض أساسه في إطار ضمان التوازن المالي للعقد.⁽¹⁾

⁽¹⁾ بوعمران عادل، دروس في المنازعات الإدارية، دراسة تحليلية نقدية و مقارنة، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر 2014 ص 305.

المبحث الثاني: تنفيذ المتعامل المتعاقد للعقد الإداري

يلتزم المتعاقد مع الإدارة - ككل طرف في عقد ما - بأن يوفي إلتزاماته التعاقدية وفقا لشروط العقد و حسب القواعد العامة المقررة في هذا الصدد، و لا يكاد يختلف موقف المتعاقد في العقود الإدارية من هذه الناحية عن موقف غيره من سائر المتعاقدين. إلا فيما يتعلق بمدى تأثير تأخيره في التنفيذ على المرفق العام، التي يمكن في هذه الحالة الأخيرة توقيع جزاءات على المتعاقد المتأخر أو المقصر في إلتزاماته التعاقدية⁽¹⁾، كفالة من المشرع في مجال الصفقات العمومية لحقوق الإدارة. و مصادر إلتزامات المتعاقد مع الإدارة يكون مصدره العقد إلى جانب تلك الشروط المفترضة في كل العقود الإدارية و التي يجب إحترامها حتى و لو لم تضمن كبند صريح في بيانات أو عقد الصفقة.⁽²⁾

فالمصلحة المتعاقدة تحرص على أن تتroxى الدقة في صفقاتها المبرمة لأنها تتعلق بالمرافق العامة و التي يجب أن تستمر في أداء أعمالها بانتظام و إطراد في كل الأوقات و من هذا المنطلق منحت الإدارة سلطات و حقوق إستثنائية في مواجهة المتعاقد معها تتمتع بها كوظائف تمارسها في إطار القانون العام لكن ضمن حدود و ضوابط لجعلها تتماشى و أهداف سير المرافق العامة الرامية إلى تحقيق المنفعة العامة. و بما أن مرحلة التنفيذ هي تلك المرحلة الهامة في مسارصفقة العمومية فقد تمت إحاطاتها بكم كبير من الأدوات القانونية الالزمة لضمان سيرها الحسن تحقيقا لمبادئ إبرام الصفقات العمومية و تعد هذه الأدوات السبيل الأنفع لتؤدية كل طرف لإلتزاماته.⁽³⁾

و بالنظر إلى إلتزامات المتعامل المتعاقد عديدة و متنوعة و لا يمكن حصرها حصرا وثيقا في إطار النظام القانوني للعقود الإدارية و وفقا للتشريع المعمول به فيمكن رد هذه الإلتزامات إلى نوعين و هي إلتزام بالتنفيذ التقني للعقد الإداري و الإلتزام بالتنفيذ المالي للعقد الإداري.

⁽¹⁾ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص436.

⁽²⁾ محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص181.

⁽³⁾ إسماعيل بحري، مرجع سابق، ص95.

المطلب الأول: التنفيذ التقني للعقد الإداري

يلتزم المتعاقد مع الإدارة بوجه عام بتنفيذ جميع إلتزاماته المقررة في العقد و ما يصاحبه من وثائق لاسيما دفاتر الشروط أو التي تقرر بمقتضى التعديلات التي تجريها الإدارة بإرادتها المنفردة في حدود حق التعديل المقرر لها قانونا، و يلتزم المتعاقد أيضا بتنفيذ أوامر الإدارة و توجيهاتها في حدود حق الرقابة و التوجيه المقرر لها قانونا و لا يعفى المتعاقد من إلتزاماته إلا القوة القاهرة.⁽¹⁾

و لما كان تنفيذ العقود الإدارية عامة و الصفقات العمومية على وجه الخصوص يخضع لمبدأ رعاية المصلحة العامة و ضمان إستمرارية المرفق العام، فإن المتعامل المتعاقد ملزم بأداء شروط الصفة المتعاقد عليها.⁽²⁾ لأنه الأقدر و الأنسب على ذلك حسب ما تقتضيه أحكام المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 إذ يحرص المتعاقد مع الإدارة في مجال التنفيذ التقني على ما يلي:⁽³⁾

-الأداء الشخصي للخدمة موضوع العقد.

-أداء الخدمة حسب الكيفيات و الشروط المتعاقد عليها.

-تنفيذ موضوع الصفة بطريقة سليمة و عناء تامة.

-احترام الآجال اللازمة لتنفيذ العقد.

-الالتزام بالضمانات ذات الطبيعة التقنية.

الفرع الأول: الأداء الشخصي للخدمة موضوع العقد

بالنظر إلى صلة العقد الإداري الوثيقة بالمرفق العام فإن الإدارة تراعي اعتبارات خاصة فيما يتعلق بالمتعاقد معها، سواء من حيث الكفاية المالية أو المقدرة الفنية، أو حسن السمعة، أو الجنسية...إلخ، و من ثم فإن الاعتبار الشخصي يوضع في المقام الأول سواء فيما يتعلق بإختيار المتعاقد أو تنفيذ العقد⁽⁴⁾، و من ثم فإن المتعامل المتعاقد ملزم

⁽¹⁾ يوسف برکات أبو دقة، مرجع سابق، ص32.

⁽²⁾ إسماعيل بحري، مرجع سابق، ص109.

⁽³⁾ راجع المواد 09، 56، 62، 108 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المعدل و المتمم.

⁽⁴⁾ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص438.

بتنفيذ الصفقة شخصياً بنفسه و على مسؤوليته الخاصة بمعنى أن يقوم بتنفيذ الصفقة بإمكاناته الخاصة، سواء أمواله الخاصة من أجهزة، آلات كفاءات عمال... إلخ. ⁽¹⁾ و لا يعفى من تلك المسؤولية قيامه بإحالة قسم من الأعمال إلى المتعامل ثانوي، فالمتعامل المتعاقد يظل مسؤولاً عما يرتبط به من أعمال عقدية مع الإدارة سواء عن أعماله الشخصية أو عن أعمال المتعامل الثانوي على أساس تحمل التبعية. ⁽²⁾

و لا يقصد بالأداء الشخصي للعمل أو الخدمة موضوع الصفقة العمومية أن يلزم المتعامل المتعاقد بأداء الخدمة وحده دون الاعتماد على الغير أو الإستعانة بهم لتنفيذ المشروع محل العقد، إذ لا يمكن تصور ذلك خاصة في عقد الأشغال بل المقصود به أن المتعامل المتعاقد لا يمكن أن يلقي بمسؤوليته التي تعهد بالوفاء بها إلى الغير، فيتحلل من بعض إلتزاماته. فهو المسؤول بعد توقيع الصفقة عن التنفيذ الكامل و التام و النهائي للمشروع حتى و لو عهد للغير القيام بجزء من العمل أو الخدمة في إطار التعامل الثانوي و هذا ما نصت عليه المادة 107 و 108 و 109 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236. ⁽³⁾ و يتربّ على ضرورة إلتزام المتعاقد شخصياً بإلتزامات التي تترتب على العقد الإداري بيان حكم القانون في بعض المسائل كما يلي:

أولاً- التعاقد من الباطن (التعامل الثانوي):

الأصل العام أنه لا يجوز للمتعامل المتعاقد أن يحل غيره محله في تنفيذ إلتزامات الناشئة عن العقد كلها أو بعضها. ⁽⁴⁾ غير أن المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 اعترف في المادة 109 منه للجوء للتعامل الثانوي و قيد ذلك بتوافر شروط معينة هي:-
أن يتم النص على التعامل الثانوي في أصل الصفقة الأصلية أو في دفتر الشروط، فلا يجوز للمتعامل المتعاقد اللجوء لتقنية التعاقد الثانوي إذا خلا عقد الصفقة من الإشارة إلى ذلك.

⁽¹⁾ Christophe LAJOYE, Droit des marchés publics, édition BERTI, Alger, 2007, P161.

⁽²⁾ محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص183.

⁽³⁾ عمار بوضياف، مرجع سابق، ص244.

⁽⁴⁾ جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص263.

-أن يحظى إختيار المتعامل الثاني بموافقة المصلحة المتعاقدة، و ذلك للتأكد من وضعية المتعامل الثاني القانونية تجاه تشريعات الدولة ذات العلاقة بمجال الصفقات العمومية. فقد لا تتوافر فيه الشروط الالزمة، وقد يكون في وضعية مخالفة للتشريع الجبائي، أو المحاسبي أو التشريع الإجتماعي كما قد يكون في حالة إفلاس وغير ذلك من الحالات أو الوضعيات المشار إليها في المادة 52 من المرسوم الرئاسي 10-236، وبالتالي تقادى التعامل معه و عدم ترشيحه لتنفيذ جزء من الصفقة حماية و حفاظا على الصالح العام.⁽¹⁾

1- التكيف القانوني للعقد الباطن (المتعامل الثاني) : العقد الذي ينشئ بين المتعاقد الأصلي و المتعاقد الباطن والذي وافقت عليه الإدارة هو عقد مدني يخضع لأحكام القانون الخاص و يختص القضاء العادي بالفصل في المنازعات المتعلقة به.⁽²⁾

2- المركز القانوني للمتعامل الثاني : إنطلاقا من قاعدة مفادها أن المتعامل الثاني ليس طرف في العقد الإداري المبرم بين الإدارة و المتعامل المتعاقد، وبالتالي يحصل على مستحقاته من المتعامل المتعاقد لا من المصلحة المتعاقدة.

غير أنه و من باب الوفاء للمتعاملين الثانيين النظاميين بحقوقهم الثابتة و المكفولة في الصفقة إعترفت المادة 109 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 للإدارة المتعاقدة بدفع مستحقات المتعامل الثاني، و علقت ذلك على صدور قرار وزير يبين الشروط و الكيفيات.⁽³⁾

و لقد صدر القرار الموعود به بتاريخ 28 مارس 2011 عن وزير المالية مبيناً كيفيات الدفع المباشر للمتعامل الثاني و المنشور في الجريدة الرسمية لسنة 2011 العدد 24.⁽⁴⁾ حيث جاءت المادة 02 منه أنه إذا كانت الخدمات الواجب تنفيذها من المتعامل الثاني محددة في الصفقة من حيث مبالغها القصوى، فإنه يمكن للمتعامل الثاني أن يقبض مستحقاته من المصلحة المتعاقدة مباشرة.

⁽¹⁾ عمار بوضياف، مرجع سابق، ص246.

⁽²⁾ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص196.

⁽³⁾ عمار بوضياف، مرجع نفسه، ص246.

⁽⁴⁾ راجع المادة 02 من قرار وزير المالية مؤرخ في 28 مارس 2011 يحدد كيفيات الدفع المباشر للمتعامل الثاني.

إذا تم الإنفاق على اللجوء للتعامل الثاني و ضبط الأمر في الصفقة، فإن الجزء الذي قام بتنفيذه المتعامل الثاني يسأل عنه المتعامل المتعاقد أي المتعاقد الأصلي، و هذا ما نصت عليه المادة 108 من المرسوم الرئاسي رقم: 236-10، فلا يمكن للمتعامل المتعاقد الإحتجاج بأن العمل قام بتنفيذه المتعامل الثاني، بل يسأل هو عن كل العمل و أي تقصير من الطرف الثالث يسأل عنه صاحب الصفقة أو المتعاقد الأصلي.⁽¹⁾

ثانيا- موت أو إفلاس المتعامل المتعاقد:

يعد موت أو إعسار المتعامل المتعاقد إستثناءً عن مبدأ ضرورة الوفاء الشخصي لتنفيذ الصفقة العمومية، لذا ستنترن إلى حالة وفاة المتعامل المتعاقد أولا ثم تنتقل لحالة إفلاسه و إعساره.

1- موت المتعامل المتعاقد : أثناء تنفيذ العقد الإداري قد يحدث و أن يتوفى المتعامل المتعاقد مما يطرح إشكالية إتمام تنفيذ العقد، ففي هذه الحالة المشرع الجزائري لم ينظم هذه الواقعة في قانون الصفقات العمومية، فإذا حدثت الواقعة فلابد من الرجوع إلى دفتر الشروط العامة أو دفتر الشروط الخاصة.⁽²⁾

و هو ما يتوافق مع موقف مجلس الدولة الفرنسي، فإذا ما حدث موت المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ العقد عادة يرجع المجلس إلى شروط العقد و إلى دفتر الشروط لترتيب الآثار التي تترتب عن هذه الواقعة.

و تجدر الإشارة إلى أن دفاتر الشروط هي التي تحدد الأحكام الواجبة التطبيق في حالة وفاة المتعاقد، إذا كانت شخصيته محل اعتبار و خاصة الأحكام الواجبة التطبيق بخصوص إستمرار أو إنقضاء الرابطة العقدية.

⁽¹⁾ عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 247.

⁽²⁾ راجع المادة 10 من المرسوم الرئاسي 236-10 السابق ذكره.

هناك ملاحظة يجب الإشارة إليها و هي أن دفاتر البنود الإدارية العامة أصبحت تطبق على كل الصفقات، سواء الأشغال، اللوازم و الدراسات أو الخدمات، خلافاً لما كان عليه الأمر في السابق.⁽¹⁾

و بالرجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 تحديداً المادة 37 منه تنص على أنه في حالة وفاة المتعامل فإن العقد مفسوخاً بقوة القانون دون تعويض، إلا إذا قبلت الجهة الإدارية المتعاقدة العرض المقدم من ورثة المتعامل المتعاقد بالإستمرار في تنفيذ الأشغال، و كان ذلك لا يتعارض مع المصلحة العامة.⁽²⁾

و بالتالي فالمصلحة المتعاقدة تتمتع بسلطة تقديرية لتقدير إستمرار تنفيذ صفة الأشغال مع الورثة إذا توافرت الشروط القانونية الازمة أو تقرير فسخ أو إنهاء العقد إن لم تتوافر هذه الشروط و رأت في هذا الفسخ أو إنهاء خدمة للصالح العام.

2- إفلاس المتعاقد أو إعساره : المشرع الجزائري قد تعرض إلى مسألة إفلاس أو إعسار المتعامل المتعاقد فقط قبل إبرام الصفة على خلاف القوانين السابقة، حيث ذكر حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، إذ تنص المادة 1/52، مطة 1 و 2 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236⁽³⁾ كما يلي:

"يقصى بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة في الصفقات العمومية:

(1) صدر دفتر البنود الإدارية العامة بتاريخ 21 نوفمبر 1964، وقد جاء في تبرير هذا القرار المتضمن دفاتر التعليمات الإدارية العامة، أن هذا الدفتر ينطبق على كل صفقات الأشغال ابتداء من تاريخ 01 جانفي 1965، و فهم من ذلك أن دفتر الشروط هذا يخص فقط ميدان الأشغال، غير أنه وعلى الرغم من اختلاف بين المجالات المتعددة، إلا أن المرسوم رقم: 91-434 لجأ إلى تعميم تطبيق هذه الدفاتر على مجالات أخرى، غير المجال الذي حررت أولاً من أجلها. و المادة 10 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 نصت على وجوب وجود مثل هذه الدفاتر العامة كما يجب تحبيتها دورياً لتنتماشي و الشروط التي يجب أن تتم وفقها الصفقات، غير أن هذا التحبيط لم يتم أبداً و بقيت دفاتر البنود الإدارية العامة المتعلقة بالأشغال و التجهيز في صياغتها المقررة سنة 1964 سارية إلى اليوم مع ما تحمله من تناقضات متراكمة مع منظومة الصفقات العمومية، التي تم العمل بها منذ ذلك الحين إلى اليوم. خرضي النوي مرجع سابق، ص187. و أيضاً رياض لوز، مرجع سابق، ص55.

(2) المادة 37 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، السابق ذكره.

(3) المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 معدلة بالمرسوم الرئاسي رقم: 12-23، مؤرخ في 18 يناير 2012، ج.ر عدد 04، الصادر في 28 يناير 2012، ص.12.

- الذين هم في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح،

- الذين هم محل إجراء عملية الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح.

كما صدر قرار عن الوزير المكلف بالمالية والمؤرخ في 28/03/2011 يحدد كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية.⁽¹⁾

و بالتالي فالشرع الجزائري ألغى تنظيم حالة الإفلاس أو الإعسار بعد إبرام الصفقة و البدء في تنفيذها، لذلك لا يبقى للمصلحة المتعاقدة سوى اللجوء إلى دفاتر الشروط حتى تتجنب كل ما من شأنه أن يشكل خطرا على المصالح العامة.

و منه و بالرجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، تنص المادة 37 منه على وجوب فسخ العقد بقوة القانون في حالة إفلاس المقاول، إلا إذا رأت المصلحة المتعاقدة قبول العرض المقدم من طرف دائني المفلس بالإستمرار في تنفيذ عقد مدينهم. وأشارت المادة أعلاه إلى أن التصفية القضائية ترتب بذاتها إنهاء الرابطة العقدية طالما أن المحكمة لم تأذن للمقاول بالإستمرار في مزاولة نشاطه.⁽²⁾

الفرع الثاني: أداء الخدمة حسب الكيفيات المتعاقد عليها

على المتعاقد أن ينفذ التزاماته وفق ما وردت في نصوص العقد أو ما تملية الشروط العامة في تنفيذ الأعمال.⁽³⁾

فإذا كانت جهة الإدارة قد أعلنت عن الصفة كأصل عام و مكنت المتعامل المتعاقد في دفتر الشروط، فإطلع عليه و تعهد بتنفيذ الخدمة و تعاقد مع الإدارة فوجب أن يتحمل نتيجة تعهده و إلتزامه بأن ينفذ موضوع الصفة حسب ما تم التعاقد عليه.⁽⁴⁾ بحيث تقوم

⁽¹⁾ قرار صادر عن وزير المالية، مؤرخ في 28 مارس 2011، يحدد كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 24، الصادر في 20 أبريل 2011، ص.ص 33-34.

⁽²⁾ فتيحة حابي، مرجع سابق، ص.ص 251-252.

⁽³⁾ محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 187.

⁽⁴⁾ عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 247.

مسؤوليته عن كل ما يتضمنه التنفيذ من عيوب (ضمان العيوب)، بالإضافة إلى ذلك ينبغي عليه الإمتثال لأوامر الإدارة ونواهيهما في إطار ممارسة سلطة الإشراف و الرقابة.⁽¹⁾

أولاً- تنفيذ المتعاقدين إلتزاماته بطريقة سليمة و بعناية تامة:

هذا الواجب يتطلب من المتعاقدين دراية كافية بالشؤون الفنية، و خبرة في مجال الأعمال التي يمارسها و ذلك حسب طبيعة العقد.⁽²⁾ كما يجب عليه توفير الجو الملائم لتنفيذ المهمة الموكلة له و لمستخدميه، كإتخاذ الإحتياطات الكافية لوقايتهم من أخطار العمل و الحوادث أو دفع أجورهم المستحقة لهم. حيث نصت المادة 17 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 على أنه يقع على عاتق المقاول إتمام العباء المتعلقة بتطبيق مجموع تشريع و نظام العمل على العمال المستخدمين لدى المقاول أثناء عملية تنفيذ موضوع الصفة العمومية. و لا سيما فيما يخص نظام الصحة و الضمان الاجتماعي.⁽³⁾ و بصورة عامة فإنه على المتعامل المتعاقدين أن يبذل عناية تامة في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية بما يجعل الأعمال المنفذة من قبله تسجم مع الغرض الذي ينفذ من أجله، و كذلك العناية بالظروف الطارئة على العقد. كما ينبغي أيضاً على المتعامل المتعاقدين تنفيذ إلتزاماته بحسن النية مثلما تنص عليه المادة 106 من القانون المدني.⁽⁴⁾ بحيث يفترض فيمن يتعاقد مع الإدارة أن يكون أميناً و حريراً على المصلحة العامة التي يريد تحقيقها بواسطة العقد، و على ذلك فإنه من المقرر كأصل عام أنه ليس للمتعامل المتعاقدين التمسك في مواجهة الإدارة بعدم التنفيذ قياساً على السلطات المخولة لها، و لا يجوز أن يمتنع عن تنفيذ إلتزاماته بحجة أن الإدارة لم تتفق إلتزاماتها.⁽⁵⁾

⁽¹⁾ إسماعيل بحري، مرجع سابق، ص 111.

⁽²⁾ محمود خلف الجبوري، مرجع نفسه، ص 189.

⁽³⁾ سهام بختي، مرجع سابق، ص 35.

⁽⁴⁾ المادة 106 من الأمر رقم: 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل و المتم.

⁽⁵⁾ إسماعيل بحري، مرجع نفسه، ص 111.

ثانياً- إحترام الآجال الالزمه لتنفيذ العقد:

تعبر الآجال التعاقدية عن إرادة إيجاد توازن بين ضغط الحاجة لدى المصلحة المتعاقدة و قدرات الإنجاز الضرورية لتلبية الحاجة لدى المتفاسين.⁽¹⁾ فالمتعامل المتعاقد كما هو الحال في العقود المدنية ملزم بالوفاء بالتزاماته العقدية خلال المدة المحددة في الصفقة و في دفتر الشروط العامة.⁽²⁾ أين تحرص المصلحة المتعاقدة على إدراج هذا الإلتزام، و توقع جراءات على هذا المتعاقد في حالة عدم إحترامه المواعيد.⁽³⁾

1- التعريف بالأجل التعاقدى : يتمثل الأجل التعاقدى في الفترة التي من خلالها يجب أن تنفذ الصفقة. و تكون بصدق التحدث عن أجل التسلیم عندما يكون المنتوج مصنوع مسبقاً كما هو الحال بالنسبة للتوريدات الجارية. و بصدق التحدث عن أجل التنفيذ عن طلب التصنيع و هو الحال بالنسبة للصفقات الأشغال، أما فيما يخص صفقات الخدمات تكون تتحدث عن أجل الرد.⁽⁴⁾

2- صور إدراج عنصر الأجل في الصفقة : تتعدّ مظاهر إدراج الأجل في إجراءات الصفقة وفقاً لما تراه المصلحة المتعاقدة مناسباً للصفقة:

أ- الأجل الفوري و الأجل الإجباري : يكون الأجل إما أجلاً فورياً و بذلك لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه، فيكون تنفيذه فورياً و لو تراخي التنفيذ إلى آجال متتابعة، و قد يكون الأجل المحدد إجبارياً، و تقابل الإلتزامات في التنفيذ في العقد المحدد مع آجالها تقبلاً تماماً.

⁽¹⁾ خريسي التوي، مرجع سابق، ص254.

⁽²⁾ المادة 56 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المذكور سابقاً نصت على: "يجب أن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد و وزن كل منها مذكورة إجبارياً في دفتر الشروط الخاص بالمناقصة و يجب أن يستند هذا الإختيار على نظام تنقيط مؤسس لاسيما ما يأتي: - السعر و النوعية و آجال التنفيذ،...".

⁽³⁾ نفرض المادة 62 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-136 المذكور أعلاه على وجوب تحديد أجل التنفيذ في كل الصفقات و ذلك بنصها: "يجب أن تشير كل صفة إلى التشريع و التنظيم المعمول بهما و إلى هذا المرسوم، و يجب أن يتضمن على الخصوص البيانات الآتية:...- أجل تنفيذ الصفقة،...".

⁽⁴⁾ حورية مريان، الآجال في قانون الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2013، ص65.

ب- الأجل الواحد أو الأجل المجزأ : يكون الأجل واحد عندما يشترط إتمام التسليم دفعة واحدة، أو يكون أولاً مجزأ بإعتماد وثيرة تسليم عبر دفعات تحددها رزنامة معينة. في كل الحالات يقع على المصلحة المتعاقدة تبرير كل اختيار تقوم به في هذا الشأن لاسيما إذا اعتمد الأجل كمعيار مقارنة العروض و تمييزها عن بعض، أو إذا جعل من معيار الأجل عاملاً لإستبعاد بعض العروض.⁽¹⁾

3- كيفية حساب الأجل: لم يورد تنظيم الصفقات العمومية بشكل مفصل و واضح لحساب الآجال، لذا سنرجع في هذا الصدد إلى القواعد العامة المنصوص عليها في التشريع المعمول به و إلى بعض النصوص التي لها علاقة بالصفقات العمومية و نقصد بذلك القرار المتعلق بدفتر الشروط الإدارية العامة.⁽²⁾

و يتضح من نص المادة 30 من القانون المدني⁽³⁾ أن الأجل تحدد وفق تاريخ معين يكون سواء بالأيام أو الأشهر تبعاً للتقويم الميلادي و ليس الهجري، و تنص المادة 405 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽⁴⁾ على ما يلي : "تحسب كل الآجال المنصوص عليها في هذا القانون كاملة. و لا يحسب يوم التبليغ أو يوم التبليغ الرسمي و يوم انقضاء الأجل.

يعتبر أيام العطل الداخلة ضمن هذه الآجال عند حسابها، تعتبر أيام عطلة بمفهوم هذا القانون، أيام الأعياد الرسمية وأيام الراحة الأسبوعية طبقاً للنصوص الجاري بها العمل،

إذا كان اليوم الأخير من الأجل ليس يوم عمل كلياً أو جزئياً يمدد الأجل إلى يوم عمل موالي".

⁽¹⁾ خرشي التوي، مرجع سابق، ص254.

⁽²⁾ قرار مؤرخ في 21 نوفمبر 1964، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة البناء و الأشغال العمومية و النقل، الجريدة الرسمية عدد 06، الصادر بتاريخ 19 جانفي 1965.

⁽³⁾ تنص المادة 03 من الأمر رقم: 58-75 المتضمن القانون المدني و المذكور سابقاً على: "تحسب الآجال بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

⁽⁴⁾ قانون رقم: 09-08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد 21، الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008.

حددت أيام الراحة القانونية بالمرسوم التنفيذي رقم: 09-244⁽¹⁾ و الذي نص في المادة 03 منه أن يوم الجمعة يعد يوم عادي للراحة الأسبوعية و يوم السبت كيوم ثانٍ للراحة الأسبوعية.

و بالرجوع إلى دفتر الشروط الإدارية لسنة 1964 فنجد المادة 02 منه جاءت واضحة و صريحة فيما يخص الآجال و كيفية حسابها و التي فصلتها كما يلي:

يفهم من الفقرة الأولى أن اليوم الذي أبرم فيه العقد لا يحسب و هذا طبعاً إذا لم يرد في العقد ما ينص صراحة على يوم بدأ سريان الأجل وبالتالي اليوم الموالي ليوم إبرام العقد هو اليوم الذي يبدأ فيه سريان الأجل.

أما إذا نص العقد صراحة على اليوم الذي يبدأ فيه سريان الأجل فيكون ابتداء منه. كما بينت الفقرة الثانية من نفس المادة كيفية حساب الآجال عندما تكون محددة بالأيام فقررت انقضاءه في نهاية آخر يوم من المدة المنصوص عليها (أي على الساعة منتصف الليل من ذلك اليوم).

أما إذا كان الأجل بالأشهر فيجري حسابه من تاريخ الشهر إلى تاريخ الشهر الموالي له و إذا لم يوافق تاريخ الشهر للأجل المنتهي فينقضي الأجل عندئذ في نهاية آخر يوم من ذلك الشهر.

يفهم من هذه الفقرة أن هناك بعض الأشهر الميلادية التي تنتهي بـ 30 يوماً و أخرى بـ 31 يوماً، و أيضاً بالنسبة لشهر فيفري الذي يكون فيه عادة 29 و أحياناً 28 يوم، فإذا لم يوافق اليوم المحدد للأجل من الشهر لتاريخ الموالي له ينقضي الأجل في نهاية آخر يوم من ذلك الشهر.

أما عندما يكون آخر يوم لأجل ما واقعاً في يوم عيد رسمي أو يوم عطلة فيمدد الأجل لنهاية يوم العمل الأول الذي يليه.⁽²⁾

⁽¹⁾ المرسوم تنفيذي رقم: 09-244 المؤرخ في 29 رجب عام 1430 الموافق 22 يوليو 2009، يعدل المرسوم التنفيذي رقم: 59-97 المؤرخ في أول ذي القعده عام 1417 الموافق 09 مارس 1997، الذي يحدد تنظيم ساعات العمل و توزيعها في قطاع المؤسسات و الإدارات العمومية ، الجريدة الرسمية عدد 44، الصادر بتاريخ 26 يوليو 2009.

⁽²⁾ حورية مريان، مرجع سابق، ص22.

الفرع الثالث: الضمان العشري

تستمر مسؤولية المتعامل المتعاقد حتى بعد عملية الاستلام النهائي (أي بعد رفع التحفظات إن وجدت)، ويندرج عن ذلك أنه حتى بعد الإستلام النهائي و في حالة تضرر المنشآ أو التجهيز لا يقع على المصلحة المتعاقدة إثبات وجود ضمان بقدر ما يقع عليها إثبات الخطأ و إلحاقه بالمعامل المتعاقد و ربطه بالضرر الناتج. و بذلك يقع على المعامل المتعاقد القيام بإكتتاب مجموعة من التأمينات الضرورية، و لعل أهمها التأمين العشري.⁽¹⁾

يمتد التأمين العشري 10 سنوات تلي تاريخ الإستلام النهائي للمشروع حيث أنه تنص المادة 554 من القانون المدني⁽²⁾ على أن: "يضمن المهندس المعماري و المقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من الهدم الكلي أو الجزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثانية أخرى، و لو كان التهدم ناشئ عن عيب في الأرض، و يشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني و المنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد م坦ة البناء و سلامته". و يخرج عن إلزامية التأمين العشري و المسؤولية المهنية الأشغال المتعلقة بإنجاز:⁽³⁾

- الجسور و الأنفاق،
- السدود و القنوات و المحاجز المائية، المكاسر،
- الطرق و الطريق السريع،
- المرافئ و الموانئ و أرصفة الموانئ و منشآت حمايتها،
- قنوات نقل المياه، خطوط السكك الحديدية و مدرجات هبوط الطائرات.

كما تعفى أيضا الأشغال التي بطبيعتها لا تعد من أعمال البناء و إنما من تكميلات البناء مثل طلاء الواجهات، أو ظهور بقع رطوبة على مستوى الجدران أو تشققات بسيطة.

⁽¹⁾ خريشي النوي، مرجع سابق، ص484.

⁽²⁾ راجع المادة 554 من الأمر رقم: 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، و المذكور سابقا.

⁽³⁾ المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم: 96-49 المؤرخ في 26 شعبان 1416 الموافق 17 يناير 1996 المحدد لقائمة المبني العمومية المغفاة من إلزامية تأمين المسؤولية المهنية و المسؤولية العشريّة.

المطلب الثاني: التنفيذ المالي للعقد الإداري

تحرص المصلحة المتعاقدة في إبرام الصفة العمومية على أن تتوخى الدقة في صفقاتها المبرمة. لذلك تحرص منذ البداية و في المقام الأول على منح الصفة للمتعامل المتعاقد المقترن أي صاحب الكفاية المالية و التقنية و التجارية من أجل ضمان حسن تنفيذ الصفة.⁽¹⁾

و أحكام تنظيم الصفة العمومية رقم: 10-236، فرض قواعده على المصلحة المتعاقدة بأن تحرص على إيجاد ضمانات ضرورية تتيح أحسن الشروط لإختيار المتعاقدين معها و تنفيذ الخدمة موضوع الصفة،⁽²⁾ و ذلك بموجب دفتر الشروط المتعلق بالصفقة العمومية و أيضا في بنود الصفة العمومية نفسها. و تحرص المصلحة المتعاقدة على أن تمتد هذه الضمانات إلى غاية تسليم موضوع الصفة العمومية للمصلحة المتعاقدة خالية من جميع العيوب الظاهرة منها و الباطنية.

و قد تتعدد الضمانات الالزامـة أثناء تنفيذ الصفـفات العمومـية حسب ما جاء في تنظيمـات الصـفـفات العمومـية، و تـظهـر فـعـالية إـشـتـراـط الضـمانـات في الصـفـفات العمومـية عند إـختـيار المـتعـاـقـد فيـ المـنـاسـة أوـ المـناـقـصـةـ المـتـعـلـقـةـ بـالـصـفـةـ العـمـومـيـةـ،ـ حيثـ يـحظـىـ بـالـأـسـبـقـيـةـ فيـ إـختـيارـ المـتعـاـقـدـ سـوـاءـ كـانـ وـطـنـيـ أوـ أـجـنبـيـ منـ يـقـدـمـ أـوـسـعـ الضـمانـاتـ،ـ وـ هـيـ تـهـدـفـ فيـ مـجـمـلـهاـ إـلـىـ حـمـاـيـةـ المـصـلـحـةـ المـتـعـاـقـدـةـ مـنـ مـخـاطـرـ سـوـءـ تـنـفـيـذـ الصـفـةـ أوـ مـنـ خـطـرـ عـدـمـ إـسـتـرـجـاعـ الأـمـوـالـ المـدـفـوعـةـ كـتـسـبـيـقـاتـ،ـ زـيـادـةـ عـنـ المـبـالـغـ المـسـتـحـقـةـ لـلـمـتـعـاـقـدـ المـتـعـاـقـدـ،ـ أوـ فيـ حـالـةـ عـدـمـ تـسـدـيدـ دـفـعـاتـ الـقـرـضـ الـذـيـ مـنـ الـمـمـكـنـ لـلـمـتـعـاـقـدـ مـعـ الإـدـارـةـ أـنـ يـأـخـذـ لـغـرـضـ الـتـموـيلـ لـتـنـفـيـذـ الصـفـةـ.⁽³⁾

و تختلف الضمانات التي من الممكن أن تقع على المتعاقد أثناء تنفيذ الصفة العمومية غير أنها ترمي كلها لنفس الهدف. و يمكن تقديمها على النحو التالي:

⁽¹⁾ راجع المادتين 35 و 36 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 مرجع سابق.

⁽²⁾ المادة 92 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 تنص على: " يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لإختيار المتعاملين معها و/أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفة...".

⁽³⁾ Christophe LAJOYE, Droit des marchés publics, Op.cit, P176.

الفرع الأول: الكفالات

أولاً- تعريف الكفالة:

تعرف المادة 644 من القانون المدني الكفالة على أنها: "عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ إلتزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه". و منه فالكفالة لها عنصر مادي يتم بواسطة ضمان الدين من خلال مبلغ مالي أو أي قيمة أخرى. و الآخر عنصر الشخص الكفيل الذي يمثل بحد ذاته الضمان لتنفيذ إلتزام من طرف شخص آخر و هو ما يعرف بالكفالة الشخصية التضامنية.

و الكفالة تتنمي إلى فئة الضمانات الشخصية التي تعطي الحق للدائن بالرجوع على شخص آخر ألا و هو "الكفيل" خلافا للضمانات أو التأمينات العينية التي تعطي الحق للدائن على أموال متعددة للمدين مثل: الرهون الرسمية أو الرهون الحيازية و غيرها.⁽¹⁾

ثانياً- أنواع الكفالة في تنفيذ الصفقة العمومية:

نص قانون الصفقات العمومية على عدة أشكال للكفالة، تتمثل في:

1- كفالة رد التسبiqات : ينص تنظيم الصفقات العمومية رقم: 10-236 في المادة 75 منه على أن المصلحة المتعاقدة لا تدفع أي تسبيق و من أي نوع كان للمتعامل المتعاقد معها إلا إذا تم دفع كفالة الإرجاع ضمانا لتسديدها. فكفالة التسبiqات هي إلتزامات بنكية بالدرجة الأولى يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية⁽²⁾ تضمن من ناحية إستفادة المتعامل المتعاقد من تسبiqات جزافية أو على التموين و في المقابل تضمن المصلحة المتعاقدة إسترداد التسبيق أو التسبiqات التي منحها

⁽¹⁾ إسماعيل بحري، مرجع سابق، ص 97.

⁽²⁾ تم إنشاء هذا الصندوق بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 67-98 المؤرخ في 24 شوال 1418هـ الموافق 21 فبراير 1998، ج.ر عدد 11 الصادرة في 28 فبراير 1998، يتضمن إنشاء و تنظيم سير صندوق الصفقات العمومية، و طبقاً للمادة الأولى منه يعتبر هذا الصندوق مؤسسة ذات طابع صناعي و تجاري، يعمل تحت وصاية وزارة المالية، كجزء من برنامج الإصلاحات الاقتصادية الذي بادرت به الدولة من أجل التغلب على الصعوبات التي كانت تواجه المتعاملين الاقتصاديين المستفيدين من صفقات عمومية إذ تمثلت مهامه في تسهيل تنفيذ إنجاز المشاريع الخاصة بالتجهيزات العمومية.

إلى المتعامل المتعاقد قبل أو أثناء تنفيذ الصفقة. تكون هذه الكفالة بقيمة معادلة بإرجاع التسبيقات.⁽¹⁾

لكن يعاب على شرط وضع الكفالة للحصول على تسبيقات، إعاقة المتعاملين المتعاقدين في الحصول على هذه التسبيقات الهدافة إلى تدعيمهم ومساعدتهم مالياً لتخفي عقبات ضعف الإمكانيات المالية، بحيث أن مبلغ الكفالة يعادل مبلغ التسبيق و منه فسلبيات هذا الشرط تقضي على إيجابيات هذه العملية و هي من بين التناقضات التي حملها المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المعدل و المتمم و كذلك المرسوم الرئاسي السابق رقم: 02-250 الملغى.⁽²⁾

2- كفالة حسن التنفيذ: يعتبر ضمان حسن التنفيذ ثانى الضمانات الخاصة بالصفقة و يعد إلتزاماً صادراً عن بنك يتعهد بموجبه تحمل تبعات عدم تنفيذ زبونه المضمون للنتراماته التعاقدية تنفيذاً أو تسلیماً أو عدم مطابقة ما نفذه أو سلمه لما أتفق عليه أو للمعايير المعول بها. بحيث يغطى هذا الضمان المرحلة الممتدة من تاريخ الأمر بالأشغال إلى غاية نهاية الأجل التعاقدی لتنفيذ الصفقة.⁽³⁾

و قد نصت المادة 97 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 على أن المتعامل المتعاقد يتعين عليه تقديم هذه الكفالة إضافة إلى كفالة رد التسبيقات، إلا في بعض أنواع صفقات الدراسات و الخدمات التي تحدد قائمتها بقرار وزاري مشترك بين الوزير المكلف بالمالية و الوزير المعنى. و تحرر كفالة حسن التنفيذ حسب الصيغ المعتمدة من طرف المصلحة المتعاقدة و البنك الذي ينتمي إليه و يحدد مبلغها 5% و 10% من مبلغ الصفقة حسب طبيعة و أهمية الخدمات الواجب تنفيذها، و تسترجع في مدة شهر واحد إبتداء من تاريخ التسلیم النهائي للصفقة.⁽⁴⁾ و يجب تأسيس الكفالة في أجل لا يتجاوز تاريخ تقديم أو طلب دفع على الحساب من المتعامل المتعاقد علماً أنه للمصلحة المتعاقدة إمكانية إعفاء

⁽¹⁾ فتيحة حابي، مرجع سابق، ص244.

⁽²⁾ راجع المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236، و المادة 63 من المرسوم الرئاسي رقم: 02-250 و المذكورين سابقاً.

⁽³⁾ خرشي النوي، مرجع سابق، ص324.

⁽⁴⁾ راجع المادتين 100 و 101 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المذكور سابقاً.

المتعامل المتعاقد من هذه الكفالة إذا لم يتعدى أجل تنفيذ الصفقة ثلاثة أشهر.⁽¹⁾
ترفع اليد عن كفالة حسن التنفيذ لدى إنتهاء آجال التنفيذ، أي عند الاستلام المؤقت
و يمكن أن يجر العمل به ليعطي مرحلة الضمان كبديل عن ضمان الكفالة. و يجدر
بالذكر أنه يمكن أن تتحول كفالة حسن التنفيذ إلى كفالة الضمان، أو إقطاعات عن حسن
التنفيذ.

- أ- **كفالة الضمان:** يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تضمن الصفقة بكفالة ضمان تفرضها على المتعامل المتعاقد معها كبديل لكافالة حسن التنفيذ عند التسليم المؤقت.⁽²⁾ فتعطي عادة الفترة بين الإستلام المؤقت والإستلام النهائي لموضوع الصفقة (ضمان العيوب الخفية).
و يتم إسترداد الكفالة كليا في مدة شهر إبتداءا من تاريخ التسليم النهائي للصفقة⁽³⁾
و هي تضمن الحقوق المحتملة للمصلحة المتعاقدة إتجاه المتعامل المتعاقد في حالة عيب
أو نقص يشوب موضوع الصفقة أو يكون غير ملائم للبنود العقدية الواردة في الصفقة
و تتأسس كفالة الضمان كما يلي:⁽⁴⁾
- تحويل كفالة حسن التنفيذ عندما تتصل الصفقة على أجل الضمان.
- كفالة يصدرها البنك أو صندوق ضمان الصفقات العمومية.
- إقطاعات من كشوف الدفع على الأشغال.

ب- إقطاعات حسن التنفيذ: من بين أهم الضمانات المفروضة على المتعامل المتعاقد في مجال تنفيذ الصفقة هي إقطاعات حسن التنفيذ.

أولا فيما يتعلق بصفقات الدراسات و الخدمات المعافاة من كفالة حسن التنفيذ
المحددة بموجب قرار وزير مشترك بين الوزير المكلف بالمالية و الوزير المعنى
بحيث يمكن تعويض كفالة حسن التنفيذ بهذه الإقطاعات في حالة ما إذا نص دفتر

⁽¹⁾ إسماعيل بحري، مرجع سابق، ص 99.

⁽²⁾ راجع المادة 85 من المرسوم الرئاسي رقم: 250-02 الملغى، و المادة 98 من المرسوم الرئاسي رقم: 236-10.

⁽³⁾ راجع المادة 101 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المذكور أعلاه.

⁽⁴⁾ إسماعيل بحري، مرجع نفسه، ص 100.

⁽⁵⁾ راجع المادة 99 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236.

الشروط على ذلك. و ثانياً في حالة صفات الأشغال التي لا تبلغ حدود اختصاص اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال و اللجان القطاعية للصفقات، بحيث تكون إقطاعات حسن التنفيذ بنسبة 5 % من مبلغ كشف الأشغال و عندما يكون أجل الضمان منصوص عليه فيصفقة سواء صفة خدمات أو دراسات أو أشغال، فإنه يحول الرصيد المكون من إقطاعات حسن التنفيذ لدى الإسلام المؤقت إلى اقطاع ضمان.⁽¹⁾

الفرع الثاني: الضمانات ذات الطبيعة الحكومية

تم النص على الضمانات ذات الصبغة الحكومية التي تهم المؤسسات الأجنبية في المادة 94 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236. و التي تم إستحداها لأول مرة ضمن أحكام المرسوم رقم: 145-82⁽²⁾ و المتمثلة في:

- الأحكام التي تدرج في إطار إستعمال القرض الناتج عن عقود حكومية مشتركة.
- الضمانات الحكومية التي تستخدم مساهمة الهيئات المصرفية أو هيئات التأمين ذات الصبغة العمومية أو شبه العمومية.

و تسمح هذه الضمانات للمصلحة المتعاقدة من توفير الحماية اللازمة لأي طارئ قد يؤدي إلى عدم تنفيذ الإلتزامات التعاقدية من جانب المتعامل الأجنبي من خلال إلتزام الهيئات العمومية و شبه العمومية بدفع المتعامل الأجنبي للوفاء بإلتزاماته مع تعويض الضرر الحاصل بفعل سوء التنفيذ.

و يحظى بالأسبقية في اختيار المتعاملين المتعاقدين الأجانب من يقدم منهم أوسع هذه الضمانات، مع مراعاة إستعمال المواد و الخدمات المنتجة محلياً و هو ما نصت عليه المادة 96 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236.⁽³⁾

⁽¹⁾ راجع المادتين 99 و 100 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236.

⁽²⁾ المرسوم رقم: 82-145، المؤرخ في 16 جمادى الثانية عام 1402 الموافق 10 أفريل 1982، ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج ر، عدد 15، الصادرة بتاريخ 13 أفريل 1982 و المتم.

⁽³⁾ إسماعيل بحري، مرجع سابق، ص 101.

خلاصة الفصل الأول

يتضح مما سبق أن تنفيذ العقد الإداري في الظروف العادية، يتربّع عليه مجموعة من الإلتزامات و الحقوق التي تشمل طرف العقد الإداري على الرغم من أن الإدارة تتمتع في مجال الصفقات العمومية بسلطات واسعة نابعة من مركزها التعاوني الممتاز في مواجهة المتعاقد معها، هذا المركز يجد مبرره في وجوب تقديم المصلحة العامة التي تمثلها الإدارة على المصلحة الخاصة التي تعود إلى المتعاقد، و هو ما يضمن حسن إنشاء و سير المرافق العمومية الذي وجدت الصفة من أجله. لكن لا يعني هذا أبداً التضحية بحقوق المتعاقد معها و إرهاقه، بل يجب أن ينظر إليه كشريك إقتصادي وطني يتربّع على تشجيعه و مساعدته آثار إيجابية كثيرة على الصعيد الإقتصادي و الاجتماعي و حتى السياسي.

إن المستقر عليه فقها و قضاء أن الإدارة تتمتع في مواجهة المتعاقد معها أثناء تنفيذ الصفة العمومية بسلطات أصلية لا تحتاج إلى النص عليها صراحة في العقد أو القوانين أو اللوائح، فالإدارة تتمتع بهذه السلطات دون أن يكون للمتعاقد معها الإحتجاج بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين". إلا أنه لم يسلم لها بممارسة هذه السلطات بشكل مطلق، بل وضع العديد من الضوابط التي يتعين على الإدارة إحترامها و التقيد بها عند ممارستها لهذه السلطات. و بجانب هذه الإمتيازات فإن الإدارة تكون ملزمة بتنفيذ إلتزاماتها نحو المتعاقد معها، لأن تقوم بدفع المقابل المالي و إحترام الأجال المقررة في الصفة العمومية، والى غير ذلك من الإلتزامات المفروضة على عاته.

أما بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة بما أنه شريك إستراتيجي في بناء دولة قوية في مجالات مختلفة، تعد إلتزاماته أكثر صرامة منها في عقود القانون الخاص، كما أنها أكبر مما قد يحدد في سند الصفة العمومية، لكون أنه و نظراً لتعلق موضوع الصفة بالأموال العمومية، من هذا المنطلق يلتزم المتعاقد مع الإدارة أن يفي بالتزاماته التعاقدية وفقاً لشروط العقد و حسب القواعد العامة المقررة في هذا الشأن، و إلا تترتب عن ذلك مسؤوليته العقدية، ما لم تمنعه من ذلك حالة القوة القاهرة أو بفعل المصلحة المتعاقدة التي تضع المتعاقد معها في حالة إستحالة تنفيذ الصفة.

الفصل الثاني:

تنفيذ العقد الإداري في الظروف غير العادية

إكتسبت العقود الإدارية محلاً كبيراً في معالجة أزمات النهوض الاقتصادي و إقامة الإنماء والإعمار في الدول، و إزداد التعاطي معها كوسيلة معاونة لاستكمال مهام الإدارة في هذا المجال عندما تعجز هذه الأخيرة عن القيام مباشرة بأدائها، لكن كثيرة هي العقود الإدارية التي يجريها المتعاقد مع الإدارة تظهر بعد إبرامها غير واضحة الحدود و لا يكون بمقدور المتعاقد الملتم أن يعرف حدوده بطالبة الإدارة التوازن مع حقوقه و إلتزاماته التي ينص عليها العقد. تبدو المشكلة أمام القضاء الإداري، فضلاً عن الفقه في تقصي الأسباب و تحديد أطر هذه الأسباب بروح واقعية عملية، في كل حالة فردية وفقاً لظروفها الخاصة دون الإهتمام في معظم الأحيان بالإعتبارات النظرية.

من هنا جاء اختلاف وجهة نظر الفقهاء سواء لناحية تبني بعض الصيغ المتعلقة بفكرة التوازن المالي للعقد أو إستبعاد تطبيق هذه الفكرة رغم المبررات التي يسوقها بعض الفقهاء.

و مما لا شك فيه أن مجل النظريات و القواعد التي إبتكرها الفقه و القضاء الإداري تهدف قدر الإمكان إلى تحقيق توازناً بين الأعباء التي يتبعين على المتعاقد مع الإدارة أن يتحملها و بين المزايا التي يستفيد منها على اعتبار أن العقد الإداري يكون في مجموعه كلاً من مقتضاه وجوب التلازم بين مصالح الإدارة و الأطراف المتعاقدة على حد سواء. فالمتعاقد مع الإدارة لا يقف في مواجهة الإدارة التي رضيت بالتعاقد معه بل يبقى دائماً عنصراً مساعداً و معاوناً في تسخير المرافق العامة ليس إلا.

و رغم تعدد النظريات في هذا المجال، بقي الهدف الأساسي من هذا التعدد و التنويع كفالة حسن سير المرافق العامة بإستمرار و إنتظام، و أن تبقى العلاقة بين الإدارة و المتعاقد ترمي إلى التغلب على الصعوبات و المعوقات التي تواجه العقود الإدارية عامة و الصفقات العمومية خاصة في مرحلة التنفيذ.⁽¹⁾

⁽¹⁾ محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية و آثارها القانونية، دراسة مقارنة في النظرية و التطبيق، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 1998، ص 8.

و لما كانت الواقع الجديدة الطارئة على تنفيذ الصفة، كل واحدة منها ذات طبيعة تختلف عن طبيعة الأخرى، ينبغي تحديد كيف يكون وضع المتعاقد مع الإدارة إذا ما وجد نفسه وجهاً لوجه أمام صعوبات أو مستجدات أو معوقات تطرح حالته أمام إحدى هذه الواقع بالنسبة لقدرته على الإستمرار في تنفيذ إلتزاماته، كما و في نفس الوقت لابد من الوقوف ملياً أمام وضع الإدارة التي تغدو مضطورة للتعويض عن النتائج المكلفة التي أفرزتها هذه الواقعة المستجدة.

و للإشارة أن المسؤول التنظيمي الجزائري قد تناول هذه النظريات و نص عليها في تشريعاته حيث أنه نص على نظرية التوازن المالي في المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 و ذلك بموجب المادة 115⁽¹⁾ منه. بمعنى أن المشرع الجزائري حاول كفالة حق إعادة التوازن للصفقة موضوع التعاقد و هذا بطريق ودي مع المصلحة المتعاقدة توقياً منه للتنفيذ الحسن و الأكمل لموضوع الصفقة، كما أشار من جهة أخرى لنظرية القوة القاهرة التي تختلف عن نظريات التوازن المالي للعقد، ⁽²⁾ فتجد أساسها في المواد 62، 90 من المرسوم الرئاسي نفسه، و المادة 27 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964.

⁽³⁾ إن هذه النظريات ذات المنشأ الفقهي و القضاء "نظرية التوازن المالي للعقد و نظرية القوة القاهرة" لمصلحة المتعامل المتعاقد لا ترتبط بخطأ المتعاقد، و إنما مبعثها و منشؤها هي ضرورة حماية المصلحة المالية الخاصة للمتعامل المتعاقد، و التي تؤدي بالضرورة إلى حماية المصلحة العامة.⁽⁴⁾

(1) انظر المادة 102 من المرسوم رقم: 02-250 الملغى و المذكور سابقاً.

(2) نظرية القوة القاهرة تختلف في الطبيعة في أنها تتلائم مع الوضع الوحيد الذي يصبح فيه المتعاقد مع الإدارة يستحيل عليه تنفيذ إلتزامه و حيث يعفى من التنفيذ. في حين أن النظريات الأخرى تفسح المجال للمتعاقد مع الإدارة الحق بالتعويض لدى تطبيقها. محمود عبد المجيد المغربي، مرجع سابق، ص 9.

(3) تعتبر نظرية التوازن المالي للعقد قضائية محضة يعود للقضاء الإداري الفرنسي الفضل في إظهارها إلى حيث الوجود من خلال القضايا المعروضة عليه. كان أولها في قرار قضية العربات الكهربائية بتاريخ 11-03-1910. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 237.

(4) فتحة حابي، مرجع سابق، ص 217.

و للإجابة على الأطروحات و التساؤلات القانونية و كيفية التعامل معها كي تستقيم علاقة الإدارة مع المتعاونين معها، نقوم بالطرق أولاً لنظرية فعل الأمير و نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في المبحث الأول، ثم تليها نظرية الظروف الطارئة و نظرية القوة القاهرة في المبحث الثاني.

المبحث الأول: نظرية فعل الأمير ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

هناك وقائع وأحداث كل منها ذات طبيعة تختلف عن طبيعة الأخرى جديرة أن تتدخل أثناء تنفيذ العقد الإداري. وقد يكون من شأن هذه الواقع أن يؤثر في تقرير مصير هذا العقد إما بجعله أكثر إرهاقاً أو أكثر كلفة أو يصبح مستحيلاً.

فالمسألة هنا هي معرفة أي النتائج القانونية تتولد عن هذه الأحداث فيما يتعلق بالالتزامات الأطراف المتعاقدة. ومن الأهمية تحديد وضع المتعاقد مع الإدارة إذا صادفه أحد هذه الواقع؟ وكيف يمكن إعفاءه من إلتزاماته؟ كما يتبعن معرفة كيف يصبح له حق التعويض من الإدارة عن النتائج المكلفة التي أفرزتها هذه الواقع؟

لذلك هناك عدة نظريات تطرح نفسها للإجابة عن هذه المسائل القانونية و هنا في هذا المبحث سنقتصر و نتناول النظريتين التاليتين:

المطلب الأول: نظرية المخاطر الإدارية (نظرية فعل الأمير)

إن نظرية فعل الأمير هي نظرية قديمة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، و هي من خلق هذا المجلس، و هي كثيرة الإستعمال في القانون الإداري. و بالرغم من إنتشار هذه الفكرة و تداولها في القضاء الإداري و في كتب الفقهاء، فإنها ما تزال غير واضحة الحدود و أحياناً يقع الخلط بينها و بين نظرية الظروف الطارئة التي إبتدعها كذلك مجلس الدولة الفرنسي لمعالجة حالات قد لا تتوفر فيها شروط تطبيق نظرية فعل الأمير⁽¹⁾.

⁽¹⁾ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 624.

الفرع الأول: مفهوم نظرية فعل الأمير

كثيراً ما أشار الفقهاء إلى تطور فكرة عمل الأمير و إلى مرونته⁽¹⁾. لاصطلاح "فعل الأمير" معنيان مختلفان أحدهما واسع و الآخر ضيق. و في الحالتين تبدو النتائج متعددة و غير مؤكدة، و قد حاولت دراسات كثيرة توضيح معالمها. يفيد المعنى الواسع لاصطلاح فعل الأمير، كل تدخل من السلطات العامة تكون نتيجة التأثير بشكل أو آخر في الآثار القانونية أو في الشروط الفعلية حيث يقوم المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ العقد.

إن لتدخل الإدارة أنماطاً مختلفة ليس فقط بالنسبة لموضوع العقد (إتخاذ تدابير عامة أو تدابير خاصة أو قرارات قانونية أو تصرفات مادية أو تدخلات من شأنها تعديل شروط العقد، أو فقط شروط خارجية ينفذ العقد في ظلها و يتاثر بإنعاكستها...) ، ولكن أيضاً بالنسبة لأنواع و إختلاف و تعدد الأجهزة و السلطات في الدولة الحديثة...)(المشرع أو الحكومة في ممارستها بسلطتها التنظيمية أو السلطة الإدارية المتعاقدة أو سلطة إدارية أخرى غير تلك أبرمت العقد).

يظهر هذا النمط من التدخل أن الآثار القانونية له إذ ما اعتمدنا المعنى الواسع لاصطلاح فعل الأمير، أنه لا يعكس في الواقع نظرية متجانسة ما دام يطال أوضاعاً متعددة تفرز حلولاً قانونية هي نفسها متغيرة و ليست واحدة، و لذا يرى الفقه من الأفضل المبادرة إلى دراسة خصوصيات هذه الحالات المتغيرة و المختلطة.

أما المعنى الضيق: يمكن تحديد معنى فعل الأمير بآثاره القانونية. ففعل الأمير - أو كما يطلق عليه الإجتهاد فعل الإدارة - يولد لمصلحة المتعاقد مع الإدارة تعويضات شاملة... و من هذه الزاوية تتعارض نظرية فعل الأمير مع نظرية عدم التوقع (الظروف الطارئة).

⁽¹⁾ من أقدم من لاحظ ذلك، العميد هورييو، فقد ورد في تعليقه على حكم مجلس الدولة الفرنسي، الصادر في 11 مارس سنة 1910 في قضية Comp.gen.fr de tramways. و المنشور في مجموعة سيري سنة 1911 القسم الثالث ص 1، عن سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 624، قوله:

" la catégorie du fait du prince est peut être une des catégorie juridique provisoires dans les quelles ou range tout d'abord des cas qui surprennent parce qu'ils font exception à des idées reçus ; puis plus tard, on s'aperçoit que ces cas sont disparates. Et qu'il vaudrait peut être mieux les étudier chacun dans leur particuliers".

فعدم التوقع يجبر الإدارة أن تأخذ على عاتقها جزءاً من الخسائر التي يصاب بها المتعاقد معها، فيما تفتح نظرية فعل الأمير المجال أمام المتعاقد مع الإدارة للحصول على تعويض كامل عن الأضرار التي أصابته طالما هذه الأضرار تسبب بوجودها الفعل المثار.

في الواقع أن هذا المعنى لا ينسجم مع ما ذكر عن المعنى الواسع لفعل الأمير، لأن شيء إلا لأن ليس من شأن أنماط التدخلات من الإدارة تفسح المجال أمام المتعاقد للحصول على الحق ذاته في التعويض. ففي بعض حالات التدخل قد ينشأ هذا الحق و ليس في جميع الحالات، و من هنا تتضح معالم البحث حول تحديد أي نوع من حالات تدخل السلطة العامة حسب الإجتهد القضائي، يولد الحق بالتعويض الشامل، إذا لابد من إعادة النظر بمختلف أنواع التدخل.⁽¹⁾ بالإضافة إلى التدخلات ذاتها و مشروعيتها في أن واحد. أي معرفة نوعية التدابير التي يحق للسلطات العامة القيام بها و بما إذا كانت تستند إلى سبب قانوني أم لا يمس أحکام العقود الإدارية. و من الطبيعي أننا نفترض شرعية كل التدابير التي يضطر المتعاقد إلى طلب التعويض عنها. و إلا فالحق بالتعويض عن آثار تلك التدابير لا يعود البتة إلى إعمال نظرية فعل الأمير بل إلى إثارة مبدأ المسؤولية بسبب الخطأ.

أولاً-تعريف نظرية فعل الأمير:

1- فقهها: عمل الأمير بصفة عامة يصدر من سلطة عامة، دون خطأ من جانبها، ينجم عنه تسويء مركز المتعاقد في عقد إداري، و يؤدي إلى إتزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك بما يعيد التوزان المالي للعقد.⁽²⁾

(1) محمود عبد المجيد المغربي، مرجع سابق، ص 79.

(2) سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 623، و أيضاً محمد بن سعيد بن حمد المعمري، مرجع سابق، ص 402.

2- قضاء: إن فعل الأمير كل إجراء تتخذه السلطات العامة و يكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة، مما يطلق عليه بصفة عامة المخاطر الإدارية. كما هو أيضا صدور إجراء خاص أو عام من جانب جهة الإدارة المتعاقدة لم يكن متوقعا وقت التعاقد يتربّ عليه إلهاق ضرر خاص بالمتعاقد لا يشاركه فيه سائر من مسهم هذا الإجراء.⁽¹⁾

و يمكن تعريف عمل الأمير بصفة عامة بأنه عمل يصدر من سلطة عامة دون خطأ من جانبها، ينجم عنه تسوية مركز المتعاقد في عقد إداري، و يؤدي إلى إلتزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك، بما يعيد التوازن المالي للعقد.⁽²⁾

و يجد مبدأ التوازن المالي أساسه القانوني في التشريع الجزائري في نص المادة 115 مطة 1 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 و المعدلة سنة 2012، و التي تنص: "إيجاد التوازن لتكاليف المترتبة على كل من الطرفين...". و هكذا قنن المشرع الجزائري هذه النظرية ذات المصدر القضائي كما بينا، و تأثر بها القضاء الجزائري منذ فجر الاستقلال.

و المشرع أحسن حين أقر مبدأ الحل الودي لحسم النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية، و كذلك عندما رخص للطرفين المتعاقدين إعادة النظر في الأحكام المالية للصفقة بما يعيد الإعتبار المالي للمتعامل المتعاقد و يدفعه أكثر للوفاء بإلتزاماته و بمواصلة التنفيذ.⁽³⁾

⁽¹⁾ محمود عبد المجيد المغربي، مرجع سابق، ص 81.

- حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في 30 يونيو 1957 الذي ينص كما يلي: "إن المقصود بعبارة فعل الأمير هو كل إجراء تتخذه السلطات العامة، و يكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو في الإلتزامات التي ينص عليها العقد، مما يطلق عليه بصفة عامة (المخاطر الإدارية) و هذه الإجراءات التي تصدر من السلطة العامة قد تكون من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد و قد تتخذ شكل قرار فردي خاص أو تكون بقواعد تنظيمية عامة". عن سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 624.

⁽²⁾ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 624.

⁽³⁾ عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 238.

أما بالنسبة لفعل الأمير أو ما يسمى بالمخاطر الإدارية قد يتخذ شكل قرار فردي خاص كالقرار الذي يصدر عن السلطة الإدارية التي أبرمت العقد بتعديل شروط التعاقد أو تعديل نظام المرفق أو نظام الأسعار، كما قد يكون فعل الأمير بمثابة قواعد تنظيمية عامة، كما في حالة صدور قانون يقضي برفع الرسوم الجمركية (في إطار قوانين المالية السنوية أو التكميلية) أو برفع أجور اليد العاملة أو تنظيم شؤون العمال بالزيادة في الأجرات و ساعات العمل، و عموماً فإن هذه النظرية تجد مصدرها في ممارسة السلطة العامة لامتيازاتها في مواجهة المتعاقد معها.⁽¹⁾

ثانياً- شروط تطبيق نظرية فعل الأمير:

لتحقق هذه النظرية يجب توافر شروط حدها الفقه و القضاء الإداريين حتى يصبح من الممكن مطالبة المتعاقد بالحصول على التعويض، و تتمثل هذه الشروط فيما يلي:

1- يجب أن يكون ثمة عقد من العقود الإدارية بمعناها المتفق عليه⁽²⁾، و هذا أمر طبيعي ما دمنا في مجال نظريات تتعلق بعقود القانون العام التي تتميز بطابع خاص يفرقها عن عقود القانون الخاص⁽³⁾، و لهذا فلا محل لتطبيق نظرية عمل الأمير إلا بصدده منازعة تتعلق بعقد إداري⁽⁴⁾. فمحكمة القضاء الإداري المصرية و بالرغم من حداثة إختصاصها في مجال العقود الإدارية إلا أنها قد أبرزت هذا الشرط أكثر من مرة، ففي حكمها الصادر في 03 مارس من سنة 1957 مثلاً نص على: "متى كان الأمر بين الشركة و بين الحكومة خارجاً عن نطاق الرابطة العقدية، فإن طلب التعويض عن الأضرار يستناداً على

(1) إسماعيل بحري، مرجع سابق، ص 85.

(2) ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 15 و ما يليها.

(3) محمد بن سعيد بن حمد المعمرى، مرجع سابق، ص 404.

(4) تؤكد محكمة القضاء الإداري المصرية ذات المبدأ في حكمها الصادر في 09 ديسمبر 1956، مجموعة الأحكام المحكمة، السنة 11 ص 76 حيث تقول: "و من حيث أنه لا محل ما أثاره المدعى بشأن تطبيق أحكام نظريتي الظروف الطارئة و عمل الأمير، إذ أن ذلك يفترض إسناد التعويض إلى عقد إداري تأسيساً على المخاطر الإدارية و قد بان مما تقدم أن سند الدعوى من حيث الوجه الذي يرتب ولایة هذه المحكمة بالفصل فيها- يخرج من مجالات العقد الإداري و لا يدخل إلا في نطاق تعويض مقدم من أحد الأفراد عن قرارات إدارية نهائية، و من حيث أنه لما تقدم ينتهي ركن الخطأ الموجب للمسؤولية...". عن سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 627.

نظريه عمل الأمير يكون على غير أساس سليم من القانون، إذ من المقرر أن المسؤولية التي ترتب التعويض في نطاق نظرية أعمال الأمير لا تقوم إلا في حالة ما إذا كان المتضرر تربطه بالدولة رابطة تعاقديه أثر فيها التشريع الجديد، بأن زاد في الأعباء التي يتحملها في تنفيذ إلتزاماته بمقتضى العقد. و أن تؤدي هذه الزيادة في الأعباء المالية إلى "الإخلال بالتوازن المالي للعقد".

2- أن يكون الإجراء صادرا من جهة الإدارة المتعاقدة. فعمل الأمير -كما يدل عليه إسمه- يفترض صدور عمل أو تصرف من سلطة عامة، يكون من شأنه أن يلحق ضررا بالمتعاقد معها. و نوضح في هذا المقام أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي يجري في الوقت الحاضر على قصر تطبيق نظرية عمل الأمير على الأعمال التي تصدر من جهة الإدارة وحدها، و تطبيق نظرية الظروف الطارئة على ما عادها. و هذا الشرط لم يحدده مجلس الدولة الفرنسي إلا في وقت حديث نسبيا. و من أهم أحكامه في هذا الصدد حكمه الصادر في 04 مارس سنة 1949 في قضية "Ville de Toulon"⁽¹⁾.
و تجدر الإشارة إلى أن هناك شبه إجماع بين الفقهاء بأن يكون هذا الإجراء صادر من جهة الإدارة المتعاقدة و بإرادتها المنفردة، و هذا كجزء من ممارستها لاختصاصاتها القانونية.

3- تفرض نظرية عمل الأمير أن الإجراء الذي اتخذته الإدارة المتعاقدة و أضر بالمتعاقد معها هو إجراء مشروع اتخذته في إطار اختصاصاتها. ⁽²⁾ فإذا ثبت أن هذا الإجراء ينطوي على خطأ وقعت فيه الإدارة فلا تطبق نظرية عمل الأمير لاستحقاق المتعاقد لتعويض على أساس المسؤولية الإدارية العقدية أو المسؤولية الإدارية التقصيرية ⁽³⁾.
و قد قضى في هذا الصدد بأنه : "من شروط نظرية عمل الأمير إفتراض أن الإدارة

⁽¹⁾ مجموعة أحكام المحكمة ص 197 و يتعلق بأثر بعض التصرفات التي أجرتها الدولة و أثرت على عقد إداري أبرمته مدينة مع أحد الأفراد، عن سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 627.

⁽²⁾ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 218.

⁽³⁾ عمار عوابدي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 224.

المتعاقدة لم تخطئ حين إتخذت عملها الضار".⁽¹⁾

4 - أن يكون الإجراء الصادر من السلطة الإدارية غير متوقع، لأنه لو كانت هذه الإجراءات متوقعة أو معلومة التعاقد فلا يطبق عليها وصف عمل الأمير، و لا يستحق المتعاقد عنها أية تعويضات. و تشارك نظرية عمل الأمير في هذا الشرط نظريتا الظروف الطارئة، و الصعوبات المادية غير المتوقعة، فإذا توقع العقد الإجراء فإن أحکام نظرية عمل الأمير تستبعد و تطبق النصوص التعاقدية.⁽²⁾

و يعني بغير متوقع أن المتعاقد مع الإدارة و إن كان يعلم أنه من حق هذه الأخيرة تعديل إلتزاماته، إلا أنه لم يكن يتوقع أن يكون هذا التعديل بالمدى و الحدود التي تم بها كما يقصد بعدم التوقع في مجال تنفيذ الصفقة العمومية عدم معرفة التكاليف الزائدة و نطاقها في حالة عدم تحديدها في العقد. فإن تحددت هذه التكاليف بنصوص الصفقة كانت هذه النصوص هي الحاكمة لها بما لا مجال معه للمطالبة بتعويض على أساس المخاطر الإدارية.⁽³⁾

5 - يجب أن يسبب عمل الأمير "إجراء المصلحة المتعاقدة" ضرراً حقيقياً و ليس إحتمالياً للمتعاقد من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للصفقة. و لا يشترط هنا درجة معينة من الجسامنة في الضرر، فقد يكون هذا الضرر جسيماً أو يسيراً، و قد يكون يتمثل في ضرر فعلي يصيب المتعاقد، و قد يكون مجرد إنفاس في الربح الذي عول عليه.

كما يشترط في الضرر أن يكون محدداً و مباشراً و خاصاً بالمعامل المتعاقد، فإذا نتج مثلاً عن تعديل الصفقة الزيادة الكبيرة في تحمل الأعباء المالية بالنسبة للمتعامل المتعاقد جاز له المطالبة بحقه في التوازن المالي، لذا فإن الإدارة عادة و هي تمارس سلطتها في تعديل الصفقة تطلب من المعامل المتعاقد تقديم كشف مالي عن الأعباء

⁽¹⁾ المحكمة الإدارية العليا، مصر، جلسة 20-05-1956 مجموعة أحكام السنة السادسة، ص 1113. عن عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 218.

⁽²⁾ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 628.

⁽³⁾ إسماعيل بحري، مرجع سابق، ص 86.

الجديدة و تصل معه على الوضع الغالب لحل توافقي ودي، وهو ما حرص المشرع الجزائري على إقراره في تنظيم الصفقات العمومية رقم: 115-236 بموجب المادة 115 منه.⁽¹⁾

الفرع الثاني: أساس تطبيق نظرية فعل الأمير

إن تدخلات السلطة العامة القابلة للتأثير على تنفيذ العقد الإداري فتجعله أكثر صعوبة و أكثر كلفة يمكن أن تكون متنوعة في موضوعه، فهي من جهة يمكن أن تكون بصورة تدابير، لها صفة عامة كالقوانين و المراسيم التنظيمية و القرارات التنظيمية للسلطات المحلية. أو تكون بصورة تدابير لها صفة إفرادية كالقرارات الفردية و العمليات المادية. و من جهة ثانية يمكن أن تكون أمام تدابير تمس الأوضاع العقدية نفسها فتؤدي إلى تعديلها أو شل تنفيذها أو بمواجهتها تدابير لها إنعكاسات على شروط تنفيذ العقد كالأسعار مثلًا التي تتعلق بالأدوات الضرورية اللازمة للمشروع، و ليس معنى هذه التدابير أنها تسمح بتطبيق واحد لنظرية فعل الأمير، بل لابد من البحث إستناداً للحلول الإيجتهدادية لمعرفة أي نوع من التدخلات يسمح للمتعاقد بالحق بالتعويض الكامل.⁽²⁾

أولاً- عمل الأمير في صورة إجراء عام:

و نقصد بالإجراء العام هنا، صدور قوانين أو لوائح من جهة الإدارة المتعاقدة يكون شأنها زيادة أعباء المتعاقد مع الإدارة. فهل يجب تعويض المتعاقد في هذه الحالات عن الأضرار التي تطاله من جراء هذه الإجراءات العامة؟ لقد كان الجواب غالباً بالنص و خاصة من بعض الفقه بإعتبار أن التدابير ذات الصفة الفردية هي التي تسمح فقط بتطبيق فعل الأمير، و ما دام المتعاقد غير مقصود بذاته بالتدابير العامة كونها تطال جميع المواطنين فلا مجال لتطبيق فعل الأمير.⁽³⁾ ولكن الواقع غير ذلك أحياناً، فقد حكم بالتعويض الكامل في مجال حالات مختلفة بمناسبة إتخاذ إجراءات و تدابير ذات صفة

⁽¹⁾ عمار عوابدي، مرجع سابق، ص240.

⁽²⁾ محمود عبد المجيد المغربي، مرجع سابق، ص91.

⁽³⁾ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص637.

عامة، لذا يجب في هذه الحالة الانتباه إلى التمييز عما إذا كانت تلك التدابير تطال الأوضاع العقدية أو فقط شروط تنفيذ العقد و ذلك على النحو التالي:

1- التدابير العامة التي تمس الأوضاع العقدية نفسها للعقد : قد يحصل أن يكون لتدبير أو إجراء عام أو تنظيمي أثره في تعديل الأوضاع العقدية الإدارية (شروط العقد) أو بعض هذه الأوضاع أو إنهاء مبكر للعقد.

إن الخصائص العامة لهذه التدابير بأنواعها المذكورة لا تقف في طريق تطبيق نظرية فعل الأمير بشرط أن يكون هذا التدبير هو قانون آخر و أن المشرع لم يستبعد صراحة التعويض بصدره.⁽¹⁾

2- التدابير العامة التي تمس شروط تنفيذ العقد : عندما يكون التدبير العام التشريعي أو التنظيمي لم يمس نصوص العقد ذاتها، بل إقتصر أثره على أن يجعل تنفيذ العقد أكثر صعوبة و أكثر إرهاقا، فإن تطبيق نظرية فعل الأمير تصبح أكثر دقة و الحلول الإلتجاهية أكثر صعوبة في التدخل. فمن حيث المبدأ هي إستبعاد و رفض التعويض على أساس نظرية فعل الأمير، و هذا لا يمنع المطالبة بالتعويض على أساس آخر متى توفرت شروطه.

و كما قلنا هذا المبدأ العام. لكن هذا الحكم ليس مطلقا بل هناك إستثناء فضمن بعض الشروط. في الواقع، يستطيع المتعاقد الإدعاء بطلب التعويض الكامل و يكون الأمر عندما ينص القانون نفسه على التعويض أو تنص بنود العقد على ذلك.⁽²⁾

ثانيا- عمل الأمير في صورة إجراء خاص:

من حيث المبدأ كل تدبير خاص تتخذه السلطة الإدارية المتعاقدة و يؤدي إلى ضرر المتعاقد يؤلف فعل الأمير، و يفسح المجال لحق التعويض سواء أكان هذا التدبير أدخل تعديلا في الأحكام العقدية أو كان له تأثير في شروط التنفيذ.

⁽¹⁾ سار مجلس الدولة الفرنسي في أحکامه القديمة و الحديثة على تطبيق هذا المبدأ (إلغاء مرسوم بحل بعض فرق المتطوعين، قضى المجلس بتعويضهم أو بتعويض "شركة" تعويضا كاملا على أساس نظرية فعل الأمير)، راجع محمود عبد المجيد المغربي، مرجع سابق، ص 93.

⁽²⁾ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 639.

1- الإجراء الخاص الذي يؤدي إلى تعديل مباشرة في شروط العقد : رأينا فيما سبق أن للإدارة الحق في أن تتدخل مباشرة بقرارات منها، وأن تعديل في التزامات المتعاقد معها سواء بالنقص أو الزيادة. هذا الحق الخطير من جانب الإدارة يقابل حق المتعاقد في ضمان التوازن المالي للعقد، و من ثم فإن نظرية عمل الأمير تتمثل هنا في أجلى صورها. و لا خلاف بين الفقهاء و لا في أحكام القضاء على ضرورة تعويض المتعاقد تعويضا كاملاً عما يلحقه من جراء تعديل شروط العقد، بشرط أن تحترم الإدارة القيود التي شرحناها فيما يتعلق بحق التعديل. أما إذا خرجت الإدارة عن تلك القيود فإن تصرفها ينطوي على خطأ تعاقدي، و من ثم فإننا نخرج من نطاق نظرية عمل الأمير - التي تقوم على غير أساس الخطأ- الذي يؤدي بطبيعته إلى فسخ العقد على حساب الإدارة و إلى الإلتزام بتعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً.⁽¹⁾

2- الإجراء الخاص الذي يؤثر على ظروف التنفيذ : و يحدث أن يكون الإجراء الخاص الذي تتخذه جهة الإدارة المتعاقدة، غير مؤثر بطريق مباشر على شروط العقد، و لكنه يؤدي إلى تغيير في ظروف تنفيذ العقد بما من شأنه أن يحمل المتعاقد أعباء جديدة غير متوقعة عند التعاقد. و حينئذ يتعمّن تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً على أساس التوازن المالي للعقد، و على سبيل المثال لهذه الطائفة من الإجراءات:

- القرارات التي تصدرها الإدارة المتعاقدة بمقتضى سلطتها في الرقابة و التوجيه إلى المتعاقد معها، و تحمله أعباء جديدة.
- بعض إجراءات البوليس التي تصدرها الإدارة المتعاقدة -باعتبارها سلطة بوليس- إلى الشركة المتعاقدة معها الشركة المتعاقدة معها بنقل أسلاك الكهرباء إلى مكان آخر لداعي المحافظة على سلامة المواطنين و التي تؤدي إلى زيادة في أعباء الشركة المتعاقدة.⁽²⁾

⁽¹⁾ محمود عبد المجيد المغربي، مرجع سابق، ص 109.

⁽²⁾ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 632.

الفرع الثالث: الآثار المترتبة عن تطبيق نظرية عمل الأمير

يتربّ على تطبيق هذه النظرية أثر هام يتمثل في إعادة التوازن المالي للعقد و ذلك عن طريق تعويض المتعاقدين عن الأضرار التي لحقته من جراء ذلك العمل و يكون التعويض كاملاً عن الربح والخسارة و ذلك على خلاف التعويض عن الطرف الطارئ فلا يكون التعويض إلا جزئياً و عن الخسارة فقط.⁽¹⁾ و لكن قد يتولد عن عمل الأمير بجانب هذه النتيجة الرئيسية، نتائج أخرى فرعية منها:

- 1- تحرر المتعامل من وجوب التنفيذ عند الإستحقاق، كصدور تشريع يمنع إستيراد سلعة لا يمكن الحصول عليها إلا من الخارج.⁽²⁾
- 2- حق المتعامل المتعاقدين في المطالبة بعدم توقيع الغرامات المالية عن التأخير في التنفيذ إذا ثبت أن عمل الأمير - و لو أنه لم يؤد إلى إستحقاق التنفيذ - قد جعله عسيراً مما يبرر التأخير في التنفيذ.⁽³⁾
- 3- و أخيراً يحق للمتعامل المتعاقدين أن يطلب فسخ العقد إذا ما أدى عمل الأمير إلى زيادة في أعبائه و تكاليفه المالية بدرجة مرهقة لا تحتملها إمكانياته المالية و الفنية.⁽⁴⁾

و يستطيع المتعاقدين بطبعية الحال - أن يجمع بين بعض النتائج السابقة إذا تعددت الأسباب، كالحصول على التعويض الكامل و الفسخ أو الجمع بين التعويض الكامل و عدم توقيع غرامات التأخير... إلخ.⁽⁵⁾

⁽¹⁾ محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 219، وأيضاً عادل السعيد أبو الخير، مرجع سابق، ص 696.

⁽²⁾ عبد اللطيف قطيش، مرجع سابق، ص 172.

⁽³⁾ محمود عبد المجيد المغربي، مرجع سابق، ص 118.

⁽⁴⁾ فتيحة حابي، مرجع سابق، ص 22.

⁽⁵⁾ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 654.

المطلب الثاني: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

تعد من أهم النظريات التي يستند فيها المتعاقد مع الإدارة في طلب التعويض و هذه النظرية تتشابه إلى حد كبير مع نظرية الظروف الطارئة من حيث التأثير، إلا أنها تختلف في أن الظرف الطارئ بالنسبة لها يتمثل في صعوبة مادية غير متوقعة تعوق تنفيذ المشروع و تظهر فجأة أمام المتعاقد مع الإدارة، و هذه الصعوبة تختلف عن الظرف الطارئ لأن الظرف الطارئ يكون غير متوقع و لكنه هو ظرف أجنبى خارج عن موضوع العقد.⁽¹⁾ و هذه النظرية هي ثالث النظريات التي خلقها مجلس الدولة الفرنسي لتأمين المتعاقد مع الإدارة ضد المخاطر التي تعرض لها في تنفيذ إلتزاماته.

لذا سنقوم بدراسة هذه النظرية في هذا المبحث وفق الترتيب التالي: التعريف بالنظرية و شروط تطبيقاتها، ثم ما يترتب عليها من آثار و نتائج.

الفرع الأول: مفهوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

تعد نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من أهم النظريات التي يستند فيها المتعاقد مع الإدارة في طلب التعويض، و هذه النظرية تتشابه إلى حد كبير مع نظرية الظروف الطارئة من حيث التأثير، إلا أنها تختلف عنها. و لتوسيع أكثر سنقوم بالتعريف بهذه النظرية أولا ثم يليها الأساس الذي تستند عليه.

أولا- التعريف بالنظرية:

لا يختلف الأمر بالنسبة لمجلس الدولة الفرنسي، الذي يرجع له الفضل في إبتكار هذه النظرية، و ترجع تطبيقاتها إلى منتصف القرن التاسع عشر،⁽²⁾ بغية تصحيح وضع المتعاقد مع الإدارة أثناء تعرضه لمخاطر تعوق تنفيذ إلتزاماته التعاقدية.

فقد قضت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها كمايلى: " عند تنفيذ العقود الإدارية و خاصة عقود الأشغال العامة، قد تطرأ صعوبات مادية إستثنائية لم تدخل في حساب طرف العقد و تقريرهما عند التعاقد و يجعل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع

⁽¹⁾ سمير عثمان اليوسف، مرجع سابق، ص81.

⁽²⁾ سليمان محمد الطماوى، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص714.

الإدراة و أكثر كلفة، فيجب - من باب العدالة - تعويضه على ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع الأعباء و التكاليف التي تحملها على اعتبار أن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط، و أن هذه هي نية الطرفين المشتركة.⁽¹⁾

تتلخص نظرية الصعوبات المادية في أنه إذا ما صادف الطرف المتعاقد مع الإدراة خلال تنفيذ الإلتزامات التعاقدية صعوبات مادية ذات طبيعة إستثنائية و غير مألوفة و لا يمكن توقعها وقت إبرام العقد و تؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقا، فإن لهذا المتعاقد الحق في مطالبة الإدراة المتعاقد معها بتعويض كامل عما سببته له هذه الصعوبات المادية من أضرار، و ذلك لأن يظهر لمقاول الأشغال العمومية، أن الأرض التي ينفذ فيها إلتزاماته عليها، ذات طبيعة إستثنائية لم تكن متوقعة عند إبرام العقد، فيترتب عليها زيادة أعباء المتعاقد بما يتجاوز الأسعار المتفق عليها، مما يؤدي إلى تعويض المتعاقد المرهق.⁽²⁾

يتفق معظم فقهاء القانون الإداري حول عناصر هذا التعريف لنظرية الظروف المادية غير المتوقعة التي يتمحور تطبيقها بصورة خاصة في مجال عقود الأشغال العامة و هذا ما ذهب إليه الفقيه "دي لوبارديز" مؤكدا أنه لا توجد تطبيقات قضائية لهذه النظرية في خارج نطاق عقود الأشغال العامة. و لكنه سلم في ذات الوقت بأنه لا توجد أسباب قاطعة تحول دون تطبيق النظرية- متى توافرت شروطها- في مجال العقود الإدارية الأخرى، و هذا يتافق مع إتجاه الفقهين " جيز و بيكتيو".⁽³⁾

و قد تردد مجلس الدولة الفرنسي في تشجيع هذا الإتجاه بتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة خارج إطار عقود الأشغال العامة، فرفض أن يعوض على أساسها

⁽¹⁾ فتيحة حابي، مرجع سابق، ص 231.

⁽²⁾ طيبون حكيم، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، تخصص الدولة و المؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013، ص 33.

⁽³⁾ عمار عوادي، القانون الإداري، ص 228، و أنظر أيضا محمود عبد المجيد المغربي، مرجع سابق، ص 47.
Francis-Paul BENOIT, le droit administratif français, édition DALLOZ France, 1968, P623.

المتعهد في حكم صدر بتاريخ 21/04/1944.⁽¹⁾

لكن قد يحدث أحياناً أن ينص دفتر الشروط للعقد على التفويض بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة. الواقع أن هذا الأمر نادر الحصول ولكن مجلس الدولة الفرنسي سار على تطبيق النظرية ولو خارج البنود العقدية أي لو خلا العقد من النص عليها. ولكن يبقى التساؤل قائماً عن الحل فيما لو نص العقد صراحة على إستبعاد المسؤولية على أساس الصعوبات المادية غير المتوقعة. بمعنى أن العقد يحدد سعراً جزافياً مهما كانت الصعوبات التي تعتريه، كما يتحمل المتعاقد مخاطر التنفيذ أياً كانت طبيعة الأرض. ما هي آثار مثل هذه الشروط؟ لقد فسر الإجتهد مثل هذه الشروط أنها تعني الصعوبات العادية، ولكن ليس الصعوبات غير العادية والإستثنائية، و هذه الأخيرة تسمح للمتعهد أن يحتج بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أي المطالبة بالتعويض رغم هذه الشروط. و في الواقع فإن وجود مثل هذه الشروط المذكورة في عقد من العقود تدفع القاضي لأن يكون أكثر تصلباً و تشدداً في اعتبار صعوبات معينة هي من قبيل الصعوبات التي تسمح للمتعاقد المطالبة بالتعويض على أساس ثمة صعوبات مادية غير متوقعة.⁽²⁾

ثانياً- أساس تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

عادةً أن مرجع هذه النظرية هي النية المشتركة للطرفين المتعاقدين "La "commune intention implicite de parties" على أساس أن السعر المتفق عليه في العقد إنما قصد به مواجهة التنفيذ في ظروف عادية، أما الصعوبات غير المتوقعة، و التي لم تخطر ببال الطرفين فيفترض أنهما قصدوا أن يقدر مقابلها بطريقة خاصة و من هذه

(1) وإن كان قضاء مجلس الدولة الفرنسي لا يشجع على التسليم به، ففي إحدى القضايا رفض أن يعوض على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وكانت ظروفها كمايلي: "حدث زلزال شديد حطم الأسلام الممدودة تحت الماء، و التي يعتمد عليها الملتم في إستغلال الرفق العام، فلما طالب الملتم بنفقات إصلاح هذه الأسلام على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة. رفض المجلس و إن كان قد سمح له بالإستناد إلى نظرية الظروف الطارئة". عن سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 715.

(2) محمود عبد المجيد المغربي، مرجع سابق، ص 48.

(1) الأراء الفقيه " جيز" ، و يتبنى مجلس الدولة الفرنسي هذا الأساس في بعض أحكامه و لكن هذا التبرير تعسفي في كثير من الحالات، لاسيما إذا لاحظنا أن مجلس الدولة الفرنسي يطبق النظرية رغم إحتواء العقد على شرط صريح بإستبعادها.

(2) و لهذا فإن الرأي الراجح يعتبر هذه النظرية القضائية ولديه إعتبارات العدالة و الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية، نظراً للعلاقة الوثيقة بين العقود الإدارية و بين المرافق العامة، تلك العلاقة التي تجعل من المتعاقد معاوناً و مساعدًا للإدارة في تسخير تلك المرافق، و هذا هو الرأي الذي رجحه كل من الفقهين "فاللين و دي لوبياديير".⁽³⁾

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

يشترط للمتعامل المتعاقد كي يستحق التعويض عن الخسارة بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة توافر مجموعة من الشروط يمكن إجمالها فيما يلي:

أولاً- يجب أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية:

هذه الصعوبات ترجع في أغلب الأحوال إلى الظواهر الطبيعية، و من ثم أكثر التطبيقات التي تتعلق بالصعوبات المادية مراعها إلى طبيعة الأرضي التي تتفذ فيها صفات الأشغال العامة، مثل الطبيعة الجيولوجية للأراضي التي يجري عليها تنفيذ المشروع محل العقد، كأن يكتشف أن الأرض ذات طبيعة صخرية، في حين أن التنفيذ يفترض طبيعة سهلة، أو وجود مياه تحت الأرض في موقع الأشغال العامة من شأنها أن تعرقل تنفيذ المشروع.⁽⁴⁾

(1) فهو يقرر مثلاً في حكمه الصادر في 05 يوليو سنة 1929 في قضية "YAHER" (المجموعة ص 676)أن:

"Ce dit prix ne devait dans la commune intention des parties s'appliquer qu'aux natures de terrains en vue desquelles il avait été établi. Le sieux y....s'est trouve en présence d'une situation absolument différente de celle qui avait été envisage lors de l'adjudication".

عن محمود عبد المجيد المغربي، مرجع سابق، 50، وأيضاً سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 717.

(2) ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 182.

(3) سليمان محمد الطماوي، الأساس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 717.

(4) عادل السعيد أبو الخير، مرجع سابق، ص 701.

و قد يكون مصدر الصعوبات المادية غير المتوقعة فعل الغير، كوجود قناة خاصة بجوار موقع العمل لم تظهر في الموصفات التي على أساسها تم إبرام العقد.⁽¹⁾

ثانياً- أن تكون الصعوبات غير متوقعة وقت إبرام العقد:

لكي تفتح الصعوبات غير المتوقعة المجال أمام حق المتعاقدين في التعويض، يجب ألا يكون بإمكان توقع حدوثها أو بعبارة أدق لا تكون قابلة للتوقع.⁽²⁾ و كذلك لا تطبق النظرية إذا إنفق الطرفان على مسؤولية المقاول مسؤولية كاملة عن جميع الصعوبات المادية التي تصادفه، سواء أكانت متوقعة أم غير متوقعة مهما ترتب عليها من إرهاق للمقاول، مادام لا ترقى إلى مستوى الحوادث الطارئة الموجبة لإلزام الإدارة بتحمل نصيب من الخسارة الفادحة التي إختلت بها إقتصadiات العقد إختلاساً جسيماً.⁽³⁾ و هنا يبدو دور القاضي هاماً إذ يتعين عليه أن يبحث ما إذا كان المتعاقدين قد بذل في تاريخ إبرام العقد الجهد الضروري وأن يكون قد تحرك بنفسه طبيعة الأعمال و عمل كل ما يلزم لذلك من إختبارات و غيرها للتأكد من صلاحية الموصفات و التصريحات المعتمدة. كما على المتعاقدين إعلام الإدارة في الوقت المناسب بملابساته. كما يأخذ بعين الإعتبار موقف الإدارة، أي إنطباق موقفها من القانون أم لا. و أن يكون قد وضعت تحت تصرف المتعاقدين كافة ما لديها من معلومات تساعد في تحقيق تلك الغاية أي أن تضع الإدارة جميع الوثائق الالزامية تحت تصرف المتعاقدين معها ليتسنى لها من أن يقف على إنعكاس الظروف الجديدة على سعره و المصاعب التي قد يصادفها.

⁽¹⁾ محمود عبد المجيد المغربي، مرجع سابق، ص 65.

⁽²⁾ ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 182.

⁽³⁾ راجع حكم المحكمة الإدارية لمصر، رقم 800، سنة 34 (1994/05/19)، و الذي تقول فيه: "إذا نبهت الإدارة المتعاقدين معها إلى صعوبات سيواجهها في تنفيذ العقد، فإنها لا تسأل عما يصادفه من هذه الصعوبات في الحدود المعقولة، حسب التقدير العادي للأمور و وفقاً للنية المشتركة للمتعاقدين، أما ما جاوزت هذه الحدود المعقولة فإن الإعفاء من المسؤولية عنها لا يكون مقصود أو خطر ببال المتعاقدين. انظر ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية و التحكيم، مرجع سابق، ص 137.

وعلى كل فالقاضي لو تبين له أن الإدارة كانت على علم مسبق و قصدت إخفاء ذلك فإنها تكون حينها ملزمة بالتعويض على أساس الخطأ العقدي. في حين يسقط حق المتعاقد المتضرر إستناداً لهذه النظرية متى ثبت علمه المسبق أو على الأقل متى تبين تقصيره في تبيان تلك الصعوبات.⁽¹⁾

و من الطبيعي القول أنه في حالة كون الصعوبات غير المتوقعة من نوع يصعب توقعه عند إبرام العقد في الظروف التي أبرم فيها العقد، عندئذ يمكن طلب التعويض عنها.⁽²⁾

ففي حالة تقصير المتعاقد و كان بمقدوره تبيان الصعوبات المادية عند إبرام العقد فإن مجلس الدولة الفرنسي يرفض التعويض، و على العكس من ذلك فإن ذات المجلس يأخذ في اعتباره عندما يكون المتعاقد ملزماً بتحري طبيعة الصعوبات التي قد تجابهه عند المباشرة في تنفيذ العقد. مدى العون الذي تقوم الإدارة بتقديمه للمتعاقد في هذه الشأن، لأن الإدارة المتعاقدة ملزمة بتقديم كل المستندات و تضعها تحت تصرف المتعاقد معها كما سبق الإشارة إليه، و متى ثبت للجنس تقصير الإدارة فإنه يقضي بمنح التعويض.⁽³⁾

ثالثاً- يجب أن تكون الصعوبات من غير عمل أحد الطرفين المتعاقددين:

إن الصعوبات المادية ينبغي بأدنى ذي بدء، لكي تفسح المجال للحق بالتعويض لأن تكون أجنبية عن الأطراف المتعاقدة،⁽⁴⁾ فيفترض ألا تكون هذه الصعوبات من عمل الإدارة، فإذا كان مرجعها إلى فعل الإدارة فإن ذلك لا يعني بطبيعة الحال عدم التزام الإدارة بالتعويض و إنما يستبعد في هذه الحالة تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، مع إحتمال تطبيق مسؤولية الإدارة على أساس نظرية عمل الأمير.

⁽¹⁾ بوعمران عادل، دروس في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص311.

⁽²⁾ محمود عبد المجيد المغربي، مرجع سابق، ص66.

⁽³⁾ قرار مجلس الدولة الفرنسي، CE 22juin 1936, Société Delaunay. Belle ville و الذي ينص على ما يلي:

” Le génie n'a pas fait l'effort de prévision et de rédaction qui s'imposait pour donner loyalement à l'entrepreneur le moyen d'analyser à l'avance les répercussions sur son prix dans des difficultés qu'il pouvait rencontrer”.

عن محمود المغربي، مرجع سابق، ص67.

⁽⁴⁾ عادل السعيد أبو الخير، مرجع سابق، ص702.

و يجب أيضاً ألا يكون للمتعاقد يد في إحداث تلك الصعوبات أو زيادة آثارها خطورة و أن يثبت أنه لم يكن في وسعه توفي آثار تلك الصعوبات بما لديه من وسائل. و يجب أخيراً أن يثبت أن المتعاقد لم يخرج على شروط العقد أثناء قيامه بتنفيذ إلتزاماته.⁽¹⁾

رابعاً- يجب أن تكون الصعوبات ذات طابع إستثنائي بحث:

و يقصد بذلك أن الصعوبات المادية ليست فقط عقبات يصادفها المتعاقد عند التنفيذ و لكنها عقبات من نوع غير مألف، و لا يمكن إدراجها ضمن المخاطر العادية التي يتعرض لها المتعاقد عند التنفيذ عادة.⁽²⁾

و تقدير ما إذا كانت الصعوبات التي صادفها المتعاقد مع الإدارة مما يمكن اعتباره من قبيل الصعوبات العادية أم الإستثنائية أمر يخضع لتقدير القاضي وفقاً لظروف و ملابسات الحال. و مجلس الدولة الفرنسي يجري على التشدد في تقدير هذا الشرط كلما إحتوى العقد على نصوص تحمل المتعاقد مع الإدارة كافة المخاطر عند التنفيذ.⁽³⁾ بالإضافة إلى الشروط السابقة من أجل تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، يضيف مجلس الدولة شرطاً خامساً بالنسبة إلى العقود الجزافية (les marchés à forfait)، وهي التي تتضمن تحديداً لكمية الأعمال المطلوبة، تحديداً إجمالياً لما تلتزم الإدارية بدفعه من ثمن يقابلها. فهذا الطابعالجزافي في تحديد الثمن، لا يحول -وفقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي- دون تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة. فقد أكد ذات المجلس دائماً وبصورة لا تدعى إلى الشك بأن صفة هذا النوع من العقد لا تقف حائلاً دون إمكان المعهد الحصول على تعويض بسبب الصعوبات الإستثنائية و غير المتوقعة التي يصادفها أثناء تنفيذ الأعمال.⁽⁴⁾ لكن مجلس الدولة نفسه قضى في حالة العقد ذي

⁽¹⁾ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص763.

⁽²⁾ سمير عثمان اليوسف، نظرية الظروف الطارئة، مرجع سابق، ص85.

⁽³⁾ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع نفسه، ص727.

⁽⁴⁾ راجع قرار مجلس الدولة الفرنسي 14 شرين الثاني 1936، قضية Léanté، ص830، و الذي أكد بأن: "Le caractère forfaitaire du marché ne fait pas l'obstacle à ce que l'entrepreneur puisse obtenir une indemnité pour les difficultés exceptionnelles et imprévisibles par lui rencontrées dans l'exécution des travaux..."

عن سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع نفسه، ص726.

السعر الثابت، بأن الصعوبات غير المتوقعة لا تؤدي إلى التعويض إلا إذا أدت إلى قلب إقتصadiات العقد، بحيث تؤدي إلى ارتفاع تكاليف العملية أو زيادة الأسعار بصورة لم تكن متوقعة⁽¹⁾ يترتب عليه زيادة النفقات و بالتالي زيادة أعباء المتعاقد معها هذا و يقدر قلب إقتصadiات العقد بالنظر إلى المبالغ الإضافية التي أنفقت لمواجهة الصعوبات المادية، منسوبة إلى القيمة الإجمالية للعقد.

و في هذا المجال بالذات نشير إلى أن المتعاقد حتى يكون بإستطاعته طلب التعويض بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة ينبغي إلى جانب كل الشروط السابقة أن يكون العقد حق في ظروف غير طبيعية و غير مألوفة الأشغال العامة المتفق عليها إبتداء مع وجوب إستمرار المتعامل المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته دون توقف ما لم تؤدي تلك الصعوبات إلى إستحالة التنفيذ⁽²⁾. و لكن قد يحصل أن تجبر الصعوبات غير المتوقعة المتعهد على تنفيذ أعمال إضافية، ففي مثل هذه الحالة لا يستطيع المتعاقد أن يأخذ هو المبادرة للقيام بهذه الأعمال إلا إذا كان ذلك ضرورة مطلقة لتنفيذ العقد، و في حال تبين أن العمل نتيجة صعوبات غير متوقعة و لا تبدو ضرورية بشكل مطلق فإن المتعاقد في هذه الحالة لا يستطيع أن يحتاج به قبل أن يكون قد طلب من الإدارة أمر خدمة لتنفيذ العمل⁽³⁾.

الفرع الثالث: آثار تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فإن ذلك لا يترتب إعفاء المتعاقد مع الإدارة من أداء إلتزامه التعاقدi، حيث يتبعين عليه الإستمرار في هذا التنفيذ رغم ما يؤدي إليه ذلك من ارتفاع تكاليف المشروع في ظل وجود الصعوبة المادية و في مقابل ذلك فإن الإدارة المتعاقدة تتلزم بتعويضه كاملا عن الأضرار التي لحقت به.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ فتيحة حابي، مرجع سابق، ص 233.

⁽²⁾ بو عمران عادل، دروس في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 311.

⁽³⁾ محمود عبد المجيد المغربي، مرجع سابق، ص 71.

⁽⁴⁾ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 246.

أولاً- بقاء إلتزامات المتعامل المتعاقد قائمة:

الصعوبات المادية غير المتوقعة التي يصادفها المتعاقد مع الإدارة لا تحرره من الإلتزام بالتنفيذ ذلك أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة شأنها شأن نظرية فعل الأمير و نظرية الظروف الطارئة- لا تؤدي إلى تحلل المتعاقد من إلتزاماته إلا إذا أدت إلى إستحالة التنفيذ، و حينئذ نصبح أمام فكرة القوة القاهرة.

و يتربّ على هذا الشرط ضرورة إستمرار المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته المنصوص عليها في العقد الإداري رغم مصادفته الصعوبات المادية غير المتوقعة، مع أحقيته في بعض حالات معينة تمديد العقد و الإعفاء من غرامات التأخير. أما في حالة توقفه عن تنفيذ إلتزاماته فإنه يتعرض لمختلف الجزاءات المخولة لجهة الإدارة المتعاقدة و التي أشرنا إليها في الفصل الأول مع إحتمال فقده لحق المطالبة بالتعويض على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.⁽¹⁾

ثانياً- حق المتعامل المتعاقد في التعويض الكامل:

بناءً على ما تقدم، تفتح الصعوبات المادية غير المتوقعة أمام المتعاقد الحق بالتعويض تحت شكل رفع الأسعار المنصوص عنه في العقد، و كل ذلك يؤدي إلى خرق مبدأ ثبات الأسعار، فإذا كان الأمر كذلك ما هو أساس هذا التعويض؟ الجواب قد يكمن في مبدأين:

أوله التعويض الكامل، بمعنى أنه يتعمّن على الإدارة- متى توافرت شروط النظرية- أن ترد إلى المتعاقد كافة النفقات الإضافية التي تحملها لمواجهة الصعوبات التي اعترضت التنفيذ العادي للصفقة.⁽²⁾

و من هنا فإن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة تشارك في هذه الخاصية مع نظرية فعل الأمير، و تختلف كثيراً عما تعتمده نظرية الظروف الطارئة، التي من

⁽¹⁾ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص727، و أيضاً سمير عثمان اليوسف مرجع سابق، ص88.

⁽²⁾ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع نفسه، ص730.

شأنها أن توزع عبء زيادة الكلفة بين الإدارة و المتعاقد معها.⁽¹⁾ لكن قد يحصل أحياناً أن بعض المحاكم تقوم بالإستناد على النظريتين معاً حتى لا نقول الخلط بينهما- نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة و نظرية الظروف الطارئة- لأجل تعويض الصعوبات غير المتوقعة بأن شرك بشكل أو بآخر المتعاقد و الإدارة في توزيع التعويض بينهما للخسائر الناجمة عن الصعوبات.⁽²⁾ لقد إعتبر هذا الموقف خاطئاً فلم يقبله مجلس الدولة الفرنسي بل كرس في أحکامه صراحة مبدأ التعويض الكامل.

بالإضافة أنه يجب أن تكون الصعوبات المادية غير المتوقعة من شأنها أن ترهق المدين و تكلفه خسائر مادية كبيرة، فإذا كانت هذه الصعوبات قليلة الخسائر فإنه لا يجب على الإدارة أن تمنح التعويض للمتعاقد الدافع بوقوع الضرر و المطالبة بالتعويض أمام المحكمة.⁽³⁾

و من الطبيعي الإشارة إلى أن هذا التعويض لا يحول دون أن يتحمل المتعاقد قيمة ما تسبب فيه بخطئه من زيادة الآثار الضارة للصعوبات المادية غير المتوقعة. و هذا مجرد تطبيق لقواعد العامة في التعويض.

(1) و هو ما أبرزته محكمة القضاء الإداري المصرية، في حكمها الصادر في 20 يناير سنة 1957، و الذي تنص فيه: "...و التعويض هنا (في تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة) لا يتمثل في معاونة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها، بل يكون تعويضاً عن جميع الأضرار التي يتحملها المقاول، بدفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها و بذلك تختلف هذه النظرية من حيث سببها و النتائج المترتبة عليها عن نظرية الظروف الطارئة". عن سليمان محمد الطماوي، الأساس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 760.

(2) حكم محكمة القضاء الإداري، مصر الصادر في 5 مايو سنة 1953، حيث تبدت للمدعي عند البدء في تنفيذ العملية صعوبات مادية غير متوقعة، و هو ما أكدته وكيل الوزارة المتعاقدة (كبير مهندسي المديرية) بعد معاينته و فحص فرق التكاليف، حيث ذكر في تقريره أن الصعوبة التي صادفت المقاول في العمل أثناء حفره للأجزاء المتكللة لم تكن متوقعة ولم يكن في وسع المدعي و لا الحكومة توقعها، و على الأخص بهذه النسبة الكبيرة التي تقارب 25% من مجموع العملية، ويوضح من هنا أن الحكم يعني بما لا يدع مجالاً للشك نظرية الصعوبات المادية السابقة، و لكنه حين جاء إلى مبدأ التعويض طبق عليه الأحكام الخاصة بنظرية الظروف الطارئة، كما يتبيّن من باقي سياق الحكم : "و من حيث أن العدالة تقضي بأن تشاطر الحكومة المدعي في تحمل نصف قيمة زيادة التكاليف الناشئة عن تكثيل الأرضية على الأخص بعد أن ذهبت المحكمة إلى تحمّله بما زاد من أجور العمال إذ إعتبرته من الأمور المتوقعة". و واضح أن المحكمة قد خلّطت في هذه الخصوصية بين نظرية الظروف الطارئة و الصعوبات المادية غير المتوقعة. عن سليمان محمد الطماوي، الأساس العامة في العقود الإدارية، مرجع نفسه، ص 728.

(3) سمير عثمان اليوسف، مرجع سابق، ص 89.

2- وفي حساب التعويض الكامل يلجأ مجلس الدولة الفرنسي عادة إلى السعر المتفق عليه في العقد ليقدر التعويض على هداه. على أن المجلس يقدر التعويض تقديرًا مستقلًا و على أساس الأسعار الجديدة، إذا ثبت أنه عند مصادفة الصعوبات المادية كانت الظروف المادية التي أبرم العقد في ظلّها قد تغيرت، أو إذا أدت الصعوبات المادية غير المتوقعة إلى تغيير كامل في الأسس التي روعيت عند تحديد الأسعار في العقد و هذا مجرد تطبيق للقواعد العامة.⁽¹⁾

⁽¹⁾ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 731.

المبحث الثاني: نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة

تجدر الإشارة أنه في العقود المدنية تتمتع الأطراف المتعاقدة بمراكيز قانونية متساوية أو متكافئة، فكل من الدائن والمدين يتمتعان بالالتزامات وحقوق مترابطة لا يمكن تعديلها من جانب واحد، نظراً لقيام الرابطة العقدية على أساس مبدأ العقد شريعة المتعاقدين بحيث يجب التقيد بالعقد و عدم جواز نقضه أو تعديله و الذي لا يقتصر فقط على طرفي العقد وإنما تلزم القاضي أيضاً كقاعدة عامة حيث لا يمكنه تعديل العقد إلا في حالات إستثنائية نظمها المشرع.⁽¹⁾ لكن و على خلاف ذلك فإنه في العقود الإدارية و أثناء تنفيذ الصفة العمومية قد تطرأ ظروف معينة خارجة عن إرادة الأطراف المتعاقد وغير متوقعة ساعة التعاقد تؤدي إلى وقف تنفيذ العقد و إستحالة متابعة التنفيذ مما قد يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمتعاقد مع الإدارية،⁽²⁾ ويطرح مسألة مصير تنفيذ الالتزامات التعاقدية وإعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل القوة القاهرة أو الظرف الطارئ. لذا سنقوم بتوسيع هذه الواقع في إنعكاساتها على تنفيذ الصفقات العمومية، فيأتي المطلب الأول عن نظرية الظروف الطارئة في إستعراض شروط تحققها و نتائجها القانونية مما سنتناوله بشيء من التفصيل قبل إستعراض أي من شروط نظرية القوة القاهرة التي تختلف في طبيعتها عن سبقاتها في المطلب الثاني.

المطلب الأول: نظرية المخاطر الاقتصادية "نظرية الظروف الطارئة"

الأصل في الفكرة التقليدية للعقود المدنية أن العقد شريعة المتعاقدين، وأنه لا يعفى المتعاقد من تنفيذ إلتزاماته إلا في حالة القوة القاهرة فقط، أي هو الحادث الذي لا يمكن توقعه وقت التعاقد و لا يمكن دفعه و لا تداركه و لا يرجع إلى فعل أي من المتعاقدين و يترتب عليه أن تنفيذ العقد يصبح مستحيلاً إستحالة مطلقة نتيجة الحادث المكون القوة القاهرة. لكن توجد حالة لا تصل في مداها إلى حد القوة القاهرة،⁽³⁾ وهي نظرية الظروف الطارئة. فما الفكرة العامة لهذه النظرية، و ما هي شروطها و نتائجها؟

⁽¹⁾ سمير عثمان اليوسف، مرجع سابق، ص 7.

⁽²⁾ عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 237، وأيضاً فتيبة حابي، مرجع سابق، ص.ص 215، 216.

⁽³⁾ راجع المادة 90 لفقرة 3 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المذكور سابقاً.

الفرع الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة

إذا كانت نظرية فعل الأمير قامت كي تواجه المخاطر التي يتعرض لها المتعامل المتعاقد نتيجة تدخل الإدارة المتعاقدة، فإن نظرية الظروف الطارئة قد قامت لمواجهة ظروف خارجية ليست من صنع الإدارة و تؤدي لإرهاق المتعامل المتعاقد و الإضرار به وللتوضيح أكثر نعرض هذه النظرية الأخيرة للدراسة على النحو التالي:

أولاً- تعريف نظرية الظروف الطارئة:

يقصد بنظرية الظروف الطارئة أنه قد يحصل أن تطرأ ظروف مستقلة عن إرادة المتعاقد مع الإدارة و غير متوقعة عند إبرام العقد الإداري، من شأنها أن تخل باقتصاديات العقد دون أن تؤدي إلى جعل تنفيذه إنزاماته مستحيلة، ولكنها توقيع المتعاقد في خسارة بقائه ملزما بمتابعة التنفيذ مع الحق له أن تبادر الإدارة المتعاقدة إلى مدي العون له و مساعدته لتخفيض الصعوبات الطارئة و أن تتحمل الإدارة جزء من الخسارة التي سببها له تلك الظروف.⁽¹⁾

تهدف فكرة نظرية الطارئة التي ابتدعها القضاء الفرنسي⁽²⁾ إلى حماية مصلحة المرفق العام، لأن توقف المتعامل المتعاقد عن تنفيذ العقد سوف يهدد المرفق العام بالتوقف و هكذا تلتقي المصلحة العامة بمصلحة المتعاقد الخاصة، فتحقيق توازن العقد و حماية المتعامل المتعاقد سوف يحمي إستمرارية المرفق العام بإنتظام، و تحقيق تلبية الحاجيات العامة و التي من أجلها أبرمت الصفقة.

فيقصد "بالظروف الطارئة" تلك المخاطر الاقتصادية، و التي يعني بها ظهور أحداث مفاجئة لدى تنفيذ الصفقة في شكل أزمات اقتصادية، حروب، زلزال، قرار بتخفيض العملة... إلخ. كما يمكن أن تكون بفعل سلطة عامة غير المصلحة المتعاقدة، فهي إذن أحداث خارجية تؤدي إلى إضطراب في شروط تنفيذ العقد، و عندها التعويض بسبب

⁽¹⁾ محمود عبد المجيد المغربي، مرجع سابق، ص 126.

⁽²⁾ راجع قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 30 مارس 1916 في قضية:

Compagnie générale du gaz de bordeau (Rec.P.125 cond. Chardent, RDP 1916 p. 206, concl. Chadrent, note G. Jèze, p388). Chrystophe LAJOYE, Droit des marchés publics, 5e édition, Gualiano éditeur, Lextenso éditions, France, 2012, P 385.

الأعباء غير العقدية لا يغطي كل العجز الذي يتحمله الشريك في التعاقد.⁽¹⁾ فما أساس هذا التعويض؟

ثانيا- الأساس القانوني للنظرية في الجزائر:

تجد نظرية الظروف الطارئة أساسها التنظيمي في نص المادة 107 من القانون المدني و التي جاء فيها " يجب تتنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه و بحسن نية. و لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزمات وفقا للقانون و العرف و العدالة بحسب طبيعة الإلتزام. غير أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أن تتنفيذ الإلتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول و يقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك.⁽²⁾

و هكذا قنن المشرع الجزائري نظرية الظروف الطارئة لأنها فكرة تتماشى و مبادئ العدالة. فمن العدالة عدم ترك المتعامل المتعاقد تحمل لوحده الأعباء المالية بحجة عدم إنساب الظروف الجديدة للإدار.

و المشرع الجزائري راعى هذه النظرية في تنظيم الصفقات العمومية رقم: 10-236، فأجاز إعادة الإعتبار المالي للمتعامل المتعاقد في إطار حل ودي يتجسد في ملحق للصفقة الأصلية.

و تجد نظرية الظروف الطارئة أساسها في التنظيم في المادة 115 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236، و التي ورد فيها بصرير العباره إمكانية إعادة التوازن المالي في إطار الملحق و دون حاجة للخضوع لهيئات الرقابة الخارجية. بما يعني أن تنظيم الصفقات العمومية راعى الظروف الطارئة و الوضع الجديد و الإرهاق المالي للمتعامل

⁽¹⁾ فتیحة حابی، مرجع سابق، ص224.

- Francis-Paul BENOIT, Le droit administratif Français, Op.cit , P626.

⁽²⁾ المادة 107 من الأمر رقم: 58-75، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

المتعاقد، فأجاز إعادة الإعتبار له في إطار حل ودي يتجسد في ملحق للصفقة الأصلية.⁽¹⁾ و يصدر هذا الإتفاق على شكل مقرر يصدره الوزير أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي حسب طبيعة النفقات المطلوب الإلتزام بها في الصفقة. و هذا المقرر يصبح نافذا بغض النظر عن غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية.⁽²⁾

و قد ذهبت المادة 103 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 في هذا المذهب، إذ إعتبرت أن الظهور غير متوقع لبعض تفاصيل و خارجة عن إدارة الطرفين هي حالة من حالات التي تسمح بإمضاء ملحق للصفقة حتى و إن كان من شأن هذا الملحق أن يؤثر في توازن الصفقة.

أما المادة 105 من نفس المرسوم المذكور أعلاه، فقد بينت أن الإختلال المعترض في التوازن الاقتصادي للصفقة، الناتج عن أسباب إستثنائية خارجة عن إرادة الطرفين و الذي يؤدي إلى تأخير الأجل التعاقدى الأصلي، كفى بأن يسمح بإبرام ملحق و عرضه على هيئة الرقابة الخارجية و لو خارج حدود آجال التنفيذ العقدية.

على أساس ذلك، فإن تنظيم الصفقات العموميةأخذ بنظرية الحوادث الطارئة التي تقضي بعدم إنقضاء إلتزام المتعامل المتعاقد، بسبب الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد إذا قامت المصلحة المتعاقدة بإزاحة مسببات الإخلال بالتوازن.

و طبقا لما ذكر أعلاه فإن المادة 107 من القانون المدني أنها جاءت بشكل واضح و أبلغ و لا مانع أن يهتم بها القاضي الإداري و هو يطبق نص المادة 115 من المرسوم الرئاسي 10-236 طالما كان الغرض من النصين واحد و أن روحها تصب

⁽¹⁾ عمار بوضياف، مرجع سابق، ص243.

⁽²⁾ المادة 115 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المذكور سابقا تنص على: "تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها. غير أنه يجب على المسلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق هذه الأحكام، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها طالما سمح هذا الحل بما يأتي: - إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين، - التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة، - الحصول على تسوية نهائية أسرع و بأقل تكلفة. و في حالة إتفاق الطرفين، يكون هذا الإتفاق موضوع مقرر يصدره مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، حسب طبيعة النفقات المطلوب الإلتزام بها في الصفقة. و يصبح هذا المقرر نافذا، بغض النظر عن غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية الفبلية...".

ضمن ذات الإتجاه.⁽¹⁾

ثالثا- شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

يمكن إستخلاص أن التنظيم الجزائري لصفقات العمومية يبتعد بالمصالح المتعاقدة عن التطرف في إستعمال الحق، و دفعها إلى الأخذ بمبدأ الإنصاف و العدالة هادفا تفاديا توريط المتعامل المتعاقد في حالات عسر أو إفلاس أو تحميشه خسائر فادحة. غير أنه بمقابل ذلك إشترط مثلا لإمكانية تحبيين الأسعار:

1- عدم تراخي المتعامل المتعاقد في تنفيذ العقد.⁽²⁾

2- وقوع حوادث إستثنائية غير متوقعة أثناء التنفيذ. هذا الظرف قد يكون إقتصاديا كارتفاع مفاجئ و غير متوقع في أسعار بعض المواد المستعملة في تنفيذ المشروع إرتفاعا غير عادي. ⁽³⁾ ذلك أن الإرتفاع البسيط و الطبيعي أمر يقدره أطراف العقد و يضعونه بعين الاعتبار ساعة العقد. أما لو كان يسير بوتيرة متسارعة و مرتفعة فإن ذلك بعد ظرفا إستثنائيا و طارئا موجبا لإعادة الإعتبار المالي شريطة حدوثه أثناء تنفيذ الصفقة و ليس قبل التوقيع أو بعد الإنتهاء. كما قد يكون الظرف سياسيا كقيام الحرب. ⁽⁴⁾ أما طبيعيا كالسيول و الفيضانات.

3- أن يكون الحادث الطارئ خارجا عن إرادة الطرفين أي مستقلا عن إرادتهما، فلا يستفيد المتعامل المتعاقد من تعويض كلما كان الظرف منسوبا إليه سواء أكان هذا المتعاقد هو الذي تسبب في إحداث الظرف الطارئ بعمله عمدا أو إهمال، أو كان قد قصر في بذل

⁽¹⁾ عمار بوضياف، مرجع سابق، ص243.

⁽²⁾ خرمي النوي، مرجع سابق، ص298.

⁽³⁾ عادل السعيد أبو الخير، مرجع سابق، ص 697.

⁽⁴⁾ راجع قرار مجلس الدولة الفرنسي في 04 نوفمبر 1932، ص916، و قراره في 10 مارس 1948 ص331: حيث أعلن أنه إذا كان إحتلال إقليم... قائما وقت إبرام العقد فإن ما سببه من إرتفاع الأسعار لا سيما في سعر الحديد قد تجاوز الإحتمالات العادية للطرفين. و قراره في 10.03.1948، كان أكثر دلالة من الحكم السابق لأن العقد أبرم بعد صدور القوانين سنة 1936، و نص العقد صراحة على تحمل المتعاقد لإرتفاع الأسعار المتربطة على تطبيق القوانين الجديدة، و بالرغم من كل هذا فقد طبق المجلس النظرية لأن إرتفاع الأسعار قد فاق الحد المعقول المتصور عند إبرام العقد. عن محمود عبد المجيد المغربي، مرجع سابق، ص152.

الجهود الازمة لتوقي هذا الظرف الطارئ إذا كان توقي الظرف في حيز المستطاع.⁽¹⁾ وكذلك الحال ينبغي أن لا تكون الإدارة هي المتبعة في ظهور هذا الطارئ الجديد. فإن كان إحداث هذا الظرف من طرف المصلحة المتعاقدة فإنها ملزمة بتعويض هذاضرر و يستند هذا التعويض إما تحت عنوان الإخلال بأحكام المسؤولية التقصيرية في حالة الخطأ، أو راجعا إلى فعلالأمير إذا من فعل الإدارة ولم تخطئ.⁽²⁾

4- عدم إمكانية توقع الحادث الطارئ لدى إبرام الصفة: يجب أن يكون إستثنائياً و غير متوقع أي غير منظور لدى إبرام الصفة، غير عادي. بالإضافة إلى عدم إمكانية دفعه و لا تداركه بعد حدوثه. و نذكر في هذا السياق أن التوقع أو عدمه- طبيعته- و إستثنائه يخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي يعتمد على جملة الظروف و الملابسات المحيطة بالمتعاقدين عند إبرام الصفة.⁽³⁾

5- أن يؤدي الظرف الطارئ إلى جعل تنفيذ المتعاقد لإلتزاماته أقل عبئاً و أكثر كلفة من التقدير المعقول الذي قدره المتعاقدان، و كانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادلة أي يلحق بالمعامل المتعاقد خسائر فادحة تختلف معها إقتصadiات العقد إختلافاً جسیماً، لكن لا يعني ذلك أن تصل إلى حد القوة القاهرة المانعة من تنفيذ الإلتزام وإنما المستوجب فقط في الظروف الطارئة.⁽⁴⁾ لأن تقبل السلطة المختصة على زيادة الضرائب أو تقبل على إستحداث رسوم جديدة و نسب عالية تتعلق بالمواد المستعملة في تنفيذ المشروع أو تصدر نصاً جديداً يتضمن شبكة للأجور تختلف عن الشبكة القديمة إختلافاً جوهرياً، أو تقبل على رفع الرسوم الجمركية أو المواد المستعملة في المشروع وفي هذه الحالات ينتج عن موافقة تنفيذ المشروع إرهاق المتعاقد مع الإدارة مالياً. لذا وجب أن ينصف بإعادة توازنـه المالي.⁽⁵⁾

⁽¹⁾ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 680.

⁽²⁾ عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 242.

⁽³⁾ فتيحة حابي، مرجع سابق، ص 227.

⁽⁴⁾ محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص 432.

⁽⁵⁾ عمار بوضياف، مرجع نفسه، ص 242.

6- و يشترط أخيراً لإمكان تطبيق هذه النظرية الطارئة أن يستمر المتعاقد رغم الظرف الطارئ في تنفيذ العقد. و ذلك حرصاً على إحترام مبدأ دوام سير المرافق العامة الذي من أجله أقام القضاء نظرية الظروف الطارئة نفسها.

فليس مؤدي تطبيق نظرية الظروف الطارئة - بعد توافر شروطها - أن يمتنع المتعاقد فوراً عن تنفيذ إلتزاماته العقدية، وإنما له أن يدعو الإدارة المتعاقدة لمشاركته في تحمل نصيب من الخسارة التي نزلت به بسبب تنفيذ العقد في ظل الظروف الطارئة. فإذا رفضت الإدارة كان له الالتجاء إلى القضاء الذي يقتصر دوره على إلزام الإدارة بالتعويض المناسب. و هذا التعويض لا يغطي إلا جزءاً من الخسارة التي أصابت المتعاقد فحسب، أما إذا إمتنع المتعاقد مع الإدارة عن الإستمرار في تنفيذ العقد بسبب الظروف الطارئة فإنه يفقد حقه في المطالبة بتطبيق النظرية.⁽¹⁾

الفرع الثاني: آثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة

يستتبع اختلاف أساس نظرية الظروف الطارئة في القانون الإداري عنه في القانون المدني اختلاف النتائج المترتبة عليها في كل من القانونين.

فأساس نظرية الظروف الطارئة في نطاق القانون الإداري يرتكز و كما سلف البيان، على ضرورة ضمان سير المرافق العامة بانتظام و إضطراد و ليس فقط حماية مصلحة المتعاقد مع الإدارة. أما في نطاق القانون المدني فهي تستهدف فقط حماية المتعاقد المدين و تحقيق التوازن بين مصالح كل من طرفي العقد. و يتربّط على ذلك أنه بينما يمكن للقاضي العادي أن يعدل العقد بإنفاسات إلتزامات المدين الذي ترهقه الظروف الطارئة فإنه في العقود الإدارية يقتصر دور القاضي الإداري على الحكم بالتعويض المناسب دون

أن يكون له تعديل إلتزامات العقدية.⁽²⁾

و منه فإن تحقق شروط النظرية ينجر عنه آثار على عملية التنفيذ التي يمكن حصرها و إجمالها فيما يلي:

(1) ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية و التحكيم، مرجع سابق، ص 145.

(2) محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص 439.

أولاً- حق المتعامل في الحصول على مساعدة المصلحة المتعاقدة:

إذا توافرت شروط تطبيق النظرية وجب على الإدارة المتعاقدة رد الإنذار المرهق إلى الحد المعقول، و ليس معنى هذا إعادة التاسب الذي كان موجودا عند التعاقد بين الطرفين كليه وإنما هو مساهمة الطرفين في تحمل أعباء الظروف الطارئة.⁽¹⁾

و منه فإن التعويض الذي يحصل عليه المتعامل المتعاقد يكون في صورة تعويض جزئي تتحمل الإدارة بمقتضاه جانبا فقط من الخسارة التي لحقت بالمتعاقد بسبب الظروف الطارئة، و ليس كاملا يشكل كل ما أصابه من خسارة و كل ما فاته من كسب كما هو الحال في نظرية فعل الأمير. و التعويض له طبيعة مؤقتة لا يمكن أن يستمر بصفة دائمة لأن التوفيق من طبيعة الطرف الطارئ نفسه.⁽²⁾

التعويض الجزئي يكون تحت رقابة القضاء، و إذا لم يتوصل الطرفان إلى الإتفاق حول التوازن المالي للعقد الإداري بمساعدة و تعويض الطرف المتعاقد مع الإدارة حكم القضاء بفسخ العقد بناء على طلب أحد طرف العقد الإداري.⁽³⁾

نصت المادة 29 من دفتر الشروط الإدارية العامة سنة 1964 على أنه عندما يقوم المقاول بتنفيذ أشغال غير مقررة و غير مدرجة في الجدول أو التسلسل، أو يعدل منشأ الأدوات كما هي مبينة في دفتر الشروط الخصوصية. فعلى المقاول تطبيق الأوامر المصلحية المتعلقة بهذا الشأن و يتم تحضير أسعار جديدة إما بالإستناد لأسعار الصفقة أو بما يماثل الأشغال الأكثر مطابقة، و في الحالة العكسية يتم تحديد الأسعار حسب السعر المألف في البلد المقام بها الأشغال.

و يتم حساب الأسعار حسب الشروط الإقتصادية المطبقة في أسعار الصفقة و بكيفية قابلة بالزيادة أو النقصان إذا إحتوت طبيعة الصفقة على ذلك، و كل ما ذكر يجري بعد المنافسة بين المهندسين و المهندس المعماري مع المقاول و بعد المصادقة على

⁽¹⁾ ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية و التحكيم، مرجع سابق، ص 146.

⁽²⁾ إسماعيل بحري، مرجع سابق، ص 90.

⁽³⁾ عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 227.

الحساب من طرف السلطة المختصة عندها يحق للمقاول أن يتناهى الأثمان المعدة من طرف المهندسين و لكن بشكل مؤقت، فإنه يعتبر بمثابة تعويض جزئي مؤقت.⁽¹⁾

ثانياً- إستمرار المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته:

إن أول ما يلتزم به المتعاقد مع الإدارة كي يستطيع الإحتجاج بهذه النظرية هو الإستمرار في تنفيذ العقد، ذلك أن هذه النظرية هي من النظريات التي دخلت القانون الإداري مستندة إلى مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام و إطراد، و من هنا كان أول ما يلتزم به المتعاقد مع الإدارة هو الإستمرار في تنفيذ العقد الإداري الذي عقده معها.⁽²⁾ و منه يتبع على المتعاقد الذي يريد الاستفادة من تطبيق نظرية الظروف الطارئة موافقة تنفيذ التزامه رغم وقوع الحادث غير المتوقع مadam التنفيذ في ذاته ممكنا و لم يتحول إلى قوة قاهرة تحول دون ذلك، فإذا توقف عن التنفيذ و الوفاء بالتزاماته فإنه يتعرض لجزاءات و التي قد توقعها عليه الإدارة المتعاقدة معه لاسيما عقوبة غرامات التأخير. و لا يجديه نفعا الإحتجاج بهذا الظرف الطارئ، و الملاحظ أنه لا يجوز الإعفاء من المسؤولية عن الظروف الطارئة، إذ من المقرر في العقود الإدارية أن شرط الإعفاء من المسؤولية باطل لتعارضه مع المبادئ المقررة في القانون الإداري التي منها ثبوت حق المتعاقد في التعويض.⁽³⁾

⁽¹⁾ راجع المادة 29 و المادة 32 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 المذكور سابقا.

⁽²⁾ سمير عثمان اليوسف، مرجع سابق، ص 147.

⁽³⁾ بحري إسماعيل، مرجع سابق، ص 95.

المطلب الثاني: نظرية القوة القاهرة

يرص المتعامل المتعاقد على تنفيذ الصفقة التي أبرمها مع الإدارة المتعاقدة على أحسن وجه و وفق ما اتفق عليه، بالرغم من الظروف التي قد تطرأ أثناء تنفيذه للالتزاماته و التي تتغل كاشهه وتجعل من تنفيذ إلتزاماته أمرا صعبا. الأمر الذي يدفع بالإدارة المتعاقدة إلى أن تبذل ما في وسعها لتمكن المتعاقد معها من الإستمرار في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية إتجاهها رغم ما قد تتکده من خسائر في سبيل تحقيق الهدف الأساسي و هو إستمرارية سير المرافق العامة. و لكن في بعض الأحيان و من جراء حدوث فعل القوة القاهرة يصبح الإستمرار في تنفيذ إلتزامات الملاقة على عاتق المتعاقد مع الإدارة أمرا مستحيلا،⁽¹⁾ و هذه الحالة الوحيدة التي تؤدي إلى إعفاء المتعاقد من التحلل من إلتزاماته. لذا تختلف نظرية القوة القاهرة في الطبيعة عن النظريات الأخرى بأنها تتناسب مع الوضع الجديد الذي يستحيل فيه متابعة تنفيذ المتعاقد لإلتزامه.⁽²⁾

و لتوضيح أكثر نتناول نظرية القوة القاهرة من خلال التطرق لمفهومها و العناصر المكونة لها ثم الآثار المترتبة عنها.

الفرع الأول: مفهوم نظرية القوة القاهرة

تعدد النظريات لمجابهة مشكلات الواقع الجديدة و إنعكاشاتها القانونية على مصير تنفيذ العقود الإدارية، إلا أن نظرية القوة القاهرة تختلف في الطبيعة عن النظريات الأخرى لأنها تتلاءم مع الوضع الوجيد الذي يصبح فيه المتعامل المتعاقد يستحيل عليه تنفيذ إلتزاماته و حيث يعفى من التنفيذ على عكس النظريات السابقة، لذا سنعرض لهذه النظرية كما يلي:

⁽¹⁾ إسماعيل بحري، مرجع سابق، ص 113.

⁽²⁾ محمود عبد المجيد المغربي، مرجع سابق، ص 12، و أيضا محمد بن سعيد بن حمد المعمرى، مرجع سابق ص 405.

أولاً- تعريف نظرية القوة القاهرة:

لا يختلف مفهوم القوة القاهرة في نطاق القانون الإداري عنه في القانون المدني بوصفها حادثاً مستقلاً عن إرادة المتعاقدين.⁽¹⁾

ليس في القانون نص يعرف القوة القاهرة،⁽²⁾ وقد توافق الفقه والاجتهد على أن القوة القاهرة هي حادث مستقل عن إرادة الأطراف المتعاقدة وغير ممكن توقعه و هو يحول بصورة مطلقة دون تنفيذ مجموع الالتزامات العقدية (بين الملزوم المتعاقد والإدارة) أو أحد الالتزامات.⁽³⁾

تجد نظرية القوة القاهرة أساسها، في المادة 62 من تنظيم الصفقات العمومية رقم: 10-263 و التي ورد فيها بصرح العباره على إجبارية تضمين الصفقة بند يبين كيفيات تطبيق حالات القوة القاهرة بنصها التالي : " يجب أن تشير كل صفقة إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما و إلى هذا المرسوم. و يجب أن تتضمن على الخصوص البيانات الآتية:... - كيفيات تطبيق حالات القوة القاهرة،...". كما نصت المادة 90⁽⁴⁾ من نفس المرسوم عن الإعفاء من العقوبات المالية بفعل الأحداث غير المتوقعة و التي لا يمكن مقاومتها و من شأنها منع صاحب الصفقة من التقييد بأجال التنفيذ المنصوص عليها في العقد.

⁽¹⁾ أحمد محيو، مرجع سابق، ص394.

⁽²⁾ كثيراً ما تشير دفاتر الأحكام و الشروط العامة إلى القوة القاهرة دون أن تهتم بتعريفها. مثلاً دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 في المادة 27 منه.

⁽³⁾ عبد اللطيف قطيش، مرجع سابق، ص163.

⁽⁴⁾ المادة 90 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 تنص على ما يلي: "... و يطبق هذا الإعفاء عندما لا يكون التأخير قد تسبب فيه المتعامل المتعاقد الذي سلم له في هذه الحالة أوامر بتوقيف الأشغال أو بإستئنافها. و في حالة القوة القاهرة تتعلق الآجال و لا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير، ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف الأشغال و إستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة...".

و حددت المادة 27 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964⁽¹⁾ الحالات التي لا يجوز للمتعامل المتعاقد أن يتمسك بها، ليتحلل من إلتزاماته بحجة قيام حالة "القوة القاهرة"، فمثلاً رفض هذا الدفتر تملص المقاول من إلتزاماته بناءاً على حالات نصت عليها هذه المادة كما يلي و هي:

- الإستغلال العادي للأملاك و المرافق العمومية، أو وجود قنوات أو خطوط أو غيرها في ورشة العمل أو وجود ورش تعمل على نقل هذه المنشآت أو تحويلها.
- تزامن أشغال الورشة مع أشغال أخرى.
- التلف و الضياع الناتج عن لامبالاة أو إهمال المقاول.
- حماية الآلات و المنشآت من العواصف و الأمطار و الفيضانات و كل الظواهر المناخية.

كما أخرج هذا النص إمكانية إستفادة المقاول من التعويض بفعل القوة القاهرة إذا مسست الكارثة التي أنشئت حالة قوة قاهرة عتاد المقاول.⁽²⁾ ما عدا في الفقرة 03 من المادة ذاتها، للمتعاقد مع الإدراة أن يتمسك بالقوة القاهرة عندما يثبت أنه اتخذ تحت مسؤوليته التدابير الضرورية لرقابة مؤوناته من الآلات و تركيب الورشة و جعلها في مأمن من السرقة أو أضرار العواصف و الفيضانات و إضطراب البحر و الكوارث الطبيعية.⁽³⁾

ثانياً- شروط تطبيق نظرية القوة القاهرة:

أثيرت المبادئ الأساسية الأولى المكونة لنظرية القوة القاهرة في معرض إضراب أصحاب الشركة البحرية " Compagnie des messageries maritimes " و تأكّدت هذه العناصر المكونة لنظرية العقود الإدارية الفرنسية من القضاء الإداري الفرنسي في الحكم المبدئي الصادر بتاريخ 19/01/1919 حيث تكونت في المطالعة الشهيرة

⁽¹⁾ جاءت تحت عنوان " الخسائر و الأضرار و لواحق التنفيذ، حالة القوة القاهرة" ، المادة 27 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 ، مرجع سابق.

⁽²⁾ لمزيد من التوضيح أنظر خرضي النوى ، مرجع سابق ، ص300.

⁽³⁾ راجع المادة 27 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 ، المذكور سابقاً.

لمفوض الحكومة "تارديو" Tardieu كما تكرست مرة أخرى في مطالعة مفوض الحكومة "لا تورنري" في قضية "La Tournerie Compagnie des scières africaines" في القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1968/03/09، ثم في قرارات لاحقة ذات أهمية قصوى في تطبيقات عملية لفكرة القوة القاهرة.⁽¹⁾

و قد وضع مفوض الحكومة "تارديو" Tardieu المبادئ المكونة للقوة القاهرة و هي:⁽²⁾

- إذا كان مستقلاً عن إرادة المتعاقد.
- إذا جعل المتعاقد في إستحالة مطلقة من الوفاء بإلتزمه.
- إذا لم يستطع توقعه أو إنهائه.

1- عدم إمكان التوقع أو حدث غير متوقع : إن فعل القوة القاهرة يجب أن يكون حادثاً ليس في الإمكان توقع حدوثه، ليس فقط بالنسبة للمدين، وإنما لجميع الناس و بالتالي لا يصح قياس مسؤولية المدين في هذه الحالة بمعايير ذاتي وإنما موضوعي، لا يكفي فيه أيضاً معيار الرجل العادي.⁽³⁾ و عدم إمكان التوقع لا يعني عدم القابلية المطلقة للتوقع، بل

(1) وقعت الدولة الفرنسية مانحة إلتزام النقل البحري تطبيقاً لدفتر الشروط غرامات جزائية على الشركات الملزمة الثلاث: شركة المساجيري ماريتييم، الشركة العامة عبر الأطلنطي، شركة الملاحة المختلطة، لإنقطاع خدماتها. فتمسك الشركات بأن هذا الإنقطاع يرجع إلى إضراب قيادات بحرية و هي حالة قوة قاهرة تعفيها من مسؤوليتها، علماً أن الدولة عرضت على الشركة العامة عبر الأطلنطي و على شركة الملاحة المختلطة وضع ضباط و بحارة البحرية الوطنية تحت تصرفهما، وقد رفضتا. فكان على مجلس الدولة الفرنسي أن يقرر ما إذا كان هذا الإضراب يشكل قوة قاهرة تعفي الملزم من إلتزامه. وقد قرر مجلس الدولة مستنداً على المبادئ التي وضعها مفوضها "تارديو" المذكورة أعلاه، أن عرض الدولة مع مصاعب جدية قائمة للشركاتين، كان يترتب عليه على الأقل مراعاة الرحلة البحرية التي يجب إتمامها للقضاء على الإستحالة المطلقة التي إعترضت رحيل المراكب. وأنه إذا كانت الشركتان إعتقدتا وجوب رفض هذا العرض بسبب ما يمكن أن ينشأ عنه لهما من مضائق، فقد فعلتا ذلك على مسؤوليتهما و تبعتهما. وأنهما فقدتا بذلك حق التمسك بأن إضراب قيادات البحرية التجارية خلق عقبة في تنفيذ المرفق لا يمكن تجاوزها و التمسك بحالة القوة القاهرة للتخلص من تطبيق الشروط الجزائية التي طبقت عليهما. و على العكس حكم مجلس الدولة الفرنسي بأن الإضراب حالة قوة قاهرة بالنسبة "شركة المساجيري ماريتييم" التي لم تعرّض عليها الدولة مساهمة ضباطها و بحارتها. عن محمود عبد المجيد المغربي، مرجع سابق، ص 18.

(2) محمود عبد المجيد المغربي، مرجع نفسه، ص 16.

(3) مريان حوريه، مرجع سابق، ص 99.

يرجع تقدير عدم التوقع إلى الظروف التي أبرم فيها.

2- إستحالة الدفع : يجب أن يكون فعل القوة القاهرة غير ممكن دفعه من قبل المتعاقد و مانعاً جذرياً من تنفيذ الإلتزامات التعاقدية، و يعني بذلك إستحالة مطلقة لإمكانية تنفيذ العقد.

لكن يجب الإشارة إلى أن الصعوبات المتعلقة بالتنفيذ حتى وإن كانت جدية و خطيرة فإنها قد لا تشكل أفعال القوة القاهرة مادام ليس من شأنها أن تجعل التنفيذ مستحيلاً، و من هنا يظهر الفرق كاملاً بين نظرية القوة القاهرة عن باقي النظريات.⁽¹⁾

3- الحادث خارج عن إرادة المتعاقدين : إن فعل القوة القاهرة يجب أن يكون بكامله خرافي يتجاوز إرادة الأطراف المتعاقدة، و لا دخل لهذه الإرادة في وقوعه، و لا يعتبر الأمر قوة قاهرة إذا سبقه أو اقترن به خطأ عقدي. و لذلك لا يعتبر قوة قاهرة في حالة إهمال المتعاقد في إتخاذ الاحتياطات الضرورية.

و مهما يكن فإن تنظيم الصفقات العمومية لم يدخل في تفاصيل الشروط الواجب توفرها في القوة القاهرة، و ترك أمر تحديد ذلك للمصلحة المتعاقدة، التي أوجب عليها إدراج بند القوة القاهرة ضمن بنود و بيانات الصفقة، و أوكل إليها توضيح شروط تفعيل القوة القاهرة.⁽²⁾ و ذهب إلى أن جعل من القوة القاهرة حالة تسمح بإعفاء المتعامل المتعاقد من تطبيق عقوبات التأخير.⁽³⁾

للإشارة أنه و بالرجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 أعطت المادة 29 منه الملزם -المتعامل المتعاقد- مهلة عشرة أيام، للمطالبة بالتعويض عما لحقه من أضرار و خسائر من جراء القوة القاهرة. و تحديد هذه المهلة بوقت قصير نسبياً إقتضتها ضرورة التثبت في الوقت المناسب، من حقيقة الأحداث التي يدعي الملزם حصولها.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ محمود عبد المجيد المغربي، مرجع سابق، ص23.

⁽²⁾ راجع المادة 62 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 السابق ذكره.

⁽³⁾ خرشي النوي، مرجع سابق، ص300.

⁽⁴⁾ عبد اللطيف قطيش، مرجع سابق، ص165.

كما يتوجب على المتعامل المتعاقد أن يتقدم بطلب خطى من الإدارة لإبلاغها بحصول القوة القاهرة، و ذلك تحت طائلة سقوط حقه بالتعويض. و مع ذلك لا يؤدى للمتعاقد تعويض إلا بمصادقة الإدارة و لا يقبل من المتعاقد أي مطلب بعد إنقضائه هذا المهلة.⁽¹⁾

و قد ساير مجلس الدولة الجزائري على ما إستقر عليه القضاء الفرنسي في إعتماد الشروط السابقة للإعتداد بنظرية القوة القاهرة من خلال قراره الصادر بتاريخ 1999/03/08 في قضية بلارة توفيق ضد رئيس المندوبية التنفيذية لبلدية سكيكدة و التي تتلخص وقائعها فيما يلي: " أنه بتاريخ 09/09/1989 أبرم السيد بلارة توفيق صفقة مع بلدية سكيكدة قصد بناء مكتبة و نظرا لكون البناء لم تتم في الآجال المنصوص عليها في العقد أذررت البلدية المتعاقد بتاريخ 09/03/1991 للإسراع في الأشغال غير أن هذا الأخير برر التأخير بعدم تقديم المخطط و البطاقات التقنية و كذا من أجل زيادة أسعار البناء و عدم تطبيق التعليمية الوزارية المشتركة المؤرخة في 06/11/1990 و كذا بأن هناك قوة قاهرة نظرا للوضعية الاقتصادية للبلد و أن الدولة نفسها أمرت بمراجعة الأسعار.

رفعت البلدية دعوى ضده أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء سكيكدة فأصدرت هذه الأخيرة قرارا بتاريخ 22/04/1995 قضت فيه بإلتزامه أن يدفع لرئيس بلدية سكيكدة مبلغ قدره 83.255.80 دج الممثل لـ 10% من مبلغ الصفقة.

بعد إستئناف المتعامل أمام مجلس الدولة بتاريخ 26/08/1995 طالب هذا الأخير بإلغاء القرار و تعويضه بمبلغ 69.712.9 دج إلا أن قرار مجلس الدولة جاء مؤكدا و مؤيدا للقرار المستأنف على أساس: مرور أكثر من سنتين ما بين تاريخ إبرام الصفقة و تاريخ الإنجاز بـ 06 أشهر، و لا وجود لحالة القوة القاهرة، لكون الوضعية ليس لها طابع عدم التوقع أو الإستثناء".⁽²⁾

⁽¹⁾ راجع المادة 29 الفقرة 4 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 السابق ذكره.

⁽²⁾ إسماعيل بحري، مرجع سابق، ص 113.

الفرع الثاني: تطبيقات القوة القاهرة

تتمثل أهم تطبيقاتها في الحالات الآتية:

أولاً- حالة الظواهر الطبيعية:

تبدي الظواهر الطبيعية المثال النموذجي للحدث الخارجي الذي لا يمكن توقعه و يستحيل دفعه كالسيول، العواصف و الفيضانات، الجفاف غير العادي أو الصقيع. و لقد إعتبر مجلس الدولة الفرنسي في قرار له عام 1935 أن هطول الأمطار بقوة و غزارة و في مدة إستثنائية تتجاوز توقعات الأطراف المتعاقدة تشكل أفعال قوة قاهرة.⁽¹⁾

ثانياً- حالة الصعوبات التي تواجه الأطراف المتعاقدين:

يظهر دور القوة القاهرة إذا كانت الصعوبات التي تواجه التنفيذ غير متوقعة و يستحيل دفعها و التي تتميز عن الصعوبات العادية. و من الطبيعي الإشارة أن القاضي يقدر الصعوبات التي يمكن أن تواجه و التي يجب أن تدخل في توقعات الأطراف المتعاقدة عند الإبرام، كما في الصعوبات التي تعترض النقل و التموين.

ثالثاً- حالة الإضراب:

يعتبر الإضراب مثال نموذج للحدث الذي كثيراً ما طبقة بشأنه المبادئ المتعلقة بالقوة القاهرة. و القاضي لكي يحكم بوجود هذه الحالة يبحث عن مدى توفر الشروط المقررة للفوهة القاهرة والتي يمكن إجمالها في:

-أن يكون الإضراب حدثاً خارجياً كلياً عن المتعاقد، بمعنى أن المتعاقد لا يتسبب في إثارته أو تسهيل حصوله.

-أن يكون الإضراب فعلاً حدثاً خارجياً غير متوقع.

-أن يكون الإضراب قد أوجد وضعاً يصعب تجاوزه.⁽²⁾

⁽¹⁾ عبد اللطيف قطيش، مرجع سابق، ص165.

⁽²⁾ محمود عبد المجيد المغربي، مرجع سابق، ص37.

رابعاً- حالة الحرب:

ليس من جديد حالة الحرب سوى الإشارة أن هذه الحالة تشبه حالة الإضراب وأنها تشكل بحد ذاتها حالة نموذجية تثير مسألة تطبيق القوة القاهرة فالإجتهادات القضائية و الحلول التي وضعت تدور حول المبادئ الرئيسية ذاتها. فلا تصبح هذه الحالة -حالة الحرب- موضع اعتبار إلا إذا إستجمعت بشأنها الشروط الثلاث الازمة لمعنى القوة القاهرة وهي كما سبق الإشارة إليها عدم التوقع، و صعوبة التغلب عليها و تجاوزها و اعتبار الحادث خارجياً، و على ضوء وفرة الإجتهادات القضائية في هذا الصدد، فقليلاً جداً ما تعتبر حالة الحرب و ما ينتج عنها كحادث قوة قاهرة.⁽¹⁾

الفرع الثالث: الآثار المترتبة على القوة القاهرة

يتربّ على توافر شروط القوة القاهرة نتائج قانونية هامة تمس مباشرة حسن تنفيذ الصفة يمكن إجمالها فيما يلي:

أولاً- إعفاء المتعامل المتعاقد من إلتزاماته:

بالنسبة لهذا الأثر يجب أن نميز بين حالتين هنا فيمكن أن تكون إستحالة مطلقة كما يمكن أن تكون إستحالة مؤقتة.

1- الإستحالة المطلقة للتنفيذ : إذا أدت القوة القاهرة إلى إستحالة تنفيذ بعض الموجبات أو واحد منها، فإن الملزم يعفى من تنفيذ الواجب الذي بات مستحيلاً، وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذه القاعدة في العديد من قراراته.

2- الإستحالة المؤقتة : قد لا تؤدي القوة القاهرة إلى إستحالة تنفيذ الإلتزامات بصورة مطلقة و عندها سيتم وقف تنفيذ العقد إلى حين زوال السبب المؤدي لهذا الموقف و عندما تتلاشى تلك الأحداث فإن الإلتزام بتنفيذ العقد يعود لمتابعة التنفيذ بمجرد إختفاء السبب الأجنبي، و مثل ذلك توقف الإضراب.⁽²⁾

(1) محمود عبد المجيد المغربي، مرجع سابق، ص 37.

(2) قطيش عبد اللطيف، المرجع سابق، ص 167، وأيضاً إسماعيل بحري ، مرجع سابق، ص 115.

على كل في كلتا الحالتين لا تستطيع الإدارة أن توقع أي جزاء من الجزاءات الإدارية المقررة لعدم التنفيذ و هو ما أشارت إليه المادة 90 من تنظيم الصفقات العمومية رقم: 236-10.

ثانياً- حق المتعاقد في التعويض:

إذا كانت القوة القاهرة تمثل إحدى أسباب إعفاء المتعامل المتعاقد من مسؤوليته حسب الشروط المقررة لهذه الحالة و كذلك بنود الصفقة، فإنها تعتبر مصدرًا هاماً في التعويض عن الخسائر والأضرار التي لحقت به، و الناجمة عن القوة القاهرة. يقتضي الأخذ بعين الاعتبار عند تحديد هذا التعويض جميع الأضرار التي هي نتيجة مباشرة للحدث، سواء تعلقت هذه الأضرار بالأشغال المنفذة، أو بالتجهيزات القائمة، أو بالأعمال التحضيرية، أو بالمعدات، أو بالمواد الضرورية للتنفيذ، أو بتعطيل العمال، أو بالتأخير في التنفيذ، و لكن ليس للمتعهد الحق بالتعويض عن الربح الفائت،⁽¹⁾ كما لا يشمل التعويض الأضرار التي أصابت الإنشاءات غير المرتبطة بتنفيذ العقد و التي لا تمثل ضرورة لهذا التنفيذ، و أخيراً لا يشمل التعويض الإرتفاع المتلاحق للأسعار بعد وقوع الحدث الذي أعتبر قوة قاهرة.⁽²⁾

ثالثاً- فسخ العقد:

بنفس الطريقة المعروفة في القانون المدني، تحرر القوة القاهرة الفرقاء من إلتزاماتهم التعاقدية، و تعفي المتعاقد مع الإدارة من كل مسؤولية تعاقدية. و بالمقابل، فإن السمات الخاصة للقانون الإداري و خاصة مبادئ استمرارية و تألف المرافق العامة الثابت تعطي بعض الأصالة للنظرية و ذلك عندما يستند للقوة القاهرة من أجل الفسخ. إن فسخ العقد في القانون الخاص، لا يسمح بها إلا إذا كانت هناك إستحالة مادية مطلقة للتنفيذ. أما في القانون الإداري فيمكن أن يعلن الفسخ حين يصبح التنفيذ مستحيلاً « من الناحية

⁽¹⁾قطيش عبد اللطيف، مرجع سابق، ص166.

⁽²⁾إسماعيل بحري، مرجع سابق، ص84.

الإدارية»⁽¹⁾. و يجب هنا أن يلح أ المتعامل المتعاقد إلى القضاء للحصول على حكم بإفساخ العقد، إذ لا يمكن للأفراد تقدير توفر حالة القوة القاهرة من عدمها و هذا الحل يعتبر في صالح الإدارة و صالح المتعاقد معها فما يمكن أن يعتبر قوة قاهرة قد لا يعتبره القضاء كذلك.⁽²⁾

و الدعوى الإدارية في هذا الصدد تدرج في نطاق القضاء الكامل لأن منازعات فسخ الصفقة العمومية بمختلف صورها تعتبر من المنازعات الحقيقية كونها تدرج ضمن دائرة عقد الصفقة العمومية و شروطها، و أن هيئة القضاء و هي تتظر في إحدى تلك المنازعات تعتمد في فصلها على مدى إحترام الإلتزامات التعاقدية و شروط الصفقة العمومية و نصوصها، و ليست منازعات عينية تتعلق بمدى شرعية القرار الإداري.⁽³⁾

و من جانب آخر قد تتضمن بعض العقود الإدارية نصوصا تسمح بفسخ العقد نتيجة القوة القاهرة إذا أصبح تفويض الإلتزام مستحيلا بصفة عامة و هذا الفسخ يسمى بالفسخ التعاقدى و هو ما نصت عليه المادة 113 من تنظيم الصفقات العمومية رقم:
⁽⁴⁾ 236-10

⁽¹⁾ أحمد محيو، مرجع سابق، ص394.

⁽²⁾ إسماعيل بحري، مرجع سابق، ص116.

⁽³⁾ عز الدين كلوفي، مرجع سابق، ص.ص113،114.

⁽⁴⁾ المادة 113 من المرسوم الرئاسي رقم: 236-10 المعدل و المتم تنص على ما يلي: "زيادة على الفسخ من جانب واحد المنصوص عليه في المادة 112 أعلاه، يمكن القيام بالفسخ التعاقدى للصفقة حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض...".

خلاصة الفصل الثاني

من خلال إستعراضنا للنصوص التنظيمية و الأحكام و المبادئ الصادرة بشأن الحالات و الظروف المفاجئة التي تصادف المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذه للعقد، يتبيّن أن نظريات التوازن المالي للعقد الإداري قد شقت طريقها و بدأت في الظهور في عديد التشريعات الحديثة للدول، بعد أن تردد صداتها في آراء و بحوث الفقهاء عبر مراحل تاريخية متعاقبة كما وجدت نصيبا لها في التطبيقات القضائية و تتأكد أهمية هذه النظريات و تزداد كلما تقدم الزمن و تبعا للتطورات التي تحصل في المجتمعات البشرية و التي تترافق معها ظروف طارئة غير متوقعة تؤثر بشكل مباشر على التوازن الاقتصادي للعقد إلى حد إختلاله و بما يؤدي إلى إلحاق الضرر المادي الجسيم بأحد أطراف العملية التعاقدية.

و هنا تظهر أهمية النظريات السابق دراستها و معالجتها العادلة في إعادة التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد بما يعكس على المعاملات الاقتصادية و التجارية حيث يشعر المتعاقد بالطمأنينة أثناء التعاقد أو خلال تنفيذ العقود.

و قد ظهر لنا من خلال البحث أن تنظيم الصفقات العمومية و المراسيم المتعلقة بهذا المجال في الجزائر من بين القوانين التي أخذت ببعض أفكار نظريات التوازن المالي للعقد الإداري، و بنص عام فيه و هو نص المادة 115 من المرسوم الرئاسي رقم: 236-10 المعدل و المتمم، و المواد 62، 90 من نفس المرسوم، و كذلك المادة 29 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

و ما يمكن ملاحظته بالنسبة لهذه النظريات أن بينها تشابه كبير، و الصلات تزداد في الوقت الحاضر نظراً لتطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي لمواجهة الاقتصاد الموجه الذي تسير عليه معظم الدول الحديثة و الذي أدى إلى تغيير الأفكار التقليدية التي قامت عليها كل من تلك النظريات، و يمكن رد أوجه الشبه بينها إلى أن النظريات السابق دراستها تقوم على أساس مسؤولية الإدارة بلا خطأ. و وبالتالي فإن تسليم القضاء الإداري بتطبيق نظرية من النظريات الأربع، يفترض في ذات الوقت أن التصرف الضار الذي يشكو منه المتعاقد لا يتضمن أي خطأ من جانب الإدارة، فإذا أخطاء الإدارة فلا يمكن

إثارة مسؤوليتها على أساس واحدة من النظريات السابقة، بل تسؤال في نطاق المسؤولية التعاقدية العادلة.

كذلك تشارك هذه النظريات في أن الفعل الضار الذي يقع على المتعاقد مع الإدارة يجب أن يكون غير متوقع و إلا لا يمكن إثارة مسؤولية الإداره إلا على أساس الخطأ أو التقصير في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية.

كما تشارك و تقوم هذه النظريات على حكمة واحدة و هي مراعاة مدى صلة المتعاقد بالمرافق العامة، و معاملته على أساس أنه يعاون الإداره في أداء وظيفتها و بالتالي تحقيق التوازن بين سلطات الإداره بحقوق مقابلة للمتعاقد، حتى يشجع الأفراد على التعاقد مع الإداره و يمكن الإداره في ذات الوقت من أن تتمتع بقدر من الحرية تمكنها من تحقيق الصالح العام في ظروف أفضل من تلك التي كانت تتعرض لها لو إلتزام المجلس قواعد القانون الخاص في مجال العقود الإدارية.

إلا أنه و رغم هذا التشابه بين هذه النظريات تفرد كل نظرية بذاتية تميزها عن شبيهتها و إذا تركنا التفاصيل جانبا و جدنا أنه يمكن التمييز بين هذه النظريات من النواحي التالية:

أولاً- من حيث الفعل الذي تتحقق به المسؤولية:

تمتاز نظرية عمل الأمير بأن العمل الضار يجب أن يكون منسوبا إلى جهة الإداره المتعاقدة في صورة صدور إجراء -عام أو خاص أو حتى فعل مادي- من جانب الإداره المتعاقدة، و بالتالي لا يمكن وفقا لقضاء مجلس الدولة الحديث أن تثار نظرية عمل الأمير إذا ما كان مرجع الإجراء الضار إلى غير جهة الإداره إطلاقا أو كان مرجعه إلى جهة إدارية غير جهة الإداره المتعاقدة.

و تمتاز نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بأنها لا يمكن أن ترجع إلى عمل الإداره أو المتعاقد معها بل هي خارجة عن إرادة المتعاقدين، كما أنها ذات طبيعة مادية عادة ترجع في أغلب الأحيان إلى الظاهرة الطبيعية، تطبق إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة تؤدي إلى قلب إقتصadiات العقد رأسا على عقب بما يتربى عليه إرهاق المتعاقد.

وقد تشارك نظرية الظروف الطارئة مع النظريات الأخرى في مصدرها، فيكون مصدر الظرف الطارئ فعل جهة الإدارة المتعاقدة لكن الخلاف بالنسبة إلى باقي الشروط، ذلك أنه لا يمكن في الوقت الحاضر التمييز بين المخاطر الاقتصادية و المخاطر الإدارية بدقة نظراً لتدخل الإدارة في مجال الإنتاج و تنظيم الظروف الاقتصادية إلى حد كبير. كما قد يكون الظرف الطارئ مستقلاً عن عمل الإدارة إطلاقاً مثل نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة و نظرية القوة القاهرة لكن الخلاف في باقي الشروط و هكذا يوجد مجال مشترك بين هذه النظرية و باقي النظريات، و بالتالي يكون مجال تطبيقها أوسع من مجالها. أما بالنسبة لنظرية القوه القاهرة فهي تختلف في الطبيعة عن النظريات الأخرى فلا يمكن تطبيقها إلا في حال وقوع حوادث إستثنائية خارجة عن إرادة المتعاقدين يتولد عنها إستحالة مطلقة في تنفيذ العقد من طرف المتعاقد مع الإدارة.

ثانياً- من حيث شروط التطبيق:

يكفي للإستفادة من أحكام نظريتي عمل الأمير و الصعوبات المادية غير المتوقعة أن يصيب المتعاقد أي ضرر، فلا يشترط في الضرر الذي يبرر تطبيق النظريتين أي قدر من الجسامه.

أما فيما يتعلق بتطبيق نظرية الظروف الطارئة فيجب أن يصل الضرر إلى درجة إرهاق المتعاقد، وأن يؤدي إلى قلب إقتصadiات العقد رأساً على عقب. على عكس نظرية القوة القاهرة التي لا ينظر فيها إلى درجة الضرر الذي يصيب المتعاقد مع الإدارة بل ينظر إلى مدى تحقق شرط إستحالة تنفيذ العقد من عدمه، بالإضافة لتوافر الشروط الأخرى التي تشتراك فيها مع سابقتها لكي يتقرر تطبيقها.

ثالثاً- من حيث الآثار:

فالتعويض الذي يحكم به في مجال تطبيق نظريتي عمل الأمير أو الصعوبات المادية غير المتوقعة هو التعويض الكامل الذي يغطي جميع الأضرار التي تلحق المتعاقد مع الإدارة أما في حالة الإستناد إلى نظرية الظروف الطارئة فإن التعويض يكون جزئياً

عن الأضرار الناشئة عن الظروف الطارئة إعمالاً لفكرة العدالة التي توجب مساندة المتعاقد و نزولاً على ضرورة ضمان سير المرفق العام.

و في معرض تعداد أثار هذه النظريات و إختلافاتها و إنعكاساتها القانونية على مصير تنفيذ العقد الإداري، نشير إلى أن نظرية القوة القاهرة تختلف عن باقي النظريات و هذا راجع إلى أنها تتلائم مع الوضع الذي يصبح فيه المتعاقد مع الإدارة يستحيل عليه تنفيذ إلتزاماته و حيث يعفى المتعاقد من التنفيذ في حين النظريات الأخرى إنما تولد كلها لدى التطبيق أثراً مشتركاً واحداً هو الإفساح في المجال أمام المتعاقد مع الإدارة إلى الحق بالتعويض.

خاتمة

من خلال هذه الدراسة المتواضعة لموضوع تنفيذ العقد الإداري في التشريع الجزائري عامه و الصفقات العمومية خاصة، حاولنا وضع موضوعاً هذا تحت مجهر الدراسة و التحليل من مختلف جوانبه النظرية و الإجرائية، و لابد في الختام من إستخلاص أهم النتائج التي تم التوصل إليها في النظام القانوني الذي ينظم تنفيذ الصفقة العمومية و المتمثلة فيما يلي:

- 1- إتضح لنا بجلاء مدى حجم السلطات و الإمكانيات المنوحة للمصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقود الإدارية بإعتبارها المشرفة على كل ترتيب تنفيذ الصفقة، و هذا دون الحاجة إلى النص عليها صراحة في العقد أو القوانين أو اللوائح. و دون أن يكون للمتعاقد معها الإحتجاج بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين". فهي تستمد هذه السلطات من الطبيعة و الخصائص الذاتية التي تميز العقود الإدارية و التي يراعي دائماً في تنفيذها تغليب الصالح العام على الصالح الخاص.
- 2- أن سلطة الإدارة في تنفيذ العقود الإدارية تكون أكثر إستعمالاً بقصد صفات اللوازم و صفات الأشغال العامة، حيث تصل مداها في هذه الأخيرة كونها تتمتع بطبيعة خاصة تميزها عن سائر الصفقات الأخرى.
- 3- أن المشرع الجزائري إعترف للمصلحة المتعاقدة بسلطة توقيع جزاءات على المتعاقد معها بنفسها، و ذلك عند إخلاله بالتزاماته التعاقدية دون الحاجة للجوء إلى القضاء.
- 4- للإدارة حق في تعديل شروط العقد بعد إبرامه و أثناء تنفيذه و إضافة شروط جديدة تزيد أو تنقص من إلتزامات المتعاقد معها، دون الحاجة إلى موافقته، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة، حيث أنها لا تتناول كافة شروط العقد بل تقتصر على الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام و حاجته و النصوص التنظيمية في العقد دون النصوص التعاقدية التي تنظم المزايا المالية للمتعاقد، و أن يبقى العقد ذاته قائماً من حيث نوعه و موضوعه

و يجب ألا تقلب شروط و إقتصadiات العقد رأسا على عقب و يتم التعديل في حدود الإطار العام للمشروعية.

5- أن المتعاقد مع الإدارة ملزم بتنفيذ إلتزاماته وفق الشروط الواردة في العقد والخصوص لتوجيهات الإدارة أثناء التنفيذ. و لا يعفى المتعاقد من إلتزاماته التعاقدية بحجة أن الإدارة أخلت بإلتزاماتها نحوه، كما أن إلتزامات المتعاقد مع الإدارة شخصية يجب أن ينفذها بنفسه و في حالة المخالفة يكون تصرفه باطل و يتعرض للجزاءات.

6- يقابل إمتيازات الإدارة في تعديل أو إنهاء العقد الإداري دون صدور خطأ من جانب المتعاقد حقه في التعويض عما لحقه من أضرار بسبب هذا الإنها أو التعديل طبقا للمبادئ العامة للتعويض. و في حالة حدوث خطأ من الإدارة يترتب عنه ضرر للمتعاقد له أن يسلك السبيل المشروع للحصول على التعويضات المترتبة على إخلال الإدارة بإلتزاماتها.

7- ضمان القانون لحقوق المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة. بحيث تتمثل أهم هذه الحقوق في الحصول على المقابل المالي و كذا إعادة التوازن المالي للعقد إن توافرت شروطه. فالإدارة ملزمة بالإرتقاء بالتعاقد معها و إلا سار إلى طريق القضاء لإقتضاء حقه، لأنه مجرد فرد ألى إلا أن يشارك بالتعاقد من أجل السير الحسن للمرفق العام، مما يكون لزاما الإستفادة من رعاية و حماية من هذا الجهاز.

8- إيجابية موقف المشرع الجزائري في نصه على إجبارية التسوية الودية للمنازعات في تنظيم الصفقات العمومية رقم: 10-236 قبل اللجوء إلى القضاء، الذي غالبا ما تطول إجراءاته.

9- الغموض و عدم الوضوح لتطبيق نظريات التوازن المالي للعقد قانونا مع نقص الإجتهاد القضائي الجزائري في هذا المجال الذي لا يسمح ببلورة هذا الحق و وضع شروطه.

- 10-** دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 و الذي رغم أنه يعتبر وثيقة مهمة في تعداد الإلتزامات الواقعة على المتعاقد مع الإدارة، إلا أنه يظهر بأن الزمن قد تجاوزه.
- 11-** تنافي شرط وضع كفالة رد التسبيقات و الهدف الأساسي للتسبيقات المتمثل في تدعيم و مساعدة المتعامل المتعاقد لتخفيض ضعف الإمكانيات المالية نظراً لقيمتها المرتفعة و المعادلة لمبلغ التسبيقات.
- 12-** عدم وجود لجنة متخصصة على مستوى كل مصلحة متعاقدة لمتابعة تنفيذ العقود المبرمة تجنبًا للإشكالات التي قد تطرأ أثناء هذه المرحلة المهمة.

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية:

أولاً- الكتب:

- 1 - أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2009.
- 2 - عادل بوعمران، النظرية العامة للقرارات و العقود الإدارية، دراسة تشريعية فقهية و قضائية، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر 2011.
- 3 - عادل بوعمران، دروس في المنازعات الإدارية، دراسة تحليلية نقدية و مقارنة دون طبعة، دار الهدى، الجزائر 2014.
- 4 - جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، 2004.
- 5 - حسين درويش، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري ، الطبعة الأولى مكتبة لجنة البيان العربي، مصر 1961.
- 6 - خريسي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية ، دون طبعة دار الخلدونية، الجزائر 2011.
- 7 - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة ، الطبعة الخامسة، مطبعة جامعة عين شمس مصر 1991.
- 8 - سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة ، دون طبعة دار الفكر العربي، مصر 1979.
- 9 - سمير عثمان اليوسف، نظرية الظروف الطارئة و أثرها في التوازن المالي للعقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2009.
- 10 - عادل السعيد أبو الخير، القانون الإداري ، دون طبعة، دار الفكر القانوني، مصر 2007.
- 11 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، مصر 2004.

- 12 عبد اللطيف قطيش، **الصفقات العمومية، تشريعا و فقها و إجتهاها** (دراسة مقارنة) الطبعة الثانية، منشورات الحبقي الحقوقية، لبنان 2013.
- 13 عبد المجيد فياض، **نظيرية الجزاءات في العقد الإداري**، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، مصر 1985.
- 14 عمار بوضياف، **شرح تنظيم الصفقات العمومية** ، الطبعة الرابعة (مزيدة و منقحة) جسور للنشر و التوزيع، الجزائر 2011.
- 15 عمار عوابدي، **القانون الإداري، الجزء الثاني: النشاط الإداري** ، الطبعة السادسة ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2014.
- 16 عز الدين كلوفي، **نظام المنازعات في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، دون طبعة، دار النشر جيطلي، الجزائر 2014.
- 17 ماجد راغب الحلو، **العقود الإدارية و التحكيم**، دون طبعة ، دار الجامعة الجديدة مصر 2004.
- 18 ماجد راغب الحلو، **العقود الإدارية**، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2007.
- 19 محمد الصغير بعلي، **القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري** ، دون طبعة، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر 2013.
- 20 محمد بن سعيد بن حمد المعمرى، **الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الإسناد و التنفيذ**، دراسة مقارنة ، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر 2011.
- 21 محمد فؤاد عبد الباسط، **العقد الإداري، المقومات-الإجراءات- الآثار** ، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2006.
- 22 محمود خلف الجبورى، **العقود الإدارية**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع الأردن 2010.
- 23 محمود عبد المجيد المغربي، **المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية و آثارها القانونية**، دراسة مقارنة في النظرية و التطبيق ، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان 1998.

24 خسرين شريقي، مريم عماره، سعيد بو علي ، القانون الإداري (التنظيم الإداري النشاط الإداري)، دون طبعة، دار بلقيس، الجزائر 2014.

25 نواف كنعان، القانون الإداري ، الطبعة الأولى، دون طبعة، دار الثقافة للنشر و التوزيع الأردن 2007.

ثانيا- المذكرات الجامعية:

1 - إسماعيل بحري، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر ، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الدولة و المؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2009.

2 - حكيم طيبون، منازعات الصفقات العمومية ، مذكرة ماجستير، تخصص الدولة و المؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2013.

3 - حورية مريان، الآجال في قانون الصفقات العمومية الجزائري ، مذكرة ماجستير فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2013.

4 - رياض لوز، دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية، المرسوم الرئاسي رقم 250-02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، مذكرة ماجستير، فرع الدولة و المؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2007.

5 - سهام بختي، التزامات المقاول في الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء رسالة ماجستير، فرع القانون العقاري كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2014.

6 - فتحية حابي، النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل و المتمم ، مذكرة ماجستير، فرع قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تizi وزو، الجزائر 2013.

7 - مراد زوايد، النظام القانوني للوفاء بالمقابل المالي بقانون الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع إدارة و مالية، كلية الحقوق، جامعة بومرداس الجزائر 2012.

8 - يوسف بركات أبودقة، إمتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في النظرية العامة و في قانون الصفقات العمومية الجزائرية ، مذكرة الدراسات العليا في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2007.

ثالثا- المقالات:

- جميلة حميدة، مفهوم الصفقات العمومية بين الطبيعة التعاقدية و القيود التشريعية مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الوطني السادس حول: "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، كلية الحقوق، جامعة المدية، يوم 20/05/2013، موجودة على الموقع الإلكتروني : <http://www.univ-medea.dz/>

رابعا- النصوص القانونية:

1- النصوص التشريعية:

01 - أمر رقم: 67-90 مؤرخ في 9 ربيع الأول عام 1387 الموافق 17 يونيو 1967 يتضمن الصفقات العمومية، ج.ر عدد 52، الصادر بتاريخ 27 جوان 1967 .

02 - أمر رقم: 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم.

03 - قانون رقم: 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21، الصادر بتاريخ 23 أبريل 2008.

2- النصوص التنظيمية:

01 - مرسوم رئاسي رقم: 02-250، مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1423 الموافق 24 يوليو 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر عدد 52، الصادر بتاريخ 28 يوليو 2002 (ملغي).

- 02** - مرسوم رئاسي رقم : 301-03، مؤرخ في 14 رجب عام 1424 الموافق 11 سبتمبر 2003، يعدل و يتم المرسوم الرئاسي 250-02، ج.ر عدد 55 الصادر بتاريخ 14 سبتمبر 2003.
- 03** - مرسوم رئاسي رقم: 338-08، مؤرخ في 26 شوال عام 1924 الموافق 26 أكتوبر 2008، يعدل و يتم المرسوم الرئاسي 250-02، ج.ر عدد 62 الصادر بتاريخ 09 نوفمبر 2008.
- 04** - مرسوم رئاسي رقم: 236-10، مؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق 7 أكتوبر سنة 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر عدد 58، الصادر في 13 يناير 2010، المعدل و المتمم.
- 05** - مرسوم رئاسي رقم: 98-11، مؤرخ في 26 ربیع الأول عام 1432 الموافق أول مارس 2011، يعدل و يتم المرسوم الرئاسي رقم: 236-10، ج.ر عدد 14 الصادر بتاريخ 06 مارس 2011.
- 06** - مرسوم رئاسي رقم: 23-12، مؤرخ في 24 صفر 1433 الموافق 18 يناير 2012، ج.ر عدد 04، الصادر في 26 يناير 2012، يعدل و يتم المرسوم الرئاسي رقم 236-10، ج.ر عدد 04 الصادر بتاريخ 26 يناير 2012.
- 07** - مرسوم رئاسي رقم: 03-13، مؤرخ في أول ربیع الأول عام 1434 الموافق 13 يناير 2013، يعدل و يتم المرسوم الرئاسي رقم: 236-10، ج.ر عدد 02 الصادر بتاريخ 13 يناير 2013.
- 08** - مرسوم رقم: 64-103، مؤرخ في 26 مارس 1964، القاضي بتنظيم الـ جنة المركزية للصفقات، ج.ر عدد 27 الصادر بتاريخ 31 مارس 1964.
- 09** - مرسوم رقم: 82-145، مؤرخ في 16 جمادى الثانية عام 1402 الموافق 10 أفريل 1982 ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج.ر عدد 15، الصادر بتاريخ 13 أفريل 1982 و المتمم.
- 10** - مرسوم تطبيقي رقم: 91-434، مؤرخ في 02 جمادى الأولى 1412 الموافق 09 نوفمبر 1991، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر عدد 57، الصادر بتاريخ 13 نوفمبر 1991.

- 11** - مرسوم تنفيذي رقم: 49-96، مؤرخ في 26 شعبان 1416 الموافق 17 يناير 1996 المحدد لقائمة المباني العمومية المعفاة من إلزامية تأمين المسؤولية المهنية و المسؤولية العشرية، ج.ر عدد 05، الصادر بتاريخ 21 يناير 1996 ..
- 12** - مرسوم تنفيذي رقم: 67-98، مؤرخ في 24 شوال عام 1418 الموافق 21 فبراير 1998، يتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية وتنظيمه وسيره، ج.ر عدد 11 الصادر بتاريخ 28 فبراير 1998.
- 13** - مرسوم تنفيذي رقم: 08-06، مؤرخ في 11 محرم عام 1429 الموافق 19 يناير 2008، يعدل و يتم المرسوم التنفيذي رقم 06-08، ج.ر عدد 05، الصادر بتاريخ 30 يناير 2008.
- 14** - مرسوم تنفيذي رقم: 244-09، مؤرخ في 29 رجب عام 1430 الموافق 22 يوليو 2009، يعدل المرسوم التنفيذي رقم: 59-97 المؤرخ في أول ذي القعدة عام 1417 الموافق 09 مارس 1997، الذي يحدد تنظيم ساعات العمل و توزيعها في قطاع المؤسسات والإدارات العمومية، ج.ر عدد 44 الصادر بتاريخ 26 يوليو 2009.

3- القرارات:

- 01** - قرار مؤرخ في 16 رجب عام 1384 الموافق 21 نوفمبر 1964، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية و النقل، ج.ر عدد 06 الصادر بتاريخ 19 جانفي 1965.
- 02** - قرار صادر عن وزير المالية مؤرخ في 28 مارس 2011، يحدد كيفيات الدفع المباشر للمتعامل الثانوي، ج.ر عدد 24، الصادرة في 20 أفريل 2011.
- 03** - قرار صادر عن وزير المالية مؤرخ في 28 مارس 2011، يحدد كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، ج.ر عدد 24، الصادرة في 20 أفريل 2011.
- 04** - قرار صادر عن وزير المالية مؤرخ في 28 مارس 2011، يحدد البيانات التي يتضمنها الإذار و آجال نشره، ج.ر عدد 24، الصادرة في 20 أفريل 2011.

المراجع باللغة الفرنسية:

I- OUVRAGES:

- 01-** Christophe LAJOYE, **Droit des marchés publics**, édition BERTI, Alger, 2007.
- 02-** _____ **Droit des marchés publics**, 5^e édition Gualiano éditeur, Lextenso éditions, France, 2012.
- 03-** Francis-Paul BENOIT, **le droit administratif français** édition DALLOZ, France, 1968.
- 04-** Laurent Richer, **Droit des contrats administratifs** 5^e édition, librairie générale de droit et de jurisprudence, EJA France, 2006.
- 05-** Rachid ZOUAIMIA, **Droit administratif**, édition BERTI Alger, 2007.
- 06-** Martine LOMBARD, **Droit Administratif**, édition DALLOZ France, 2005.

فهرس المحتويات

.....1	مقدمة:
الفصل الأول: تنفيذ العقد الإداري في الظروف العادية	
.....7	المبحث الأول: تنفيذ الإدارة للعقد الإداري
.....8.....	المطلب الأول: سلطات الإدارة في تنفيذ العقد الإداري
.....8.	الفرع الأول: سلطة الإشراف و الرقابة أثناء تنفيذ العقد الإداري
.....10.....	أولاً- النتائج المترتبة عن سلطة الإشراف و الرقابة
.....11.....	ثانياً- حدود سلطة الرقابة و التوجيه
.....12..	الفرع الثاني: سلطة تعديل و إنهاء العقد الإداري
.....12.....	أولاً- سلطة التعديل (ملحق الصفة)
.....12.....	1- مضمون سلطة التعديل
.....13.....	2- نطاق سلطة التعديل
.....13.....	3- قيود إستعمال الإدارة لسلطة التعديل
.....15.....	ثانياً- سلطة إنهاء العقد
.....16.....	الفرع الثالث: سلطة الإدارة في توقيع جزاءات على المتعاقد
.....16.....	أولاً-الجزاءات المالية
.....17.....	1-الغرامات
.....18.....	أ- حالة عدم تنفيذ الإلتزامات محل التعاقد في الأجل المتفق عليه
.....18.....	ب- حالة التنفيذ غير المطابق
.....19.....	2- مصادر مبلغ الضمان
.....20.....	ثانياً- الجزاءات الضاغطة
.....21.....	ثالثاً- الجزاءات الفاسخة (فسخ العقد)
.....23.....	1- شروط ممارسة جزاء الفسخ
.....23.....	أ- الخطأ الجسيم

.....	ب- الإعذار
24.....	
.....	المطلب الثاني: التسوية المالية للعقد الإداري
25.....	
.....	الفرع الأول: دفع المقابل المالي
25.....	
.....	أولا- آليات تحديد السعر في الصفقة العمومية
27.....	
.....	1- السعر الإجمالي والجزافي
27.....	
.....	2- السعر بناء على قائمة الوحدة
27.....	
.....	3- السعر بناء على نفقات المراقبة
28.....	
.....	4- تحديد السعر بسعر مختلط
28.....	
.....	ثانيا- طابع السعر في الصفقة العمومية
29.....	
.....	1- السعر الثابت
29.....	
.....	2- السعر القابل للمراجعة
30.....	
.....	ثالثا- آليات دفع المقابل المالي (الثمن)
30.....	
.....	1- التسييق
30.....	
.....	أ- التسييق الجزافي
31.....	
.....	ب- التسييق على التموين
31.....	
.....	2- الدفع على الحساب
32.....	
.....	أ- أنواع الدفع على الحساب
32.....	
.....	3- التسوية على رصيد الحساب
33.....	
.....	أ- التسوية على رصيد الحساب المؤقت
33.....	
.....	ب- التسوية على رصيد الحساب النهائي
34.....	
.....	الفرع الثاني: التعويض المحتمل
34.....	
.....	أولا- مسؤولية الإدارة عن التعويض المتعاقد معها على أساس الخطأ
35.....	
.....	ثانيا- مسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها دون خطأ
36.....	
.....	المبحث الثاني: تنفيذ المتعامل المتعاقد للعقد الإداري
37.....	
.....	المطلب الأول: التنفيذ التقني للعقد الإداري
37.....	
.....	الفرع الأول: الأداء الشخصي للخدمة موضوع العقد

.....38.....	أولاً- التعاقد من الباطن (التعامل الثانوي)
.....39.....	1- التكييف القانوني للعقد الباطن (التعامل الثانوي)
.....39.....	2- المركز القانوني للمتعامل الثانوي
.....40.....	ثانياً- موت أو إفلاس المتعامل المتعاقد
.....40.....	1- موت المتعامل المتعاقد
.....41.....	2- إفلاس المتعاقد أو إعساره
.....42.....	الفرع الثاني: أداء الخدمة حسب الكيفيات المتعاقد عليها
.....43.....	أولاً- تتفيد المتعاقد إلتزاماته بطريقة سليمة و بعناية تامة
.....44.....	ثانياً- إحترام الآجال اللازم لتنفيذ العقد
.....44.....	1- التعريف بالأجل التعاقد
.....44.....	2- صور إدراج عنصر الأجل في الصفقة
.....44.....	أ- الأجل الفوري و الأجل الإجباري
.....45.....	ب- الأجل الواحد أو الأجل المجزأ
.....45.....	3- كيفية حساب الأجل
.....47.....	الفرع الثالث: الضمان العشري
.....48.....	المطلب الثاني: التنفيذ المالي للعقد الإداري
.....49.....	الفرع الأول: الكفالات
.....49.....	أولاً- تعريف الكفالة:
.....49.....	ثانياً- أنواع الكفالة في تنفيذ الصفقة العمومية
.....49.....	1- كفالة رد النسببيات
.....50.....	2- كفالة حسن التنفيذ
.....51.....	أ- كفالة الضمان
.....51.....	ب- إقطاعيات حسن التنفيذ
.....52.....	الفرع الثاني: الضمانات ذات الطبيعة الحكومية
.....53.....	خلاصة الفصل الأول

الفصل الثاني:

تنفيذ العقد الإداري في الظروف غير العادية

.....57	المبحث الأول: نظرية فعل الأمير و نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة
.....57	المطلب الأول: نظرية المخاطر الإدارية (نظرية فعل الأمير)
.....58.....	الفرع الأول: مفهوم نظرية فعل الأمير
.....59.....	أولا- تعريف نظرية فعل الأمير
.....59.....	1- فقهها
.....60.....	2- قضاء
.....61.....	ثانيا- شروط تطبيق نظرية فعل الأمير
.....64.....	الفرع الثاني: أساس تطبيق نظرية فعل الأمير
.....64.....	أولا- عمل الأمير في صورة إجراء عام
.....65....	1- التدابير العامة التي تمس الأوضاع العقدية نفسها للعقد
.....65.....	2- التدابير العامة التي تمس شروط تنفيذ العقد
.....65.....	ثانيا- عمل الأمير في صورة إجراء خاص
.....66	1- الإجراء الخاص الذي يؤدي إلى تعديل مباشرة في شروط العقد
.....66.....	2- الإجراء الخاص الذي يؤثر على ظروف التنفيذ
.....67.....	الفرع الثالث: الآثار المترتبة عن تطبيق نظرية عمل الأمير
.....68....	المطلب الثاني: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة
.....68.....	الفرع الأول: مفهوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة
.....68.....	أولا- التعريف بالنظرية
.....70.....	ثانيا- أساس تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة
....71.....	الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة
.....71.....	أولا- يجب أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية
.....72.....	ثانيا- أن تكون الصعوبات غير متوقعة وقت إبرام العقد
.....73.....	ثالثا- يجب أن تكون الصعوبات من غير عمل أحد الطرفين المتعاقدين
.....74..	رابعا- يجب أن تكون الصعوبات ذات طابع إستثنائي بحث

الفرع الثالث: آثار تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة 75
أولا- بقاء إلتزامات المتعامل المتعاقد قائمة 76
ثانيا- حق المتعامل المتعاقد في التعويض الكامل 76
المبحث الثاني: نظرية الظروف الطارئة و نظرية القوة القاهرة 79
المطلب الأول: نظرية المخاطر الإقتصادية "نظرية الظروف الطارئة" 79
الفرع الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة 80
أولا- تعريف نظرية الظروف الطارئة 80
ثانيا- الأساس القانوني للنظرية في الجزائر: 81
ثالثا- شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة: 83
الفرع الثاني: آثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة 85
أولا- حق المتعامل في الحصول على مساعدة المصلحة المتعاقدة 86
ثانيا- إستمرار المتعامل المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته 87
المطلب الثاني: نظرية القوة القاهرة 88
الفرع الأول: مفهوم نظرية القوة القاهرة 88
أولا- تعريف نظرية القوة القاهرة: 89
ثانيا- شروط تطبيق نظرية القوة القاهرة: 90
1- عدم إمكان التوقع أو حدث غير مرتفب 91
2- إستحالة الدفع 92
3- الحادث خارج عن إرادة المتعاقدين 92
الفرع الثاني: تطبيقات القوة القاهرة 94
أولا- حالة الظواهر الطبيعية 94
ثانيا- حالة الصعوبات التي تواجه الأطراف المتعاقدين 94
ثالثا- حالة الإضراب 94
رابعا- حالة الحرب 95
الفرع الثالث: الآثار المترتبة على القوة القاهرة 95
أولا- إعفاء المتعامل المتعاقد من إلتزاماته 95

.....95.....	1- الإستحالة المطلقة للتنفيذ
.....95.....	2- الإستحالة المؤقتة
.....96.....	ثانيا- حق المتعاقد في التعويض
.....96.....	ثالثا- فسخ العقد
.....98.....	خلاصة الفصل الثاني
.....102.....	خاتمة
.....105.....	قائمة المراجع