وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعـــــــة وهـــــــران

كليـــــة الحقـــوق والعلـــوم
السياسيـــة

المسؤولية التعاقدية أثناء تنفيذ الصفقة العمومية

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم
تخصص: القانون العام

إعداد الطالب:
زموش فاطمة الزهرة

تحت إشراف:
أ. د عصماني ليلى

أعضاء لجنة المناقشة

أ.د طيبي بلهاشمي محمد الأمين.....أستاذ التعليم العالي بجامعة وهران.....رئيسا
أ.د عصماني ليلى.....أستاذة التعليم العالي بجامعة وهران.....مشرفا ومقررا
د. واضح إلياس.....أستاذ محاضر (أ) بجامعة وهران.....مناقشا
أ.د يوبي عبد القادر.....أستاذ التعليم العالي بجامعة سيدي بلعباس.....مناقشا
أ.د عبد اللاوي جواد.....أستاذ التعليم العالي بجامعة تلمسان.....مناقشا
أ.د بن عيسى قدور.....أستاذ التعليم العالي بجامعة مستغانم.....مناقشا

السنة الجامعية: 2024/2023

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ ولَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكَ وَرَحْمَتُهُ لَهَمَّتْ طَائِفَةٌ مِنْهُمْ
أَنْ يُضِلُّوكَ وَمَا يُضِلُّونَ إِلَّا أَنْفُسَهُمْ
وَمَا يَضُرُّونَكَ مِنْ شَيْءٍ وَأَنْزَلَ اللَّهُ عَلَيْكَ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ وَعَلَّمَكَ مَا
لَمْ تَكُنْ تَعْلَمُ وَكَانَ فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكَ عَظِيمًا﴾

الآية 113 من سورة النساء

إهداء

أهدي هذا العمل

إلى من يعجز اللسان عن ذكر فضلهما، و لا يكل اللسان عن

شكرهما، صاحبا القلب الكبير والعطاء الجليل

"أبي وأمي" أطال الله في عمرهما

إلى **إخوتي وأخواتي** حفظهم الله ورعاهم

إلى **"زوجي"**

جزاه الله عني خير الجزاء وزاده من معين الصبر

إلى فلذات كبدي أولادي

"حاج رشيد، يونس أمين وسارة رميساء"

كلمة شكر وتقدير

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وتنقضي الحاجات، وتأتي الخيرات، وتزول العقبات، الحمد لله دائما وأبدا،

أصدق عبارات الشكر

والامتنان أتقدم بها إلى الأستاذة الدكتورة عصماني ليلى، على قبولها الإشراف على رسالتي، والتي ساعدتني كثيرا بالنصح والتشجيع، فكانت نعم الأستاذة كما أقدم شكري لأعضاء

اللجنة الموقرة، الذين شرفوني بقبول مناقشة هذه الأطروحة وتصويبها

قائمة أهم المختصرات:

ج.ر: الجريدة الرسمية

ج: الجزء

ص: صفحة

ط: طبعة

ق.ص.ع: قانون الصفقات العمومية

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري

ق.م.ف: القانون المدني الفرنسي

ق.م.م: القانون المدني المصري

ق.إج.م.إ: قانون الإجراءات المدنية الإدارية

Principale abréviations:

Art: Article

C.E: Conseil d'Etat

Ed: Edition

J.O.R.F: Journal officiel de la république française

L.G.D.J: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

N: Numéro

Op.Cit: Référence précitée

P: Page

المقدّمـــــــة

تعتبر الصفقات العمومية واحدة من التصرفات الاتفاقية التي وضعها المشرع بيد مختلف الهيئات والمؤسسات العمومية بغرض تحقيق تنمية وطنية ومحلية شاملة، وهذا عن طريق تنفيذ عمليات مالية ممولة كليا أو جزئيا من طرف الدولة سواء تعلقت بإنجاز الأشغال العامة أو اقتناء اللوازم أو القيام بالخدمات أو انجاز دراسات.

وفي هذا السياق خص المشرع الجزائري مجال الصفقات العمومية منذ الاستقلال إلى يومنا هذا، بمنظومة قانونية متكاملة ومتميزة عبر مجموعة من القوانين صدر مجملها في شكل نصوص تنظيمية الغرض منها تحيين المواد المنظمة لهذا المجال بما يتماشى وتحديات الدولة المستجدة وكذا متطلبات وضعها الاقتصادي، حيث قام بإصدار أول نص قانوني تحت رقم 62-157 الصادر بتاريخ 11 ديسمبر 1962 [1] والذي مدد بموجبه سريان العمل بجميع القوانين الفرنسية باستثناء ما يتعارض منها مع السيادة الوطنية، فتأثرت هذه المرحلة بالنمط الفرنسي في تنظيم الصفقات العمومية[2]، وفي سنة 1964 أصدر المشرع الجزائري مرسومين أولهما المرسوم رقم 64-60 المؤرخ في 10 فيفري 1964[3] المتعلق بالتسبيقات الاستثنائية للصفقات العمومية، وثانيهما المرسوم رقم 64-103 المؤرخ في 26 مارس 1964[4] الذي تضمن إحداث لجنة مركزية للصفقات عهد لها اختصاص اتخاذ الأحكام القانونية وإجراءات تنفيذ الصفقات العمومية، ليصدر المشرع بعد ذلك القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964 المتعلق بالمصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تحديد البناء والأشغال العمومية والنقل، ومرورا بتعديلات عدة كان آخرها إلى غاية اليوم صدور القانون 23- 12 المؤرخ في 05 أوت 2023[5]، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية والأحكام المنظمة له لاسيما المرسوم الرئاسي 15-247[6] والمرسوم التنفيذي 21-219[7] المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات العمومية للأشغال الساري العمل بهما حاليا.

ويعود وضع المشرع لنظام قانوني خاص بعقود الصفقات العمومية سواء من حيث تكوينها، إبرامها وتنفيذها إلى ما يميز هذه العقود كونها تتعلق بتسيير المرافق العامة ،بالإضافة إلى طبيعة المصالح التي ترمي إلى تحقيقها وتفاوت مراكز أطرافها، فهي عقود يراعى فيها دائما تغليب الصالح العام على الصالح

---

[1] القانون رقم 62-157، المؤرخ في 17 جوان 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج.ر للجمهورية الجزائرية العدد 18، صادرة في 27 جوان 1967، ص.1.

[2] من النصوص التي نظمت مجال الصفقات العمومية في الجزائر قبل الاستقلال؛ المرسوم رقم 53-405 المعدل والمتعلق بنظام صفقات الدولة والمؤسسات العمومية غير الخاضعة للقوانين والعادات التجارية؛ القرار الصادر في جويلية 1954 المتعلق باللجنة الاستشارية لصفقات الدولة،المرسوم رقم 54-496 المؤرخ في 11 جوان 1954 المتضمن تبسيط الإجراءات المفروضة على المؤسسات المشتركة في صفقات الدولة ؛ والمرسوم رقم 56- 256 المؤرخ في 13 مارس 1956 المعدل والمحدد لقواعد إبرام صفقات الدولة؛ وأيضا المرسوم رقم 57-1015 الصادر في 26 أوت 1957 المتعلق بالرقابة على الصفقات المبرمة باسم الدولة.

[3] المرسوم رقم 64-60 المؤرخ في 10 فيفري 1964، المتعلق بالتسبيقات الاستثنائية للصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15، صادرة في 18 فيفري 1964.

[4] المرسوم رقم 64-103 المؤرخ في 26 مارس 1964، المتعلق بالرقابة على الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 16، صادرة في 29 مارس 1964.

[5] القانون رقم 23-12 المؤرخ في 05 أوت 2023، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 51، صادرة في 06 أوت 2023.

[6] المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، والمتضمن تنظيم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 50، صادرة في 20 سبتمبر 2015.

[7] من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المؤرخ في 20 ماي 2021، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 50، صادرة في 24 جوان 2021.

الخاص كما أن كفتا المتعاقدين فيها غير متكافئة بخلاف عقود القانون الخاص حيث مصالح الطرفين ومراكزهما متساوية.

فالصفقة العمومية بالإضافة إلى اشتمالها على مقومات العقد الإداري؛ فهي بحسب المشرع عقد مكتوب يبرم بمقابل من قبل المشتري العمومي يسمى بالمصلحة المتعاقدة مع متعامل اقتصادي واحد أو أكثر يدعى المتعامل المتعاقد فهي بالتالي عقد رضائي، يترتب على إبرامه التزامات وحقوق متبادلة في جانب طرفيها أغلبها مما يتعلق بمرحلة تنفيذ العقد، كون هذه المرحلة تعد من بين أهم مراحل الصفقات العمومية نظرا لتعلقها بتطبيق المشروع التي تهدف المصلحة المتعاقدة إلى تجسيده في أرض الواقع وإشباع الحاجات العامة لمواطنيها.

ولأن مرحلة تنفيذ عقد الصفقة العمومية من المراحل المهمة بالنظر لما ينتج عنها من آثارا قانونية؛ تختلف اختلافا كليا عن تلك الآثار المعروفة في العقود المدنية، فهي بالإضافة إلى ما ترتبه في جانب طرفي عقد الصفقة من تأسيس حقوق والتزامات لكليهما، إلا أنها تمنح المصلحة المتعاقدة حق التمتع بعدة سلطات وامتيازات تجعلها في مركز فريد ومتميز وغير مساوي لمركز المتعامل المتعاقد معها تحقيقا للمصلحة العامة، لعل أبرزها سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل نصوص العقد وسلطتها في الرقابة والتوجيه وأيضا سلطتها في توقيع الجزاءات.

فأما الالتزامات التي تترتب في مرحلة التنفيذ؛ منها ما يقع على المتعامل المتعاقد من ضرورة تنفيذه شروط الصفقة العمومية في المدة الزمنية المحددة لذلك التي يبدأ احتسابها من تاريخ تسلمه لأمر المصلحة المتعاقدة بالبدء في الأشغال، وأيضا التزامه بتنفيذ الصفقة تنفيذا شخصيا فلا يجوز له التنازل عن تنفيذها للغير دون موافقة المصلحة المتعاقدة، كما يكون من واجبه الالتزام بتنفيذ الصفقة بحسن نية وأن يكون تنفيذه مطابقا للشروط والمواصفات المتفق عليها؛

ومن هذه الالتزامات أيضا ما تتحمله المصلحة المتعاقدة فيقع عليها واجب الالتزام بتنفيذ الصفقة العمومية عن طريق تمكين المتعامل المتعاقد من البدء في التنفيذ وهذا بتسليمه موقع تنفيذ الأشغال ومواصفات ومخططات التنفيذ بالإضافة إلى الأمر بالانطلاق في الأشغال، وكذا التزامها بحسن النية في التنفيذ فلا يكفي تسليم المتعامل المتعاقد موقع تنفيذ الأشغال وإنما لابد أن يكون خاليا من أي شواغل مادية أو قانونية أو أنها تسلمه مخططات تنفيذ خاطئة ومعيبة، ولعل أيضا من بين التزامات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد معها التزاماتها المالية التي تقتضي تمكين هذا الأخير من المقابل المالي المتفق عليه مسبقا في العقد باعتباره.

مواجهة لأي إخلال بهذه الالتزامات؛ كان لا بد من توافر ضمانات حول حقوق المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد معها من جهة، وحقوق المتعامل المتعاقد في مواجهة المصلحة المتعاقدة من جهة أخرى عن طريق ما يعرف بالإقرار بنظام المسؤولية التعاقدية التي كثيرا ما تثور أثناء مرحلة تنفيذ عقود الصفقات العمومية وليس قبل ذلك، إذ لا وجود لمثل هذه المسؤولية في المرحلة ما قبل إبرام الصفقة، بل إن فقهاء القانون العام أطلقوا على المسؤولية في هذه المرحلة الأخيرة تسمية المسؤولية قبل التعاقدية .

ويعود ظهور نظام المسؤولية التعاقدية كأصل عام على يد فقهاء القانون الفرنسي القديم بمناسبة تمييزهم بين أنواع الخطأ المقيم للمسؤولية، والذي ذهبوا إلى تقسيم المسؤولية المدنية تبعا لمصدر الخطأ فيما إذا كان ناتجا عن إخلال بالتزام قانوني فتكون المسؤولية تقصيرية، أو كان ناتجا عن إخلال بالتزام عقدي فتكون المسؤولية تعـاقدية تمثل جزاء الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد، كعدم تنفيذيها أو التأخر في تنفيذها يشترط لقيامها بالإضافة إلى الإخلال بالتزام عقدي يرتكبه أحد طرفي العقد على أن يكون هذا الالتزام ناشئا عن عقد صحيح، وأن يتسبب هذا الإخلال بضرر يصيب الطرف الآخر من العقد.

أما نظام المسؤولية التعاقدية في نطاق القانون العام؛ فهو حديث النشأة لم يتم إقراره إلا في أواخر القرن التاسع عشر نتيجة عدة عوامل من أهمها تدخل الدولة في كثير من النشاطات لم تكن تتدخل فيها سابقا عن طريق لجوءها في كثير من الأحيان إلى إبرام تصرفات اتفاقية، ولأن عقود الصفقات العمومية من العقود الرضائية والملزمة لجانبين مثلها مثل العقود المدنية التي يمكن أن يخل أطرافها بتنفيذ التزاماتهم المقررة بناء على شروط العقد المتفق عليها، ارتأى فقهاء القانون الإداري الاستعانة ببعض أحكام المسؤولية العقدية في نطاق القانون المدني وتطبيقها على مثل هذه العقود بما يتماشى وطبيعتها المتميزة.

إن موضوع "المسؤولية التعاقدية أثناء تنفيذ الصفقة العمومية" يعتبر من بين المواضيع القانونية الهامة نظرا لما يتميز به هذا الموضوع من أحكام تتأثر بما تتميز به الصفقة العمومية كعقد إداري تطبعه مقوماته الخاصة، كما نظمها المشرع بقانون خاص وهي تخضع بذلك لقواعد القانون الإداري. وهو موضوع اقتضته قواعد العدالة التي تهدف إلى تحقيق التوازن بين أطراف عقد الصفقة العمومية خصوصا وأنه هذا الأخير من العقود التي تتأثر من الناحية العملية بتغير أوضاع الدولة وتقلباتها لاسيما الاقتصادية منها.

غير أن بالرغم من تلك الأهمية ظل موضوع مسؤولية طرفي الصفقة العمومية أثناء التنفيذ من المواضيع التي لم تحض بالاهتمام الكافي من قبل المشرع في القانون العام، فكان لابد من تسليط الضوء على مختلف جوانبه بالتطرق إلى مسؤولية كل طرف من أطراف الصفقة على حدة بناءا على قانون الصفقات العمومية الجزائري رقم 23-12 والأحكام المنظمة له لاسيما المرسوم الرئاسي 15-247 وكذا المرسوم التنفيذي 21-219 والتشريعات المقارنة، مع التركيز على أراء الفقهاء واجتهادات القضاء الإداري في ذات الشأن.

من خلال كل ما سبق وحصرا لموضوع "المسؤولية التعاقدية أثناء تنفيذ الصفقة العمومية" إرتأيت طرح إشكالية التالية : ما هي أحكام قيام المسؤولية التعاقدية لطرفي عقد الصفقة العمومية أثناء مرحلة التنفيذ؟. و ما أهم النتائج المترتبة على نشأة هذه المسؤولية في جانب كل منهما؟.

للإجابة على هذه الإشكالية العامة بالتفصيل كان لابد من طرح التساؤلات التالية:

1- ماهية الصفقة العمومية باعتبارها مصدر الالتزام؟؛

2- فيما تتمثل مظاهر إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماتها التعاقدية أثناء تنفيذ الصفقة العمومية؟؛

3- على أي أساس قانوني تتولى المصلحة المتعاقدة فرض الجزاءات على المتعامل المتعاقد معها المخل بالتزاماته التعاقدية، وهل سلطة فرض الجزاءات مطلقة أم مقيدة؟؛

4- ما هي أشكال الجزاءات التي يمكن أن تسلطها المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته الواردة في عقد الصفقة؟؛

5- إذا كانت الصفقة العمومية تعطي للمصلحة المتعاقدة حقوقا وامتيازات في مواجهة المتعامل المتعاقد، أليس من حقه أن يضمن حقوقه هو الآخر؟؛

6- كيف يمكن أن يواجه المتعامل المتعاقد إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية أو استعمالها غير المشروع لامتيازاتها المستمدة من مقتضيات المصلحة العامة في استمرارية المرافق العامة بانتظام واضطراد؟. وما هو الجزاء الذي يمكن أن يفرض على المصلحة المتعاقدة في حال تقصيرها في تنفيذ العقد أو تعسفها في استعمال هذه الامتيازات؟؛

7- هل تتقرر المسؤولية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة بالرغم من عدم إخلالها بالتزاماتها التعاقدية؟؛

8- ما هو دور القاضي الإداري في ضمان حقوق المتعامل المتعاقد في مواجهة المصلحة المتعاقدة؟.

للإجابة على هذه الإشكالية الرئيسية وما تفرع عنها من أسئلة فرعية؛ تناولت تحديد نطاق المسؤولية التعاقدية للمتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، كما تطرقت إلى الآثار والنتائج المترتبة على قيام مسؤوليته التعاقدية في الباب الأول من دراستنا، تم انتقلت إلى بيان أسس قيام المسؤولية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية، بالإضافة إلى ما يترتب عن قيام مسؤوليتها من نتائج سواء قامت مسؤوليتها على أساس الخطأ أو من دون خطأ من خلال الباب الثاني.

يعود دراسة موضوع أطروحتي بناء على هذا التقسيم؛ إلى أن التطرق لموضوع المسؤولية التعاقدية عن الإخلال بتنفيذ عقد الصفقة العمومية لا بد أن يشمل مسؤولية كلا طرفي الصفقة العمومية خصوصا وأن مسؤولية كل طرف تتميز عن مسؤولية الطرف الأخر سواء من حيث الأساس وأيضا من حيث النتائج والآثار، فقد يقصر المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية بالامتناع عن التنفيذ أو التأخر فيه أو كان تنفيذه غير مطابقا مما يقيم مسؤوليته التعاقدية فيتعرض لتوقيع الجزاءات عليه من قبل المصلحة المتعاقدة حتى لو لم ينتج عن إخلاله ضررا لحق بهذه الأخيرة فيتعرض لجز، كما قد تخل المصلحة المتعاقدة بتنفيذ ما التزمت به بموجب عقد الصفقة من التزامات فتقوم مسؤوليتها على أساس الخطأ، وفي أحيان أخرى قد تقوم مسؤوليتها دون خطأ، ولا يكون للمتعامل المتعاقد اقتضاء حقه في التعويض إلا إذا أثبت وقوع ضرر له أمام جهة القضاء.

كما اعتمدت في إنجاز هذه الدراسة على المنهج الوصفي والتحليلي؛ من خلال تحليل النصوص القانونية المنظمة لمجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، والآراء الفقهية، والأحكام والقرارات القضائية، كما اعتمدنا أيضا على المنهج المقارن، من خلال مقارنة مسلك كل من التشريع والفقه والقضاء الإداري في الجزائر بخصوص أحكام المسؤولية التعاقدية أثناء تنفيذ عقد الصفقة العمومية مع ما استقر عليه التشريع والفقه وبالأخص القضاء في فرنسا عن طريق قرارات مجلس الدولة الفرنسي وما نشأ عنه من نظريات تتعلق بإعادة التوازن المالي للعقد، الإثراء بلا سبب والقوة القاهرة، وفي القضاء المصري عن طريق أحكام المحكمة العليا المصرية.

وهذا من أجل التوصل إلى الأهداف التالية:

- دراسة التفاصيل المتعلقة بشروط تحقق مسؤولية المتعامل المتعاقد وذلك من خلال وضع إطار مفاهيمي لعقد الصفقة العمومية وما يميز هذا العقد من خصائص تميزه عن باقي عقود القانون المدني كونه مصدر المسؤولية التعاقدية وشرطها وأيضا البحث في صور الأخطاء العقدية التي يمكن أن يرتكبها المتعامل المتعاقد في إطار تنفيذه عقد الصفقة العمومية كشرط أساسي من شروط قيام المسؤولية التعاقدية في جانبه.
- البحث في الآثار التي تترتب على توافر شروط المسؤولية التعاقدية للمتعامل المتعاقد لعل أهمها سلطة المجازاة عن طريق الوقوف على تحديد الجهة المختصة بتوقيع الجزاء على المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية ودراسة الأساس الذي تنبني عليه ممارسة هذه السلطة بالإضافة إلى الخصائص المميزة لهذه السلطة والتركيز في ذلك على أراء الفقهاء وأحكام القضاء المقارن.
- التطرق لما يمكن أن يخضع له المتعامل المتعاقد من جزاءات نظير إخلاله بتنفيذ عقود الصفقات العمومية، انطلاقا من دراسة وتحليل النصوص القانونية المنظمة لمجال الصفقات العمومية لاسيما القانون رقم 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية والمراسيم المنظمة له أخصها المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وأيضا المرسوم التنفيذي 21-219المتضمن المصادقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال.

- وأما الشق الثاني من هذه الدراسة فيهدف إلى التعمق في مسؤولية المصلحة المتعاقدة والخوض في أحكامها، بدءا بتحديد أساسها بناءا على ما ذهب إليه القضاء الإداري الجزائري وأيضا مجلس الدولة الفرنسي والمحكمة العليا المصرية، وانتهاء بتوضيح أهم النتائج التي تنجم عن قيام مسؤولية المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد معها.

البـــاب الأول

أحكام المسؤولية التعاقدية للمتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ الصفقة العمومية

يتولد عن إبرام عقد الصفقة العمومية حقوقا والتزامات متقابلة فيما بين طرفيه؛ فما يعد حقوقا للمتعامل المتعاقد يمثل التزامات في جانب المصلحة المتعاقدة، وفي مقابل ذلك فإن ما يعتبر حقوقا للمصلحة المتعاقدة يشكل التزامات يقع على المتعامل المتعاقد واجب تنفيذها.

ولأن المصلحة المتعاقدة تهدف في كل الأحوال من وراء إبرامها عقود الصفقات العمومية باعتبارها عقودا إدارية أكثر ما تتصل بتسيير المرافق العامة وغايتها تحقيق الصالح العام، إلى محاولة تلبية الحاجات العامة وإشباع رغبات الجمهور من جهة وإلى الحفاظ على المال العام من جهة أخرى كون الصفقة العمومية من أهم آليات ترشيد النفقات العمومية، كان لابد على المصلحة المتعاقدة في سبيل ذلك أن تبدل ما في وسعها لضمان تنفيذ ما تبرمه من عقود صفقات عمومية مادامت هي القوامة على سير المرافق العامة بانتظام وباضطراد، وهو ما لا يتم إلا بالحرص على قيام المتعامل المتعاقد معها بأداء ما عليه من التزامات تعاقدية كان قد التزم بها بموجب عقد صفقة عمومية صحيحة.

لعل أهم هذه الالتزامات؛ ضرورة تنفيذ المتعامل المتعاقد عقد الصفقة العمومية تنفيذا كاملا ومطابقا لشروط العقد على أن ينفذ العقد بصفة شخصية وبحسن النية، كما يقع عليه الالتزام باحترام المدة المحددة والمتفق عليها مسبقا للتنفيذ.

غير أن واقع الأمر؛ وفي كثير من الأحيان ما يصادف المصلحة المتعاقدة صعوبات أثناء مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية بفعل المتعامل المتعاقد معه سواء بامتناع هذا الأخير عن تنفيذ الصفقة العمومية أو تأخره في تنفيذها، أو أن تنفيذه لها لم يكن مطابقا لما اتفق عليه في العقد، فيعد بذلك مرتكبا لخطأ عقدي غالبا ما يترتب عنه عرقلة سير المرفق العام وعدم انتظامه.

وبما أن المتعامل المتعاقد قد يكون شخصا أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين خواص يلتزمون إما بصفة فردية وإما في إطار تجمع مؤقت للمؤسسات بموجب صفقة عمومية بغية تلبية حاجات المصلحة المتعاقد معها في مجال الأشغال أو الدراسات أو اقتناء لوازم أو الخدمات، يقتضي الخوض في موضوع مواجهة إخلاله بالتزاماته التعاقدية أثناء تنفيذ الصفقة التساؤل حول: ماهية شروط قيام مسؤوليته التعاقدية؟ وما هي النتائج المترتبة على ثبوت هذه المسؤولية في جانبه؟

الفصل الأول

شروط قيام مسؤولية المتعامل المتعاقد

تعرف المسؤولية التعاقدية لدى فقهاء القانون المدني بأنها جزاء الإخلال بتنفيذ العقد، سواء كان هذا الإخلال ناشئا عن عمد أو إهمال بحيث يعتبر عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي خطأ يوجب مسؤوليته التعاقدية التي لا يدرأها إلا إثبات القوة القاهرة أو خطأ المدين.

وقيام المسؤولية التعاقدية للمتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ الصفقة العمومية؛ لا يختلف عنه في مجال علاقات القانون الخاص من حيث شروط قيام هذه المسؤولية والتي تفترض وجود عقد صحيح واجب تنفيذه وامتناع المدين عن هذا التنفيذ أو أنه قام بتنفيذه بشكل غير مطابق لما اتفق عليه في العقد، مما يعني أن مسؤولية طرفي التعاقد لن تقوم إلا بعد إبرام العقد وقيامه صحيحا ولا وجود لها قبل ذلك[1]، فلا يترتب على ما يجري من مفاوضات بينهما قبل إبرام العقد أي أثر قانوني ولكل منهما أن يعدل على إتمام الصفقة دون مسؤولية. كما لا يكفي للقول بقيام المسؤولية التعاقدية وجود عقد صحيح وإنما يشترط إلى جانب هذا الأخير وقوع خطأ عقدي يكون ناجما عن عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية.

انطلاقا مما سبق؛ فإن مسؤولية المتعامل المتعاقد لا تقوم إلا إذا كان هناك عقد صفقة عمومية مبرم بينه وبين المصلحة المتعاقدة وكان هذا العقد صحيحا مستوفيا لجميع عناصر تكوينه وشروط صحته على أن يرتكب المتعامل المتعاقد خطأ عقديا بالامتناع عن التنفيذ أو بالتنفيذ غير المطابق أو التأخر فيه، وسواء سبب بذلك ضررا للمصلحة المتعاقدة أو دون أن يسبب لها ذلك على اعتبار أن الضرر ركن مفترض في قيام مسؤولية المتعامل المتعاقد اتجاه المصلحة المتعاقدة، في حين يشكل الضرر ركنا أساسيا لا بد من وقوعه للقول بقيام المسؤولية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد سواء قامت مسؤوليتها على أساس الخطأ بأن أخلت بتنفيذ التزاماتها طبقا لما اشتمل عليه العقد من شروط أو دون خطأ.

المبحث الأول: وجود صفقة عمومية صحيحة

يعتبر وجود عقد صفقة عمومية مبرمة بين كل من المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد؛ شرط بالغ الأهمية للقول بقيام المسؤولية التعاقدية في جانب المتعامل المتعاقد، إذ لا وجود لهذه المسؤولية بغير إبرام عقد بين المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية وبين المصلحة المتعاقدة ضحية هذا الإخلال.

كما لا يكفي لقيام المسؤولية التعاقدية وجود صفقة عمومية مبرمة بين المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة؛ وإنما لابد أن تكون هذه الصفقة صحيحة[2]، تتوافر على جميع شروط صحتها.

وبالنظر لضرورة وجود عقد صفقة عمومية مبرمة بشكل صحيح كونه يمثل مصدر المسؤولية التعاقدية، سيقسم المبحث إلى مطلبين يتضمن أولهما مدلول الصفقة العمومية وأما المطلب الثاني فيتعلق بصحة الصفقة العمومية.

---

[1] "ومع ذلك قد تنشأ المسؤولية في هذه الحالة فتكون طبقا لما يقتضيه المنطق تقصيرية كما لو اقترن العدول بخطأ يلحق ضرر بالآخر قد يتمثل في فوات ربح نتيجة صفقة رابحة اعتمادا على العقد الذي يقصد إبرامه". عادل جبري محمد حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع العبء في المسؤولية المدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص.49.

[2] سعاد بختاوي، المسؤولية المدنية للمهني المدين، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2012/2011، ص.18.

المطلب الأول: مدلول الصفقة العمومية

تعتبر الصفقة العمومية أسلوبا تعاقديا؛ تتدخل بموجبه جهة الإدارة في الحياة الاقتصادية والاجتماعية لتلبية حاجات مواطني الدولة، وهو يتميز عن باقي التعاقدات الأخرى التي تبرمها جهة الإدارة كونه أسلوب أحاطه المشرع بنظام قانوني خاص ومستقل نظرا لتعلقه بإنجاز مشاريع يتطلب لتجسيدها تقنيات وخبرات فنية متخصصة من جهة ورصد مبالغ مالية ضخمة لها من جهة أخرى،

ولأجل التعرف أكثر على مدلول الصفقة العمومية و تمييزا لها عن مختلف التعاقدات الأخرى التي تبرمها الإدارة؛ ارتأيت تضمين هذا المطلب تعريف الصفقة العمومية وبيان مقوماتها (الفرع الأول)، وخصائص الصفقة العمومية (الفرع الثاني)، بالإضافة إلى التطرق إلى أنواع الصفقات العمومية ومختلف أشكالها (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الصفقة العمومية وبيان مقوماتها

مر النظام القانوني للصفقات العمومية بمجموعة من المراحل جاءت تماشيا مع التطورات العديدة التي شهدتها الأنظمة الاقتصادية للدول؛ الأمر الذي جعل تعريف الصفقة العمومية يختلف من دولة لأخرى بل ويختلف حتى في الدولة الواحدة فيتأثر بتغير نظامها الاقتصادي، وأمام هذا الوضع حاولت التركيز على تعريف الصفقة العمومية من الناحية التشريعية عن طريق الرجوع للقوانين المتعاقبة في الجزائر المنظمة لمجال الصفقات العمومية بالمقارنة مع القانون الفرنسي، ثم تناولت تعريفها وفقا لما جاء به القضاء والفقه.

كما عرجت على ذكر المقومات التي ترتكز عليها الصفقة العمومية بدءا بضرورة أن تكون الإدارة طرفا في عقد الصفقة العمومية، وتعلق هذه الصفقة بنشاط مرفق عام، بالإضافة إلى إتباع المصلحة المتعاقدة عند إبرامها العقد وفي خلال تنفيذه أسلوب القانون العام.

أولا- تعريف الصفقة العمومية:

إن إيجاد تعريف شامل ومانع للصفقات العمومية في القانون الإداري يعد في غاية التعقيد[1]؛ وفي هذا الصدد تعددت تعاريف الصفقة العمومية، فمنها ما هو تشريعي ومنها ما هو قضائي بالإضافة إلى تعاريف عدة أخرى وردت عن فقهاء القانون الإداري، وعليه سنتناول أولا مختلف التعاريف التشريعية التي شهدتها الصفقة العمومية عبر جملة من التعديلات سبق أن مر بها النظام القانوني للصفقات العمومية، من منطلق أن التعريف التشريعي إن وجد فانه يسمو على بقية التعاريف الأخرى لنعرج ثانيا إلى التعاريف القضائية بالنظر لأهمية الدور الذي يلعبه القضاء الإداري[2]، ثم نتبعها ثالثا بمختلف التعاريف الفقهية.

1- التعريف التشريعي للصفقة العمومية:

تعددت تعاريف المشرع الجزائري للصفقات العمومية بتعدد المراحل التي مر بها النظام الاقتصادي للدولة بدءا بإصدار المرسوم 64-103 إلى غاية صدور القانون 23-12.

أ- تعريف المشرع الجزائري:

نظرا لما تتميز به عقود الصفقات العمومية من طبيعة خاصة أكثر ما ترتبط بتسيير وتنظيم المرافق العامة في الدولة، ولأن هذه الأخيرة في تطور مستمر يفرضه الواقع السياسي والاقتصادي

[1] Gilles LEBRETON, Droit administratif général: 1. L'action administrative, armand colin, France,1996, P229.

[2] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية الجزائري وفق المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم والنصوص التنظيمية له، جسور للنشر والتوزيع، ط4، الجزائر، 2011، ص.35.

للدولة، كان على المشرع لزاما مسايرة هذا التطور بإقراره جملة من القوانين والتنظيمات تخص مجال الصفقات العمومية ومن خلالها عرف الصفقة العمومية على أنها:

- في ظل الأمر 67-90 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية

نصت المادة الأولى من هذا الأمر[1] على أن "الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو العمالات أو البلديات أو المؤسسات والمكاتب العمومية قصد انجاز أشغال أو توريدات أو خدمات ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون".

- انطلاقا من المرسوم رقم 82-145 المتعلق بصفقات المتعامل العمومي

عرفت المادة الرابعة من هذا المرسوم الصفقات العمومية[2]، على أنها "صفقات المتعامل العمومي عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود، ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال أو اقتناء المواد والخدمات".

- بشأن المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية

عرف المشرع الجزائري الصفقة العمومية من خلال المادة الثالثة التي تضمنت تعريفا للصفقة العمومية لا يكاد يختلف عن التعريف الذي ورد في المرسوم التنفيذي السابق رقم 82-145 بنصها: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود، ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم[3]، قصد إنجاز الأشغال أو اقتناء المواد والخدمات". حيث اكتفى المشرع سوى بحذف عبارة "المتعامل العمومي".

- أما في المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية

تناولت المادة الثالثة تعريف الصفقات العمومية على أنها" عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال أو اقتناء المواد والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة"[4].

- في إطار المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية

عرفت المادة الرابعة الصفقات العمومية كما عرفها المشرع في المرسوم الرئاسي السابق رقم 02-250 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية بأنها: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به. تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة"[5].

- بحسب المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

عرف المشرع الجزائري الصفقة العمومية في إطار نص المادة الثانية جاء فيها: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط

---

[1] الأمر 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد52، صادرة قي 27 جوان 1967.

[2] المرسوم الرئاسي 82-145 المؤرخ في 10 أفريل 1982، ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 57 صادرة في 13 أفريل 1982.

[3] المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 09 نوفمبر1991، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد57، صادرة في 13 نوفمبر1991.

[4] المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 52، صادرة في 28 جويلية 2002.

[5] المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 58، صادرة في 07 أكتوبر 2010.

المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات"، كما تبرم هذه الصفقات قبل أي شروع في تنفيذ الخدمات" طبقا لما نصت عليه المادة الثالثة من نفس المرسوم.

يلاحظ على هذا التعريف الذي ورد في المادتين سابقتي الذكر، هو أن المشرع قد أحسن صياغته من خلال الإلمام بأهم العناصر المميزة للصفقة العمومية عن باقي العقود الإدارية الأخرى[1]، فأشار فيه زيادة على هدفها وموضوعاتها وشكلها إلى المعيار المالي المميز لها في إضافة فعلية بإدخاله عبارة "تبرم بمقابل" بالإضافة إلى بيانه وقت إبرامها[2] كما جاء به نص المادة الثالثة أعلاه.

- من خلال القانون 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية

عرفت الصفقات العمومية انطلاقا من نص المادة 2 على أنها "عقود مكتوبة تبرم بمقابل من قبل المشتري العمومي المسمى "المصلحة المتعاقدة" مع متعامل اقتصادي واحد أو أكثر والمسمى "المتعامل المتعاقد" لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات، وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفي التشريع والتنظيم المعمول بهما".

إن ما يمكن قولة في شأن هذا التعريف هو أنه تعريف نص عليه المشرع الجزائري في إطار قانون وهذا بخلاف التعاريف السابقة التي وردت بموجب مراسيم رئاسية في بعض الأحيان وفي أحيان أخرى في أوامر رئاسية، كما حافظ هذا التعريف على نفس عناصر الصفقة العمومية التي وردت في التعاريف السابقة وإن جاء موضحا أكثر لأطراف الصفقة.

أما عن مجمل القوانين المنظمة للصفقات العمومية التي أصدرها المشرع الجزائري في مراحل زمنية مختلفة وفي حقب اقتصادية وسياسية مختلفة؛ وجب القول أنه ضل يعمل ويصر في كل مرة يتولى فيها تعديل القانون على إعطاء تعريف للصفقة العمومية، ولعل الدافع وراء هذا الإصرار إنما يعود بالأساس إلى كون الصفقات العمومية هي ذات طبيعة متميزة تخول جهة الإدارة مجموعة من السلطات الاستثنائية غير مألوفة في عقود أخرى اتجاه المتعاقد معها، كما أنها تخضع في إبرامها لطرق خاصة وإجراءات معقدة ورقابة داخلية وخارجية بالإضافة إلى علاقتها الوثيقة بالمال العام[3].

وبالنظر إلى أهمية وضع تعريف تشريعي للصفقة العمومية؛ لم يكن المشرع الجزائري الوحيد الذي عرف الصفقة العمومية من خلال قوانين وتنظيمات الصفقات العمومية، بل إن العديد من تشريعات الدول عنيت بتعريفها ومنها أذكر تعريف المشرع الفرنسي.

ب- تعريف المشرع الفرنسي:

عرف المرسوم 2006-975 المؤرخ في 01 أوت 2006 المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل بمقتضى المرسوم 2010-1117 المؤرخ في 05 أكتوبر 2010 الصفقة العمومية على أنها:

"les marches publics sont les contrats conclus a titre onéreux entre les pouvoirs adjudicators - l'état- et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial et les collectivités locales et les établissements publics locaux et les operateurs économiques publics ou prives Pour répondrea leurs besoins en matière de travaux. De fournitures ou de services".[4]

---

[1] عادل بوعمران، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دار الهدى، الجزائر، 2018، ص117.

[2] النوي خرشي، دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، دار الهدى، الجزائر، 2018، ص.14 و17.

[3] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.37.

[4] حبيب الرحمان غانس، "تحديث مفهوم الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 استجابة لتحديات الدولة الراهنة"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة المدية، الجزائر، العدد 02، 2016، ص.44.

يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع الفرنسي قام بتعريف الصفقة العمومية من خلال بيان أطرافها وتحديد موضوعها، على أنها عقد مبرم بين السلطات المتعاقدة ممثلة في الدولة ومؤسساتها العمومية بما فيها ذات الطابع الصناعي والتجاري والجماعات المحلية و المؤسسات العمومية المحلية وبين المتعاملين الاقتصاديين عموميين أو خواص لتلبية حاجيات في مجال الأشغال، اقتناء اللوازم والخدمات.

2- التعريف القضائي للصفقة العمومية:

إذا كانت مهمة التعريف منوطة كأول درجة بالمشرع، إلا أنه ليس هناك ما يمنع القاضي وهو يفصل في بعض المنازعات المعروضة عليه أن يعطي تعريفا حتى لو كان منصوصا عليه بنص القانون، فيحاول انطلاقا مما تفرضه عليه طبيعة مهمته القضائية إعطاء تفسير وتحليل لهذا التعريف متى جاء غامضا أو مبهما بقصد ربطه بوقائع الدعوى[1].

ويظهر في هذا الإطار رغم حرص المشرع الجزائري على تعريف الصفقة العمومية في مختلف قوانين الصفقات العمومية المتعاقبة، إلا أن القضاء الإداري الجزائري تدخل عبر قرار له غير منشور ومؤرخ في 17 ديسمبر2002 في قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية ليوة ببسكرة ضد (ق.أ) تحت رقم 6215 بقوله: "... حيث أنه تعرف الصفقة العمومية بأنها عقد مكتوب يربط الدولة بالخواص حول مقاولة أو انجاز مشروع أو أداء خدمات..."[2].

إن ما يلاحظ حول هذا التعريف؛ أنه تعريف لم يشتمل على جميع الخصائص المميزة للصفقة العمومية كما فعل المشرع، وإنما ركز فقط على أطراف الصفقة وموضوعها دون التطرق لشكلها وأهدافها، حيث اعتبر الصفقة العمومية رابطة تعاقدية تجمع بين الدولة وأحد الخواص، ليكون بذلك قد قام بحصر المصلحة المتعاقدة في شخص الدولة دون غيرها من المصالح[3]، بينما الصفقة العمومية هي عقد قد تكون المصلحة المتعاقدة فيه الدولة أو الولاية أو البلدية أو أي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري وكل مؤسسة عمومية اقتصادية مكلفة من الدولة أو الجماعات المحلية بالإشراف المنتدب علة المشروع، أو مؤسسة عمومية خاضعة للتشريع التجاري عندما تكلف بانجاز عملية ممولة مباشرة كليا أو جزئيا من ميزانية الدولة أو من ميزانية الجماعات الإقليمية[4].

كما ذهب عمار بوضياف إلى القول بأن مجلس الدولة الجزائري قد استعمل في تعريفه للصفقة العمومية مصطلح "...حول مقاولة أو انجاز مشروع..."، فكان حري به أن لا يستعمل هذا المصطلح ذو المفهوم المدني ويستعمل عوضا عنه "تنفيذ أشغال عامة "تماشيا مع تنظيم الصفقات العمومية لينصرف المفهوم لعقد الأشغال العامة وهو عقد إداري ولا ينصرف لعقد المقاولة وهو عقد مدني لما بين العقدين من اختلاف كبير وجوهري[5]، فكلاهما يخضع لقانون مختلف عن الآخر سواء على مستوى طرق الإبرام وإجراءاته أو على مستوى سلطات الإدارة وامتيازاتها أثناء تنفيذ العقد وكذا طرق إنهائه[6]، ذلك أن عقد

---

[1] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.39.

[2] ميلود عبود والعربي تيقاوي، "الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 المفهوم المبادئ والأحكام التشريعية الخاصة بها"، مجلة اقتصاد المال والأعمال جامعة أحمد دراية أدرار، الجزائر، العدد 06، 2018، ص.226.

[3] حبيب الرحمان غانس، المرجع السابق، ص.43.

[4] طبقا لنص المادة 9 من ق.ص.ع رقم 23-12.

[5] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.40.

[6] Gilles LEBRETON, op.cit, p.234.

المقاولة يخضع لقواعد وأحكام القانون المدني وينظر في منازعاته جهة القضاء العادي، بينما يخضع عقد الأشغال العامة لقواعد وأحكام قانون الصفقات العمومية ويتولى القضاء الإداري الفصل فيما قد يثور من منازعات بين أطرافه بمناسبة إبرامه أو تنفيذه أو إنهائه.

3- التعريف الفقهي للصفقة العمومية:

على اعتبار الصفقة العمومية عقد إداري كونها تقوم على نفس المقومات التي تقوم عليها العقود الإدارية متميزة بذلك عن عقود القانون الخاص كما أجمع عليه مختلف فقهاء القانون الإداري[1]، كان لابد من التطرق إلى بعض التعاريف الفقهية للعقد الإداري كما يلي بيانه:

يعرف العقد الإداري بأنه "العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق أو بمناسبة تسييره وان تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص"[2].

أو هو كما عرفه محمد فؤاد عبد الباسط "العقد الذي يكون أحد طرفيه شخصا معنويا عاما يتعاقد بوصفه سلطة عامة، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام قصد تسييره أو تنظيمه، وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص"[3].

أما عبد العزيز إبراهيم مأمون فعرف العقد الإداري بأنه "العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق أو بمناسبة تسييره وان تظهر نيته في الأخذ بأحكام القانون العام وآية ذلك أن يتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص أو يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام"[4].

بينما عرفته مليكة الصروخ بأنه: "ذلك الاتفاق الذي يبرم بين الإدارة كسلطة عامة قائمة على تحقيق المصلحة العامة وبين الأفراد أو الشركات الخاصة من أجل لإنجاز عمل معين يحقق المنفعة العامة بشكل مباشر مع تضمين الاتفاق أهم شروط وقواعد تنفيذ العمل المطلوب واهم حقوق وواجبات كل من الطرفين المتعاقدين لدى تنفيذ ذلك العمل"[5].

ثانيا- مقومات الصفقة العمومية:

تقوم الصفقة العمومية على توافر ثلاث عناصر تثمثل في:

1- وجود مصلحة متعاقدة :

يعتبر وجود مصلحة متعاقدة كطرف في عقد الصفقة العمومية أول المقومات التي تميز الصفقة العمومية عن العقود التي يبرمها الأفراد فيما بينهم.

ويقصد بالمصلحة المتعاقدة انطلاقا من نص المادة 9 من القانون 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية الأشخاص المعنوية العامة الآتي ذكرها:

- الدولة ممثلة في الهيئات والإدارات العمومية؛
- الجماعات المحلية؛
-المؤسسات العمومية الخاضعة للقانون العام؛

---

[1] Xavier DUPRE DE BOULOIS, Droit administrative: méthodologie et sujets corrigés, Dalloz, Paris, 2016, p.43.

[2] سمير صادق، العقد الإداري في مبادئ المحكمة الإدارية العليا، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1991، ص.9.

[3] محمد فؤاد عبد الباسط، الأعمال الإدارية القانونية، الكتاب الثاني في العقد الإداري، دار النهضة العربية، 2012، ص.43.

[4] إبراهيم عبد العزيز مأمون، القانون الإداري، دار الإعصار العلمي للنشر والتوزيع، ط1، الأردن، 2016، ص.288.

[5] مليكة الصروخ، القانون الإداري، دراسة مقارنة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط7، 2010، ص.445.

-المؤسسات العمومية والمؤسسات العمومية الاقتصادية، المكلفة من قبل الدولة والجماعات المحلية بالإشراف المنتدب على المشروع؛

-المؤسسات العمومية الخاضعة للقواعد التجارية، فيما يخص انجاز عملية ممولة مباشرة، كليا أو جزئيا من ميزانية الدولة، أو من ميزانية الجماعات المحلية.

كما أشار المشرع في ذات السياق إلى أنه لا تكون الصفقات العمومية التي تبرمها الهيئات السابقة الذكر صحيحة ونهائية إلا بعد الموافقة عليها من قبل السلطات المختصة التالي ذكرها:

-مسؤول الهيئة العمومية.

- الوزير.

_ الوالي.

- رئيس المجلس الشعبي البلدي.

- المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية[1].

أو أي من المسئولين الذين تكلفهم كل سلطة مختصة من هذه السلطات بإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية بموجب تفويض منها طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها[2].

وفي هذا الإطار يشير عمار بوضياف؛ إلى أن تحديد الجهات الإدارية المعنية بإبرام الصفقات العمومية شهد تدبدب كبير من خلال قراءة مختلف التعاريف في مختلف المراحل المشار إليها سابقا (مرحلة 1967، 1982، 1991، 2002، 2010 وأخيرا 2015)، فأحيانا يقوم المشرع بتضييق الهيئات المعنية بإبرام الصفقات العمومية فيخص البعض منها ويستبعد الأخرى، وفي أحيان أخرى يقوم بتوسيع تلك الهيئات ثم يعود فيضيق ثم يوسع من جديد، ويرجع تفسير ذلك لطبيعة كل مرحلة التي سن فيها القانون أو تنظيم الصفقات العمومية[3].

أما فيما يتعلق بالطرف الأخر في عقد الصفقة العمومية؛ فعلى خلاف العقد الإداري -الذي يمكن أن يكون الطرف الثاني فيه ليس فقط شخصا من أشخاص القانون الخاص سواء كان فردا أو شركة، بل يمكن أن يكون شخص معنويا من أشخاص القانون العام-، يجب أن يكون شخصا خاصا يسمى متعامل اقتصادي ممثلا في شخص أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين[4]، ما يترتب عنه أن كل عقد تبرمه الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات ذات الطابع الإداري فيما بينها لا يعتبر من قبيل الصفقات العمومية وإنما عقدا إداريا[5].

ولعل السبب وراء استبعاد المشرع العقود المبرمة بين جهتين إداريتين عموميتين من نطاق تطبيق تنظيم الصفقات العمومية؛ يرجع إلى أن التعاقد بين الإدارات العمومية لا يثير أي إشكالية تتعلق بالفساد المالي أو شبهة المعاملة، اعتبارا أن العقد يجمع بين جهتين عموميتين[6].

---

[1] طبقا لنص المادة 1 الفقرة 1 من ق.ص.ع رقم 23-12.

[2] كما ورد في نص المادة 1 الفقرة من نفس القانون.

[3] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.45.

[4] طبقا لنص المادة 3 من ق.ص.ع رقم 23-12 بقولها: "يمكن المتعامل المتعاقد أن يكون شخصا أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين ملتزمين بالصفقة إما فرادى وإما في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات ".

[5] هذا ما يؤكده نص المادة 11 من نفس القانون بقولها: "لا تخضع لأحكام هذا الباب العقود المبرمة من طرف الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات ذات الطابع الإداري فيما بينها..."، وهو نفس التوجه الذي كرسته المادة 7 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ومن قبلها الفقرة الأخيرة من المادة 2 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

[6] Brahim BOULIFA, Marchés publics: Manuel des marchés publics , Volume 1, Berti éditions, Algérie, 2016, P.18.

كما استثنى المشرع بعض الأشخاص؛ فاعتبر التعامل معهم من التعاملات التي لا تخضع لتنظيم الصفقات العمومية كالعقود التي تبرمها الإدارة مع بنك الجزائر أو مع محامين بالنسبة لخدمات المساعدة والتمثيل، أو مع هيئة من الهيئات المركزية للشراء خاضعة لأحكام الصفقات العمومية وتتصرف لحساب المصلحة المتعاقدة، وكدا المبرمة بموجب إجراءات المنظمات والهيئات الدولية أو بموجب الاتفاقيات الدولية عندما يكون ذلك مطلوبا، أو تلك المتعلقة باقتناء أو تأجير العقارات أو بخدمات الصلح والتحكيم أو بالإشراف المنتدب على المشاريع أو المبرمة مع المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تزاول نشاطا لا يكون خاضعا للمنافسة[1].

2- أن تتعلق الصفقة العمومية بنشاط مرفق عام:

ينبغي أن يتعلق عقد الصفقة العمومية التي تبرمها المصلحة المتعاقدة بنشاط المرفق العام الذي يستهدف تحقيق المصلحة العامة، والتي بدورها تبرر ما يتضمنه قانون الصفقات العمومية من خروج على المألوف في القانون الخاص[2].

فاشتراط اتصال موضوع عقد الصفقة العمومية بإدارة أو تسيير مرفق عام، إنما يرجع إلى النظام القانوني المميز للصفقات العمومية الذي يسمح للمصلحة المتعاقدة بتضمين العقد شروطا غير عادية واستثنائية عن تلك التي تحكم علاقات الأفراد مع بعضها البعض، مرده بالتحديد مقتضيات إدارة وتسيير المرفق العام بانتظام وباضطراد[3].

وعليه فإذا ما انقطعت الصلة بين عقد الصفقة ونشاط المرفق العام بحيث لم يلبي هذا العقد حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات[4]، التي يتطلبها سير المرفق العام انتفى عنه وصف عقد الصفقة العمومية.

3- إتباع المصلحة المتعاقدة أسلوب القانون العام:

لا يكفي وجود المصلحة المتعاقدة طرفا في العقد واتصال هذا العقد بإدارة وتسيير مرفق عام للقول بأننا أمام عقد صفقة عمومية؛ بل لابد من إتباع المصلحة المتعاقدة أسلوب القانون العام بتضمين عقد الصفقة العمومية شروط استثنائية تمنحها امتيازات قبل المتعامل المتعاقد معها والتي من شأنها أن تهدم مبدأ المساواة بين المتعاقدين من أبرزها حقها في توقيع الجزاءات كسلطة عامة[5]، بالإضافة إلى شروط أخرى غير مألوفة وهي شروط ليست مستحيلة في عقود القانون الخاص ولكنها غير مألوفة وتلجأ إليها

[1] طبقا لنص المادة 11 من ق.ص.ع رقم 23-12.

[2] محمد أحمد إبراهيم المسلماني، الوسيط في شرح القانون الإداري، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2017، ص.411.

[3] محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص.81.

[4] طبقا لنص المادة 2 من ق.ص.ع رقم 23-12.

[5] Gilles LEBRETON, op. cit, p.234.

المصلحة المتعاقدة في صفقاتها لارتباطها بالقواعد التي تحكم العقود الإدارية ومثالها حق الإدارة في تعديل شروط العقد أو الرقابة والإشراف على تنفيذه وكذا إنهائه لدواعي المصلحة العامة[1].

إن الشروط الاستثنائية؛ كما ذهب إليه فقهاء القانون الإداري ومن بينهم الفقيه Waline الذي عرفها بأنها "كل شرط سيكون باطلا لو أدرج في عقد من عقود القانون الخاص لمخالفته النظام العام"، أو هي بحسب الاجتهاد القضائي الفرنسي "بنود تدرج في العقد تعطي الفريقين أو أحدهما حقوقا أو يرتب على عاتقهما موجبات، تختلف بطبيعتها وجوهرها عن تلك التي يمكن أن يسلم بها شخص يملي إرادته في إطار القوانين المدنية والتجارية"، في حين عرفها القضاء المصري بأنها "تلك الشروط التي تضعها الإدارة بوصفها سلطة عامة، وذلك بقصد تحقيق النفع العام أو مصلحة مرفق من مرافق الدولة"[2].

وعليه يعتبر عدم تضمين المصلحة المتعاقدة البعض من عقودها لشروط استثنائية؛ يعني أن نيتها قد اتجهت إلى عدم استعمال أساليب القانون العام في تعاقدها الأمر الذي يجعل من هذا التعاقد مدنيا، ولكن لابد من أن نشير إلى أن هناك من العقود التي تبرمها المصلحة المتعاقدة قد لا تحتوي شروطا استثنائية ومع ذلك تعتبر عقودا إدارية، كما لو تدخل المشرع وفرض نظاما خارقا لبعض العقود حيث لا يكتسب العقد وصفه الإداري من شروطه الذاتية التي يعبر عنها الأطراف المتعاقدة، وإنما من شروط مفروضة من قبل المشرع تتضمن حقوقا والتزامات لطرفي العقد غير مألوفة في القانون الخاص، بمعنى أخر نتيجة لإبرام العقد في ظل نظام قانوني استثنائي محدد سلفا بمقتضى القوانين،[3] كقانون الصفقات العمومية الجزائري والتنظيمات المتعلقة به.

كرس هذا القانون إتباع المصلحة المتعاقد أسلوب القانون العام؛ من خلال الإقرار لها باستعمال امتيازات السلطة العامة في العديد من المواد، نذكر منها على سبيل المثال ما يتعلق بممارسة سلطتها الجزائية لاسيما نص المادة 84 من القانون رقم 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية التي تمكن المصلحة المتعاقدة من تطبيق عقوبات مالية على المتعامل المتعاقد معها في حال إخلاله بالتزاماته التعاقدية بالتأخير أو التنفيذ غير المطابق، قد تبنى ذلك أيضا القضاء الفرنسي[4]، وكذا المادة 90 من نفس القانون التي سمح بموجبها المشرع للمصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة كجزاء آخر يمكن أن توقعه على المتعامل المتعاقد المخل بتنفيذ العقد إخلالا جسيما؛

ومن المواد ما يتعلق بسلطتها في التعديل والتي وردت في المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة كنص المادة 34 التي تمنح المصلحة المتعاقدة حق تعديل قوام الأشغال بالزيادة تكميلية كانت أو إضافية أو بتخفيضها في حدود نسب معينة وأيضا نص المادتين 37 و38 المتعلقتين بحق المصلحة المتعاقدة في تعديل أجل تنفيذ الصفقة العمومية وتأجيل تنفيذها.

إذا كان ضابط الشروط الاستثنائية وغير المألوفة يكتسي بالغ الأهمية في تمييز عقود الصفقات العمومية عن غيرها من عقود القانون الخاص؛ فإن درجة أهميته في باقي العقود الإدارية الأخرى اختلفت باختلاف مواقف القضاء الإداري في هذا الشأن، وبتتبع موقف مجلس الدولة الفرنسي يتبين أنه جعل من الشروط الاستثنائية مقوما أو ضابطا تبادليا مع شرط المرفق العام فإذا اتصل العقد اتصالا قويا ومتينا بتنفيذ المرفق العام، فإن ذلك يكفي في نظره لاعتباره عقدا إداريا ولو في غيبة أي شرط غير مألوف مادام

---

[1] إبراهيم المنجي، العقود الإدارية التنظيم القانوني لرابطة الالتزام الإداري أمام محاكم مجلس الدولة، شرح قانون المناقصات والمزايدات رقم 89-1998 وتعديلاته في ظل أحكام اللائحة التنفيذية بالقرار رقم 374 لسنة 2008، دار الحقانية، القاهرة، 2019، ص.25.

[2] عامر نعمة هاشم، الأصول القانونية لإبرام العقود الإدارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2016، ص.69 و70.

[3] عامر نعمة هاشم، المرجع السابق، ص.72.

[4] Xavier DUPRE DE BOULOIS, op. cit, p.61.

أن الاتصال بتنفيذ المرفق العام بهذه الدرجة يمكن أن يعد في حد ذاته وضعا غير مألوف في العلاقات الخاصة البحتة أو يكاد، أما إذا ما ضعف اتصال العقد بنشاط المرفق العام فهنا يكون المقوم الحاسم في تحديد طبيعة العقد هو معيار الشروط غير المألوفة[1].

من القرارات التي كرس بها مجلس الدولة الفرنسي موقفه في هذا الإطار؛ ما جاء به في حكمه بتاريخ 20 أفريل 1956 الذي أرسى من خلاله مبدأ مستقرا مفاده أن عنصر تعلق العقد بتنفيذ مرفق عام وعنصر الشروط الاستثنائية ليس من اللازم في كل الأحوال اجتماعهما لإضفاء الصفة الإدارية على العقد الذي يبرمه الشخص المعنوي العام، بل إن أيهما قد يكون لذلك كافيا[2]، ليكون بهذا قد استقر على تضييق مفهوم العقد الإداري وحصره في تلك العقود التي تتضمن شروطا غير مألوفة، أو تتعلق بأهداف المرفق العام والتي يكون أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام[3]، وهذا بخلاف ما ذهب إليه القضاء الإداري المصري؛ الذي استقر من خلال عدة أحكام صدرت عنه على أن عنصر الشروط الاستثنائية من الضروري أن يجتمع وبدرجة متساوية مع عنصر المرفق العام حتى يعتبر العقد إداريا ومن بين أبرز هذه الأحكام ما قضت به محكمة القضاء الإداري المصري في حكم لها في القضية رقم 780 بتاريخ 9 ديسمبر 1956[4].

أما بالنسبة لموقف القضاء الإداري الجزائري؛ فقد ظل يعتبر بعنصر وجود الإدارة طرفا في العقد كنقطة الفصل بين العقود الإدارية والعقود العادية؛ وقد أدى تعميمه هذا الطرح إلى توظيف نفس الحل بخصوص قضايا متباينة من حيث الجوهر لاسيما أن الإدارة تتصرف أحيانا بصفتها صاحبة سلطة فنكون أمام عقد إداري، وفي أحيان أخرى قد تبرم عقودا انطلاقا من كونها تقوم بأعمال التسيير فنكون أمام عقد من عقود القانون الخاص وهذه النتيجة أدت إلى نهاية العهد المزدهر للمعيار العضوي، بسبب عدم قدرته السيطرة على مجال المنازعات الإدارية[5].

الفرع الثاني: خصائص الصفقة العمومية

ليس هناك من شك؛ أن القانون المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية رقم 23-12 وما سبقه من مراسيم وأوامر في مراحل سابقة، كان له الأثر الفعال في رسم ضوابط ومقومات عقد الصفقة العمومية باعتبارها من العقود الإدارية كما سابق التطرق إليه، كما أنه الصفقة العمومية بخصائص ومميزات يمكن استخلاصها من التعريف الذي أورده في شأنها، وبالنظر للأهمية التي تكتسيها هذه الأخيرة في تمييز الصفقة العمومية عما سواها من العقود الإدارية كان لابد من التطرق إلى بيانها في هذا الفرع.

أولا- الصفقة العمومية محددة بنص القانون:

إن أهم ما يميز عقود الصفقات العمومية عن غيرها من العقود الإدارية؛ نص المشرع على تحديدها بموجب تنظيم قانوني خاص، فهي من العقود المحددة قانونا.

---

[1] محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص.95.

[2] محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص.96.

[3] أحسن رابحي، الأعمال القانونية الإدارية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2013، ص.74.

[4] جاء فيه: "فلم يعد المرفق العام وحده هو المعيار القاطع في التمييز الدقيق بين العقود الإدارية بمعناها القانوني الصحيح التي تبرمها جهة الإدارة وبين تلك العقود المدنية التي تبرمها أيضا جهة الإدارة...، فالعبرة إذن بما قد تأخذ به جهة الإدارة في عقدها بأسلوب القانون العام ليأخذ الطابع المميز للعقد الإداري وما ينطوي عليه من شروط استثنائية غير مألوفة بالقياس إلى شروط العقود الخاصة بين الأفراد". مشار إليه لدى محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص.98.

[5] أحسن رابحي، المرجع السابق، ص.74.

ويعود السبب وراء تدخل المشرع لتحديد عقود الصفقات العمومية بنص القانون؛ تأكيده على الصفة الإدارية لهذه العقود معتبرا أن تطبيق نظام القانون العام يعد أكثر ملائمة من حيث اختيار الإدارة للمتعاقد معها، فيمكنها من الحصول على أفضل الشروط المالية حماية للمصالح المالية للدولة أو التعاقد مع أكفأ المتعهدين المرشحين للفوز بالصفقة حرصا على تحقيق جودة المشاريع المراد انجازها[1]، بالإضافة إلى أن قواعد القانون العام الأكثر ضمانا لتنفيذ عقد الصفقة العمومية في الآجال المقررة وبالشكل المطابق والمطلوب عن طريق منح المصلحة المتعاقدة امتيازات السلطة العامة من سلطة رقابة وتوجيه وسلطة تعديل العقد وسلطة توقيع الجزاءات في حال إخلال المتعاقد معها بما التزم به بموجب العقد[2].

كما أن إخضاع عقود الصفقات العمومية لنظام القانون العام يعود لكون هذا النظام يعتبر الأفضل والأقرب لحل المنازعات التي تثور بشأن تنفيذها وبالتالي يعود الاختصاص بالنظر فيها للقاضي الإداري[3].

وبالنظر لأهمية مجال الصفقات العمومية؛ فقد أحاطه المشرع الجزائري بعدة نصوص قانونية منظمة لعملية إبرام الصفقة ومراحل تنفيذها، وهذا بتتبع عديد التعديلات التي شهدها هذا المجال في حقب زمنية مختلفة بعد الاستقلال، وعليه سوف أعرج على مختلف القوانين التي نظمت مجال الصفقات العمومية في الجزائر عبر مراحل نذكرها كالتالي:

1- نظام الصفقات العمومية خلال المرحلة الانتقالية[4] (من جويلية 1962 حتى جوان1967):

لما كان التشريع المنظم لمجال الصفقات العمومية غير موجود أثناء هذه المرحلة؛ ولم يكن قد تم تحضيره تحت أسباب موضوعية، تم الاحتفاظ بالتشريع الفرنسي إلا ما يمس منه بالجانب السيادي للدولة، وتقرر الاستمرار بالعمل به على غرار باقي التشريعات الأخرى حين أعلنت الدولة الجزائرية شهر ديسمبر 1962 تمديد سريان القوانين الفرنسية وتطبيقها في الجزائر.

غير أن احتفاظ الجزائر بالتشريع الفرنسي[5] في المرحلة الانتقالية لم يمنع من إصدار بعض التنظيمات نذكر منها:

---

[1] كما هو مبين من خلال نص المادة 53 من القانون 23-12، وأيضا نص المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[2] محمود بن سعيد بن حمد المعمري، العقود الإدارية في سلطنة عمان، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2011، ص.121 و171.

[3] إبراهيم عبد العزيز مأمون، المرجع السابق، ص.289.

[4] عمار بوضياف، المرجع السابق ص.12 و13.

[5] المتمثلة في: - المرسوم الصادر في 30 أكتوبر 1953 المعدل والمتعلق بتمويل صفقات الدولة والجماعات العمومية؛

- المرسوم رقم 53-405 المعدل والمتعلق بنظام صفقات الدولة والمؤسسات العمومية غير الخاضعة للقوانين والعادات التجارية؛

-المرسوم رقم 54-496 المؤرخ في 11 جوان 1954 المتضمن تبسيط الإجراءات المفروضة على المؤسسات المشتركة في صفقات الدولة ؛

- القرار الصادر في جويلية 1954 المتعلق باللجنة الاستشارية لصفقات الدولة،

- المرسوم رقم 56- 256 المؤرخ في 13 مارس 1956 المعدل والمحدد لقواعد إبرام صفقات الدولة؛

- المرسوم رقم 57-24 المؤرخ في 8 جانفي 1957 المتعلق بالصفقات المبرمة في الجزائر؛

- المرسوم رقم 57-1015 المعدل والمتعلق بمراقبة الصفقات المبرمة باسم الدولة؛

- المرسوم رقم 59- 370 المؤرخ في 28 فيفري 1959 المتعلق بمساهمة المؤسسات في الصفقات العمومية قصد تسهيل التنمية في الجزائر؛

-المرسوم رقم 64-60 المؤرخ في 10 فيفري1964 المتعلق بالتسبيقات الاستثنائية في الصفقات؛
-المرسوم رقم 64-103 المؤرخ في 26 مارس 1964 المتعلق بإحداث اللجنة المركزية للصفقات؛
-المرسوم رقم 64-278 المؤرخ في 4 سبتمبر 1964 المتعلق بالتسبيقات الاستثنائية؛
-القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

2- نظام الصفقات العمومية منذ سنة 1967 إلى يومنا هذا:

في خلال هذه المرحلة؛ شهدت مادة الصفقات العمومية العديد من التشريعات والتنظيمات التي تنوعت باختلاف مضمونها وأحكامها بين حقبة وأخرى بفعل الظروف الاقتصادية والسياسية المتغيرة للدولة، كما اختلفت النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية من حيث مصدرها بين ما صدرت بموجب تشريع بأمر من رئيس الجمهورية كالأمر رقم 67-90 المعدل والمتمم[1]، وبين ما صدرت عن طريق مرسوم تنفيذي موقع من قبل رئيس الحكومة كالمرسوم التنفيذي رقم 91-434، وهذا بالتزامن مع استحداث منصب رئيس الحكومة الذي لم يكن موجودا في ظل الدستور القديم لسنة 1976 وتم تكريسه بموجب دستور1989[2]، لتصدر باقي قوانين الصفقات العمومية بموجب مراسيم رئاسية إلى غاية صدور القانون الجاري به العمل حاليا رقم 23-12 نذكرها كما يلي:

-المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية؛
-المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم[3]؛
-المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
-المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.
-القانون رقم 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية.

ثانيا- الصفقة العمومية عقد مكتوب:

بالرجوع إلى تعريف المشرع الجزائري لعقد الصفقة العمومية ضمن نص المادة 2 من قانون الصفقات العمومية رقم 23-12؛ يتبين من خلال عبارة "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به" أنه قد اشترط عنصر الشكلية في إبرام الصفقات العمومية[4]، مؤكدا على ذلك بضرورة تضمين عقد الصفقة العمومية بيانات إلزامية تناولها بالنص من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والتي من شأنها التعريف الدقيق بالأطراف المتعاقدة وتحديد موضوع الصفقة تحديدا دقيقا وكذا بيان مبلغاها وشروط تسديده بنك محل الوفاء، بالإضافة إلى أجل تنفيذها وتاريخ توقيعها ومكانه وأيضا

- القرار المؤرخ في 12 فيفري 1957 المعدل والقاضي بتمديد التنظيم الفرنسي في الجزائر.

[1] بالأمر رقم 69-32 المؤرخ في 22 ماي 1969، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 46، صادرة في 27 ماي 1969. والأمر رقم 70-57 المؤرخ في 6 أوت 1970، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 32، صادرة في 07 أفريل 1970.

[2] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.24.

[3] بالمرسوم الرئاسي رقم 11-98 المؤرخ في 1 مارس 2011 المعدل للمادة 24 المتعلقة بدفاتر شروط المناقصات الدولية، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 14، صادرة في 06 مارس 2011. والمرسوم الرئاسي رقم 11-222 المؤرخ في 16 جويلية 2011 المتضمن الإشارة للأرقام الاستدلالية المعمول بها في صيغ مراجعة الأسعار، وكذا المرسوم الرئاسي رقم 12-23 المؤرخ في 18 جانفي 2012 المتضمن تعديل 26 مادة مست أحكاما مختلفة من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، بالإضافة إلى المرسوم الرئاسي رقم 13-03 المؤرخ في 1 مارس 2013 المتضمن تعديل مجال تطبيق المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وأيضا لجان الصفقات العمومية.

[4] عادل بوعمران، المرجع السابق، ص.117.

شروط فسخها، وبيانات أخرى تكميلية تتعلق بكيفية إبرام الصفقة وشروط دخولها حيز التنفيذ وشروط استلامها...الخ[1].

ولم يتوقف المشرع الجزائري عند هذه البيانات؛ وإنما أصر على أن تشمل الكتابة جميع البنود التي تحدد الالتزامات المتبادلة للأطراف المتعاقدة، بالإضافة إلى مختلف الأعمال التحضيرية التي تسبق إبرام الصفقة بدءا بالإعلان عن الرغبة في التعاقد وتسجيل العروض إلى تحرير وتوقيع محاضر فتحها وتقييمها، وإعداد محاضر التفاوض وكذا محاضر لجان الصفقات وصولا إلى الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة ثم إرساءها، بالإضافة إلى كل إجراء يتعلق بتنفيذ الصفقة كضرورة تحرير الأمر ببداية الأشغال أو بوقفها أو تعديلها بموجب الملحق إلى غاية استلامها في إطار محضر أو فسخها[2].

لعل القصد من وراء اشتراط المشرع الكتابة والتأكيد عليها في مختلف قوانين الصفقات العمومية في الجزائر يعود للأسباب التالية:

-أن الصفقات العمومية من التصرفات القانونية التي تتحمل أعباءها المالية الخزينة العمومية[3]، ولكونها تتعلق بإنفاق المال العام كان لابد من اشتراط الكتابة في جميع إجراءات إبرامها وتنفيذها حماية للمال العام من أي اختلاسات وسوء التسيير.

-من مقاصد الكتابة تسهيل بسط الرقابة على عمليات المصلحة المتعاقدة من الجهات الرقابية المختصة، إذ تعتبر وسيلة بيد هذه الأخيرة تمكنها من البحث والتحري عن الأسباب الجدية والحقيقية التي أدت إلى إبرام الصفقة العمومية وفق طريقة معينة دون غيرها، وكذا مدى احترام المصلحة المتعاقدة لإجراءات إبرام الصفقة انطلاقا من مرحلة تحديد الحاجيات وإعداد دفتر الشروط والإعلان عن منح الصفقة المؤقت إلى غاية المنح النهائي[4] بالإضافة إلى البحث في دوافع اختيار المتعامل المتعاقد عن طريق التحقق من سجل العروض وصلاحيته من حيث الترقيم والتأشير عليه وتسجيل الأظرف حسب تاريخ وصولها في السجل الخاص بها، كما تمكن الكتابة أيضا الإطلاع على ما ضمنته المصلحة المتعاقدة في دفتر الشروط من بنود والتأكد من مشروعيتها.

-تهدف الكتابة أيضا إلى تكريس مبدأ الشفافية خصوصا وأن مادة الصفقات العمومية من المجالات الخصبة لتفشي مظاهر الفساد[5].

---

[1] طبقا لنص المادة 95 من الرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية تفويضات المرفق العام.

[2] النوي خرشي، المرجع السابق، ص.15.

[3] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.63.

[4] بغرض حماية إجراء المنافسة المكرس بنص المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247. محمد أمين بوالجدري جازية ووصاش، "دور آليتي التدقيق والتحقيق لدى سلطتي ضبط الصفقات العمومية في الجزائر وكيبيك في تكريس إجراء المنافسة في سوق الصفقات العمومية"، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة قسنطينة 1، الجزائر، المجلد 06، العـــدد 04، 2021، ص.219.

- [5] كما أكدت عليه المادة 9 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2002 المعدل والمتمم ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 14، صادرة في 08 مارس 2006، ص04، بقولها:

"يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية ومعايير موضوعية ويجب تكريس هذه القواعد على وجه الخصوص:

- علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية؛
- الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء؛
- إدراج التصريح بالنزاهة عند إبرام الصفقات العمومية؛
- معايير موضوعية ودقيقة اتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية؛
- ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية".

-تعد الكتابة وسيلة من وسائل الإثبات أمام جهة القضاء المختص بالنظر لما قد ينتج عن إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية من نزاعات بين أطرافها[1].

فالكتابة وان تعددت صورها بتعدد وسائلها لاسيما في ظل تطور تكنولوجيا الرقمية؛ غير أن الكتابة المعنية في الصفقة هي الصورة الورقية للكتابة[2]، بمعنى الكتابة الإدارية العادية على ورق عادي موقع من قبل أطراف الصفقة[3] ومختوم ويحمل تاريخا معينا دون حاجة لإفراغه في عقد توثيقي على يد موثق وهذا تماشيا مع المرونة التي يتطلبها النشاط الإداري لتسيير المرافق العمومية بانتظام واضطراد[4].

بالرغم من إصرار المشرع الجزائري على ضرورة توافر عنصر الكتابة في الصفقات العمومية كأصل عام وهذا نظرا لأهميتها كما سبق بيانه، إلا أنه يقر بالخروج عن هذا الأصل فيما لو تعلق الأمر بحالة الاستعجال الملح المبرر بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان، أو بوجود خطر داهم يهدد استثمار أو ملكا أو النظام العام، أو بحالة طوارئ تتعلق بأزمة صحية أو بكوارث تكنولوجية أو طبيعية معلن عنها من قبل الجهات المختصة ولا يسعه التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية، حيث سمح المشرع بتنفيذ الخدمات دون أن يسبق ذلك إجراءات الإبرام وتدوينها وإنما اكتفى بتبادل الرسائل بين أطراف الصفقة كإثبات للاتفاق[5].

إن سماح المشرع بالشروع في تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة ورد مرهونا بشروط معينة نصت عليها المادة 12 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وهي كالآتي:

-شرط عدم توقع المصلحة المتعاقدة الظروف المسببة لحالات الاستعجال أو أن لا يكون وقوع هذه الظروف ناتجا عن مناورات للمماطلة من طرفها؛

-ضرورة حصول المصلحة المتعاقدة على ترخيص بموجب مقرر معلل من طرف الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني يقضي بالشروع في تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة العمومية؛

- ضرورة أن تقتصر الخدمات التي سيتم تنفيذها في هذا الإجراء على ما هو ضروري لمواجهة حالة الاستعجال؛

-إرسال ترخيص الشروع بمباشرة الخدمات إلى مجلس المحاسبة والوزير المكلف بالمالية بما يعكس أثر الصفقة العمومية على الخزينة العمومية[6].

إلا أن إقرار المشرع بالخروج عن الأصل العام الذي يقضي باشتراط الكتابة في كل صفقة عمومية مهما كان نوعها إذا ما تعلق الأمر بحالات الاستعجال الملح كما سبق بيانه، فإنه لم يتخلى عن هذا العنصر بشكل مطلق ونهائي – ما عدا حالة الصفقات العمومية لاستيراد المنتجات والخدمات التي تتطلب من المصلحة المتعاقدة السرعة في اتخاذ القرار بحكم طبيعتها والتقلبات السريعة في أسعارها ومدى توفرها أين أعفى المشرع هذه الصفقات من أحكام وإجراءات الإبرام الواجب احترامها طبقا لتشريع

---

[1] عياد بوخالفة، خصوصيات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص44.

[2] النوي خرشي، المرجع السابق، ص16.

[3] حيث نصت المادة 10 من ق.ص.ع رقم 23-12 على أهمية التوقيع على الصفقة بقولها: "لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه..."

[4] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.63.

[5] كما جاء في نص المادة 21 من ق.ص.ع رقم 23-12.

[6] طبقا لنص المادة 21 من نفس القانون.

الصفقات العمومية[1]-، وإنما فرض على كل مصلحة متعاقدة إبرام صفقة عمومية على سبيل التسوية تخص العمليات التي تم تنفيذها لمواجهة حالة الاستعجال، وهذا خلال ستة أشهر ابتداء من تاريخ التوقيع على المقرر المرخص به بمباشرة الخدمات قبل إبرام الصفقة متى كانت هذه الخدمات مما تتجاوز مبالغها المالية الحدود المنصوص عليها في المادة 18 من قانون الصفقات العمومية رقم 23-12 وعرضها على اللجنة المختصة بالرقابة الخارجية للصفقات العمومية[2].

ثالثا- للصفقة العمومية عتبة مالية محددة:

نظرا لارتباط عقود الصفقات العمومية بفكرة الإنفاق العمومي للمال العام؛ كان لابد من ضبط حد مالي أدنى يجب أن بتجاوزه العقد حتى يعتبر من قبيل الصفقات العمومية، ذلك لأنه من غير المعقول إلزام جهة الإدارة على التعاقد بموجب أحكام تنظيم الصفقات العمومية في كل الحالات وأيا كانت قيمة ومبلغ الصفقة كبيرا ومرتفعا كان أو منخفضا وبسيطا، بما ينطوي عليه إبرام الصفقة من مراحل طويلة وإجراءات معقدة[3]، والتي إذا ما تم اعتمادها في كل تعاقدات الإدارة فإن ذلك سوف يؤدي لا محال إلى عرقلة سير النشاط الإداري وبالتالي عدم سير المرفق العام بانتظام واستمرار.

وعليه قام المشرع بتحديد الحد المالي الأدنى المطلوب لإبرام الصفقة العمومية حماية منه للمال العام من الإهدار والتبديد كون إبرام الصفقة على غرار خضوعها لإجراءات معقدة، اشترط المشرع خضوعها أيضا لمبادئ أساسية أهمها مبدأ حرية الوصول للطلب العمومي والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات هذا من جهة[4]، ومن جهة أخرى يكون المشرع قد ميز بهذا التحديد عقود الصفقات العمومية عن باقي العقود الإدارية الأخرى التي تبرمها الإدارة.

كما أن اعتماد المشرع للحد المالي الأدنى الذي يستوجب إبرام صفقة عمومية؛ شمل مختلف النصوص القانونية والتنظيمية التي شهدها مجال الصفقات العمومية، فقد كان يتغير من فترة لأخرى بحسب الظروف الاقتصادية السائدة فيطاله التعديل في كل مرة يتم فيها تعديل الأحكام والقواعد المنظمة للصفقات العمومية، وهو حاليا طبقا لما نصت عليه المادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بقولها: "كل صفقة عمومية يساوي المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة اثني عشر مليون دينار(12.000.000دج) أو يقل عنه للأشغال أو اللوازم، وستة ملايين (6.000.000 دج) للدراسات والخدمات لا تقتضي وجوبا إبرام صفقة عمومية وفق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا الباب...".

بدراسة نص هذه المادة بتمعن؛ يتضح أن المشرع لم يحسن صياغتها بالشكل المطلوب حيث ذكر عبارة "كل صفقة عمومية...لا تقتضي وجوبا إبرام صفقة..."، في حين كان لابد من قول "كل عقد أو طلب... لا يقتضي وجوبا إبرام صفقة..." فيكون بذلك المعنى واضحا، وهذا كما فعل في التنظيمات السابقة نذكر منها نص المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 التي جاء فيها: "كل عقد أو طلب يقل مبلغه أو يساوي مليونا دينار جزائري 2.000.000 دج لا يتطلب حتما إبرام صفقة بمفهوم هذا المرسوم" وأيضا نص المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 بقولها: "كل عقد أو طلب يساوي مبلغه ثمانية ملايين دينار 8.000.000 أو يقل عنه لخدمات الأشغال أو اللوازم وأربعة ملايين 4.000.000 لخدمات الدراسات أو الخدمات لا يقتضي وجوبا إبرام صفقة في مفهوم هذا المرسوم".

---

[1] طبقا لنص المادة 22 من ق.ص.ع رقم 23-12.

[2] طبقا لنص المادة 21 الفقرة الأخيرة من نفس القانون.

[3] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.67.

[4] Frédéric ALLAIRE, L'essentiel du droit des marchés publics, Gualino éditions, 7 éd, Paris, 2014, p.24.

أما القضاء الجزائري؛ فقد أكد في العديد من قراراته على أهمية العتبة المالية وضرورة احترامها معتبرا إياها عنصرا جوهريا وأساسيا في تمييز الصفقة العمومية عن باقي العقود الأخرى التي تبرمها الإدارة، ولعل من بين اجتهاداته في هذا الإطار قراره في القضية بين بلدية سكيكدة ضد مقاولة م.ب جاء في حيثياته ما يلي: "حيث أن النزاع الحالي يعنى بأشغال إنجاز جدار تحويط مدرسة ابتدائية بمبلغ 1.108.392.14 دج وأن هذه الأشغال لم تكن موضوع أي عقد صفقة عمومية ولكن بمجرد الأمر بالخدمة لمباشرة الأشغال، ومنه فأحكام المواد 99، 100 و101 من المرسوم رقـم 91-434 المعدلة بمقتضيات المادة 102 من المرسوم الرئاسي رقم 12-250 لا تطبق إلا على عقود الصفقات العمومية وليس على الأشغال المنجزة استنادا على مجرد سند طلبية ومنصبة على مبلغ لا يتجاوز الحد الأدنى الإلزامي لإبرام صفقة عمومية (المادة 06 من المرسوم91-434)"[1]، كما قرر مجلس الدولة مرة أخرى بموجب قرار له تحت رقم 016348 في قضية بلدية وهران ضد مؤسسة (ب) جاء فيه: "حيث انه في النزاع الحالي يتعلق الأمر بإنجاز أشغال بناءا على طلبية بسيطة لا تفوق قيمتها المبلغ المنصوص عليه في المادة 06 من المرسوم91-434، وأن طلبية الأشغال التي تساوي قيمتها 4.000.000 دج أو أقل لا تستدعي بالضرورة إبرام صفقة عمومية بمفهوم المرسوم 91-434 المذكور أعلاه"[2].

رابعا- الصفقة العمومية محددة النطاق:

باعتبار الإدارة من تقوم على حسن سير المرافق العامة ومن تم تحقيق الصالح العام؛ فهي في أغلب الأحيان ما تلجأ في سبيل ذلك إلى إبرام عقود كثيرة والتي لا تعتبر في مجملها من العقود الإدارية وهذا متى لم تسلك أسلوب القانون العام لدى إبرامها، بل حتى وان سلكت هذا المسلك فلن تكون بصدد إبرام صفقة عمومية ما لم يتجاوز العقد العتبة المالية التي اشترطها المشرع كما سبق بيانه أعلاه، وما لم يتعلق بمجالات معينة وردت على سبيل الحصر لا على سبيل المثال في قانون الصفقات العمومية رقم 23-12[3] وأيضا المرسوم الرئاسي رقم 15-247 وما سبقه من قبل من تنظيمات، تتمثل في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات[4].

إذ نصت المادة 24 من الفصل الثالث من الباب الثاني تحت عنوان " موضوع وشكل الصفقات العمومية" من قانون الصفقات رقم 23-12: "تشمل الصفقات العمومية إحدى العمليات الآتية أو أكثر:

- انجاز أشغال.
- اقتناء لوازم.
- انجاز الدراسات.
- تقديم الخدمات".

في هذا الصدد؛ لا بأس أن نشير إلى أن المشرع في تحديده لمجالات عقود الصفقات العمومية قد وسع من نطاقها انطلاقا من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 وحتى القانون رقم23-12 المحدد للقواعد العامة المطبقة على الصفقات العمومية الجاري العمل به حاليا، بعدما كان قد حصرها في مجالات

[1] قرار مجلس الدولة رقم 015885، مؤرخ في 21 سبتمبر 2004، الغرفة الأولى، المجلة القضائية لسنة 2005، العدد07، الجزائر، ص.77 و79.

[2] قرار مجلس الدولة رقم 016348، مؤرخ في 21 ديسمبر 2004، الغرفة الأولى، المجلة القضائية لسنة2005، الجزائر العدد07، ص.83 و85.

[3] طبقا لنص المادة 24 من ق.ص.ع رقم 23-12.

[4] كما ورد في المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

الأشغال واللوازم والخدمات دون الدراسات في المراسيم السابقة وهذا بحسب التعاريف التي وردت بشأن الصفقات العمومية مثلما سبق بيانه.

لعل تحديد المشرع لمجالات إبرام الصفقات العمومية؛ يعود بالدرجة الأولى في نظرنا لأهميتها في الوفاء باحتياجات المرافق العامة باعتبارها الأكثر طلبا وتحقيقا للتنمية الاجتماعية والاقتصادية للدولة من ناحية، ومن ناحية أخرى لكونها من المجالات التي يكلف إنجازها مبالغ مالية كبيرة تنفقها الخزينة العامة للدولة.

الفرع الثالث: مجالات الصفقة العمومية وأشكالها

كنت قد حددت من قبل مقومات عقد الصفقة العمومية على اعتبارها من العقود الإدارية كما ذهب إليه فقهاء القانون العام، وأوضحت إلى جانب ذلك كل ما يميزها من خصائص عن غيرها من العقود التي تبرمها الإدارة انطلاقا من أحكام تنظيم الصفقات العمومية، إلا أنه في سبيل الإلمام بمدلول الصفقة العمومية كان لابد من التطرق في هذا الفرع إلى مجالاتها وأشكالها.

أولا- مجالات الصفقة العمومية:

لأن العقود الإدارية كثيرة ومتنوعة؛ تقوم الإدارة بإبرامها لخدمة المرافق العامة على مختلف أنواعها بهدف إشباع الحاجات العامة وتحقيق المصلحة العامة[1]، ولأن الصفقة العمومية من العقود الإدارية فهي الأخرى تتنوع بتنوع مجالاتها بين صفقة أشغال وصفقة لوازم وصفقة خدمات وصفقة دراسات أوردها المشرع على سبيل الحصر لا على سبيل المثال، ولتوضيح هذه الأنواع سوف نتطرق إليها كما يلي:

1- صفقات انجاز الأشغال: Les marchés la réalisation de travaux

عرف القضاء الإداري عقد الأشغال العامة؛ بأنه "عقد مقاولة يبرم بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة، بمقتضاه يتعهد المقاول القيام بعمل من أعمال البناء أو الصيانة في عقد لحساب هذا الشخص المعنوي العام، وتحقيقا لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد"[2].

بينما عرف الفقه عقد الأشغال العامة؛ على أنه "اتفاق بين الإدارة وطرف آخر –غالبا ما يكون أحد مقاولي القطاع الخاص- ليقوم ببعض الأشغال التي ترد على عقار، وذلك مقابل ثمنا يحدد في العقد ويكون الهدف من كل ذلك تحقيق مصلحة عامة"[3].

أما من الناحية التشريعية؛ تطرق المشرع الجزائري لتعريف عقد الصفقة العمومية للأشغال ضمن كل من قانون الصفقات العمومية رقم 23-12 من خلال نص المادة 25، والمرسوم الرئاسي رقم 15-247 بموجب نص المادة 29، وأيضا المرسوم التنفيذي -21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال من خلال نص المادة 5 عن طريق بيان الهدف الذي ينبغي للمصلحة المتعاقدة أن تقصده من وراء عقدها للصفقة العمومية للأشغال، على أن يتمثل في إنجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية وأيضا أشغال الشبكات المختلفة، كما تولى المشرع في ذات السياق بيان نطاق إبرام عقد الصفقة العمومية للأشغال والتي يجب أن يتعلق موضوعها بالبناء أو التجديد أو الصيانة أو إعادة التأهيل أو التهيئة أو الترميم أو الإصلاح أو هدم منشأة أو جزء منها بما فيذلك التجهيزات المشتركة الضرورية لاستغلالها...الخ

---

[1] Niels BENARDINI et Valentin LAMY, L'essentiel des contrats administratifs, ellipses, France, 2016, p..2.

[2] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر بتاريخ 13 ديسمبر 1953. مشار إليه لدى عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، الدار الجامعية للنشر والطباعة، بيروت. ط4، 1986، ص.538.

[3] محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص24. وأيضا مليكة الصروخ، المرجع السابق، ص.454.

من خلال ما تقدم يتبين بأنه حتى نكون بصدد عقد صفقة عمومية خاصة بإنجاز الأشغال العمومية لابد أن تتوافر هناك ثلاث شروط هي:

- أن تتعلق الأشغال بعقار[1]، وعليه فإذا كان العقد منصبا على منقول فلا نكون أمام عقد صفقة عمومية للأشغال وإنما أمام عقد آخر كعقد صفقة اقتناء اللوازم[2].غير أنه لا بد من الإشارة في هذا الإطار إلى أنه متى انصب موضوع العقد على عقار بالتخصيص فإن العقد يكون صفقة عمومية للأشغال كإقامة خطوط تلفونية أو مد أنابيب المياه أو الغاز الطبيعي وغير ذلك من الشبكات المختلفة[3].

- أن لا تخرج الأشغال عن نطاق عمليات البناء أو الترميم أو الصيانة أو الهدم وعمليات أخرى نصت عليها المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

كما أشار المشرع إلى أن العقد يكون صفقة أشغال؛ إذا ما كان هدفها الرئيسي يتعلق بإنجاز أشغال حتى لو نصت الصفقة على أداء خدمات و/أو اقتناء لوازم، أو حتى إذا ما أسندت المصلحة المتعاقدة لمؤسسة واحدة مهمة تتعلق بإعداد دراسات وإنجاز أشغال في آن واحد[4]، وهذا كاستثناء يلجأ إليه عندما تقتضي أسباب فنية تقنيات خاصة وعمليات تنفيذ متكاملة إشراك المقاول في دراسات التصميم الخاصة بالمنشأة[5].

- أن يبرم عقد الصفقة العمومية للأشغال لحساب شخص معنوي عام يدعى المصلحة المتعاقدة [6].

- أن تكون الغاية من إبرام عقد الصفقة العمومية للأشغال تحقيق المصلحة العامة[7] التي تعتبر الأساس الذي ينبني عليه هذا العقد فهي تدور معه وجودا، وعليه إذا ما ابتغت المصلحة المتعاقدة غير المصلحة العامة فإنها تكون بذلك قد انحرفت بسلطتها وكان تصرفها مخالف للقانون[8].

2- صفقات اقتناء اللوازم: Les marchés d'acquisition de fournitures

تعتبر صفقات اقتناء اللوازم من العقود الإدارية؛ هناك من الفقهاء من عرفها أمثال محمد بن سعيد بن محمد المعمري بأنها "اتفاق بين الإدارة و طرف آخر –فرد أو شركة- يتعهد بمقتضاه الطرف الآخر بتوريد أشياء منقولة معينة إلى الإدارة، وتكون لازمة لمرفق عام مقابل ثمن يحدد في الاتفاق وبمقتضى هذا الاتفاق تنتقل ملكية الأشياء الموردة إلى الإدارة"[9].

بينما عرفها محمود خلف الجبوري؛ على أنها "اتفاق بين شخص من أشخاص القانون العام مع فرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي العام تكون لازمة لإدارة وتسيير المرفق العام في مقابل ثمن معين وعلى فترة أو فترات زمنية محددة"[10].

---

[1] مليكة الصروخ، المرجع السابق، ص454. وأيضا محمد بن سعيد بن حمد المعمري، المرجع السابق، ص.48.

[2] عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص.25.

[3] محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص.25.

[4] طبقا لنص المادة 5 الفقرة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

[5] طبقا لنص المادة 34 من ق.ص.ع رقم 23-12، وأيضا نص المادة 35 الفقرة 1 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[6] محمد بن سعيد بن حمد المعمري، المرجع السابق، ص.48.

[7] عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص.538.

[8] حمدي أبو النور السيد عويس، مقتضيات المصلحة العامة في العقد الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2017، ص.29.

[9] محمد بن سعيد بن حمد المعمري، المرجع السابق، ص.48.

[10] محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص.25.

ومن منطلق هذه التعاريف الفقهية؛ يتضح أن عقد التوريد بأنه عقد يرد دائما على منقول مهما كان نوعه أو قيمته يكون لازما لإدارة المرفق العام وبهذا يختلف عقد التوريد عن عقد الأشغال العامة[1]، كما أنه عقد يتم بالتراضي ليتميز بذلك عن الاستيلاء المؤقت أو ما يسمى بنزع ملكية المنقول بالطريق الجبري بواسطة قرار إداري في مقابل تعويض عادل[2].

أما المشرع الجزائري؛ عرف الصفقة العمومية لاقتناء اللوازم بأنها "عقد يهدف إلى اقتناء أو إيجار أو بيع بالإيجار بخيار أو بدون خيار الشراء من طرف المصلحة المتعاقدة لعتاد أو مواد مهما كان شكلها، موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى متعامل اقتصادي" من خلال نص المادة 26 من قانون الصفقات العمومية رقم 23-12، وأيضا نص المادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مشيرا إلى أنه متى تضمنت الصفقة أعمال تخص الخدمات وكان موضوعها إيجار فإن عقد الصفقة العمومية تبعا لذلك لا يكون صفقة لوازم وإنما صفقة خدمات، في حين إذا نصت الصفقة العمومية أشغال وضع وتنصيب لوازم لا تتجاوز مبالغها قيمة هذه اللوازم أو أن موضوعها اشتمل على أعمال منها ما يخص الخدمات وأخرى تخص اقتناء لوازم حيث تتجاوز هذه الأخيرة قيمة الخدمات فإن الصفقة العمومية تكون صفقة لوازم.

3- صفقات إنجاز الدراسات: Les marchés de réalisation d'études

صفقة انجاز الدراسات؛ هي كل اتفاق تبرمه الإدارة مع أحد أشخاص القانون الخاص بغية انجاز دراسات، لاسيما مهام المراقبة ودراسة المشاريع والإشراف على تنفيذها ضمانا لسير المرفق العام في مقابل ثمن متفق عليه في العقد.

وهي حسب تعريف المشرع الجزائري؛ كل صفقة عمومية تتضمن انجاز خدمات فكرية[3] يمكن أن يشمل موضوعها عند إبرام صفقة أشغال تولي مهمة المراقبة التقنية والجيوتقنية للأشغال محل الانجاز، أو الإشراف على انجاز الأشغال في إطار تشييد منشأة أو تجسيد مشروع حضري أو مناظر طبيعية، أو قد يشمل موضوعها مساعدة صاحب المشروع في إبرام وإدارة تنفيذ الصفقة العمومية للأشغال وتنظيم و تنسيق وتوجيه الورشة واستلام الأشغال[4].

4- صفقات تقديم الخدمات: Les marchés de prestation de services

تتمثل في كل اتفاق يتعهد بمقتضاه أحد الأفراد أو إحدى الشركات الخاصة بتقديم خدمات معينة مقابل ثمن محدد يتفق عليه مسبقا في العقد[5]. وهي صفقة عمومية تختلف عن صفقات الأشغال أو اللوازم أو الدراسات[6].

ثانيا- أشكال الصفقة العمومية:

تتخذ الصفقات العمومية طبقا لقانون الصفقات العمومية رقم 23-12 وكذا المرسوم الرئاسي رقم 15-247 عدة أشكال نذكرها كالتالي:

1- الصفقة الإجمالية:

---

[1] عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص.539.

[2] محمد بن سعيد بن حمد المعمري، المرجع السابق، ص.49.

[3] طبقا لنص المادة 27 من ق.ص.ع رقم 23-12.

[4] طبقا لنص المادة 29 الفقرات 10 إلى 12 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[5] مليكة الصروخ، المرجع السابق، ص.455.

[6] طبقا لنص المادة 28 من ق.ص.ع رقم 23-12.

عندما تشمل الصفقة العمومية عدة عمليات من بين أنواع الصفقات - إنجاز أشغال واقتناء لوازم وانجاز دراسات وتقديم خدمات- تبرم المصلحة المتعاقدة صفقة إجمالية[1]، على أن تراعي في ذلك أحكام المادة 35 من المرسوم الرئاسي 15-247[2].

2- الصفقة ذات القسط الثابت وقسط أو أكثر اشتراطي:

تلجأ المصلحة المتعاقدة أحيانا إلى إبرام صفقات تشمل قسطا ثابتا وقسطا أو أكثر آخر اشتراطيا عندما يبرر ذلك شروطا اقتصادية و/أو مالية، شريطة أن تكون هذه الأقساط مما يعتبر مشروعا وظيفيا[3].

3- الصفقة ذات الحصة الوحيدة أو الحصص المنفصلة:

أما الصفقة ذات الحصة الوحيدة؛ فهي التي لا يسمح موضوعها بتحديد خدمات منفصلة وتمنحها المصلحة المتعاقدة لمتعهد واحد، وأما الصفقة ذات الحصص المنفصلة فتمنح لمتعهد واحد أو أكثر ويتم اللجوء إليها كلما اقتضت طبيعة وأهمية المشروع على أن ينص على التحصيص في دفتر الشروط[4].

4- عقد البرنامج :

يتخذ عقد البرنامج شكل الاتفاقية؛ والتي يمكن أن تكون سنوية أو متعددة السنوات، كما يمكن أن تتداخل في سنتين ماليتين أو أكثر على أن لا تتجاوز مدته الخمس سنوات، يبرر اللجوء إليه شروطا غالبا ما تكون تقنية واقتصادية و/أو مالية تتطلب تخطيط الحاجيات الواجب تلبيتها من قبل المصلحة المتعاقدة ويتم تنفيذه من خلال صفقات تطبيقية تبرم طبقا لأحكام تنظيم الصفقات العمومية المعمول به[5].

5- صفقة الطلبات ذات النمط العادي والطابع المتكرر:

تشتمل مثل هذه الصفقات؛ إما على إنجاز أشغال أو اقتناء لوازم أو انجاز دراسات أو تقديم خدمات، تبرمها المصلحة المتعاقدة لمدة سنة واحدة قابلة للتجديد ويمكن أن تتداخل في سنتين ماليتين أو أكثر، وهي في كل الأحوال لا يمكن أن تتجاوز مدتها الإجمالية خمس سنوات، كما أن تجديد هذا النوع من الصفقات يتم تجديد صفقة الطلبات بموجب مقرر من المصلحة المتعاقدة ويبلغ للمتعامل المتعاقد ويخضع

---

[1] طبقا لنص المادة 28 الفقرة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[2] جاء في مضمون هذه المادة: "يمكن للمصلحة المتعاقدة وبصفة استثنائية، أن تلجأ إلى إجراء "دراسة وإنجاز" عندما تقتضي أسباب ذات طابع تقني ضرورة إشراك المقاول في دراسات التصميم الخاصة بالمنشأة.
يجب أن ينص دفتر الشروط في إطار التقييم التقني، على تأهيل أولي يتعلق بمرحلة الدراسات.
ويسمح هذا الإجراء للمصلحة المتعاقدة بأن تعهد لمتعامل متعاقد واحد في إطار صفقة أشغال بمهمة تتضمن في آن واحد إعداد الدراسات وإنجاز الخدمات، وفق إجراء طلب العروض المحدود طبقا لأحكام المادتين 45 و46 من هذا المرسوم.
وتعين لجنة تحكيم طبقا لأحكام المادة 48 أدناه لإبداء رأيها حول اختيار المشروع.
وتحتوي الخدمات موضوع الدراسات على الأقل، مشروعا تمهيديا موجزا فيما يخص منشاة بنية تحتية.
ويمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ لصفقة "دراسة وإنجاز واستغلال أو صيانة" أو إلى صفقة "انجاز واستغلال أو صيانة" عندما تبرر أسباب تقنية أو اقتصادية ذلك، في هذه الحالة يجب أن ينص دفتر الشروط على متطلبات نجاعة يتعين بلوغها ويمكن حسابها، تكون موضوع معيار تقييم تقني مرفق بمعيار التكلفة الإجمالية. وتبرم الصفقة بسعر إجمالي وجزافي.
تحدد قائمة المشاريع التي يمكن أن تكون موضوع صفقة إجمالية بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني، بعد أخذ رأي لجنة الصفقات للهيئة العمومية أو اللجنة القطاعية للصفقات، حسب الحالة.
توضح كيفيات تطبيق أحكام هذه المادة، عند الحاجة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية".

[3] كما جاء في نص المادة 30 من ق.ص.ع رقم 23-12.

[4] طبقا لنص المادة 29 من نفس القانون.

[5] حسب مضمون نص المادة 32 من نفس القانون، وأيضا نص المادة 33 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

للالتزام القبلي للنفقات، يبين فيه كمية و/أو قيمة الحدود الدنيا والقصوى للأشغال و/أو اللوازم و/أو الخدمات و/أو الدراسات التي هي موضوع الصفقة[1].

المطلب الثاني: صحة الصفقة العمومية

تنظيما منه لمجال إبرام الصفقات العمومية وحرصا منه على صحة هذه العقود؛ حدد المشرع الجزائري جملة من الشروط والإجراءات ألزم المصلحة المتعاقدة بضرورة مراعاتها قبل إبرام أي صفقة عمومية فيما يعرف بالإجراءات السابقة على عملية التعاقد، كما ألزمها أيضا باستيفاء جميع مراحل التعاقد طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247، محاولة منه مسايرة التطورات الاقتصادية للدولة ولما لهذه الإجراءات من أثر على مبدأ المنافسة والشفافية، وهذا ما سوف يتم التطرق إليه من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: احترام المصلحة المتعاقدة للإجراءات السابقة على التعاقد

قصد ضمان نجاعة الصفقات العمومية وترشيد المال العام؛ أوجب المشرع على المصالح المتعاقدة الالتزام بتحديد الحاجيات العامة وفقا للاحتياجات الضرورية وخدمة المواطنين وتحقيق الغرض الذي أنشئ لأجله المرفق العام، وكذا تقدير الاعتماد المالي المرصود لهذه الحاجيات بكل دقة واستهلاكه بكل عقلانية، ورتب على مخالفة ذلك جزاءات في جانب المصلحة المتعاقدة[2].

أولا- تقدير الحاجيات العامة:

من الأعمال اليومية للمصلحة المتعاقدة دراسة أعمال ومشاريع وفقا لاحتياجاتها الضرورية لإشباع الحاجيات العامة للمواطنين واللازمة لدفع سير عمل المرافق العامة بشكل منتظم ومضطرد، وفي إطار تحديد هذه الحاجيات بدقة أوجبت النصوص التشريعية والتنظيمية على المصلحة المتعاقدة الالتزام بقواعد معينة لتحديد الاحتياجات الفعلية والضرورية قبل الشروع في أي عملية سواء تعلقت بإنجاز الأشغال[3]، أو اقتناء اللوازم أو إنجاز الدراسات أو تقديم الخدمات[4].

1- قواعد تحديد الحاجيات العامة:

تخضع عملية تحديد المصالح المتعاقدة لحاجياتها إلى ثلاث قواعد اعتمدها المشرع الجزائري من خلال قانون الصفقات العمومية وهي كالأتي:

أ- التحديد المسبق للحاجيات العامة:

ألزم قانون الصفقات العمومية رقم 23-12 على كل مصلحة متعاقدة وكأصل عام؛ ضرورة تحديد حاجياتها بصفة مسبقة قبل الشروع في أي إجراء لإبرام صفقة عمومية، إلا أنه سمح للمصالح المتعاقدة بتحديد حاجياتها بعد البدء في تنفيذ الأعمال في بعض الأوضاع كما لو تعلق الأمر بحالات الاستعجال الملح وهذا بموجب قانون الصفقات العمومية[5].

ب-تحديد الحاجيات العامة بكل دقة:

يقع على المصلحة المتعاقدة أيضا عند الالتزام بتقدير حاجياتها الفعلية والضرورية بكل دقة ومصداقية بحسب مضمون المادة 16 في الفقرة الخامسة من القانون رقم 23-12، التي نصت على أنه "ويجب إعداد الحاجيات من حيث طبيعتها ومداها بدقة، استنادا إلى مواصفات تقنية مفصلة تعد على

---

[1] طبقا لنص المادة 33 من نفس القانون، وأيضا نص المادة 34 من نفس المرسوم الرئاسي.

[2] Christophe LAJOYE, Droit des marchés publics: Annexe code des marchés publics algérien, Berti éditions, Paris, 2007, p.62.

[3] Mohamed Tayeb MEDJAHED, Contrat type des marchés publics, éditions houma, Algérie, 2OO7, p.31.

[4] بلال عدنان عبد الأمير المدامغة، مبادئ وإجراءات ووسائل إبرام العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019، ص.125.

[5] طبقا لنص المادة 16 الفقرتين 1و 2 من ق.ص.ع رقم 23-12.

أساس مقاييس و/أو نجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية، ويجب ألا تكون هذه المواصفات التقنية موجهة نحو منتوج أو متعامل اقتصادي محدد"، متخذا بذلك نفس موقف المشرع الفرنسي المعلن عنه في قانون الصفقات العمومية لسنة 2004 في مادته الخامسة الفقرة الأولى[1].

إذ يعتبر تحديد الحاجيات العمومية وتنسيق الطلبات العمومية بكل دقة؛ من شأنه أن يضمن تنسيق عمل مصالح الدولة المركزية ومصالحها غير الممركزة في تنفيذ المشاريع الهادفة إلى تلبية الطلبات العمومية المتعددة والمتنوعة بشكل يضمن حماية المال العام[2].

وقد كان المشرع المصري أكثر دقة من المشرع الجزائري؛ كونه أولى اهتماما بالغا بدراسة الجدوى الاقتصادية للمشروع، كما اشترط كفايتها وموضوعيتها على أن تعدها سلطة مختصة بذلك حيث نصت المادة الأولى من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1989 المعدل على "يكون التعاقد في حدود الاحتياجات الفعلية الضرورية لسير العمل أو الإنتاج على أساس دراسة واقعية وموضوعية تعدها الإدارة المختصة مع مراعاة مستويات التخزين ومعدلات الاستهلاك ومقدرات التصرف، ولا يجوز التعاقد على أشياء يوجد بالمخازن أنواع مماثلة لها أو بديلة عنها تفي بالغرض. ويكون تقرير الاحتياجات الفعلية باعتماد السلطة المختصة"[3].

كما اهتم المشرع الفرنسي في قانون الصفقات العمومية لسنة 2001 بالدراسات السابقة لإبرام عقود الصفقات العمومية؛ فنص في المادة 19 من هذا القانون على موضوع دراسة استقصائية للمشروع وتكلفة الفوائد المرجوة من العقد، كما نص في المادة 52 على دراسة المهارات المهنية والتقنية والموارد المالية للمترشحين الذي يتقدمون إلى التعاقد مع المصلحة المتعاقدة، كما نص في المادة 132 على إمكانية إنشاء المرصد الاقتصادي للمشتريات العامة مجموعات الدراسة المسئولة عن الأسواق النامية، خاصة التوصيات والمواصفات التقنية[4].

ج- تحديد الحاجيات طبقا لمعايير معينة:

فرض مشرع قانون الصفقات العمومية على المصلحة المتعاقدة عند تحديد الحاجيات المراد تلبيتها؛ ضرورة مراعاة المصلحة المتعاقدة تحقيق الصالح العام، وأن تهدف في هذا الإطار إلى تحقيق تنمية مستدامة في ظل احترام قواعد حماية البيئة[5].

د- تقدير الحاجيات من طرف الجهة المختصة:

حتى يتم تقدير الحاجيات الضرورية للمصلحة المتعاقدة بكل دقة، يجب عليها أن توكل هذه المهمة لهيئة مختصة لها من الخبرة ما يخولها ذلك، إذ تتمثل هذه الجهة غالبا في مكتب الصفقات العمومية[6]،

---

[1] Art 5 au Décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics,J.O.R.F, n°6 du 8 janvier 2004 "La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision par la personne publique avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence. Le marché conclu par la personne publique doit avoir pour objet exclusif de répondre à ces besoins"

[2] حمزة خضري، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2015/2014، ص.20.

[3] عثمان ياسر علي، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2015، ص.106.

[4] عثمان ياسر علي، المرجع السابق، ص.107.

[5] طبقا لنص المادة 07 من ق.ص.ع رقم 23-12.

[6] يطلق على هذا المكتب في بعض البلدان العربية باللجان الفنية مهمتها تقدير الحاجيات العامة للمصلحة المتعاقدة محل التعاقد. عبد الله جبريل حسين، العقود الإدارية للمزايدات والمناقصات، مركز الخبرات المهنية للإدارة، مصر، 2016، ص.35.

المكون من موظفون وأعوان عموميون تلقوا تكوينا متخصصا في مجال تحضير وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية[1]، أو مكتب دراسات يتكون من مهندسين أو تقنيين أو خبراء مختصين في مجالات عدة منها الدراسات الجيوتقنية والدراسات المعمارية وغيرها.

توكل إلى هذا المكتب عدة مهام؛ من بينها ضبط الحاجيات الضرورية والأساسية للمصلحة المتعاقدة، على أن يأخذ في الاعتبار عند تحديد هذه الحاجيات مثلا إذا ما تعلق الأمر بصفقة اقتناء لوازم الكميات اللازمة من السلع المطلوبة لضمان سير المرفق العام ووتيرة استهلاكها، وقابلية هذه السلع للتخزين وتوفر الإمكانيات الملائمة لهذه العملية، والنفقات المتعلقة بعملية التخزين في حد ذاتها، وأن تقتصر الحاجيات موضوع الصفقات على الاستجابة لطبيعة وحجم الحاجيات المراد تلبيتها دون إفراط[2].

فقد أثبت التقارير الصادرة من الهيئات المختصة بالرقابة؛ أن المصالح المتعاقدة أصبحت تلجأ غالبا -في صفقات اقتناء اللوازم خاصة- إلى ملأ مخازنها بما يفوق حاجياتها، وأحيانا تملأها بمواد سريعة التلف أو صعبة التخزين أو ينتج عن تخزينها مخاطر كبيرة أو يكلف تخزينها مبالغ كبيرة، وذلك إما لرغبة منها في تفادي ندرة بعض السلع السوق أو تدبدب وفرتها أو لاستهلاك المبالغ المسموح بصرفها في ميزانياتها السنوية بصفقة عشوائية حتى لا يعاد صبها في الخزينة العمومية وفقا للتشريع المعمول به[3]، حيث نصت المادة 51 الفقرة من الأمر رقم 15-01 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015 على "غير أن مبلغ هذه الأرصدة الناتجة عن الإعانات أو مخصصات الميزانية الممنوحة من الدولة الذي يبقى في حوزة المؤسسات المذكورة سابقا، يجب أن لا يتعدى على الأكثر ما يعادل شهرين (2) من نفقات المستخدمين وما يزيد على ذلك يصب في الخزينة في أجل لا يتعدى خمسة عشر (15) يوما من إقفال السنة المالية المعنية"[4].

كما يكون على المكتب المختص بتحديد الحاجيات إعداد تقدير إداري صادق وعقلاني؛ يشمل مبلغ حاجيات المصلحة المتعاقدة المستند على عامل جودة السلع ونوعيتها في عملية الاقتناء يرفعه إلى ممثل المصلحة المتعاقدة للفصل فيه إما بإقراره أو اقتراح تعديله.

2- أثر مخالفة المصلحة المتعاقدة قواعد تحديد الحاجيات العامة:

اختلف الفقه أثر مخالفة حول أثر مخالفة المصلحة المتعاقدة للأحكام والقواعد المتعلقة بتقدير الحاجيات الضرورية؛ سواء بالتعاقد على أصناف تزيد عن الاحتياجات الفعلية، أو تلك المتعلقة بتجاوز الاعتمادات المالية المخصصة في الميزانية، فذهب بعض الفقهاء إلى القول أنه "إذا ما منع المشرع صراحة التعاقد بخصوص أمر معين، سواء كان شيئا يراد شراءه أو عملا يراد تنفيذه، فإن الإدارة ملزمة باحترام إرادة المشرع، وكل مخالفة لهذا الحضر تؤدي إلى بطلان التعاقد"[5].

بينما ذهب جانب آخر من الفقه وهو الأصح للقول أن مخالفة المصلحة المتعاقدة هذا الحظر مما يستوجب المسؤولية التأديبية لممثلها والأعوان المكلفون بتحديد الحاجيات العامة دون أن يؤدي ذلك إلى بطلان العقد، والسبب في عدم بطلان العقد يرجع من جهة إلى أنه ليس في مقدور من يقدم على التعاقد مع

---

[1] في هذا الصدد نصت المادة 8 من ق.ص.ع رقم 23-12" يستفيد الموظفون والأعوان العموميون المكلفون بتحضير وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية من دورات تكوين مؤهل لتحسين المستوى وتجديد المعارف، تضمنها الهيئة المستخدمة في إطار برامج نموذجية للتكوين".

[2] النوي خرشي، المرجع السابق، ص.88.

[3] نفس المرجع، ص. 88.

[4] الأمر رقم 15-01 المؤرخ في 23 جويلية 2015، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 40، صادرة في 23 جويلية 2015.

[5] بلال عدنان عبد الأمير المدامغة، المرجع السابق، ص.132.

المصلحة المتعاقدة التعرف على ما إذا كان التعاقد في حدود الاحتياجات الفعلية من عدمه، أو أن الغرض من هذا التعاقد هو مجرد استنفاذ عشوائي للإعتمادات المالية كون التقدير الإداري لحاجيات المصلحة المتعاقدة من الأمور التي يتعذر على الفرد العادي حتى وإن كان على درجة من اليقظة معرفتها، ومن جهة أخرى فإن القول بأن صحة الصفقات العمومية ونفادها مرهون بعدم مخالفة المصلحة المتعاقدة لقواعد تحديد وتقدير الحاجيات العامة، لما جازف أحد بالتعاقد مع المصلحة المتعاقدة مما يسبب تعطل سير المرفق العام[1].

إن ما ينشأ من مسؤولية في هذا الإطار سواء بالنسبة لممثل المصلحة المتعاقدة أو الأعوان المكلفون بتحديد الحاجيات العامة على حد سواء، تكون في معظم الأحوال تقصيرية كما اتجه إليه هذا الجانب من الفقه، يترتب على نشوءها ما يترتب عن نشوء المسؤولية المدنية من نتائج بسبب الضرر اللاحق بالإدارة والأفراد، فيتوجب على هؤلاء الموظفين أن يتحملوا التعويض المالي عن الخطأ المرتكب بمخالفتهم قواعد تقدير وتحديد الحاجيات العامة وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية يتولى النظر فيها جهة القضاء الإداري إما عن طريق دعاوى التعويض (دعاوى الرجوع) أو دعاوى الضمان[2].

ثانيا- توفر الاعتماد المالي:

الاعتماد المالي؛ هو عبارة عن تخصيص محدد في الميزانية معلوم المقدار ومحدد بدقة ومدرج للإنفاق تحت الباب أو المحور الذي يتعلق به تنفيذه من أبواب أو محاور الميزانية، وأيضا هو عبارة عن إذن بالصرف المالي تصدره الجهة الإدارية المختصة في حدود صلاحياتها القانونية[3].

ولأنه من المنطق لا يمكن للمصلحة المتعاقدة التعاقد ومن تم الوفاء بالتزاماتها المالية إلا إذا وجد الاعتماد المالي الذي يغطي هذه الالتزامات، تطبيقا لمبدأ توفر الاعتمادات المالية الذي يتضمن عدم إمكانية المصلحة المتعاقدة الالتزام بالنفقات ما لم توجد إيرادات أو سندات التحصيل بهذه المبالغ[4].

انطلاقا من هذا المبدأ؛ فإنه حين ترغب المصلحة المتعاقدة في إبرام صفقة عمومية -سواء كانت صفقة أشغال أو اقتناء لوازم أو خدمات أو دراسات- التي ترتب في جانبها التزامات مالية، يجب أن تحصل علة أغلفة مالية يتم صبها في حسابها أو تتضمنها ميزانياتها سواء كانت ميزانيات أولية أو ميزانيات إضافية، ويعتبر صب هذه الاعتمادات بمثابة موافقة ضمنية من جانب الإدارة المركزية على إبرام الصفقة التي تراها المصلحة المتعاقدة ضرورة لسير المرافق العامة[5].

كما أن الوعاء المالي؛ قد يكون مصدره وزاري فيرصد من ميزانية الوزارة ويسمى في هذا الإطار باعتماد قطاعي متى أعتبر المشروع ذو نفع عام كأن يتعلق الأمر بإنجاز إقامة جامعية، ففي هذه الحالة ينبغي إعداد ملف كامل بالتنسيق بين مصالح وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ومصالح وزارة المالية من أجل الحصول على الاعتماد المالي، وأحيانا أخرى يقيد الوعاء المالي في ميزانية الإدارة المعنية محليا، كما هو الحال بالنسبة للميزانية السنوية الخاصة بالولاية أو البلدية أو أي مؤسسة عمومية

---

[1] ليث رافع خلف ويعرب ثائر حبيب، "أثر القيود الموضوعية السابقة على إبرام العقد الإداري على عمل سلطة الإدارة المتعاقدة في القانون"، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، العراق، المجلد 45 العدد 04، 2018، ص.253.

[2] عثمان ياسر علي، المرجع السابق، ص.111.

[3] حمزة خضري، المرجع السابق، ص.60.

[4] نص على هذا المبدأ القانون رقم 90-21 الصادر 15 أوت 1990، يتعلق بالمحاسبة العمومية، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 35، صادرة في 15 أوت 1990، في مادته 36 الفقرة 4 "يجب على المحاسب العمومي قبل قبوله لأي نفقة: -توفر الاعتمادات".

[5] إسماعيل هاني عبد الرحمن، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص.237.

ذات طابع إداري، فإن احتاجت الجامعة مثلا لإنشاء مركز حسابات ستحتاج إلى أجهزة حاسوب ومن البديهي أنها لن تعلن عن صفقة عمومية لاقتنائها إلا إذا كان تحت يدها غلاف مالي مدرج في ميزانيتها[1].

1- حساب القيمة التقديرية للاعتماد المالي:

منع المشرع الجزائري من خلال نص المادة 27 من المرسوم الرئاسي 15-247؛ تجزئة الحاجيات العامة وعدم إدراجها في دفتر شروط موحد بغرض عدم اللجوء إلى إبرام عقد صفقة عمومية وبالتالي تفادي إتباع الإجراءات المنصوص عليها في هذا التنظيم بغرض توجيه ومنح الصفقة لمتعامل محدد بذاته[2]، واعتبر ذلك من قبيل الممارسات الاحتيالية التي تلجأ إليها المصالح المتعاقدة وإحدى صور الفساد في الصفقات العمومية[3].

كما أشار المشرع أيضا؛ إلى ضرورة ضبط المبلغ الإجمالي لجميع حاجياتها بغية تحديد اختصاص لجان الصفقات المختصة والإجراءات الواجبة إتباعها في ذلك[4]، من خلال جمع مبالغ جميع الحصص للعملية الواحدة وتقرير أي اللجان صاحبة الاختصاص، وأي الإجراءات الواجب إتباعها بشأن هذه الصفات المشكلة لهذه الحصص[5].

2- جزاء مخالفة المصلحة المتعاقدة لقواعد الاعتماد المالي:

على الرغم من أهمية الاعتماد المالي كإجراء أولي يُمكن المصلحة المتعاقدة من إبرام الصفقة العمومية لتوفير حاجياتها، إلا أن عدم توافره لا يؤثر في صحة الصفقة في جانب المتعامل المتعاقد نظرا لصعوبة علمه بوجود التخصيص المالي من عدمه، لاسيما أن الأمر يتعلق بأمور داخلية لدى المصلحة المتعاقدة هذا من جهة، ومن جهة أخرى لو فرضنا علم المتعامل المتعاقد بعدم توافر التخصيص المالي فذلك سيؤدي حتما إلى تأخر المصلحة المتعاقدة في تنفيذها لمشاريعها[6]، نتيجة لإحجامه عن التعاقد مع الإدارة وتجنبا منه الدخول في منازعات قضائية مع المصلحة المتعاقدة لاستيفاء حقه في المقابل المالي منها، مما يؤدي إلى الإضرار حتما بسير المرافق العامة واضطرادها.

من القرارات القضائية التي أكدت على صحة الصفقة في جانب المتعامل المتعاقد المبرمة دون تخصيص اعتماد مالي؛ قرار مجلس الدولة الجزائري حين فصل في النزاع القائم بين السيد (ز.د) ورئيس المجلس الشعبي لبلدية ثنية الحد بخصوص تسديد مبلغ الأشغال الخاص بالاتفاقية المبرمة بين الطرفين، إذ رفض مجلس الدولة تمسك رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية ثنية الحد بعدم تسديده مبلغ الأشغال

---

[1] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.149.

[2] تنص المادة 16 الفقرة 4 من ق.ص.ع رقم 23-12 على أنه: "يمنع تجزئة الحاجيات بهدف تفادي إجراءات الدعوة إلى المنافسة وحدود اختصاص هيئات الرقابة الخارجية القبلية المنصوص عليها في هذا القانون"

[3] في هذا الإطار نصت المادة 09 من القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 14، صادرة في 08 مارس 2006، على أنه: "يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والنزاهة والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية. ويجب أن تكرس هذه القواعد على وجه الخصوص: علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية، الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء، إدراج التصريح بالنزاهة عند إبرام الصفقات العمومية، معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية، ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية".

[4] تنص المادة 16 الفقرة 3 من ق.ص.ع رقم 23-12 على: " لتحديد اختصاص لجان الصفقات، تضبط المصلحة المتعاقدة المبلغ الإجمالي للحاجيات"، وفي نفس السياق نصت المادة 27 الفقرة 10 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه "وفي حالة تحصيص الحاجيات، فإنه يؤخذ في الحسبان لتحديد حدود اختصاص لجان الصفقات والإجراءات الواجب إتباعها، المبلغ الإجمالي لجميع الحصص المفصلة، بغض النظر عن إمكانية المصلحة المتعاقدة إطلاق إجراء واحد لكل الحصص أو إجراء لكل حصة".

[5] النوي خرشي، المرجع السابق، ص.96.

[6] بلال عدنان عبد الأمير المدامغة، المرجع السابق، ص.150.

للمستأنف عليه بسبب العجز مالي، ومن ثم قضى بأنه "لا يمكن للبلدية الالتزام بالأشغال دون أن توافر الاعتمادات والنفقات الضرورية لذلك وفقا لما ينص عليه القانون لاسيما قانون المحاسبة العمومية 90-21 والمرسوم التنفيذي 92-414 المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات العمومية الملتزم بها"[1].

وأيضا ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكم لها قضت فيه بأن "العقد الذي تبرمه الإدارة مع الغير كعقد من عقود الأشغال العامة أو التوريد مثلا ينعقد صحيحا من جانب المتعامل المتعاقد، وينتج أثاره القانونية حتى لو لم يكن البرلمان قد اعتمد المال اللازم لهذه الأشغال أو حتى لو جاوزت الإدارة حدود الاعتماد أو خالفت الغرض المقصود منه أو فات الوقت المحدد لاستخدامه، فمثل هذه المخالفات -لو وجدت من جانب الإدارة- لا تمس صحة العقد ونفاذه، وإنما تستوجب المسؤولية السياسية...، وسبب ذلك هو أن هذه العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة مع الغير هي روابط فردية ذاتية وليست تنظيمية عامة، ويجب من ناحية حماية هذا الغير، ومن ناحية أخرى عدم زعزعة الثقة في الإدارة[2]

من خلال ما سبق لا يترتب على تخلف الاعتماد المالي أو تأخره بطلان الصفقة العمومية في جانب المتعامل المتعاقد لسببين اثنين[3]:

أ- السبب الأول

يكمن في عدم إلزام المصلحة المتعاقدة عند توافر الاعتماد المالي إبرام صفقة عمومية، فتوافر الاعتماد المالي لا يعدو إلا أن يكون إذنا لها بإمكانية مباشرة الإجراءات الأولية السابقة على التعاقد، خصوصا إذا اقتضت المصلحة العامة عدم التعاقد والحفاظ على المال العام[4].

ب-السبب الثاني

لا يؤثر عدم توافر الاعتماد المالي أو تأخره أو تجاوره في صحة ومشروعية الصفقة العمومية التي تبرمها المصلحة المتعاقدة مع المتعامل المتعاقد، فتصرف الإدارة الخاطئ لا يعدو أن يكون مخالفة إدارية للنصوص القانونية وخارج عن نطاق العقد يحمل صاحبه المسؤولية[5]، وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي حينما أقر بصحة هذه الصفقات وأقر للمتعامل المتعاقد استفاء حقه في المقابل المالي من المصلحة المتعاقدة بإتباع إحدى الطريقتين:

أولها، أن يقوم باللجوء إلى القضاء لاستيفاء حقه من المقابل المالي في شكل تعويض في إطار ما يعرف بنظرية الإثراء بلا سبب، ولقد اعترف مجلس الدولة الفرنسي بحق الطاعن في التعويض عما قدمه من أعمال نافعة أثرت جهة الإدارة معتبرا قيام إحدى البلديات بإبرام عقد عن طريق إتباع أسلوب المناقصة - بالمخالفة للأسلوب الذي حدده القانون - سببا يجعل العقد مشوبا بالبطلان، ولا يستطيع معه المقاول الذي ارتبط مع الإدارة بهذا العقد الاستفادة من أي وضع عقدي، ولكن ذلك لا يقدح حقه في حصوله على مقابل ما قدمه من أعمال في إطار ما حققته تلك الأعمال من منفعة لصالح الإدارة[6].

---

[1] قرار مجلس الدولة رقم 020289، مؤرخ في12 جويلية 2005، الغرفة الأولى، المجلة القضائية لسنة 2005، العدد 07، الجزائر، ص.86.

[2] كاظم خضير السويدي، "الإذن المالي وأثره في إبرام العقد الإداري"، مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية، جامعة بابل، العراق، العدد 42، 2019، ص1126.

[3] إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم 37 لسنة 1964، مكتبة الفلاح، الكويت، 1988، ص95.

[4] Brahim BOULIFA, op. cit , p.14.

[5] كاظم خضير السويدي، المرجع السابق، ص.1125.

[6] C.E. 15 juillet 1959, sieur Vauzelle, Rec.p: 466 ; A.J.D.A, 1959 p.267.

وأما الطريقة الثانية؛ فتتمثل في التسوية الودية للنزاع كحل أمثل يلجأ إليه في الغالب أطراف العقد لإصلاح الخلل في الالتزامات المالية المتعلقة بالعقد، ومن تم تقوم المصلحة المتعاقدة بدفع الدين المترتب في ذمتها إلى المتعامل المتعاقد معها عن طريق إبرام عقد تسوية ورصد الاعتماد المالي اللازم[1].

إلا أنه بالنسبة للمصلحة المتعاقدة يعد وجود الاعتماد المالي أول قيد على حريتها في التعاقد، فلا تستطيع التعاقد أو إجراء أي تصرف تترتب عليه التزامات مالية ما لم يوجد الاعتماد المالي اللازم لمواجهة الأعباء المالية المترتبة على ذلك[2]. فإذا تجاوزت الإجراءات الإدارية والمالية أو كلاهما؛ذ، فإنها تكون مسؤولة اتجاه سلطتها الرئاسية مسؤولية تأديبية أو جنائية بحسب جسامة المخالفة لمن يباشر هذه الإجراءات دون مراعاة شرط الإذن المسبق. وقد أوكل المشرع الجزائري بمقتضى المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 09-374 المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات المراقب المالي[3]، مهمة التأكد من توافر الاعتمادات المالية من خلال التأشير على بطاقات الالتزام بعد فحصها والتأكد من تطابق النفقة مع التشريع المعمول به[4]، وتعتبر هذه التأشيرة أداة في يد المراقب المالي يستعملها لتنفيذ مهمة الرقابة القبلية على النفقات الملتزم بها، وفي هذا الإطار تعتبر الصفقات العمومية من بين مشاريع القرارات المتضمنة التزاما بالنفقات والتي يجب أن تخضع لتأشيرة المراقب المالي قبل التوقيع عليها[5] فيما عدا الحالات المستعجلة والملحة التي تطرق لها المشرع والتي سبق الإشارة إليها.

ثالثا- إعداد دفاتر الشروط:

طالما أن الصفقة العمومية عقد من عقود الإذعان؛ تقوم المصلحة المتعاقدة قبل الإعلان عن المنافسة بإعداد دفتر الشروط بإرادتها المنفردة تضمنه مجموعة من الأحكام والشروط تتعلق بالصفقة، والذي يعد بمثابة عقد ملزم للمصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد الذي رست عليه الصفقة[6].

ودفتر الشروط بحسب نص المادة 26 من المرسوم الرئاسي 15-؛247 يتضمن مجموع الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات العمومية، من مشتملاته دفتر البنود الإدارية العامة، ودفتر التعليمات التقنية المشتركة المطبقة على كل أنواع الصفقات العمومية، بالإضافة إلى دفتر التعليمات الخاصة بكل صفقة، وهو ما نصت عليه المادة 17 من قانون الصفقات العمومية 23-12 وأيضا الفقرات 2، 3 و4 من المادة المذكورة أعلاه.

1- دفتر البنود الإدارية العامة:

في هذا الإطار صدر المرسوم التنفيذي رقم 219-21 بتاريخ 20 ماي 2021 يتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العمومية[1]، إذ يعد هذا الدفتر بمثابة خريطة

---

[1] بلال عدنان عبد الأمير المدامغة، المرجع السابق، ص.151.

[2] صباح المصري، العقود الإدارية طبقا لإحكام نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي، دار الكتاب الجامعي، الرياض، 2017، ص.148.

[3] المرسوم التنفيذي رقم 92-414 مؤرخ في 14 نوفمبر سنة 1992، يتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 82، صادرة في 15 نوفمبر 1992، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 09-374 المؤرخ في 16 نوفمبر سنة 2009 ،ج.ر للجمهورية الجزائرية ،العدد 67 2009،صادرة في 19 نوفمبر 2009.

[4] Brahim BOULIFA, op. cit, p.123.

[5] طبقا لنص المادة 5 الفقرة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 09-374 المؤرخ في 16 نوفمبر 2009، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 92–414 المؤرخ في 14 نوفمبر 1992 والمتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 67، صادرة في 19 نوفمبر 2009.

[6] مريم مسقم، "دفاتر الشروط كآلية لتحقيق شفافية الإجراءات في الصفقات العمومية"، مجلة العقار للدراسات الاقتصادية، المركز الجامعي تندوف، الجزائر، العدد 03، 2018، ص.117.

طريق شاملة وكاملة في مجال الصفقات العمومية، حيث جاء متضمنا لمختلف الأحكام المنظمة لعقد الصفقة العمومية[2]، سواء من حيث بيان المتدخلون فيها والوثائق المكونة لها وكذا كيفيات دفع أجر المتعامل المتعاقد وتغير أسعار الصفقة، بالإضافة إلى أحكام أخرى تتعلق بمرحلة تنفيذ الصفقة العمومية وسلطات المصلحة المتعاقدة أثناءها، وما قد ينشأ خلال هذه المرحلة من خلافات وطرق تسويتها بالإضافة إلى ما يمكن توقيعه من عقوبات على المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية[3].

ثم أن ورود مصطلح دفاتر البنود الإدارية العامة بصيغة الجمع؛ دليل على إمكانية إصدار بنود إدارية عامة لأي مجال من مجالات الصفقات العمومية وهو أمر منطقي ومعقول معمول به في الكثير من دول العالم خصوصا وأن مستلزمات وشروط كل مجال يختلف عن غيره من المجالات الأخرى، كما يستحسن الإشارة إلى إمكانية استناد صفقة عمومية تضمن موضوعها مجموعة من الخدمات تنتمي لأكثر من مجال على دفاتر تعليمات إدارية عامة متنوعة[4].

2- دفاتر التعليمات التقنية المشتركة المحددة للترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات العمومية المتعلقة بنوع واحد من الأشغال أو اللوازم أو الدراسات أو الخدمات:

يمكن لدفاتر التعليمات المشتركة أن تخص نوعا واحدا من صفقات الأشغال أو اللوازم أو الدراسات أو الخدمات، كما يمكن أن تخص جميع الصفقات التي يبرمها قطاع وزاري واحد يضمنها شروط وأحكام تتماشى وطبيعة نشاطه، بل أكثر من ذلك يمكن استصدار دفتر تعليمات مشتركة تتشارك فيه قطاعات أخرى متى تعلق الأمر بصفقات مشتركة بينها[5].

وتعتبر دفاتر التعليمات التقنية المشتركة من الوثائق المكونة للصفقة العمومية ذات القيمة التعاقدية وهي تتضمن مختلف الأحكام التقنية المطبقة في جميع الصفقات التي هي من نوع واحد، كصفقات الأشغال مثلا[6]، ويجب ألا تخالف هذه الدفاتر في مضمونها أحكام دفاتر البنود الإدارية العامة[7].

كما يمكن أن تتضمن هذه الدفاتر أيضا ترتيبات غير تقنية يطلق عليها بالترتيبات التنظيمية تخص نوعا من أنواع الصفقات العمومية التي تنتمي إلى مجال أو قطاع وزاري معين[8].

3- دفاتر التعليمات الخاصة بكل صفقة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة:

تعتبر دفاتر التعليمات الخاصة؛ الجزء الأهم في الصفقة كونها تحدد أطر التعاقد[1]، تتضمن كل من البنود الإدارية والتقنية والمالية المستمدة من تبعات موضوع الصفقة، وكذا البنود الاستثنائية لأحكام دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الخدمات موضوع الصفقة[2].

---

[1] تنص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، على أنه: "يعد الاستناد المرجعي لأحكام دفتر البنود الإدارية العامة هذا، في إبرام الصفقات العمومية للأشغال، إلزاميا".

[2] فتيحة حابي، النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2013، ص.77.

[3] Christophe LAJOYE, droit des marchés publics, op. cite, p.128.

[4] النوي خرشي، المرجع السابق، ص.81.

[5] النوي خرشي، المرجع السابق، ص.82.

[6] نصت المادة 9 الفقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، على: "إن الوثائق المكونة للصفقة العمومية للأشغال ذات القيمة التعاقدية ترجع على بعضها البعض في ترتيبها كما هو مبين أدناه:...-دفتر التعليمات التقنية المشتركة المطبقة على خدمات الأشغال...".

[7] محمد الأعرج، "نظام العقود الإدارية والصفقات العمومية وفق قرارات وأحكام القضاء المغربي"، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، المغرب، 2011، ص.75.

[8] النوي خرشي، المرجع السابق، ص.82.

وإن كان دفتر التعليمات الخاصة يخضع إلى دفتر التعليمات المشتركة وإلى دفاتر البنود الإدارية العامة ويقتبس منها ما يتماشى وطبيعة الحاجة التي يعبر عنها والصيغ والخصوصيات التقنية والتنظيمية المختارة[3]، إلا أنه استثناء سمح دفتر البنود الإدارية العامة مخالفة أحكامه مع ضرورة الإشارة إلى المسائل التي وجب مخالفتها عند تحرير دفتر التعليمات الخاصة[4]، كما أنه من الطبيعي أن تختلف الشروط الخاصة من صفقة لأخرى حتى ولو كانت المصلحة المتعاقدة نفسها من أبرمت هذه الصفقات، فما صلح من شروط لصفقة لا يصلح بالضرورة لصفقة أخرى[5]، حيث اعترف المشرع في الفقرة 2 من المادة 17 من قانون الصفقات العمومية رقم 23-12 بالطابع الخاص لكل صفقة واختلاف التعليمات بالنظر لكل صفقة بقوله "دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة".

إلا أنه يلاحظ على دفاتر التعليمات الخاصة أن الكثير منها يجانب الدقة في توضيح الالتزامات المتبادلة بين طرفي العلاقة التعاقدية؛ الأمر الذي قد يفتح الباب لقيام بعض الخلافات أثناء مرحلة التنفيذ، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى عاملين اثنين، أولهما يكمن في غياب الأطر التقنية والخبيرة لدى صاحب المشروع التي تساعد على تحري الوضوح عند إعداد دفاتر شروط الصفقات المراد إبرامها، أما العامل الثاني فيتمثل تحايل البعض من موظفي المصلحة المتعاقدة، وهذا بصياغة دفاتر شروط وبالأخص دفتر التعليمات الخاصة بقصد توجيه الصفقة لشخص معين بذاته أو من أجل الابتزاز، مما يعد مخالفة للمبادئ التي تبرم في إطارها عقود الصفقات العمومية يعاقب عليها القانون[6].

رابعا- الحصول على الإذن بالتعاقد (التأشير على دفتر الشروط):

يعتبر الإذن بالتعاقد أو التصريح بالتعاقد في الصفقات العمومية؛ من بين الآليات التي تعتمدها الهيئات المركزية في ممارسة الرقابة على الهيئات اللامركزية، يتمثل في ضرورة حصول هذه الأخيرة على الموافقة من أجل القيام ببعض التصرفات الإدارية في إطار إبرام مختلف الصفقات عمومية ومن تم انجاز مختلف المشاريع ضمانا لسير المرافق العامة[7].

ويختلف الإذن بالتعاقد عن الاعتماد المالي؛ في أن الإدارة لا يمكن لها التعاقد كلية بدون الحصول على الإذن بالتعاقد فهو شرط لصحة التعاقد بخلاف عدم وجود الاعتماد المالي الذي لا يعد شرطا لصحة الصفقة، فمتى اشترط المشرع ضرورة الحصول على مثل هذا الإذن فإنه يكون إجراء ضروريا لقيام الرابطة العقدية يترتب على غيابه بطلان الصفقة بطلانا مطلقا[8]، كما صرح به في الفقه الإداري الفرنسي

---

[1] تنص المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، على أنه: "يقصد بدفتر التعليمات الخاصة، الوثيقة التعاقدية التي تحدد الاتفاقات الإدارية والتقنية والمالية الخاصة بكل صفقة عمومية للأشغال وكذا الملاحق المرتبطة بها والتي تشكل جزءا لا يتجزأ منها".

[2] مريم مسقم، المرجع السابق، ص.121.

[3] Christophe LAJOYE, droit des marchés publics, op. cit, p.128 .

[4] تنص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، على أنه: "يمكن الترخيص، بصفة استثنائية، تطبيق أحكام مخالفة لبعض أحكام دفتر البنود الإدارية العامة التي تتعلق بخصوصيات محددة لكل فئة من الأشغال و/أو لكل دفتر التعليمات الخاصة. وفي هذه الحالة، تدرج مادة في دفتر التعليمات الخاص يجب أن تحدد فيها قائمة الأحكام التي يمكن مخالفتها والتي تخصص لها أحكام مختلفة و/أو تكميلية".

[5] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.151.

[6] منال حليمي، تنظيم الصفقات العمومية وضمانات حفظ المال العام في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة ورقلة، الجزائر، 2016/2015، ص.162.

[7] عثمان ياسر علي، المرجع السابق، ص.130.

[8] كاظم خضير السويدي، المرجع السابق، ص.1124.

الذي اعتبر القواعد الخاصة بضرورة التصريح السابق من النظام العام واجب احترامها والتقيد بها نظرا لقيامها على أسباب جوهرية تتصل بالمصلحة العامة اتصالا وثيقا[1].

وعلى هذا الأساس؛ فإن المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة لا يمكنه التمسك بصحة الصفقة العمومية في مواجهة المصلحة المتعاقدة، بيد أنه يستطيع المطالبة بالتعويض إذا ما لحقه ضرر جراء ذلك، كما أن مطالبته بهذا التعويض لا ترتكز على أساس الرابطة التعاقدية بينه وبين المصلحة المتعاقدة كون العقد المبرم بينهما يعتبر منعدما ولا وجود له، وإنما تكون قائمة على بناء على خطأ المصلحة المتعاقدة لعدم حصولها على إذن سابق بالتعاقد، وأن هذا الخطأ قد سبب له أضرارا مادية أو معنوية مما أقام مسؤوليتها التقصيرية تستوجب التعويض، كما يمكنه أن يطالب بالتعويض على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب متى تمكن من إثبات استفادة المصلحة المتعاقدة من تنفيذه للعقد المعدوم[2].

الفرع الثاني: التزام المصلحة المتعاقدة باحترام جميع مراحل التعاقد

ينبغي على المصلحة المتعاقدة احترام كافة الإجراءات والشكليات والشروط المتعلقة بمراحل إبرام الصفقة العمومية، انطلاقا بضرورة إتباع قواعد الإعلان عن الصفقة العمومية وصولا إلا مرحلة الإرساء والتوقيع على الصفقة.

أولا- الإعلان عن الصفقة العمومية:

يقصد بالإعلان عن التعاقد أو الإعلان عن طلب العروض توجيه دعوة علنية للمتعاملين الاقتصاديين المعنيين بموضوع طلب العروض ممن تتوفر فيهم الشروط لتقديم عروضهم[3]، ومن تم الحصول على عدة عروض من عدة متعهدين بقصد إجراء المنافسة بينها واختيار العرض الأكثر ملائمة حسب الشروط المنصوص عليها في دفاتر الشروط للصفقات العمومية[4].

ولأن هذا الإجراء ضروري وجوهري فرض المشرع على المصلحة المتعاقدة إعلام جميع المتنافسين وكذلك الجمهور عن رغبتها في التعاقد وفتح المجال أمامهم لتقديم عروضهم، تطبيقا لمبدأ حرية الوصول للطلب العمومي، وتمكينهم من المعلومات الكافية المتعلقة بالصفقة وكذا تمكينهم من حقهم في الطعن[5].

---

[1] سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ط3، القاهرة، 1975، ص.325.

[2] وسام صبار العاني، "القيود الواردة على إجراءات التعاقد بأسلوب المناقصة العامة"، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، العراق، ج 1، عدد خاص 03، 2018، ص.279.

[3] سواء ممن يخضعون للقانون الجزائري أو الأجنبي، أو كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين عموميين أو خواص، كما نصت علية المادة 3 الفقرة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

[3] Niels BENARDINI et Valentin LAMY, op.cite,p.29.

[4] خالد خليفة، دليل إبرام العقود الإدارية في القانون الجزائري الجديد، دار الفجر للنشر والتوزيع، ط1، مصر، 2017، ص.129.

[5] Brahim BOULIF, op. cit, p.11.

في هذا الصدد نصت المادة 46 من قانون الصفقات العمومية رقم 23-12؛ على وجوب اللجوء للإشهار عن الصفقة العمومية بمختلف أشكالها (طلب العروض المفتوح، طلب العروض مع اشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود، المسابقة، التفاوض بعد الاستشارة عند الاقتضاء) عن طريق النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وعن طريق الصحافة المكتوبة والصحافة الإلكترونية المعتمدة، كما يكون الإشهار إلزاميا لهذه الصفقات عن طريق البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية[1]، وهذا حتى يتم منح الفرصة لجميع العارضين تجسيدا لمبدأ العلانية ومبدأ الشفافية وكذا مبدأ المساواة بين المتنافسين[2].

ولا بأس من الإشارة في هذا الإطار؛ إلى ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 14 من نفس المرسوم الرئاسي رقم 15-،247 أين أكد على ضرورة إجراء الإشهار حتى لو كانت حاجيات المصلحة المتعاقدة مما يقل مبلغها التقديري عن العتبة المالية المطلوبة لإبرام صفقة عمومية[3]، بحيث يقع على المصلحة المتعاقدة الالتزام بإخضاع هذه الحاجيات لإشهار ملائم واستشارة متعاملين اقتصاديين كتابيا لانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية[4]، ويعرف هذا الإجراء السابق بالإعلان عن الاستشارة[5]، بحيث لا يمكن للمصلحة المتعاقدة وفي كل الأحوال أن تتنصل من إجراء الإشهار بحجة عدم بلوغ طلباتها العتبة المالية بل تضل ملزمة به[6]، ومع ذلك منح المشرع للمصلحة المتعاقدة كامل الحرية في اختيار طريقة الإشهار الملائمة لحاجياتها، وهذا ما يستنتج من عبارة "محل إشهار ملائم"[7].

1- موضوع الإعلان:

ألزم المشرع الجزائري في المادة 46 السابقة الذكر من قانون الصفقات العمومية رقم 23-12 على المصلحة المتعاقدة؛ ضرورة اللجوء إلى الإشهار الصحفي بالنسبة للصفقات المنصوص عليها في المادتين 39 و42 منه وهي الصفقات المبرمة طبقا للأشكال التالية:

أ- طلب العروض:

يكون الإعلان إلزاميا في جميع أنواع طلب العروض؛ سواء تعلق الأمر بطلب العروض المفتوح، أو بطلب العروض مع اشتراط قدرات دنيا، أو بطلب العروض المحدود أو بالمسابقة، فإذا كان طلب العروض يستهدف الحصول على عدة عروض من عدة متعهدين متنافسين، فهذا لا يتم إلا من خلال

---

[1] يتم النشر في هذه البوابة الالكترونية وفق شروط تحدد بموجب قرار من وزير المالية بالنسبة للصفقات المبرمة طبقا لشكل طلب العروض أو التفاوض بعد الاستشارة وحتى بالنسبة لإجراء الاستشارة المنصوص عليه في المادة 18 من ق.ص.ع رقم 23-12.

[2] Christophe LAJOYE, op. cit, p.92.

[3] ومثل هذه الحاجيات يكون للمصلحة المتعاقدة طلبها عن طريق إجراءات داخلية تعدها بنفسها أو بموجب اختيار أحد الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية الخاصة بإبرام الصفقات العمومية. طبقا لنص المادة 13 الفقرة 2 من الرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[4] تنص المادة 13 الفقرة 1 من نفس المرسوم الرئاسي على " كل صفقة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة إثنى عشر مليون دينار(12.000.000 دج) للأشغال أو اللوازم، وستة ملايين دينار (6.000.000 دج) للدراسات أو الخدمات، لا تقتضي وجويا إبرام صفقة عمومية وفق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا الباب". كما تنص المادة 14 من نفس المرسوم "يجب أن تكون الحاجات المذكورة أعلاه محل إشهار ملائم واستشارة متعاملين اقتصاديين مؤهلين كتابيا، لانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية".

[5] Christophe LAJOYE, op. cit, p.90.

[6] Brahim BOULIFA, op. cit, p.14.

[7] نور الدين عبد السلام، "دور الإعلان في تعزيز مبدأ شفافية الصفقات العمومية كآلية للوقاية من الفساد"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 04، العدد 02، 2021، ص.327.

الإعلان، وتظهر أهمية الإعلان كذلك من حيث أن التعاقد كقاعدة عامة لا يتم إلا بإتباع طلب العروض في أغلب الأحوال[1].

ب- التفاوض:

التفاوض هو أسلوب استثنائي في إبرام الصفقات العمومية؛ لا يمكن اللجوء إليه إلا في حالات محددة مذكورة في المادة 40 من الصفقات العمومية رقم 23-12، بحيث لا يكون على المصلحة المتعاقدة الالتزام بإتباع إجراءات الدعوة الشكلية للمنافسة، وتمنح الصفقة للمتعامل نظرا لقدراته ومؤهلاته في مجال معين، بعد التفاوض معه حول الأسعار ومواعيد التنفيذ الضمانات الأخرى[2]،كم نصت نفس المادة على أن التفاوض قد يؤخذ شكل التفاوض المباشر أو شكل التفاوض بعد الاستشارة.

ب.1 التفاوض المباشر:

تتم صيغة التفاوض المباشر وفق نسق تنظيمي دقيق ومحكم، يمتاز ببساطة الإجراءات مما ينعكس على سرعة تلبية الحاجيات، غير أن هذا النوع من طرق إبرام الصفقات العمومية يستدعي رقابة أكبر وأعمق حتى لا يتم استغلاله وعقد صفقات مشبوهة تحت غطائه، خصوصا وأنه قد تقصد المصلحة المتعاقدة من وراء اعتمادها لدى إبرامها الصفقة العمومية طريق التفاوض المباشر إلى توجيه الصفقة إلى متعامل اقتصادي بصفة مباشرة متحررة بذلك من بعض الإجراءات المتبعة في الطريقة الأصلية للتعاقد[3]، وفي هذا السياق أكد المشرع الجزائري بأن تصرف المصلحة المتعاقدة بعقدها لصفقات عمومية وفق صيغة التفاوض المباشر لن يكون كما تشاء، وإنما ينبغي عليها تبرير لجوئها إلى هذه الصيغة من الإبرام للجان الرقابة[4]. كما يتم اللجوء إلى أسلوب التفاوض المباشر في الحالات التالية:

- **حالة المتعامل المحتكر الوحيد**

عندما يتعلق الأمر بتواجد المصلحة المتعاقدة في وضعية تفرض عليها التعاقد مع متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية في السوق، تكسبه مركز قوة من الناحية الاقتصادية، أو لحماية حقوق حصرية أو لاعتبارات ثقافية وفنية يحددها كل من وزير الثقافة ووزير المالية بموجب قرار مشترك[5].

- **حالة ترقية المؤسسات الناشئة**

يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى أسلوب التفاوض المباشر، عندما يتعلق الأمر بترقية المؤسسات الناشئة الحاملة للعلامة، والتي تتولى تقديم خدمات فريدة ومبتكرة في مجال الرقمنة والابتكار[6].

- **حالة الاستعجال الملح والمعلّل**

[1] غنية عباس، "الإعــلان عن الصفقة العمومية كآلية لتكريس مبدأ المنافسة"، مجلة العلوم الإنسانية جامعة بسكرة، الجزائر، المجلد أ، العدد49، 2018، ص.23.

[2] Cherif BENNADJI, "Marchés publics et corruption en Algérie", Revue d'études et de critique social, N°25, Algérie , 2008,p.140.

[3] Brahim BOULIFA, op. cit, p.99.

[4] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.234.

[5] نصت على هذه الحالة المادة 41 الفقرة 1 من ق.ص.ع رقم 23-12.

[6] نصت على هذه الحالة الفقرة 2 من نفس المادة.

لأن حالة الاستعجال الملح والمعلّل بوجود خطر يهدد ملك أو استثمار المصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي، أو خطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان، أو في حالة الأزمات الصحية والكوارث التكنولوجية والطبيعية، مما لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقعه ولا يمكنها تداركه كونه لا ينسجم مع المواعيد والإجراءات المقررة في المناقصات، ونظرا لطول المواعيد في هذه الأخيرة وتعقيد إجراءاتها، سمح المشرع لمختلف المصالح المتعاقدة لمواجهة مثل هكذا حالات باللجوء لأسلوب التفاوض المباشر[1].

- **حالة تموين مستعجل مخصص لتوفير حاجيات السكان الأساسية**

على اعتبار توفير حاجيات السكان الأساسية من قبيل أهم ما يجب أن تقوم على تحقيقه الدولة لمواطنيها، مكن المشرع كل مصلحة متعاقدة من أن تلجأ إلى إبرام صفقاتها وفق أسلوب التفاوض المباشر متى تعلق الأمر بتموين مستعجل يخص توفير مثل هذه الحاجيات من أغذية أو مواد صيدلانية وغيرها، شريطة أن تكون الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال غير متوقعة ولم تكن نتيجة إهمال من قبل المصلحة المتعاقدة[2].

- **حالة مشروع استعجالي ذي أولوية وأهمية وطنية**

يشترط للتعاقد بأسلوب التفاوض المباشر وفقا لهذه الحالة؛ أن يكون تنفيذ المشروع ذو طابع استعجالي حفاظا على المصلحة العامة، ويشترط ألا يكون للمصلحة المتعاقدة يد في إحداث هذا الحالة أو أنها كانت تتوقع حدوثها، وذلك حتى تضمن الحياد والشفافية. كما يخضع لجوء المصلحة المتعاقدة في هذه الحالة لهذا الأسلوب الاستثنائي لإبرام الصفقات التي يساوي أو يفوق مبلغها عشرة ملايير دج (10.000.000.000 دج) إلى موافقة مسبقة من مجلس الوزراء، وأما الصفقات التي تقل قيمتها عن هذا المبلغ فإن إبرامها يخضع للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة[3].

- **عندما يتعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج**

متى تعلق الأمر بترقية المنتوج المصنع وطنيا وفي حالة توافر كل الشروط المتمثلة في تحقيق الحد أو المبلغ المالي بصدور الموافقة من الجهات المخولة قانونا سواء تمثلت في مجلس الوزراء إذا كانت قيمة الصفقة العمومية تتجاوز(10.000.000.000 دج)، أو مجلس الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة مما يقل عن المبلغ المذكور، فإن المصلحة المتعاقدة تلجأ إلى أسلوب التفاوض المباشر حتى تتمكن من إبرام الصفقة في وقت قصير[4]، كما أن والعمل بهذا الإجراء في مثل هذه الحالة إنما يهدف إلى عصرنة وتحسين وسائل الإنتاج الوطنية داخل التراب الوطني في إطار الرقي بها والرفع من مستواها، مما يؤدي إلى تحقيق التنمية التي تصبو إليها الدولة، وفي كل الأحوال تنويع مصادر الدخل وخلق مناصب الشغل[5].

---

[1] نصت على هذه الحالة الفقرة 3 من نفس المادة.

[2] نصت على هذه الحالة الفقرة 4 من نفس المادة.

[3] نصت على هذه الحالة المادة 41 الفقرة 5 من ق.ص.ع رقم 23-12..

[4] نصت على هذه الحالة الفقرة 6 من نفس المادة.

[5] أمينة لميز، "التراضي كأسلوب استثنائي في إبرام الصفقات العمومية على ضوء المرسوم الرئاسي 15-247"، دراسات قانونية وسياسية جامعة بومرداس، الجزائر، 2022، ص.542.

- **حالة منح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية، أو عندما تنجز هذه المؤسسات كل نشاطها مع الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري[1]**

تشبه هذه الحالة حالة الاحتكار القانوني؛ فكل منهما تستأثر من خلاله المؤسسة التي يتم منحها حق ممارسة هذا النشاط، فلا يتم تلبية هذه الخدمات إلا من طرفها، ومن بين الأمثلة على ذلك منح معهد باستور الجزائري والصيدلية المركزية للمستشفيات حقا حصريا لتمويل المؤسسات الاستشفائية بالمواد الصيدلانية مثل الأمصال واللقاحات[2].

ب.2 التفاوض بعد الاستشارة:

كملاحظة أولية ومن خلال التمعن في مصطلح الاستشارة يتضح أن المصلحة المتعاقدة ملزمة بإتباع إجراءات سابقة على التعاقد في إبرام مثل هذه الصفقات العمومية، إذ تحتل هذه الإجراءات المتبعة مكانا وسطا بين طلب العروض والتفاوض المباشر، والمصلحة المتعاقدة هنا غير ملزمة أو مقيدة بإتباع الإجراءات المنصوص عليها في طلب العروض[3]، كما أنها لا تتمتع بالحرية الممنوحة لها في إبرام الصفقات عن طريق التفاوض المباشر[4].

وتتمثل حالات التفاوض بعد الاستشارة بحسب ما جاء في نص المادة 42 من قانون الصفقات العمومية رقم 23-12 فيما يلي:

- حالة عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية.
-حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات التي لا تستلزم بطبيعتها اللجوء إلى طلب العروض.
- حالة صفقات الأشغال المتصلة بممارسة المهام السيادية للمؤسسات التابعة للدولة.
- حالة صفقات الأشغال التي كانت محل فسخ وكانت بطبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديدة.
- وحالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي، أو في إطار اتفاقية ثنائية تتعلق بالتمويلات الإمتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات.

2- البيانات الواردة في الإعلان:

أشارت المادة 62 من المرسوم الرئاسي 15-247 إلى البيانات الواجب توافرها في الإعلان وتتمثل في:

-تسمية المصلحة المتعاقدة، عنوانها بالتفصيل، رقمها الجبائي؛

-مدة تحضير العروض الذي يعتبر بيانا جوهريا يجب أن يعلمه كل عارض ليتخذ ما يراه مناسب وعادة ما يحدد بعشرة (10) أيام كآخر أجل من تاريخ ظهور أول إعلان في إحدى الجريدتين الوطنيتين على الأقل، وينتهي إلى غاية آخر أجل لإيداع العروض؛

---

[1] نصت على هذه الحالة المادة 41 الفقرة 7 من ق.ص.ع رقم 23-12.

[2] تعليمة رقم 1115 الصادرة بتاريخ 12 جويلية 2011 عن الأمين العام لوزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات الجزائرية، المتعلقة بمنح الحق الحصري للصيدلية المركزية بتمويل المستشفيات بالمواد الصيدلانية.

[3] Brahim BOULIFA, op. cit , p.14.

[4] أمينة لميز، المرجع السابق، ص.546.

-كيفية طلب العروض وطنية كانت أو دولية، مفتوحة لجميع المرشحين أو محدودة في نوع معين من العرضين الذين يجب أن تتوفر فيهم كفاءات معينة عند الاقتضاء، أو عند الاقتضاء مسابقة؛

-قائمة موجزة بالمستندات والوثائق التي تطلبها المصلحة المتعاقدة من المرشحين مع إحالة التعمق في التفاصيل لدفتر الشروط؛

- ضرورة تقديم العرض في ظرف مغلق بإحكام يكتب عليه عبارة "لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرف وتقييم العروض"؛

- موضوع العملية؛
- شرط التأهيل أو الانتقاء الأولي؛
- مكان إيداع العروض؛
- مدة صلاحية العروض؛
- إلزامية وضع كفالة التعهد.

ويجب أن يحمل الإعلان في الأخير إسم وتوقيع وختم ممثل المصلحة المتعاقدة، كما يمكن أن يحمل الإعلان مبلغ مقابل سحب دفتر الشروط[1]، على أن يحرر باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل وفق ما نصت عليه المادة 65 الفقرة 1 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

3- نشر الإعلان:

يأتي إجراء نشر الإعلان تطبيقا لأهم مبدأ من مبادئ إبرام الصفقات العمومية التي يجب على المصلحة المتعاقدة التقيد بها عند إبرامها للصفقات العمومية وهو مبدأ حرية الوصول للطلب العمومي، إذ أخضع مشرع قانون الصفقات العمومية إجراء النشر لشروط نوردها على الشكل التالي:

أ- بالنسبة لإعلان طلب العروض:

أوجب قانون الصفقات العمومية أن ينشر الإعلان عن طلب العروض إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن.ر.ص.م.ع) أو BOMOP، وأيضا في جريدتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني على أقل تقدير[2].

ب-فيما يخص الإعلان عن طلبات العروض الخاصة بالولاية والبلدية والمؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها، التي تتضمن صفقات الأشغال أو اللوازم أو الخدمات أو الدراسات التي يساوي مبلغها تبعا لتقدير إداري 100 مليون دج أو يقل عن 50 مليون دج:

فقد أجاز المشرع نشرها على المستوى المحلي عن طريق إشهار هذه الطلبات في جريدتين محليتين أو جهويتين وإلصاقها بالمقرات المعنية (الولاية وكافة بلدياتها، غرف التجارة والصناعة والصناعة التقليدية والحرف والفلاحة التابعة للولاية، وكذا المديرية التقنية المعنية في الولاية)[3].

كما تم استحداث وسيلة أخرى للإعلان عن صفقات المصالح المتعاقدة؛ تمثلت في ما يعرف باسم البوابة الإلكترونية للصفقات أين تضع المصالح المتعاقدة وثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين حسب جدول زمني محدد، كرستها المادة 46 من قانون الصفقات العمومية رقم 23-12 والمواد

---

[1] هجيرة سراط، "التحضير لإجراء طلب العروض وتجهيزات ما قبل الإيداع"، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، مجلد 17، عدد 02، الجزائر، 2018، ص.84.

[2] طبقا لنص المادة 65 الفقرة 1 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[3] طبقا لنص المادة 65 الفقرة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

من 203 إلى 206 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي وضعت القواعد العامة للتعامل الإلكتروني العمومية بينما ترك تحديد محتوى هذه البوابة وكيفيات تسييرها لقرار وزاري مشترك بين وزير المالية ووزير تكنولوجيات الإعلام والاتصال[1] ، أما فيما يتعلق بمدة النشر فإن التنظيم لم يحددها[2].

ثانيا- إيداع العروض ودراستها:

إن عملية إيداع العـروض من قبل المتعهدين من أجل الحصول على الصفقة العمومية، يتم على مستوى المصلحة المتعاقدة وفق إجراءات منصوص عليها في دفاتر التعليمات الخاصة، ثم تليها مرحلة فتح الأظرفة وتقيمها من طرف لجنة مختصة تدعى لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، ليتم في الأخير منح الصفقة لمتعامل اقتصادي وفقا للمعايير المحددة في دفاتر الشروط[3].

1- مرحلة إيداع العروض:

تأتي مرحلة إيداع العروض بعد مرحلة الإعلان عن الصفقة؛ ويتم خلالها إيداع المتنافسين الذين يرغبون في الحصول على الصفقة عروضهم وعطاءاتهم على مستوى المصلحة المتعاقدة، وفقا للوصف الفني المطلوب والسعر الذي يقترحه العارض[4]، وتعد هذه المرحلة من المراحل الجوهرية التي تكرس مبدأي المنافسة والمساواة المنصوص عليهما في قانون الصفقات العمومية رقم 23-12.

وقد حاول المشرع الجزائري توفير جميع الظروف التي تضمن العدل والمساواة في مرحلة إيداع العروض، سواء من حيث الآجال أو سرية العروض المقدمة من المرشحين أو الوثائق[5]، غير أن تطبيق هذه القواعد من الناحية العملية قد يشوبها العديد من المخالفات كالتواطؤ بين مقدمو العروض أنفسهم، أو بين المصالح المتعاقدة وبعض المرشحين حين تسرب لهم بعض المعلومات الواردة في عروض منافسيهم من أجل أن يقدموا عروضا أحسن تسمح لهم بالحصول على الصفقة، ضاربين بذلك مبدأ المنافسة والمساواة[6].

تفاديا لوقوع هذه المخالفات؛ أقر المشرع الجزائري ضمن قانون الوقاية من الفساد رقم 06-01 بتسليط عقوبات جنائية على كل موظف عمومي يخالف أحكام تنظيم الصفقات العمومية، واضعا بذلك حد لمثل هكذا أفعال حتى لا يتم نهب الأموال العامة بطرق ملتوية وتعجز المصالح المتعاقدة عن توفير حاجياتها وإشباع رغبات مستعملي المرفق العام في مختلف المجالات الاقتصادية، الاجتماعية والثقافية...إلخ[7].

وحتى يكون العرض الذي قدمه المتعهد مقبولا؛ لابد له من إيداعه خلال أجل تحضير العروض الذي تحدده المصلحة المتعاقدة[8] بالاستناد إلى تاريخ أول نشر للإعلان عن الصفقة في مواقع النشر[9]، كما يجب عليه أن يضمن عرضه كل من ملف الترشح والعرض التقني والعرض المالي كل في ظرف مستقل

---

[1] هجيرة سراط، المرجع السابق، ص.87.

[2] نفس المرجع، ص88.

[3] Frédéric ALLAIRE, op. cit, p.97.

[4] محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص.68.

[5] طبقا لنص المادة 46 الفقرة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، بقولها: "لا يجوز الكشف عن أي معلومة تتعلق بمحتوى عرض مرشح من المرشحين".

[6] محمد عيساوي وتوفيق بوسبعين، "مبدأ المنافسة الحرة في الصفقات العمومية المبرمة بأسلوب طلب العروض"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة جامعة الشلف، الجزائر، 2020، ص.1435.

[7] Frédéric ALLAIRE, op. cit, p.12.

[8] شريطة أن يكون هذا الأجل كافيا مما يفسح المجال واسعا أمام استقبال أكبر عدد من عروض المتعهدين، طبقا للمادة 66 الفقرة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[9] طبقا لنص المادة 66 الفقرة 3 من نفس المرسوم الرئاسي.

مغلق بإحكام[1]، وحتى يتمكن المتعهد من إيداع عرضه فرض المشرع على المصالح المتعاقدة أن تضع تحت تصرف المرشحين جميع الوثائق المتعلقة بدفاتر الشروط.

2- مرحلة فتح الأظرفة ودراسة العطاءات:

إن مرحلة فتح الأظرفة وتقييم العروض تعد من أهم مراحل وإجراءات إبرام الصفقة العمومية؛ باعتبارها آلية من آليات الرقابة الداخلية على الصفقات العمومية نص عليها قانون الصفقات العمومية 23-12 من خلال المادة 96 وفي المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام من خلال المادة 160، تتولاها لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض التي تنشئها المصلحة المتعاقدة بموجب مقرر تسند لها مهمة فتح ومراقبة صحة العروض المقدمة من المتعهدين، كما تعمل على تقييم هذه العروض وفق معايير مدرجة في دفاتر شروط الصفقة المعلنة، لتقترح في الأخير متعامل اقتصادي معين على المصلحة المتعاقدة أو الإعلان عن عدم جدوى الإجراء أو إلغاءه[2].

أ- سير عمل اللجنة أثناء فتح الأظرفة:

في جلسة علنية؛ تقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض كأول إجراء بفتح أظرفة العروض التقنية والمالية الذي يتزامن مع تاريخ وآخر ساعة لإيداعها حسب تاريخ تسجيلها في سجل مخصص للإيداع، وهذا بحضور كل المتعهدين المدعوين لجلسة فتح الأظرفة عن طريق إعلان المنافسة أو عن طريق رسالة موجهة لهم من قبل المصلحة المتعاقدة[3].

وتختلف طريقة فتح الأظرفة باختلاف طريقة الإبرام المعلن عنها في الدعوة إلى المنافسة، فإذا ما تضمن الإعلان طلب العروض المحدود مثلا[4]، تقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بفتح الأظرفة المتعلقة بالعروض التقنية أو العروض المالية إما على مرحلة واحدة عندما يطلق الإجراء على أساس مواصفات تقنية مفصلة تكون المصلحة المتعاقدة قد أعدتها بناء على مقاييس أو نجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية، وإما على مرحلتين إذا ما تعلق الإجراء بتنفيذ برنامج وظيفي عندما لا يكون في مقدور المصلحة المتعاقدة تحديد الوسائل التقنية لتلبية حاجياتها حتى عن طريق صفقة دراسات[5].

خلال عملية فتح الأظرفة تتولى اللجنة مجموعة من المهام كما أشارت إليه المادة 71 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 نذكرها كالأتي:

---

[1] تنص المادة 67 الفقرة 1 من نفس المرسوم الرئاسي، على: " يوضع ملف الترشح والعرض التقني والعرض المالي في أظرفة منفصلة ومقفلة بإحكام يبين كل منها تسمية المؤسسة ومرجع طلب العروض وموضوعه، وتتضمن عبارة "ملف الترشح" أو "عرض تقني" أو "عرض مالي" حسب الحالة. وتوضع هذه الأظرفة في ظرف آخر مقفل بإحكام ويحمل عبارة " لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض – طلب العروض رقم...- موضوع طلب العروض"".

[2] Brahim BOULIFA, op. cit, p.75.

[3] طبقا لنص المادة 70 الفقرة 1 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[4] عرفت المادة 45 الفقرة 1 من نفس المرسوم الرئاسي، طلب العروض المحدود بأنه: "هو إجراء لاستشارة انتقائية يكون المرشحون الذين تم انتقائهم الأولي من قبل مدعوون وحدهم لتقديم تعهد".

[5] طبقا لنص المادة 45 الفقرة 4 من نفس المرسوم الرئاسي.

- تثبت صحة تسجيل العروض.
- تعد قائمة المرشحين حسب ترتيب تاريخ وصول أظرف عروضهم.
- تعد قائمة الوثائق التي يتكون منها كل عرض.
- توقع بالحروف الأولى على وثائق الأظرفة المفتوحة التي لا تكون محل طلب استكمال.
- دعوة المرشحين كتابيا عند الاقتضاء لاستكمال عروضهم التقنية.
- إرجاع الأظرفة غير المفتوحة عن طريق المصلحة المتعاقدة.

وتنهي اللجنة مرحلة فتح الأظرفة أثناء انعقاد الجلسة، بتحرير محضر تدون فيه جميع التحفظات المقدمة من قبل أعضاء اللجنة الحاضرين كما بمكن أن تقترح فيه عدم جدوى الإجراء في مع التأشير على جميع الوثائق الخاصة بالمرشحين، وفي الأخير يتم التوقيع على المحضر المدون في السجل المذكور آنفا[1].

ب- مهام اللجنة أثناء تقييم العروض:

نصت المادتين 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على مهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بالتفصيل الخاصة بعملية تقييم العروض المقدمة من المتعهدين، وتتمثل هذه المهام فيما يلي:

- إقصاء الترشيحات والعروض غير المطابقة لمحتوى دفتر الشروط المعد من طرف المصالح المتعاقدة.

- تحليل العروض الباقية على مرحلتين تتولى في المرحلة الأولى الترتيب التقني للعروض مع إقصاء العروض التي لم تحصل على العلامات الدنيا المنصوص عليها في دفاتر التعليمات المشتركة الخاصة، لتعمل في المرحلة الثانية على دراسة العروض المالية للمتعهدين المؤهلين تقنيا.

- انتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، وفي هذا الإطار يمكن أن يكون العرض المختار هو العرض الأقل ثمنا من بين العروض المستلمة متى كان جوهر وموضوع الصفقة يستند على تقييم العروض على أساس السعر فقط، كما يمكن أن يكون العرض المختار الأقل ثمنا من حيث العروض المؤهلة تقنيا متى تعلق الأمر بخدمات عادية وفي هذه الحالة يستند تقييم العروض إلى عدة معايير من بينها السعر، أو العرض الذي تحصل على أعلى نقطة استنادا إلى إعمال عدة معايير يكون من بينها معيار السعر متى كان الاختيار قائما على الجانب التقني للخدمات.

- تقترح اللجنة على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد تشكل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق، أو قد تتسبب في الإخلال بمبدأ المنافسة في القطاع المعني، ويجب أن يبين ذلك في دفتر الشروط.

- إذا كان العرض المالي الإجمالي للمتعامل المتعاقد المختار مؤقتا، أو كان سعر واحد أو أكثر من عرضه المالي يبدو منخفضا بشكل غير عادي، بالنسبة لمرجع الأسعار، تطلب اللجنة من المصلحة المتعاقدة كتابيا التوضيحات التي تراها ملائمة، وبعد التحقق من تبريراته المقدمة، تقترح على المصلحة المتعاقدة أن ترفض هذا العرض متى أقرت أن جواب المتعهد غير مبرر من الناحية الاقتصادية، وترفض المصلحة المتعاقدة هذا العرض بمقرر معلل.

- تقترح لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض على المصلحة المتعاقدة رفض العقد بمقرر معلل، إذا تبين لها أن العرض المالي للمتعامل المتعاقد المختار مؤقتا مبالغا فيه بالنسبة لمرجع الأسعار .

[1] محمد مقروف، "مهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في ضوء المرسوم الرئاسي 15-247"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة المسيلة، الجزائر، المجلد 07، العدد 02، 2020، ص.388.

- في حالة طلب العروض المحدود تنتقي اللجنة أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية استنادا إلى ترجيح عدة معايير، بينما في حالة إجراء المسابقة فإنها تقترح على المصلحة المتعاقدة قائمة بالفائزين، وتدرس عروضهم المالية، لتنتقي بعدها أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية استنادا أيضا إلى ترجيح عدة معايير.

ثالثا-اعتماد الصفقة والتوقيع عليها:

بمجرد توافر جميع الشروط القانونية الواجبة لإبرام الصفقة العمومية يتم اعتمادها بالتأشير عليها من قبل لجنة الصفقات العمومية المكلفة بالرقابة على إبرام الصفقات العمومية والتوقيع عليها من قبل طرفيها لتدخل بذلك حيز التنفيذ، فتوجب في جانب المصلحة المتعاقدة مجموعة من الالتزامات وتمنحها عدة حقوق كحق الرقابة على تنفيذ عقد الصفقة وتعديله[1]، وتوقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد في حال إخلاله بالتزاماته التعاقدية[2]، كما يلزم إبرام الصفقة المتعامل المتعاقد بتنفيذه كل التزاماته التعاقدية ويمكنه في مقابل ذلك من حقوقه لعل أهمها حقه في الحصول على المقابل المالي المتفق عليه نظير تنفيذه لالتزاماته التعاقدية.

غير أن اعتماد الصفقة بشكل نهائي؛ لن يتم إلا بعد انقضاء المدة القانونية للمنح المؤقت ومن دون استلام أي الطعن، وبعد أن تعرض المصلحة المتعاقدة مقررات الصفقة العمومية للمراقبة على مستوى المراقبة المالية، ثم يستدعي ممثل المصلحة المتعاقدة لجنة الصفقات المختصة من جديد لدراسة موضوع الصفقة وإجراءاتها جيدا، وبعد 8 أيام تجتمع اللجنة للمصادقة النهائية على الصفقة، وأثناء المداولات تعرض التحفظات إن وجدت، وبعد رفعها يعطي مقرر الصفقة رفع اليد من أجل إضفاء الطابع النهائي والرسمي للصفقة، ويتم التأشير عليها من طرف اللجنة رسميا، وترسل مرة أخرى للمراقب المالي من أجل الالتزام بها، ليتم بعد ذلك تقديم الأمر بالخدمة للمتعامل المتعاقد والإشارة لانطلاق المشروع[3].

إن التطرق لشرط وجود صفقة عمومية صحيحة كما سبق بيانه،لا يكفي لوحده للقول بقيام مسؤولية المتعامل المتعاقد التعاقدية، بل لابد من ارتكاب هذا الأخير لخطأ عقدي أثناء تنفيذه الالتزامات الملقاة على عاتقه بموجب نصوص العقد. ومن تم يلزم الأمر التطرق أيضا لهذا لشرط من خلال المبحث الثاني من هذا الفصل.

المبحث الثاني: إخلال المتعامل المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية

إذا كان العقد المدني؛ يمثل مصدر الالتزامات التعاقدية لأطرافه بناءا على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فإن عقد الصفقة العمومية باعتبارها عقدا إداريا يتسم بطابع خاص يجعله مستقلا عن العقد المدني، من مقوماته الأساسية إشباع رغبات مستعملي المرافق العامة تحقيقا للصالح العام عن طريق الحرص على حسن سير هذه الأخيرة بانتظام وإضطراد، مما ينبني على ذلك ضرورة تكييف وضع المتعاقد مع الإدارة في إطار عقد الصفقة العمومية بوصفه مساعدا بالدرجة الأولى للمصلحة المتعاقدة في تسيير مرافقها على وجه الدوام والاستمرار[4]، ومن ثم خضوعه لقواعد وأوامر أشد صرامة لتنفيذ التزاماته من المتعاقد في العقد المدني[5].

---

[1] Elise UNTERMAIER-KERLEO, Droit administratif, Ellipses, France, 2017, p.274.

[2] Christophe LAJOYE, droit des marchés publics, op. cit, p.171.

[3] حورية بورعدة ويحيى حولية، "طرق ومراحل إبرام الصفقات العمومية بناء على المرسوم الرئاسي 15-247"، مجلة الاجتهادات للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة تامنغست، الجزائر، المجلد 08، العدد 05، 2019، ص.117.

[4] إبراهيم الشارف الطاهر تفوقه، الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص.95.

[5] أحمد سليمان خربيط، صعوبات تنفيذ العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص.93.

وقيام المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة بتنفيذ التزاماته التعاقدية؛ يتعين أن يكون طبقا لما هو منصوص عليه في عقد الصفقة، ويضاف إليه ما هو منصوص بدفاتر الشروط العامة والأنظمة واللوائح المنظمة لمجال الصفقات العمومية وكذا الأوامر التي تصدرها إليه المصلحة المتعاقدة باعتبارها مصادر مكملة للعقد[1]، حيث يتحقق بهذا التنفيذ الغاية المرجوة من إبرام عقد الصفقة العمومية[2].

وإن كان للالتزامات التعاقدية التي تفرض على المتعامل المتعاقد الوفاء بها؛ تختلف حسب نوع كل صفقة، إلا أن الالتزامات العامة التي تقع على كل متعاقد بموجب عقود الصفقات العمومية إنما تتمثل في ضرورة أن يكون تنفيذ المتعاقد للصفقة تنفيذا شخصيا[3]، وبحسن نية وفي المدة المحددة للتنفيذ على أن يحترم التزاماته الفنية، وهي من الالتزامات الجوهرية التي يترتب على إخلال المتعاقد بأحدها؛ قيام المسؤولية التعاقدية في جانبه ويعد سببا كافيا لاستعمال الإدارة سلطتها الجزائية اتجاهه بفرض جزاءات عليه تختلف هي الأخرى بحسب نوع الخطأ المرتكب وجسامته.

لا يعتبر خطأ يثير المسؤولية التعاقدية للمتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ الصفقة العمومية؛ إذا ما حالت دون تنفيذه لالتزاماته التعاقدية قوة قاهرة أو تبعات تقنية غير متوقعة أو فعل المصلحة المتعاقد معها[4]، وهذه الحالات تعتبر نفسها من موجبات إعفاء المتعامل المتعاقد من الخضوع للجزاءات الإدارية التي تملك المصلحة المتعاقدة حق توقيعها على أي متعامل متعاقد أخل بالتزاماته التعاقدية عن عمد أو إهمال، كما لا تقوم مسؤوليته المتعامل المتعاقد التعاقدية بالنسبة للالتزامات التي تفرض عليه بصفته متعهد قبل توقيع وثيقة عقد الصفقة العمومية أي في مرحلة ما قبل التعاقد[5].

انطلاقا مما سبق، فإن دراستنا سوف لن تشمل كل صور الخطأ الذي يمكن أن يرتكبه المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ الصفقة العمومية وإنما سنتطرق إلى ابرز وأهم تلك الصور في المطالب الثلاثة التالية:

المطلب الأول: امتناع المتعامل المتعاقد عن تنفيذ الصفقة العمومية أو التأخر فيه

إن القاعدة الأصولية في مجال عقود الصفقات العمومية؛ تقتضي من المتعامل المتعاقد تنفيذ كل الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها بموجب عقد الصفقة ودفاتر الشروط، كما لا يكفي مجرد التنفيذ وإنما لابد من أن يتم تنفيذ العقد في المدة المحددة لذلك، كونها قاعدة ترتبط أساسا بمبدأين هامين هما حسن سير المرافق العامة وانتظامها من جهة وتغليب وجه المصلحة العامة من جهة أخرى، وعليه لا يمكن للمتعامل المتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ تلك الالتزامات بإرادته المنفردة بأن يوقف أو يمتنع عن تنفيذه العقد تغليبا لمصلحته الخاصة مما يترتب عنه تأخره في التنفيذ، وهذا نظرا لتعارض هذا الوقف أو الامتناع ومن تم التأخير مع الغاية التي أبرمت الإدارة لأجلها عقد الصفقة العمومية[6].

الفرع الأول: امتناع المتعامل المتعاقد عن تنفيذ الصفقة العمومية

إن إخلال المتعامل المتعاقد بتنفيذ العقد؛ يعتبر من أبرز الأخطاء الجسيمة التي تؤثر في سير المرفق العام تأثيرا خطيرا قد يصل إلى درجة توقفه عن النشاط وامتناعه عن التنفيذ دون مبرر، وقد يتزامن هذا الامتناع مع بداية التنفيذ أي بعد أن تسلمه المصلحة المتعاقدة أمرا ببداية الأشغال فيمتنع عن البدء في

---

[1] صباح المصري، المرجع السابق، ص.312.

[2] Christophe LAJOYE, Droit des marchés publics, Gualino éditeur, 2ed, Paris, 2005, p.161.

[3] سعد لقليب وبن الشيخ النوي، "حقوق والتزامات الطرف المتعاقد في الصفقة العمومية وفقا للقانون الجديد للصفقات العمومية رقم 15-247"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة المسيلة، الجزائر، العدد 06، 2017، ص.67.

[4] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009، ص.250.

[5] صباح المصري، المرجع السابق، ص.312.

[6] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص.252.

التنفيذ ولا ينطلق في إنجاز ما طلب منه التزامات، أو قد يتوقف بعد البدء في الأعمال وأثناء التنفيذ فيكون قد نفذ جزءا من الأشغال ثم امتنع عن تنفيذ ما بقي منها.

ويعد المتعامل المتعاقد الذي امتنع عن تنفيذ عقد الصفقة العمومية مرتكبا لخطأ جسيم يُقيم مسؤوليته التعاقدية اتجاه المصلحة المتعاقدة حتى لو لم ينتج عن إخلاله ضررا حقيقيا لها، وبالتالي يصبح بإمكان المصلحة المتعاقدة إجباره على تنفيذ ما التزم به في عقد الصفقة العمومية، عن طريق ما توقعه عليه من جزاءات مختلفة مالية كانت أو ضاغطة قد تصل إن اقتضى الأمر إلى فرض جزاء الفسخ على مسؤوليته في حال استمرار المتعامل المتعاقد في الامتناع عن التنفيذ[1].

غير أن السؤال الذي يُثار في هذا الشأن هو هل كل إخلال يقع من المتعامل المتعاقد بتنفيذ عقد الصفقة من وقف أو امتناع يشكل خطأ في جانبه يقيم مسؤوليته اتجاه الإدارة المتعاقد معها؟. أو بمعنى آخر هل يستطيع المتعاقد أن يدفع بعدم التنفيذ في حال إخلال الإدارة المتعاقد معها في تنفيذ التزاماتها التعاقدية فيكون بذلك امتناعه عن الوفاء بالتزاماته التعاقدية امتناعا مشروعا؟.

للإجابة على هذا السؤال ينبغي علينا توضيح مفهوم قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد الإداري من حيث تعريفها وبيان طبيعتها القانونية وكذا أهم الخصائص التي تميزها وتطورها انطلاقا من مبدأ حضرها إلى جواز التمسك بها.

أولا- مدلول قاعدة الدفع بعدم التنفيذ:

تعتبر قاعدة الدفع بعدم التنفيذ من القواعد المنصوص عليها في القانون المدني، مضمونها جواز امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ الالتزامات التعاقدية إلى أن يقوم المتعاقد الآخر بأداء الالتزامات المقابلة أو يعرض على الأقل أداءها، وإذا كانت قاعدة الدفع بعدم التنفيذ ثابتة وواضحة بالنسبة للعقود المدنية التي يتساوى فيها المركز القانوني للمتعاقدين، فإن الأمر مختلف في نطاق العقود الإدارية عامة وفي الصفقات العمومية خاصة.

1- تعريف قاعدة الدفع بعدم التنفيذ:

تخضع الصفقات العمومية لنظام قانوني مغاير للنظام القانوني المتعارف عليه في العقود المدنية؛ وهو يقوم على قاعدتين جوهرتين، الأولى تتمثل في تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للأفراد مما يستدعي تمتع المصلحة المتعاقدة في هذه العقود بسلطات وامتيازات عديدة لا يملكها المتعاقد معها. والثانية هي ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد مما يحتم على المتعامل المتعاقد تنفيذ التزاماته معها حتى ولو أخلت المصلحة المتعاقدة بتنفيذ التزاماتها، لذا وجب علينا تعريف قاعدة الدفع بعدم التنفيذ على المسويين الفقهي والتشريعي.

أ- تعريف الدفع بعدم التنفيذ على المستوى الفقهي:

يرى الفقه بأن الدفع بعدم التنفيذ أو كما يسميه البعض بالامتناع المشروع عن الوفاء بالالتزام؛ هو "وسيلة دفاعية يقررها القانون للمتعاقد الذي يكون في نفس الوقت دائنا ومدينا للمتعاقد الآخر، ويخوله بمقتضاها أن يمتنع عن الوفاء بما عليه لغريمه حتى يفي هذا الغريم بدوره بما عليه له، وهو لا يؤدي إلى حل الرابطة العقدية نهائيا كما في حالة الفسخ مثلا ولكنه يُضّعفها فقط بصفة مؤقتة، فهو يوقف تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد على أحد طرفيه دون أن يزيلها"[2].

---

[1] سلام بن حفاف وساعد العقون، "مظاهر تفوق الإدارة في مرحلة تنفيذ عقد الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الوادي، الجزائر، المجلد 14، العدد 02، 2021، ص.434.

[2] زينب سالم، قاعدة الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، الجزائر، 2019/2018، ص.8.

ب- تعريف الدفع بعدم التنفيذ على المستوى التشريعي:

إن أغلب تشريعات الدول لم تتضمن تعاريف للدفع بعدم التنفيذ؛ ومنهم المشرع الفرنسي نص على الدفع بعدم التنفيذ في الأمر رقم 2016-131 الصادر في 10 فيفري 2016 المتعلق بإصلاح قانون العقود والنظام العام واثبات الالتزامات، مبينا شروط اللجوء إلى الدفع بعدم التنفيذ بقوله من خلال نص المادة 1219 جاء فيها "يحق لأحد الطرفين أن يرفض تنفيذ التزامه على الرغم من كونه مستحقا، إذا لم ينفذ الطرف الآخر لالتزامه وإذا كان عدم التنفيذ جسيما بما فيه الكفاية"[1].

كما نص المشرع المصري على هذه القاعدة في المادة 161 من ق.م.م[2] بقولها "في العقود الملزمة لجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به"، وقضت محكمة النقض أنه تطبيقا للمادة 161 أنه "إذا كانت الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين مستحقه الوفاء ولم يقم أحد الطرفين بتنفيذ التزامه كان للأخر ألا يوفى بالتزامه، فهو امتناع مشروع عن الوفاء بالعقد ليس له طابع جزائي بل هو طابع وقائي يهدف إلى كفالة استمرار التعاصر الزمني بين الالتزامات الحالة المتقابلة وهو ما اصطلح على تسميته بالدفع بعدم التنفيذ[3].

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري؛ يتضح أنه قد حدا حدو المُشَرعَينِ الفرنسي والمصري من خلال المادة 123 من القانون المدني الجزائري رقم 75-58[4] المعدل والمتمم بنصها على "في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به".

2- الطبيعة القانونية للدفع بعدم التنفيذ:

تتمحور الطبيعة القانونية للدفع بعدم التنفيذ حول اعتبارين اثنين هما، أولهما أن الدفع بعدم التنفيذ يشكل حقا للمتعاقد فلا يعتبر المتعاقد قد ارتكب خطأ اتجاه المتعاقد الآخر المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية بامتناعه عن التنفيذ ووقفه، وبالتالي لا يلزمه تعويض هذا الأخير عما قد يصيبه من ضرر ولا تسري في مواجهته فوائد التأخير وفي مقابل ذلك لا يستطيع المتعاقد المقصر أن يطالب المتعاقد المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ بفسخ العقد نظرا لعدم وجود إخلال من جانبه مادام الدفع بعدم التنفيذ يمثل امتناعا مشروعا عن الوفاء بالالتزامات التعاقدية[5]. وثانيهما هو أن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ينحصر في وقف تنفيذ الالتزامات التعاقدية المستمدة من العقد الملزم لجانبين دون أن يمتد لإنهاء العلاقة التعاقدية كما هو الشأن بالنسبة للفسخ، فلا يترتب عليه نقص في مقدار الأداء الذي يلتزم به كل من المتعاقدين تجاه الآخر، ويستثنى من ذلك العقد الزمني حيث تنقص مدة العقد بقدر مدة وقفه ولا يمتد العقد لمدة أخرى توازي فترة الوقف[6].

---

[1] نفس المرجع، ص.14.

[2] القانون المدني المصري رقم 131 ، المؤرخ في 16 جويلية 1948، ج.ر للجمهورية المصرية، صادرة في 29 جويلية 1948.

[3] نهلة أحمد فوزي البرهيمي، "الدفع بعد التنفيذ في القانون المدني المصري في ضوء الفقه وأحكام القضاء"، مجلة القانون والأعمال الدولية، جامعة الحسن الأول، المغرب، العدد 43، 2023، ص.223.

[4] الأمر رقم 75-58 المؤرخ 26 سبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني الجزائري، ، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 78، صادرة في 30 سبتمبر1975 ،المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جويلية 2005، وأيضا القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007.

[5] أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية – دراسة فقهية وقضائية -، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص.153.

[6] نفس المرجع، ص.531.

3- خصائص قاعدة الدفع بعدم التنفيذ:

تتسم قاعدة الدفع بعدم التنفيذ بعدة خصائص؛ تتمثل في أنها تعد وسيلة سريعة وفعالة لحمل المتعامل المتعاقد على تنفيذ التزاماته الواردة في عقد الصفقة، كما أنها لا تؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية فعقد يبقى قائما إلى أن ينفذ المتعاقد التزاماته التعاقدية، بالإضافة إلى أنها تعد وسيلة ضمان في يد المتعامل المتعاقد الذي واصل تنفيذ التزاماته.

أ- الدفع بعدم التنفيذ وسيلة سريعة وفعالة:

يباشرها المتعامل المتعاقد بإرادته المنفردة دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء، كما أنه لا يحتاج حسب الفقه الفرنسي إلى إعذار المتعاقد المخل بالتزاماته[1]، وقد عارض هذا الموقف بعض الفقهاء أمثال الفقيه SAVATIER ممن يرون في إعذار المتعاقد المقصر ضرورة لا بد منها[2]، نظرا لما قد يرتبه الإعذار من نتائج تعود بالإيجاب على سير المرفق العام، بحيث يدفع على إثره هذا الأخير إلى تنفيذ التزاماته وتدارك خطئه، وقد سار المشرع الجزائري على اشتراط بذل الإعذار ضرورة إخطار المصلحة المتعاقدة بإمكانية التوقف عن التنفيذ عند عدم تنفيذها لالتزاماتها التعاقدية بأداء المقابل المالي[3]، كما فعل المشرع الفرنسي في الأمر رقم 2016-131 المتعلق بإصلاح العقود والنظام العام وإثبات الالتزامات من خلال نص المادة 1220[4].

ب- الدفع بعدم التنفيذ وسيلة ضغط:

يستعملها المتعامل المتعاقد بغية الضغط على الإدارة المتعاقد معها وحملها على تنفيذ التزاماتها[5].

ج- **الدفع بعدم التنفيذ لا ينهي العلاقة التعاقدية:**

إن لجوء المتعامل المتعاقد (الدائن) إلى الدفع بعدم التنفيذ فيه حماية للعلاقة التعاقدية من الانقضاء؛ فهو وسيلة تفترض معها بقاء العقد قائما حفاظا على تحقيق الغاية المرجوة منه، حيث يقوم المتعامل المتعاقد بتعليق تنفيذ التزاماته التعاقدية إلى حين تنفيذ المصلحة المتعاقدة (المدين) لالتزاماتها، وهو بهذه المثابة أقل خطورة من الفسخ الذي يؤدي إلى فك العلاقة العقدية، وهذا الاختلاف في طبيعة هذين النظامين القانونين اقتضى أن يترك أمر الفسخ لتقدير القضاء، في حين ترك الدفع بعدم التنفيذ لتقدير المتعاقد الذي يتمسك به تحت رقابة القضاء[6].

د- الدفع بعدم التنفيذ وسيلة ضمان:

---

[1] الغاية من الإعذار هي تنبيه المدين إلى أنه متأخر في تنفيذ التزامه تأخرا يرتب عليه القانون بعض الآثار، ودعوته لتنفيذ التزامه مع وضعه أمام المسائلة القانونية في حال امتناعه عن ذلك. حكيم عبد الرحيم محمد ناصوف وعزت محمد سعد الزعويلي، "سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد في عقود الأشغال العامة"، المجلة الدولية للقانون والدراسات السياسية، الأردن، المجلد02، العدد02، ص.14.

[2] سلام بن حفاف، ساعد العقون، المرجع السابق، ص.431.

[3] طبقا لنص المادة 113 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

[4] جاء في نص هذه المادة: "يحق لأحد الأطراف أن يعلق تنفيذ التزامه إذا تبين له أن المتعاقد الأخر سوف لن ينفذ التزامه عند استحقاقه، وأن نتائج عدم التنفيذ ستكون جسيمة بما فيه الكفاية بالنسبة إليه، يجب أن يتم الإخطار بهذا التعليق في أقرب فرصة".

[5] زينب سالم، المرجع السابق، ص.23.

[6] رمزي فريد محمد مبروك، الدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني المصري مقارنًا بالقانون الإماراتي والفرنسي، مكتبة الجلاء، المنصورة، مصر، 2000، ص.110.

يعتبر تمسك المتعامل المتعاقد بالامتناع عن تنفيذ التزاماته التعاقدية يشكل ضمانا لمصالحه المهددة بسبب إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها، يدفع به هذه الأخيرة إلى تنفيذ التزاماتها حفاظا على مصلحته الخاصة بتحقيق الربح المنشود[1].

ثانيا- مبدأ حظر الدفع بعدم التنفيذ:

إن حضر المتعاقد من وقف التنفيذ في نطاق عقود القانون العام، يأتي خلافا لقواعد القانون الخاص التي تجيز لأحد أطراف العقد الملزم لجانبين أن يتوقف عن تنفيذ التزاماته جراء تقصير الطرف الآخر في تنفيذ التزاماته وهذا نظرا لما يتميز به العقد المدني من قوة ملزمة لطرفيه فيقع الدفع بعد التنفيذ بالاستناد إلى فكرة الالتزامات المتقابلة وكجزاء للإخلال بالقوة الملزمة للعقد[2].

ويرى غالبية الفقه والقضاء الإداريين؛ أنه يمنع على المتعاقد مجازاة المصلحة المتعاقدة معه بإرادته المنفردة لعدم تنفيذها لالتزاماتها التعاقدية عن طريق الدفع بعدم التنفيذ[3]، ما لم ينجم عن إخلال هذه الأخيرة استحالة في التنفيذ بقصد الضغط عليها وجبرها على التنفيذ، حيث يتعين عليه الاستمرار في تنفيذ العقد ما دام في استطاعته ذلك[4]، وبذلك يكون له الحق في الحصول على تعويض عن الأضرار التي أصابته عند الضرورة وإلا تمت مجازاته نتيجة فعله السلبي بالامتناع[5]، وأن وقف أو تأجيل تنفيذ العقد حق ثابت للمصلحة المتعاقدة دون سواها، فهي صاحبة السلطة الوحيدة في فرض الجزاء على المتعاقدين معها متى أخل هؤلاء في تنفيذ التزاماتهم التعاقدية سواء كانت هده الجزاءات مالية أو ضاغطة أو فاسخة[6].

وفي هذا الإطار ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى أنه؛ "لا يسوغ في العقود الإدارية أن يمتنع المقاول عن الوفاء بالتزاماته التعاقدية قبل المرفق العام بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى إخلال الإدارة بأحد التزاماتها قبله، حيث يتعين عليه أن يستمر في التنفيذ ثم يطالب الإدارة بالتعويض إن كان له محل"[7].

كُرِس حضر الدفع بعدم التنفيذ في عقود الصفقات العمومية؛ بحيث لا يحق في أي حال من الأحوال للمتعامل المتعاقد أن يوقف التنفيذ لمخالفة المصلحة المتعاقدة لالتزاماتها، وهذا تبعا لما جاء في من المرسوم التنفيذي 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية بقولها "عندما يلاحظ المقاول أن مواصفات أمر الخدمة تتجاوز التزامات صفقته، يجب عليه، تحت طائلة سقوط الحق، تقديم الملاحظة المكتوبة والمبررة إلى المصلحة المتعاقدة في أجل 10 أيام ابتداء من تاريخ تبليغها. لا يوقف تنفيذ أمر الخدمة ما لم يؤمر بخلاف ذلك".

يتبين من نص الفقرة أعلاه؛ بأنه لا يمكن للمتعاقد أن يدفع بعدم التنفيذ متى تجاوز مضمون أمر المصلحة الالتزامات المحددة في العقد وأن توقيف التنفيذ يخضع للسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة[8].

---

[1] زينب سالم المرجع السابق، ص.93.

[2] كريمة رزاق بارة، "الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية"، جامعة الجلفة، الجزائر، المجلد 10، العدد 02، 2017، ص.408.

[3] سلطان محمد شاكر، التحكيم كوسيلة لفض منازعات العقود الإدارية للإنشاءات الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلم السياسية، جامعة سطيف، الجزائر، 2021/2020، ص.108.

[4] سلطان محمد شاكر، المرجع السابق، ص.158.

[5] نفس المرجع، ص.409.

[6] سعد لقليب وبن الشيخ النوي، المرجع السابق، ص.65.

[7] حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، طعن رقم 4483 الصادر بتاريخ 06 ماي 1997. مشار إليه لدى عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص.254.

[8] وهذا بخلاف ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 1740 بتاريخ 16 جويلية 1996 بقولها: "من أسباب الطعن المقام من الهيئة بشأن إصلاح الفرعية الهابطة بشارع (..) والتي قالت الهيئة أنها سحبتها من الشركة وأسندتها إلى شركة أخرى لرفض الشركة المتعاقدة تنفيذها على أساس أنها لا تدخل في الأعمال موضوع العقد، فإن أعمال

ولكن لا بأس أن نشير إلى غموض عبارة "...تحت طائلة سقوط الحق..." التي وردت في ذات الفقرة فلم يبين المشرع أي حق يقصد هل هو الحق في التعويض أم الحق في الفسخ، بينما كانت الفقرة 7 من المادة 12 المتعلقة بتنفيذ الأشغال وأوامر المصلحة من القرار المتضمن المصادقة على دفتر البنود الإدارية العامة لسنة 1964 الملغى واضحة في هذا الصدد والتي جاء فيها: "...عندما يرتئي المقاول بأن مقتضيات أمر المصلحة تتجاوز الالتزامات المتعاقد عليها بالصفقة، فيجب عليه تحت طائلة الفسخ، تقديم ملاحظة خطية ومعللة بالأسباب إلى مهندس الدائرة أو المهندس المعماري خلال أجل 10 أيام وأن مطالبة المقاول تلك لا تبيح له توقيف تنفيذ أمر المصلحة إلا إذا أمر بخلاف ذلك مهندس الدائرة أو المهندس المعماري...".

وما يؤكد على عدم إمكان المتعامل المتعاقد الدفع بعدم التنفيذ؛ ما جاء به المشرع أيضا في مضمون المادة 30 في القفرة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 والتي تلزم المقاول باستكمال انجاز المنشات وأجزاء المنشأة وخدمات الأشغال التي تغطيها الصفقة العمومية للأشغال، مهما كانت أهمية الزيادة في قوام الأشغال عالية، مقارنة بالمبلغ التعاقدي التي قد تكون هذه الزيادة ناتجة عن التبعات التقنية أو عدم كفاية الكميات المنصوص عليها في الصفقة أو كل سبب آخر للتجاوز.

بالتالي لا يمكن للمتعامل المتعاقد وقف تنفيذ الأشغال بإرادته المنفردة كردة فعل عن تجاوز المصلحة المتعاقدة حجم ما اتفق عليه من أشغال سواء كانت نسبة الزيادة في الأشغال المقررة بالأسعار الأولية مما يقل عن 20 بالمائة وهي نسبة لا يستطيع معها المتعامل المتعاقد حتى تقديم تظلم، أو ما يزيد عن هذه النسبة حيث لا يكون أمامه سوى طلب فسخ صفقته بناء على طلب كتابي يرفعه للمصلحة المتعاقدة في حدود أجل 30 يوما ابتداء من تبليغ أمر الخدمة المتضمن زيادة الأشغال[1].

ويعود السبب في استقرار المشرع الجزائري تبعا لما سبق ذكره على غرار كل من الفقه والقضاء؛ على فكرة حضر المتعاقد من وقف التنفيذ إلى طبيعة عقود الصفقات العمومية على أساس أنها عقودا

إدارية[2]، تتمتع في إبرامها وتنفيذها جهة المصلحة المتعاقدة بامتيازات السلطة العامة، ضمانا لسير المرافق العامة ودوام استمرارها[3].

هذه الفرعية كما ذهب الحكم المطعون فيه بحق، لا تدخل ضمن الأعمال المتعاقد عليها موضوع العقد محل النزاع، وذلك على النحو الذي أثبته التقرير الاستشاري وتقرير الخبير الاستشاري اللذان أثبتا أن عملية الفرعية الهابطة بشارع (..) هي من طبيعة مغايرة تماما لأعمال تحسين الصرف الصحي المتعاقد عليها...، ومن ثم يكون واضحا أن تلك الأعمال محل النزاع لا تدخل ضمن الأعمال المتعاقد عليها ويكون رفض الشركة تنفيذها لخروجها عن نطاق أعمال العقد لا يعد إخلالا منها بالتزاماتها العقدية ولا يعد خطأ يستوجب مسؤوليتها عنه...، وعلى ذلك فإن الهيئة تكون قد أخطأت عندما اعتبرت تلك الأعمال من أعمال العقد واعتبرت الشركة المتعاقدة مخطئة لعدم تنفيها وقامت بتنفيذها على حسابها بإسنادها بأمر تكليف إلى شركة أخرى...". مشار إليه لدى محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص.583.

[1] راجع في ذلك نص المادة 34 الفقرة 3 من المرسوم التنفيذي 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

[2] من المبادئ المقررة أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يهدف العقد إلى تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، ولما كان العقد الإداري يتعلق بمرفق عام فلا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى الإخلال بالوفاء بأحد التزاماتها قبله، بل يتعين عليه إزاء هذه الاعتبارات أن يستمر في التنفيذ مادام ذلك في استطاعته ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزاماتها إن كان لذلك مقتضى وكان له فيه وجه حق فلا يسوغ له الامتناع عن تنفيذ العقد بإرادته المنفردة وإلا لحقت مساءلته عن تبعة فعله السلبي "حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 767 الصادر في سنة 1969 مشار إليه لدى كريمة رزاق بارة، المرجع السابق، ص.409.

[3] حورية لشهب وزينب سالم، "الاتجاه الحديث للقضاء الإداري المصري في الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية"، مجلة الفكر، جامعة بسكرة، الجزائر، العدد 18، 2006، ص.111.

إلا أن إقرار المشرع لقاعدة منع المتعامل المتعاقد من وقف تنفيذ ما التزم به من أشغال لم يرد بصفة مطلقة، وإنما بدراسة مواد المرسوم التنفيذي رقم 21-219 يتبين أن المشرع سمح بصورة استثنائية للمتعاقد بجواز الدفع بعدم التنفيذ متى ما أخلت المصلحة المتعاقدة بالبعض من التزاماتها التعاقدية كما سوف نراه أدناه.

ثالثا- جواز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ:

إذا كان تنفيذ الالتزام حسب قواعد القانون المدني يقع واجبا على كل متعاقد أن ينفذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية حسب ما تقتضيه المادة 107 من ق.م.ج، وبالتالي فأي امتناع عن تنفيذ الالتزامات التعاقدية يتيح للدائن أن يلجأ إلى جبر المدين على التنفيذ العيني للالتزام عن طريق الوسائل القانونية كما هو منصوص عليه في المواد 164-175 من نفس القانون المذكور، ومتى تعذر تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا أجاز القانون المدني الجزائري للدائن أن يلجأ إلى التنفيذ بمقابل عن طريق الحصول على تعويض على أساس المسؤولية التعاقدية انطلاقا من المواد 176-187، وأن اللجوء إلى الطرق السالفة الذكر إنما يمثل قواعد عامة تنطبق على جميع الالتزامات[1].

بيد أن هناك من القواعد ما هي لصيقة بالعقد الملزم لجانبين تمليها خاصية الترابط بين الالتزامات المتقابلة، ولعل أهم هذه القواعد على غرار الفسخ والانفساخ لاستحالة التنفيذ وتحمل التبعة قاعدة الدفع بعدم التنفيذ التي أقر بها القانون المدني الجزائري انطلاقا من نص المادة 123 التي تتيح لكل متعاقد أن يدفع بعدم تنفيذ التزامه إذا ما أخل الطرف الأخر بالتزاماته التعاقدية[2].

إذا كانت قاعدة الدفع بعدم التنفيذ متاحة قانونا في العلاقات التعاقدية بين أشخاص القانون الخاص وفق شروط معينة[3]، إلا أن اللجوء إليها في مجال العقود الإدارية بصفة عامة وعقود الصفقات العمومية بصفة خاصة ظل أمرا محضورا كأصل عام، إلى غاية اتساع نشاط الدولة وازدياد حجم جاجياتها بقصد تنفيذ مخططاتها الاقتصادية والاجتماعية عن طريق تجسيد مشاريع كبرى الغاية منها تحقيق الصالح العام وبلوغ سياسة تنموية شاملة، ومن أجل خلق نوع من التوازن بين مصالح الأطراف المتعاقدة في مثل هذه العقود أصبح بالإمكان التمسك بقاعدة الدفع بعدم التنفيذ على أن لا يتم بصورة مطلقة وإنما مقيدا بتوافر حالات معينة ترتبط بالطبيعة المتميزة لهذه العقود نذكرها كالأتي:

1- الحالة التي يستحيل فيها على المتعامل المتعاقد الاستمرار في التنفيذ نظرا لعدة اعتبارات:

يستطيع المتعامل المتعاقد أن يتمسك بقاعدة الدفع بعدم التنفيذ إذا لم تقم المصلحة المتعاقدة بتنفيذ التزاماتها الجوهرية الواردة في عقد الصفقة، كما لو لم تقم بتمكين المتعامل المتعاقد من الحصول على التصميمات والدراسات والمواصفات ومواد ومكونات البناء، أو عدم تمكينه من استلام موقع تنفيذ المشروع خاليا من العراقيل المادية أو القانونية، أو عدم دفع مستحقات المتعامل المتعاقد، أو قد يكون الدافع وراء عدم تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته التعاقدية سببا أجنبيا كحالة القوة القاهرة[4].

أ- عدم وفاء المصلحة المتعاقدة بتنفيذ التزاماتها الجوهرية:

---

[1] العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص.263.

[2] نفس المرجع، ص.264.

[3] إن الشروط العامة للدفع بعدم التنفيذ تجد أساسها القانوني في نص المادة 123 من ق.م.ج وهي:
- أن يكون العقد ملزما لجانبين؛
- أن تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء؛
- عدم قيام أحد طرفين العقد بتنفيذ التزامه.

[4] كريمة رزاق بارة، المرجع السابق، ص.410.

إن إبرام الصفقة العمومية بصيغة صحيحة ينبثق بمجرد التوقيع عليها حقوقا والتزامات متبادلة بين كل من طرفيها، إلا أنه قد يعيق عملية تنفيذ مضمون عقد الصفقة لا يكون دائما المتعامل المتعاقد، بل قد تخل المصلحة المتعاقدة هي الأخرى بالتزاماتها التعاقدية إلى درجة يستحيل معها على المتعامل المتعاقد تنفيذ التزامه، مما يفترض معه أن إخلال المصلحة المتعاقدة في هذه الحال يعتبر إخلالا جسيما يترتب عنه جواز تمسك المتعامل المتعاقد بالدفع بعدم تنفيذ التزاماته إلى حين وفاء جهة هذه الأخيرة بالتزاماتها التعاقدية، ومن أمثلة إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها الجوهرية:

ب- عدم تمكين المتعامل المتعاقد من الحصول على وثائق ومواد البناء:

لإقامة بناء معين وكانت قد التزمت المصلحة المتعاقدة بتقديمها بموجب نصوص العقد أو تكون قد قامت بتقديمها بشكل عشوائي دون أن تراعي فيها الأسس العلمية والدراسات البحثية التي تتطلبها طبيعة الأعمال وتنفيذها، ويتبع ذلك قيام المصلحة المتعاقدة بإخفاء وثائق كعدم تقديم المخططات ومختلف التفاصيل التقنية التي تدخل في الإطار العام لموضوع الصفقة العمومية للأشغال[1]، ومثالها توطين المنشآت[2]، الذي يجب أن تبلغه للمتعامل المتعاقد في أجل أقصاه تاريخ تبليغ الأمر بالخدمة وانطلاق الأشغال[3]، أو تقديم سلع مستهلكة أو أجهزة وأدوات هالكة بالإضافة إلى عدم تقديمها للتسهيلات التي كانت قد تعهدت بتقديمها[4]، حينها يكون للمتعاقد الحق في عدم التنفيذ ويكون امتناعه مؤسسا شريطة أن يبذل قبل ذلك جهدا في محاولة الوصول إلى جميع الوثائق الخاصة بعملية التنفيذ لاسيما المخطط الكتلي للأشغال والدراسات وغيرها الخاصة بمشروع عقد الصفقة العمومية[5].

كما يعتبر أيضا من باب إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها في هذا الإطار؛ عدم تمكين المتعامل المتعاقد معها من مواد أو منتجات أو مكونات كانت قد التزمت بتموينها له[6]، أو أنها كانت قد قامت بتموينها وكانت غير سليمة وغير صالحة للبناء، فيستطيع بذلك المتعامل المتعاقد على إثر هذا الإخلال الدفع بعدم التنفيذ مع ضرورة إخطار المصلحة المتعاقدة بأن مواد البناء والمنتجات التي زود بها تتضمن عيوبا معينة عن طريق توجيه ملاحظاته كتابيا لصاحب الاستشارة الفنية في أجل 15 يوما ابتداء من تاريخ إعداد الوثائق التي تتضمن الاستلام في الوقت الذي تمكن فيه ملاحظة ذلك[7].

ج- عدم تمكين المتعامل المتعاقد من استلام موقع تنفيذ المشروع خاليا من العراقيل:

كأن تقوم المصلحة المتعاقدة بتسليم موقع التنفيذ دون أن تكون قد رفعت منه آلات وعتاد أو مواد كانت قد التزمت من خلال العقد برفعها وإبعادها، ويستوي مع ذلك الإخلال بتعهدها في توفير الرخص

---

[1] طبقا لنص المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

[2] تنص المادة 49 من نفس المرسوم التنفيذي، على ما يلي "إن المخطط العام لتوطين المنشآت هو المخطط الموجه الذي يحدد بدقة موضع توطين المنشآت، سواء كان مخطط السطح أو مخطط الارتفاع، وكذا عند الاقتضاء بالنسبة لمعالم ثابتة، يبلغ هذا المخطط للمقاول بأمر بالخدمة خلال عشرة أيام التي تلي تاريخ تبليغ الصفقة العمومية للأشغال".

[3] كما تضمنته الفقرة 1 من نص المادة 49 من نفس المرسوم.

[4] بلال أمين زين الدين، المسؤولية الإدارية التعاقدية وغير التعاقدية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015، ص.491 و492.

[5] طبقا لنص المادة 22 الفقرة 1 من نفس المرسوم التنفيذي، التي تقتضي من المتعاقد "أن يستطلع مع مراعاة الوثائق المقدمة لاسيما المخطط الكتلي والمواقع المخصصة للورشات وكذا طرق ووسائل الوصول إليها...".

[6] تنص المادة 58 الفقرة 1 من نفس المرسوم التنفيذي على: "عندما تنص الصفقة على تموين المصلحة المتعاقدة بعض مواد البناء أو منتجات أو مكونات البناء...".

[7] طبقا لنص المادة 58 الفقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

الإدارية التي تستوجبها عملية تشييد البناء. فيكون بذلك دفع المتعامل المتعاقد بعدم التنفيذ نتيجة منطقية وحتمية إخلال المصلحة المتعاقدة بتسليم موقع تنفيذ الأشغال خاليا من العراقيل.

وعليه ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر؛ إلى القول أنه "...لا شك أن أخص التزامات الإدارة في عقد مقاولة الأعمال أن تمكن المتعاقد معها من موقع تنفيذ هذه الأعمال، بحيث يبسط عليه سيطرته المادية بما يمكنه من البدء في التنفيذ، كما يقع عليها الالتزام بضمان استمراره بالموقع، فلا يعترضه أحد بنزع عنه حيازته أو يحول بينه وبين إتمام الأعمال محل العقد، فإن أخلت الإدارة بذلك ولم تمكن المتعاقد معها من موقع العمل ليبدأ في التنفيذ أو مكنته ولم تضمن له الاستمرار فيه كانت مرتكبة لخطأ عقدي..."[1].

د- عدم دفع مستحقات المتعامل المتعاقد:

يعتبر الدافع الرئيسي لاتجاه المتعامل المتعاقد نحو التعاقد مع الإدارة؛ هو تحقيق الربح بالحصول على مقابل مالي سواء عن لوازم قام بتوريدها أو أشغال قام بتنفيذها أو دراسات أو خدمات كان قد قدمها، إذ يقع على المصلحة المتعاقدة الالتزام بإعطائه مستحقاته المالية المتفق عليها في إطار العقد[2]، إلا أن المصلحة المتعاقدة قد لا تفي بما عليها من التزامات مالية اتجاه المتعامل المتعاقد معها دون مبرر، رغم أداء هذا المتعامل المتعاقد ما عليه من أعمال مما قد يدفعه إلى التوقف والامتناع عن التنفيذ إلى غاية تسوية مستحقاته المالية تطبيقا لقاعدة الدفع بعدم التنفيذ.

ولعل من أبرز ما قضى به القضاء المصري في هذا الصدد "...ويكون ثابتا مما تقدم إخلال جهة الإدارة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية قبل المقاول بعدم صرف المبالغ المستحقة له والسابق بيانها، الأمر الذي يتعذر معه على المقاول الاستمرار في استكمال أعمال العقد لعدم توافر التمويل لديه بسبب توقف الإدارة عن سداد مستحقاته عن أعمال تمت، ومن المعلوم أن عنصر التمويل العنصر الأساسي في تنفيذ الأعمال إذا امتنعت الإدارة عن سداد مقابل ما تم من أعمال وخاصة إن كانت هذه المبالغ كبيرة بما يؤثر على المركز المالي للمتعاقد وعلى إمكانية استمراره في التنفيذ واستكمال الأعمال، فإن توقف المقاول عن التنفيذ إنما يرجع إلى خطأ جهة الإدارة بعدم صرفها مستحقاته، ولا يكون المقاول قد أخطا وإنا خطأ الإدارة هو السبب الجوهري في توقف الأعمال وتأخرها..."[3].

أما الوضع في الجزائر؛ فإنه يسمح للمتعامل المتعاقد بوقف تنفيذ الأشغال في حال عدم التزام المصلحة المتعاقدة بتسوية التسبيقات على الحساب المستحقة لهذا الأخير في الوقت المناسب، وكان عددها أربعة تسبيقات متتالية مهددة بذلك التوازن المالي للصفقة العمومية للأشغال وملحقة بذلك ضرر أكيدا بالمتعامل المتعاقد بالرغم من حساب فوائد التأخير المستقبلية[4]، غير أنه ما يلاحظ على منح المتعامل المتعاقد إمكانية توقيف الأشغال بإرادته المنفردة حسب المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة إنما يرتبط بقيود وآجال معينة، فيكون عليه بعد مرور 20 يوما من تاريخ تسلم مشروع كشف الحساب الرابع للدفع، أن يقوم بإخطار المصلحة المتعاقدة بنيته في توقيف الأشغال

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 5959 بتاريخ 24 جوان 2008، مشار إليه لدى محمد أحمد الأرناؤوط، دور القضاء الإداري في حماية حقوق وسلطات الإدارة ومدى جواز تعديل المقابل المالي للمتعاقد في أطراف العقد الإداري، دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ط1، دون بلد نشر، 2019، ص.202.

[2] فتتم التسوية المالية للصفقة بدفع التسبيقات و/أو الدفع على الحساب وبالتسويات على رصيد الحساب طبقا لنص المادة 108 الفقرة الأولى من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[3] إسماعيل هاني عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.669.

[4] طبقا لنص المادة 113 الفقرة 2 المطة 1من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

عن طريق رسالة موصى عليها مع إشعار بوصل الاستلام وهذا خلال مدة شهر واحد ابتدءا من تاريخ الإشعار بالاستلام السالف الذكر[1].

ولا يقوم المتعامل المتعاقد بالتوقف عن التنفيذ إلا إذا لم تقم المصلحة المتعاقدة بتبليغ المقاول في حدود نفس المدة المذكورة أعلاه بمقرر تأمره فيه بمواصلة الأشغال بموجب رسالة موصى عليها مع إشعار بوصل الاستلام ويترتب على ذلك تأجيل تنفيذ الأشغال موضوع الصفقة العمومية بقوة القانون[2].

ه- القوة القاهرة:

قد تنشأ استحالة تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته التعاقدية فتكون فعلية لسبب خارج عن إرادته في الوقت الذي يجب فيه التنفيذ كالقوة القاهرة[3]، ومن تم يكون له أن يقوم بوقف التنفيذ بسببها وهذا حسب ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي الذي قضى وكاستثناء على الأصل العام الذي يفيذ بضرورة التزام المتعاقد المحافظة على مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واستمرار، بعدم السماح للمتعاقد بإيقاف التنفيذ مهما كانت الأعذار والظروف إلا إذا كانت هناك قوة قاهرة تبرر له وقف التنفيذ، بل لابد له قبل ذلك أن يبذل أقصى جهده لاستمرار سير المرفق العام وإلا اعتبر مخطأ خطأ جسيما يُقيم مسؤوليته[4].

عالج المشرع الجزائري استحالة التنفيذ للقوة القاهرة في المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن دفتر الشروط الإدارية العامة في المادة 110 بحيث عرفها على "أنها كل فعل أو حدث غير متوقع ولا يقاوم، مستعص ومستقل عن إرادة الأطراف المتعاقدة تمنعهم بصفة مؤقتة أو نهائية من تنفيذ التزاماتهم التعاقدية المتبادلة"، غير أن المشرع لم يشر إلى إمكانية امتناع المتعاقد عن التنفيذ وإنما سمح له بأن يطلب فسخ الصفقة في حالة القوة القاهرة بعد أن يقوم بإخطار المصلحة المتعاقدة برأي معلل[5]، وأن يتخذ كافة التدابير الضرورية لتنفيذ الواجبات التعاقدية لمدة شهرين كاملين من تاريخ الإخطار[6]، إلا أن السؤال الذي يطرح هنا هو ماذا لو طلب المتعاقد فسخ الصفقة بعد أن كان قد استوفى الشروط السابق الذكر وامتنعت المصلحة المتعاقدة عن قبول طلب الفسخ؟. ففي هذه الحالة وحسب نضرنا يمكن للمتعاقد الدفع بعدم التنفيذ في حال رفض الإدارة طلب الفسخ وأمرها بالاستمرار في تنفيذ العقد ومن تم اللجوء إلى القضاء لطلب الفسخ وأن ذلك التوقف لا يثير المسؤولية في جانبه.

2- حالة إذا ما اتفق طرفي الصفقة العمومية على جواز الدفع بعدم التنفيذ:

---

[1] كما ورد ضمن الفقرة 2 المطة 2 من نفس المادة.

[2] كما تضمنته المادة 113 الفقرة 2 المطة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

[3] القوة القاهرة هي "كل أمر غير ممكن التوقع ويستحيل دفعه ويكون من شأنه أن يجعل التنفيذ مستحيلا، فمتى توافر هذان الشرطان كان الحادث أجنبيا عن الشخص ولا يد له فيه ويجب أن يكون عدم استطاعته التوقع لا من جانب المدين بل من جانب أشد الناس يقظة وتبصرا بالأمور". سمير صادق، المرجع السابق، ص.273 و274.

[4] طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها، دار النهضة العربية، مصر، 2010، ص.398.

[5] حيث تنص المادة 111 الفقرة 3 المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، على أنه: "في حال استمرار القوة القاهرة، بعد انقضاء مدة شهرين (2) المذكورة سابق، يمكن فسخ الصفقة العمومية للأشغال بمبادرة من المصلحة المتعاقدة أو بطلب من المقاول".

[6] كما جاء في نص المادة 110 الفقرتين 1 و2 من نفس المرسوم التنفيذي التي نصت على أنه "مهما يكن من أمر وعندما يعتقد طرف من الأطراف المتعاقدة بأنه لا يستطيع الوفاء بأي التزام من التزاماته التعاقدية بسبب التبعات التقنية غير المتوقعة أو في حالة وجود، القوة القاهرة يجب عليه أن يقوم بإخطار فورا الطرف الأخر برأي معلل، في مدة لا تتجاوز عشرة أيام (10).

ويجب على الأطراف المتعاقدة اتخاذ كافة التدابير الضرورية لضمان في أقرب الآجال وفي مدة لا تتجاوز شهرين (2) بعد تاريخ التبليغ المتعلق بالتبعات التقنية غير المتوقعة أو في حالة القوة القاهرة، تنفيذ الواجبات التعاقدية المتأثرة، حسب الحالة، عن طريق أحد أو هذين الحدثين...".

قد يحدث أن يتفق أطراف العقد على إمكانية التمسك بقاعدة الدفع بعدم التنفيذ من خلال نصوص العقد، إذ قرر القضاء الإداري المصري في طعن له رقم 67 بجلسة 18 ديسمبر 1971 بقوله "الأصل أن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز أن يتمسك به المتعاقد مع الإدارة في العقود الإدارية وذلك ضمانا لحسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، إلا أنه يجوز للطرفين عند التعاقد أن يخرجا على هذا الأصل، وفي هذه الحالة يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، وبالتالي لا يحق للإدارة أن توقع عليه غرامات التأخير مادامت قد تراخت في تنفيذ التزاماتها مما أعجزه عن تنفيذ التزاماته قبلها"[1].

3- حالة إذا ما تعلق الأمر بصفقات لا تتصل مباشرة بتسيير المرفق العام:

إذا كانت غالبية أنواع عقود الصفقات العمومية تهدف بإبرامها إلى ضمان سير المرفق العام، أين يقع لزاما على المتعامل المتعاقد مع الإدارة القيام بتنفيذ التزاماته بشكل لا يعرض السير المستمر والمنتظم للمرفق العام للخطر[2]، ومن هذه الصفقات مثلا صفقة أشغال تتعلق بإصلاح طرقات معينة أو صفقة توريد أغذية لمؤسسات تربوية أو ثكنات عسكرية وغيرها من الصفقات التي لا يمكن للمتعامل المتعاقد في إطارها أن يتوقف عن التنفيذ بأي شكل من الأشكال، غير أنه قد يرتبط المتعامل المتعاقد بموجب صفقة عمومية قد لا تتصل بطبيعة مضمونها بتسيير المرفق العام، بحيث لا يؤدي توقفه عن التنفيذ في إطارها إلى عرقلة أو توقيف سير المرفق العام ومن أمثلة هذه الصفقات صفقة توريد سيارات لركوب المديرين أو تشييد وحدات تصييف للموظفين[3].

الفرع الثاني: تأخر المتعامل المتعاقد في تنفيذ الصفقة العمومية

تبرز أهمية الأجل في تنفيذ الصفقات العمومية على أنها شرطا أساسيا وجوهريا لكلا طرفي العلاقة التعاقدية[4]؛ نظرا لما يربط عقد الصفقة العمومية بالمرافق العامة ارتباطا وثيقا من حيث التنظيم والتسيير ولكونها إحدى أهم وسائل الإدارة لممارسة نشاطها بهدف إشباع الحاجيات العامة ومنه تحقيق النفع العام[5]، هذا من جهة ومن جهة أخرى فالأجل المحدد للتنفيذ يعبر على إيجاد توازن بين حاجة المصلحة المتعاقدة وقدرات الانجاز الضرورية التي يتمتع بها المتعامل المتعاقد[6].

يثير تأخر المتعامل المتعاقد في تنفيذ العقد البحث في مفهوم مدة التنفيذ من حيث تعريفها وتاريخ بدايتها ونهايتها وأثر مخالفته.

أولا- مفهوم مدة تنفيذ الصفقة العمومية:

حتى يتم تحديد مفهوم مدة التنفيذ بصورة دقيقة ينبغي تعريف هذه المدة، ثم تحديد بدايتها وانقضاءها.

1- المقصود بمدة التنفيذ:

يقصد بمدة تنفيذ الصفقة العمومية بصفة عامة؛ الفترة الزمنية التي يحددها عقد الصفقة أو دفاتر الشروط لانجاز الأداءات المتفق عليها وفقا لطبيعة ونوع كل صفقة[7]، فتتعدد بذلك مظاهرها وأشكالها.

---

[1] إسماعيل هاني عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.668.

[2] طارق سلطان، المرجع السابق، ص.397.

[3] حورية لشهب وزينب سالم، المرجع السابق، ص.122.

[4] إبراهيم الشارف الطاهر تفوقه، المرجع السابق، ص.116.

[5] Nicolas CROS, Marchés publics: choisir la meilleurs offre , berger levrault, Paris, 2011, p.13.

[6] فوزية الهاشمي، أثر تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2018/2017، ص. 337 .

[7] عبد اللطيف قطيس، الصفقات العمومية تشريعا وفقها واجتهادا، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص.112.

وتعرف مدة تنفيذ الأشغال حسب المادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 بـ:"الأجل الممنوح للمقاول من أجل انجاز الأشغال المتفق عليها في العقد" التي قد تكون على شكل أجل إجمالي بحيث ينص العقد أو دفتر الشروط على مدة محددة للانتهاء من تنفيذ كافة الأعمال المتعاقد عليها بما فيها فترة تحضير الأشغال مضاف إليها أجل تنفيذ الصفقة العمومية[1]، حيث يغطي تحضير الأشغال الفترة التي يتمكن في خلالها المقاول القيام بمختلف الإجراءات والمهام الإدارية والتقنية المتعلقة بالأشغال موضوع الصفقة العمومية للأشغال والتي من الضروري تجسيدها قبل أي بدء فعلي في تنفيذ هذه الأشغال، وتحسب هذه الفترة من تاريخ التبليغ بالتوقيع على الصفقة العمومية[2]، وأما أجل تنفيذ الصفقة العمومية للأشغال فيمثل الفترة الممنوحة للمتعاقد لأجل انجاز الأشغال المتفق عليها في العقد، بما في ذلك سحب عتاد الورشة وإعادة الأرضيات والأماكن إلى حالتها الأصلية بحيث يتوافق هذا الأجل مع الفترة الممتد ما بين تاريخ تبليغ المتعاقد بأمر بدء الأشغال إلى غاية انقضاء أجل التنفيذ[3].

وأحيانا يتضمن أجل تنفيذ الأشغال فترة التحضير في حالة ما إذا كان تحضير الأشغال يمثل جزاءا من تنفيذ الأشغال فتبدأ بذلك فترة التحضير عند التبليغ بأمر الخدمة لانطلاق الأشغال[4].

كما قد يحدد دفتر التعليمات الخاصة في إطار أجل تنفيذ الأشغال، آجال تنفيذية جزئية لتنفيذ أشطر معينة من الأشغال أو منشآت معينة أو أجزاء من منشآت أو مجموعة خدمات[5].

أما إذا كانت الأشغال محصصة أو وفق نظام الحصص تحدد المصلحة المتعاقدة أجل تنفيذ الأشغال الخاصة بكل حصة على حدى، في إطار رزنامة مفصلة لتنفيذ الأشغال التي تتضمن أجل تنفيذ مجمل الحصص، بحيث تحدد هذه الرزنامة تواريخ التدخل المتعلقة بكل حصة وتركيبها وتسلسلها وترابطها[6].

وقد تكون صفقة الأشغال على شكل أقساط اشتراطيه تحدد المصلحة المتعاقدة أجل تنفيذ أشغال كل قسط، وهذا ضمن رزنامة مفصلة شاملة لتنفيذ الأشغال بما في ذلك أجل تنفيذ مجمل الأقساط وفي حدود أجل تنفيذ الصفقة العمومية للأشغال بأقساط اشتراطيه، بحيث تحدد هذه الرزنامة تواريخ التدخل المتعلقة لكل قسط وتركيبها وتسلسلها وترابطها مع الأقساط الأخرى[7].

إلا أن مدة الانجاز في صفقات الأشغال ذات الطلبات[8]، وفي عقود البرنامج[9]، يعبر عنها بفترة الصلاحية المحددة فإن المتعامل المتعاقد ينفذ موضوع الصفقة أو عقد البرنامج بناء على أجل أو عدة آجال

---

[1] تنص المادة 28 الفقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، على مايلي "..يشمل الأجل الإجمالي لتنفيذ الصفقات العمومية للأشغال ما يأتي:
- فترة تحضير الأشغال المحددة في المادة 29 من دفتر البنود الإدارية العامة هذا.
- أجل تنفيذ الصفقة العمومية للأشغال بما في ذلك نزع منشآت الورشة وإعادة الأرضيات والمواقع إلى حالتها الأصلية المحددة في المادة 30 من دفتر البنود الإدارية العامة هذا...".

[2] طبقا لنص المادة 29 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

[3] كما ورد بنص المادة 30 من نفس المرسوم التنفيذي.

[4] بحسب ما نصت عليه المادة 30 الفقرة 2 من نفس المرسوم التنفيذي.

[5] كما نصت عليه المادة 30 الفقرة 3 من نفس المرسوم التنفيذي.

[6] طبقا لنص المادة 30 الفقرة 4 من نفس المرسوم التنفيذي.

[7] بالرجوع إلى نص المادة 30 الفقرة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

[8] صفقة الطلبات هي "كل صفقة إنجاز أشغال أو اقتناء اللوازم أو تقديم الخدمات أو إنجاز الدراسات ذات النمط العادي والطابع المتكرر" حسب ما نصت عليه المادة 33 الفقرة 1 من ق.ص.ع رقم 23-12.

[9] طبقا لنص المادة 33 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 يعتبر عقد البرنامج من العقود المبرمة في شكل اتفاقية سنوية أو متعددة السنوات تكون مرجعا ويمكن أن تتداخل في سنتين ماليتين أو أكثر، ويتم تنفيذها من خلال صفقات تطبيقية تبرم وفقا لأحكام هذا المرسوم، لا يمكن أن تتجاوز مدتها 5 سنوات، تحدد فيها المصلحة المتعاقدة طبيعة الخدمات الواجب تأديتها

تنفيذ معبر عنها في حدود هذه الفترة، وحسب الحالة في إطار سندات طلب للصفقات ذات الطلبات أو في إطار صفقات التطبيق بالنسبة لعقود البرنامج، فتحدد المدة بسنة (1) واحدة قد تكون ثابتة أو قابلة للتجديد في حدود خمس(5) سنوات[1].

غير أنه إذا تعلق الأمر بصفقة اقتناء اللوازم؛ فإن مدة التنفيذ في إطارها تختلف بحسب محل العقد، الذي يمكن أن يكون في شكل أداء واحد فإن المدة التي يلتزم فيها المورد تكون فورية وليست زمنية تنقضي بتسليم السلع محل العقد، ولكن إذا كان محل عقد الصفقة اقتناء لوازم في شكل عدة أداءات فيتم تنفيذها بصورة متعاقبة كما هو الحال بالنسبة لصفقة اقتناء لوازم ذات الطلبات[2]، وبالتالي فمدة تنفيذ صفقة اقتناء لوازم قد يتم في إطار مدة إجمالية يتم بانتهائها تنفيذ محل هذه الصفقة، وقد تنقسم مدة تنفيذ صفقة اقتناء لوازم إلى التنفيذ على مراحل فيخصص لكل مرحلة مدة معينة ضمن المدة الإجمالية للتنفيذ[3].

2- بداية مدة التنفيذ وانقضاءها:

لمعرفة بداية مدة تنفيذ عقد الصفقة العمومية أهمية بالغة، وقد اختلف شراح القانون في تحديد بداية مدة التنفيذ، وتنقضي الصفقة من خلال أداء المتعامل لكامل التزاماته التعاقدية في المدة المحددة له.

أ- بدء سريان مدة تنفيذ الصفقة العمومية:

اختلف الفقه حول تاريخ بداية مدة التنفيذ؛ فهناك من رأى بأن بداية تنفيذ الأشغال تتحدد من اليوم التالي لإبلاغ المتعاقد بقبول عطاءه، في حين يرى البعض الآخر بأن تاريخ الانطلاق في تنفيذ الأشغال يكون ابتداء من تاريخ التبليغ بأمر الخدمة لبدء الأشغال[4]، وهذا الرأي الأخير هو الرأي الراجح على اعتبار أن تاريخ تبليغ المتعاقد بقبول عطاءه والتصديق على العقد يمثل تاريخ لبداية سريان مدة العقد وليس مدة تنفيذ العقد[5].

مدة تنفيذ العقد؛ قد تبدأ أيضا من خلال ممارسة بعض الأعمال مثل تسليم الرسوم والمقاسات أو تسليم موقع العمل خاليا من الشواغل إلى المتعاقد أو من خلال المباشرة الفعلية من قبل المتعاقد بالعمل، كتحضير مستلزمات العمل ومعدات الإنشاء وتنصيب الورشة بغض النظر عن صدور قرار كتابي من الإدارة بالمباشرة في الانجاز، كما قد تبدأ مدة التنفيذ في اليوم التالي لانتهاء المدة التي يتفق عليها طرفي العقد والتي يجب أثناءها أداء الأعمال، كأن يحدد الطرفين تاريخ بدء الأعمال بعد شهرين من تاريخ الاتفاق[6].

في هذا الإطار اتجه المشرع الجزائري؛ إلى القول بأن أجل تنفيذ الصفقة العمومية للأشغال يتوافق مع الفترة الممتدة من تاريخ التبليغ بأمر الخدمة ببدء الأشغال إلى غاية تاريخ انقضاء أجل التنفيذ المتفق عليه، حسب نص المادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219.

بينما حدد المشرع المصري تاريخ بداية تنفيذ صفقة التوريد انطلاقا من نص المادة 74 الفقرة 1 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات بقولها: "تبدأ المدة المحددة للتوريد من اليوم التالي لإخطار المورد بأمر التوريد- إلا إذا أتفق على خلاف ذلك-..." وهذا طبعا إذا ما اقتضت مدة تنفيذ العقد

وأهميتها، والموقع ومبلغ عقد البرنامج ورزنامة إنجازه، ويتم الالتزام القانوني بها عن طريق تبليغ الصفقات التطبيقية للمتعامل المتعاقد في حدود الالتزام المحاسبي بها، مع مراعاة سنوية الميزانية عند الاقتضاء،كما أنها تخضع في إبرامها إلى نفس إجراءات إبرام الصفقات.

[1] طبقا لنص المادة 31 من نفس المرسوم التنفيذي.

[2] Christophe LAJOYE,op. cit ,p.29.

[3] هاني عبد الرحمان إسماعيل، المرجع السابق، ص.742.

[4] هاني عبد الرحمان إسماعيل، المرجع السابق، ص.746.

[5] محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.196.

[6] نفس المرجع، ص.196.

من المورد الالتزام بالتنفيذ خلال مدة زمنية معينة قد تكون محددة بالأيام أو الشهور، ومع ذلك قد تحدد مدة تنفيذ العقد فتفرض على المورد الالتزام بالتنفيذ في تاريخ محدد بذاته[1].

كما حدد أيضا تاريخ لبداية الأشغال إذا كانت الصفقة صفقة أشغال طبقا لنص المادة 24 الفقرة 2 من نفس اللائحة حيث نصت على: "...تبدأ المدة المحددة لتنفيذ عقود الأعمال من التاريخ الذي يسلم فيه الموقع للمقاول خاليا من الموانع – إلا إذا اتفق على خلاف ذلك- ويكون التسليم بموجب محضر يوقع عليه الطرفين ومحرر من نسختين تسلم إحداهما للمقاول وتحتفظ الجهة الإدارية بالنسخة الأخرى، وإذا لم يحضر المقاول أو مندوبه في التاريخ الذي حدد له في أمر الإسناد، فيحرر محضر بذلك ويعتبر هدا التاريخ موعدا لبدء تنفيذ العمل..."[2].

ب- انقضاء مدة تنفيذ الصفقة العمومية:

يرى الفقه بأن مدة تنفيذ العقود الإدارية بتسليم موضوع الصفقة المتفق عليها، مادام أن المتعاقد مع الإدارة قد أتم الأعمال المنوطة به بموجب العقد قبل التاريخ المحدد مسبقا لانقضاء مدة الصفقة، كما لو سلم المقاول المنشأة التي قام بتشييدها أو ترميمها وإعادة تهيئتها أو قام المورد بتسليم السلع والأصناف إلى المصلحة المتعاقد معها [3]، وهي حسب المشرع الجزائري تنتهي في صفقات الأشغال إلى غاية انقضاء أجل التنفيذ[4].

ثانيا- أثر تأخر المتعامل المتعاقد في تنفيذ الصفقة العمومية في المدة المتفق عليها:

يقع واجب احترام المدة اللازمة لتنفيذ العقد على المتعامل المتعاقد أكثر من المصلحة المتعاقدة هذا، لأن هذه الأخيرة تعتبر القائمة على حسن سير المرافق العامة فتكون بطبيعتها أكثر حرصا على تنفيذ العقد في المدة المحددة له وعليه ناذرا ما تخل بهذا التزام، إذ لا يعرجع تعديلها لمدة التنفيذ بالزيادة أو النقصان أو تأجيلها مدة التنفيذ لدواعي معينة من قبيل خطأها العقدي مادام أن هذا التعديل أو التأجيل يصب في مقتضيات المرفق العام[5].

في حين تتطلب المدة اللازمة لأداء الأشغال أو التوريدات أو الدراسات من المتعامل المتعاقد واجب الالتزام باحترامها، لأن أي إخلال بتنفيذ العقد في المدة المحددة له إنما يؤثر سلبا على المرفق الذي أُبرم لأجله العقد فتختل معه تلبية احتياجات المنتفعين من خدمات هذا المرفق[6].

بالنظر لأهمية مدة التنفيذ تلك فإنها تشكل في حال ما أخل المتعاقد بتنفيذ موضوع العقد في خلالها - في ما عاد إذا كان ذلك الإخلال راجع لسبب خارج عن إرادته كالقوة القاهرة أو فعل المصلحة المتعاقدة[7]- خطأ عقديا يقيم مسؤوليته التعاقدية، ويكون للإدارة المتعاقدة أن توقع عليه غرامات التأخير إذ يكفي لفرض هذا الجزاء على المتعاقد المقصر مجرد التأخير في التنفيذ ولو لم يصب المصلحة المتعاقدة ضرر جسيما جراء ذلك.

لهذا حضي واجب الالتزام بتنفيذ العقد في المدة المحددة له باهتمام كل من التشريع والقضاء، فعلى المستوى التشريعي، نص المشرع المصري على إلزامية التنفيذ في المدة المحددة لإتمام العقد في نص

---

[1] إسماعيل هاني عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.44.

[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، 271-273.

[3] Christophe LAJOYE, op. cit, p.168.

[4] كما جاء في نص المادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

[5] Christophe LAJOYE, Droit des marchés publics, op. cit, p.168.

[6] إبراهيم الشارف الطاهر تفوقه، المرجع السابق، ص.116.

[7] نفس المرجع، ص.121 إلى 124.

المادة 90 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 المعدل بالقانون رقم 5 لسنة 2005[1]، بالإضافة إلى ما رتبه من خلال المادة 23 من نفس القانون من جزاءات يحق للإدارة المتعاقدة توقيعها على المتعاقد معها عن كل تأخير يصدر عنه في تنفيذ العقد[2]؛

وأما المشرع الجزائري فلم يقل اهتمامه عن باقي المشرعين؛ حيث اعتبر مدة التنفيذ من بين البيانات الإلزامية التي يجب أن تشير إليها كل صفقة عمومية طبقا لنص المادة 95 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، كما تطرق إلى الجزاءات لتي تترتب على إخلال المتعامل المتعاقد وتأخره عن التنفيذ في المدة اللازمة لذلك من خلال نص المادة 84 من قانون الصفقات العمومية رقم 23-12[3]، بالإضافة إلى نصه على الكيفيات المتعلقة بالأجل الإجمالي لتنفيذ صفقة الأشغال ومدتها وكذا أحكام التعديل فيها وتأجيلها في إطار المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن دفتر الشروط الإدارية العامة لصفقة الأشغال[4].

أما على المستوى القضائي؛ فقد صدرت العديد من الأحكام كثيرا ما أكدت على حق الإدارة في استحقاق غرامات التأخير باعتبارها من الضمانات المقررة لتنفيذ العقود الإدارية في مواعيدها منها ما صدر عن المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ 04 ماي 1993 في حكم لها جاء فيه أن "غرامة التأخير في العقود الإدارية مقررة ضمانا لتنفيذ العقود في المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد ولذا فان الغرامات التي ينص عليها في تلك العقود توقعها جهات الإدارة من تلقاء نفسها دون أن تلتزم بإثبات حصول الضرر..."[5]، كما قررت المحكمة العليا في الجزائر في قرار لها صدر بتاريخ 16 ديسمبر 1989 في القضية مابين (ع ط) ضد (و ف حرف) بأن غرامة التأخير تطبق عند عدم تكملة الأشغال في الآجال على أساس مواجهة بسيطة بين تاريخ انقضاء الأجل المتعاقد عليه وتاريخ الاستلام[6].

المطلب الثاني: إخلال المتعامل المتعاقد بالتزام التنفيذ الشخصي للصفقة العمومية

يتطلب تنفيذ عقود الصفقات العمومية كمبدأ عام؛ وجوب أن يقوم المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة بتنفيذ التزاماته التعاقدية بصفة شخصية وهذا المبدأ يقوم على فكرة الاعتبار الشخصي، لذلك يتطلب القضاء الإداري من المتعاقد أن يبذل أقصى درجة من العناية والحرص في تنفيذ التزاماته على أن يقوم بتنفيذها بنفسه، فيمنع عليه إحلال غيره مكانه في التنفيذ إلا بموافقة الإدارة المتعاقد معها[7].

---

[1] القانون رقم 89، المتعلق بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات، المؤرخ في 08 ماي 1998، ج.ر للجمهورية المصرية، العدد 19 مكرر، صادرة في 15 ماي 1998.

[2] تنص هذه المادة 23 على: "إذا تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له، جاز للسلطة المختصة لدواعي المصلحة العامة، إعطاء المتعاقد مهلة إضافية لإتمام العقد، على أن توقع عليه غرامة عن مدة التأخير طبق للأسس وبالنسب وفي الحدود التي تبينها اللائحة التنفيذية...".

[3] جاء في نص المادة 84 الفقرة 1 من ق.ص.ع رقم 23-12 " ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة، أو تنفيذها غير المطابق فرض عقوبات مالية دون الإخلال بالعقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به...".

[4] أنظر القسم الثالث المتضمن الكيفيات المتعلقة بالأجل الإجمالي لتنفيذ الأشغال وأجل تنفيذ الأشغال ومدتها، المواد 28، 29، 30 و31، وأيضا القسم الخامس المتضمن تعديل وتأخير أجل التنفيذ ومدة الصفقة العمومية للأشغال المواد 37 و38 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتعلق بدفتر البنود الإدارية العامة الخاصة بصفقة الأشغال.

[5] إبراهيم المنجي، المرجع السابق، ص.322.

[6] قرار المحكمة العليا مؤرخ في 16 ديسمبر 1989، الملف رقم 65145، الغرفة الإدارية، المجلة القضائية لسنة 1991، عدد 01، الجزائر، ص.133.

[7] كما نصت عليه المادة 93 الفقرة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن تنظيم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

الفرع الأول: مفهوم فكرة الاعتبار الشخصي في مجال الصفقات العمومية

تعود أهمية فكرة الاعتبار الشخصي في مجال الصفقات العمومية إلى الصلة الوثيقة بين الصفقة العمومية ومبدأ سير المرفق العام بانتظام واستمرار، حيث تتولى المصلحة المتعاقدة وهي بصدد عملية اختيار المتعامل المتعاقد التأكد من توافر اعتبارات خاصة تتعلق بهذا الأخير كالكفاية المالية والمقدرة الفنية وحسن السمعة...الخ لكي تضمن تنفيذ الصفقة بدقة ووفق الشكل المطلوب على نحو يحقق الصالح العام[1]، الأمر الذي أكد عليه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 53 من المرسوم الرئاسي 15-247 أين ألزم المصلحة المتعاقدة بضرورة أن تخصص الصفقة العمومية إلا للمؤسسات التي يعتقد أنها قادرة كيفما كانت طريقة الإبرام المقررة، ومن خلال أيضا المادتين 43 و44 من قانون الصفقات العمومية 23-12[2]، مما يجعلها تتمتع بسلطة تقديرية في الامتناع عن التعاقد مع شخص لا ترتضيه إذا دخل منافسا في عروضها، كما أنها تملك في المرحلة الأخيرة لإبرام العقد أن ترفض التعاقد مع شخص أوصت لجنة التقييم بالتعاقد معه[3].

وقد حرص المشرع المصري على تأكيد فكرة الاعتبار الشخصي، حيث نص في المادة 13 من قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 على أنه "يجوز للجنة البت أن تعهد إلى لجان فرعية تشكلها من بين أعضائها بدراسة النواحي الفنية والمالية في العطاءات المقدمة ومد مطابقتها للشروط المعلنة، وكذا بالتحقق من توافر شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة في شأن مقدمي العطاءات، وللجنة البت أن تضم لعضوية تلك اللجان من ترى الاستعانة برأيهم من أهل الخبرة، وتقدم اللجان الفرعية تقارير بنتائج أبحاثها وتوصياتها إلى لجنة البث"، كما نص أيضا في المادة 14 من نفس اللائحة على أن "تمسك كل جهة من الجهات التي تسري عليها أحكام هذا القانون، سجلا لقيد الأسماء والبيانات الكافية الموردين والمقاولين وبيوت الخبرة والاستشاريين والفنيين"[4].

إن أهمية فكرة الاعتبار الشخصي؛ لا تقتصر على مرحلة اختيار المتعامل المتعاقد وإنما تمتد إلى غاية تنفيذ العقد وحتى انقضاءه، فالتزام المتعاقد مع الإدارة بأداء التزاماته التعاقدية بنفسه يعتبر من القواعد العامة في عقود الصفقات العمومية لا يمكن مخالفته حتى لو لم ينص عليه العقد، بل يجب أن يتم تنفيذ العقد بحسن نية وبذل عناية حريصة لتحقيق ما أتفق عليه بما يكفل دوام سير المرفق العام[5].

وعليه ذهب المشرع الجزائري؛ إلى إلزام المتعامل المتعاقد أن يكون حاضرا في الورشة خلال كل فترة تنفيذ للأشغال، أو أن يقوم بطلب موافقة المصلحة المتعاقدة على ممثل مؤهل بإمكانه أن يحل محله متى كان هذا الممثل يمتلك الإمكانات اللازمة لضمان تنفيذ الأشغال موضوع الصفقة دون تأخير أو توقيف بسبب غياب المتعاقد الأصلي[6]، وبالتالي فإن التنفيذ الشخصي لا يعني في هذا الإطار التنفيذ المادي للعقد

---

[1] أحسن سليمان خربيط، المرجع السابق، ص94. وأيضا فوزية سكران، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقدين معها في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص167.

[2] تنص المادة 43 من ق.ص.ع رقم 23-12 على: "يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من قدرات المرشحين والمتعهدين التقنية والمهنية والمالية قبل القيام بتقييم العروض التقنية".

وتنص أيضا المادة 44 من نفس القانون على: "تستعلم المصلحة المتعاقدة أثناء تقييم الترشيحات عند الاقتضاء عن قدرات المتعهدين حتى يكون اختيارها لهم اختيارا سديدا، مستعملة في ذلك كل وسيلة قانونية ولاسيما لدى مصالح متعاقدة أخرى وإدارات وهيئات مكلفة بمهمة مرفق عمومي ولدى البنوك والممثليات الجزائرية في الخارج".

[3] طارق سلطان، المرجع السابق، ص. 342.

[4] إسماعيل هاني عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.684.

[5] إبراهيم الشارف الطاهر تفوقة، المرجع السابق، ص.98.

[6] كما ورد بنص المادة 43 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

من طرف المتعامل المتعاقد بقدر ما يعني مسؤوليته الشخصية في تنفيذ موجبات العقد[1]، فلا يعفى المتعامل المتعاقد من تلك المسؤولية متى ما ارتكب ممثله غشا وعيوبا في تنفيذ الأشغال[2].

الفرع الثاني: صور إخلال المتعامل المتعاقد بالتزام التنفيذ الشخصي في تنفيذ للصفقة العمومية

إن المسؤولية التعاقدية للمتعامل المتعاقد؛ قد تثور أثناء تنفيذ الصفقة العمومية إذا ما أخل بالتزام التنفيذ الشخصي للالتزامات المفروضة عليه في إطار بنود العقد، وذلك بأن يتنازل عن الصفقة لغيره أو يتعاقد من الباطن مع غيره دون علم وموافقة المصلحة المتعاقدة، مما يقيم سلطة هذه الأخيرة في توقيع الجزاءات المناسبة.

أولا- التنازل عن تنفيذ الصفقة العمومية دون موافقة المصلحة المتعاقدة:

قد يؤدي تنازل المتعامل المتعاقد عن الصفقة لأحد الأشخاص دون موافقة المصلحة المتعاقدة إلى توقيع أقسى الجزاءات عليه كالفسخ ويتحمل أيضا خطأ المتنازل إليه المرتبط بتنفيذ العقد الأصلي لأن ذلك يعتبر خطأ عقديا.

1- المقصود بالتنازل عن تنفيذ الصفقة العمومية:

يقصد بالتنازل عن العقد؛ أن يستبدل المتعاقد الأصلي بطرف ثالث يحل محله في تنفيذ العقد بحيث يصبح الطرف الثالث المتنازل إليه مدينا مباشرة للإدارة بالالتزامات التي أنشأها العقد، على أن يستفيد في الوقت نفسه من الحقوق التي رتبها العقد لمصلحة المتنازل[3].

ولكي يعتبر تنازل المتعامل المتعاقد تصرفا قانونيا يفترض أن يكون هناك نصا قانونيا يبيحه إلى جانب الموافقة الصريحة من المصلحة المتعاقدة بهذا التنازل حتى يكون نافذا في مواجهتها[4].

2- أثر تنازل المتعامل المتعاقد عن تنفيذ الصفقة العمومية دون موافقة المصلحة المتعاقدة:

يكون تنازل المتعاقد عن العقد دون موافقة المصلحة المتعاقدة باطلا بطلانا مطلقا[5]؛ كما لا يمكن أن يحتج به في مواجهة المصلحة المتعاقدة، فلا يكون بين المتنازل إليه وبين هذه المصلحة أي علاقة ويبقى المتعامل المتعاقد المسؤول الوحيد في مواجهة المصلحة المتعاقدة كما لو كان هذا التنازل غير قائم[6].

فإذا ما تنازل المتعامل المتعاقد عن تنفيذ الصفقة العمومية دون مبرر -كأن وجد نفسه فازا بصفقتين أو أكثر، فيختار تنفيذ الصفقة العمومية التي يرى فيها تحقيق هامش ربح أكبر من باقي الصفقات الأخرى، أو أنه كان قد شارك في هذه الصفقات بنفس الوسائل المادية والبشرية ومن تم لا يكون قادرا من الناحيتين المالية والفنية على تنفيذ عدة صفقات في آن واحد-، يكون قد ارتكب خطأ جسيما يقيم مسؤوليته التعاقدية ويبرر توقيع أقسى الجزاءات عليه كفسخ العقد على مسؤوليته حسب نظر مجلس الدولة الفرنسي[7].

---

[1] أحسن سليمان خربيط، المرجع السابق، ص.95.

[2] طبقا لنص المادة 43 الفقرة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

[3] عبد اللطيف قطيس، المرجع السابق، ص.100.

[4] وموافقة الإدارة المتعاقدة على طلب التنازل المقدم من قبل المتعاقد معها تكون في غالب الأحيان إذا ما طرأ خلال تنفيذ العقد اختلال بالغ في المقدرة المالية أو الكفاءة الفنية للمتعاقد بحيث تتطلب المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام إيجاد حل سريع لتنفيذ موضوع العقد كون الأخذ بعين الاعتبار شخصية المتعاقد لا يشكل هدفا بقدر ما يمثل وسيلة لضمان تنفيذ الالتزامات التعاقدية المتولدة عن العقد. طارق سلطان، المرجع السابق، ص.349.

[5] إبراهيم الشارف الطاهر تفوقه، المرجع السابق، ص.102.

[6] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.436.

[7] حكم مجلس الدولة الفرنسي في 2 جانفي 1924 في قضية Cie départ des eaux، مشار إليه لدى سليمان محمد الطماوي، نفس المرجع، ص.437.

هذا لأن تنازل المتعامل المتعاقد بهذا الشكل، يعتبر هدما صارخا لقاعدة الاعتبار الشخصي التي تفترضها طبيعة العقود الإدارية بصفة عامة خصوصا وأنها عقود ترتبط بتسيير مرافق عامة[1]، إذ من غير الممكن أن يتنازل المتعامل المتعاقد لشخص غيره عن العقد فتجد المصلحة المتعاقدة نفسها أمام طرف أجنبي لا تعلم عنه شيء وقد لا تتوافر فيه الاعتبارات المطلوبة عند إبرام العقد مما يؤدي إلى عرقلة تنفيذ العقد ومن تم الإضرار بالمصلحة العامة[2].

أ- رأي الفقه والقضاء الإداريين حول تنازل المتعامل المتعاقد عن تنفيذ الصفقة العمومية:

اتفق كل من الفقه والقضاء الإداريين على حضر تنازل المتعامل المتعاقد عن تنفيذ الصفقة ومنحها لطرف ثالث يكون أجنبيا عن العلاقة التعاقدية القائمة بينه وبين المصلحة المتعاقدة دون موافقة هذه الأخيرة[3]، وذلك على أساس أن التنازل عن العقد بدون موافقة المصلحة المتعاقدة هو من أشد أنواع المخالفة لمبدأ الالتزام الشخصي بتنفيذ العقد[4]، بينما يجوز تنازل المتعامل المتعاقد عن تنفيذ الصفقة العمومية إذا ما حصل على موافقة المصلحة المتعاقد معها حسب ما ذهب إليه الفقيه الفرنسي جيز على أن تتولى هذه الأخيرة إجراء عقد صفقة جديدة مع متعاقد جديد تختاره هي بنفسها تعتقد أنه قادر على تنفيذ العقد[5].

ب- موقف المشرع الجزائري حول تنازل المتعامل المتعاقد عن تنفيذ الصفقة العمومية:

إن المشرع الجزائري وحرصا منه على فكرة الاعتبار الشخصي في تنفيذ الصفقة العمومية منع على المتعامل المتعاقد التنازل على تنفيذ صفقته العمومية قبل نفاذ آجال صلاحية العروض بدون سبب مبرر معتبرا مخالفة المتعامل المتعاقد لهذا المنع إخلالا يبرر لجوء المصلحة المتعاقدة إلى إقصاء هذا المتعاقد إقصاء مؤقتا تلقائيا حسب نص المادتين 75 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام و4 من القرار المتضمن كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية المؤرخ في 19 ديسمبر 2015.

وبالرجوع إلى المشرع المصري فقد منع هو الآخر التنازل على تنفيذ العقد للغير -ماعدا التنازل على المبالغ المستحقة للمتعاقد كلها أو جزء منها للبنوك دون سواها شريطة تصديق البنك المتنازل إليه-، كما أشارت إليه اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998رقم 89 لسنة 1998[6].

ثانيا- التعاقد مع الغير بموجب عقد المناولة دون موافقة المصلحة المتعاقدة:

---

[1] عبد العليم مشرف، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة نشر، ص.59.

[2] أحسن سليمان خربيط، المرجع السابق، ص.99.

[3] في هذا الإطار صدرت عدة أحكام قضائية منها ما أقر بها مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه كحكمه الصادر في قضية Commune de Lesparron الصادر بتاريخ 05 جانفي 1951، وما تقرر في ذات السياق عن المحكمة الإدارية العليا في مصر كحكمها الصادر بتاريخ 28 ديسمبر1963، مشار إليه لدى عبد العليم مشرف، المرجع السابق، ص.66.

[4] نفس المرجع، ص.59 و60.

[5] عبد اللطيف قطيس، المرجع السابق، ص.100.

[6] جاء في المادة 76 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998: "لا يجوز للمتعهد أو المقاول النزول عن العقد أو عن المبالغ المستحقة كلها أو بعضها، ومع ذلك يجوز أن يتنازل عن تلك المبالغ لأحد البنوك، ويكتفي في هذه الحالة بتصديق البنك، ويبقى المتعهد أو المقاول مسؤولا عن تنفيذ العقد ولا يخل قبوله بما يكون لجهة الإدارة قبله من حقوق".

تظهر أهمية شرط الموافقة المسبقة على عقد المناولة في تمكين الإدارة من معرفة الأسباب التي دفعت المتعاقد إلى التعاقد مع الغير على تنفيذ جزء من الصفقة ومعرفة ما إذا كان هذا التعاقد سوف لن يضر بتنفيذ العقد، كما أنه يسمح للإدارة من أن تتأكد بأن المتعاقد معه المناول أهلا لتنفيذ العقد وأن الجزء المتنازل عليه لهذا الأخير مما يقبل التعاقد بموجب المناولة في شأنه[1]، فلا يتصور أن يترك للمتعاقد حرية التعاقد مع من يشاء وعلى أي جزء من الأعمال موضوع العقد مما قد يضر بضمان تنفيذ العقد وتحقيق المصلحة العامة[2] ، غير أنه في الواقع قد يقدم المتعاقد على إبرام عقد المناولة دون موافقة الإدارة المتعاقد معها، ومن تم يثور التساؤل حول ما مصير هذا التعاقد؟.

قبل الإجابة على هذا التساؤل وجب معرفة مدلول عقد المناولة وخصائصه.

1- المقصود بعقد المناولة:

نكون أمام عقد المناولة؛ متى ما اتفق المتعامل المتعاقد مع شخص آخر على تنفيذ جزء من الأعمال موضوع الصفقة[3]، والتعاقد من الباطن يمثل أحد صور المعاونة في تنفيذ الصفقات العمومية، هذا إذا كانت الصفقة العمومية من قبيل الصفقات التي تقبل التجزئة لاعتبارات طبيعة العمل وتقسيماته من حيث التخصص المطلوب وكذا المتطلبات الفنية للإنجاز[4]، خصوصا وأن عملية تنفيذ الصفقات العمومية في الوقت الراهن أصبحت تتطلب في الكثير من الأحيان تظافر الجهود نظرا لتطور الاحتياجات العامة وازديادها من جهة وأساليب العمل وتقنيات الإنجاز من جهة أخرى تحقيقا للتنمية المرجوة.

ومن بين تعاريف الفقهاء لهذا الشكل من التعاقد؛ نذكر على سبيل المثال في الفقه الفرنسي "التعاقد من الباطن هو عبارة عن تصرف قانوني بموجبه يعهد المتعاقد مع الإدارة إلى شخص أخر المتعاقد من الباطن بتنفيذ جزء من محل العقد الأصلي، على أن يبقى المتعاقد الأصلي مسؤولا عن تنفيذ العقد برمته وضامنا للمتعاقد من الباطن"، حسب رأي الفقيه الفرنسي ديلوبادير[5]، أو أنه "ذلك العقد الذي يسمح للمتعاقد المشترك بدلا من أن ينفذ الالتزامات الملقاة على عاتقه بأن يكلف شخص آخر بتنفيذ هذه الالتزامات، ومثالها المقاولة من الباطن حينما يعهد المقاول الأصلي إلى المقاول من الباطن بتنفيذ جزء من الأعمال الموكلة إليه" حسب تعريف الفقيه ألين بينابن[6].

أما في الفقه العربي؛ يطلق على عقد المناولة تسمية التعاقد من الباطن بحيث عرفه طارق سلطان بأنه "العملية التي يقوم من خلالها المتعاقد بتكليف شخص آخر وتحت مسؤوليته يحمل وصف المتعاقد من الباطن بتنفيذ كل أو جزء من العقد المبرم بينه وبين المصلحة المتعاقدة"[7]، كما عرفه أيضا فؤاد العطار بأنه "الاتفاق الذي بمقتضاه يتخلى المتعاقد الأصلي عن كل أو جزء من العقد المبرم مع الإدارة، لصالح شخص آخر على أن يبقى مسئولا بصفة شخصية أمام الإدارة عن تنفيذ العقد الأصلي"[8]، أما عبد العليم مشرف فقد عرف التعاقد من الباطن على أنه "تصرف قانوني بموجبه يعهد إلى شخص آخر (المتعاقد من

---

[1] صباح المصري، المرجع السابق، ص.317.

[2] عبد العليم مشرف، المرجع السابق، ص.111.

[3] André de laubadère, op. cit, p.105.

[4] عيسى عبد القادر الحسن، المرجع السابق، ص.42.

[5] Michel VILLARD, Yver Bachelot BACHELOT, Jean-Michel ROMERO, Droit et pratique des marchés publics de travaux: Passation, execution, financement, éditons. du moniteur, Paris,1981, p.271.

[6] عامر عاشور عبد الله البياتي، التعاقد من الباطن، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2013، ص.19.

[7] طارق سلطان، المرجع السابق، ص.360.

[8] عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، دار المكر العربي، القاهرة، ط1، 1975، ص.126.

الباطن) بتنفيذ جزء من محل العقد الأصلي، على أن يبقى المتعاقد الأصلي مسؤولا عن تنفيذ العقد برمته وضامنا للمتعاقد من الباطن"[1].

أما على المستوى التشريعي نجد أن المشرع الجزائري عرف المناولة من خلال نص المادة 82 من القانون رقم 23-12 المحدد للقواعد العامة المطبقة على الصفقات العمومية على أنها عقد يمنح بموجبه المتعامل المتعاقد للمناول تنفيذ جزء من الصفقة العمومية حيث لا يمكن أن تتجاوز 40 بالمائة من مبلغ الصفقة العمومية، أما إذا كان المتعامل المتعاقد معه أجنبيا فلا يحق لهذا الأخير أن يتعاقد بموجب عقد المناولة على مالا يقل عن 30 بالمائة من المبلغ الأولي للصفقة مع مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري.

من خلال التعاريف السالفة الذكر؛ يُستخلص أن التعاقد بطريق المناولة هو بمثابة تنازل جزئي عن تنفيذ محل العقد تحت مسؤولية المتعاقد الأصلي، وبالتالي لا يحل للمناول أن يحل محل المتعاقد الأصلي حلولا كاملا في تنفيذ العقد مادام أن المتعاقد الأصلي يظل ضمانا ومسؤولا بشكل شخصي عن التنفيذ الكامل للعقد، مما لا يؤدي إلى المساس بفكرة الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقود الإدارية[2].

وعليه فإن التعاقد بطريق المناولة لا يؤدي إلى إنهاء العلاقة التعاقدية بين المتعاقد الأصلي والإدارة، بل تظل هذه العلاقة قائمة ومرتبة لكافة آثارها القانونية، خاصة فيما يتعلق بكل الالتزامات التعاقدية بما فيها الالتزامات المتعاقد بشأنها من الباطن مع الغير[3].

2- خصائص التعاقد بطريق المناولة:

يتميز التعاقد بطريق المناولة بجملة من الخصائص ترد كالتالي:

أ- المناولة عقد رضائي وملزم لجانبين:

يشكل الرضا في عقد المناولة عنصرا أساسيا وشرطا لصحته، فينعقد باتفاق طرفيه (المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن)، واتجاه إرادتهما نحو إحداث أثر قانوني معين ما لم يرد نص أو اتفاق يقض بخلاف ذلك[4]، ويترتب عن عقد المناولة التزامات متقابلة ومتبادلة في جانب كل من المتعاقدين[5].

ب- المناولة عقد مستقل وتبعي:

متى ما نشأ عقد المناولة ؛ فإنه يترتب على ذلك وجود عقدين مستقلين وبأطراف ثلاثة، يمثل العقد الأول العقد الأصلي يربط بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد الأصلي، بينما يربط العقد من الباطن بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن، وبالرغم من استقلال كلا العقدين عن بعضهما البعض من حيث أطرافه وشروطه، إلا أنه ينعقد بالتبعية لوجود عقد أصلي على أساس القيام بعمل معين لصالح صاحب المشروع أي المصلحة المتعاقدة يعهد بتنفيذه للمتعاقد من الباطن من قبل المتعاقد الأصلي[6].

ج- المناولة تنشأ عنها علاقات قانونية ثلاثية:

ينشأ عن عقد المناولة علاقات قانونية ثلاثية متميزة عن بعضها البعض؛ بحيث يكون المتعامل المتعاقد الأصلي ملتزما ومسؤولا أمام المصلحة المتعاقدة، ويكون المتعاقد معه من الباطن ملتزما ومسؤولا أمام المتعامل المتعاقد الأصلي، كما قد تلتزم المصلحة المتعاقدة أحيانا اتجاه المتعاقد من الباطن حسب نظام الدفع المتبع بدفع مستحقات هذا الأخير بشكل مباشر بعد موافقة المتعاقد الأصلي[7].

---

[1] عبد العليم مشرف، المرجع السابق، ص.90.
[2] إبراهيم الشارف الطاهر تفوقه، المرجع السابق، ص.107.
3 عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص.262 و263.
[4] إيلي مسعود خطار، التعاقد من الباطن في التنازع الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، لبنان، 2015، ص. 32.
[5] عامر عاشور عبد الله البياتي، المرجع السابق، ص.23.
[6] عبد العليم مشرف، المرجع السابق، ص.91.
[7] عامر عاشور عبد الله البياتي، المرجع السابق، ص.24.

3- أثر تعاقد المتعامل المتعاقد بعقد المناولة دون موافقة المصلحة المتعاقدة:

يتبين أثر تعاقد المتعامل المتعاقد بعقد المناولة دون موافقة المصلحة المتعاقدة من خلال رأي كل من الفقه والقضاء الإداريين بالإضافة إلى موقف المشرع الجزائري.

أ- رأي الفقه والقضاء الإداريين حول عقد المناولة دون موافقة الإدارة:

يرى فقهاء القانون الإداري أمثال الفقيه ديلوبادير بأن "إجازة الإدارة للتعاقد من الباطن من شأنها فقط أن تجعل هذا التعاقد مشروعا"[1]، وبالتالي يكون التعاقد من الباطن- عقد المناولة بحسب المشرع الجزائري- دون موافقة الإدارة تعاقد غير قانوني مادام أنه غير معلوم لدى الإدارة المتعاقدة صاحبة المشروع[2]، أو أن يكون المتعاقد الأصلي قدم طلبا للإدارة المتعاقد معها بقصد الحصول على ترخيص باللجوء إلى عقد المناولة على جزء من الأعمال، غير أنها رفضت طلبه بناءا على أسباب معقولة كتأكدها من أن الشخص الذي يود التعاقد معه غير قادر على التنفيذ من ناحية المقدرة المالية أو الفنية، وعلى الرغم من ذلك أقدم المتعاقد الأصلي على ابرام عقد المناولة دون موافقتها، فلا يرتب التعاقد بهذا الشكل أي أثر في مواجهة هذه الإدارة متى علمت بتعاقد هذا المتعاقد مع غيره دون موافقتها مما يجيز لها ممارسة سلطتها الجزائية حياله[3]، حسب ما تراه مناسبا للمحافظة على سير المرفق العام وانتظامه[4].

بينما ذهب القضاء الإداري المصري في حكم له قضى فيه بأن "... ما لم توافق جهة الإدارة على التعاقد من الباطن فليس للمتعاقد أن يعهد بتنفيذ الأعمال المطلوبة منه أو الالتزامات التي ارتبط بها إلى شخص آخر...". ومؤكدا "بأن التعاقد من الباطن بدون موافقة الإدارة يعد باطلا بطلانا مطلقا لتعلقه بالنظام العام ويكون خطأ من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد أو إلغاءه باعتبار أن الخطأ كان جسيما جاء فيه"[5].

ب- موقف التشريع حول التعاقد بطريق المناولة دون موافقة المصلحة المتعاقدة:

إذا كان الأصل العام في التعاقد من الباطن هو الإباحة في ظل قواعد القانون الخاص؛ بحيث لا يتطلب إذن سابق من صاحب العمل مادام أن العقد الأصلي لا يتضمن نصا يمنع لجوء المتعاقد الأصلي إلى التعاقد من الباطن طبقا لمضمون المادة 564 من ق.م.ج بنصها "يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العامل تفرض الاعتماد على كفاءته الشخصية، ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولا عن المقاول الفرعي اتجاه رب العمل"، ويقابل هذه المادة نص المادة 323 من ق.م.م التي تنص على "جواز أن يأتي الوفاء من غير المدين وليس للدائن حق الاعتراض إلا إذا كان هناك نص في العقد، أو أن طبيعة الدين تتطلب قيام المدين نفسه بتنفيذ الالتزام والتعاقد من الباطن ما هو إلا وسيلة لتنفيذ الالتزام".

غير أن التعاقد عن طريق المناولة في مجال الصفقات العمومية، وإن كان يتفق مع التعاقد من الباطن المنصوص عليه في قواعد القانون الخاص في إطار جواز اللجوء إليه من حيث ضرورة أن لا يكون هناك نص في العقد الأصلي يحضر التعاقد من الباطن أو كانت طبيعة العمل موضوع العقد تفترض الكفاية الشخصية للمتعاقد الأصلي[6]، إلا أنه يمنع على المتعامل المتعاقد حتى وإن توافرت الشروط السالفة

---

[1] طارق سلطان، المرجع السابق، ص.363.

[2] إيلي مسعود خطار، المرجع السابق، ص.198.

[3] عبد اللطيف قطيس، المرجع السابق، ص.102. وأيضا سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.436.

[4] عبد العليم مشرف، المرجع السابق، ص.141.

[5] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر بتاريخ 27 جانفي 1957 في القضية رقم 198. مشار إليه لدى إيلي مسعود خطار، المرجع السابق، ص.166 و167.

[6] Frédéric ALLAIRE, op. cit, p.104.

الذكر التعاقد من الباطن إلا بموافقة المصلحة المتعاقدة[1]، وإن كانت هذه الموافقة لا تعفي المتعامل المتعاقد الأصلي من مسؤوليته اتجاه هذه الأخيرة عن الإخلال بتنفيذ جزء من العقد المتعاقد بشأنه من الباطن[2].

تطرق المشرع الجزائري إلى التعاقد بطريق المناولة تحت في قانون الصفقات العمومية والمراسيم المنظمة له[3]، حيث أشار إلى ضرورة أن تنص الصفقة العمومية على شروط عمل المناولين واعتمادهم إن وجدوا انطلاقا من نص المادة 95، كما نظم الأحكام الخاصة بعقد المناولة في المادة 82 من قانون الصفقات العمومية رقم 23-12 سبق الإشارة إليها، وكذلك المواد من 140 إلى 144 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، أين أجاز كأصل عام إمكانية منح المتعاقد الأصلي جزء من الصفقة إلى مناول بواسطة عقد مناولة في جميع الصفقات[4]، باستثناء صفقات اللوازم العادية الموجودة في السوق والتي تكون غير مصنعة استنادا إلى مواصفات تقنية خصوصية أعدتها المصلحة المتعاقدة[5].

إلا أن منح المتعامل المتعاقد الأصلي هذه الإمكانية يرتبط بشروط لابد لهذا الأخير مراعاتها تتمثل في:

- ضرورة ألا تتجاوز المناولة نسبة 40 من المائة من المبلغ الإجمالي للصفقة[6]، ووفي حال ما كان المتعامل المتعاقد مؤسسة أجنبية التي تقدم تعهدات بمفردها يجب أن يتم التعاقد على ما لا يقل عن نسبة 30 من المائة من المبلغ الأولي للصفقة مع مؤسسات تخضع للقانون الجزائري[7].

- يجب أن يحدد دفتر الشروط إن أمكن وفي الصفقة صراحة السماح بالمناولة مع تحديد المجال الرئيسي لتدخلها[8].

- وجوب تصريح المتعامل المتعاقد بطلب اعتماد المناولة في العرض أو بعد تبليغه منح الصفقة العمومية وفي أثناء تنفيذ الصفقة لدى المصلحة المتعاقدة ويكون هذا التصريح مرفقا بجميع الوثائق التي من شأنها تبرير القدرات المهنية والتقنية والمالية للمناول[9].

- موافقة المصلحة المتعاقدة مقدما وكتابيا على اختيار المناول والشروط المتعلقة بالدفع له[10]، ولعل اشتراط المشرع موافقة الإدارة المسبقة على المناول مرجعه ضمان تنفيذ العقد على أحسن وجه خصوصا

---

[1] كما أكدته محكمة القضاء الإداري في مصر في حكم لها صادر بتاريخ 27 جانفي 1957 في القضية رقم 198 بتاريخ 27 جانفي 1957 جاء فيه: "...أنه ما لم توافق جهة الإدارة على التعاقد من الباطن فليس للمتعاقد أن يتعهد بتنفيذ الأعمال المطلوبة منه أو الالتزامات التي ارتبط بها إلى شخص آخر...". مشار إليه لدى حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص.358.

2 عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص.264.

[3] وقد عُرفت المناولة في المادة 41 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، على أنها "العملية التي يوكل من خلالها المقاول، لوحده أو منظم في إطار تجمع مؤقت للمؤسسات، بواسطة عقد مناولة وتحت مسؤوليته الكاملة، لمتعامل اقتصادي آخر، يدعى المناول تنفيذ جزء من الصفقة العمومية للأشغال العمومية المبرمة مع المصلحة المتعاقدة".

[4] طبقا لنص المادة 140 الفقرة 1 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[5] طبقا لنص المادة 140 الفقرة 3 من نفس المرسوم الرئاسي.

[6] طبقا لنص المادة 140 الفقرة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[7] طبقا لنص المادة 82 الفقرة 2 من ق.ص.ع رقم 23-12.

[8] كما نصت عليه المادة 95 الفقرة 2 ونص المادة 143 الفقرة 1 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

[9] طبقا لنص المادة 143 من نفس المرسوم الرئاسي، وأيضا كما أشارت إليه المادة 41 الفقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

[10] طبقا لنص المادة 143 الفقرة من نفس المرسوم الرئاسي.

وأن المتعامل الثانوي لا تعرفه ولم ترشحه لتنفيذ جزء من الصفقة[1]، والذي من الممكن أن لا تتوافر فيه المؤهلات اللازمة أو قد يكون مرتكبا لمخالفات تتعلق بالتشريع الجبائي أو التشريع المحاسبي أو التشريع الاجتماعي وغيرها من الأحكام المنصوص عليها في المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247[2].

ويترتب على عدم تصريح المتعامل المتعاقد بالمناول الذي استعان به لتنفيذ جزء من الصفقة دون موافقة مسبقة عليه من طرف المصلحة المتعاقدة متى اكتشفت هذه الأخيرة تواجده بمكان تنفيذ المشروع، إخلال بالتزام بالتنفيذ الشخصي للصفقة تتخذ على إثره المصلحة المتعاقدة ما تراه مناسبا من تدابير قسرية ولكن بعد أن توجه للمتعامل المتعاقد إعذارا بتدارك هذا الوضع في أجل ثمانية (8) أيام[3].

أما موقف المشرع المصري؛ يتبين من خلال الرجوع إلى قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم 1367 لسنة 1998، أين لم يتعرض لمسألة التعاقد بطريق المناولة وبالتالي يمكن تفسير سكوته على ذلك بأنه إجازة للمتعاقد الأصلي باللجوء إلى التعاقد من الباطن متى ما لم ينص العقد على حضره، تطبيقا للقواعد القانونية العامة التي تقضي أن يكون الأصل في التعاقد بطريق المناولة هو الإباحة والأخذ بالحرية التعاقدية[4].

في ذات السياق؛ هناك قرار مجلس الوزراء المصري رقم 2041 لسنة 2000 الذي تطرق إلى تنظيم شروط التعاقد من الباطن مع الشخص الأجنبي، حيث أجاز للمتعاقد الأصلي الاستعانة في تنفيذ الأعمال بمقاولين أو مهندسين من الباطن من غير المصريين إذا لم تتوافر الخبرة المصرية، أو يتطلب لتنفيذ الانجاز خلال مدة زمنية تفوق قدرة المصري"[5].

كما اتجه المشرع الفرنسي إلى تبني عقد المناولة تحت تسمية التعاقد من الباطن في قانون المشتريات الفرنسي رقم 975-2006 طبقا لنص المادة 112 منه على "أنه يستطيع الطرف الأصيل في عقد الأشغال العامة أو عقد الخدمات العامة أو العقد الصناعي أن يتعاقد من الباطن بغية تنفيذ بعض أجزاء من عقده، شريطة أن يكون قد حصل من السلطة المتعاقدة معه على القبول لكل واحد من المتعاقدين من الباطن ولشروط السداد المباشر لهم..."[6].

بالإضافة إلى نصه على أحكام عقد المقاولة من الباطن في القانون رقم 1334 الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1975 المعدل والمتمم[7]، أين ألزم من خلال المادة 3 من هذا القانون المقاول الأصلي بضرورة الحصول على موافقة رب العمل –المصلحة المتعاقدة- على المقاولة من الباطن، بتقديم طلب كتابي بذلك،

---

[1] سعد لقليب وبن الشيخ النوي، المرجع السابق، ص.68.

[2] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.228.

[3] بحسب نص المادة 142 الفقرة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وأيضا المادة 41 الفقرة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

[4] عبد العليم مشرف، المرجع السابق، ص.109 و110.

[5] طبقا لنص المادة 2 من قرار مجلس الوزراء المصري رقم 2041 لسنة 2000، مشار إليه لدى محمد علي سكيكر، موسوعة المناقصات والمزايدات بشأن الجهات الحكومية وشركات قطاع الأعمال العام في مصر والدول العربية، بدون دار نشر، ط 3، 2009، ص.419.

[6] إسماعيل هاني عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.704 و705.

[7] وقد خضع هذا القانون لعدة تعديلات منها القانون رقم 84-46 الصادر بتاريخ 04 جانفي 1984، ثم عدل بالقانون رقم 94-475 الصادر بتاريخ 10 جوان 1994، ليعدل مرة أخرى بموجب الأمر رقم 2000-916 المؤرخ في 19 سبتمبر 2000، وعدل أيضا بموجب القانون رقم 2005-845 الصادر في 26 جويلية 2005. إسماعيل هاني عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.704.

ومتى لم يقبل طلبه من طرف هذا الأخير فإن التعاقد من الباطن لا يقع باطلا وإنما يكون غير نافذا في مواجهته، فتقتصر أثاره على طرفيه (المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن)[1].

إن شرط الموافقة المسبقة من المصلحة المتعاقدة؛ إنما يمثل وسيلة تمكنها من التأكد من تنفيذ العقد على الوجه السليم وبذلك سوف تضمن سير المرفق العام بانتظام وعدم تعرضه للخطر نتيجة تعاقد المتعاقد الأصلي مع أي شخص قد لا يكون أهلا للتنفيذ[2]، ونتيجة لذلك نص المشرع الفرنسي من خلال المادة 49 من قانون الأشغال العامة على أن اللجوء إلى التعاقد من الباطن دون الحصول على موافقة صاحب المشروع عليه وعلى شروط الدفع الخاصة به، يعرض المتعاقد الأساسي للعقوبات التعاقدية أبرزها فسخ العقد على مسؤوليته[3].

ومما لاشك فيه؛ أن التعاقد بطريق المناولة دون موافقة المصلحة المتعاقدة يكون باطلا ولا يعتد به من الناحية القانونية فلا يمكن الاحتجاج به في مواجهة المصلحة المتعاقدة[4]، ويظل المتعامل المتعاقد الأصلي مسئولا أمام جهة الإدارة وملزما بكامل الالتزامات التعاقدية ولا يمكنه التنصل منها أو الدفع بخطأ ما ارتكبه المتعاقد من الباطن لإعفاء نفسه من المسؤولية هذا من جهة[5]، ومن جهة أخرى يكون تصرفه باللجوء إلى التعاقد بطريق المناولة دون موافقتها خطأ جسيما يمنح المصلحة المتعاقدة حق سحب العمل منه وفسخ العقد على مسؤوليته دون الإخلال بمطالبته بالتعويض عن الضرر الذي لحقها[6].

المطلب الثالث: إخلال المتعامل المتعاقد بالتزام حسن النية والتزام التنفيذ المطابق لشروط الصفقة العمومية

يرتبط التزام حسن النية في تنفيذ العقود بصفة عامة بالتزام المتعاقد بالتنفيذ المطابق، فهما واجبان متلازمان فلا يتصور أن يتم تنفيذ بنود العقد وتحقيق شروطه على الوجه السليم والمتفق عليه بدون أن يكون للمتعاقد حسن النية في التنفيذ[7].

الفرع الأول: إخلال المتعامل المتعاقد بالتزام حسن النية في تنفيذ الصفقة العمومية

يظهر حسن النية في بذل المتعامل المتعاقد عناية الرجل الحريص؛ بأن يكون أمينا على المصلحة العامة التي تريد المصلحة المتعاقدة تحقيقها بواسطة العقد، فيبذل كل ما في وسعه لتنفيذ العقد تنفيذا صحيحا خاليا من أي غش أو تحايل أو تلاعب[8].

والتزام المتعامل المتعاقد بمبدأ حسن النية عند تنفيذه الصفقة العمومية؛ يعود لارتباطه بمبدأ حسن وديمومة سير المرافق العامة إذ يعتبر المتعامل المتعاقد طرفا يساهم ويتعاون مع الإدارة في تنفيذ أعمال المرافق العامة مما يلقي عليه عبئا إضافيا على التزامه الأصلي ببذل عناية اعتيادية في تنفيذ التزاماته

---

[1] عبد العليم مشرف، المرجع السابق، ص.109.

[2] عامر عاشور عبد الله البياتي، المرجع السابق، ص.39.

[3] إيلي مسعود خطار، المرجع السابق، ص.199.

[4] بحيث لا يستطيع المتعاقد معه من الباطن دون موافقة الإدارة المتعاقدة أن يرجع عليها بأي حقوق تعاقدية، فلا يمكنه مطالبتها بالمستحقات المالية عن التنفيذ الجزئي الذي قام به متى ما لم يدفعها له المتعاقد الأصلي، ولا يكون أمامه سوى اللجوء إلى القضاء لمطالبتها بالتعويض على أساس فكرة الإثراء بلا سبب. سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.437.

[5] إيلي مسعود خطار، المرجع السابق، ص.52.

[6] صباح المصري، المرجع السابق، ص.318.

[7] زينب سالم، المرجع السابق، ص.82.

[8] صباح المصري، المرجع السابق، ص.321.

التعاقدية بخلاف التعاقدات الخاصة، حيث يتمثل هذا العبء في واجب العناية الحريصة في تنفيذ عقود الصفقات العمومية تحقيقا للصالح العام من خلال تجسيد مختلف المشاريع التنموية[1].

ويتجلى إخلال المتعامل المتعاقد بالتزام حسن النية؛ متى ما امتنع عن تنفيذ العقد دون مبرر أو قام بتنفيذ العقد مستعملا أساليب الغش والتحايل مما يعرضه لعقوبات مالية كمصادرة كفالة حسن التنفيذ وتسجيله بالبطاقية الوطنية لمرتكبي الغش وبالتالي منعه من التعامل مع مختلف الجهات الإدارية العامة عن طريق ما يسمى بالإقصاء من المشاركة الصفقات العمومية[2].

الفرع الثاني: إخلال المتعامل المتعاقد بالتزام التنفيذ المطابق لشروط الصفقة العمومية

بالنسبة لالتزام المتعامل المتعاقد بالتنفيذ المطابق لشروط الانجاز المتفق عليها بموجب عقد الصفقة العمومية، فهو التزام يتطلب من المتعامل المتعاقد أن ينفذ التزاماته التعاقدية بطريقة صحيحة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وعليه إذا ما ارتكب أخطاء عقدية كالتنفيذ المخالف للمواصفات المطلوبة فإنه بذلك يكون قد أخل بالتزامه العقدي[3].

وفي هذا الإطار؛ يقع على المتعامل المتعاقد واجب التأكد من كفاية وسلامة أساليب التنفيذ وإعلام المصلحة المتعاقدة بما قد يعيق مطابقة التنفيذ من عراقيل، قد تتعلق مثلا بنوعية الأرض المراد تشييد البناء فوقها، وكذا احترام المواصفات المتعلقة بمواد ومنتجات ومكونات البناء التي يجب أن تتوفر على الخصائص المطلوبة وأن تكون ذات نوعية جيدة تتوافق والشروط المحددة في الصفقة العمومية ضمانا لحسن التنفيذ[4]، خصوصا إذا ما أسندت إلى المتعامل المتعاقد حرية اختيار مصدر تلك المواد أو المنتجات[5]، بل حتى في حال ما تم الاتفاق في عقد الصفقة على أن تكون المصلحة المتعاقدة هي من تتولى تموين مواد ومنتجات البناء وتبين للمتعامل المتعاقد أن هذه المواد غير صالحة للبناء وجب عليه إعلام المصلحة المتعاقدة بذلك[6].

ويعتبر من قبيل إخلال المتعامل المتعاقد بالتنفيذ المطابق لشروط الصفقة العمومية حسب المرسوم التنفيذي رقم 21-219، عدم التزامه في صفقة الأشغال بالنسبة لمختلف المنشآت وعناصر كل منشأة وخدمات الأشغال باستيفاء متطلبات المواصفات التقنية الخاصة وشروط التنفيذ وتبعات التنفيذ الجيد كما هو منصوص عليه بموجب الوثائق العامة والخاصة المطبقة على الصفقة العمومية للأشغال، ويكون من نتائج ذلك:

أولا- أن يشوب الأشغال المنجزة عيب أو تقصير أو يتم تنفيذها بطريقة غير متقنة مما قد يضر بسير المرفق العام أو استعماله أو جماليته دون أن يؤدي إلى خطورة كبيرة على سلامة المرفق أو سلامة مستعمليه.

---

[1] محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص.194.
[2] محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص.161.
[3] أحسن سليمان خربيط، المرجع السابق، ص.112.
[4] كما نصت عليه المادة 56 الفقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 من المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.
[5] طبقا لنص المادة 54 الفقرة 1 من نفس المرسوم التنفيذي.
[6] بحسب مضمون نص المادة 58 من نفس المرسوم التنفيذي.

ثانيا- أن يقع اختلال في البناء كنقص يمس تصميم أو انجاز منشأة أو عنصر من المنشأة أو خدمات الأشغال الذي يؤدي إلى تدميرها أو انهيارها أو هبوطها ولو بشكل جزئي، مما يجعلها غير صالحة للاستعمال[1].

ويترتب على إخلال المتعامل المتعاقد بواجب التنفيذ المطابق؛ قيام مسؤوليته اتجاه المصلحة المتعاقدة، كما لو لوحظ عيب في البناء وقام صاحب الاستشارة الفنية باتخاذ تدابير من شأنها أن تكشف على عيب البناء من هدم جزئي أو كلي للمنشأة، فإن المتعاقد يتحمل بذلك مسؤولية دفع النفقات المتعلقة بهذا الهدم وكل النفقات الأخرى التي من شأنها أن تبرز عيب البناء[2]، دون الإخلال بتطبيق مختلف العقوبات المالية عليه[3]، كأن تقوم المصلحة المتعاقدة بمصادرة كفالة حسن التنفيذ، كما يحق لها أن تطالبه بالتعويض تطبيقا لنص المادة 84 من قانون الصفقات العمومية رقم 23-12، بل قد تصل درجة العقوبة إلى الفسخ في حالة وجود نقائص خطيرة في التنفيذ[4].

غير أن لجوء المصلحة المتعاقدة إلى مجازاة المتعاقد في هذا الإطار؛ لن يكون قبل أن تتأكد من مطابقة شروط تركيب التجهيزات، في مجال خدمات الأشغال ومواصفات المواد المستعملة في البناء واشتراط ضمانهم ومختلف المعاينات المتعلقة بإتمام الأشغال على الوجه السليم وخلوها من العيوب أو المخالف المحتملة بعد إجراء الاختبارات المنصوص عليه في الصفقة العمومية للأشغال[5].

كما أن عملية التسليم؛ لا تعفي المتعامل المتعاقد من المسؤولية التعاقدية التي قد تثور في حال ما تبين أن الأشغال أو التوريدات المستلمة غير مطابقة لما سبق الاتفاق عليه في العقد، إذا ما نص هذا الأخير على فترة ضمان تكون محددة في دفتر التعليمات الخاصة أو نص التشريع على إلزامية الضمان العشري بالنسبة لفئة معينة من الأشغال[6]، أين يقع على المتعامل المتعاقد خلال تلك الفترة القيام وعلى نفقته بتصحيح جميع الاضطرابات التي أبلغت عنها المصلحة المتعاقدة حتى يتم مطابقتها مع الحالة التي كانت عليها عند الاستلام المؤقت، وكذا القيام بالتدعيمات والتعديلات الضرورية التي أفرزت عنها الاختبارات التي أجريت للأشغال أو التوريدات المستلمة إذا ما كانت تلك الاضطرابات أو التعديلات ناجمة عن إخلاله بالتزام التنفيذ المطابق[7].

إلى هنا يجب القول، بأن مسؤولية المتعامل المتعاقد لا يمكن أن تقوم إلا بتوافر شرطين أساسين أولهما ضرورة وجود صفقة عمومية صحيحة مبرمة طبقا لأحكام قانون الصفقات العمومية 23-12 والمراسيم التنظيمية الخاصة به التي تقتضي من المصلحة المتعاقدة احترام مراحل وإجراءات الإبرام،

---

[1] طبقا لنص المادة 66 الفقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

[2] كما ورد بنص المادة 66 الفقرة 3 من نفس المرسوم التنفيذي.

[3] فلا تطبق العقوبات المالية إلا بعد أن تقوم المصلحة المتعاقدة عن طريق أمر بالخدمة تطالب في المقاول برفع عدم المطابقة الناتج عن عدم احترام المواصفات التقنية وإعادة مطابقتها للأحكام التعاقدية الخاصة بالصفقة وبعد التقييم الشامل للتكاليف الناجمة عن الهدم والتصحيحات والتعزيزات وغيرها من الأشغال المرفوع إليها من طرف المقاول وموافقتها عليه، وهذا طبقا لنص المادة 121 الفقرتين 5 و6 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

[4] طبقا لنص المادتين 90 من ق.ص.ع رقم 23-12، و122 الفقرة 2 من نفس المرسوم التنفيذي .

[5] وقيام المصلحة المتعاقدة بهذه المعاينات إنما يدخل في إطار العمليات المسبقة التي تسبق عملية الاستلام تطبيقا لنص المادة 92 من نفس المرسوم التنفيذي.

[6] وقد تطرق المشرع الجزائري لأحكام فترة الضمان في المواد 96 و97 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال ، من خلال بيان أنواعها ومددها وكذا الهدف منها.

[7] تطبيقا لما نصت عليه المادة 98 الفقرة 1، 2 و3 من نفس المرسوم التنفيذي.

وثانيهما ارتكاب المتعامل المتعاقد خطأ عقديا يكون ناجما عن إخلاله بالتزاماته التعاقدية سواء بالامتناع عن تنفيذ الصفقة أو التأخر في تنفيذها أو تنفيذ الصفقة تنفيذا غير مطابق للشروط المتفق عليها أو إخلاله بقاعدة التنفيذ الشخصي للصفقة.

غير أن قيام مسؤولية المتعامل المتعاقد يؤدي لا محالة إلى نتائج أهمها خضوعه لجزاءات تتولى المصلحة المتعاقدة توقيعها عليه، وهو ما سوف أتطرق إليه في الفصل الثاني من هذا الباب أدناه.

الفصل الثانـي

النتائج المترتبة على قيام مسؤولية المتعامل المتعاقد

يمثل الجزاء سلطة؛ تمتلك المصلحة المتعاقدة حق توقيعه اتجاه المتعامل المتعاقد معها متى ما أخل بالتزاماته التعاقدية وهو بالتالي يعتبر النتيجة المباشرة لقيام المسؤولية التعاقدية للمتعامل المتعاقد معها المخل بالتزاماته أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، عما يكون قد ارتكبه من أخطاء أثناء تنفيذ شروط الصفقة العمومية.

وللجزاء العقدي في مجال الصفقات العمومية؛ قيمة ومكانة مميزة بصفته دليلا قويا وكافيا لاكتساب هذا العقد وصفه الإداري، ليس فقط لكونه وسيلة من الوسائل التي تستخدمها المصلحة المتعاقدة في ممارسة نشاطها وضمان سير أعمالها على وجه الاستمرار من أجل تحقيق النفع العام كونها المسؤولة عن حسن سير المرافق العامة، وإنما لاعتباره أيضا مكمن الشروط الاستثنائية غير المألوفة التي تميز عقود الصفقات العمومية عن عقود القانون الخاص[1].

فالجزاءات؛ هي من قبيل الشروط الاستثنائية التي تُعبر بها المصلحة المتعاقدة عن امتيازاتها اتجاه من يَوَدُ التعاقد معها، بشكل واضح في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية، فيكون على المتعهد قبولها لمجرد تقديم ترشحه لإبرام العقد[2]، ومن هذا المنطلق خصها المشرع بنظام قانوني يحمل طابع استثنائي بناء على ما يميزه من خصائص تجعله يختلف عن باقي الجزاءات الأخرى، وطبيعة قانونية تفرضها قواعد القانون العام بما فيها التشريع المنظم لمجال الصفقات العمومية ودفاتر الشروط الإدارية العامة، بالإضافة إلى دفاتر الشروط الإدارية الخاصة بكل صفقة والتي عادة ما ينص فيها على حق المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات على الطرف المتعاقد معها إذا ما أخل بالتزاماته التعاقدية.

ولأن توقيع الجزاءات؛ يعد من أخطر الامتيازات التي تتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطة توقيعها على المتعامل المتعاقد نتيجة لقيام مسؤوليته التعاقدية، وجب البحث في أساس سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع هذه الجزاءات، وما يميزها من خصائص في المبحث الأول، بالإضافة إلى الخوض في صور الجزاءات التي يمكن أن توقعها المصلحة المتعاقدة على المتعامل المخل بالتزاماته التعاقدية في المبحث الثاني.

المبحث الأول: ممارسة المصلحة المتعاقدة سلطة توقيع الجزاءات اتجاه المتعامل المتعاقد

إن المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذه لالتزاماته التعاقدية الواردة بعقد الصفقة العمومية قد يرتكب مخالفات متعددة، فيمتنع عن تنفيذ الصفقة بصورة كلية أو جزئية أو يقوم بتنفيذها ولكن بشكل غير مطابق للشروط المتفق عليها، أو يتأخر في تنفيذها بالتباطؤ والتقاعس فيتجاوز بذلك الآجال المحددة مسبقا في بنود العقد، أو أن يتنازل عن تنفيذ الصفقة للغير أو يتعاقد من الباطن بشأنها مع شخص آخر لتنفيذ جزء من الأعمال دون موافقة مسبقة من المصلحة المتعاقدة ودون علمها.

وبما أن الصفقة العمومية عقد يتصل اتصالا وثيقا بسير المرفق العام على اعتباره إحدى الشرايين الهامة إلى جانب القرار الإداري الذي يضمن حياة وديمومة واستمرارية هذا الأخير تلبية لحاجات الجمهور، فإن ما يُرتكب من جانب المتعامل المتعاقد من مخالفات وإخلال بالالتزامات

[1] عرف أحمد محيو الشروط الاستثنائية بأنها "عبارة عن نصوص أو بنود لا نجدها عادة في العقود بين الأفراد ومن تم سميت بالبنود غير المألوفة"، نور الدين عبابسة، "الشروط الاستثنائية كمعيار مميز لعقد الصفقة العمومية"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة حاج لخضر باتنة، الجزائر، المجلد 06، العدد 01، 2019، ص.581.

[2] سليمان ذنون يونس العبادي، مظاهر السلطة العامة في إنهاء العقد الإداري، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2015، ص.82 و83.

التعاقدية يرتبط بالصالح العام، فيشكل بذلك زيادة عن إخلاله بالتزام عقدي ضررا بالمرفق العام موضوع العقد[1].

وتفاديا لكل إخلال بتنفيذ الصفقة العمومية؛ كان لزاما تقرير سلطة المصلحة المتعاقدة بمنحها حق توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته ليس فقط لإعادة التوازن بين التزامات طرفي الصفقة العمومية أو لمجرد معاقبة هذا المتعاقد، وإنما بقصد الوصول إلى تنفيذ الالتزامات التعاقدية واللازمة لضمان حسن سير المرفق العام وبالتالي تجنب كل ما يفيد عرقلته في سبيل تقديم الخدمات المنوطة به[2].

غير أن التساؤل الذي يثور بصدد التطرق إلى سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد معها هو: ما الأساس القانوني الذي تخضع له المصلحة المتعاقدة في استعمال سلطة توقيع الجزاء؟ سوف تتم الإجابة عليه من خلال المطلب الأول، وهل يتميز استعمال هذه السلطة بخصائص معينة؟ ما سأتطرق إليه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: أساس سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات

إذا كان من المتفق عليه فقها وقضاء أن الجزاءات في نطاق العقود الإدارية تخضع لنظام قانوني يختلف عما هو موجود في نطاق العقود الخاصة مادام أن الإدارة تستند في مباشرتها لتلك السلطة من كونها تمثل الجهة المسئولة عن حسن سير المرفق العام الذي تديره تحقيقا للصالح العام.

إلا أن الاختلاف ظل قائما بين وجهات نظر الفقهاء في شأن الأساس القانوني الذي تقوم علية سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد الذي قصر في تنفيذ التزاماته، وهو ذات الخلاف حول تحديد أساس القانون الإداري فيما إذا كان أساس هذا القانون يرجع إلى فكرة السلطة العامة أم إلى فكرة المرفق العام[3].

وللوصول إلى تحديد الأساس القانوني لحق المصلحة المتعاقدة في فرض الجزاءات في إطار عقد الصفقة العمومية؛ وجب التطرق إلى أهم ما كتب من آراء الفقهاء وما ذهب إليه القضاء في هذا الشأن حيث يتنازع هذا الموضوع رأيان، وعليه فإن بيان أساس السلطة الجزائية يقتضي منا الأمر تقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع، نتناول في الفرع الأول فكرة المرفق العام كأساس لممارسة المصلحة المتعاقدة حقها في توقيع الجزاء على المتعامل المتعاقد معها لنضمن الفرع الثاني فكرة السلطة العامة كأساس لهذا الحق، لنبين أساس هذه السلطة في التشريع الجزائري في الفرع الثالث.

الفرع الأول: فكرة المرفق العام

بالنظر لأهمية فكرة المرفق العام؛ ظل كل من الفقه والقضاء الإداريين يعتبرانها طوال فترة زمنية معتبرة أساسا للقانون الإداري[4]، وبما أن الصفقة العمومية تمثل إحدى الوسائل القانونية

---

[1] محمد محسن مرعي الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص.40.

[2] حسام محسن عبد العزيز، سلطة الإدارة الجزائية في فرض الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية وضماناتها، دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، ط1، مصر، 2018، ص.19.

[3] زينة مقداد، المرجع السابق، ص.13.

[4] يعود ظهورها إلى الربع الأخير من القرن التاسع عشر، لتصبح الفكرة الأساسية التي اعتمدت عليها أحكام مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع واعتبرتها كأساس للقانون الإداري وبالتالي كمعيار لتمييز العقد الإداري عن باقي العقود الخاصة، ومن تم يعود الاختصاص بالنظر في منازعات العقود التي تكون السلطة العامة إحدى أطرافها إلى القضاء الإداري، حيث أعتبر حكم روتشيلد الصادر بتاريخ 06 ديسمبر1855، وأيضا حكم ديكستير الصادر في سنة 1861 من الأحكام القضائية الأولى التي قضى بها مجلس الدولة الفرنسي في تقرير الفكرة المرفق العام كأساس لقانون الإداري، غير أن غالبية الفقهاء على غرار القضاء المقارن يعيد الظهور الدقيق لفكرة المرفق العام بفرنسا إلى تاريخ

الضرورية التي تستخدمها السلطة الإدارية العامة لتسيير المرفق العام بانتظام واضطراد، كان لابد من اعتبار فكرة المرفق العام أساس سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في حال إخلالهم بالتزاماتهم، سواء بعدم التنفيذ أو بالتقصير والإهمال في ذلك أو بالتنفيذ غير المطابق لما هو متفق عليه في العقد[1].

إن المرافق العامة؛ على اختلاف أنواعها ومهما كان حجمها لدى أي دولة حتى تظل قائمة وتحقق الغرض الذي أنشأت لأجله، كان لا بد من إحاطتها بمبادئ جوهرية أهمها مبدأ أولوية المرافق العامة الذي يقتضي من الإدارة السعي إلى تحقيق النفع العام لمواطني الدولة، وهو ما لا يمكن تحقيقه إلا بالحرص على مبدأ أساسي آخر وأكثر من ضروري يتمثل في مبدأ حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد دون توقف[2].

وبالنظر إلى الأهمية البالغة التي تكتسيها عقود الصفقات العمومية باعتبارها من أبرز الوسائل التي تلجأ إليها السلطات العامة في الدولة ضمانا منها لسير المرافق العامة على الوجه الحسن والدائم، كان لابد من منح المصلحة المتعاقدة سلطة توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد معها متى أخل بالتزاماته التعاقدية إذا تعرض المرفق العام للخطر.

وفي هذا يرى فريق من الفقه الفرنسي أمثال الفقيه بكينو أن مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد من المبادئ المهمة والجوهرية المرتبطة بفكرة المرافق العامة، والهدف الأساسي من إنشاءه كنشاط ضروري لتسيير الحياة الوطنية والاجتماعية، قائلا بأنه "من أهم وأشد التزامات المتعاقد مع الإدارة بعقد إداري، هو أن يكفل استمرار سير المرفق العام، وإلا أعتبر مخطأ ومقصرا في أهم وأشد التزاماته مما يبرر توقيع الجزاء عليه"[3].

كما أكد الفقيه ديلوبادير على أن "الجزاءات في العقود الإدارية لا تستهدف فحسب قمع أوجه الإخلال وإعادة التوازن للالتزامات التعاقدية، بقدر ما تهدف بالدرجة الأولى إلى ضمان كفالة حسن سير المرفق العام"[4]، وعليه أمكن للإدارة المتعاقدة في إطار حرصها على دوام سير المرفق العام أن تفرض جزاءات على المتعامل المتعاقد معها الذي يخل بالتزاماته التعاقدية أثناء تنفيذ العقد سواء بالامتناع عن تنفيذ الصفقة أو بالتنفيذ المعيب لها أو بالتأخر في تنفيذها، دون الحاجة للجوء إلى استصدار حكم قضائي بذلك، بل حتى ولو لم ينص علي تلك الجزاءات في بنود العقد تحت رقابة القضاء[5].

وفي ذات السياق؛ يرى الفقيه جيز أن ضمان أداء المرفق العام لخدماته يتطلب دقة كبيرة في إنجاز العمل الإداري خصوصا إذا تعلق الأمر بتنفيذ عقود الصفقات العمومية، ومن تم يجب أن تحاط

---

08 فيفري1873 تاريخ صدور الحكم المشهور في قضية بلانكو التي رُفعت أمام مجلس الدولة الفرنسي، بعدما قررت محكمة التنازع اختصاصها بالنظر في القضية وحسم النزاع القائم بشأنها مقررا عدم اختصاص المحاكم العادية وبصفة مطلقة النظر في الدعاوى المقامة ضد الإدارة بسبب المرافق العامة أيا كان موضوعها، لتتدعم فكرة المرافق العام كأساس للقانون الإداري مرة أخرى انطلاقا من حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية تيريي لسنة 1903. محمد الزين ميالس، "النظام القانوني للمرفق العام"، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة تيبازة، الجزائر، المجلد 05، العدد 02، 2021، ص،245و246. وأيضا إبراهيم عبد العزيز مأمون، المرجع السابق، ص.296.

[1] زينة مقداد، المرجع السابق، ص.44.

[2] إبراهيم بلمهدي، "مبدأ استمرارية المرفق العمومي في النظام القانوني الجزائري"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المسيلة، العدد 01، 2016، ص.122.

[3] طارق سلطان، المرجع السابق، ص397. وأيضا فارس علي جانكير، مشار إليه لدى فارس علي جانكير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، لبنان، 2014، ص.19.

[4] فوزية سكران، المرجع السابق، ص.67.

[5] حسام محسن عبد العزيز، المرجع السابق، ص.44.

التزامات المتعامل المتعاقد مع الإدارة بإجراءات صارمة تكفل استمرارية أداء المرفق لخدماته[1]، أهمها ضرورة العمل بنظام جزاءات خاص واستثنائي يتجسد في السماح للمصلحة المتعاقدة بممارسة سلطتها في توقيع مثل هذه الجزاءات على الفور وبشكل تام لمواجهة إخلال المتعامل المتعاقد في تنفيذ العقد دون حاجة لتدخل القاضي مادام أن التزام المتعامل المتعاقد مع الإدارة يمثل التزاما رئيسيا ينتج ضمنيا من فكرة اتصال عقد الصفقة العمومية بالمرفق العام، فهو لا يلتزم فقط بتنفيذ التزاماته مثلما هو عليه الحال في عقود القانون الخاص وإنما يمتد التزامه إلى تحقيق ضمان السير المستمر والمنتظم للمرفق العام الذي من أجله أبرمت الصفقة مما يفرض عليه ببذل عناية حتى لا يتعرض المرفق العام للتوقف[2].

تأكيدا لذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكم لها صدر بتاريخ 28 ديسمبر 1963 إلى القول بأن "للجهة الإدارية الحق في فسخ العقد ومصادرة التأمين، وشطب الاسم، وهذه ليست إلا جزاءات تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها إذا تخلف عن الوفاء بها بما يفرضه عليه العقد، أو إدا استعمل الغش أو التلاعب في معلوماته معها، ولما كان توقيع هذه الجزاءات يهدف أساسا إلى حسن تنفيذ العقد المتصل بالمرفق العام وضمان استمراره بانتظام تحقيقا للمصلحة العامة، ومن حق جهة الإدارة توقيع الجزاء دون انتظار لحكم من القضاء فإنه لا وجه لاتخاذ أي إجراء يحول دون استعمال الجهة الإدارية لهذا الحق، وهي في هذا لا تستند إلى العقد الإداري بل إلى سلطتها الضابطة للمرافق العامة"[3].

من خلال ما سبق يمكن القول أن امتيازات السلطة العامة في توقيع الجزاءات العقدية المنصوص عليها في عقد الصفقة وكذا التي لم يتم النص عليها أيضا، تجد تبريرها في ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ما دام أن كل إخلال من جانب المتعامل المتعاقد مع الإدارة لا يقتصر على أن يكون إخلالا بالتزام عقدي فحسب وإنا أيضا فيه مساس بسير المرفق العام الذي يتصل بالصفقة محل التنفيذ[4] وبالتالي لا يسوغ للجهة الإدارية كمصلحة متعاقدة أن تتنازل عن سلطتها في فرض هذه الجزاءات بأي شكل من الأشكال.

الفرع الثاني: فكرة السلطة العامة

أسس هذا المعيار الفقيه موريس هوريو؛ الذي أنشأ مدرسة مناهضة لمدرسة المرفق العام أطلق عليها اسم مدرسة السلطة العامة والتي جاءت بنظرية تميزت في مبادئها عن قواعد نظرية السلطة العامة التقليدية التي تفرق بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة، وهو يرى أن السلطة العامة لا تتعلق فقط بالأوامر والنواهي، وإنما تشمل كل نشاط إداري تمارسه الإدارة مع استعمالها لوسائل القانون العام غير المألوفة في قواعد القانون الخاص[5].

فاعتبرت فكرة السلطة العامة في مجال العقود الإدارية ومنها عقود الصفقات العمومية لدى بعض الفقهاء أساسا لتمييز هذه العقود عن باقي عقود القانون الخاص، مادام أن المصلحة المتعاقدة عند

---

[1] سحر جبار يعقوب، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض لجزاءات الإدارية في عقد التوريد، دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، ط1، القاهرة، مصر، 2020، ص.114.

[2] طارق سلطان، المرجع السابق، ص.397.

[3] إسماعيل هاني عبد الرحمن، المرجع السابق، ص935. فوزية سكران، المرجع السابق، ص.68.

[4] مدحت أحمد يوسف غانيم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1، القاهرة، 2014، ص.70.

[5] إبراهيم عبد العزيز مأمون، المرجع السابق، ص.60.

استعمالها لهذه الامتيازات تعلو بمستواها على مستوى الأفراد وظهورها بمظهر القوة والسلطة بقصد ضمان تنفيذ العقد على الوجه الذي يحقق الصالح العام[1].

لعل من أهم مظاهر السلطة العامة التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة؛ حقها في توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد معها بنفسها عن طريق التنفيذ المباشر، بحيث يرى فقهاء القانون العام بأن الأساس القانوني لهذا الحق كما سبق قوله يكمن في فكرة السلطة العامة دون غيرها بحجة ارتباط هذه الفكرة الوثيق بعقد الصفقة العمومية كونه من العقود الإدارية[2].

إن طائفة الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة اتجاه المتعاقدين معها؛ قد تجد مصدرها في العقد الإداري ذاته كما هو الحال بالنسبة لعقود الصفقات العمومية، أو من خلال النظام القانوني العام المستقر بشأنه كافة العقود الإدارية، والذي يخضع بمقتضاه طرفي العقد لما ورد من أحكام في القانون الإداري، فيكون العقد إداريا متى تعلق مباشرة بتنفيذ مرفق عام وتضمن شروطا خارجة أو غير مألوفة عن القواعد العامة للعقود[3].

ويرى ماجد راغب الحلو أن العقد الإداري لا يشترط أن يتعلق بتنفيذ مرفق عام، بل يكفي أن يتضمن شرطا استثنائيا أو فادحا لا يصادف عادة في عقود القانون الخاص[4]، وذلك كأن تشترط الإدارة التي تود التعاقد لنفسها التمتع ببعض الامتيازات التي تمس مبدأ المساواة بين المتعاقدين وتعلو من مركزها، مما ينبئ عن نيتها في استخدام أساليب السلطة العامة ووسائل القانون العام.

وبخصوص تعريف الشرط الاستثنائي؛ أقر الفقه بصعوبة تعريف الشرط الخارج أو غير المألوف عن قواعد القانون المدني الخاصة بالعقود، بل إن هناك من قال بإمكانية التنازل عن هذا التعريف[5]،وترجع هذه الصعوبة حسب رأي محمد بن سعيد بن حمد المعمري إلى كون الشرط الاستثنائي مسألة موضوعية تترك لقاضي الموضوع يتولى تحديدها في كل حالة على حدة، مستهديا في ذلك ببعض القرائن التي تعطي امتيازات للإدارة أو للمتعاقد اتجاه الغير[6].

إلا أن من الفقهاء؛ من حاول وضع تعريف للشرط غير المألوف أمثال الفقيه شابيس الذي قال "بأنه من الشروط التي تقرر عدم المساواة بمنح الشخص العام مركز عال بالنسبة للمتعاقدين" [7].

كما عرف توفيق شحاتة الشروط الاستثنائية بأنها "تلك التي لا يجوز للأفراد إدراجها في عقودهم الخاصة وإلا اعتبرت غير مشروعة، أو تلك التي تحمل أحد طرفي العقد التزامات أو تمنحه حقوقا غير مألوفة بطبيعتها في نصوص العقود التي تبرم داخل إطار القوانين المدنية أو التجارية"[8].

أما ثروت بدوي فقد عرف بدوره الشروط الاستثنائية مميزا بين نوعين منها، حيث قال بأن النوع الأول من هذه الشروط مما يحدد الطبيعة الإدارية للعقد بصفة مباشرة أي تلك التي تتسم بطابع السلطة العامة والتي لا يمكن وجودها في القانون الخاص، وأما النوع الثاني فهي تلك الشروط التي تحدد الطبيعة الإدارية للعقد الإداري بصفة غير مباشرة والتي تكشف عن نية المتعاقدين في إتباع

---

[1] مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص6. وأيضا فارس علي جانكير، المرجع السابق، ص.32.

[2] ياسر عمار جبار، ضوابط سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية، دراسة مقارنة، المصرية للنشر والتوزيع، مصر،2019 ص.08.

[3] مدحت أحمد يوسف غانيم، المرجع السابق، ص.63.

[4] ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص.54.

[5] مدحت أحمد يوسف غانيم، المرجع السابق، ص.64.

[6] محمد بن سعيد بن حمد المعمري، المرجع السابق، ص.105.

[7] نفس المرجع، ص.104.

[8] إسماعيل هاني عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.180.

أساليب القانون العام بشرط ألا يوجد ما يدل على عكس ذلك، ولذلك فهذه الشروط ليست بمستحيلة الوجود في عقود القانون الخاص[1].

كما رأى بأن النوع الأول من الشروط المتعلق بامتيازات السلطة العامة؛ إنما يشتمل على مجموعة شروط غير مألوفة في عقود الأفراد، وتنقسم هذه الامتيازات بدورها إلى طائفتين: أحدهما مقرر للمصلحة الإدارة المتعاقدة اتجاه المتعاقدين معها، والثانية مقرر لمصلحة المتعاقد اتجاه الغير، بينما يشمل النوع الثاني الشروط التي تحمل طابع القانون العام ولا يمكن تفسيرها إلا على ضوء نظريات القانون الإداري ومثلها تلك التي تعطي المتعاقد الحق في إعادة التوازن المالي للعقد في حال قلب اقتصاديات العقد في أثناء التنفيذ، وكذا الشروط التي تعطي الحق للإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها المخل بالتزاماته التعاقدية[2].

أما مضمون فكرة الشروط الاستثنائية من وجهة نظر القضاء الإداري؛ فالواقع أن القضاء الإداري الفرنسي في الكثير الغالب من أحكامه يكتفي بأن يعلن مبدأ اشتمال العقد على شروط غير مألوفة دون شرح لهذه الشروط، ومن تم يعتبر العقد إداريا[3] إلا في قضايا قليلة جدا وهذا راجع إلى عدم إمكانية تعريف الشرط الاستثنائي بمضمونه، خصوصا إذا كان موضوعه لا يدور حول إعطاء أحد الأطراف ميزة ذات طبيعة تختلف عن تلك التي تنشأ عن أي ضمان أو كفالة يعرفها القانون الخاص ويمكن للطرف استخدامها[4].

كل ذلك دفع مجلس الدولة الفرنسي إلى تجاوز فكرة الشرط الاستثنائي ليتوجه إلى فكرة النظام الاستثنائي الذي يترتب عن تنفيذ العقد الذي لم يتضمن صراحة شروط استثنائية، حيث قضى باعتبار العقد إداريا ولو لم يتضمن شروطا غير مألوفة مادام أن النظام القانوني الذي تولد عن تطبيقه العملي كان استثنائيا[5].

وعلى هذا التوجه سار المشرع الجزائري؛ الذي عمل على وضع تشريع خاص بتنظيم عقود الصفقات العمومية، ينص على خضوع هذه العقود التي تبرمها الإدارة لنظام قانوني استثنائي يختلف عن نظام القانون الخاص سواء من حيث الإبرام أو التنفيذ، ولأنه ألزم كل مصلحة متعاقدة بالإشارة إلى هذا التنظيم في كل صفقة تبرمها كأحد البيانات الإلزامية، يكون بذلك قد طبق فكرة النظام الاستثنائي ومن تم أمكن العمل بها كفكرة تكميلية لفكرة الشرط الاستثنائي، بحيث إذا ما حدث وأغفلت المصلحة المتعاقدة تضمين عقد الصفقة شرطا استثنائيا يتعلق بفرض جزاءات معينة على من أخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية يكون بإمكانها الاستناد إلى نص القانون.

أما امتياز التنفيذ المباشر، نجد أن القضاء الإداري الفرنسي ذهب في العديد من قراراته إلى أبعد من الشروط الاستثنائية ذلك بعدما تراجع عن فكرة التقيد بالنصوص التعاقدية إلى اعتبار سلطة توقيع الجزاءات سلطة مستقلة عن نصوص العقد فتوجد ولو لم ينص العقد عليها، بل حتى أن النص على بعضها لا يقيد الإدارة إذا ما اتضح لها أن الجزاء الذي نص عليه في العقد مقدما لا يتناسب مع مقدار تلك المخالفة[6].

---

[1] ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص.103.

[2] ثروت بدوي، المرجع السابق، ص.96.

[3] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.79.

[4] مدحت أحمد يوسف غانيم، المرجع السابق، ص.64.

[5] ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص.59.

[6] سامال اسكندر محمد الباجلان، سلطات الإدارة والقيد الواردة عليها في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2017، ص.201.

انطلاقا مما سبق قوله؛ فإن المصلحة المتعاقدة لا تحتاج من أجل مباشرة تلك السلطة اللجوء إلى القضاء من أجل استصدار حكم قضائي يمنحها صلاحية توقيع الجزاء على المتعامل المتعاقد معها الذي لم يلتزم بواجباته التعاقدية، وإنما تملك امتياز التنفيذ المباشر الذي يعبر عن أحد مظاهر السلطة العامة التي تتمتع بها في مواجهة هذا الأخير، ومن مواقف القضاء في فرنسا حكم قضية مونو MONOT الصادر بتاريخ 27 نوفمبر 1926 الذي قضى فيها بأن "للإدارة الحق في الكثير من الحالات بالاستناد إلى سلطتها العامة أن تلجأ لتحصيل قيمة التعويضات بمقتضى أوامر الدفع تصدرها بإرادتها المنفردة تطبيقا لأهم امتيازاتها المتمثل بالتنفيذ المباشر"[1].

بالإضافة إلى أن منح المصلحة المتعاقدة امتياز التنفيذ المباشر، لا يمكن معه السماح للمتعامل المتعاقد أن يتمسك بنصوص العقد على حساب الخطر الذي يتعرض له المرفق العام من جراء إخلاله بالتزاماته في تنفيذ العقد، ويتهرب من العقاب بحجة أن المصلحة المتعاقدة لم تشترط عقوبة مناسبة للخطأ الذي ارتكبه[2]، بل ويخول امتياز التنفيذ المباشر للمصلحة المتعاقدة اقتضاء حقوقها اتجاه المتعامل المتعاقد معها بصورة مباشرة دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، على أساس أن الجزاءات التي توقعها على هذا الأخير ما هي إلا صورة من صور السلطة العامة في مجال العقود الإدارية[3].

وفي هذا ذهب الفقيه ديلوبادير إلى القول "أن تطبيق مختلف الجزاءات يتم بقرار انفرادي من الإدارة، وأن الإدارة بعكس الوضع في القانون الخاص ليست بحاجة لأن تطلب من القضاء توقيع الجزاء، فهي تباشر في هذا النطاق امتيازها في التنفيذ المباشر، وامتياز التنفيذ المباشر هو سلطة الإدارة في أن تصدر قرارات في مواجهة الأفراد تتولى تنفيذها بنفسها دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء"[4].

كما يرى الفقيه هوريو أن من حق الإدارة استعمال امتيازها في التنفيذ المباشر في نطاق أي عقد مبرم بخصوص المرافق العامة للدولة، فيكون لها مثلا أن تفسخ عقد الأشغال العامة أو التوريد (التجهيز) وتحل بنفسها محل المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته، وذلك بمجرد إصدار قرار بسيط من جانبها دون أن تكون ملزمة بعرض الأمر على القضاء ليقضي بهذه الجزاءات[5].

وما دام أن المصلحة المتعاقدة ملزمة باستخدام سلطة توقيع الجزاء حفاظا على حسن سير المرفق العام، فمن غير الممكن لها أن تتنازل عنها سواء بصورة كلية أو حتى جزئية، وهي لا تخضع في فرضها سوى إلى قيد المصلحة العامة[6]، الأمر الذي أكد عليه القضاء الإداري المصري في الكثير من أحكامه بإقراره بضرورة أن يكون الدافع على استعمال سلطة توقيع الإدارة للجزاء عن طريق التنفيذ المباشر على المتعاقد معها، هو تحقيق الصالح العام عن طريق ضمان سير المرفق العام بانتظام واستمرار[7]. ومن بين هذه الأحكام حكم المحكمة الإدارية العليا صادر بتاريخ 25 ماي 1963 جاء فيه "أن الإدارة تعمل في إبرامها للعقد الإداري بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بها المتعاقد معها، وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة من مصالح مرفق من المرافق العامة، كما أن

---

[1] حسام محسن عبد العزيز، المرجع السابق، ص.53.
[2] سامال اسكندر محمد الباجلان، المرجع السابق، ص.201.
[3] حسام محسن عبد العزيز، المرجع السابق، ص.44.
[4] نبيل أزريب، سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية وفق التشريع الجزائري، دار الوفاء للطباعة والنشر، الجزائر، ط1، 2018، ص.136.
[5] سامال اسكندر محمد الباجلان، المرجع السابق، ص.202.
[6] حسام محسن عبد العزيز، المرجع السابق، ص.54.
[7] زينة مقداد، المرجع السابق، ص.21.

الإدارة تعتمد في إبرامه وتنفيذه على أساليب القانون العام، فكفتا المتعاقدين غير متكافئتين تغليبا للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة مما يجعل للإدارة سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد وتعديله، وكذلك حق توقيع جزاءات على المتعاقد المقصر بإرادتها المنفردة"[1].

الفرع الثالث: الأساس القانوني للسلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات في التشريع الجزائري

يعود تأسيس سلطة توقيع الجزاء التي تملكها المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعاملين المتعاقدين معها في الجزائر إلى فكرة تأمين سير المرافق العامة بانتظام واستمرار، التي تفرض بذاتها كما سبق القول تزويد جهة الإدارة والتسليم لها في مجال تنفيذ الصفقات العمومية بعديد السلطات التي تكفل بواسطتها التنفيذ المطابق لشروط الصفقة[2]، وفي الآجال المتفق عليها بوصفها المشرفة على عملية التنمية والمكلفة بتنفيذ المخططات الوطنية[3].

وبالنظر للأهمية البالغة التي تكتسيها الصفقة العمومية من حيث كونها عصب التنمية الوطنية؛ حرص المشرع الجزائري في هذا المجال من خلال مضمون العديد من نصوص قانون الصفقات العمومية رقم 23-12 على إقراره مجموعة من التدابير الوقائية والإجرائية في المراحل السابقة على إبرام الصفقة، والتي من شأنها أن تفضي إلى إبرام صفقة عمومية مع متعاملين اقتصاديين يكونون قادرين على تنفيذ الصفقة تنفيذا صحيحا تفاديا لأي تأخير أو تنفيذ معيب لها[4]، كما مكن المصلحة المتعاقدة في هذا الإطار أيضا من أن تتأكد بأنه ليس هناك من المتعهدين من خضع لتدابير الإقصاء[5]، وأن تستعلم وتتحرى عن قدرات هؤلاء المتعهدين بأن تستعمل بكل وسيلة قانونية في ذلك حتى يكون اختيارها للمتعاملين اختيارا سديدا[6].

إلا أن المشرع الجزائري؛ لم يكتف بهذه التدابير الوقائية فأقر بسلطة المصلحة المتعاقدة في فرض الجزاء على المتعامل المتعاقد وحمله على احترام التزاماته التعاقدية كتدابير علاجية ليس الغرض منها عقاب المتعاقد فحسب، وإنما حماية للمرفق العام من أي إخلال يمكن أن يعرقل حسن سيره، بموجب نصه من خلال المادة 84 الفقرة الأولى من قانون الصفقات العمومية رقم 23-12 على أنه " ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به...".

وبالإضافة إلى جزاء العقوبات المالية؛ يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ بإرادتها المنفردة الصفقة العمومية بشكل كلي أو جزئي متى لم يتدارك المتعامل معها تقصيره في تنفيذ الصفقة

[1] محمد محسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص.27.
[2] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.219.
[3] فوزية سكران، المرجع السابق، ص.69.
[4] طبقا لنص المادة 43 من ق.ص.ع رقم 23-12.
[5] طبقا لنص المادة 52 الفقرة 2 من نفس القانون.
[6] طبقا لنص المادة 44 من نفس القانون.

العمومية[1]، وكذا تسجيل مؤسسته في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية بصفة مؤقتة أو دائمة[2].

ولعل ما يلاحظ على المشرع الجزائري؛ هو أنه اتجه نحو الأساس التعاقدي لفرض الجزاءات على المتعاملين المتعاقدين مع الإدارة كأصل عام، بحيث لا يجوز للجهة الإدارية المتعاقدة تطبيق غير الجزاءات المنصوص عليها في عقد الصفقة بالنسبة لخطأ معين بذاته متوقع أن يرتكبه المتعامل المتعاقد، فهو يقضي بتوقيع العقوبات المالية مثلا طبقا للأسس وبالنسب وحسب كيفيات الحساب وشروط التطبيق كبيانات وأحكام تعاقدية لابد أن تتوفر عليها الصفقة المراد تنفيذها[3].

إلا أن السؤال الذي ينبغي طرحه في هذا الصدد هو؛ ماذا لو ارتكب المتعامل المتعاقد مخالفات غير الخطأ المتوقع، بحيث لم تضمن المصلحة المتعاقدة في بنود عقد الصفقة المبرمة الجزاءات التي يمكن توقيعها على هذه المخالفات بعينها؟.

بالرغم من تأكيد المشرع على إلزامية النص على الجزاءات المقررة لمواجهة المتعامل المتعاقد الذي يخل بالتزاماته في بنود الصفقة العمومية[4]، إلا أنه قد يصادف المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ العقد ارتكاب هذا المتعامل المتعاقد خطأ لم تكن تتوقعه أثناء مرحلة الإبرام فلم تنص على الجزاء المناسب لمرتكبه، في هذه الحال ما دام أن عقد الصفقة العمومية لم يتضمن بندا يفيد بتنازل المصلحة المتعاقدة مقدما عن استعمال حقها بتوقيع هذه العقوبات[5]، فإنه لا مانع على المصلحة المتعاقدة من توقيع الجزاء الذي تراه لازما لمواجهة الخطأ غير المتوقع انطلاقا من سلطتها العامة التي تسمح لها بحق التنفيذ المباشر، على أن لا يخرج الجزاء الذي تختار توقيعه بإرادتها المنفردة عن القواعد المنظمة لمجال العقوبات المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية ودفاتر البنود الإدارية العامة التي تعتبر جزءا من الصفقة العمومية بعد إبرامها بجوار الشروط الخاصة التي يتفق عليها بين المصلحة المتعاقدة وبين المتعامل المتعاقد معه، على اعتبار أن دفاتر الشروط العامة تمثل عناصر مكونة للصفقات العمومية[6]، وبالتالي تكون المصلحة المتعاقدة بذلك قد طبقت فكرة النظام الاستثنائي كما سبق قوله.

وفي الأخير يمكن القول أن سلطة المصلحة المتعاقدة الجزائية تجد أساس وجودها فيما تنص عليه نصوص العقد ودفاتر الشروط بما فيها من تعليمات خاصة بكل نوع من أنواع الصفقات، التي عادة ما ينص فيها على حقها في توقيع الجزاءات في حال إخلال الطرف الآخر بالتزاماته التعاقدية فيعبر عنها بالجزاءات التعاقدية[7]، فضلا عن التشريعات القائمة والمنظمة لعقود الصفقات العمومية

---

[1] طبقا لنص المادة 90 من ق.ص.ع رقم 23-12.

[2] طبقا لنص المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[3] سلام بن حفاف، المرجع السابق، ص.430.

[4] طبقا لنص المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[5] محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، ط1، مصر، 2007، ص.215.

[6] طبقا لنص المادة 147 الفقرة 2 من المرسوم الرئاسي 15-247 بقولها "...تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط المذكورة في المادة 26 من هذا المرسوم اعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية".

[7] إن الجزاءات التعاقدية هي جزاءات تنبع من العقد أي يكون منصوص عليها في مضمونه، حيث كان المبدأ السائد في الفقه والقضاء الفرنسي أن الجزاءات التي يمكن للإدارة توقيعها على المتعاقد المخل بالتزاماته هي فقط تلك المنصوص عليها في العقد دون سواها، أما في حال إذا لم ينص العقد على بند يعطي للإدارة صلاحية توقيع الجزاء على المتعاقد معها، فلا يجوز قانونا أن تمارس هذه السلطة من تلقاء نفسها، كما لا يجوز للقضاء أن يفترض وجود تلك السلطة بيد الإدارة في حال سكوت العقد عنها. محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص.130.

ودفاتر البنود الإدارية التي تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة في حال عدم تضمينها بند الجزاءات ضمن نصوص العقد أو حتى إذا ما قدرت عدم كفاية هذه الجزاءات، فتكون بذلك جزاءات غير تعاقدية[1]، تكون فيها سلطة المصلحة المتعاقدة مستقلة عن النصوص التعاقدية، يعود الأساس في توقيعها إلى فكرة المرفق العام أو فكرة السلطة العامة أو في الجمع بينهما، وهذا انطلاقا من القواعد العامة التي تقتضي بتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة[2]، على اعتبار أن هذه الجزاءات من النظام العام.

إن الجزاءات التي توقعها المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد معها عند تقصيره في أداءه لالتزاماته التعاقدية في نظرنا؛ ما هي إلا مظهر من مظاهر السلطة العامة في عقود الصفقات العمومية، بل من أهم وأخطر السلطات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعاملين المتعاقدين معها، خصوصا وأن هذه الأخيرة تملك حق توقيع الجزاء عن طريق منحها عديد الامتيازات في سبيل ضمان سير المرفق العام الذي تديره، كاستعمالها امتياز التنفيذ المباشر أو كما يسميه بعض الفقهاء بامتياز المبادرة في توقيع الجزاءات، وسلطتها التقديرية في اختيار الوقت الذي تراه مناسبا لذلك، كما يحق لها توقيع الجزاء دون حاجة لنص العقد عليه وحتى دون اشتراط الضرر لتوقيعه. وهذه الامتيازات هي ما يعبر عنها بالخصائص العامة للجزاءات في العقود الصفقات العمومية، وهو ما سوف يتم التطرق إليه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: خصائص سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات

إن الجزاءات التي تملك المصلحة المتعاقدة حق توقيعها على المتعاملين المتعاقدين معها في مجال الصفقات العمومية؛ تختلف في طبيعتها عن نظيراتها في عقود القانون الخاص لاختلاف الغرض من الجزاء في كلا المجالين، حيث يكون الغرض من توقيع الجزاء في نطاق الصفقات العمومية ليس فقط معاقبة المتعاقد مع الإدارة لارتكابه خطأ في تنفيذ الصفقة كما هو الحال بالنسبة للعلاقات التعاقدية التي تنظمها قواعد القانون الخاص، وإنما الهدف الرئيسي منه هو ضمان حسن تنفيذ الصفقة المتصلة بسير المرفق العام وضمان استمراره تحقيقا للمصلحة العامة[3]، الأمر الذي اقتضى

[1] لما كان القول بضرورة النص على الجزاءات في العقد حتى يمكن للإدارة توقيعها على المتعاقد معها المخل بالتزاماته، لم يكن أمام هذه الأخيرة سوى اللجوء إلى إلغاء العقد وتحميل المتعاقد تبعات ذلك الإلغاء إذا ما أخطأ المتعاقد خطأ جسيما، أو أن تغض النظر عن المخالفات غير الجسيمة ما يؤدي حتما إلى المساس بالمصلحة العامة وتفاديا لذلك تراجع كل من الفقه والقضاء عن هذا الاتجاه وأقرا بأنه بإمكان الإدارة أن توقع جزاءات لا يكون منصوصا عليها في العقد وأن سلطة الإدارة في توقيعها قائمة بذاتها بحكم أن هذا الاختصاص من النظام العام لا يمكنها التنازل عنه أو التخلي عن استعماله ولكن وفق ضوابط وإجراءات تمنع الإدارة من التعسف في استعمال هذا الحق. طارق سلطان، المرجع السابق، ص125. وأيضا محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص.131.

[2] إن مبدأ تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة يرجع إلى اختلاف العقود الإدارية عن العقود المدنية، مناطه تلبية احتياجات مواطني الدولة عن طريق الحرص على حسن سير المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره، فبينما تكون مصالح الأطراف في العقود المدنية متوازية ومتساوية إذ بها في العقود الإدارية غير متكافئة، وفي هذا الإطار يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الشخصية، وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري. ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود، ولها دائما حق التغيير في شروط العقد وإضافة شروط جديدة كما لها أكثر وأخطر من ذلك سلطة توقيع الجزاءات وحق إنهاء العقد بما قد يتراءى لها أنه أكثر اتفاقا مع الصالح العام دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين. سمير صادق، المرجع السابق، ص.171.

[3] صباح المصري، المرجع السابق، ص.250.

ضرورة إخضاع الجزاء الذي توقعه المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد معها إلى مجموعة من الخصائص لا مثيل في عقود القانون الخاص[1].

كما أن نظام الجزاءات في قواعد القانون الخاص؛ لا يقدم جزاءات تتناسب وطبيعة الصفقة العمومية القائمة على أساس تغليب المصالح العامة على الخاصة، لاسيما وأن نظام الجزاءات في هذا القانون يقضي بضرورة مراجعة القضاء من أجل الفسخ أو الحصول على التعويض المناسب كونه يمثل جزاء عدم تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية أو إخلاله في ذلك، فضلا عما يمتلكه القاضي المدني من سلطة تقديرية في فرض العقوبة التي يراها مناسبة لجبر ضرر المدين، هذا وأن طرق الطعن في الحكم المدني تجعل من الصعوبة على الطرف الدائن الحصول على حقه بطريق التنفيذ الفوري[2].

لذلك كان لا بد من الإقرار للمصلحة المتعاقدة كسلطة عامة أن تفرض في ظل عقود الصفقات العمومية التي تبرمها مع متعاملين اقتصاديين جزاءات مختلفة، عن طريق منحها امتيازات تمثل في مجملها خصائص نتطرق إليها في فروع هذا المطلب.

الفرع الأول: عدم جواز تنازل المصلحة المتعاقدة عن حقها في توقيع الجزاء

إن سلطة المصلحة المتعاقدة في فرض الجزاءات على المتعامل المتعاقد معها في نطاق الصفقات العمومية؛ إنما يقصد بها ضمان سير المرفق العام كهدف أساسي مما يستلزم معه ضرورة امتناع هذه الأخيرة عن التنازل عنها مقدما بأي شكل من الأشكال.

ومن أمثلة ما صدر في هذا الشأن عن القضاء الإداري المصري حين بينت المحكمة الإدارية العليا دور جزاء غرامة التأخير في كفالة سير المرفق العام بانتظام واضطراد، واتبعت قولها أنه من البديهي ألا تتنازل الإدارة عن هذا الامتياز[3].

وإن كان من غير الجائز للمصلحة المتعاقدة التنازل عن حقها في توقيع الجزاء على المتعامل المتعاقد مقدما بموجب النص على ذلك في العقد، إلا أنها تملك وفي حالات معينة أن تقرر إعفاء هذا المتعامل من الجزاءات كلها أو بعضها إذا ما تأخر في تنفيذ التزاماته التعاقدية لأسباب خارجة عن إرادته[4]، كما أشار إلى ذلك قانون الصفقات العمومية رقم 23-12 من خلال الفقرتين 1 و2 من نص المادة 84 التي منحت المصلحة المتعاقدة سلطة القرار بإعفاء المتعاقد من دفع العقوبات المالية متى كان سبب التأخير في تنفيذ العقد راجع إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة التي تكون قد سلمت له أوامر بالتوقف عن الأشغال وباستئنافها أو كان مرد هذا التأخير حالة القوة القاهرة.

الفرع الثاني: حق المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاء بإرادتها المنفردة

إن عدم تنفيذ المصلحة المتعاقدة لالتزاماتها اتجاه توفير حاجات المواطنين نتيجة إخلال المتعامل المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية سيترتب عليه في النهاية تعطيل المرفق العام وتوقفه، كما أن لجوء المصلحة المتعاقدة إلى القضاء وما يتضمنه ذلك من إجراءات تقاضي قد تطول من اجل مجازاة المتعامل المتعاقد لعدم تنفيذه شروط العقد سوف يؤدي أيضا إلى عرقلة سير المرفق[5]، وبناء عليه كان

---

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة ووفقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات، دار الفكر الجامعي، 2005، ص.261.

[2] بوزيان العيد، "الرقابة القضائية على الشرط الجزائي"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، العدد 05، 2017، ص.77.

[3] محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص.43.

[4] مليكة أسماء بن صغير، غرامة التأخير في الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بلعباس، الجزائر، 2019/2018، ص.15.

[5] مصطفى عامر حمدي عطية، مصطفى عامر حمدي عطية، الأعمال القانونية للسلطة الإدارية -القرار الإداري والعقد الإداري-، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2015، ص ، ص.49.

لابد من أن تتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطة توقيع الجزاءات الإدارية التعاقدية على المتعامل المتعاقد معها الذي تخلف عن أداء التزاماته التعاقدية بإرادتها المنفردة وبصفة تلقائية دون حاجة للجوء إلى القضاء لاستصدار حكم قضائي يمكنها من توقيع هذه الجزاءات[1].

وقد اختلف الفقهاء حول سند الإدارة في التنفيذ المباشر، فهناك من أرجعه إلى ضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد، ليرجعه البعض الآخر إلى فكرة السلطة العامة[2]، إلى أن تأكد هذا الحق في فرنسا بصدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية جنوب الأطلنطي[3]، حيث أصبح الأصل في توقيع الجزاء في مجال العقد الإداري يتم بطريق سلطة الإدارة المتعاقدة في استعمال حقها في التنفيذ المباشر[4]، كما أن إعمال هذا الامتياز لا يقتصر على عقد إداري بعينه وإنما يشمل كافة العقود الإدارية، ويطبق بالنسبة لجميع الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد المقصر بالتزاماته[5]. إن سلطة الإدارة في التنفيذ المباشر للجزاء على المتعاقد المقصر معها في مجال العقد الإداري[6] لا وجود له في نظرية العقود المدنية[7]، حيث الأشخاص العاديين لا يمكنهم اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري ضد مدينيهم إلا من خلال اللجوء إلى القضاء وحكم القاضي ضروري لاقتضاء حقوقهم[8].

بل حتى أن المتعاقد لا يستطيع في حالة وقوع خطأ من جانب الإدارة المتعاقدة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ بإيقاف تنفيذ التزاماته التعاقدية، حيث يظل ملتزما بالتنفيذ أيا كان الخطأ المنسوب لهذه الإدارة، ويقتصر حقه على المطالبة القضائية سواء بالتعويض أو بالفسخ[9].

وقد أقر المشرع الجزائري لجهة الإدارة كمصلحة متعاقدة هذا الحق، بالنص صراحة في المادتين 90 و91 من قانون الصفقات العمومية رقم 23-12 المتضمنة حالات فسخ الصفقة، حيث نص فيها على إمكان المصلحة المتعاقدة فسخ الصفقة بإرادتها المنفردة متى لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده له الإعذار، أو متى كان مبررها في ذلك سببه المصلحة العامة، وكذا من خلال نص المادة 84 من نفس القانون التي تقضي بفرض العقوبات المالية التي تنجر عن الإخلال في تنفيذ بنود الصفقة التعاقدية.

---

[3] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.495. وأيضا طارق سلطان، المرجع السابق، ص.133.

[2] سبق وتناولته بالشرح في المطلب الأول من هذا المبحث.

[3] طارق سلطان، المرجع السابق، ص.132 و133.

[4] فإن كان هذا الحق يغطي كقاعدة عامة جميع أنواع الجزاءات التي توقع على المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية فإن الاستثناء الوحيد عنه حسب مجلس الدولة الفرنسي يتمثل في جزاء الإسقاط في عقود الامتياز، إذ لا يمكن للإدارة المتعاقدة أن تلجأ إلى حق التنفيذ المباشر في إسقاط حق صاحب امتياز المرفق العام إلا عن طريق حكم قضائي، وهذا راجع لخطورة هذا الجزاء، إلا إذا اتفق طرفا العقد بموجب نص صريح يخول الإدارة المتعاقدة حق استعمال طريق التنفيذ المباشر في توقيع جزاء الإسقاط. طارق سلطان، المرجع السابق، ص.133.

[5] علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.97.

[6] سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، مصر، 2006، ص.462.

[7] تأكيدا لذلك أقرت المحكمة الإدارية العليا المصرية من خلال حكمها الصادر بتاريخ 28 ماي 1985 على أنه "من المبادئ المقررة في فقه القانون الإداري أن غرامات التأخير في العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية ذلك أن الشرط الجزائي في العقود المدنية هو تعويض متفق عليه مقدما يستحق في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته فيشترط فيه ما يشترط لاستحقاق التعويض بوجه عام من وجوب حصول ضرر للمتعاقد الأخر وإعذار للطرف المقصر وصدور حكم به، وللقضاء أن يخففه إذ أثبت انه لا يتناسب والضرر الذي لحق بالمتعاقد..."، إسماعيل هاني عبد الرحمن، الرجع السابق، ص.901.

[8] محمد محسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص.50.

[9] زينب سالم، حورية لشهب، الاتجاه الحديث للقضاء الإداري المصري في تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 18، 2019، ص112.

كما أن المشرع المصري؛ هو الآخر اعترف لجهة الإدارة بحق التنفيذ المباشر للجزاء صراحة ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 23 في فقرتها الثانية من قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 بقولها " وتوقع الغرامة بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء آخر..."، وأيضا نص المادة 25 من نفس القانون جاء فيها بأنه "يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد إذا أخل بأي شرط من شروط العقد"[1].

ومن بين ما أقرته المحكمة الإدارية العليا المصرية في نفس السياق؛ حكمها الصادر بتاريخ 22 فيفري 2005 جاء فيه "قضاء هذه المحكمة جرى على أن غرامات التأخير التي ينص عليها في العقود الإدارية هي جزاء قُصد به ضمان وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزامه في المواعيد المتفق عليها؛ حرصا على سير المرفق العام بانتظام واطراد؛ ولذلك فإن الغرامات التي تنص عليها في تلك العقود توقعها جهات الإدارة من تلقاء نفسها دون حاجة إلى صدور حكم بها إذا توافرت شروط استحقاقها بحصول الإخلال من جانب المتعاقد..."[2].

ليذهب فقه القانون الإداري إلى أبعد من مجرد السماح للإدارة بتوقيع الجزاءات التعاقدية بنفسها؛ إلى القول بحريتها في التصرف بفرض الجزاء على المتعاقد معها ولو لم ينص عليه في العقد بل حتى إن جاءت نصوص قانون المناقصات والمزايدات خالية من حكم صريح يخول الإدارة هذا الحق مستندة في ذلك إلى سلطتها الضابطة للمرافق العامة، وعملا بالقواعد الأصولية التي تقضي بها طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة حسن سير المرافق العامة[3].

غير أن القول بحرية تصرف المصلحة المتعاقدة لدى استعمالها لأسلوب التنفيذ المباشر في فرض الجزاء وإن كان ليس له مقابل في القانون الخاص لا يؤخذ على إطلاقه، وإنما يرتبط بضرورة حصول الإخلال من جانب المتعامل المتعاقد، كما يتعين على المصلحة المتعاقدة الإفصاح عن رغبتها في استعمال سلطتها هذه عن طريق قرار إداري صحيح[4]، مع التزامها في ذلك بضوابط تسبيب الجزاء وإعذار المتعامل المتعاقد، وأن تخضع في ذلك لرقابة القضاء[5].

كما أن حق المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاء من تلقاء نفسها على المتعامل المتعاقد معها مشروط بأن يتناسب ويتلاءم مع الخطأ المنسوب إلى المتعاقد، بمعنى أنه يتعين على الأقل أن يثبت في حق المتعامل المتعاقد اقترافه خطأ يتناسب من حيث جسامته مع ما وقعته عليه الإدارة من جزاء، وإلا اعتبر تصرفها بفرض الجزاء من قبيل الانحراف وإساءة استعمال السلطة، وذلك لما شابهه من غلو[6].

إلا أن السؤال الذي يثور حول حق الإدارة في فرض الجزاءات بإرادتها المنفردة هو: هل منح الإدارة سلطة التنفيذ المباشر يمنعها في كل الأحوال من اللجوء إلى القضاء من أجل مجازاة المتعاقد معها الذي أخل بتنفيذ العقد؟

إذا كان مجلس الدولة الفرنسي قد سمح للإدارة ذاتها بمقتضى امتيازها في المبادرة بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها تحت رقابة القضاء، إلا أنه لم يسمح لها أن تطلب من القاضي توقيع جزاء

---

[1] محمد علي سكيكر، المرجع السابق، ص.310 و311.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ 22 فيفري 2005. مشار إليه لدى علي محمد مظفر، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، بدون دار نشر، 2012، ص.43.

[3] نصر الدين بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، ط1، مصر، 2007، ص.246. وأيضا محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص.433.

[4] مصطفى عامر حمدي عطية، المرجع السابق، ص.147. وأيضا نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص.246.

[5] ياسر عمار جبار، المرجع السابق، ص.90.

[6] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص.262.

تملك توقيعه من تلقاء نفسها، ومع ذلك تستطيع الإدارة طلب الحكم على المتعاقد معها بإلزامه بتعويض الضرر الذي حاق بها، وهذه الحالة مقصورة على جزاء التعويض فقط[1].

وهذا بخلاف ما استقر عليه القضاء المصري الذي ظل يعترف للإدارة بإمكانية تخليها عن حقها في توقيع الجزاء بنفسها ليوقعه هو بدلا عنها في العديد من منازعات تنفيذ العقود الإدارية التي رفعت إليه[2].

وعليه يرى سليمان الطماوي؛ أنه من الأجدر لهذه الإدارة أن تسلك الطريق الأحوط فتطلب من قاضي الموضوع أن يحكم بتوقيع الجزاء الذي يراه مناسبا حتى تأمن جانب المسؤولية[3]، وإن كان هذا الرأي لا يتوافق مع مبدأ حسن سير المرافق العامة الذي يقتضي تغليب الصالح العام على الصالح الخاص بموجب الحرص على السرعة في تنفيذ العقد الإداري وهو ما لا يتحقق -في حال إخلال المتعاقد في التنفيذ- إلا بمنح المصلحة المتعاقدة سلطة توقيع الجزاء بنفسها على المتعاقد معها دون اللجوء إلى القضاء، شريطة أن تكون قد راعت في ذلك شروط فرض الجزاء، وملائمته لطبيعة العقد وقيمته وموجبات تنفيذه في وقت محدد ووفق طريقة معينة تكفل انتظام سير المرفق العام[4].

أولا- تمتع المصلحة المتعاقدة بسلطة تقديرية في اختيار موعد توقيع الجزاء:

إن امتياز المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاء بإرادتها المنفردة إنما يرتبط بسلطتها التقديرية في اختيار الوقت المناسب لذلك بما يتوافق ومقتضيات المرفق العام، متى لم يوجد نص يلزمها بأن توقع على المتعامل المتعاقد معها جزاءا إذا أخل ببنود العقد بالامتناع عن التنفيذ أو بالتأخير في ذلك في خلال مدة زمنية محددة[5].

وقد أشارت إلى ذلك المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكم لها صادر بتاريخ 02 جانفي 1965 "باستثناء النص على إلزام الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها في وقت معين، فإن الإدارة تترخص في اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء بحسب ما تراه صالحا لضمان سير المرافق العامة، ومن تم لا تعقيب عليها إذا رأت في حدود سلطتها التقديرية أن تتريث في إيقاع الجزاء على المتعاقد المقصر حتى يفيء إلى هذا الحق، من حيث النهوض بالتزاماته التعاقدية، وقد يكون هذا التريث تحقيق لهذه المصلحة..."[6].

لتضيف هذه الأخيرة في حكم آخر لها صدر بتاريخ 27 ماي 1967 بقولها "أن المتعاقد لا يستطيع أن يحتج بالقول أن الإدارة تراخت في توقيع الجزاء، وأن تراخيها أساء إليه، إذ لا يسوغ للمخطئ أن يستفيد من تقصيره"[7].

مما يعني أن الإدارة المتعاقدة استنادا لسلطتها التقديرية ليس لها فقط حرية اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء، وإنما لها أيضا الحرية في تأجيل توقيع الجزاء فيما لو وجدت ذلك مناسبا، ولا يكون بإمكان المتعاقد الاعتراض على هذا التأجيل، ذلك أن تأخير استعمال هذا الحق لا يسقطه[8].

---

[1] إسماعيل هاني عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.904.
[2] نفس المرجع، ص.905.
[3] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.497.
[4] إبراهيم المنجي، المرجع السابق، ص.328.
[5] صباح المصري، المرجع السابق، ص251، عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص.263.
[6] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ 02 جانفي 1965، مشار إليه لدى محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص.435.
[7] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.496.
[8] سحر جبار يعقوب، المرجع السابق، ص.97.

لتقرر نفس المحكمة من زاوية أخرى في حكم حديث لها بأنه للإدارة المتعاقدة أيضا حق توقيع الجزاء حتى قبل انتهاء المدة المحددة للتنفيذ بقولها أنه "لا وجه لإجبار الجهة الإدارية على الانتظار حتى انتهاء المدة المحددة في العقد طالما تبين لها أن المدة المتبقية لا تكفي لتنفيذ باقي الأعمال، وبالتالي يكون قرار الجهة الإدارية بسحب العمل من المتعاقد وتنفيذه على حسابه متفقا وحكم القانون"[1].

ولما كان القول بما سبق يهدد المتعامل المتعاقد بفرض الجزاء في أي وقت، كان لزاما أن يُفرض على المصلحة المتعاقدة ضرورة توجيه الإعذار للمتعامل المتعاقد معها الذي أخل بالتزاماته، وتنبهه بضرورة الإسراع إلى تنفيذ العقد وتدارك التقصير الذي بدر منه في مدة زمنية محددة[2]، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية رقم 23-12 حيث ألزم المصلحة المتعاقدة بضرورة توجيه الإعذار لكل متعاقد لم ينفذ التزاماته التعاقدية قبل أي جزاء[3].

ومن قبيل القيود التي ترد على السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة بالإضافة إلى إلزامية إعذار المتعاقد معها، إلزامها بضرورة تسبيب قرارها بتوقيع الجزاء بنفسها وذلك على مسؤوليتها تحت رقابة القضاء.

ثانيا- عدم وجود حائل بين المصلحة المتعاقدة وحقها في توقيع الجزاء:

لا يجب أن يحول بين المصلحة المتعاقدة وبين استعمال حقها في توقيع الجزاءات التعاقدية أي إجراء أيا كانت صورته. ومؤدى ذلك أنه على عكس الحال بالنسبة لأغلب القرارات الإدارية، فإن القضاء لا يستطيع أن يأمر بوقف تنفيذ قرار المصلحة المتعاقدة بتوقيع الجزاءات بناء على طلبات مستعجلة بذلك، إذ لا مجال لهذه الفكرة في نطاق نظام عقود الصفقات العمومية الذي يرتكز أساسا على مبدأ تغليب الصالح العام عن المصلحة الفردية[4]، وحينها لا يكون للمتعاقد عند نظر القاضي لأصل الموضوع سوى تقرير تعويض له إن كان لذلك أساس قانوني[5].

كما لا يمكن لأي جهة أخرى على غرار الجهة القضائية أن تحول بين المصلحة المتعاقدة وحقها في توقيع الجزاء بإرادتها المنفردة وقد قضى بهذا الخصوص القضاء الإداري المصري مقررا بأنه "لا يحول بين الإدارة وبين توقيعها للجزاءات التعاقدية بإرادتها المنفردة، أن ينص في العقد على عرض الخلافات الناشئة بين طرفيه على لجنة معينة. وذلك على اعتبار أن العرض على مثل هذه اللجنة إنما ينصرف مدلوله إلى الخلافات المتعلقة بشروط العقد تفسيرا وتعديلا، وليس إلى الجزاءات التي تملك الإدارة حق توقيعها ولا إمكانية للتنازل عن هذا الحق"[6].

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ 10 أفريل 2000، مشار إليه لدى إسماعيل هاني عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.908.

[2] سحر جبار يعقوب، المرجع السابق، ص.268.

[3] تنص المادة 90 الفقرة 1 "على إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعذار ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد".

[4] نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص.248.

[5] هذا ما أقرت به المحكمة الإدارية العليا لمصر في حكمها الصادر بتاريخ 28 ديسمبر 1963 بقولها: "لا وجه لاتخاذ أي إجراء يحول دون استعمال الجهة الإدارية لهذا الحق بأية صورة من الصور مهما يكن من أمر يدعيه المدعي في هذا الشأن عند نظر أصل الموضوع. ذلك أن المصلحة العامة والمصلحة الفردية لا تتوازيان في مجال الروابط القانونية التي تنشأ بين الأفراد والإدارة، بل يجب أن تعلو المصلحة العامة في مثل هذا الأمر الذي يتعلق أساسا بتسيير مرفق عام، وإنما تتحول المصلحة الفردية إلى تعويض إذا كان لذلك أساس من القانون". محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص.443. وأيضا مصطفى عامر حمدي عطية، المرجع السابق، ص.501.

[6] حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، الصادر بتاريخ 12 سبتمبر 1960، مشار إليه لدى محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص.434.

ومن جهتي أرى بـأن ممارسة جهة المصلحة المتعاقدة لسلطتها الجزائية عن طريق التنفيذ المباشر للجزاء بإرادتها المنفردة دون الرجوع إلى القضاء أمر طبيعي، حيث يستوجب الحفاظ على سير المرافق العامة سرعة في الإجراءات لتحقيق الغرض المنشود، أما التسليم باللجوء إلى القضاء؛ فإن الأمر قد يسبب تعطيل سير هذه المرافق بسبب إجراءات غالبا ما تأخذ وقت طويل.

الفرع الثالث: حق المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاء دون حاجة لإثبات حدوث ضرر

إذا كان قد سبق القول؛ بأن للجهة الإدارية حق توقيع الجزاء بنفسها ودون حاجة إلى اللجوء للقضاء، فإنه من المتفق عليه أيضا فقها وقضاء أن الإدارة تملك حق فرض الجزاء على المتعاقد معها بمجرد ثبوت المخالفة لديها دون حاجة لإثبات حدوث ضرر لها، وهذا ما يميز الجزاءات المالية والإدارية عن الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية[1].

وأن هذا الحق ثابت لكل مصلحة متعاقدة ليس لأن ركن الضرر غير مشترط أصلا، وإنما لأنه ركن يفترض في كل صفقة عمومية باعتبارها عقدا إداريا بفرض غير قابل لإثبات العكس من جهة، ومن جهة أخرى؛ فإن الهدف من هذه الجزاءات ليس فقط معاقبة المتعامل المتعاقد على خطأ ارتكبه وإنما يكمن هذا الهدف بالدرجة الأولى في تأمين سير المرافق العامة[2]، وبالتالي لا يكون على المصلحة المتعاقدة إثبات أن إخلال المتعامل المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية قد ألحق بها ضررا، وأن مبررها في توقيع الجزاء يجد سنده القانوني وأساسه انطلاقا من الطبيعة الذاتية والمميزة للعقود الإدارية نظرا لارتباطها بسير المرفق العام[3]، كما أنه لا يجوز للمتعامل المتعاقد المقصر إثبات أن تقصيره لم ينتج عنه أية أضرار للمصلحة المتعاقد معها مبررا منه في التهرب من فرض الجزاء عليه[4].

من أهم ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا في مصر في هذا الشأن، ما جاء في حكمها الصادر بتاريخ 30 نوفمبر 1963 بقولها "...لا يشترط لتوقيع الجزاءات إثبات وقوع ضرر أصاب المرفق العام، إذ أن هذا الضرر مفترض بمجرد تحقق استحقاقها- غرامة التأخير- المنصوص عليه في العقد، ذلك أن التراخي في تنفيذ العقود الإدارية ينطوي في ذاته على إخلال بالتنظيمات التي رتبت الإدارة شؤون المرفق العام وتأمين سيره على أساسها..."[5].

غير أنه بالنسبة إلى جزاء التعويض؛ فإن الأمر ظل مختلفا تماما لأن شرط مطالبة المصلحة المتعاقدة المتعامل المتعاقد معها بالتعويض يقتضي ضرورة وجود ضرر أصابها بسبب التقصير الواقع من جانب هذا الأخير حسب ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي، ويستند ذلك بالرجوع لأحكام القواعد العامة في أي عقد كان، وتلك الأحكام تقضي بأن كل خطأ ترتب عليه ضرر يلزم من ارتكبه بالتعويض ويقدر قيمة الضرر[6]، فإذا ما لم ينجم عن إخلال المتعامل المتعاقد بإحدى التزاماته التعاقدية في تنفيذ العقد ضررا لحق بالمصلحة المتعاقدة معها فلا يكون لهذه الأخيرة حق مطالبة هذا المتعامل المتعاقد

---

[1] إذ لا يجوز للجهة الإدارية أن توقع جزاءات ذات طابع جزائي نظير ارتكاب المتعاقد معها لأفعال تشكل في حقيقتها جرائم يعاقب عليها القانون الجزائي، كجريمة الغش والتدليس في تنفيذ العقد. وأيضا صباح المصري، المرجع السابق، ص.252.

[2] محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص.435 و434. وأيضا مصطفى عامر حمدي عطية، المرجع السابق، ص.489.

André DE LAUBADERE, Traité théorique et pratique des contras administratifs, Paris, tome 3,1956, p.136.

[3] سحر جبار يعقوب، المرجع السابق، ص.95.

[4] نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص.247.

[5] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 1086 الصادر بتاريخ 30 نوفمبر 1963. مشار إليه لدى إسماعيل هاني عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.911. وأيضا عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص.264.

[6] نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص.247.

بالتعويض أمام القضاء[1]، وهذا بخلاف باقي الجزاءات الأخرى كغرامة التأخير أو مصادرة كفالة حسن التنفيذ أو حتى الفسخ والتي لا يشترط في توقيعها إثبات وقوع ضرر لحق جهة الإدارة.

الفرع الرابع: حق المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاء ولو لم ينص عليه في العقد

شهدت سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاء ولو لم ينص عليه في العقد؛ تطورا هاما حيث أنه إلى غاية نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، استقر مجلس الدولة الفرنسي على أن العقد الإداري يستقل في تحديد وبيان الجزاءات التي يمكن أن تفرض على المتعاقد[2]، وكانت الإدارة تستمد سلطتها في فرض الجزاءات من النصوص العقدية أو القانونية[3]، وبالتالي فقد كان ممنوعا على الإدارة إيقاع جزاءات غير منصوص عليها في العقد أو دفاتر الشروط أو اللوائح.

ولكن لما كان من غير المجدي أن يكون سكوت العقد عن الجزاء الذي يمكن أن يفرض على المتعامل المتعاقد الذي أخل بالتزاماته التعاقدية فيتنصل من الجزاء بحجة عدم النص عليه في العقد، من منطلق أن النص على حق الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقد يعد كاشفا وليس منشأ لهذا الحق[4]، أنتقد العديد من الفقهاء موقف مجلس الدولة الفرنسي القائم على كفاية الجزاء العقدي، ليتراجع بعد ذلك ويستقر من خلال حكمه في خصوص قضية دبلانك الصادر في 31 ماي 1907 مؤيدا رأي مفوض الحكومة روميو في التقرير المقدم في الدعوى، حيث قرر أن العقد الإداري وإن بين التزامات كلا الطرفين وأغفل بيان الجزاءات المقابلة للمخالفات المرتكبة من قبل المتعاقد، فإن هذا لا يعني عدم وجود جزاءات ولا يمكن أن تبقى هذه المخالفات دون جزاء وبالتالي على القاضي إعمال القواعد العامة بفرض جزاء التعويض[5]، انطلاقا من قاعدة أن كل التزام تعاقدي يجب أن يقابله جزاء. وبناء على هذا الحكم يكون مجلس الدولة قد عدل عن مبدأ شرعية الجزاء التعاقدي الذي مفاده ألا جزاء بغير نص-عقدي أو قانوني – منظم لموضوع العقد، إلى القول بأن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها توجد بذاتها مستقلة عن أي نص[6].

غير أن قرار مجلس الدولة في هذه القضية؛ لم يسلم من نقد الفقهاء أيضا تأسيسا على أن سلطة توقيع الجزاء إنما هي سلطة مستقلة عن نصوص العقد تستمدها الإدارة من امتيازات السلطة العامة في مجال تنفيذ العقود الإدارية[7]، وناتجة عن اتصال العقد بنشاط المرفق العام في تسييره أو تنظيمه[8].

ومن اجتهادات القضاء الإداري المصري حول إمكان الإدارة المتعاقدة فرض جزاءات على المتعاقد المقصر رغم عدم النص على ذلك في العقد ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في مصر، في حكمها الصادر في 17 نوفمبر 1957 بقولها: "...ومن تم فليس بالذي يعتد به ما يقول المدعي في مذكرته من أن شروط المزايدة لم ينص فيها على حق الوزارة في مصادرة التأمين، لأنه ما دام

---

[1] مريم محمد أحمد، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتـــعاقد معها في العقـــود الإدارية، دار الحقانية لخدمات الطباعة والتسويق والنشر، ط1، القاهرة، 2016، ص.69.

[2] ياسر عمار جبار،المرجع سابق، ص.114.

[3] سحر جبار يعقوب، المرجع السابق، ص.100.

[4] مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص.70.

[5] سحر جبار يعقوب، المرجع السابق، ص.102 و103. وأيضا محمد محسن مرعي الجبوري، المرجع السابق، ص.52.

[6] جلول بن سديرة، الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2015/2014، ص.28.

[7] صباح المصري، المرجع السابق، ص.252.

[8] مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص.70.

الغرض من كفالة حسن التنفيذ هو ضمان التنفيذ...فلا يمكن تصور قيام هذا الضمان ما لم يكن للوزارة حق مصادرة هذا التأمين في حالة عدم التنفيذ سواء نص أو لم ينص في الشروط على هذا الحق، وإلا لما كان هناك محل أصلا لاشتراط دفع تأمين مع العطاء..."[1].

لتأكد مرة أخرى على حق الإدارة في فرض الجزاء ولو لم ينص عليه في العقد بقولها أن الدولة وجميع هيئاتها الإدارية تمتع بامتيازات وسلطات ينتفي معها كل طابع تعاقدي ضمانا لحسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد واستغلالها وإدارتها على الوجه الأكمل من خلال حكمها بتاريخ 28 ديسمبر 1963[2].

إن إقرار كل من القضاء الفرنسي والقضاء المصري بإمكانية تطبيق جزاءات على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية خارج نصوص العقد، جاء حماية للمرافق العامة وضمانا لسيرها ودوامها[3]، إذ لا يعقل أن يسلم هذا المتعاقد من توقيع الجزاءات عليه في حال سكوت العقد على هذه الأخيرة، كما أن السماح للإدارة المتعاقدة بتطبيق مثل هذه الجزاءات خارج نصوص العقد سوف يجنبها مهمة اللجوء إلى جزاء فسخ العقد وما يترتب عنه من نتائج سلبية بحيث يستدعي منها الأمر إبرام عقد جديد[4].

غير أن السؤال الذي ينبغي طرحه في هذه الحال هو: ماذا لو ضمنت المصلحة المتعاقدة عقد الصفقة العمومية نصا يفيد بتقرير جزاء معين لخطأ محدد مسبقا؟.

إذا ما توقع العقد خطأ معينا ووضع له جزاء، يجب على المصلحة المتعاقدة التقيد بهذا الجزاء بحيث لا يجوز لها كقاعدة عامة أن تستبدله بغيره أو تطبق في شأنه نصوص قانون الصفقات العمومية، على اعتبار أن أحكام هذا القانون كانت ماثلة أمامها عند إبرام العقد[5]، وبالتالي يكون بوسع المصلحة المتعاقدة اختيار نوع الجزاء الذي توقعه على إخلال المتعامل المتعاقد معها بالنسبة لمواجهة خطأ بذاته عند إبرامها العقد، إلا أن سلطتها لا تكون تقديرية في هذا الوضع بحيث يتعين عليها إعمال الجزاء المنصوص عليه، ولو جاء مخالفا لما ورد في قانون المناقصات والمزايدات[6].

ويعود أساس تقييد المصلحة المتعاقدة بما نصت عليه من جزاء معين لخطأ كان متوقعا مقدما في العقد حسب القضاء الإداري المصري، إلى أن العقد الإداري شأنه في ذلك شأن سائر العقود يتم بتوافق إرادتين تتجهان إلى إحداث أثر قانوني معين، وليس عملا شرطيا يتضمن إسناد مراكز قانونية عامة وموضوعية إلى أشخاص بدواتهم، وعليه إذا ما توقع المتعاقدان في عقد الصفقة العمومية خطأ معينا ووضعا له جزاء بعينه، فإنه يجب أن تتقيد جهة المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها بما جاء في العقد ولا يجوز لأي منهما مخالفته، كما لا يصح قانونا القضاء على غير مقتضاه[7].

---

[1] محمد سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.498.

[2] إسماعيل هاني عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.908.

[3] علي محمد مظفر، المرجع السابق، ص.69.

[4] سيف سعد مهيدي الدليمي، مظاهر السلطة العامة في تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2017، ص.154.

[5] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ 08 أفريل 1976، مشار إليه لدى نفس المرجع، ص.155.

[6] حمزة نقاش ومنيرة بوالصبعين، "الجزاءات المالية وغير المالية في الصفقات العمومية في القانون الجزائري"، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، الجزائر، المجلد 07، العدد 02، 2022، ص.679.

[7] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ 13 نوفمبر 1971، مشار إليه لدى مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص.71. وأيضا محمد سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.497.

في هذا أيد بعض الفقهاء فكرة التزام الإدارة بما نص عليه في العقد[1]، ذلك أنه لا مبرر لتنصلها من جزاء كانت قد ارتضته عقابا لمخالفة ما، وأن ما ضمنته في العقد من جزاء كان المتعاقد على علم مسبق به فلا يمكن مفاجئته بعقاب لم ينص عليه لمواجهة تلك المخالفة، بالإضافة إلى أن تحرر الإدارة قد يؤدي إلى تعسفها في استعمال سلطة مجازاة المتعاقد معها، وكان تساؤلهم حول الجدوى من النص على جزاء معين عند إبرام العقد مادام أنه يمكن للإدارة أن تتحرر منه؟.

ولما كان من الضروري تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة رأى غالبية الفقهاء في ردهم على هذا السؤال أنه بإمكان المصلحة المتعاقدة أن توقع جزاءات غير تلك الجزاءات المتفق عليها في العقد سلفا، بالأخص إذا كان ما توقعته وقت توقيع العقد لا يتناسب مع مقدار المخالفة، ونظرا لأن ظروف المرفق العام تتغير باستمرار هذا من جهة، وأن توقيع جزاءات أشد أو حتى أخف يخضع في نهاية الأمر لرقابة القضاء من جهة أخرى[2].

الفرع الخامس: خضوع المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاء لرقابة القضاء

إن رقابة القضاء على الجزاءات التي توقعها المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد معها؛ تعتبر رقابة تسعى إلى ضبط توازن سلطات الإدارة الواسعة في هذا المجال، كما أنها تمثل ضمانة فعالة للمتعامل المتعاقد ضد تعسف المصلحة المتعاقدة أو مخالفتها للقانون، وإن كانت سلطات القاضي ليست واحدة في مواجهة الجزاءات فينظر في ملائمتها من حيث مدى تلاءم الجزاء المفروض من طرف المصلحة المتعاقدة مع الإخلال المرتكب من قبل المتعامل المتعاقد في أثناء تنفيذ العقد كما ينظر في مشروعية هذه الجزاءات[3]، سواء كان ذلك من حيث عيب الشكل أو عيب الاختصاص أو عيب مخالفة القانون أو من ناحية عيب الانحراف في إساءة استعمال السلطة أو من ناحية عيب مخالفة القانون، وأخيرا رقابة البواعث من إصدار قرار الجزاء.

فالقاضي يستطيع أن يحكم بردها أو بالإعفاء منها، أو بتخفيضها على حسب الأحوال إذا ما كانت الجزاءات المطعون فيها أمامه من الجزاءات المالية،أما ذا تعلق الأمر بوسائل الضغط والإكراه التي تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة كالشراء على حساب المورد أو الفسخ، فإن القاضي يستطيع أن يحكم بالتعويض عنها ولكنه لا يستطيع الحكم بإلغائها في جميع الأحوال[4].

بالإضافة إلى ما يميز سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد الذي أخل بالتزاماته التعاقدية من خصائص سبق التطرق إليها، تتنوع هذه الجزاءات بين جزاءات مالية وجزاءات ضاغطة وأخرى فاسخة تعد الأخطر من نوعها، بالإضافة إلى جزاء الإقصاء والمنع من المشاركة في إبرام صفقات عمومية، وهذا ما سوف نتناوله في المبحث الثاني من هذا الفصل.

المبحث الثاني: صور الجزاءات التي تملك المصلحة المتعاقدة سلطة توقيعها

تعتبر سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة على المتعامل المتعاقد؛ من أخطر الشروط الاستثنائية التي تميز عقد الصفقة العمومية عن غيره من عقود القانون الخاص، باعتبار أن هذه الشروط تدل بوضوح عن الإخلال الواضح بمبدأ المساواة في الصفقات العمومية بصفة عامة لصالح الإدارة، بغية الحفاظ على المال العام وحماية المصلحة العامة التي يتطلبها سير المرافق

[1] محمد أحمد الأرناؤوط، المرجع السابق، ص.128.
[2] مازن ليلو راضي، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2012، ص.159.
[3] نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص.250.
[4] نفس المرجع، ص.250.

العامة بانتظام وإضطراد[1]، لذلك كان من أهم التزامات المتعامل المتعاقد وأشدها هو أن يتكفل بتنفيذ العقد ضمانا لدوام سير هذه المرافق.

لكن قد يحدث أن يمتنع المتعامل المتعاقد عن تنفيذ الصفقة أو أن يرتكب أثناء تنفيذ التزاماته المنصوص عليها في الصفقة أو في دفتر الشروط مخالفات متعددة كالتنفيذ المعيب للالتزامات أو التأخير في تنفيذها، أو عدم احترامه تعليمات المصلحة المتعاقدة لدى ممارستها سلطة الرقابة والإشراف أو قام بالتنازل عن العقد لغيره.

ومن أجل مواجهة هذه المخالفات؛ تمتلك المصلحة المتعاقدة سلطة توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد للضغط عليه وإجباره على احترام شروط العقد، تباشرها بنفسها دون حاجة للجوء للقضاء، بل حتى لو لم يتم النص عليها في دفاتر الشروط كما رأينا سابقا، وأساس ذلك كله يصب في ضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، كما أن هذه الجزاءات التي يمكن أن توقعها المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد معها متعددة ومتنوعة، إذ هناك من الفقهاء ما قسمها إلى نوعين من حيث مصدرها بين جزاءات عقدية منصوص عليه في مضمون العقد[2] وجزاءات غير عقدية تمارسها الإدارة المتعاقدة انطلاقا من سلطتها العامة ضمانا لسير المرافق العامة وهي تخضع في ذلك لقيود يقع عليها واجب احترامها[3].

بينما استقر غالبية الفقه على تقسيم الجزاءات الإدارية تقسيما ثلاثيا بالاعتماد على موضوعها، فتكون إما جزاءات مالية مثل غرامة التأخير أو التعويض أو مصادرة الضمان، وقد تكون جزاءات ضاغطة كالحلول محل المتعاقد في تنفيذ العقد وعلى حسابه تسلط عليه أثناء تنفيذ العقد أو تكون فاسخة منهية للعلاقة التعاقدية[4] وما يترتب على ذلك من إدراج المتعاقد المخل في قائمة المتعاملين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية. وهو نفسه التقسيم الذي سيتم اعتماده في بياننا لأنواع الجزاءات التي توقع على المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية أثناء تنفيذه شروط الصفقة العمومية من خلال المطالب التالية:

---

[1] André DE LAUBADERE, Franck MODENE, Pierre DELVOLVE, Traité des contrats administratifs, L.G.D.F, tome 2, Paris, 1983, p.591.

[2] هي تلك الجزاءات التي تنبع من العقد والتي يجب على المصلحة المتعاقدة التقيد بها، فتكون سلطتها في توقيع مثل هذه الجزاءات مستمدة من مضمون العقد، وهذا يعني أنه إذا ما نظم العقد أو دفتر الشروط أو اللوائح الإدارية هذه السلطة وحدد للمصلحة العامة جزاءات معينة وأغفل جزاءات أخرى، فإنه يجب عليها الالتزام بهذه الجزاءات دون سواها حتى لو وقع من المتعاقد مخالفات تستوجب فرضها، ضف إلى ذلك أن القضاء لا يعترف للإدارة بممارسة سلطتها في توقيع جزاءات على المتعاقد خارج ما تم الاتفاق عليه في العقد، ومتى استعملت ذلك اعتبرت متعسفة في استعمال سلطتها في توقيع الجزاء، وحينها لا يكون أمامها سوى إلغاء العقد وتحميل المتعاقد تبعات ذلك الإلغاء. طارق سلطان، المرجع السابق، ص.143. وأيضا محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص.131.

[3] غير أن توقيع الجزاءات غير المنصوص عليها في العقد يجب أن يستند إلى القواعد القانونية والتنظيمية الخاصة بسير المرفق العام، وأن فرضها يتم تحت رقابة السلطة القضائية على نحو يُمَكِنُ من تعويض أي ضرر يصيب المتعاقد مع الجهة الإدارية المتعاقد معها جراء الاستعمال الخاطئ لهذه السلطة، وقد استند مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الشهير في قضية ديبلانك أثناء تطبيقه جزاء التعويض على نص المادة 1142 من ق.م.ف حيث نصت على أن "كل التزام بعمل أو بالامتناع عنه يتحول إلى التزام بالتعويض إذا لم يقم المدين بتنفيذه..."، طارق سلطان، المرجع السابق، ص.144.

[4] فوزية الهاشمي، "سلطة الإدارة المتعاقدة في تطبيق الجزاءات الضاغطة على المتعاقد معها"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة الأغواط، الجزائر، المجلد 02، العدد 03، 2018، ص.382.

المطلب الأول: الجزاءات المالية Les sanctions pécuniaires

الجزاءات المالية؛ عبارة عن مبالغ من المال يحق للمصلحة المتعاقدة أن تطالب بها المتعامل المتعاقد إذا أخل بالتزاماته التعاقدية سواء امتنع عن تنفيذ التزاماته بالكامل أو تأخر في تنفيذها أو نفذها على وجه غير مرضي بالكامل أو أحل غيره محله دون موافقة الإدارة[1].

والجزاءات المالية نوعين، جزاءات ترتبط بحصول ضرر حقيقي لحق الإدارة نتيجة لخطأ المتعامل المتعاقد، الهدف منها جبر الضرر عن طريق التعويضات، وجزاءات تسلط كنوع من العقاب على المتعامل المتعاقد وحمله على التنفيذ يكفي لتسليطها وقوع الخطأ في جانب المتعامل المتعاقد بغض النظر عن وقوع ضرر من عدمه، فتشمل غرامات التأخير ومصادرة كفالة حسن التنفيذ دفعا للمتعاقد مع الإدارة لإنجاز عمله على أتم وجه، وبالتالي ضمان سير المرفق العام[2].

الفرع الأول: مجال تطبيق الجزاءات المالية

أشار المشرع الجزائري إلى مجال تطبيق الجزاءات المالية في القسم الثاني من الفصل الثالث في إطار تنفيذ الصفقات العمومية والأحكام التعاقدية الخاصة بها من قانون الصفقات العمومية رقم 23-12 تحت عنوان العقوبات المالية مشيرا فيه من خلال مضمون المادة 84 إلى المخالفات التي يمكن أن يرتكبها المتعامل المتعاقد وتخضع لتطبيق مثل هذه العقوبات.

كما تضمن المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة الإشارة إلى الأحكام المتعلقة بالعقوبات المالية في إطار نص المادة 121 من قسم الإجراءات الردعية[3].

أولا- حالة عدم تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته في الأجل المتفق عليه:

لما كان الإسراع في انجاز المشاريع تلبية لحاجات المواطنين باقتدار؛ من مهام المصلحة المتعاقدة باعتبارها المسؤول الأول عن استمرار المرافق العامة، فإنها غالبا ما تضع عند التعاقد بعين الاعتبار عنصر الزمن الذي ينبغي خلاله تنفيذ الصفقة، ومن تم يتسنى لها الانتهاء من علاقة تعاقدية والدخول في علاقة تعاقدية أخرى حتى لا يتوقف سير المرفق العام، لذلك لا يمكن من حيث الأصل إغفال المدة الزمنية المقررة لإنجاز الأعمال التي التزم بها المتعامل المتعاقد في إطار الصفقة وإلا خضع لعقوبات مالية[4]، خصوصا أن هذه المدة كانت من اقتراحه حينما أقبل على إيداع ملف طلب العروض أو إجراء التراضي وتعهد باحترام الأجل المتفق عليه[5].

من هنا صار المتعامل المتعاقد على علم بأنه بمجرد توقيع الصفقة قد تمارس تجاهه المصلحة المتعاقدة جملة من امتيازات السلطة العامة، فتفرض عليه في حال التأخير مبالغ مالية بنسب محددة في

---

[1] سامال اسكندر محمد الباجلان، المرجع السابق، ص.204. علي محمد مظفر، المرجع السابق، ص.18.

[2] صباح المصري، المرجع السابق، ص.254.

[3] نصت هذه المادة على:"دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به، فإن عدم التنفيذ من طرف المقاول في الآجال المحددة أو التنفيذ غير المطابق للالتزامات التعاقدية، لاسيما تلك موضوع دفتر التعليمات التقنية المشتركة، يعرض المقاول لتطبيق العقوبات المالية... يتم خصمها من بموجب بنود الصفقة العمومية للأشغال من التسديدات التي ستتم حسب الشروط والكيفيات المحددة في إطار الصفقة العمومية المعنية".

[4] نبيل أزريب، المرجع السابق، ص.138.

[5] مليكة أسماء، " أثار عدم احترام آجال تنفيذ الصفقة"، مجلة التراث، جامعة الجلفة، الجزائر، المجلد 02، العدد 26، 2017، ص.354.

الصفقة وقبل ذلك في دفتر الشروط التي قد تتخذ شكل الغرامات أو مصادرة مبلغ الضمان، كما أن فرض مثل هذه العقوبات لا يتطلب من المصلحة المتعاقدة إثبات وقوع ضرر لحق بها[1].

لكن الإشكال الذي يطرح في هذا المقام هو ماذا لو عاد تأخر المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته لسبب خارج إرادته؟.

إن مشرع قانون الصفقات العمومية الجزائري رقم 23-12؛ كان قد عالج هذه الوضعية وقرر إعفاء المتعامل المتعاقد من الامتثال للعقوبات المالية متى كان تأخره في التنفيذ يعود لسبب أجنبي لا يد له في وقوعه انطلاقا من نص المادة 84 الفقرتين 2 و3 وحصره في حالتين أولهما إذا كان سبب التأخير يعود لفعل المصلحة المتعاقدة وثانيهما إلى وقوع القوة القاهرة .

بينما يمكن استنتاج حالات أخرى كان قد نص عليها المرسوم التنفيذي رقم 21-219 تبرر تأخر المتعامل المتعاقد عن التنفيذ وتعفيه من كل مسؤولية تمثل في حالتي إذا ما صادف المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذه العقد تبعات تقنية غير متوقعة طبقا لنص المادة 108 أو حدوث ظروف طارئة غير متوقعة كما نصت عليها المادة 109.

ثانيا- حالة تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته بالمخالفة لشروط الصفقة العمومية (التنفيذ غير المطابق):

يفترض الوضع الطبيعي في حال قيام المتعامل المتعاقد بالتنفيذ خلافا لكيفيات التنفيذ المتفق عليها في العقد مقدما خضوعه لجزاء مالي[2]، وهذا ما أكد عليه مشرع قانون الصفقات العمومية رقم 23-12 من خلال نص المادة 84 وأيضا نص المادة 121 الفقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 حيث اعتبر بأن التنفيذ غير المطابق لشروط الصفقة مما ينتج عنه إخضاع المتعامل المتعاقد لعقوبات مالية.

الفرع الثاني: أنواع الجزاءات المالية

تتمتع المصلحة المتعاقدة باعتبارها الطرف المكلف بحماية المصلحة العامة بمجموعة من السلطات في مواجهة المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية، قد تصل إلى فرض عليه عقوبات تمس بذمته المالية مباشرة بإرادتها المنفردة ودون الحاجة إلى اللجوء للقضاء كغرامة التأخير،مصادرة التأمين، وجزاء التعويض.

أولا- الغرامة التأخيرية:

تعتبر غرامة التأخير صورة من صور الجزاءات المالية، التي تفرضها المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية سواء بعدم احترام المدة المتفق عليها في العقد أو بعدم التنفيذ طبقا للمواصفات والمعايير المطلوبة لإنجاز المشروع، تبتغي المصلحة المتعاقدة من وراء فرضها الحفاظ على سير المرفق العام بانتظام واطراد، ولأن غرامة التأخير تشتبه مع غيرها من الغرامات وجب تعريفها وبيان خصائصها بالإضافة تحديد نسبتها وطريقة احتسابها.

1- تعريف الغرامة التأخيرية:

تعددت التعاريف الفقهية للغرامة التأخيرية، فقد عرفها ماجد راغب الحلو على أنها "عبارة عن مبلغ مالي تقوم الجهة الإدارية المتعاقدة بتحديده في العقد سلفا، والتي تُلزم من يتعاقد معها بدفعها إذا

[1] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.221.
[2] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.221.

ثبتت مسؤوليته التعاقدية دون حاجة لإثبات وقوع ضرر للإدارة، لأن الضرر مفترض افتراضا غير قابل لإثبات العكس"[1].

كما عرفها سليمان الطماوي بأنها "تمثل تلك المبالغ الإجمالية التي تقدرها المصلحة المتعاقدة مقدما، وتنص على توقيعها متى أخل المتعاقد بالتزام معين، لاسيما فيما يتعلق بالتأخير في تنفيذ العقد"[2].

بينما يرى أحمد عثمان عياد بأن غرامات التأخير "تتمثل في تلك التعويضات الجزافية المنصوص عليها في العقد، والتي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها الذي يتراخى في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وهي تهدف لضمان حسن تنفيذ العقد في مواعيده المحددة، حرصا على حسن سير المرفق العام موضوع التعاقد باستمرار"[3].

أما على المستوى التشريعي؛ لم يعرف المشرع الجزائري غرامة التأخير واكتفى بتحديد مجالات فرضها -كما سبق بيانه-، بالإضافة إلى بيان الغرض من تطبيقها مؤكدا بان فرض المصلحة المتعاقدة غرامة التأخير على المتعامل المتعاقد لن يكون فقط لأجل حمل المتعاقد على التنفيذ المطابق والمتواصل للالتزامات التعاقدية، وإنما لمنعه من القيام بكل عمل قد يسيء إلى التنفيذ الجيد للخدمات وهذا حسب ما نص عليه في الفقرة 2 من المادة 121 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219.

2- تمييز غرامة التأخير عما يشبهها:

يعتبر جزاء غرامة التأخير من أبرز الجزاءات المالية على الإطلاق، ويمثل نقطة البدء في سلسلة الجزاءات التي تملك المصلحة المتعاقدة سلطة توقيعها على كل متعامل متعاقد معها يخل بالتزاماته التعاقدية، وتلجأ إلى فرضها متى تبين لها أن المتعاقد يتراخى ويتباطؤ في عملية تنفيذ ما اتفق عليه في العقد وفي المدة المحددة[4].

ويختلف جزاء غرامة التأخير في العقد الإداري عن أنظمة الجزاءات المشابهة له في العقود المدنية كالشرط الجزائي والغرامة التهديدية وتنفرد عنها بجملة من الخصائص والمزايا، كما أن للمصلحة المتعاقدة إمكانية إعفاء المتعامل المتعاقد معها من جزاء غرامة التأخير حتى لو تأخر في تنفيذ التزاماته وفقا لظروف معينة وأسس محددة[5]، وهذا أيضا خلافا لقواعد القانون المدني.

أ- غرامة التأخير والغرامة التهديدية:

إن غرامة التأخير في عقد الصفقة العمومية؛ تجد أصلها في القانون الخاص، فتعتبر البديل لما يسمى بالغرامة التهديدية في العقود الخاصة، وإن كان كلاهما تلتقيان في كونهما يمثلان جزاء ماليا بحثا يقوم لمجرد تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته، إلا أنهما يختلفان من حيث هدف وطريقة تحصيل كل واحدة منهما[6].

---

[1] ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص.166.

[2] محمد سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.506.

[3] سحر جبار يعقوب، المرجع السابق، ص.138.

[4] مليكة أسماء بن صغير، أثار عدم احترام آجال تنفيذ الصفقة، مجلة التراث، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، المجلد 02، العدد 26، 2017، ص.356.

[5] علي محمد مظفر، المرجع السابق، ص.88.

[6] عامر دحوان وإبراهيم يامة، "الغرامة التهديدية سلطة لقاضي الاستعجال قبل التعاقد في مادة العقود والصفقات العمومية"، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 08، العدد 01، 2020، ص.434.

ولما كان تأخر المتعامل المتعاقد يجب أن يواجه بحزم يتناسب مع أهمية مبدأ دوام وحسن استمرار المرافق العامة الذي يستهدفه عقد الصفقة العمومية، منحت المصلحة المتعاقدة وسيلة غرامة التأخير من أجل الحصول على الخدمة ذاتها المرجوة من العقد وبأقل تأخير ممكن[1].

والسبب في منح المصلحة المتعاقدة هذه الوسيلة راجع لكون قواعد القانون الخاص لا تستطيع أن تقدم مثلها مادام أن القضاء العادي هو من يلزم المدين بتنفيذ التزامه عينا في خلال مدة معينة، وإذا تأخر في التنفيذ كان ملزما بدفع غرامة تهديدية عن كل يوم أو أي وحدة أخرى من الزمن، وفي حال إذا ما أستمر عدم تنفيذ المدين لالتزاماته حكم القاضي للطرف المضرور-الدائن- بالتعويض كجزاء عن عدم التنفيذ[2].

لأن فرض الغرامة التهديدية لا يتم إلا بسبيل اللجوء إلى القضاء، كما يشترط لتطبيقها ما يلزم لقيام المسؤولية التعاقدية طبقا لقواعد القانون المدني من ضرورة توافر أركانها المتمثلة في الخطأ والضرر والعلاقة السببية، ما لم يثبت المدين أن استحالة تنفيذ الالتزام كانت تعود لسبب أجنبي لا علاقة له به أصلا[3].

إلا أن غرامة التأخير كجزاء في مجال الصفقات العمومية إنما تطبق بقرار إداري يصدر من الجهة الإدارية بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء بقصد الحصول على حكم بتوقيعها[4]، كما أن المصلحة المتعاقدة لدى فرضها غرامة التأخير على المتعامل المتعاقد معها لا تحتاج إثبات وقوع ضرر لها وإنما يكفي لفرضها مجرد إخلال هذا المتعامل المتعاقد وتأخره في تنفيذ ما هو ملزم القيام به من أعمال موضوع العقد[5].

علما أن ما تتميز به غرامة التأخير عن غرامة التهديد من خصائص؛ يرجع بالأساس إلى أن جهة المصلحة المتعاقدة عند تحديدها مدة معينة لتنفيذ العقد فإنه يفترض فيها حاجة المرفق هي ما تستوجب التنفيذ خلال هذه المدة، ونتيجة لذلك فأمر اقتضاء غرامة التأخير أمر منوط بالمصلحة المتعاقدة دون غبرها كونها القوامة على ضمان حسن سير المرفق العام[6].

ب-غرامة التأخير والشرط الجزائي:

تختلف غرامة التأخير في عقود الصفقات العمومية عن الشرط الجزائي في العقود المدنية، فالشرط الجزائي هو تعويض متفق عليه مقدما يُستحق في حال إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه، يشترط لاستحقاقه ما يشترط لاستحقاق التعويض بوجه عام طبقا لقواعد القانون الخاص من وجوب وقوع الخطأ من أحد طرفي العقد وحصول ضرر للطرف الآخر وصدور حكم به من جهات القضاء العادي، كما أن للقاضي إمكانية تخفيض قيمته إذا تَبُثَ أنه لا يتناسب والضرر الذي لحق بالمتعاقد المضرور[7].

بينما غرامة التأخير التي ينص عليها في نطاق الصفقات العمومية؛ إنما تمثل ضمان تنفيذ هذه العقود في الآجال المتفق عليها حرصا على حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد، وعليه فإن هذه

---

[1] عادل قرانة، "إعفاء المتـعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير"، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، جامعة عنابة، الجزائر، العدد 35، 2013، ص.185.

[2] نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص.26 و27.

[3] سحر جبار يعقوب، المرجع السابق، ص.133.

[4] حسام محسن عبد العزيز، المرجع السابق، ص.119.

[5] Bernard CASTING, Rozen Noguellou, CATHERINE Prebissy-Schnall, Les Marchés Publics: notion, modalities de géstion, execution, Juris-Classeur, Paris, 2002, p.148.

[6] موسى برادعية، ليلى هواري، غرامة التأخير في الصفقة العمومية –دراسة مقارنة-، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية- المجلد 07، 2022، المركز الجامعي أحمد زبانة، غليزان، ص207.

[7] نفس المرجع، ص209.

الغرامة تفرضها المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد معها الذي تأخر في تنفيذ العقد من تلقاء نفسها وبإرادتها المنفردة لمجرد حدوث التأخير دون الحاجة إلى استصدار حكم قضائي يقضي بتوقيعها من جهة القضاء الإداري وحتى إن رخصت لهذا المتعامل المتعاقد بمهلة إضافية في سبيل تكملة تنفيذ العقد، كما أن للمصلحة المتعاقدة أن تحصل على قيمة الغرامة التأخيرية من المبالغ التي قد تكون مستحقة للمتعاقد بموجب العقد دون أن تلتزم بإثبات حصول الضرر، والذي لا يقبل من المتعاقد إثبات عدم حصوله[1].

3- سلطة المصلحة المتعاقدة في فرض غرامة التأخير:

إذا كان من المسلم به؛ أن اقتضاء قيمة غرامات التأخير منوط بالمصلحة المتعاقدة في حدود ما نص عليه القانون باعتبارها القائمة على حسن سير المرافق العامة والقائمة تبعا لذلك على تنفيذ شروط عقد الصفقة العمومية طبقا لما هو متفق عليه في دفاتر الشروط وبخاصة في دفتر التعليمات الخاصة، فلها إلا أن سلطة المصلحة المتعاقدة في هذا الإطار ليست مطلقة وإنما مقيدة بشروط من أهمها ضرورة توقيع غرامة التأخير لمجرد معاينة إخلال المتعامل المتعاقد من قبلها أو من طرف ممثلها أو صاحب الاستشارة الفنية[2]، فلا يجوز لها توقيعها إذا كانت قد وافقت على استلام الأعمال المكلف بها المقاول ابتدائيا دون تحفظ، ولا ينال من ذلك مجرد الادعاء بأن التسليم الابتدائي لم يتم بدقة[3].

كما قضت المحكمة العليا قي ذات السياق؛ بأن تطبيق غرامة التأخير على المتعامل المتعاقد خارج أجال تنفيذ الصفقة العمومية يعتبر مخالفة للقانون بموجب قرار لها ورد فيه "بأنه من المقرر قانونا أن غرامات التأخير تطبق عند عدم تكملة الأشغال في الآجال على أساس مواجهة بسيطة بين تاريخ انقضاء الأجل المتفق عليه وتاريخ الاستلام،...ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المدة المتنازع عليها كائنة خارج مدة تنفيذ الأشغال والتي لا يمكن وضعها على عاتق المقاول فان القرار المطعون فيه القاضي بدفع مبالغ للطاعن تعويضا عن الضرر اللاحق به طبق القانون تطبيقا صحيحا"[4].

4- الإعفاء من غرامة التأخير:

إذا كان من الواجب على المتعامل المتعاقد المرتبط بموجب صفقة عمومية مع جهة إدارية ما أن يعمل على تنفيذ التزاماته التعاقدية على وجه سليم وفي الميعاد المتفق عليه، إلا أنه قد يحدث أن يتأخر هذا المتعامل المتعاقد في تنفيذ العقد فتصاب نتيجة لذلك المصلحة المتعاقدة بضرر، ومن تم يحق لها تبعا لامتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها في مجال الصفقات العمومية أن تمارس عليه سلطتها بفرض غرامة التأخير دون الحاجة لإثبات حصول الضرر[5].

إلا أنه استثناءا عن ذلك أمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعفي المتعامل المتعاقد طبقا للقانون من دفع غرامة التأخير إذا كان هذا التأخير راجع لسبب أجنبي عن إرادته، حيث يكون لها أن تعفي المتعامل

---

[1] ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص.169 و170.

[2] كما جاء في نص المادة 121 الفقرة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

[3] ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص.186.

[4] قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، مؤرخ في 16 ديسمبر 1989، الملف رقم 65145، المجلة القضائية لسنة 1991،العدد 01، الجزائر، ص.133.

[5] نور الدين بوشليف، "دفع الغرامة التأخيرية في الصفقات العمومية على ضوء الأحكام القانونية الجديدة الخاصة بالتدابير الوقائية الخاصة بجائحة كورونا -كوفيد 19"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة جيجل، الجزائر، المجلد 06، العدد 01، 2021، ص.157.

المتعاقد معها إعفاءا جزئيا أو كليا إذا ما قدرت الظروف التي يتم فيها تنفيذ العقد، شريطة أن تسلم المصلحة المتعاقدة المتعامل المتعاقد الذي قررت إعفاءه من دفع غرامة التأخير شهادة إدارية بذلك[1].

وما يعتبر من قبيل هذه الظروف حسب قانون الصفقات العمومية 23-12 والمراسيم المنظمة له:

أ- حالة الإعفاء متى عاد سبب التأخير في تنفيذ عقد الصفقة العمومية إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة:

قد يعود سبب تأخير المتعامل المتعاقد في تنفيذ الصفقة أحيانا إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة التي تسلمه أوامر بتوقيف الأشغال أو باستئنافها[2]، بمعنى أن المصلحة المتعاقدة إذا ما قررت توقيف تنفيذ العقد ورأت أن التأخير في ذلك لن يؤثر على المصلحة العامة، كما لو حل ميعاد توريد أدوات طبية مثلا بينما لم يكن البناء الذي تعاقدت في شأنه مع متعاقد آخر على تشييده قد أصبح مهيأ لتركيب هذه الأدوات، أو قد حل ميعاد توريد تجهيزات أو مواد ولم تكن تملك الإدارة مخازن لإيداعها وتخزينها وكانت في الوقت ذاته في غنى عن تركيبها أو غير ذلك من الخصوصيات المماثلة، فتلجأ إلى تسليم المتعاقد معها أوامر بتوقيف الأشغال[3].

أو أن تتسبب المصلحة المتعاقدة في زيادة مدة التنفيذ متى ما طلبت من المتعامل المتعاقد معها أثناء التنفيذ، القيام بأشغال إضافية أو تكميلية مستعملة في ذلك سلطتها في تعديل العقد حسب متطلبات المصلحة العامة التي يبتغيها إنجاز موضوع العقد فيكون فعلها مشروعا.

وبالتالي يكون المشرع الجزائري قد قصد بحالة إعفاء المتعامل المتعاقد من دفع غرامة التأخير الراجع إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة، تلك الأوضاع التي تعمد فيها المصلحة المتعاقدة إلى استعمال حقها في تعديل العقد والرقابة والتوجيه، أو أنها قدرت أن التأخير في تنفيذ العقد لن يمس بالمصلحة العامة على أن تسلم بذلك أوامر بتوقيف الأشغال واستئنافها، ليعد بذلك فعل الإدارة سببا قانونيا معفيا للمتعامل المتعاقد من دفع غرامة التأخير.

ب-حالة القوة القاهرة:

إذا كانت مقتضيات سير المرفق العام بانتظام؛ تقتضي أن يكون المتعامل المتعاقد مع الإدارة مدين بالشروط الجزائية المستحقة عن التقصير في تنفيذ التزاماته التعاقدية وعلى الأخص حالة تأخره في

---

[1] طبقا لنص المادة 84 الفقرة 4 من نفس ق.ص.ع رقم 23-12.

[2] نصت المادة 121 الفقرة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، على: "تقع مسؤولية الإعفاء من تسديد الغرامات المالية على التأخير على عاتق المصلحة المتعاقدة، فتتدخل عندما لا ينسب التأخير إلى المقاول الذي سلمت له في هذه الحالة أوامر بتوقيف الأشغال أو باستئنافها".

[3] محدودة فالكـــو، "كيفية الدفع في الصفقات العمومية (صفقات الأشغال)"، مجلة مجاميع المعرفة، جامعة تيندوف، الجزائر، العدد 01، 2015، ص.100.

الوفاء بمضمون العقد، إلا أنه يمكن أن يعفى من تطبيق هذه الشروط الجزائية متى تعرض هذا المتعاقد لظروف تبرر عدم الوفاء بالتزاماته التعاقدية أو التأخر في تنفيذها، ولعل أبرزها القوة القاهرة[1].

وقد عرف نواف العنزي القوة القاهرة؛ بأنها "دلالة على ظرف استثنائي شاد تتصف من حيث مصدرها كونها من فعل الطبيعة أو خطأ إنساني، وتتميز من ناحية طبيعتها بعدم قدرة المرء مهما أوتي من قوة الإدراك والحدس على توقعها وعدم استطاعته حال وقوعها على دفعها"[2].

أما في تشريع الصفقات العمومية أشار المشرع الجزائري إلى أن الإعفاء من دفع غرامة التأخير لا يقتصر على مسؤولية المصلحة المتعاقدة التي تسلم أوامر بتنفيذ الأشغال أو استئنافها، وإنما قد تقوم مبررات إعفاء المتعامل المتعاقد مع الإدارة إلى حدوث القوة القاهرة[3]، والتي إذا ما وقعت بتوافر جميع شروط قيامها[4]عند تنفيذ العقد فإنها تؤدي إلى استحالة تنفيذه استحالة مطلقة، وبالتالي تعتبر سببا قانونيا معفيا للمتعامل المتعاقد من جزاء غرامة التأخير كونها تمنعه من تنفيذ التزاماته في المدة المتفق عليها.

كما أن إعفاء المتعامل المتعاقد من جزاء غرامة التأخير؛ إنما يقتصر على مدة قيام القوة القاهرة دون سواها، وهذا ما معناه أنه إذا ما زالت هذه الأخيرة متى كانت مؤقتة يجب على المتعاقد الالتزام بالتنفيذ الكامل للعقد وفقا للشروط المتفق عليها على أن يبدل عناية الرجل الحريص[5].

ومما يستوجب ملاحظته على تحديد المشرع الجزائري حالات الإعفاء من دفع غرامة التأخير وحصرها في حالتين كما سلف الذكر، هو أنه أغفل حالة أن يكون التأخير في تنفيذ العقد راجع إلى خطأ المصلحة المتعاقدة عن طريق الاستعمال غير المشروع لسلطاتها في تنفيذ عقد الصفقة وإخلالها بإحدى التزاماتها التعاقدية[6]، حيث يعتبر من قبيل خطأ المصلحة المتعاقدة ومثال ذلك امتناعها عن دفع مستحقات المتعامل المتعاقد المالية فلم يتمكن بدوره من دفع رواتب العمال مما يؤدي إلى إيقاف العمل ومن تم التأخر في تنفيذ العقد، أو خطئها بعدم التزامها برفع العراقيل-مادية كانت أو قانونية- عن موقع

---

[1] إسماعيل هاني عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.953.

[2] عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص.65.

[3] من خلال نص المادة 84 من ق.ص.ع رقم 23- 12، وأيضا ما نصت عليه المادة 121 الفقرة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، بقولها: "في حالة القوة القاهرة، يتم تعليق أجال التنفيذ ولا تطبق الغرامات المالية عن التأخير في الحدود المحددة بموجب أوامر توقيف الأشغال أو استئنافها التي تتحدها بالتالي المصلحة المتعاقدة".

[4] حتى تقوم القوة القاهرة يجب أن يكون الظرف قاهر، غير متوقع الحدوث من طرفي العقد وقت التعاقد؛ خارج ومستقل عن إرادة طرفي العقد؛ وأن يكون الظرف القاهر من الظروف التي لا يمكن دفعها؛ وأن يجعل تنفيذ الالتزامات التعاقدية مستحيلة استحالة مطلقة لا يمكن معه الاستمرار في تنفيذ العقد. للإطلاع أكثر على شروط قيام القوة القاهرة أنظر: إسماعيل هاني عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.952، حسام محسن عبد العزيز، المرجع السابق، ص.168 إلى 162، صباح المصري، المرجع السابق ص.267، محمد علي مظفر، المرجع السابق، ص.114. وأيضا سحر جبار يعقوب المرجع السابق، ص.176 إلى 177.

[5] كما أشارت إليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر تحت رقم 424 بتاريخ 22 ماي 1996 بقولها: "إذا تبين من واقع الحال أن التأخير كان مرده حادثا فجائيا أو سببا قهريا كان من أثرها ليس الإعفاء من تنفيذ الالتزام بل وقف تنفيذه حتى يزول الحادث، فيبقى الالتزام موقوفا على أن يعود واجب التنفيذ بعد زوال الحادث، وتنحسر في هده الحالة عن مدة التوقف مناط توقيع غرامة التأخير...". فوزية سكران، المرجع السابق، ص.80.

[6] فوزية سكران، "الرقابة القضائية على الجزاء الإداري"، دراسة مقارنة بين بعض الدول المتوسطية، مجلة الفكر المتوسطي، جامعة تلمسان، الجزائر، المجلد11، العدد01، 2022، ص.273.

تنفيذ العقد فلم يتمكن المتعامل المتعاقد حتى من تنفيذ التزاماته التعاقدية دون أن تسلم له أوامر بإيقاف الأشغال لتتسبب بذلك في تأخير تنفيذ العقد[1].

5- خصائص غرامة التأخير:

تتميز غرامة التأخير بعدة خصائص؛ من حيث كونها غرامة اتفاقية، تلقائية ومحددة الأسباب وهي تحمل طابع العقوبة.

أ- غرامة التأخير اتفاقية:

ومعنى ذلك أنها تحدد مقدما في عقد الصفقة العمومية، فيكون للمصلحة المتعاقدة الحق في توقيعها متى تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية على أن تلتزم بالنسب المتفق عليها طبقا لتنظيم الصفقات العمومية ولو كان مقدار الضرر الناجم عن التأخير في التنفيذ يزيد عن مقدار الغرامة المحدد مسبقا بعقد الصفقة العمومية[2]، وهذا راجع لكون الغرامة ليست تعويض حتى يشترط فيها التناسب مع مقدار الضرر الناشئ وإنما هي عبارة عن جزاء يواجه به إخلال المتعامل المتعاقد ويستهدف دفعها الالتزام بمواعيد التنفيذ[3].

أ- غرامة التأخير تلقائية:

إن المتعامل المتعاقد يعتبر مخطأ لمجرد التأخر في عملية تنفيذ الصفقة ولو لم يلحق بالمصلحة المتعاقدة أي ضرر، فالضرر مفترض وعليه تتولى المصلحة المتعاقدة تطبيقها مباشرة دون حاجة لإثبات حدوث ضرر جراء التأخير في التنفيذ، ولا يملك المتعامل المتعاقد أن يدفع بعدم تناسب قيمة الغرامة التأخيرية والضرر الحاصل للمصلحة المتعاقدة جراء تأخره لاسيما وأن الضرر يتحقق بمجرد تحقق سبب فرض الجزاء- التأخر في التنفيذ- [4].

ج- غرامة التأخير محددة الأسباب:

لا يجوز توقيع غرامة التأخير إلا عند تأخر المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية على خلاف المدة المحددة مسبقا في عقد الصفقة العمومية، باعتبار التراخي في التنفيذ إنما ينطوي في الأساس على الإخلال بالترتيبات التي وضعتها المصلحة المتعاقدة لضمان سير المرفق العام، على أساس أن أي تأخير من شأنه أن يعرقل سير هذا الأخير[5].

كما أن غرامة التأخير تُستحق بمجرد انقضاء فترة التنفيذ المحددة في عقد الصفقة العمومية؛ ولا يحق للمصلحة المتعاقدة فرضها لمجرد قناعتها بأن المتعامل المتعاقد معها لن يتمكن من تنفيذ التزاماته في المواعيد المحددة، وإنما تكون غرامة التأخير مستحقة الأداء عن الفترة التي تجاوزت المهلة المنصوص عليها في العقد وحتى تمام التنفيذ المقرر فيه[6].

د- غرامة التأخير مرنة:

إذا كان النص على جزاء غرامة التأخير في دفاتر الشروط وبنود عقد الصفقة العمومية يتعارض مع النص على الإعفاء منها باعتبارها واجبة التطبيق متى توافرت شروط اقتضاءها، إلا أن ذلك لا يمنع المصلحة المتعاقدة من أن تعفي المتعامل المتعاقد معها بصورة كلية أو جزئية من تحمل غرامة التأخير نظرا لتمتعها بالسلطة التقديرية في مجال تنفيذ عقود الصفقات العمومية ووفقا لما تراه

---

[1] علي محمد مظفر، المرجع السابق، ص.87.
[2] محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص.454.
[3] صباح المصري، المرجع السابق، ص.262.
[4] صباح المصري، المرجع السابق، ص.139.
[5] صباح المصري، المرجع السابق ، ص.139.
[6] إسماعيل هاني عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.947.

في سبيل تحقيق المصلحة العامة[1]،وهذا ما أكدّ عليه مجلس الدولة الفرنسي شريطة أن تُعبر عن إرادتها في إعفاء المتعاقد معها بشكل صريح متى اختارت ذلك دون أن يكون لها الحق في التراجع عن قرار الإعفاء متى كان في استطاعتها ذلك، على أن لا يكون قد أصابها ضرر من جراء التأخير في التنفيذ[2].

وانطلاقا من قانون الصفقات العمومية رقم 23-12 يتبين أن المشرع الجزائري بعدما نص في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بصفة جوازية؛ على أنه يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها على وجه غير مطابق فرض عقوبات مالية عليه، على أن تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة العقوبات طبقا لدفاتر الشروط باعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية[3]، أصبح ينص في ظل هذا القانون من خلال نص المادة 84 بقوله "ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعامل المتعاقد....." مما يعني معه بأن المشرع قيد سلطة المصلحة المتعاقدة بحيث يكون عليها لمجرد معاينة إخلال المتعامل المتعاقد أن تفرض عليه العقوبات المالية.

ه- غرامة التأخير تحمل طابع العقوبة الردعية:

سبق القول أن غرامة التأخير تعتبر من العقوبات المالية كونها تمس بالذمة المالية للمتعامل المتعاقد المقصر فقط ولا تمتد إلى حريته، فهي عبارة عن جزاء يفرض على كل متعامل متعاقد تأخر في تنفيذ التزاماته التعاقدية وإن لم يلحق المصلحة المتعاقدة أي ضرر من جراء هذا التأخير، وهي تتمثل في مبلغ مالي محدد مسبقا بشكل جزافي في العقد لا يشكل تعويضا حقيقيا عن الضرر الذي قد يصيب المصلحة المتعاقدة من جراء تأخر التعامل المتعاقد في التنفيذ، إنما يقصد به حمل المتعاقد على تنفيذ العقد ابتغاء ضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد[4].

6- احتساب غرامة التأخير:

غالبا ما تتخذ مواعيد تنفيذ الالتزامات التعاقدية بموجب نص في عقد الصفقة العمومية وتأخر المتعامل المتعاقد عن التنفيذ ضمن المدة العقدية المحددة أو تنفيذه غير المطابق يشكل خطأ من جانبه يعرضه لتوقيع جزاء غرامة التأخير[5].

وفي هذا أشار المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية على إلزامية ذكر نسب العقوبات المالية وكيفيات حسابها وشروط تطبيقها ضمن بنود الصفقة العمومية، فصار المتعامل المتعاقد على علم بأنه بمجرد توقيعه على عقد الصفقة العمومية يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تستخدم اتجاهه مجموعة من امتيازات السلطة العامة، فتفرض عليه مبالغ مالية بنسب محددة مقدما في العقد وقبل ذلك في دفتر الشروط[6].

---

[1] حبث قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكم لها صادر بتاريخ 21 مارس 1970 تحت رقم 37، والذي يقضي بأن "الأصل في توقيع الجزاءات الإدارية على العموم بما فيها غرامات التأخير هو من سلطة الإدارة التقديرية، ومن تم فلها الحق في توقيعها على المتعاقد المقصر في التزاماته كم لها أن تعفيه منها متى قدّرت مناسبة ذلك"، حسام محسن عبد العزيز، المرجع السابق، ص.127. بينما يرى محمود خلف الجبوري أن سلطة توقيع الجزاءات بصفة عامة وغرامة التأخير بصفة خاصة من جانب الإدارة لم تعد تعتبر حقا بل واجبة التطبيق، ولا يمكن التنازل عنها متى تطلبت ذلك المصلحة العامة. محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص.132.

[2] فوزية سكران، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقدين معها في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.82.

[3] André DE LAUBADERE , Jean claude VANEUZIA et yves GAUDEMET, Traité de droit administratif. tome 1, 15éme édition.L.G.D.J.Paris.1999.p. 824.

[4] سحر جبار يعقوب، المرجع السابق، ص.145.

[5] مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص.158.

[6] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.221.

بيما رأى غالبية الفقهاء؛ أن احتساب غرامة التأخير في حال تأخر المتعاقد عن تنفيذ العقد في الميعاد المحدد له، يتم إما من قيمة الأعمال المتأخرة فقط وهذا متى رأت الإدارة المتعاقدة أن الجزء المتأخر فيه لا يمنع من الانتفاع بما تم من العمل على الوجه الأكمل في المدة المحددة للتنفيذ، أو قد تحتسب غرامة التأخير على أساس قيمة العملية جميعها إذا ما رأت المصلحة المتعاقدة أن الجزء المتأخر فيه يمنع من الانتفاع بما تم من العمل سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة على الوجه الأكمل في تلك المدة[1].

إن المشرع الجزائري؛ أوضح هو أيضا المعايير التي تستند إليها المصلحة المتعاقدة في احتساب غرامة التأخير، حيث تحتسب من خلال إعداد تقييم شامل توافق عليه المصلحة المتعاقدة يتضمن التكاليف الناتجة عن الهدم والتصحيحات والاستبدالات والتعزيزات والأشغال الضرورية لإعادة مطابقة الأشغال وفق الكيفيات والمواصفات التقنية المنصوص عليها في العقد إذا كان إخلال المتعاقد يتمثل في التنفيذ غير المطابق أما إذا كان إخلاله عدم احترام المدة المتفق عليها لتنفيذ الصفقة، فيتم احتساب غرامة التأخير على أساس المبلغ الإجمالي للصفقة بالنسبة لأجل تنفيذ الصفقة، أو بالاستناد إلى المبلغ الجزئي لجزء من الخدمات التي لم يتم تنفيذها بالنسبة للتأخير الخاص بالأجل الجزئي الموافق لجزء الخدمات المعني[2].

ثانيا- مصادرة كفالة حسن التنفيذ:

إن ما يميز الصفقة العمومية كعقد إداري عن باقي العقود الأخرى؛ هو تمتع المصلحة المتعاقدة بسلطة مصادرة كفالة حسن التنفيذ، التي يودعه المتعامل المتعاقد معها في شكل مبالغ مالية بما يكفل تنفيذ الصفقة في الآجال المتفق عليها وبالشروط والكيفيات والمواصفات الواردة فيها.

وفي هذا الإطار ألزم قانون الصفقات العمومية رقم 23-12 على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين معها وأحسن الشروط لتنفيذ الصفقة، بحيث تتخذ هذه الضمانات وكيفيات استرجاعها حسب الحالة في دفاتر الشروط أو في الأحكام التعاقدية للصفقة بالاستناد إلى الأحكام القانونية والتنظيمية المعمول بها[3].

1- المقصود بجزاء مصادرة كفالة حسن التنفيذ:

إن مصادرة كفالة حسن التنفيذ باعتبارها تأمينا يقدمه المتعامل المتعاقد ليضمن لها ملائمته لمواجهة مسؤوليته في حال إخلاله بشروط العقد[4] هي إحدى الجزاءات المالية التي جرى العرف الإداري على اشتراطها في العقد الإداري؛ والتي مردها يعود إلى ما يتميز به العقد الإداري عن العقد المدني من طابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يَستَهدِفُ العقد تسييره وتغليب المصلحة العامة في شأنه عن المصلحة الخاصة.

إن مصادرة كفالة حسن التنفيذ بصفة عامة يمثل حقا للمصلحة المتعاقدة ومن الجزاءات ذات الطابع المالي الذي تجد تبريرها ومسوغها في مقتضيات المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام[5]، وعليه فإن حق المصلحة المتعاقدة في مصادرة كفالة حسن التنفيذ إنما يكون بإرادتها المنفردة أي دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، كما لا يكون عليها إثبات وقوع الضرر وليس للمتعامل المتعاقد معها أن

---

[1] نصر الدين بشير، المرجع السابق، ص.463.

[2] طبقا لنص المادة 121 الفقرتين 6 و9 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

[3] كما نصت عليه المادة 83 من هذا القانون.

[4] مليكة أسماء بن صغير، غرامة التأخير في الصفقات العمومية ، المرجع السابق، ص.167.

[5] محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص.500.

يحتج بأن الضرر الذي لحقها يقل عن مبلغ كفالة حسن التنفيذ، علما أن كفالة حسن التنفيذ قد يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للمصلحة المتعاقدة اقتضاؤه، ضف إلى أنه وسيلة شُرِعَ للمصلحة المتعاقدة حق استعماله وليس قيدا عليها أو ضارا بحقها في التعويض لها عن ضرر لحق بها[1].

هذا وتجب الإشارة أيضا؛ إلى أن مبلغ كفالة حسن التنفيذ في حقيقته يمثل ضمانا لتنفيذ الصفقة العمومية لا يمكن لجهة المصلحة المتعاقدة أن تتجاوزه، بأن تتنازل عن حقها في مصادرته جزاء لإخلال المتعامل المتعاقد معها حرصا على حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد[2].

وبطبيعة الحال؛ فإن مصادرة مبلغ كفالة حسن التنفيذ تفترض أن يكون هناك مبلغا ماليا قد سبق دفعه بالفعل من قبل المتعامل المتعاقد حتى يتوفر للمصادرة محلها[3]، وتبعا لذلك يشترط المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية ضرورة النص على دفع كفالة حسن التنفيذ في دفاتر الشروط والأحكام التعاقدية للصفقة في القسم الرابع الخاص بالضمانات[4].

2- تمييز مصادرة كفالة حسن التنفيذ عن مصادرة كفالة التعهد:

تتنوع الض كما سبق القول بين تأمين مؤقت وتأمين نهائي، وهما نوعان يختلفان عن بعضها البعض من حيث السبب والغاية.

أ- مصادرة كفالة التعهد:

تعتبر كفالة التعهد ضمانة يستدل بها على جدية المتقدم للعطاء واستمراره في إجراءات التعاقد بالإبقاء على العطاء المقدم من المتعهد طيلة المدة المقررة لسريانه ولضمان مقدرته المالية على تنفيذ عقد الصفقة تنفيذا صحيحا، وبذلك فهي لا تقدم بعد رسو العطاء بل تعد شرط أساسيا للنظر فيه[5].

كما تمثل كفالة التعهد مطلبا يجب النص عليه في دفاتر الشروط للدعوة إلى المنافسة، وهي عادة ما تكون بنسبة محددة من مبلغ العرض موضوع التعاقد شريطة أن لا تتجاوز نسبة 1 بالمائة من هذا المبلغ[6] وهذا بالنسبة للصفقات التي تتجاوز مبالغها الحدود المنصوص عليها في المادة 184 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وهي كالأتي:

- دفتر شروط أو صفقة أشغال يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجيات أو الصفقة مليار دينار 1.000.000.00 دج، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 من تنظيم الصفقات العمومية 15-247.

- دفتر شروط أو صفقة لوازم يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجيات أو الصفقة مليار دينار 1.000.000.00 دج، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 من تنظيم الصفقات العمومية 15-247.

إن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، إذا كان قد أوجب على المتعهد تقديم كفالة تعهد بالنسبة للصفقات السالف ذكرها، اشترط أيضا أن تكون هذه الكفالة صادرة من قبل بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية إذا كان التعهد من مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري، أما إذا كان التعهد مقدم من قبل متعهد أجنبي

---

[1] إبراهيم المنجي، المرجع السابق، ص.330.
[2] نفس المرجع، ص.330.
[3] محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص.500.
[4] زينة مقداد، المرجع السابق، ص.239.
[5] صباح المصري، المرجع السابق، ص257. وأيضا مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص172.
[6] طبقا لنص المادة 125 الفقرة 1من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

فإن كفالة التعهد قد يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها ضمان صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى[1].

إن كفالة التعهد باعتبارها تأمينا مؤقتا؛ وإن كانت مطلوبة من أجل قبول العرض وضمان جدية صاحبه في السير في إجراءات التعاقد ودليل قدرته المالية على تنفيذ عقد الصفقة العمومية كما سلف الذكر، فإن المصلحة المتعاقدة تملك حق مصادرتها في حالتين هما[2]:

1- إذا ما قام المتعهد بسحب عرضه قبل انتهاء مدة سريان العروض.

2- متى ما لم يلتزم المتعهد الذي رست عليه الصفقة بتقديم كفالة حسن التنفيذ رافضا دفعه لجهة الإدارة صاحبة المشروع.

وبالنسبة لمصير كفالة التعهد المودع من قبل المتعهدين الذين لم يفوزوا بالصفقة ولم يقدموا طعنا في ذلك، فإن رده يكون تلقائيا من طرف جهة الإدارة صاحبة المشروع دون الحاجة إلى تقديم طلب بذلك[3]، وهذا بعد يوم واحد من تاريخ انقضاء أجل الطعن في المنح المؤقت للصفقة العمومية إلا أنه إذا ما تقدم المتعهد الذي لم يقبل تعهده طعنا فإن تأمينه يرد إليه عند تبليغه بقرار رفض الطعن من طرف لجنة الصفقات المختصة[4].

ب- مصادرة كفالة حسن التنفيذ:

كفالة حسن التنفيذ مبلغ من المال يودعه المتعهد الذي قبل عرضه لدى جهة الإدارة تتوقى به أثار الأخطاء التي قد يرتكبها المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذه لعقد الصفقة العمومية ويضمن لها ملائمته لمواجهة المسؤوليات الناجمة عن تقصيره[5]، إذ يجب على المتعهد الذي رست عليه الصفقة بصفة نهائية الالتزام إيداعه لدى جهة الإدارة المتعاقد معها بعدما يتم إخطاره من قبل هذه الأخيرة[6].

وقد وردت كفالة حسن التنفيذ في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العموميـــة من خلال نص المادة 130 التي فرضت على كل متعامل متعاقد بتقديم كفالة حسن تنفيذ الصفقة العمومية كأصل عام، كما أوجبت المادة 133 ضرورة أن تتراوح نسبة هذه الكفالة ما بين 5 بالمائة و10 بالمائة من مبلغ الصفقة حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها[7]، إلا في حال كانت تلك الصفقات محل التعاقد لا تبلغ الحد المنصوص عليه في المطات من 1 إلى 4 من المادة 184 من المرسوم الرئاسي رقم 15- 247، فإن قيمة كفالة حسن التنفيذ تحدد بنسبة تتراوح ما بين 1 بالمائة و5 بالمائة من مبلغ الصفقة[8].

---

[1] طبقا لنص المادة 125 الفقرة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[2] محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص.501.

[3] سحر جبار يعقوب، المرجع السابق، ص.199 و200.

[4] طبقا لنص المادة 125 الفقرتين 4 و5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[5] مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص97. وأيضا توفيق مخلد وآخرون، "العقود الإدارية وجزاءاتها في فقه القضاء الإداري الأردني والقضاء المقارن"، مجلة علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، الأردن، المجلد 43، الملحق 03، 2016، ص.1347.

[6] زين بدر فراج، الأحكام العامة للتأمينات، دار النهضة العربية، مصر، 2003، ص.08.

[7] الفقرة الأولى من المادة 133 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[8] بالنسبة إلى:- دفتر شروط أو صفقة أشغال يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة مليار دينار (1.000.000.000 دج)، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم، - دفتر شروط أو صفقة لوازم يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة ثلاثمائة مليون دينار

ما دام أن هذا النوع من الكفالات فرض لضمان تنفيذ بنود عقد الصفقة العمومية على الوجه الصحيح[1]، للمصلحة المتعاقدة حق مصادرة كفالة حسن التنفيذ في حالة عدم تنفيذ المتعامل المتعاقد معها موضوع العقد بطريق التنفيذ المباشر دون حاجة إلى اللجوء إلى جهة القضاء ولو لم ينص على ذلك الحق ضمن بنود العقد ضمانا لسير المرفق العام، كما لا يقع عليها واجب إثبات وقوع الضرر لأنه ركن مفترض غير قابل لإثبات العكس[2].

ومصادرة كفالة حسن التنفيذ قد يشبه الشرط الجزائي المتفق عليه في العقود المدنية في كونهما يفرضان على المتعاقد لدى إخلاله بواجباته التعاقدية[3]، غير أنه يختلف عنه في جواز فرضه بالإرادة المنفردة لجهة المصلحة المتعاقدة دون الحاجة للجوء للقضاء للحصول على حكم بالمصادرة ودون أن تلتزم بإثبات أن ضرر ما قد لحق بها من جراء الإخلال بشروط العقد[4].

كما يختلف جزاء مصادرة كفالة حسن التنفيذ عن التعويض؛ كون هذا الأخير جزاء لا يحكم به القاضي للمصلحة المتعاقدة إلا في حال وجود ضرر أصاب المرفق العام من جراء إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية ويقدره وفقا للقواعد العامة في القانون المدني من تقدير للخسارة اللاحقة والكسب الفائت[5].

يعود سند المصلحة المتعاقدة في استعمال جزاء مصادرة كفالة حسن التنفيذ وأساسه؛ إلى ضرورة الحفاظ على حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد تحقيقا للصالح العام، ومن تم فإنها لا تتمتع في شأنه بالسلطة التقديرية[6]، فلا يمكن لها وفي كل الأحوال تجاوزه بأن تتنازل عنه مقدما في العقد حرصا على المرفق العام بانتظام[7]، كما لا يكون عليها مصادرته إلا إذا تبين لها تقصير المتعامل المتعاقد معها في تنفيذ عقد الصفقة العمومية تنفيذا سليما[8]،بحيث إذا ما التزم المتعامل المتعاقد بتنفيذ

(300.000.000 دج)، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم، - دفتر شروط أو صفقة خدمات يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة مائتي مليون دينار (200.000.000 دج) وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم،- دفتر شروط أو صفقة دراسات يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة مائة مليون دينار (100.000.000دج) وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم،...".

[1] زينة مقداد، المرجع السابق، ص.242.

[2] ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص.189.

[3] فالشرط الجزائي هو عبارة عن تعويض متفق عليه مقدما قي العقد يستحق حال إخلال أحد المتعاقدين بموجبات العقد، ويشترط فيه ما يشترط في التعويض بصفة عامة من ضرورة حصول ضرر للمتعاقد الأخر وإعذار للطرف المقصر وصدور حكم قضائي به.

[4] محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص.144.

[5] صابرينة بيطار، التعويض في نطاق المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أدرار، الجزائر، 2015، ص.1.

[6] صباح المصري، المرجع السابق، ص.258.

[7] محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص.518 و519.

[8] بينما يرى الدكتور ماجد راغب الحلو بأن جهة الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في مصادرة التأمين وفقا للظروف وما تقدره من مقتضيات المصلحة العامة فلها أن تقرر مصادرة كامل مبلغ التامين أو جزء منه، كما لها أن تتعجل في توقيعه أو تتراخى في ذلك إلى حين الانتهاء من تنفيذ العقد على حساب المتعاقد معها، وتستطيع أيضا مصادرة التأمين أو عدم مصادرته بالكامل إذا ما قدرت أنه لم يلحق بها أي ضرر. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص.190.

التزاماته التعاقدية وتم تسلم المشروع بموجب محضر استلام نهائي، فإنه يمنع على المصلحة المتعاقدة مصادرة كفالة حسن التنفيذ [1].

وتظهر أوضاع مصادرة كفالة حسن التنفيذ المقدمة من المتعامل المتعاقد في حال ما إذا سُحبت الأعمال منه موضوع الصفقة، سواء أدى هذا السحب إلى فسخ عقد الصفقة العمومية أو إلى التنفيذ على حسابه الناتجين عن الأسباب التالية[2]:

- تأخر المتعامل المتعاقد في البدء في الأعمال أو تباطؤ في التنفيذ أو كان تنفيذه للعقد تنفيذا غير مطابق للما أتفق عليه من شروط.

- تنازل المتعامل المتعاقد عن عقد الصفقة أو تعاقد لتنفيذه من الباطن دون إذن مسبق من الإدارة المتعاقد معها.

-إذا ما أفلس المتعامل المتعاقد أو طلب إشهار إفلاسه أو ثبت إعساره أو صدر أمر بوضعه تحت الحراسة أو كان شركة وجرى حلها أو تصفيتها.

-إذا ثبت أن المتعاقد شرع بنفسه أو بواسطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر في رشوة أحد موظفي جهة المصلحة المتعاقدة المتعاقد معها.

وفي كل الأحوال السالف ذكرها؛ يكون توقيع جزاء مصادرة كفالة حسن التنفيذ تبعيا لجزاء الفسخ أو التنفيذ على الحساب وليس جزاءا أصليا، كما قضى به مجلس الدولة الجزائري في قضية والي ولاية عناية ضد مؤسسة أشغال البناء بموجب قرار له بتاريخ 13 ديسمبر 2012 ورد فيه "حيث أن من الثابت أنه بالرجوع إلى المادة 99 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المعدل والمتمم يتضح أنها تنص في الفقرة الثالثة على أنه (لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان والملاحقات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب سوء تصرف المتعاقد معها)، وطبقا للمواد 84، 85،87 و88 من نفس المرسوم فإن كفالة حسن التنفيذ تتحول إلى كفالة ضمان. وحيث أن كفالة الضمان لا ترد إلا عند التسليم النهائي للأشغال ومادام أن الأشغال لم تقم المستأنف عليها بانجازها وتم فسخ الصفقة فهذا بعني أنها أخلت بالتزاماتها التعاقدية وبالتالي لا يمكن لها أن تعترض على عدم رفع اليد من الإدارة المتعاقدة على كفالة الضمان"[3].

إن القول بما سبق؛ لا يمنع جهة المصلحة المتعاقدة من أن تلجأ إلى فرض جزاء مصادرة كفالة حسن التنفيذ دون توقيع باقي الجزاءات الأخرى كالفسخ أو سحب العمل، فيصبح بذلك جزاءا أصليا وهذا في حال تنفيذ عقد الصفقة تنفيذا غير مطابقا لشروط العقد[4]، خصوصا أن كفالة حسن التنفيذ هو بمثابة ضمان يقدم لجهة المصلحة المتعاقدة عن قيام المتعامل المتعاقد معها بحسن تنفيذ العقد وليس جزاءا لتأخره في التنفيذ، على اعتبار أن التأخر في التنفيذ لا يستوجب قيام جهة المصلحة المتعاقدة سحب العمل من المتعامل المتعاقد أو فسخ العقد معه نتيجة تأخره، وإنما يحق لها توقيع غرامة التأخير ولا يمكن لها أن تعود وتقرر فرض جزاء مصادرة كفالة حسن التنفيذ[5].

---

[1] الأمر الذي انتهى إليه مجلس الدولة الجزائري في قضية (أ.ع) ضد ولاية الجزائر ومن معها حيث أقر "بأن طلب رفع اليد عن كفالة الضمان طلب مؤسس مادام أن المشروع استلم بموجب محضر الاستلام النهائي". قرار مجلس الدولة رقم 078480، مؤرخ في 05 ديسمبر 2013، الغرفة الأولى، المجلة القضائية لسنة 2013، العدد 11، الجزائر، ص.102.

[2] إبراهيم المنجي، المرجع السابق، ص.330.

[3] قرار مجلس الدولة رقم072357، مؤرخ في 13 ديسمبر 2012، الغرفة الأولى، المجلة القضائية لسنة 2014، العدد12، الجزائر، ص.114.

[4] مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص.189.

[5] مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص.191.

كما أكد في ذات السياق محمد فؤاد عبد الباسط؛ أنه إذا كان توقيع جزاء المصادرة من طرف جهة الإدارة متى ما اضطرت إلى فسخ العقد نتيجة لعدم قيام المتعامل المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية، فليس هناك ما يمنع هذه الأخيرة من مصادرة التأمين النهائي – كفالة حسن التنفيذ- هذا المتعامل المتعاقد معها حتى دون فسخ العقد وبعد الانتهاء من تنفيذ العقد، متى ما لم يكن هذا التنفيذ موافقا لما تم التعاقد عليه[1].

هذا وتعتبر سلطة جهة المصلحة المتعاقدة في فرض جزاء مصادرة كفالة حسن التنفيذ ليست مطلقة وإنما تخضع لقيود تمنعها من التعسف في استعمال هذه السلطة، بحيث لا يكون لها مصادرة الضمانات المالية المقدمة من طرف المتعامل المتعاقد الذي أخل بالتزاماته التعاقدية في صفقات أخرى أو مقدمة لجهات إدارية أخرى، بل يقف حقها في مصادرة كفالة حسن التنفيذ الخاص فقط بموضوع الصفقة التي حدث بها الإخلال بالتنفيذ[2].

1- الإعفاء من دفع كفالة حسن التنفيذ:

قد يعفى المتعامل المتعاقد من دفع كفالة حسن التنفيذ وهذا طبقا لتنظيم الصفقات العمومية في أوضاع معينة تضمنتها بالنص المادة 130 منه وهي كالتالي:

- متى ما تعلق الأمر ببعض صفقات الدراسات والخدمات التي يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تتأكد من حسن تنفيذها قبل دفع مستحقاتها، باستثناء صفقات الإشراف على إنجاز الأشغال فتضل غير معنية بالإعفاء.
- إذا لم يتعدى تنفيذ الصفقة مدة ثلاثة أشهر.
- متى كانت الصفقات المبرمة مع المعامل المتعاقد قد تم إبرامها بطريق التراضي البسيط وكذا الصفقات المبرمة مع مؤسسات عمومية وليس خاصة.

ثالثا- التـــعويـــض:

يعتبر جزاء التعويض أحد صور الجزاءات المالية التي يمكن توقيعها على المتعامل المتعاقد بالأخص وأن توقيعه مشروطا بضرورة حصول ضررا لحق المصلحة المتعاقد معها كان قد ترتب على إخلال هذا المتعامل المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية، غير أن مما يجب التساؤل حوله بالنسبة لجزاء التعويض هو هل يعتبر جزاءا إداريا مثله مثل جزاء غرامة التأخير وجزاء مصادرة كفالة حسن التنفيذ تتولى المصلحة المتعاقدة توقيعهما بإرادتها المنفردة وبشكل مباشر دون تدخل من القضاء، أم أن توقيع جزاء التعويض لا يتم إلا بطريق اللجوء إلى القضاء وصدور حكم به؟.

1- الطبيعة القانونية لجزاء التعويض:

تباينت أراء فقهاء القانون الإداري حول تحديد الطبيعة القانونية لجزاء التعويض في مجال العقود الإدارية ومنها عقود الصفقات العمومية، هل هو ذو طبيعة مدنية أم إدارية؟، فيرى البعض أن جزاء التعويض لا يعد من الجزاءات الإدارية التي تملك المصلحة المتعاقدة سلطة فرضها بإرادتها المنفردة بطريق التنفيذ المباشر، لأنه مجرد تطبيق للقواعد العامة في القانون المدني، فيشترط لتطبيقه ما يشترط من أركان لقيام المسؤولية المدنية من خطأ المتعامل المتعاقد -سواء بالتقصير أو الإهمال أو التباطؤ أو التنفيذ غير المطابق- وضرر أصاب المصلحة المتعاقدة وتحقق الرابطة السببية بين الخطأ

[1] محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص.514.
[2] إسماعيل هاني عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.973. صباح المصري، المرجع السابق، ص.261.

المرتكب والضرر الناتج، حيث لا تحصل المصلحة المتعاقدة على التعويض إلا عن طريق اللجوء إلى القضاء واستصدار حكم بذلك[1]، فلا يجوز لها أن تخصم مبلغ التعويض من مستحقات المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية أو من تأميناته المودعة لديها وإلا صار إجراءها متسما بعدم المشروعية[2].

بينما يرى اتجاه فقهي آخر عكس ذلك؛ فيعتبر جزاء التعويض سلطة تملك المصلحة المتعاقدة حق توقيعه بنفسها كما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي، ولا يوجد أية شروط لمباشرتها حتى مع صمت العقد عن النص على هذا الجزاء، إذ يكفي وجود ضرر ناجم عن تقصير المتعامل المتعاقد حتى يصبح التعويض مستحقا[3]،كما يكون للمصلحة المتعاقدة أن تطبق جزاء التعويض من تلقاء نفسها دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء على أن تقدره مسبقا في العقد، وتلجأ في تحصيله إلى استعمال امتيازات القانون العام وذلك إما بموجب أوامر بالدفع[4]، عن طريق إجراء مقاصة من المبالغ التي تستحق للمتعاقد معها لديها أو لدى أي جهة إدارية أخرى[5]، فلا يكون أمام هذا الأخير سوى المنازعة في تقدير المصلحة المتعاقدة للتعويض أمام جهة القضاء متى ما تبين له أنه مبالغ فيه[6] أو لا وجه لفرضه حينها يقرر قاضي الموضوع إما تخفيضه أو إعفاءه من دفعه إذا ما رأى عدم صحة الأساس الذي بُني عليه أو لمس غياب عنصر الضرر[7]، أو قد تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى الحصول على التعويض عن طريق القيام بإجراءات الحجز والبيع الإداري لمعدات وآلات المتعاقد معه دون أن يكون له حق الاعتراض على تلك الإجراءات إلا إذا قدم ما يفيد عدم مديونيته أو براءة ذمته من قيمة التعويض الذي تطالبه به الإدارة[8].

2- تعريف التعويض:

يعرف التعويض في نظرية العقود الإدارية بصفة عامة؛ بأنه مبلغ نقدي من المال يلتزم بدفعه من أخل بالتزاماته التعاقدية، وينبغي أن يغطي هذا التعويض كل الأضرار الحقيقية التي لحقت بالطرف المتضرر[9].

كما أن الحكم بالتعويض لا يعدو كونه إعمال لقيام المسؤولية التعاقدية على أساس الخطأ، فكل إخلال بالتزام عقدي يسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في وقوعه بالتعويض[10].

وإن كان التعويض بالمعنى السابق عام يشمل مختلف العقود الإدارية، فإنه في مجال عقود الصفقات العمومية على اعتبارها هي الأخرى عقودا إدارية تحظى بتنظيم قانوني خاص، يمثل جزاء التعويض جزاءا أصيلا للإخلال بالالتزامات التعاقدية مما يلحق الضرر بالمشروع العام، فتكون الغاية من توقيعه التغلب على الامتناع من تنفيذ العقد، باعتبار أن الخوف من دفع مبلغ من المال يدفع بالمتعامل المتعاقد إلى تنفيذ التزاماته طواعية[11].

3- خصائص التعويض:

---

[1] سحر جبار يعقوب المرجع السابق، ص.185.
[2] بلال أمين زين الدين، المرجع السابق، ص.542.
[3] فوزية سكران، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقدين معها في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.101.
[4] بشير علي باز، المرجع السابق، ص.157.
[5] صباح المصري، المرجع السابق، ص.256
[6] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.504.
[7] إبراهيم عبد العزيز مأمون، المرجع السابق، ص.332.
[8] عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص.98.
[9] إسماعيل هاني عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.977.
[10] إسماعيل هاني عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.977.
[11] مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص.195.

يؤكد غالبية الفقهاء بأن التعويض في العقود الإدارية وأيضا الصفقات العمومية يقترب من فكرة التعويض في القانون الخاص فيما يتعلق باشتراط ركن الضرر حتى يمكن توقيعه وطريقة تقديره، لكن كلا النظامين يختلفان من حيث كيفية تحصيل وغاية كل منهما[1].

وعليه لابد من تبيان ما يتميز به التعويض في مادة الصفقات العمومية من خصائص نوردها كالآتي:

أ- من حيث اشتراط وقوع ضرر لحق بالمصلحة المتعاقدة:

إن التعويض ليس في حقيقته جزاء فقط، وإنما يعد أيضا وسيلة لإصلاح الضرر الذي أصاب المصلحة المتعاقدة، حيث أن العلاقة التي تربط المتعامل المتعاقد بالمصلحة المتعاقدة هي علاقة قائمة على أساس المسؤولية التعاقدية، فيحق لهذه الأخيرة الحصول على التعويض المناسب لجبر الأضرار التي أصابتها نتيجة خطأ ارتكبه المتعامل المتعاقد في أداء التزاماته التعاقدية[2].

فإذا كان كل من جزاء غرامة التأخير وجزاء مصادرة كفالة حسن التنفيذ يتشابهان مع جزاء التعويض من حيث أنها جزاءات مالية تُفرض على المتعامل المتعاقد المقصر في أداء التزاماته التعاقدية، إلا أن لجوء جهة المصلحة المتعاقدة إلى استعمال جزاء التعويض يقتضي بخلاف تلك الجزاءات التي يكفي لفرضها وقوع الخطأ من جانب المتعامل المتعاقد بغض النظر عن وقوع ضرر نتيجة لذلك الخطأ من عدمه حيث لا تحتاج المصلحة المتعاقدة إلى إثبات حصول ضرر لها، ضرورة تحقق ضرر تسبب المتعامل المتعاقد في حدوثه جراء تقصيره في التنفيذ كشرط أساسي إلى جانب الخطأ وقيام العلاقة السببية بين كل من الخطأ والضرر الحاصل، عندها يقوم حق المصلحة المتعاقدة في التعويض بتوافر أركان المسؤولية المدنية[3].

ويشترط في الضرر الذي يترتب عليه قيام المسؤولية التعاقدية ما يلي:

- أن يكون الضرر محقق الوقوع سواء كان حالا أو مستقبلا، أما الضرر غير المحقق فإنه لا يصلح كشرط للمطالبة بالتعويض؛

- أن يكون الضرر مباشر بأن يكون نتيجة طبيعية ومباشرة للخطأ العقدي المتمثل في عدم تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته أو تأخره في التنفيذ بحيث لا يكون بوسع المصلحة المتعاقدة توقعه، [4]أما الضرر غير المباشر الذي قد يحدث عن الخطأ فإن المتعاقد لا يكون مسؤولا عنه؛

- لا يشترط في جبر الضرر أن يكون الخطأ المرتكب من قبل المتعامل المتعاقد على درجة معينة من الجسامة، بل تستحق المصلحة المتعاقدة التعويض ولو كان الضرر بسيطا على أن تثبت إصابتها بالضرر أمام جهة القضاء[4].

ب- من حيث تقدير التعويض وتحصيله:

إن عملية تقدير التعويض كجزاء تفرضه المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد المقصر في تنفيذ عقد الصفقة العمومية ليس بالسهولة فهو يستند لعدة عوامل، كما أن طرق تحصيله هي الأخرى تختلف من مشرع لآخر.

---

[1] بن عبد المالك بوفلجة، "النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية قراءة في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 15-247"، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، العدد 17، 2017، ص.119.

[2] صباح المصري، المرجع السابق، ص.255.

[3] A delaubadere, P.delvolve, F.moderne,Traite des contras administratif, L.G.D.G, Paris, tome 2, 1983 ,p.132-134.

[4] مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص200 و201. سحر جبار يعقوب المرجع السابق، ص.190 و191.

ب.1 تقدير التعويض:

يخضع تقدير التعويض المستحق للمصلحة المتعاقدة لعدة عوامل أهمها العمل المادي والعامل الشخصي.

- **العامل المادي**

يتم تقدير التعويض تبعا لجسامة الضرر، الذي أصاب المرفق العام نتيجة ما ارتكبه المتعامل المتعاقد من مخالفة عقدية، بغض النظر عن حجم هذه المخالفة سواء كانت بسيطة أو خطيرة وسواء تمثلت هذه المخالفة في امتناع المتعامل المتعاقد عن التنفيذ أو أنه تم تنفيذ العقد بالشكل غير المطلوب[1]، شريطة أن يكون التعويض عادلا وموضوعيا مبني على ظروف واقعية وغير مبالغ في قيمته[2].

- **العامل الشخصي**

يقتضي العامل الشخصي في عملية تقدير التعويض الأخذ بعين الاعتبار مصدر الخطأ، فيراعى عند التقدير ما إذا كان الضرر ناتج عن خطأ المتعامل المتعاقد معه لوحده، فيلزم بدفع كامل مبلغ التعويض أو كان الخطأ مشتركا بينه وبين المصلحة المتعاقدة فلا يكلف المتعامل المتعاقد إلا بدفع جزء من مبلغ التعويض المسؤول عنه، أو ما إذا كان خطأ أحدهما يستغرق خطأ الآخر أم لا[3].

ب.2 تحصيل التعويض:

ففي ما يتعلق بالطريقة التي يتم بها تحصيل مبلغ التعويض، أجاز مجلس الدولة الفرنسي للإدارة المتعاقدة بأن تحدد مسبقا مقدار التعويض في العديد من الحالات وكذا اللجوء إلى تحصيل التعويض المستحق عن الأضرار التي لحقت بها من فعل المتعاقد معها، بمقتضى أوامر الدفع التي تصدرها بإرادتها المنفردة[4].

بينما في مصر، أشارت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات إلى حق الإدارة بمطالبة المتعاقد معها بالتعويض متى ما أخل بتنفيذ العقد ونص العقد على ذلك، فيكون لها حق إجراء المقاصة من تلقاء نفسها على أي مبلغ مستحق له سواء لديها أو لدى جهة إدارية أخرى مادام بحوزتها المبالغ الكافية لجبر الضرر الذي لحقها، أو حتى بموجب إجراءات الحجز والبيع الإداري لعتاده دون أن يكون له حق الاعتراض على ذلك[5].

وهنا لا تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى القضاء إلا في حال عدم كفاية تلك المبالغ المحصل عليها لجبر الضرر كاملا، وهي الحالة التي لم يتبق فيها للإدارة أي سبيل آخر لاقتضاء ما تستحقه من تعويض[6].

أما في حال لجوء المصلحة المتعاقدة إلى فسخ العقد لإخلال المتعاقد بالتزامه وكان قد ترتب عنه أضرار تقتضي حصولها على تعويض، فإن فسخ العقد يخضع لقاعدة قانونية عامة تقتضي بأن للدائن

---

[1] إبراهيم المنجي، المرجع السابق، ص.340.
[2] عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص.94.
[3] نفس المرجع، ص.97.
[4] سحر جبار يعقوب، المرجع السابق، ص.210.
[5] سمير صادق، المرجع السابق، ص.230.
[6] عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص.185.

الذي أجيب إلى فسخ العقد، أن يرجع بالتعويض عما أصابه من ضرر على المدين، إذا كان عدم قيامه بتنفيذ التزامه راجعا إلى خطأه لإهمال أو تعمد، ويترتب على هذا الخطأ ضرر[1].

في الجزائر؛ يتبين من النصوص المنظمة للصفقات العمومية بأنه يكون للمصلحة المتعاقدة أيضا في حال لجوؤها إلى فسخ عقد الصفقة نتيجة خطأ جسيم كان قد تسبب فيه المتعامل المتعاقد المقصر ونتجت عنه أضرار تفوق قيمة كفالة حسن التنفيذ كامتناعه عن تنفيذ باقي موضوع عقد الصفقة، أن ترفع دعوى قضائية على المتعاقد معها وتطالبه بالتعويض أمام جهة القضاء الإداري وهذا ما جاء في المادة 93 الفقرة 1 من قانون الصفقات العمومية رقم 23-12 التي نصت على أنه "لا يمكن الاعتراض على تطبيق البنود التعاقدية و/أو المتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعامل المتعاقد معها بحجة فسخ الصفقة. وزيادة على ذلك يتحمل هذا الأخير التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة".

وأيضا بالرجوع إلى دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال الموافق عليه بموجب المرسوم التنفيذي 21-219 ومن خلال الفقرة 3 من نص المادة 119 المتعلقة بالإجراءات الردعية حيال المقاول المتقاعس، فإن حصول المصلحة المتعاقدة على التعويض لإصلاح ما لحقها من ضرر جراء تقاعس المتعامل المتعاقد معها وما ترتب عنه زيادة حاصلة في النفقات الناتجة عن إبرامها صفقة جديدة على ذمته بعد الفسخ على مسؤوليته، إنما يتم بالاقتطاع من المبالغ المستحقة له، وبخلاف ذلك من ضمانه- كفالة حسن التنفيذ- وأما في حال عدم كفاية تلك المبالغ المحصل عليها لجبر الضرر الحاصل، يكون لها حق اللجوء إلى المتابعة القضائية بقصد الحصول على باقي التعويض.

المطلب الثاني: الجزاءات الضاغطة

تسمى أيضا بوسائل الضغط والإكراه، وهي عبارة عن تدابير وإجراءات قسرية لا تتضمن تأثيرا مباشرا على الذمة المالية للمتعامل المتعاقد كما هو الحال بالنسبة لغرامة التأخير أو مصادرة مبلغ الضمان النهائي، وإنما تستهدف بطبيعتها إرغام المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية على الوفاء بتلك الالتزامات في الموعد المحدد بما يكفل تنفيذ العقد على الوجه الذي يتحقق معه الصالح العام ومصلحة المرفق ذاته[2].

ولعل من أبرز الجزاءات الضاغطة التي تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى استعمالها بإرادتها المنفردة ودون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء، جزاء سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعامل المتعاقد معها – سواء كان مقاولا أو موردا- وتحت مسؤوليته، متى ارتكب هذا الأخير خطأ جسيما في تنفيذ موجبات العقد سواء بعدم مراعاته للشروط المتفق عليها أو عدم تنفيذه للأوامر المصلحية الصادرة إليه من جانب المصلحة المتعاقدة في إطار ممارستها لسلطات الرقابة والتوجيه بقصد تنفيذ العقد على الوجه الكامل والسليم[3].

الفرع الأول: سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعامل المتعاقد

نصت أغلب تشريعات الدول على جزاء التنفيذ على حساب المتعاقد ضمن القوانين المنظمة لمجال الصفقات العمومية حرصا على المصلحة العامة وضمان حسن سير المرفق العام بانتظام

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر الصادر بتاريخ 27 نوفمبر 1965. مشار إليه لدى عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، المرجع السابق، ص.108. وأيضا سمير صادق، المرجع السابق، ص.225.

[2] زينة مقداد، المرجع السابق، ص.60.

[3] Bernard CASTING, Rozen Noguellou, CATHERINE Prebissy-Schnall, op. cit, p.172.

واستمرار، نذكر منها على سبيل المثال قانون المناقصات والمزايدات المصري الذي نص على حق الإدارة في شراء الأصناف التي لم يقم المورد بتوريدها من غيره وعلى حسابه جزاءا له عن إخلاله بتنفيذ العقد طبقا لما اتفق عليه [1]، كما خول المشرع الجزائري سلطة استعمال جزاء سحب العمل من المتعامل المتعاقد والتنفيذ على حسابه بعد إتباع إجراءات معينة تحت عنوان الإجراءات الردعية حيال المقاول المتقاعس من خلال نص المادة 119 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة الجديد[2]. وكان قد أشار لهذا الجزاء في وقت سابق تحت عنوان إجراء النظام المباشر على نفقة المقاول بمقتضى الفقرتين 3 و5 من المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة المصادق عليه بموجب القرار الملغى المؤرخ في 21 نوفمبر 1964[3].

إن جزاء سحب الأعمال وتنفيذها على حساب المتعامل المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية؛ هو جزاء مؤقت يتميز بطابع الإكراه تستخدمه المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع كوسيلة ضغط ضد المتعامل المتعاقد معها، لإرغامه وإجباره على الوفاء بالتزاماته التعاقدية طبقا للشروط المتفق عليها والمواعيد المحددة لذلك[4]، تباشره المصلحة المتعاقدة فتتولى بنفسها القيام بتلك الأعمال أو بواسطة متعاقد آخر تسند له بعض الأعمال أو كلها دون أن تعمد إلى إنهاء علاقتها التعاقدية التي تربطها بالمتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية، على اعتبار أن أول ما يعني الإدارة في هذا الإطار هو ضمان تنفيذ العقد بدقة والغاية من ذلك الحفاظ على حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد[5].

أولا- الطبيعة القانونية لجزاء السحب والتنفيذ على حساب المتعامل المتعاقد:

لا يختلف جزاء سحب العمل من المتعامل المتعاقد عن باقي الجزاءات الأخرى التي تملك المصلحة المتعاقدة حق توقيعها على المتعامل المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته، فهي تستمد

---

[1] عالجت المادة 94 من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1989 ذلك بقولها: "...في حالة عدم قيام المورد بالتوريد في الميعاد المحدد بالعقد أو خلال المهلة الإضافية، فعلى جهة الإدارة أن تتخذ أحد الإجراءين التاليين طبقا لما تقرره السلطة المختصة ووفقا لما تقتضيه مصلحة العمل. أ- شراء الأصناف التي لم يقم المورد بتوريدها من غيره على حسابه بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها والمتعاقد عليها بأحد الطرق المقررة بقانون المناقصات والمزايدات والأحكام الواردة في هذه اللائحة...".

كما نص المشرع السعودي من خلال نص المادة 53 من قانون الصفقات على أنه:"...يجوز للجهة الحكومية سحب العمل من المتعاقد، ومن ثم فسخ العقد أو التنفيذ على حسابه، مع بقاء حق الجهة في الرجوع على المتعاقد بالتعويض المستحق عما لحقها من ضرر بسبب ذلك...".

[2] تنص هذه المادة في فقرتها الثانية على:"عند تجاوز هذا الأجل الصارم، وفي حالة عدم معالجة المقاول التقصير المنسوب إليه، يمكن للمصلحة المتعاقدة بعد استشارة صاحب المشروع اللجوء إلى تطبيق الإجراءات الردعية و/أو الفاسخة المنصوص عليها في الأحكام التشريعية والتنظيمية".

[3] تنص المادة 35 الفقرة 3 من هذا القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 101، صادرة في 11 ديسمبر1964، على أنه:"...إذا لم ينفذ المقاول المقتضيات المفروضة، يجوز للمهندس الرئيس باستثناء حالة الاستعجال بعد عرض المسألة على الوزير، أن يأمر بإجراء النظام المباشر على نفقة المقاول، ذلك النظام الذي يجوز أن يكون جزئيا". وتنص الفقرة 5 من نفس المادة على أنه:"...وعلى كل حال يرفع الأمر المتعلق بهذه العمليات إلى الوزير الذي يمكنه تبعا للظروف أن يأمر بإعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف أو بفسخ الصفقة دون قيد أو بمتابعة النظام المباشر للإدارة".

[4] حكيم عبد الرحيم محمد ناصوف وعزت محمد سعد الزعويلي، المرجع السابق، ص.9. وأيضا محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية، الكتاب الأول في المفاهيم العامة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 16□□، ص.874.

[5] مصطفى عامر حمدي عطية، المرجع السابق، ص.518.

سلطتها في تنفيذ الأعمال محل الإخلال من مبادئ القانون العام وليس من بنود العقد[1]، وأن عدم النص عليه في العقد لا يعني حرمانها من ممارسة هذه السلطة، كما أنه جزاء يرتبط بطبيعة عقود التوريد وعقود الأشغال العامة[2].

ومع هذا يرى بعض الفقهاء، أن هذا الجزاء ليس من النظام العام وعليه يستطيع أطراف العقد استبعاده بنص عقدي صريح، مادام أنه يحق للمصلحة المتعاقدة التدخل بأن تقوم بفسخ العقد وأن تبرم عقدا جديدا مع متعاقد أخر تتوخى به توقف المرفق العام أو عرقلة سيره في تلبية الحاجات العامة[3].

كما تملك المصلحة المتعاقدة حق توقيع جزاء السحب بإرادتها المنفردة ودون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء، وهي تتمتع في توقيعه بسلطة تقديرية بحيث يمكنها أن تتنازل عليه إذا ما اقتضى الصالح العام ذلك[4].

ويعتبر قيام المصلحة المتعاقدة بسحب العمل من المتعامل المتعاقد معها والتنفيذ على حسابه حسب رأي الفقه، وسيلة ضغط تَحمل بموجبها المتعاقد المقصر على تنفيذ ما أُتفق عليه من شروط، إعمالا لقاعدة التنفيذ العيني للالتزام وحفاظا على سير المرفق العام ومنع تعرض المصلحة العامة للضرر[5]، ولا يتأتى ذلك إلا عن طريق البقاء على العلاقة العقدية بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها بحيث تحل الإدارة محل هذا الأخير فيما لم ينفذه من شروط العقد على حسابه وتحت مسؤوليته[6].

ثانيا- مجال السحب والتنفيذ على حساب المتعامل المتعاقد:

تختلف صور جزاء التنفيذ على حساب المتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية، انطلاقا من موضوع الصفقة فيشمل إحدى الصفقتين:

- تنفيذ الأشغال على حساب المقاول في صفقة الأشغال العامة، أين تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة متى أخل المقاول بتنفيذ الأشغال المطلوبة محل الصفقة بأن إمتنع عن التنفيذ أو تأخر في ذلك رغم إنذاره، أو أنه لم يمتثل لأوامر المصلحة المتعاقدة إلى سحب الأعمال منه على نفقته وتحت مسؤوليته عما قد تكبدته المصلحة المتعاقدة من أضرار تعرقل سير المرفق العام الذي أبرمت العقد من أجله[7].

- الشراء على حساب المورد في صفقة اقتناء اللوازم، بحيث يجوز للمصلحة المتعاقدة في حال تخلف المورد عن توريد الأصناف المتفق عليها في المدة المحددة لذلك، أو كانت هذه الأصناف لا ترقى إلى الجودة المطلوبة وفقا لشروط العقد القيام بإجراء الشراء على حساب المورد الأصلي وتحت مسؤوليته[8].

---

[1] وأهم هذه المبادئ مبدأ حسن سير المرفق العام بانتظام واستمرار.

[2] فارس علي جانكير، المرجع السابق، ص.197 و198.

[3] سحر جبار يعقوب، المرجع السابق، ص.221.

[4] تبعا لم حكمت به المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ 17 مارس 1962 في القضية رقم 1987 بقولها: "...ومن ثم فإنها تملك التنازل عن هذا الحق –سحب العمل- إذا كان التنازل لمصلحة المرفق العام، كأن يمتنع العثور في السوق على أصناف مطابقة للمواصفات المتعاقد عليها...". مشار إليه لدى سلطان، المرجع السابق، ص239. وأيضا فارس علي جانكير، المرجع السابق، ص199..

[5] علي محمد مظفر، المرجع السابق، ص.183.

[6] إبراهيم المنجي، المرجع السابق، ص.186.

[7] حكيم عبد الرحيم محمد ناصوف، عزت محمد سعد الزعويلي، المرجع السابق، ص.10.

[8] إبراهيم عبد العزيز مأمون، المرجع السابق، ص.336 إلى 338. وأيضا سامال اسكندر محمد الباجلان، المرجع السابق، ص.214.

كما تتعدد صور التنفيذ على حساب المتعامل المتعاقد فتكون كالتالي[1]:

- حلول المصلحة المتعاقدة محل المتعامل المتعاقد وتنفيذ العقد بنفسها عن طريق إمكانياتها المادية والبشرية المتاحة[2]، وغالبا ما تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى مثل هذا النوع من التنفيذ في الحالات المستعجلة التي لا تحتمل البحث على متعاقد آخر كما لو تعلق الأمر بتزويد المطعم المدرسي لمؤسسة تربوية بالمواد الغذائية العامة[3].

- سحب المصلحة المتعاقدة العمل من المتعامل المتعاقد وتكليف متعاقد غيره القيام به فيتحمل ما يترتب على ذلك من زيادة في النفقات كما لا يمكنه المطالبة بفارق النفقات في حال انخفاضها [4]،.

وفي إطار هذه الصورة من سحب العمل على ذمة المتعامل المتعاقد؛ فإن المصلحة المتعاقدة تعمد إلى إبرام صفقات جزئية لتحسن تنفيذ باقي الأعمال وليس كلها حتى لا تكون بديلا عن العقد الأصلي[5].

الفرع الثاني: شروط السحب والتنفيذ على حساب المتعامل المتعاقد

يشترط لقيام المصلحة المتعاقدة بسحب العمل من المتعامل المتعاقد معها وتنفيذه على حسابه، أن يقع منه خطأ جسيما وأن تقوم المصلحة المتعاقد معها بإعذاره ومنحه مهلة لتصحيح ما وقع منه من أخطاء وأن يكون القرار المتخذ من قبلها في هذا الشأن مشروعا[6].

أولا- ارتكاب المتعامل المتعاقد خطأ جسيما:

نص المشرع الجزائري من خلال نص المادة 119 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 على هذا الشرط بقوله "في حالة عدم تقيد المقاول بأحكام الصفقة العمومية للأشغال أو لأوامر الخدمة المبلغة إليه".

غير أنه ليس كل مخالفة يرتكبها المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذه لالتزاماته التعاقدية تشكل خطأ جسيما يبرر حق المصلحة المتعاقدة في سحب العمل منه وتنفيذ العقد على حسابه، بل إن وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة للسلطة العامة أو الشراء على حساب المورد يفترض وقوع خطأ جسيم من طرف المتعامل المتعاقد-مقاولا كان أو موردا-[7].

ويرجع أمر تحديد درجة جسامة الخطأ المرتكب إلى السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة دون أن يكون لها أن تتعسف في ذلك، كما ترتبط عملية تقدير جسامة الخطأ بمدى تأثير الخطأ على حسن سير المرفق العام مما قد يؤدي إلى عرقلته وبالتالي تعطيل المصلحة العامة، أما دون ذلك من الأفعال فلا تبرر لجوء المصلحة المتعاقدة إلى اتخاذ إجراء سحب العمل من المتعاقد[8].

يعتبر من قبيل الأخطاء الموجبة لفرض المصلحة المتعاقدة مثل هذا الجزاء ما قررته المادة 17 من دفتر الشروط المطبق على القوات البحرية الفرنسية، التي نصت على أن استعمال الإدارة لهذا

---

[1] يرى الفقه الفرنسي أن الإدارة بموجب سلطتها التقديرية هي صاحبة الاختصاص في اختيار الوسيلة التي تنفذ بها باقي الأعمال التي تم سحبها من المتعاقد المقصر وهذا تبعا لظروف ومعطيات الحال ومتطلبات المرفق العام. فارس علي جانكير، المرجع السابق، ص.178. وأيضا محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص.548.

[2] محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012، ص.596.

[3] بن حفاف سلام العقون ساعد، المرجع السابق، ص.434.

[4] بلال أمين زين الدين، المرجع السابق، ص545.

[5] سيف سعد مهيدي الدليمي، المرجع السابق، ص.199.

[6] ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص.192.

[7] سيف سعد مهيدي الدليمي، المرجع السابق، ص.198.

[8] زينة مقداد، المرجع السابق، ص.283.

الحق مرهون بعدم تنفيذ المورد لالتزاماته التعاقدية، وفي حالة عدم استجابة المورد للمدة المحددة في إعذار الإدارة له بضرورة تنفيذ الالتزام خلالها[1].

كما استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على اعتبار بعض الأخطاء جسيمة لمخالفتها لالتزام جوهري سواء كان عقديا أو قانونيا، ومثالها الامتناع عن تنفيذ العقد في الميعاد المحدد أو تنفيذ العقد على وجه غير مرض، كعدم مطابقة الأصناف المتعاقد عليها أو الإهمال والتقاعس في التنفيذ مما يعرض المرفق العام للخطر[2].

ومن أبرز الأمثلة على الخطأ الجسيم الذي يمكن أن يرتكبه المتعاقد حسب القانون المصري، عدم قيام المورد بالتوريد في الميعاد المحدد بالعقد أو خلال المهلة الإضافية وكانت قد طبقت عليه جزاء غرامة التأخير[3].

أما في التشريع الجزائري؛ فيمكن أن نستخلص بعض الأخطاء التي قد يرتكبها المتعامل المتعاقد بالمخالفة لما يفرضه دفتر الشروط الإدارية العامة من التزامات على المتعامل المتعاقد، ومثال ذلك إذا لم يتقيد المقاول بشروط الصفقة[4]، كما لو امتنع عن التنفيذ وتنازل المتعامل المتعاقد على عقد الصفقة للغير أو قيامه بمشاركة الصفقة مع شركة ما عن طريق التعاقد من الباطن دون إذن من المصلحة المتعاقدة[5]، ضف إلى ذلك عدم امتثال المتعامل المتعاقد لمواصفات أوامر الخدمة المبلغة إليه[6]،...الخ.

ثانيا- إعـــــــذار المتعامل المتعاقد:

يقصد بالإعذار طبقا للقواعد العامة إثبات حالة تأخير المدين في تنفيذ التزاماته إثباتا قانونيا، وتنبيهه إلى أنه متأخر في التنفيذ تأخرا يرتب عليه القانون آثار، وعليه يكون إعذار المتعامل المتعاقد بمثابة وضعه في مركز المتأخر في تنفيذ الالتزام وتنبيهه إلى ما قد يتعرض له إذا لم يوف بالتزاماته في خلال المدة المحددة بالإعذار[7].

ويعتبر الإعذار شرطا ضروريا يقوم إلى جانب إخلال المتعامل المتعاقد إخلال جسيما، لابد للمصلحة المتعاقد مراعاته قبل أي توقيع لجزاء سحب العمل من المتعامل المتعاقد، أوجبه المشرع الجزائري من خلال المادة 119 في فقرتها الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 21-219، حيث اشترط أن يبلغ للمقاول عن طريق رسالة موصى بها، مقابل وصل استلام ونشره حسب الشروط المحددة في التنظيم المعمول به على أن يسري مفعول أجل تنفيذه ابتداء من التاريخ الأول للنشر.

إن الغرض من توجيه الإعذار للمتعامل المتعاقد المقصر هو تنبيهه إلى مخالفته التي قد تضر بسير المرفق، ومن تم يمكن له بعد إعذاره أن يصحح هذه المخالفة وإعلامه في نفس الوقت على أنه إذا لم يتدارك ما أخل به من التزامات تعاقدية سوف تفرض عليه المصلحة المتعاقدة جزاءا بالسحب أو الفسخ...الخ[8].

---

[1] إسماعيل هاني عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.997.

[2] نفس المرجع، ص.978.

[3] كما نصت عليه المادة 94 من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998.

[4] كما ورد في نص المادة 119 الفقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

[5] طبقا لنص المادة 41 الفقرة 8 من المرسوم التنفيذي21-219 المتضمن تنظيم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[6] بحسب نص المادة 27 الفقرة 7 من نفس المرسوم التنفيذي.

[7] علي محمد مظفر، المرجع السابق، ص.188.

[8] جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص.286.

ونظرا لأهمية إجراء الإعذار كونه يمثل إحدى الضمانات المقررة لحماية حقوق المتعامل المتعاقد من تجاوز المصلحة المتعاقدة وتعسفها في توقيع الجزاءات، ذهب كل من الفقه والقضاء الإداري الفرنسي إلى اعتباره شرطا أساسيا لصحة جزاء السحب والتنفيذ على حساب المتعاقد[1]، يترتب على عدم التزام الإدارة المتعاقدة به سواء بعدم إجراءه أو أنها قامت بإجرائه وكان معيبا يترتب عنه بطلان جزاء السحب فلا يتحمل المتعامل المتعاقد معها نتائجه، حتى لو كان قد ارتكب خطأ يبرر فرض هذا الجزاء[2]، ولا يصح الإعفاء منه إلا في إطار الاستثناء بنص تشريعي، أو إذا ما تضمن العقد أو دفتر الشروط نصا يقضي صراحة إلى إعفاء الإدارة من إلزامية توجيه إعذار للمتعاقد معها المخل بالتزاماته التعاقدية[3]، أو في حالة الاستعجال لاسيما في حالات الضرورة التي تواجه تنفيذ العقد كحالة الحرب التي تستلزم السرعة في توريد الأغذية والأسلحة للقوات المسلحة أو في حالة الكوارث الطبيعية كالزلازل والفيضانات[4].

الفرع الثالث: أثار السحب والتنفيذ على حساب المتعامل المتعاقد

إذا ما قصر المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية بأن تأخر في تنفيذها أو امتنع عن تنفيذها، يكون من حق المصلحة المتعاقدة أن تتجه نحو سحب العمل منه، ولا يترتب على حلول المصلحة المتعاقدة محل المتعامل المتعاقد معها أو إحلال غيره بهدف ضمان استمرارية تنفيذ العقد إنهاء العلاقة التعاقدية القائمة بينها وبين هذا الأخير بل أن العقد الأصلي يبقى قائما، ولا تنقضي التزامات المتعامل المتعاقد اتجاه المصلحة المتعاقدة إلا بالوفاء بشروط العقد أو بطريق الفسخ، ذلك لأن المصلحة العامة تتطلب ديمومة المرفق العام واستمراره[5].

ولا يجوز أن تجمع المصلحة المتعاقدة بين جزاء التنفيذ على الحساب وجزاء إنهاء العقد في أن واحد، مادام أن التنفيذ على حساب المتعاقد يستوجب بقاء العقد قائما، وبقاء المتعامل المتعاقد المقصر مسؤولا أمام الإدارة عن تنفيذه، أما إنهاء العقد يقتضي إلغائه وحل الرابطة التعاقدية بما لا يمكن معه تنفيذ أي التزامات مستمدة من العقد[6].

إن المصلحة المتعاقدة عندما تلجأ إلى التنفيذ على حساب المتعامل المتعاقد المقصر إنما تكون بمثابة الوكيل عنه في هذا الشأن، وبالتالي يقع عليها واجب الالتزام بنص القاعدة العامة المنصوص عليها في قواعد القانون المدني التي تفرض على الوكيل أن يبدل في تنفيذ الوكالة عناية واجبة في أعماله الخاصة[7]، وبالتالي إذا لم تبدل المصلحة المتعاقدة مثل هذه العناية في تنفيذ العقد بما يترتب عنه زيادة في أسعار المواد نتيجة تراخيها في الشراء، فإن المتعامل المتعاقد الأصلي لا يجب أن يتحمل فرق السعر الذي التزم به أصلا وبين السعر الذي اشترت بها المصلحة المتعاقدة، متى بدلت في ذلك عناية واجبة في فرضها جزاء السحب والتنفيذ على الحساب[8].

---

[1] A. DELAUBADERE, P.DELEVLOVE, F.MODEME,Traite des contras administratif,op. cit ,p.137.

[2] إسماعيل هاني عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.1001. وأيضا ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص.19. طارق سلطان، المرجع السابق، ص.241.

[3] سحر جبار يعقوب، المرجع السابق، ص.235.

[4] فوزية سكران، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقدين معها في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.135.

[5] علي محمد مظفر، المرجع السابق، ص.191.

[6] مصطفى عامر حمدي عطية، المرجع السابق، ص.522.

[7] محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص.544.

[8] مصطفى عامر حمدي عطية، المرجع السابق، ص.521.

ويترتب على جزاء سحب العمل من المتعامل المتعاقد رفع يده عن تنفيذ العقد وحلول المصلحة المتعاقدة محله لتنفيذ الأعمال التي لم تنفذ على حسابه وتحت مسؤوليته بالطريقة التي تراها مناسبة، وذلك باستعمال سلطتها في التنفيذ المباشر التي تخولها حق استخدام الأدوات والمواد الخاصة بالمتعامل المتعاقد في تنفيذ ما تبقى من الإنجاز[1].

كما يكون من آثار التنفيذ على حساب المتعامل المتعاقد امتناع المصلحة المتعاقدة من اقتناء لوازم ذات أصناف مغايرة من حيث طبيعتها للأصناف المتعاقد عليها، كما لو عمدت إلى شراء أجهزة كومبيوتر في حين كان محل التعاقد شراء أثاث مكتبي، إلا أنه يسمح لها بأن تشتري أجهزة كومبيوتر مغايرة من حيث الجودة بالزيادة أو النقصان متى ما تعذر حصولها على الصنف الأصلي وهذا حتى لا يتعطل سير المرفق العام[2].

إذا ما ترتب على جزاء التنفيذ على حساب المتعامل المتعاقد فرقا في الأسعار بالنقصان، كأن تقل عن قيمة السعر المتعاقد عليه أصلا، فلا يحق للمتعاقد المطالبة بفرق الأسعار، أما إذا نجم عنه زيادة في الأسعار عن تلك المتفق عليها مقدما يكون من حق المصلحة المتعاقدة فضلا عن تكاليف تنفيذها ما بقي من الأعمال التي لم تنجز كل المصروفات الزائدة سواء كانت مصاريف إدارية ناجمة عن إسناد الأعمال إلى متعاقد أخر أم ناتجة عن فروق الأسعار التي طرأت على تنفيذها[3].

ويتم حصول المصلحة المتعاقدة على هذه المصاريف عن طريق الخصم من مبلغ كفالة حسن التنفيذ المودع لديها[4]، أو من أية مبالغ مستحقة للمتعاقد معها لدى أية مصلحة أخرى دون الإخلال بحقها في اقتضاء التعويض عما لحقها من أضرار تجاوزت قيمتها مبلغ كفالة حسن التنفيذ [5].

المطلب الثالث: الجزاءات الفاسخة Sanctions résolutoires

إلى جانب ما تملكه المصلحة المتعاقدة من سلطة توقيع الجزاءات المالية وكذا الجزاءات الضاغطة على المتعامل المتعاقد معها المتخلف عن أداء التزاماته التعاقدية، يكون لها أيضا حق توقيع جزاءات أخرى تنهي بموجبها الرابطة العقدية نهاية مبسترة قبل حلول الميعاد المتفق عليه والانتهاء من الأعمال محل موضوع الصفقة العمومية، فيترتب عنها حرمان المتعامل المتعاقد من الدخول في أي مناقصة مع الجهات الإدارية الأخرى عن طريق ما يسمى بالوضع في القائمة السوداء.

إن إنهاء العلاقة التعاقدية من قبل المصلحة المتعاقدة في هذا الصدد، إنما يقصد بها ما يعرف بالفسخ الجزائي الذي تلجأ إليه هذه الأخيرة في حال ارتكاب المتعاقد معها خطأ تعاقديا يمثل الدافع الفعلي للفسخ، بينما لا يعتبر الفسخ للمصلحة العامة أو للقوة القاهرة فسخا جزائيا[6]، كما لا تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى فسخ عقد الصفقة العمومية، إلا إذا تبين لها أن المتعامل المتعاقد يتقاعس أو يرفض تنفيذ العقد، أو أنه ينفذه بصورة خاطئة خلافا لما هو مبين في شروط العقد المتفق عليها مسبقا[7].

ولأهمية جزاء الفسخ وخطورته في مجال عقود الصفقات العمومية، لا بد من التطرق لتعريفه وبيان طبيعته القانونية بالإضافة إلى حالاته وأشكاله.

الفرع الأول: مفهوم الفسخ الجزائي

---

[1] علي محمد مظفر، المرجع السابق، ص.193.
[2] مصطفى عامر حمدي عطية، نفس المرجع، ص.522.
[3] فارس علي جانكير، المرجع السابق، ص.185 و187.
[4] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، المرجع السابق، ص.92.
[5] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.532. وأيضا عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص.131.
[6] زينة مقداد، المرجع السابق، ص.96.
[7] عبد القادر الشيخلي، القانون الإداري السعودي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2015، ص.387.

يعتبر الفسخ الجزائي؛ من أشد أنواع الفسخ جسامة على المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية، لارتباطه بإبرام عقد جديد لإتمام تنفيذ العقد الأصلي، فالمصلحة المتعاقدة لا تكتفي بالتعويض عن فسخ العقد الأول، ولكنها تحمل المتعاقد نتائج العقد الجديد وكافة الأعباء المالية المترتبة على قيامها بتعاقد جديد.

أولا- تعريف الفسخ الجزائي:

الفسخ طبقا للقواعد العامة؛ حق لطرفي العقد الملزم لجانبين إذا ما أخل أحدهما بالتزامه ويؤدي إلى حل الرابطة التعاقدية، وتبعا لما تقتضيه القاعدة الفقهية في القانون المدني التي تنص على أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز لأي من طرفي العقد إنهاء العلاقة التعاقدية بإرادته المنفردة وفقا لسلطته التقديرية دون موافقة الطرف الآخر[1].

أما الفسخ في القانون الإداري؛ إنما يقصد به ذلك الجزاء الذي توقعه المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد معها الذي أخطأ خطأ متكررا أو جسيما ولم يعد قادر على الوفاء بالتزامه التعاقدي على نحو ما ينبغي، مما يجعل المصلحة المتعاقدة تتأكد من عدم حسن تنفيذ الأعمال المنوطة بهذا المتعامل المتعاقد وفقا لشروط العقد في المستقبل، فتنهي عن طريق استعمالها جزاء الفسخ بإرادتها المنفردة ودون اللجوء إلى القضاء تلك العلاقة التعاقدية التي تربطها به فتُحل بصورة غير عادية تفرضها ضرورة سير المرافق العامة بانتظام[2]، مما يؤدي بالمتعامل المتعاقد إلى فقدانه كافة حقوقه المستمدة من العقد[3].

كما يعرف فسخ العقد كجزاء لخطأ المقاول في عقد الأشغال العامة؛ بأنه "جزاء عقدي شديد الجسامة توقعه الإدارة على المقاول الذي أخل بالتزاماته التعاقدية إخلالا جسيما، يترتب عليه انقضاء العلاقة العقدية وإبعاد المقاول بشكل نهائي عن تنفيذ العقد"[4].

ليعرفه المشرع الجزائري؛ بأنه إنهاء للصفقة العمومية تتخذه المصلحة المتعاقدة في حق المقاول الذي أرتكب خطأ كبيرا في تنفيذ العقد بعد أن تقوم بإعذاره، فيكون فسخها للصفقة إما بسيطا أو تحت مسؤولية المقاول دون غيره[5].

ومما لا شك فيه؛ أن جزاء الفسخ في مجال عقود الصفقات العمومية، يعتبر من الشروط الاستثنائية وغير المألوفة لاسيما وأنه سلطة مقررة لجهة المصلحة المتعاقدة وحدها لا تحتاج في استخدامها له تدخل جهة القضاء، وهذا بخلاف القواعد العامة كما سبق الذكر،عرفه النوي خرشي بأنه "حق من الحقوق التي تركها التنظيم للأطراف المتعاقدة يتم اللجوء إليها في حالات خاصة، إذ يمثل قطعا للعلاقة التعاقدية، ويتم اللجوء إلى فسخ الصفقة إما باتفاق الطرفين أو من جانب واحد – المصلحة المتعاقدة طبعا-"[6].

---

[1] بشير علي باز، المرجع السابق، ص.172.

[2] مصطفى عامر حمدي عطية، المرجع السابق ص523، وأيضا ماجد راغب الحلو، المرجع السابق ص.195، عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص.123.

[3] فتيحة حابي، "فسخ صفقات انجاز الأشغال العمومية"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنغست الجزائر، العدد 09، 2015، ص.98.

[4] عيسى عبد القادر الحسن، المرجع السابق، ص.168.

[5] طبقا لنص المادة 122 الفقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم21-219 المتضمن تنظيم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[6] النوي خرشي الصفقات العمومية، دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، ص.378.

وما يلاحظ على هذا التعريف؛ أنه جاء عاما بحيث عرّف الفسخ على أنه حق لطرفي الصفقة انطلاقا من الحالات التي يمكن أن يقع فيها الفسخ سواء كان فسخا بالتراضي أو فسخ بالإرادة المنفردة للمصلحة المتعاقدة.

أما عمار بوضياف فعرف إجراء الفسخ على أنه "جزاء يستهدف الامتياز أو السلطة المخولة للإدارة لإنهاء الرابطة التعاقدية وقطع العلاقة بينها وبين المتعاقد، ويفترض في هذه الحالة أن يقدم المتعامل المتعاقد على ارتكاب خطأ جسيم يخول للإدارة ممارسة هذه السلطة"[1]، معتبرا أن سلطة جزاء الفسخ المخولة للمصلحة المتعاقدة من خلال المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247[2] تمثل مظهرا آخر تميزت به الصفقات العمومية عن العقود المدنية التي تفترض أن يكون الفسخ فيها بحكم قضائي ولا يجوز لأي طرف فيها أحقية ممارسة سلطة إنهاء العلاقة بإرادته المنفردة اتجاه الطرف الآخر[3].

ثانيا- الطبيعة القانونية للفسخ الجزائي:

تطرح الطبيعة القانونية لجزاء الفسخ في مجال الصفقات العمومية عدة تساؤلات منها:

- ما الذي يميز الفسخ في عقود الصفقات العمومية عن الفسخ في عقود القانون الخاص؟، أو هل فسخ الصفقة العمومية يعتبر تطبيقا لقواعد القانون المدني أم أنه ذا طبيعة خاصة؟.
- أن القول بأحقية المصلحة المتعاقدة في توقيع جزاء الفسخ بإرادتها المنفردة يثير التساؤل حول الطبيعة القانونية لهذا الجزاء هل هو من النظام العام أم لا؟، أو هل يمكن تطبيق جزاء الفسخ حتى لو لم ينص عليه في العقد؟، وهل يمكن للمصلحة المتعاقدة استبعاده بأن تتنازل عن استخدامه مقدما بموجب نص يقضي بذلك في عقد الصفقة؟.

رأى جانب من الفقه؛ أن الفسخ في مجال الصفقات بسبب عدم تنفيذ المتعامل المتعاقد التزاماته التعاقدية ليس إلا تطبيقا لما اتجه إليه المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 1184 من ق.م.ف التي تنص على أنه: "في حالة العقود الملزمة لجانبين يكون للأفراد الحق في فسخ العقد عندما لا ينفذ أحدهما ما عليه من التزامات..."[4]. إذ يتبين من محتوى هذا النص أن الشرط الفاسخ يكون دائما مقررا ضمنيا في العقود الملزمة لجانبين ومنها عقود الصفقات العمومية متى لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماتهم التعاقدية[5].

وفي القانون المدني الجزائري لا يختلف نص المادة 119 عما جاء في نص المادة السابقة الذكر من ق.م.ف والتي نصت على: "في العقود الملزمة لجانبين إذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه...".

بينما يرى غالبية الفقهاء؛ بأن جزاء الفسخ في عقود الصفقات العمومية لا تخضع المصلحة المتعاقدة في توقيعه لنصوص القانون المدني وإنما يجد مصدره في الطبيعة الإدارية الخاصة بتلك

---

[1] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.225.

[2] نص المشرع على مضمون هذه المادة في ظل القانون الجديد المحدد للقواعد العامة للصفقات العمومية رقم 23-12 انطلاقا من نص المادة 90 الفقرة 2 على أنه: "...إذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد إذا لم يستجب المتعامل المتعاقد مجددا لإعذار ثان في أجل محدد، و يمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة".

[3] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.228.

[4] بشير علي باز، المرجع السابق، ص.182.

[5] طارق سلطان، المرجع السابق، ص.247 و248.

العقود سواء انصب موضوعها على أشغال أو توريد وغيرها[1]، فضلا عن أن موضوع الصفقة العمومية يتعلق بتسيير المرفق العام[2]، وعليه فإن وجود الإدارة طرفا في عقد الصفقة يقتضي الاعتراف لها بجملة من السلطات الاستثنائية لا يتمتع بها المتعاقدون في القانون الخاص، فهي تملك إمكانية فرض الجزاء بإرادتها المنفردة ودون اللجوء إلى القضاء بل حتى لو لم ينص عليه في العقد[3].

وقد ذهب القضاء الإداري المصري في حكم له في القضية رقم 1837 بجلسة 17 مارس 1957، إلى القول بأن "العقد الإداري يحكمه نظام قانوني خاص يختلف اختلافا عن النظام القانوني الذي تخضع له العقود المدنية، ويرجع هذا الاختلاف في عدم المساواة بين طرفي العقد الإداري فهما يمثلان مصالح غير متكافئة فقد تحتفظ الإدارة في تنفيذ العقد بامتيازات تخرج على مبدأ المساواة بين المتعاقدين كأن تشترط لنفسها حق الفسخ دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء، بل ودون خطأ من جانب المتعاقد الآخر وحق الإدارة في هذا الصدد تتمتع به دون حاجة للنص عليه في العقد..."[4].

بينما ذهب القضاء الإداري الجزائري في قرار له صدر بتاريخ 06 فيفري 2014 بين مؤسسة البناء كل هياكل الدولة ممثلة من طرف (م.ع) ضد ولاية سيدي بلعباس إلى اعتبار عقد الصفقة من العقود الرضائية التي يمكن فسخها رضائيا أو من جانب واحد متى رغب أحد الأطراف في ذلك، وعليه لا يمكن إجبار أحد طرفي العقد الرضائي على البقاء خاضعا له رغم إرادته[5].

أما ما يتعلق بمدى إمكانية اعتبار جزاء الفسخ في الصفقات العمومية من قبيل النظام العام أو من عدمه، وجب التمييز بين وضعيتين الأولى عندما تتضمن عقود الصفقات العمومية ودفاتر الشروط تبعا لمقتضيات تنظيم الصفقات العمومية بندا خاصا ينظم جزاء الفسخ وشروط توقيعه وهنا لا يثور أي إشكال، والثانية عندما لا يتضمن عقد الصفقة ولا دفتر شروطها بندا يفيد بحق المصلحة المتعاقدة في فسخ العقد[6] حينها تقوم الصعوبة ويثور الإشكال حول مدى إمكانية توقيع المصلحة المتعاقدة لجزاء الفسخ دون النص عليه في العقد، وهنا انقسم فقهاء القانون الإداري إلى اتجاهين:

يرى الاتجاه الأول وهو رأي غالبية الفقهاء؛ بأن المصلحة المتعاقدة تمارس سلطتها في توقيع جزاء الفسخ بنفس الطريقة التي تمارس بها باقي الجزاءات الأخرى، إذ بإمكانها أن تطبق جزاء الفسخ في حالة سكوت الصفقة أو دفتر الشروط على تنظيم هذه السلطة[7]، على أساس أنها من النظام العام[8]،

---

[1] هذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصري في حكم صادر لها بتاريخ 17-03-1957 بقولها : "إن العقد الإداري يحكمه نظام قانوني خاص يختلف اختلافا عن النظام القانوني الذي يخضع له العقود المدنية، ويرجع هذا الاختلاف إلى عدم المساواة بين طرفي العقد الإداري، فهما يمثلان مصالح غير متكافئة فقد تحتفظ الإدارة في تنفيذ العقد بامتيازات تخرج على مبدأ المساواة بين المتعاقدين كأن تشترط لنفسها حق الفسخ دون حاجة إلى اللجوء للقضاء...". مشار إليه لدى رزاق أحمد محمد طعمة، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم الدراسات القانونية، مصر،2007، ص.38.

[2] يرى الفقيه Pequignot أن سلطة الفسخ إنما تقوم على ضرورات المرفق العام، إذ من غير المعقول أن يصبح العقد حائلا دون تحقيق أهداف الإدارة ومن تم تأمين المصلحة العامة. إبراهيم عبد العزيز مأمون، المرجع السابق، ص.246.

[3] طارق سلطان، المرجع السابق، ص.248.

[4] ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص.245.

[5] قرار مجلس الدولة رقم 080407، مؤرخ في 06 فيفري 2014، الغرفة الأولى، المجلة القضائية لسنة 2015، الجزائر، العدد 13، ص.88.

[6] ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص.243.

[7] جورج فودال وبيار دلفولفيه، القانون الإداري، ج 1، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، ط1، لبنان، 2001، ص.350.

[8] محمد أحمد أرناؤط، المرجع السابق، ص.173. ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص.243.

الذي يقتضي من المصلحة المتعاقدة عدم استبعاده بأن تتنازل عنه مقدما في العقد[1]، بل حتى وإن حدد العقد أسباب الفسخ فإن القاضي بدوره لا يعتبرها قائمة جامعة، لأنه قد يرد الفسخ لأسباب غير تلك المنصوص عليها مسبقا في العقد[2]، فيكون للمصلحة المتعاقدة الحق في فسخ العقد ولو لسبب غير الأسباب المنصوص عليها، فهي تستمد حقها في ذلك من الطبيعة الإدارية للعقد، كما أن هذا الحق يثبت لها بمقتضى نصوص القوانين واللوائح[3].

وأكثر من ذلك تعتبر سلطة توقيع جزاء الفسخ حسب هؤلاء؛ حقا للمصلحة المتعاقدة ومظهرا من مظاهر السلطة العامة تملك الدولة حق استعماله متى ما قدّرت ذلك، لأنها سلطة لا تستمد من حيث المبدأ من نصوص الصفقة وإنما من طبيعة الصفقة نفسها كونها تعتبر عقدا إداريا، وأن النص في العقد على حق الفسخ يكون منظما للحق وليس منشأ له[4].

إذ استقر الفقه المصري على أنه في حال غياب نص في العقد أو دفتر الشروط يعطي للإدارة المتعاقدة حقا في توقيع جزاء الفسخ، فإن هذا الغياب لا يمنعها من إصدار قرار الفسخ إعمالا لسلطتها في التنفيذ المباشر دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بفسخ العقد ما دام أن حق الإدارة في الفسخ حق قائم بذاته ومستقل عن العقد ودفتر شروطه[5].

وأيضا رأى الفقه الجزائري أن المصلحة المتعاقدة تملك حق الإنهاء الانفرادي لعقد الصفقة العمومية عن طريق جزاء الفسخ، حيث يشكل هذا الإنهاء خصوصية هامة تنفرد بحق استعماله في جميع أنواع الصفقات العمومية متى ارتكب المتعامل المتعاقد معها خطأ جسيما[6] انطلاقا من مبادئ وأحكام القانون العام المطبقة على الصفقات العمومية باعتبارها عقودا إدارية.

كما لا يمكن حسب هذا الاتجاه الفقهي اتفاق أطراف العقد على استبعاد هذا الجزاء مقدما في العقد، خصوصا وأن أي اتفاق من هذا القبيل يشكل نوعا ما شرطا بعدم المسؤولية، وهذا الشرط بالتأكيد يتنافى مع النظام العام في القانون الخاص، فإنه من باب أولى أن يكون كذلك عندما يتعلق الأمر بتسيير مرفق عام[7].

ليرى الاتجاه الثاني وهو رأي الأقلية من الفقه يمثله الفقيه PERRIQUET، بأن جزاء الفسخ لا يعد من النظام العام وحتى يكون في صالح المصلحة المتعاقدة لا بد من النص عليه في العقد أو دفتر الشروط حتى يمكن اعتباره من النظام العام[8].

غير أن الفقه الفرنسي ميز في هذا الشأن بين نوعين من جزاء الفسخ؛ كما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي فكان أكثر وضوحا، حيث قال بأنه إذا كان جزاء الفسخ بسيطا ومجردا فإنه يقرر للإدارة المتعاقدة حق استعماله بوجه عام حتى لو لم يكن منصوصا عليه في العقد أو دفتر الشروط، بينما إذا ما فرضت الإدارة المتعاقدة جزاء الفسخ على ذمة المتعاقد المقصر بحيث تعمد إلى الإعلان

[1] محمد بن سعيد بن حمد المعمري، المرجع السابق، ص.183.
[2] إسماعيل هاني عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.1259.
[3] مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص.301.
[4] ذنون سليمان يونس العبادي المرجع السابق ص.244.
[5] رزاق أحمد محمد طعمة، المرجع السابق، ص.38.
[6] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.216.
[7] سحر جبار يعقوب، المرجع السابق، ص.251.
[8] ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص.248.

على مناقصة جديدة على مسؤوليته، فإنه لا يعتبر من النظام العام ولا يمكن للإدارة المتعاقدة استخدامه ما لم يكن منصوصا عليه صراحة في العقد[1].

وأما من الناحية التشريعية يتضح أن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ألزم المصلحة المتعاقدة بموجب المادة 95 منه ضرورة أن تضمن الصفقة بالإضافة إلى البيانات الإلزامية الأخرى كالتعريف الدقيق للأطراف المتعاقدة وتحديد موضوع الصفقة، وتاريخ توقيعها، ومكانه، وغيرها من البيانات شروط فسخ الصفقة، غير أنه وإن كان في الغالب ما تنص مختلف الصفقات العمومية على حق المصلحة المتعاقدة في فرض جزاء الفسخ، غير أن النص على هذا الجزاء قد يغيب لعدم إدراجه ضمن بنود الصفقة، وهنا نتساءل حول مدى استطاعة المصلحة المتعاقدة استعماله إذا ما أخطأ المتعامل المتعاقد معها خطأ جسيما في تنفيذ ما التزم به بموجب الصفقة؟.

إجابة على هذا التساؤل وجب التمييز بين حالتين؛ فإذا ما لجأت المصلحة المتعاقدة إلى فسخ الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة من أجل المصلحة العامة، يعد هذا الفسخ ولو لم ينص عليه في العقد حق ثابت لها مادام أن موضوع الصفقة يهدف بالأساس إلى حسن سير المرفق العام وانتظامه، أما في الحال التي يرتكب فيها المتعامل المتعاقد خطأ عقديا جسيما ولم تتضمن الصفقة نصا يفيد بإمكانية توقيعه، فإن الأساس الذي تستند عليه المصلحة المتعاقدة في تطبيق جزاء الفسخ هو قانون الصفقات العمومية والنصوص التنظيمية المتعلقة به ، وهذا ما يستنتج ضمنا من خلال نص المادة 95 التي نصت على ضرورة أن "تشير كل صفقة عمومية إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما وإلى هذا المرسوم"، ولا يكون للمتعامل المتعاقد المطالبة بإلغاء قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة، لأنه لا يمكن إرغام الإدارة على التعامل مع متعامل رغم إرادتها وبالتالي لا يبقى لهذا المتعامل المتعاقد سوى المطالبة بالتعويض إذا ما استطاع أن يثبت بأنه لا مسؤولية له في فسخ الصفقة[2].

ثالثا- شروط الفسخ الجزائي:

إذا كانت الطبيعة الإدارية للصفقات العمومية قد منحت المصلحة المتعاقدة سلطة توقيع جزاء الفسخ بإرادتها المنفردة دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، وعلى الرغم من أن المشرع الجزائري لم يقيد المصلحة المتعاقدة في استعمال هذه السلطة وترك لها المجال واسعا في تقدير الالتجاء إليها، إلا أن هذا لا يعني معه ترك تلك السلطة مطلقة فيجوز لها الفسخ متى ما شاءت، بل لا بد من توافر شروط ثلاثة تتمثل في ضرورة أن يكون خطأ المتعاقد جسيما، وأن توجه له المصلحة المتعاقدة إعذار مع لزوم صدور قرار إداري بالفسخ[3].

أ - ارتكاب المتعامل المتعاقد خطأ جسيما:

قد يرتكب المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ عقد الصفقة العمومية خطأ معينا، إلا أن ليس كل خطأ يسوغ للمصلحة المتعاقدة فرض جزاء الفسخ، بل لابد أن يكون هذا الخطأ على درجة من الجسامة بأن يشكل خطرا على سير المرفق العام واستمراره [4].

---

[1] نفس المرجع، ص.244.

[2] قرار مجلس الدولة رقم 063683، مؤرخ في 12 جانفي 2012،، الغرفة الأولى، المجلة القضائية لسنة 2014، العدد 12، الجزائر، ص.108.

[3] عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص.153، مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص.303. وأيضا ذنون سبيمان يونس العبداي، المرجع السابق، ص.263.

[4] مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص.303.

تجدر الإشارة هنا إلى أن تقدير درجة خطورة الخطأ المرتكب من المتعامل المتعاقد تعود للسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة، والتي بدورها تخضع لرقابة القاضي الذي يبحث في مدى ملائمة تقديرها لدرجة جسامة الخطأ إذا كان بسيطا يمكن معه الاستمرار في العقد أو كان جسيما يفرض إنهاء الرابطة التعاقدية بين الطرفين[1].

فلا يجب أن تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى فسخ عقد الصفقة إلا إذا تأكدت من أن الخطأ المرتكب من طرف المتعامل المتعاقد مما يجعل الاستمرار في التعاقد معه مستحيلا نظرا لعرقلته سير المرفق العام الذي أبرم العقد لأجله، وبالتالي لا تملك هذه الأخيرة مصلحة في أن تستخدم جزاء الفسخ إلا باعتباره السبيل الأخير الذي تواجه به خطأ المتعامل المتعاقد معها، وهو الأمر الذي يفترض معه أن يكون الخطأ المرتكب على قدر كبير من الجسامة[2]، كما لا يمكن المصلحة المتعاقدة ممارسة حقها في توقيع جزاء الفسخ على المتعامل المتعاقد المقصر إلا في حالة عدم كفاية الجزاءات المالية أو الضاغطة في إلزامه بالتنفيذ السليم[3].

والأخطاء الجسيمة كثيرة ومتعددة فهناك من التشريعات التي نصت عليها كقانون المزايدات والمناقصات المصري رقم 89 لسنة 1998 المعدل بالقانون رقم 5 لسنة 2005 الذي نص في بعض مواده ما يبرر لجوء المصلحة المتعاقدة إلى استعمال جزاء الفسخ، غير أنها حالات وردت على سبيل المثال لا على سبيل الحصر ومثالها ما نصت عليه المواد 21، 24، 84، 94 و25[4].

ومثال الأخطاء الجسيمة في التشريع الفرنسي ما حددته المادة 28 على سبيل المثال لا الحصر من دفتر الشروط العامة الصادر في 1977 بشأن صفقات التوريد، التي تبرر توقيع جزاء الفسخ على المورد المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية[5]، ويعتبر أيضا من قبيل الخطأ الجسيم الذي يبرر الفسخ

---

[1] عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص.154.

[2] A delaubadere, P.delvolve, F :moderne,Traite des contras administratif, op.cit , P.155.

[3] A delaubadere, P.delvolve, , op.cit ,P.157 .

[4] تنص المادة 21 من قانون المزايدات والمناقصات المصري رقم 89 لسنة 1998 على أنه: "إذا لم يقم صاحب العطاء المقبول بأداء التأمين النهائي في المهلة المحددة جاز للجهة الإدارية بموجب إخطار بكتاب موصى عليه بعلم الوصول و دون الحاجة لاتخاذ أي إجراء آخر إلغاء العقد...".

- تنص المادة 24 من قانون المزايدات والمناقصات المصري 89 لسنة 1998 على أنه: "يفسخ العقد تلقائيا في الحالتين الآتيتين- إذا تبث أن المتعاقد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة المتعاقدة أو حصوله على العقد، ب-إذا أفلس أو أعسر...".

- تنص المادة 25 من نفس القانون على: "يجوز للإدارة فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد إذا أخل بأي شرط من شروط...".

- تنص المادة 84 من نفس القانون على أنه: "يجوز للإدارة فسخ العقد في حال إخلال المقاول بأي شرط من شروط العقد، أو إهمال، أو إغفال القيام بأحد الالتزامات المقررة".

- تنص المادة 94 من نفس القانون على: "إنهاء التعاقد في حالة عدم قيام المورد بالتوريد في الميعاد المحدد بالعقد".

[5] تنص هذه المادة على: يفسخ العقد إذا ما ارتكب المورد الأخطاء الآتية:

"- مخالفة المورد لالتزامات الحذر والأمن والسرية والكتمان.

- عرقلة مراقبة الإدارة لأثمان تكلفة المنتجات.

- ارتكاب أفعال الغش ذات الصلة بالعقد محل التعاقد.

- التعديلات المؤثرة في وضع أصحاب الحقوق الناشئة عن العقد والتي تعرض تنفيذ العقد للخطر.

- عدم احترام المواعيد المقررة في العقد.

-إعلان المورد ذاته عن عدم قدرته على تنفيذ العقد.

-عدم تنفيذ الالتزامات المتعلقة بالتأمين.

- مخالفة قانون العمل.

- عدم صحة التقرير المقدم من المورد لتأييد العطاء المقدم منه عند تحرير العقد.

حسب تطبيقات القضاء الفرنسي رفض مقاول الأشغال العامة تنفيذ الأوامر المصلحية، أو أن يهمل المدة المحددة للإنهاء الأشغال أو تسليم التوريدات، أو عدم تكمله كفالة حسن التنفيذ ، أو استعمال الغش في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، كذلك إذا ما تنازل عن العقد لغيره أو تعاقد من الباطن دون إذن من الإدارة المتعاقد معها...الخ[1].

أما بخصوص نهج المشرع الجزائري في إطار بيان ما يعتبر من قبيل الخطأ الجسيم بمناسبة تنفيذ عقد الصفقة العمومية الموجب للفسخ ، يتضح أن المادة 90 من قانون الصفقات العمومية 23-12 نصت على أن ما يبرر استعمال المصلحة المتعاقدة لجزاء الفسخ بإرادتها المنفردة، هو حالة عدم تنفيذ المتعامل المتعاقد التزاماته التعاقدية، ويلاحظ على هذه المادة أنها اقتصرت على الخطأ السابق الذكر دون غيره من الأخطاء الجسيمة الأخرى، وإن كان من الضروري القول بأن كل إخلال بالالتزامات التعاقدية يشكل خطأ جسيما يبرر توقيع الفسخ[2].

إلا أن المشرع تدارك هذا الخلل بموجب المرسوم التنفيذي 21-219 حيث نص في المادة 122 الفقرة الأولى بأن "عدم تنفيذ المقاول أو التنفيذ الناقص لالتزاماته كما هو الحال في كل عقد يؤدي إلى عقوبات حسب سلم يتراوح ما بين تطبيق غرامات مالية إلى فسخ الصفقة".

وبالرغم من ورود عديد الأمثلة عن الأخطاء الجسيمة بمختلف التشريعات كما سبق بيانه، إلا أن أراء الفقهاء وأحكام القضاء تتفق على عدة مخالفات فتعتبرها أخطاء جسيمة وهي على نوعين[3]:

الأخطاء المتصلة بتنفيذ العقد ومن أمثلتها:

- عدم التنفيذ المطلق للعقد.
- عدم تنفيذ العقد خلال المدة المتفق عليها.
- الامتناع عن تنفيذ العقد بسبب إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية.

أما الأخطاء المتعلقة بشخص المتعاقد فتتمثل في:

- فقدان المتعاقد الصلاحية الأخلاقية للتعامل كاستعمال الغش والتلاعب أو لانعدام أهليته القانونية للتصرف.
- إسناد المتعاقد الأعمال المتعاقد عليها أو التنازل عنها لمقاول آخر دون إذن من الإدارة المتعاقد معها.
- عدم مقدرته المالية لتنفيذ التزاماته التعاقدية.
-إفلاس المتعاقد أو التسوية القضائية.
- ترك موقع العمل وعدم تنفيذ الأوامر الصادرة إليه من الإدارة المتعاقد معها.

إن الأخطاء التي يرتكبها المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ الصفقة العمومية كشرط من الشروط الواجب توافرها لتتمكن المصلحة المتعاقدة من توقيع جزاء الفسخ على هذا المتعامل المتعاقد، تبقى كثيرة ومتنوعة لا يمكن حصرها وتتدرج خطورتها بحسب نوع الأعمال مضمون عقد الصفقة العمومية المبرمة، وأن الجسامة فيها تخضع دائما للسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة.

-عدم إعادة المورد للآلات والمؤمن المسلمة إليه أو إتلافها أو الإسراف في استعمالها إن كانت طبيعة التعاقد تستلزم تسليم مثل هذه الآلات والمؤمن ". مشار إليها لدى إسماعيل هاني عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.1262.

[1] سيف سعد مهيدى الدليمي، المرجع السابق، ص225. وأيضا سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.547 و548.

[2] سهام بن دعاس، "أحكام فسخ الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر، الجزائر، المجلد 57، العدد 05، 2020، ص.311.

[3] عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص.155 إلى 159.

وهنا يجب التنويه إلى أنه إذا كانت الأخطاء من قبيل تلك المنصوص عليها في عقد الصفقة العمومية أو دفتر الشروط الخاص بها أو حتى القانون المتعلق بالصفقات العمومية وتنظيماته، فإنه لا يمكن خضوع جزاء الفسخ فيها لرقابة قاضي الملائمة، أما بخلاف ذلك وقدرت المصلحة المتعاقدة بأن ما ارتكبه المتعامل المتعاقد معها يشكل خطأ جسيما لم يكن قد نص عليه في عقد الصفقة وفي غير الحالات التي نص عليها قانون الصفقات العمومية، فإنها تخضع في ذلك لرقابة قضاء الملائمة ولا يكون للمتعامل المتعاقد معها حق المطالبة بإلغاء قرار الفسخ بينما يستطيع المطالبة بالتعويض إذا ما تبين لقاضي الموضوع تعسف المصلحة المتعاقدة في استعمال جزاء الفسخ[1].

ب- توجيه إعذار للمتعامل المتعاقد:

يحمل الإعذار معنى التهديد للمدين بضرورة المسارعة إلى تنفيذ التزاماته وتعرضه للجزاء، فضلا عن أنه يجنب المدين فسخ عقده فجأة ويعطيه فرصة لتفادي ذلك[2].

ويرى غالبية الفقهاء أن إجراء الإعذار يكتسي أهمية بالغة كونه من الإجراءات التي تقتضيها قواعد العدالة، فلا يعقل أن تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى توقيع جزاء خطير كجزاء الفسخ دون أن تمنح المتعامل المتعاقد المقصر فرصة لإصلاح الوضع من جهة، ولأن الغاية منه –أي إجراء الإعذار- تحقيق المصلحة العامة لما قد يترتب عن توجيهه استجابة المتعامل المتعاقد وقيامه بتنفيذ التزاماته التعاقدية بدلا من اللجوء إلى فرض جزاء فسخ العقد، ومن تم تكون المصلحة المتعاقدة في غنى عن إبرام صفقة جديدة كانت قد تكلفها وقت أطول لتنفيذ مشروعها من جهة أخرى [3].

وتبعا لدور الإعذار وأهميته كما سبق قوله؛ فإن كل من الفقه والقضاء الفرنسيين اعتبراه إجراء إلزامي حتى في ظل وجود شرط عقدي يقضي بخلاف ذلك[4].

غير أن القول بإلزامية توجيه إعذار للمتعامل للمتعاقد كشرط أساسي لفرض جزاء الفسخ لا يؤخذ على إطلاقه، لأن هناك من الحالات ما يترتب على قيامها إعفاء المصلحة المتعاقدة من ضرورة توجيه إعذار للمتعامل المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ[5]، وقد وردت هذه الاستثناءات وفقا لآراء الفقهاء وأحكام القضاء الفرنسي كالآتي[6]:

- إذا ما سبق الفسخ توقيع جزاءات ضاغطة كالتنفيذ على حساب المقاول أو الشراء على حساب المورد التي سبقها توجيه إعذار بذلك، وكان الفسخ لنفس الأسباب التي بررت فرض الجزاءات السابقة، أما إذا كان الفسخ لأسباب أخرى بخلاف تلك التي أدت إلى توجيه الإعذار، فيلزم إعذار جديد.
- إذا ما ارتكب المتعامل المتعاقد أفعال الغش أو التحايل في تنفيذ التزاماته التعاقدية

---

[1] طبقا لما انتهى إليه مجلس الدولة الجزائري في قرار له جاء فيه: "حيث أنه من المستقر عليه فقها وقضاء وقانونا أن النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية هي نزاعات القضاء الكامل وأن الإدارة نظرا لما لها من سلطة تقديرية في فسخ أي صفقة عمومية بإرادتها المنفردة، لا يبقى للمتعامل المتعاقد معها سوى المطالبة بالتعويض في الحالات التي يثبت فيها أن لا مسؤولية له في فسخ الصفقة العمومية، كما أن القرارات الصادرة بالفسخ ليست قرارات إدارية بمفهومها التقليدي التي تخضع لدعوى الإلغاء، لأنه لا يمكن إرغام الإدارة على التعامل مع متعامل رغم إرادتها وبالتالي لا يبقى لهذا الأخير سوى المطالبة بالتعويض في الحالة التي يثبت فيها أنه لا مسؤولية له في فسخ العقد". قرار مجلس الدولة رقم 063683، مؤرخ في 12 جانفي 2012، الغرفة الأولى، المجلة القضائية لسنة 2014، العدد 12، الجزائر، ص.108.

[2] سحر جبار يعقوب، فسخ العقد الإداري قضائيا لخطأ الإدارة، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ط1، 2020، ص.161.

[3] عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص.161.

[4] إسماعيل هاني عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.1270.

[5] علي محمد مظفر، المرجع السابق، ص.215.

[6] ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص.279.

- إذا ما أعلن المتعامل المتعاقد رفضه الصريح للوفاء بالتزاماته التعاقدية، أو أعلن عدم مقدرته على تنفيذ الأعمال موضوع العقد.
- حالة الاستعجال التي تقتضي السرعة في توقيع الجزاء الأمر الذي يتعارض مع توجيه الإعذار ويخضع تقدير الإدارة لتوافر تلك الضرورة لرقابة القضاء.

وبالنظر لخطورة جزاء الفسخ؛ بالأخص لما يُرتبه من آثار أشد قسوة بالنسبة للمتعامل المتعاقد قد تصل إلى منعه من التعاقد مرة أخرى سواء كان ذلك بصفة مؤقتة أو بصفة نهائية، وجب القول أن المشرع الجزائري على غرار المشرعين المصري والفرنسي اشترط من خلال قانون الصفقات العمومية رقم 23-12 على المصلحة المتعاقدة وجوبا أن توجه للمتعامل المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية إعذارا بالخطأ المرتكب من قبله وإمهاله مدة زمنية معينة حتى يتمكن خلالها من تدارك خطئه، وإلا كان الفسخ غير المسبوق بهذا الإجراء معيبا ولا يرتب ثمة أثر على المتعامل المتعاقد[1].كما أكد على ضرورة توجيه المصلحة المتعاقدة إعذارا للمقاول المقصر تمهله بموجبه أجلا للتقيد بأحكام الصفقة من خلال مضمون الفقرة الأولى من نص المادة 119 من المرسوم التنفيذي 21-219.

كما أشار نفس قانون الصفقات العمومية إلى أن شكل ومضمون وأجال الإعذار يحدد بموجب قرار يصدر عن الوزير المكلف بالمالية.

وبحسب هذا القرار الوزاري[2] تكون المصلحة المتعاقدة ملزمة باحترام شكل وإجراءات الإعذار كما سوف يتم التطرق إليه أدناه.

1- شكـــل الإعـــذار:

يجب أن يتضمن الإعذار الذي توجهه المصلحة المتعاقدة إلى المتعامل المتعاقد، البيانات التالية:

-تعيين المصلحة المتعاقدة وعنوانها؛
-تعيين المتعامل المتعاقد وعنوانه؛
-التعيين الدقيق للصفقة ومراجعها؛
-توضيح إن كان أول أو ثاني إعذار عند الاقتضاء؛
-موضوع الإعذار؛
-الأجل الممنوح لتنفيذ موضوع الإعذار؛
-العقوبات المنصوص عليها في حالة رفض التنفيذ.

2- إجـراءات توجيه الإعـــذار:

قبل أي لجوء لفسخ الصفقة؛ يجب القيام بتوجيه إعذارين قانونيين للمتعامل المتعاقد وتبليغه بهما الواحد تلو الآخر عن طريق رسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام[3]، ونشرهما في نفس الوقت في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين، موزعتين على المستوى الوطني، ويحرر الإعذار باللغة العربية ولغة أجنبية واحدة على الأقل[4].

---

[1] سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص.309.

[2] قرار وزير المالية مؤرخ في 28 مارس 2011 يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وأجال نشره، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 24، صادرة في 20 أفريل2011.

[3] طبقا لنص المادة 4 من قرار وزير المالية مؤرخ في 28 مارس 2011 يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وأجال نشره المشار إليه سابقا.

[4] طبقا لنص المادة 5 الفقرتين 1 و2 من نفس القرار.

3- أجال الإعــذار:

يسري مفعول الإعذار ابتداء من تاريخ النشر الأول في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة[1].

ج- صدور قرار إداري بالفسخ:

يشترط لصحة توقيع جزاء الفسخ على المتعاقد المقصر بالإضافة إلى ضرورة وقوع خطأ جسيم من المتعاقد وإلزامية إعذاره، أن يصدر عن المصلحة المتعاقدة في حال عدم تقيد المتعاقد معها بشروط العقد، وتدارك أخطائه خلال المهلة الممنوحة له بموجب الإعذار قرار إداري صحيح وسليم[2].

ويشترط لصحة قرار الفسخ الشروط التالية[3]:

- أن يصدر قرار الفسخ من السلطة المختصة.
- أن يصدر قرار الفسخ صريحا مكتوبا فلا يمكن أن يستخلص ضمنا.
- أن يصدر قرار الفسخ مسببا يتضمن الوقائع والأسباب التي دفعت بالإدارة إلى توقيع الجزاء بالإضافة إلى دليلها في ذلك وبرهانها على أن المخالفة المرتكبة من المتعاقد تستوجب الفسخ.
- إعلام الإدارة المتعاقد معها بقرار الفسخ بأي وسيلة من الوسائل حتى لو لم ينص العقد على هذا الإجراء تطبيقا للمبادئ العامة في القانون والعدالة.

الفرع الثاني: أنواع الفسخ الجزائي

يتفق كل من الفقه والقضاء الإداريين على أن الفسخ الجزائي ينقسم إلى نوعين، فيمكن أن يكون الفسخ بسيطا، كما قد يكون الفسخ على مسؤولية المتعاقد[4]، غير أنه بالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية الجزائري 23-12 يتضح أن المشرع الجزائري تطرق إلى بيان الطرق التي يتم بها الفسخ، فيستنتج من خلال نص المواد 90، 91، 92 بأن الفسخ قد يتم من جانب واحد بحيث تتولى المصلحة المتعاقدة بإرادتها المنفردة توقيع الفسخ وهذا في حالتين، أولهما حالة إخلال المتعامل المتعاقد في تنفيذ العقد أين يعتبر الفسخ جزائيا، وثانيهما حالة الفسخ لأجل المصلحة العامة، كما قد يتم الفسخ بالتراضي عندما يكون مبررا بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد أو قد يكون الفسخ تعاقديا عندما يكون مبررا بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد.

ولأن الفسخ الجزائي أكثر ما يعنينا باعتباره من الجزاءات التي تترتب على إخلال المتعامل المتعاقد بتنفيذ العقد سوف نتطرق إلى شرح أنواعه لنعرج على موقف المشرع الجزائري من ذلك.

أولا- جزاء الفسخ المجرد والبسيط: La résiliation aux torts pure et simple

ومعناه أن تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى فسخ عقد الصفقة العمومية مع المتعامل المتعاقد معها في حال تقصيره في أداء التزاماته التعاقدية المتفق عليها غي العقد، مع بقاء حقها في الرجوع عليه بالتعويضات التي تكبدتها نتيجة إخلاله ومصادرة كفالة حسن التنفيذ الخاص به، دون أن تحمله تبعات التعاقد الجديد[5]، وفي النظام القانوني الجزائري أكد المشرع على هذا النوع من جزاء الفسخ، انطلاقا

---

[1] طبقا لنص المادة 5 الفقرتين 3 من نفس القرار.

[2] سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص.314.

[3] مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص.313.

[4] فتيحة حابي، فسخ صفقات انجاز الأشغال العمومية، المرجع السابق، ص.98.

[5] عادل بوعمران، المرجع السابق، ص.196 و197.

من المادة 90 بنصها على حق المصلحة المتعاقدة في فسخ الصفقة مع المتعامل المتعاقد الذي تخلف على أداء التزاماته التعاقدية.

فغالبا ما تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى هذا النوع من الفسخ المجرد في غير حالات الغش والتلاعب[1]، فقد يكون الفسخ مجردا في حال إفلاس أو إعسار المتعامل المتعاقد؛ كما لو فقد المورد مصدر التمويل الأساسي لتنفيذ العقد الأمر الذي يجعل من استمراره في العلاقة التعاقدية غير مجدي، فيكون من مصلحة المصلحة المتعاقدة فسخ العقد، لاسيما وان المورد أصبح عاجزا عن الوفاء بالتزاماته التعاقدية بسبب ضعف مركزه المالي[2].

ثانيا- جزاء الفسخ على مسؤولية المتعامل المتعاقد: La résiliation aux torts et risques du cocontractant

يعتبر هذا النوع من الفسخ أشد جسامة ووطأة على المتعامل المتعاقد المقصر، إذ يكون الفسخ في هذه الحالة مصحوبا بإبرام صفقة جديدة لإتمام تنفيذ الصفقة الأصلية، وبموجبه تحمل المصلحة المتعاقدة المتعامل المتعاقد المتخلف عن تنفيذ التزاماته التعاقدية تبعات التعاقد الجديد مع الغير بما ينجم عن ذلك من نفقات إضافية ومصاريف جديدة[3].

وقد جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسي على عدم السماح للإدارة باللجوء إلى هذا النوع من جزاء الفسخ ما لم ينص عليه في العقد أو اللوائح أو دفتر الشروط[4]، بالنظر لخطورته وقسوة آثاره لا يمكن أن يتضح موقف المتعاقد الذي تعرض لمثل هذا الجزاء إلا بعد معرفة نتيجة المناقصة الجديدة فلا يستطيع أن يطالب بثمن الأعمال التي نفذها أو باسترداد التأمينات المقدمة منه، إلا بعد معرفة النتائج المالية لعملية الإرساء الجديدة[5].

أما عن موقف المشرع الجزائري في هذا الإطار؛ يتبين من خلال تأكيده على حق المصلحة المتعاقدة في توقيع جزاء الفسخ على المتعامل المتعاقد وتحميله تبعات الصفقة الجديدة، من خلال نص المادة 93 الفقرة 1 من قانون الصفقات العمومية الحالي بنصها: "لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان والملاحقات الرامية إلى إصلاح الضرر بسبب خطأ المتعاقد معها، وزيادة على ذلك يتحمل هذا الأخير التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة..."، وأيضا نصت المادة 84 في فقرتها الرابعة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على "ويمكن للمصلحة المتعاقدة زيادة على ذلك، فسخ الصفقة تحت مسؤولية المتعامل المتعاقد الأجنبي دون سواه، بعد موافقة سلطة الهيئة العمومية أو الوزير المعني حسب الحالة".

كما تشدد المشرع الجزائري في تطبيق جزاء الفسخ على مسؤولية المتعامل المتعاقد في المرسوم التنفيذي رقم 21- 219 من خلال المادة 119 الفقرة 3، أين منح المصلحة المتعاقدة حق استعمال هذا الجزاء بحيث إذا ما قررته اتجاه المتعامل المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية تقصيرا جسيما كان لها أن تبرم صفقة جديدة في ظل احترام الشروط التنظيمية المعمول بها لتنفيذ ما تبقى من الانجاز، على أن يتحمل هذا المتعامل المتعاقد ما يترتب من أعباء إضافية عن الصفقة الجديدة تقتطعها المصلحة المتعاقدة من المبالغ المستحقة له عمـا قام بانجازه وفي حال عدم وجود هذه المبالغ أو عدم كفايتها فإن المصلحة المتعاقدة تلجأ إلى مصادرة كفالة حسن التنفيذ.

---

[1] إبراهيم المنجي، المرجع السابق، ص.192.
[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص.294.
[3] نبيل أزريب، المرجع السابق، ص.160.
[4] مريم محمد أحمد، المرجع السابق، ص.315.
[5] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.551.

لأن قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية على مسؤولية المتعامل المتعاقد؛ غالبا ما يترتب عنه إدراج المتعامل المتعاقد الذي فسخت صفقته لارتكابه خطأ عقديا، فإننا نجد أن المشرع الجزائري أشار أيضا إلى هذا النوع من جزاء الفسخ في القرار المحدد لكيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية لاسيما المادة 4 الفقرة 3 وكذا المادتين 6 و8 من هذا القرار[1].

المطلب الرابع: جزاء الإقصاء

إن مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية في الصفقات العمومية؛ يقتضي إعطاء الحق لكل من تتوفر فيه الشروط من موردين ومقاولين مختصين في نشاط معين لمحاولة الظفر بالمشروع الذي تريد المصلحة المتعاقدة تحقيقه، فلا يجوز لأي جهة إدارية أن تبعد أي متعامل اقتصادي يرغب في التعاقد من المشاركة في الصفقات العمومية، ولا أن تتدخل بأي شكل من الأشكال لتغيير قواعد التنافس الحر.

ومع ذلك توجد حالات منصوص عليها قانونا تمنح فيها المصلحة المتعاقدة سلطة حرمان بعض المتعاملين الاقتصاديين من المشاركة في الصفقات العمومية، ينتج عنه حرمان هؤلاء من الترشح للطلبات العمومية، وهذا الإقصاء قد يكون مؤقتا أو نهائيا، كما يمكن أن يكون تلقائيا أو بمقرر.

ويعتبر جزاء الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية من قبيل الجزاءات التبعية التي تملك المصلحة المتعاقدة توقيعه على المتعامل المتعاقد المقصر في التزاماته التعاقدية[2].

الفرع الأول: المقصود بجزاء الإقصاء

يتم إقصاء المتعامل المتعاقد باستبعاده وحضره من التعامل مع أشخاص القانون العام مستقبلا سواء بصفة مؤقتة أو بصفة نهائية، كما قد يكون الإقصاء تلقائي أو بمقرر[3]، عن طريق تسجيل المتعامل المتعاقد في قائمة الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية على أساس عدم صلاحيته للتعاقد[4]، فلا تستند إليه أية أعمال أخرى إما لعدم كفاءته العملية أو الأخلاقية أو المالية، وهو الأمر الذي يرجح أن التعامل معه مضيعة للوقت ومضرة للمرفق العام[5].

وجزاء الإقصاء؛ كحق تمارسه المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد الذي قصر في تنفيذ ما التزم به بموجب عقد الصفقة العمومية في كثير من الأحيان ما يعتبره فقهاء القانون من

---

[1] جاء في المادة 4 من القرار المؤرخ في 19 ديسمبر2015، الذي يحدد كيفيات التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، ج. ر عدد 17، صادرة في 16 مارس 2016،: "...الذين كانوا محل أول قرار فسخ لصفقاتهم تحت مسؤوليتهم، إلا إذا أثبتوا أن الأسباب التي أدت إلى هذا الفسخ قد زالت...". وتنص المادة 6 من نفس القرار على: "...المتعاملين الاقتصاديين المسجلين في قائمة المؤسسات التي أخلت بالتزاماتها التعاقدية بعد أن كانوا محل مقررين اثنين للفسخ تحت مسؤوليتهم..."، كما نصت المادة 8 من نفس القرار على: "...تمسك قائمة المؤسسات التي أخلت بالتزاماتها التي كانت محل مقرر ثان للفسخ تحت مسؤوليتهم...".

[2] فوزية الهاشمي، "النظام القانوني للإقصاء من المشاركة في مجال الصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 15-247"، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة سعيدة، الجزائر، المجلد 08، العدد 01، 2021، ص.862.

[3] طبقا لنص المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، التي جاء فيها: "يقصى بشكل مؤقت أو نهائي، من المشاركة في الصفقات العمومية المتعاملون الاقتصاديون..."، وأيضا نص المادة 2 من القرار المؤرخ في 19 ديسمبر 2015 المحدد لكيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، جاء فيها: "يكون الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية بصفة مؤقتة أو نهائية، كما يكون تلقائيا أو بمقرر".

[4] طبقا للكيفيات التي جاء بها القرار المؤرخ في 19 ديسمبر2025، يحدد كيفيات التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية.

[5] علي محمد مظفر، المرجع السابق، ص.218.

الجزاءات التبعية كونه غالبا ما يتبع جزاء الفسخ وحل الرابطة التعاقدية، ومع ذلك ذهب القضاء المصري إلى الحكم بجواز شطب اسم المتعاقد دون فسخ العقد في حكم صادر له بتاريخ 17 جوان 1967 جاء فيه أن "شطب اسم المتعهد بسبب استعمال الغش أو التلاعب إذا كان واجبا في حالة فسخ العقد، فإنه جائز أيضا إذا لم يفسخ العقد باعتبار أن استعمال الغش أو التلاعب دال بذاته على عدم تمتع المتعهد بحسن السمعة..."، إلا أنه يلاحظ على هذا الحكم هو أنه فات على المحكمة أن فسخ العقد في مثل هذه الحالة وجوبي أيضا طبقا لنص المادة 25 من تنظيم المناقصات والمزايدات المصري التي نصت "على يفسخ العقد تلقائي..."[1].

وفي ذات السياق؛ ذهب المشرع الجزائري إلى القول أنه بإمكان المصلحة المتعاقدة إذا ما اتضح لها إخلال المتعامل المتعاقد الأجنبي بتنفيذ التزاماته سواء بعدم احترام المدة المقررة لتنفيذ الاستثمار أو التنفيذ غير المطابق للمواصفات المتفق عليها، أن تكتفي بإخضاع هذا الأخير إلى العقوبات المالية وكذا تسجيله في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية دون أن تعمد إلى فسخ العقد، إلا إذا رأت في ذلك ضرورة فيكون بذلك جزاء الإقصاء في هذه الحال أصليا وليس تبعيا، وهو ما يستنتج من قراءة الفقرة 3 من نص المادة 84 من المرسوم الرئاسي رقم 15- 247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية[2].

الفرع الثاني: صور جزاء الإقصاء

يتخذ جزاء الإقصاء في الصفقات العمومية صورتين؛ تتمثل الصورة الأولى في إقصاء المتعامل المتعاقد نهائيا من المشاركة في الصفقات العمومية، أما الصورة الثانية فتتمثل في إقصاء المتعامل المتعاقد بصفة مؤقتة من المشاركة في الصفقات العمومية.

أولا- الإقصاء النهائي:

يكون الإقصاء نهائيا وبصفة تلقائية لاسيما بالنسبة للأشخاص الآتية[3]:

-الذين هم في حالة إفلاس أو تصفية أو توقف عن النشاط.

-الذين هم محل إجراء الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط.

-المسجلون في البطاقية الوطنية لمرتكبي الغش ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجباية والجمارك والتجارة.

-الأجانب الذين أخلو بالتزاماتهم المحددة في المادة 84 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

---

[1] ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص.128.

[2] تنص المادة 84 الفقرة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ما يلي: "...وإذا عاينت المصلحة المتعاقدة أن الاستثمار لم يتجسد طبقا للرزنامة الزمنية والمنهجية المذكورتين في دفتر الشروط لخطأ من المتعاقد الأجنبي، فإنها يجب أن تقوم بإعذاره حسب الشروط المحددة في المادة 14 أدناه، بضرورة تدارك ذلك في أجل يحدد في الإعذار، وذلك تحت طائلة تطبيق العقوبات المالية المحددة حسب الشروط المنصوص عليها في الفقرة من المادة 14 أدناه، وكذا تسجيله في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية حسب الشروط المحددة في المادة 5 أعلاه...".

[3] طبقا لنص المادة 7 من من القرار المؤرخ في 19 ديسمبر 2015 المحدد لكيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية.

ثانيا- الإقصاء المؤقت:

ومعناه حضر المتعامل المتعاقد من المشاركة في إبرام صفقات عمومية جديدة لمدة معينة من الزمن، سواء مع نفس الجهة التي أخل بالتزاماته التعاقدية معها أو مع باقي الجهات الإدارية الأخرى وتسجيل اسمه ضمن قائمة الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، ويقع على كل مصلحة متعاقدة تلجأ إلى مثل هذا الجزاء واجب احترام الإجراءات اللازمة طبقا لما يقتضيه القانون[1].

كما أن جزاء الإقصاء المؤقت قد يكون إما تلقائيا[2]، بعنوان المصلحة المتعاقدة التي بادرت بالإجراء في الحالات التالية:

رفضوا بالنسبة للمتعاملين الاقتصاديين:

- الذين استكمال عروضهم والذين قاموا بتصريح كاذب، فالإقصاء في هذه الحالة جزاء ترتبه المصلحة المتعاقدة في المرحلة السابقة على التعاقد[3]، وهي حالة لا يكون فيها الإقصاء جزاء توقعه المصلحة المتعاقدة على المتعاقد المقصر معها بعد إبرام الصفقة وإخلاله بتنفيذها وبالتالي فلا يكون بذلك جزاء تبعي لجزاء الفسخ كجزاء أصلي يفترض وجود عقد قائم.
- الذين تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ آجال صلاحية العروض.
- الذين كانوا محل قرار فسخ لصفقاتهم تحت مسؤوليتهم.

وفي كلتا الحالتين الأخيرتين؛ يتطلب الأمر وجود تعاقد قائم بين أطراف الصفقة العمومية وعليه يكون إقصاء المصلحة المتعاقدة لهؤلاء المتعاملين إقصاء تبعي لاستعمالها جزاء الفسخ كجزاء أصلي[4]. وهو الجزاء المقصود في دراستي التي تتعلق أساسا بالمسؤولية التعاقدية لأطراف الصفقة العمومية أثناء مرحلة التنفيذ في شقها الأول المتعلق بمسؤولية المتعامل المتعاقد التعاقدية.

وإما يكون الإقصاء المؤقت بمقرر تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة في الحالات التالية:

- بالنسبة للمتعاملين الاقتصاديين المسجلين في قائمة المؤسسات التي أخلت بالتزاماتها، بعد أن كانوا محل مقررين اثنين (2) للفسخ، على الأقل تحت مسؤوليتهم[5].

-عند اكتشاف أدلة خطيرة ومطابقة لانحياز أو فساد ترتيبا على ارتكاب المتعاقد لمخالفات جسيمة تمس بنزاهته المهنية قبل أو أثناء أو بعد إجراء إبرام صفقة عمومية أو ملحق، كما لو قام المتعاقد بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص بصفة مباشرة أو غير مباشرة إما لنفسه أو لكيان آخر مكافئة أو امتياز مهما كانت طبيعته، بمناسبة تحضير صفقة عمومية أو ملحق أو إبرامها أو مراقبتها أو التفاوض بشأن ذلك أو تنفيذها، من شأنه أن يشكل سببا كافيا لاتخاذ أي تدبير ردعي، لاسيما فسخ أو إلغاء الصفقة العمومية أو الملحق المعني وتسجيل المتعاقد في قائمة المتعاملين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية[6].

---

[1] فوزية الهاشمي، النظام القانوني للإقصاء من المشاركة في مجال الصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق، ص.863.

[2] طبقا لنص المادة 4 من القرار المؤرخ في 19 ديسمبر 2015 المحدد لكيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية.

[3] حسب نص المادة من نفس القرار.

[4] فتيحة حابي، فسخ صفقات انجاز الأشغال العمومية، المرجع السابق، ص.99.

[5] طبقا لنص المادة 6 من القرار المؤرخ في 19 ديسمبر 2015 المحدد لكيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية.

[6] طبقا لنص المادة 89 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

وهنا الإقصاء المؤقت بمقرر كجزاء تستند عليه المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية يخص اكتشاف تلك الأدلة بعد إبرام الصفقة وأثناء مرحلة التنفيذ، حيث تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى تطبيق جزاء الفسخ ومن تم القيام بإبعاده ومنعه من المشاركة في صفقات عمومية مستقبلا[1].

في ختام هذا الباب لابد من القول بأن مسؤولية المتعامل المتعاقد لا تقوم إلا بتوافر شرطين هما وجود عقد صفقة عمومية صحيحة من جهة وإخلاله بالتزاماته التعاقدية من جهة أخرى.

كما أن المصلحة المتعاقدة لا تستطيع ممارسة سلطتها في توقيع الجزاءات؛ إلا إذا كانت تلك السلطة متولدة عن عقد صفقة عمومية يتوفر على جميع أركانه ومبرم بشكل صحيح، احترمت في إبرامه جميع إجراءات ومراحل الإبرام، بدءا بتحديد الحاجيات كونها تمثل محل عقد الصفقة والتي يجب أن تحددها المصلحة المتعاقدة تحديدا دقيقا وأن يكون مشروعا، وأيضا توفير الاعتماد المالي الكافي لتنفيذ العقد وإعداد دفتر الشروط، وكذا الحصول على الأذن بالتعاقد من خلال التأشير على عقد الصفقة من قبل لجنة الصفقات المختصة، بالإضافة لضرورة قيامها بالإعلان عن الصفقة الذي يعد في حد ذاته إيجابا منها مرورا بفتح الأظرفة وتقييم العروض إلى غاية إرساء الصفقة والتوقيع عليها هذا من جهة.

ومن جهة أخرى؛ لا يبرر مجرد وجود عقد صحيح مبرم بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد حقها في استعمال سلطتها الجزائية؛ وإنما لابد من أن يرتكب المتعامل المتعاقد خطأ عقديا جسيما من صوره امتناع هذا المتعامل المتعاقد عن تنفيذ عقد الصفقة العمومية دون مبرر سواء كان ذلك في بداية التنفيذ أو بعد البدء في الأعمال وأثناء التنفيذ، أو أنه قام بالتنازل عن تنفيذ الصفقة لغيره أو بالتعاقد مع الغير من الباطن من دون علم وموافقة المصلحة المتعاقدة، مخالفا بذلك قاعدة الاعتبار الشخصي في تنفيذ الصفقات العمومية، التي يتم اختيار المتعامل المتعاقد على أساسها لضمان تنفيذ العقد بدقة وعلى النحو المطلوب.

ويعد إخلال المتعامل المتعاقد بالتزام حسن النية في التنفيذ خطأ في جانبه متى ما استعمل أساليب احتيالية في التنفيذ تنعكس على التنفيذ المطابق للصفقة، ويعتبر أيضا من قبيل الأخطاء التي يرتكبها المتعامل المتعاقد فتؤثر سلبا على حسن سير المرافق العمومية بانتظام واضطراد عدم تنفيذه عقد الصفقة في الآجال المنصوص عليها بالتأخر أو التباطؤ في التنفيذ.

ويترتب على إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية قيام المسؤولية التعاقدية في جانبه، مما يعرضه لا محالة إلى جزاءات تفرضها عليه المصلحة المتعاقدة من أجل جبره على تنفيذ العقد كما نص عليه في دفاتر الشروط في إطار ما يعرف فقها بسلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة، والتي تعتبر من أخطر الشروط الاستثنائية التي تميز عقد الصفقة العمومية عن غيرها من العقود.

ومن هذه الجزاءات؛ ما هو مالي تفرضه المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد كفرضها غرامة التأخير أومصادرة التأمين، ومنها ما هو ضاغط يأخذ شكل تدابير وإجراءات لا تأثر تأثيرا مباشرا على ذمة المتعامل المتعاقد كسحب العمل منه أو التنفيذ على حسابه، بالإضافة إلى جزاءات فاسخة تتجسد في قيام المصلحة المتعاقدة بإنهاء الرابطة التعاقدية مع المتعامل المتعاقد معها بإرادتها المنفردة لارتكابه خطأ جسيما أو أنه لم يعد في مقدوره الوفاء بالتزاماته المترتبة على عقد الصفقة، وجزاءات أخرى الغرض منها إقصاء المتعامل المتعاقد باستبعاده من التعاقد مع أشخاص القانون العام

[1] فوزية الهاشمي، النظام القانوني للإقصاء من المشاركة في مجال الصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق، ص.870.

مستقبلا، سواء بصفة مؤقتة أو بصفة نهائية وبمقرر أو من دونه عن طريق تسجيله في قائمة الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية.

وبما أن عقد الصفقة العمومية من العقود الملزمة لجانبين؛ لا يكفي البحث في موضوع المسؤولية التعاقدية أثناء تنفيذ شروط العقد بالتطرق لأحكام مسؤولية المتعامل المتعاقد كما سبق بيانه في هذا الباب، وإنما لابد من التطرق أيضا إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة ومن هنا يثور التساؤل حول الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية هذه الأخيرة من جهة، ومن جهة أخرى ما هي الآثار التي يمكن أن ترتب على قيامها؟

الباب الثاني

نظام المسؤولية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية

إذا كان من أهم ما يترتب على إبرام عقود الصفقات العمومية منح المصالح المتعاقدة مجموعة من السلطات والامتيازات تجعلها في مركز فريد ومتميز وغير مساوي لمركز المتعامل المتعاقد معها تحقيقا للمصلحة العامة، الغرض منها المحافظة على حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد،غير أن تمتع المصلحة المتعاقدة بهذه السلطات والامتيازات لا يعفيها من تنفيذ التزاماتها التعاقدية وفق ما يقتضيه العقد وبحسن نية انطلاقا من اعتبارها طرفا فيه وبالتالي تكون ملزمة بأداء ما تعهدت به اتجاه المتعامل المتعاقد معها.

وتتخذ التزامات المصلحة المتعاقدة عدة صور؛ منها ما هي التزامات فنية وهي تتجسد في ضرورة تنفيذ المصلحة المتعاقد عقد الصفقة العمومية تنفيذا كاملا بموجب تمكين للمتعامل المتعاقد معها من البدء في الأشغال عن طريق تسليمه موقع التنفيذ وكذا الوثائق الضرورية للتنفيذ بما فيها المواصفات والمخططات اللازمة لإنجاز المشروع وأيضا تسليمه جميع السلع والمواد المتفق على تسليمها، وأيضا التزامها بتنفيذ عقد الصفقة العمومية بحسن نية فيمنع عليها القيام بأعمال تتعارض مع مركزها كمتعاقد لتسوء مركز المتعامل المتعاقد من خلال تسليمه تصاميم ومخططات تتضمن عيوبا وأخطاء، أو تسليمه مواد بناء غير صالحة بنية تنفيذه للأشغال بشكل معيب، كما يعتبر من بين التزامات المصلحة المتعاقدة الفنية التزامها بالتنفيذ في المدة المتفق عليها.

والتزامات أخرى مالية بحيث يقع على المصلحة المتعاقدة الالتزام بدفع المقابل المالي المستحق للمتعامل المتعاقد وأن لا تتأخر في دفعه حتى يتمكن المتعامل المتعاقد من التقدم في الأشغال فلا يعجز عن تسديد أجور العمال وتوفير المواد اللازمة للاستمرار في الأشغال.

بالإضافة إلى ضرورة التزام المصلحة المتعاقدة بعدم التعسف في استعمال سلطاتها في الرقابة والتوجيه وتعديل عقد الصفقة العمومية وكذا سلطتها في توقيع الجزاءات فلا يجب أن تخرج عن أطر المشروعية.

ويكون أي إخلال بواحدة من تلك الالتزامات السالف ذكرها؛ يشكل طبقا للقواعد العامة في القانون المدني خطأ عقديا يثير مسؤولية المصلحة المتعاقدة وعندها يكون على المتعامل المتعاقد إثبات وقوع ضرر له نتيجة لهذا الإخلال، حتى يتمكن من مطالبة المصلحة المتعاقدة بالتعويض أمام القضاء الإداري.

غير أنه قد يحدث يتعرض المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ الصفقة العمومية لأضرار لا تكون ناتجة عن خطأ المصلحة المتعاقدة، وإنما تكون إما ناتجة عن ظروف ووقائع مرهقة يستحيل عليه في ظلها الاستمرار في التنفيذ نظرا لاختلال التوازن المالي للصفقة، أو ناتجة عن تنفيذه لأعمال أدت إلى افتقاره من جهة وإثراء المصلحة المتعاقدة من جهة أخرى، ومن هنا وجب التساؤل حول مدى إمكانية حصول المتعامل المتعاقد على تعويض مالي من المصلحة المتعاقدة، خصوصا وأن الضرر الذي لحق بهذا المتعامل لم يكن بخطأ المصلحة المتعاقدة ؟ وهل له أن يطالب أيضا المصلحة المتعاقدة بفسخ صفقته؟

من منطلق ما سبق قوله يملي الخوض في أحكام مسؤولية المصلحة المتعاقدة في إطار تنفيذها لعقود الصفقات العمومية؛ التطرق إلى تحديد الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة في الفصل الأول من هذا الباب، ثم إلى بيان أهم الآثار التي تترتب على قيام هذه المسؤولية من خلال الباب الثاني.

الفصل الأول

الأساس القانوني لقيام مسؤولية المصلحة المتعاقدة

إن التطرق لمسؤولية المتعامل المتعاقد التعاقدية في إطار تنفيذ عقود الصفقات العمومية؛ لا يعني أن المصلحة المتعاقدة هي الأخرى لا ترتكب أخطاء أثناء تنفيذها لهذه العقود أو أنها في منىء من المسؤولية عن أي إخلال يصدر من جانبها، خصوصا وأنها الطرف القوي في العلاقة بالنظر لما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة حفاظا على سير المرافق العامة ودوامها، بل يقع عليها ما يقع على المتعامل المتعاقد معها من واجب تنفيذ التزامات التعاقدية في الحدود التي تتفق وطبيعة الروابط الإدارية، وبالتالي فأي إخلال في تنفيذ المصلحة المتعاقدة لتلك الالتزامات سواء وقع عن عمد أو إهمال منها، وأي استعمال غير مشروع لسلطاتها اتجاه المتعامل المتعاقد معها ينتج عنه قيام مسؤوليتها على أساس الخطأ العقدي يترتب عنها حق المتعامل المتعاقد في الحصول على تعويض عما أصابه من ضرر جراء ذلك وكذا المطالبة بفسخ الصفقة.

بل إن مسؤولية المصلحة المتعاقدة قد تثور حسبما أقره القضاء الإداري لاسيما قضاء مجلس الدولة الفرنسي وحسبما ذهب إليه فقهاء القانون الإداري دون أي إخلال من طرفها، حيث يمكن تعويض المتعامل المتعاقد معها في إطار إعادة التوازن المالي للعقد بناء على فعل الأمير أو وقوع ظروف طارئة تجعل تنفيذ العقد مرهقا أو إذا ما تتخلل عملية تنفيذ عقد الصفقة صعوبات مادية تكون غير متوقعة وقت التعاقد، كما قد يقوم حق المتعامل المتعاقد في التعويض على أساس نظرية الإثراء بلا سبب أوفي حالة القوة القاهرة.

وعليه سوف نتعرض لقيام مسؤولية المصلحة المتعاقدة على أساس الخطأ في المبحث الأول من هذا الفصل من خلال بيان أهم صور خطأ المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد معها أثناء عملية تنفيذ عقد الصفقة العمومية، لنتطرق في المبحث الثاني إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة دون خطأ.

المبحث الأول: الخطأ كأساس لقيام مسؤولية المصلحة المتعاقدة

في مقابل الالتزامات التي يفرضها عقد الصفقة العمومية على المتعامل المتعاقد، يقع على عاتق المصلحة المتعاقدة جملة من الالتزامات منها ما هو فني لا علاقة له بالجانب المالي من خلال منح المتعامل المتعاقد موقع التنفيذ وتمكينه من المخططات والتراخيص الضرورية لمباشرة تنفيذ الصفقة، ومنها ما هو مالي كحق المتعامل المتعاقد في الحصول على المقابل المالي نتيجة تنفيذه العقد الذي يعد جوهر التعاقد. كما يقع لزاما عليها لدى ممارستها لمختلف السلطات المخولة لها من تعديل للعقد أو رقابة وتوجيه أو توقيع أي من الجزاءات على المتعامل المتعاقد معها أن تمارس هذه السلطات ضمن أطر المشروعية.

ولأن المسؤولية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة في كثير من الأحيان ما تنشأ عن إخلالها بتنفيذ ما التزمت به بموجب الصفقة العمومية، إذ تعتبر مرتكبة لخطأ عقدي في حال عدم تنفيذها لالتزاماتها الفنية أو التقصير فيها؛ أو عدم تنفيذها لالتزاماتها المالية؛ أو استعمالها لسلطتها بصفة غير مشروعة.

المطلب الأول: إخلال المصلحة المتعاقدة بتنفيذ التزاماتها الفنية

تتعدد صور إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها ذات الطبيعة الفنية بتعدد موضوع وطبيعة عقود الصفقات التي تبرمها، غير أن هناك من الإخلالات ما يتفق على أنها أخطاء مشتركة بين مختلف عقود الصفقات لعل أبرزها عدم تنفيذ عقد الصفقة العمومية بالكامل أو أن تقوم المصلحة المتعاقدة بتنفيذ التزاماتها التعاقدية على نحو غير سليم ودون حسن نية أو تتأخر في التنفيذ، مما يشكل عائقا أمام المتعامل المتعاقد فلا يتمكن من تنفيذ التزاماته التعاقدية على الوجه المطلوب وفي المدة المتفق عليها للتنفيذ.

الفرع الأول: عدم التزام المصلحة المتعاقدة بتنفيذ عقد الصفقة العمومية كاملا

يقع على المصلحة المتعاقدة بمجرد إبرام عقد الصفقة العمومية ودخولها حيز التنفيذ التزام تنفيذها بالكامل[1]، وذلك من خلال تنفيذ جميع الشروط الواردة في العقد بحيث تتولى الوفاء بكافة الالتزامات الأصلية منها أو التبعية[2]، وهذا تطبيقا للقاعدة التي تقضي بضرورة تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه[3]، وإن منح المشرع للمصلحة المتعاقدة سلطة تحوير العقد بما يجعله ملائما للصالح العام في ظل توافر شروط ذلك، لا يعني البتة بأنه يحق لها التحرر من التزاماتها عن طريق اللجوء إلى فسخ العقد دون ما مبرر[4] بالمخالفة لمقتضيات الإنهاء المنصوص عليها قانونا وإلا تعرضت للمسؤولية التعاقدية[5].

ويعتبر من مظاهر خطأ المصلحة المتعاقدة بعدم الالتزام بتنفيذ التزاماتها التعاقدية ذات الطبيعة الفنية بالشكل الكامل، امتناعها عن تمكين المتعامل المتعاقد معها من البدء في التنفيذ حتى يستطيع الوفاء بكافة التزاماته التعاقدية، أو أن تعمد حتى دون وقوع خطأ أو تقصير من المتعامل المتعاقد إلى سحب جزء من الأعمال المتفق عليها وتسلمه إلى متعهد آخر، أو أن تنفذ العمل بنفسها وتحول بذلك بينه وبين الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية[6]، كما قد تمتنع عن تسلم العمل بعد انتهاء المتعامل المتعاقد معها من انجازه في المدة المتفق عليها ووفقا لشروط العقد[7].

أولا- عدم تمكين المتعامل المتعاقد من البدء في تنفيذ الصفقة العمومية:

نظرا لكون عقود الصفقات العمومية من العقود الزمنية؛ يستوجب الأمر من المتعامل المتعاقد العمل على إتمام الأعمال محل التعاقد في المدة المتفق عليها في العقد وإبراء ذمته التعاقدية تفاديا لكل جزاء يمكن أن يسلط عليه من قبل المصلحة المتعاقدة في إطار ممارستها لسلطتها الجزائية، إضافة إلى ضمان حصوله على كافة مستحقاته المالية التي كان يبغي الحصول عليها عند إقدامه على التعاقد[8].

وعليه حتى يتمكن هذا المتعامل المتعاقد من القيام بتنفيذ التزاماته التعاقدية لابد للمصلحة المتعاقدة أن تمكنه من البدء في التنفيذ عن طريق قيامها بعدة إجراءات كتسليمها له موقع العمل خاليا من مختلف الشواغل المادية والقانونية وكذا مخططات وتصاميم الانجاز والمواد والأجهزة الضرورية لإتمام تنفيذ المشروع حسب ما اتفق عليه، بالإضافة إلى ضرورة تسليمه الأوامر المصلحية اللازمة لبدء الأشغال، أما إذا ما امتنعت المصلحة المتعاقدة عن القيام بمثل هذه الإجراءات فإنها تكون قد ارتكبت خطأ عقديا يثير حق المتعامل المتعاقد معها المطالبة بفسخ العقد والتعويض، ما لم يكن هذا الامتناع راجع لاعتبارات تتعلق بالصالح العام[9].

ومن التطبيقات القضائية بشأن قيام المسؤولية التعاقدية للإدارة المتعاقدة عن ارتكابها لخطأ عقدي بعدم تمكين المتعاقد من البدء في التنفيذ والاستمرار فيه؛ ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها "وبما أن العقد الذي تستند عليه المنازعة الحالية هو عقد مبرم بين الجهة الإدارية الطاعنة وبين المتعاقد معها للقيام بتنفيذ الأعمال التكميلية للمبنى الإداري...وهو بهذه المثابة عقد من عقود الأشغال

---

[1] محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص.610.

[2] مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق وضمانات المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1، 2014، ص.421 و422.

[3] وقد نص على هذه القاعدة في مضمون المادة 107 الفقرة 1 من ق.م.ج، وبالتالي يعتبر وجوب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه من القواعد المسلم بها في روابط القانون العام كما هو الشأن في روابط القانون الخاص.

[4] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.558.

[5] سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص.319.

[6] عيسى عبد القادر الحسن، المرجع السابق، ص.197.

[7] زينب سالم، المرجع السابق، ص.255.

[8] أحسن سليمان خربيط، صعوبات تنفيذ العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص.25.

[9] إبراهيم خورشيد محمد المفرجي، مسؤولية الإدارة عن أعمالها التعاقدية، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1، القاهرة، 2018، ص90.

العامة، ومن طبيعة هذه العقود أن تولد في مواجهة الإدارة التزامات عقدية أخصها تمكين المتعاقد معها من البدء في تنفيذ العمل والمضي في تنفيذه حتى يتم انجازه، فإذا لم تقم بهذا الالتزام فإن هذا يكون خطأ عقديا في جانبها يخول المتعاقد معها الحق في طلب التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء عدم قيام جهة الإدارة بالتزاماتها أو من جراء تأخيرها في القيام به"[1].

كما قضى مجلس الدولة الفرنسي؛ بأن عدم تسليم المتعاقد الموقع والمواد والخرائط وغيرها من المستندات الخاصة بالعملية في الوقت المناسب، يعد خطأ عقديا يوجب مسؤولية الإدارة والتزامها بالتعويض[2].

1- إخلال المصلحة المتعاقدة بتسليم موقع العمل خاليا من الشواغل:

حتى يستطيع المتعامل المتعاقد من الانطلاق في إنجاز الأعمال محل عقد الصفقة العمومية المتعلقة بتنفيذ الأشغال العامة، يجب على المصلحة المتعاقدة القيام بتسليم موقع تنفيذ المشروع للمتعامل المتعاقد معها على أن يكون هو ذاته الموقع المتفق عليه في العقد، فلا يمكنها تغييره بإرادتها المنفردة مادام أن ذلك سوف يؤدي بالمتعامل المتعاقد إلى تبعات قد ترهقه وتحمله مصاريف إضافية وقد تطيل عليه مدة التنفيذ المتفق عليها مسبقا[3]، كما يقع على المصلحة المتعاقدة الالتزام بتسليم موقع التنفيذ في الميعاد المقرر لبدء التنفيذ الذي عادة ما يحدد في أمر الخدمة المتضمن الأمر بالانطلاق في الإشغال[4].

ولا يعد قيام المصلحة المتعاقدة بتسليم موقع التنفيذ نفسه المتفق عليه في العقد وفي الوقت المناسب وفاءا بالتزامها، بل يجب أن يكون هذا الموقع خاليا من كل العراقيل المادية وذلك برفع كل ما من شأنه أن يؤدي إلى استحالة التنفيذ من نفايات أو مواد وأغراض أو آلات وعتاد بمناسبة بدء عملية تنفيذ العقد وطوال فترة ذلك متى ما كانت متوقعة، يترتب على عدم رفعها قيام مسؤولية المصلحة المتعاقدة على أساس الخطأ، أما بخلاف ذلك ومتى كان في مقدور المتعامل المتعاقد أن يكتشف أثناء عملية التنفيذ صعوبات مادية كاكتشافه في موقع التنفيذ عتاد حربي متفجر أو أثار فنية وتاريخية مدفونة لم يكن قد أشير إليها في بنود الصفقة ولم تكن متوقعة وقت إبرامها، لا يعتبر من قبيل إخلال المصلحة المتعاقدة بتمكين المتعاقد من تسلم موقع العمل خاليا من الشواغل على أساس الخطأ، إلا أنه يقيم مسؤوليتها دون خطأ بحيث تلتزم بكامل النفقات المترتبة على اكتشاف تلك الموانع بطريق تعويض المتعاقد معها عما تكبده في هذا الإطار من تكاليف[5].

كما يجب أن تحرص المصلحة المتعاقدة في ذات السياق؛ على أن تستبعد كل العراقيل القانونية لدى تسليمها موقع التنفيذ للمتعامل المتعاقد معها، بحيث يجب أن يخلو هذا الموقع من كل منازعة قضائية بشأن ملكيته أو حيازته ولا يجب أن يكون من الأراضي التي يمنع القانون البناء عليها كأن يكون من الأراضي ذات الطابع الفلاحي وغير ذلك من العراقيل[6].

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، الطعن رقم 732، الصادر بتاريخ 12 مارس 1999. مشار إليه لدى محمد شعبان الدرهوبي، حق المتعاقد في التعويض في العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص22.

[2] عادل بوعمران، المرجع السابق، ص116.

[3] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود الإدارية، دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص.97.

[4] محمد شعبان الدرهوبي، المرجع السابق، ص.23.

[5] أنظر المادتين 59 و60 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

[6] مثلما أشارت إليه محكمة القضاء الإداري المصري في حكمها الصادر بتاريخ 21 مارس 1995 في القضية رقم 3213 بقولها: "حيث ثبت أن المقاول لم يتمكن من إتمام العمل بسبب اعتراض القوات المسلحة بالمنطقة لمخالفة الرسوم لاشتراطات البناء بالمنطقة التي توجب البناء على بعد 100 متر من ساحل البحر، بينما رسومات الموقع محل التنفيذ على

ويضاف إلى ما سبق قوله ما جاء به المرسوم التنفيذي رقم 21-219، الذي فرض على المصلحة المتعاقدة أن تقوم بتحديد موضع توطين المنشآت بدقة، بالإضافة إلى ضرورة قيامها بعملية التوتيد العام لموقع التنفيذ عن طريق وضع معالم يتم ربط رؤوسها بشكل عمودي وأفقي إذا كان موقع تنفيذ المشروع موقع خاليا من منشآت باطنية أو دفينة[1]، أما إذا كان الموقع يحتوي على قنوات أو أسلاك أو كل الشبكات الأخرى المرتبطة بالمصلحة المتعاقدة أو بالغير يكون على المصلحة المتعاقدة القيام بالتوتيد الخاص بموجب أخد العينات المسبقة ثلاثية الأبعاد للمنشآت الباطنية وتحديدها بشكل دقيق وتقوم بتبليغها للمتعاقد معها[2].

فقيام المصلحة المتعاقدة بتحديد معالم وحدود موقع التنفيذ؛ يعتبر من الالتزامات الفنية ذات الأهمية في إنجاز المشروع كون عملية تسليم الموقع لا يمكن أن تتم إلا بالتحديد الدقيق لمحيط هذا الأخير وتبعا لذلك لا يمكن تسليم موقع التنفيذ دون أن يتم توتيده سواء كان توتيدا عاما أو خاصا[3].

2- **عدم تسليم المتعامل المتعاقد الأمر بالانطلاق في الأشغال**:

قد يحدث أن تقوم المصلحة المتعاقدة بالامتناع عن تسليم المتعامل المتعاقد أمر خدمة يتضمن السماح له بالانطلاق في انجاز الأشغال، خصوصا وأن مثل هذا الأمر يعتبر من الأحكام الإدارية للصفقة العمومية والهامة التي يجب على المصلحة المتعاقدة الالتزام بها بقصد تمكين المتعامل المتعاقد معها من البدء في التنفيذ عن طريق تبليغه بذلك الأمر، مادام أن هذا الأخير لا يستطيع مباشرة الأعمال المنوطة به دون أمر الانطلاق في الأشغال وبالتالي يعتبر امتناع المصلحة المتعاقدة عن إبلاغ المتعامل المتعاقد معها بأمر البدء في الأشغال إخلالا من جانبها يثير مسؤوليتها التعاقدية[4].

3- **عدم تمكين المتعامل المتعاقد من الرخص الإدارية**:

قد تلتزم المصلحة المتعاقدة في طيات عقد الصفقة العمومية التي تكون قد أبرمته مع أحد المتعهدين بتقديم كافة التسهيلات الضرورية التي تمكن المتعامل المتعاقد معها من التنفيذ[5]، كأن تحمل على عاتقها مسؤولية الحصول على مختلف التراخيص اللازمة للتنفيذ باعتبارها الطرف الأول في العقد أو تحمل المتعامل المتعاقد مهمة استصدار الرخص الضرورية لتنفيذ المشروع متى ما اقتضى الأمر ذلك، على أن تتولى معاونته في الحصول عليها[6].

بعد 40 متر فقط، وقد طلب من المقاول فسخ العقد نتيجة عدم التزام الجهة الإدارية باشتراطات البناء في المنطقة العسكرية الكائن بها الموقع، واعتراضها على طلب الحدود بالمنطقة الالتزام بإنشاء منشات بديلة لاستراحة حرس الحدود، الأمر الذي ترتب عليه تأخير تسليم موقع العملية لمدة ثمانية عشر شهرا". مشار إليه لدى مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.432.

[1] طبقا لنص المادة 50 من المرسوم التنفيذي رقم21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

[2] طبقا لنص المادة 50 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

[3] حسين درويش عبد العال، النظرية العامة في العقود الإدارية، مكتبة الأنجلو المصرية، ط1، مصر، 1983، ص103.

[4] فالكـــو محدودة، المرجع السابق، ص.99.

[5] Christophe LAJOYE, op. cit, p.170.

[6] طبقا لنص المادة 48 الفقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، بقولها: "يتكفل المقاول لوحده أو في تجمع الحصول عند الاقتضاء على التنازلات والتراخيص الضرورية وتحمل تكاليف الحقوق والإتاوات والتعويضات المتعلقة بها"، وأيضا نص الفقرة أربعة من نفس المرسوم أعلاه بقولها: "يتعين على المقاول في حالة ما إذا عينت المصلحة المتعاقدة أماكن الاستخراج أو الاستعارة الحصول كلما اقتضى الأمر ذلك، على التراخيص الإدارية الضرورية لاستخراج المواد واستعارتها".

وتتجلى أهمية الحصول على هذه الرخص الإدارية في تمكين المتعامل المتعاقد من تنفيذ التزامات العقد وخلال المدة المتفق عليها، كما أن قيام المتعامل المتعاقد بتنفيذ المشروع دون الحصول على تلك الرخص يعتبر من المخالفات التي يعاقب عليها طبقا لقانون البناء والتعمير[1]، ولعل أهم هذه الرخص رخصة البناء أو الهدم أو مذ الأسلاك أو شق باطن الأرض بغرض تمرير أنابيب المياه...الخ[2].

إذ يعتبر عدم التزام المصلحة المتعاقدة بتسليم المتعامل المتعاقد معها الرخص الإدارية اللازمة لعملية التنفيذ خطأ عقديا أو عدم الالتزام بمعاونته كما تم الاتفاق عليه في عقد الصفقة العمومية، يقيم مسؤوليتها التعاقدية مما يسمح لهذا المتعاقد مطالبتها بفسخ العقد، حيث قُضِيَ في هذا الشأن بأن نُكول المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ التزامها بتسليم تصاريح مواد البناء يشكل خطأ عقديا تسأل عنه إذا ما ترتب عليه ضرر[3].

4- عدم تسليم المتعامل المتعاقد مخططات وتصاميم التنفيذ:

يقع أيضا على عاتق المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد معها الالتزام بوضع التصاميم وإعداد مقاسات ومخططات الأعمال المراد انجازها في إطار الصفقة العمومية المبرمة وتسليمها له حتى يتمكن من الانطلاق في الأشغال ومن تم تنفيذ المشروع على الوجه السليم، بل يجب عليها مراقبة هذه التصاميم والمقاسات متى ما لم تقم هي نفسها بإعدادها وأن تتحقق من مطابقتها للأصول الفنية لاسيما أن المتعامل المتعاقد ملزم بإتباع تلك التصاميم والمخططات التي تسلم له من طرف المصلحة المتعاقدة[4]، وضرورة استيفاء جميع المواصفات التقنية الخاصة وشروط التنفيذ وتبعات التنفيذ الجيد كما هو منصوص عليه بموجب الوثائق العامة والخاصة المطبقة على الصفقة العمومية حتى لا تثار في شأنه أي مسؤولية تعاقدية عن عدم مطابقة الأشغال المتفق على إنجازها[5].

وللقضاء موقفا واضحا من الإدارة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية، حيث أنه غالبا ما يحملها المسؤولية عن الخطأ بعدم تسليمها مخططات ومواصفات تنفيذ المشروع كإغفالها تحديد المواصفات الفنية في الدراسات المقدمة للمتعامل المتعاقد معها.

وقد أكد المشرع الجزائري على واجب التزام المصلحة المتعاقدة بتسليم المتعامل المتعاقد لمستندات التنفيذ بما فيها مختلف تصاميم ومخططات تنفيذ المشروع حتى يستطيع البدء في تنفيذ شروط العقد في المرسوم التنفيذي المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة رقم 21-219، حيث اشترطت المادة 12 منه تبليغ المتعامل المتعاقد مختلف المخططات والتفاصيل التقنية مكتوب عليها عبارة "صالح للتنفيذ".

ليذهب القضاء الجزائري إلى الإقرار بأن المسؤولية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة تقوم لمجرد تأخرها في تسليم التصاميم ومخططات التنفيذ مما يتوجب معه تعويض المتعامل المتعاقد معها في قرار قضى به مجلس الدولة جاء في حيثياته بأنه '...بتاريخ 22 ماي 2001، تمت أشغال إنجاز جدار تحويط مدرسة ابتدائية وأنه يستخلص من عناصر الملف بأن المؤسسة المستأنف عليها قد لحق بها ضررا فعلا من حيث انه عندما تلقت الأمر بالخدمة، لم تكن مخططات الإنجاز جاهزة وأن قضاة الدرجة الأولى

---

[1] لاسيما المواد 76، 77، و78 من القانون رقم 90-29 المؤرخ في 1 ديسمبر 1990، المتعلق بالتهيئة والتعمير، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 52، صادرة في 02 ديسمبر1990، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 04-05 المؤرخ في 14 أوت 2004، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 51، صادرة في 15 أوت 2004.

[2] سحر جبار يعقوب، فسخ العقد الإداري قضائيا لخطأ الإدارة، المرجع السابق، ص.87.

[3] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقد والقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص.98.

[4] أحسن سليمان خربيط، المرجع السابق، ص.33، إبراهيم خورشيد محمد المفرجي، المرجع السابق، ص.88.

[5] طبقا لنص المادة 66 الفقرة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

بتقريرهم منحه مبلغ 150.000 دج كتعويض عن الضرر اللاحق فقد قدروا وقائع القضية تقديرا سليما ومنه يتعين تأييد القرار المستأنف"[1].

5- عدم تسليم المتعامل المتعاقد مواد ومنتجات ومكونات البناء:

قد يتفق أطراف عقد الصفقة العمومية على أن يتولى المتعامل المتعاقد بنفسه اختيار مصدر مواد ومنتجات البناء شريطة أن تكون مطابقة للمواصفات الفنية المطلوبة للانجاز[2]، في حين تتولى المصلحة المتعاقدة فحص تلك المواد والمنتجات والتأكد من صلاحيتها لعملية البناء عن طريق المراقبات المطلوبة[3]، ومن تم الموافقة عليها إذا ما كانت ذات نوعية جيدة تتميز بالخصائص المطلوبة للبناء لاسيما الأصناف ومستويات الأداء أو رفضها على حساب المتعامل المتعاقد معها متى كانت ذات نوعية رديئة أو تشوبها عيوب معينة[4].

كما قد يتفق أطراف عقد الصفقة العمومية على تولي المصلحة المتعاقدة تموين وتزويد بعض مواد أو منتجات أو مكونات البناء حتى يمكن المتعاقد معها من تنفيذ ما اتفق عليه من أشغال[5]، إلا أن المصلحة المتعاقدة قد تسلم المتعامل المتعاقد معها الأمر ببداية الأشغال دون أن تسلمه مواد ومنتجات البناء مما يعرقل عملية التنفيذ أو أن تقوم بتسليمه تلك المواد والمنتجات دون تمكينه من الوثائق اللازمة التي تضمن مراحل تتبع هذه الأخيرة، لتكون بذلك المصلحة المتعاقدة مرتكبة لخطأ تعاقدي بعدم تمكين المتعامل المتعاقد معها من التنفيذ الأمر الذي يجعلها مسؤولة مسؤولية تعاقدية اتجاه المتعامل المتعاقد معها.

ثانيا- إلغاء الصفقة العمومية لغير المصلحة العامة:

يتجلى إخلال المصلحة المتعاقدة بعدم التزامها بتنفيذ عقد الصفقة العمومية كاملا في أقصى درجات خطورته، متى قامت بإلغاء الصفقة لغير المصلحة العامة مضحية بذلك بالمصلحة الخاصة التي ابتغاها المتعامل المتعاقد من وراء إقدامه على التعاقد معها، ويكون فعلها متعارضا مع ما تقتضيه قواعد العدالة المجردة، نظرا لأن المتعامل المتعاقد لم يرتكب أي خطأ يدعوها لفسخ صفقته ومن تم حق له مطالبتها بالتعويض[6].

---

[1] قرار مجلس الدولة رقم 015885، مؤرخ في 21 سبتمبر 2004، الغرفة الأولى، المجلة القضائية لسنة 2005، العدد 07، الجزائر، ص.78.

[2] كما نصت المادة 54 الفقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

[3] تتم هذه المراقبات المطلوبة حول مواد ومنتجات البناء حسب نص المادة 57 الفقرة 2 من نفس المرسوم من قبل صاحب الاستشارة الفنية المكلف بمتابعة ومراقبة الأشغال أو من قبل مخبر وهيئة رقابة مؤهلان على مستوى الورشة أو المصانع أو المحلات أو محاجر المقاول أو المناولين عند الاقتضاء، وهذا بالاستناد إلى المؤشرات المنصوص عليها في دفتر التعليمات التقنية المشتركة أو في دفتر التعليمات الخاصة أو في الوثائق التي تتضمن الخصائص التقنية الخاصة للصفقة العمومية للأشغال.

[4] علي بن شعبان، المرجع السابق، ص.262.

[5] طبقا لنص المادة 58 الفقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

[6] سليمان ذنون يونس العبادي، المرجع السابق، ص.435.

ويعد قرار المصلحة المتعاقدة بإلغاء الصفقة العمومية لغير المصلحة العامة؛ قرارا غير مشروع يرتب مسؤوليتها على أساس الخطأ، ولعل من بين الأسباب التي تخرج بقرار المصلحة المتعاقدة عن أطر مشروعية الغاية من إصداره، الأسباب الشخصية كعداء أحد موظفي المصلحة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد عداءا شخصيا، أو قد تكون تلك الأسباب مما يتعلق بحرية العقيدة الدينية للمتعامل المتعاقد أو اتجاهه السياسي أو نشاطه النقابي حيث يمنع على المصلحة المتعاقدة وفي كل الأحوال إلغاء الصفقة وإنهاء علاقتها التعاقدية مع المتعامل المتعاقد لمثل هذه الأسباب وغيرها[1].

الفرع الثاني: إخلال المصلحة المتعاقدة بتنفيذ الصفقة العمومية بطريقة سليمة وبحسن نية

كأصل؛ عام يقع على المصلحة المتعاقدة واجب الالتزام بتنفيذ ما عليها من التزامات بطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية في التنفيذ وتنفيذ العقد بطريقة سليمة حرصا على سير المرفق العام باستمرار واضطراد، وهذا بعكس المتعامل المتعاقد الذي يبتغي من وراء أداء التزاماته بجدية وفق ما تقتضيه شروط عقد الصفقة تحقيق الكسب المادي الذي يسعى إليه من وراء التعاقد.

إذ يعد عدم التزام المصلحة المتعاقدة بتنفيذ التزاماتها التعاقدية بطريقة سليمة وبحسن نية يعرضها للمسؤولية التعاقدية، فيحق للمتعامل المتعاقد معها مطالبتها بالتعويض أو حتى الفسخ إن اقتضى الأمر ذلك.

أولا- عدم الالتزام بتنفيذ الصفقة العمومية بطريقة سليمة:

إن المصلحة المتعاقدة؛ لا تستطيع دون أن تُعرض نفسها للمسؤولية أن تقوم بأي عمل يتعارض مع صفتها كمتعاقد أو يعرض المتعامل المتعاقد معها لأعباء ومتاعب في تنفيذ التزاماته التعاقدية، كون الأمر لا يقف عند هذا بل يتعين عليها تنفيذ هذه الالتزامات بطريقة صحيحة وبحسن نية[2].

ومن مظاهر عدم التزام المصلحة المتعاقدة بالتنفيذ السليم لمقتضيات عقد الصفقة العمومية نذكر:

1- الخطأ في مواصفات ومخططات التنفيذ:

لا يتوقف التزام المصلحة المتعاقدة بوضع التصاميم ومخططات التنفيذ على مجرد التسليم فقط؛ بل ينبغي عليها الالتزام بتسليم المتعامل المتعاقد معها لتلك التصاميم والمخططات خالية من الأخطاء والعيوب وقبل البدء في التنفيذ، ولعل الحكمة من ذلك تكمن في تجنب كل تأخير في التنفيذ أو تنفيذ العقد تنفيذا معيبا وغير مطابق لما اتفق عليه في العقد، وتلافي أي صعوبات أو معوقات يمكن أن تعرقل عملية انجاز الأشغال والابتعاد قدر الإمكان عن التعديلات بالإنقاص أو الإضافات أثناء التنفيذ عن طريق إبرام الملاحق.

إذ يعتبر تأخر المصلحة المتعاقدة في تسليمها المتعامل المتعاقد لمواصفات ومخططات التنفيذ أو أنها قامت بتسليمها في الوقت المناسب إلا أنها كانت معيبة وخاطئة، إخلالا بالتزام تعاقدي يقيم مسؤوليتها التعاقدية اتجاه المتعامل المتعاقد معها، وعليه ذهب المشرع المصري من خلال نص المادة 3 من قانون المناقصات والمزايدات المصرية واللائحة التنفيذية رقم 89 لسنة 1998 إلى ضرورة لجوء المصلحة المتعاقدة إلى إسناد مهمة وضع التصاميم من قبل لجنة فنية ذات خبرة بالأصناف أو الأعمال المطلوبة.

يلاحظ أن المشرع الجزائري اعتبر طبقا للقواعد العامة أن المصلحة المتعاقدة تكون مسؤولة مسؤولية تعاقدية بتسليمها لتصاميم ومخططات خاطئة ومعيبة، وكان قد أشار في القرار السابق المؤرخ في 21 نوفمبر 1964 المتضمن الموافقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال

[1] نفس المرجع، ص.436 و437. وأيضا عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، المرجع السابق، ص.138.

[2] إبراهيم الشارف الطاهر تفوقة، المرجع السابق، ص55.

بأن هذه المسؤولية يمكن أن تكون مشتركة بين المصلحة المتعاقدة وبين المتعامل المتعاقد معها فيتقاسم معها المسؤولية إذا لم يقم بتدقيق المستندات التي تلقاها من المهندس المعماري ولم يقم بإبلاغ هذا الأخير أو مهندس الدائرة قبل أي تنفيذ بكل أخطاء أو سهو أو تناقضات الممكن حصولها والتي يسهل على رجل الفن كشفها[1]، الأمر الذي لم يتناوله في المرسوم التنفيذي 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة الساري العمل به حاليا.

في ذات السياق؛ لا يكاد نهج المشرع المصري يختلف عن موقف المشرع الجزائري، الذي أكد من خلال نص المادة 80 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 أعلاه بنصه على: "يلتزم المقاول بأن يتحرى بنفسه طبيعة الأعمال وعمل كل ما يلزم لذلك من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات والرسومات والتصميمات المعتمدة وعليه إخطار الجهة الإدارية في الوقت المناسب بملاحظاته عليها، ويكون مسؤولا تبعا لذلك عن صحة وسلامة جميع ما ورد فيها كما لو كانت مقدمة منه".

انطلاقا من مضمون هذه المادة يظهر لنا أن المشرع المصري قد شدد على المتعاقد التأكد من صلاحية المواصفات والتصميمات، ومن تم مسؤوليته عن صحتها وسلامتها، بل اعتبره كمن قام بتقديمها وبالتالي يكون قد قلص من مسؤولية المصلحة المتعاقدة عن تسليمها لمستندات خاطئة ومعيبة ليتحمل المتعاقد معها أكبر قدر ممكن من المسؤولية، غير أن القضاء المصري كان واضحا في قرار له صدر عن محكمة النقض المصرية[2]، حيث أقر بأن المقاول يعتبر مشتركا مع رب العمل في المسؤولية متى ما علم بالخطأ في التصميم إذا كان هذا الخطأ مما يسهل اكتشافه ولم يقم بتنبيه رب العمل عما اكتشفه من خطأ في التصميم واستمر في التنفيذ، وأما إذا كان الخطأ مما يصعب كشفه أو كان المقاول قد قام بتنبيه رب العمل إلا أن هذا الأخير طالبه بالاستمرار في التنفيذ فإن مسؤولية المقاول تنتفي في هذه الأحوال ويبقى رب العمل المسؤول الوحيد عن التنفيذ المعيب للمشروع محل عقد الصفقة العمومية[3].

2- تسليم المتعامل المتعاقد مكونات ومواد بناء معيبة وغير صالحة:

تمتد مسؤولية المصلحة المتعاقدة رغم تسليمها المتعامل المتعاقد معها مواد ومكونات البناء، إلى مسؤوليتها عن تقديمها لمواد ومنتجات معيبة وغير صالحة للبناء مما قد يؤدي بالمتعامل المتعاقد إلى التنفيذ المعيب للإشغال بسبب هذه الأخيرة، خصوصا متى ما كانت عيوب هذه المواد والمنتجات مما يصعب كشفها، وقد أكد القضاء المصري بموجب حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر في الطعن رقم 866 الصادر بتاريخ 8 نوفمبر 1969على ضرورة أن تلتزم المصلحة المتعاقدة في بداية تنفيذ العقد الإداري بتسليم المتعاقد معها كافة الأجهزة والمواد اللازمة لتنفيذ العقد والتأكد من مدى جودتها، ويلزم أن تكون تلك الأجهزة والمواد أو الأدوات المستخدمة مطابقة للمواصفات المحددة والمقاسات[4].

---

[1] طبقا لنص المادة 12 الفقرة 6 من القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964 المتضمن الموافقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال.

[2] قرار محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 440 صادر بتاريخ 08 ديسمبر 1966 مشار إليه لدى سحر جبار يعقوب، فسخ العقد الإداري قضائيا لخطأ الإدارة، المرجع السابق، ص.92.

[3] تنص المادة 80 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصرية رقم 89 لسنة 1998 على أن: "يلتزم المقاول بأن يتحرى بنفسه طبيعة الأعمال وعمل كل ما يلزم لذلك من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات والرسومات والتصميمات المعتمدة، وعليه إخطار الجهة الإدارية في الوقت المناسب بملاحظته عليها ويكون مسئولا تبعاً لذلك عن صحة وسلامة جميع ما ورد فيها كما لو كانت مقدمة منه".

[4] حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر الصادر بتاريخ 8 نوفمبر1969 في القضية رقم 866. مشار إليه لدى بلال أمين زين الدين، المرجع السابق، ص.493.

أما إذا كان من السهل على المتعامل المتعاقد اكتشاف العيوب في مواد البناء والمنتجات المزود بها من طرف المصلحة المتعاقدة، فيكون عليه لزاما إبداء ملاحظاته كتابيا بذلك إلى صاحب الاستشارة الفنية في أجل 15 يوما ابتداء من تاريخ إعداد الوثائق التي تتضمن الاستلام[1]، مما يعني أن المتعامل المتعاقد يمكن أن يتشارك مع المصلحة المتعاقد معها مسؤولية المواد والمنتجات المعيبة متى سهل عليه اكتشافها وعلم بها دون أن يعلم المصلحة المتعاقدة بما اكتشفه من عيوب[2].

ثانيا- عدم التزام حسن النية في تنفيذ الصفقة العمومية:

لما كان من الواجب على المصلحة المتعاقدة الالتزام بتنفيذ التزاماتها التعاقدية بطريقة سليمة؛ فإن هذا الالتزام يتطلب إلى جانب مراعاة الاعتبارات الفنية المسلم بها وفقا لطبيعة عقد الصفقة العمومية، ضرورة الالتزام بمقتضيات مبدأ حسن النية في التنفيذ[3] كونه مبدأ عام يشمل جميع العقود بما فيها تلك التي تخضع لقواعد القانون الخاص وعقود القانون العام، وهو "يقتضي في تنفيذ العقود ألا يقتصر على ما ورد في العقد، بل يشمل أيضا على ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام"[4].

ويتبين عدم الالتزام بمبدأ حسن النية في تنفيذ الصفقة من خلال الإخلال بالواجب العام والانحراف عن السلوك المألوف والمعتاد بصفة عمدية في تنفيذ العقد، إذ يعد إخلال المصلحة المتعاقدة بأصول حسن النية في تنفيذ العقد خطأ عقديا يؤدي إلى انعقاد مسؤوليتها التعاقدية[5]، كأن تعمد إلى القيام بإصدار قرار أو تتخذ أي إجراء يكون من شأنه عرقلة تنفيذ العقد، ذلك أن المصلحة المتعاقدة حتى وإن التزمت بتنفيذ التزاماتها الجوهرية المترتبة على إبرامها للعقد فإنه يكون من واجبها أيضا الالتزام بجميع الالتزامات التابعة لهذا العقد[6].

كما ينطوي إخلال المصلحة المتعاقدة بمقتضيات حسن النية على امتناعها عن معاونة المتعاقد معها على تنفيذ العقد، كعدم إبلاغها المتعامل المتعاقد بكافة المعلومات والبيانات المؤثرة في تنفيذ العقد وعدم التزامها الأمانة في التعامل والثقة المشروعة بينها وبين المتعاقد، بالإضافة إلى تعسفها في استعمال الحق وخروجها عن متطلبات الصالح العام مما يضر حتما بمصلحة المتعامل المتعاقد معها[7].

---

[1] طبقا لنص المادة 58 الفقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم21-219 المتضمن تنظيم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[2] محمد بودالي وفوزية عروس، "إخلال المصلحة المتعاقدة بتنفيذ التزاماتها التعاقدية ذات الطبيعة الفنية"، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي النعامة، الجزائر، المجلد 04، العدد 02، 2018، ص.310.

[3] إبراهيم خورشيد محمد المفرجي، المرجع السابق، ص91.

[4] محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقا لأحكام مجلس الدولة حتى عام 2014، الكتاب الثالث في حقوق المتعاقد مع الجهة الإدارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016، ص.11.

[5] زين سالم، المرجع السابق، ص.256.

[6] وهنا يجب التنويه على أنه إذا كان الأصل العام يقتضي من المصلحة المتعاقدة التزام بتنفيذ التزاماتها التعاقدية بحسن نية بان تمتنع عن القيام بأي عمل من شأنه أن يعرقل الاستمرار في التنفيذ، إلا أنه يجوز لها أن توقف التنفيذ لدواعي تتعلق بالصالح العام على أن تخطر المتعاقد معها بصفة رسمية بهذا الوقف، وبخلاف ذلك تكون المصلحة المتعاقدة مسؤولة إذ قضي بمسؤولية المصلحة المتعاقدة عن التلف الذي أصاب الأخشاب المستعملة في البناء لمهاجمة نوع من الحشرات لها نتيجة وقف المقاول دون سبب استكمال البناء، ودون توجيه إنذار رسمي له حتى يتمكن من إيجاد وسيلة لوقاية الأخشاب من التلف الذي أصابها. كما أشار إليه بلال أمين زين الدين، المرجع السابق، ص.501.

[7] محمد شعبان الدرهوبي، المرجع السابق، ص.29.

إن التزام حسن النية في تنفيذ الصفقة؛ يعتبر مسألة موضوعية تخضع لتقدير القاضي تبعا للظروف والملابسات التي تواجه تنفيذه[1]، بحيث يتأكد من أن المصلحة المتعاقدة تكون قد بذلت جهدا في سبيل استمرار المتعامل المتعاقد معها في التنفيذ آخذا في عين الاعتبار ما قد يحول بينها وبين الوفاء بالتزامها من ظروف طارئة أو قوة قاهرة، أو أنها قد أساءت النية بتعمدها عدم تمكين المتعاقد معها في الاستمرار في تنفيذ العقد لإصدارها قرارات غير مشروعة وعن سوء نية بقصد الإضرار بمصلحة المتعامل المتعاقد معها[2].

الفرع الثالث: عدم التزام المصلحة المتعاقدة باحترام المدة المقررة للتنفيذ

يخضع سير المرافق العامة لقاعدة أصولية تقتضي ضرورة إدارتها بانتظام واستمرار؛ وعلى ذلك فإن مدة التنفيذ واحترامها في نطاق عقود الصفقات العمومية إنما يُعد ترجمة فعلية لتجسيد هذه القاعدة وذلك من أجل تحقيق خدمة دائمة ومنتظمة للمنتفعين بخدمات المرفق العام[3].

وبالرغم من أن مدة التنفيذ المنصوص عليها في عقود الصفقات العمومية؛ يقصد بها عادة التزام المتعاقد مع الإدارة حيث يقع عليه واجب التقيد بها بأن يتمم جميع الأعمال المطلوب إليه القيام بها في حدود الأجل التعاقدي المتفق عليه سلفا، إلا أن هذا لا يعني إعفاء المصلحة المتعاقدة هي الأخرى من التزام تنفيذ التزاماتها الفنية في المدة المحددة لذلك[4]، وهذا يعتبر أمرا طبيعيا ومنطقيا ما دام أنها القوامة على سير المرفق العام بانتظام واطراد. إذ عادة ما يتضمن عقد الصفقة العمومية مدة لتنفيذه سواء في مجموعه أو لتنفيذ التزام معين كالتزام المصلحة المتعاقدة بتسليم المتعامل المتعاقد معها أمر ببدء الأشغال، أو تسليم التسهيلات المالية والإدارية أو تسليم موقع العمل وغيره من الالتزامات، فإذا ما حدث أن تأخرت في القيام بأحد هذه الالتزامات فإن ذلك سيقضي بتوافر ركن الخطأ في جانبها يستوجب مسؤوليتها سواء وقع منها ذلك عن عمد أو كان نتيجة إهمال[5]، ويكون تقدير القاضي لتأخر جهة المصلحة المتعاقدة في الوفاء بالتزاماتها الفنية في ضوء ما تقتضيه طبائع الأمور وما يقتضيه تنفيذ العقود من حسن نية توجب أن يتم الوفاء في مدة معقولة بما يتيح للمتعاقد تنفيذ التزاماته في الميعاد المناسب، ودون أية خسائر قد تترتب عن ارتفاع في الأسعار والأجور بسبب طول الفترة ما بين إبرام العقد وتنفيذ المصلحة المتعاقدة التزاماتها الفنية[6].

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي؛ على ضرورة أن تقوم المصلحة المتعاقدة بتنفيذ التزاماتها الفنية في مدد معقولة متى نص العقد على أجل الإجمالي للتنفيذ دون الاتفاق على مدد خاصة بتنفيذ الالتزامات الجزئية الواردة في العقد، حيث قرر في حكم له صادر بتاريخ 07 فيفري 1901 في قضية Ville de Paris بأن ثمة مددا معقولة لتنفيذ العقد يتعين على الإدارة احترامها، وبالتالي فإنها لا تستطيع أن تتسبب بتصرفها في إطالة مدة التنفيذ إلى ما يجاوز الحد المعقول دون أن تعرض نفسها للمسؤولية، ويحدد مجلس

[1] محمد ماهر ابو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقا لأحكام مجلس الدولة حتى عام 2014، الكتاب الثالث في حقوق المتعاقد مع الجهة الإدارية، المرجع السابق، ص.11.
[2] محمد شعبان الدرهوبي، المرجع السابق، ص.30.
[3] إبراهيم الشارف الطاهر تفوقة، المرجع السابق، ص.60.
[4] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.562.
[5] إبراهيم الشارف الطاهر تفوقة، المرجع السابق، ص.60.
[6] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود والقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص.96 و97.

الدولة الفرنسي المدة المعقولة للتنفيذ بمراعاة ظروف العمل المطلوب تنفيذه، ومدى كفاية الشركة المتعاقدة أو المقاول[1].

المطلب الثاني: إخلال المصلحة المتعاقدة بتنفيذ التزاماتها المالية

يعتبر المقابل المالي من بين أهم الحقوق التي يسعى المتعامل المتعاقد إلى للحصول عليها من وراء تعاقده مع المصلحة المتعاقدة، كما لا يمكن كأصل عام أن يؤدى له هذا المقابل المالي إلا بعد القيام بتنفيذ التزامات التعاقدية الملقاة على عاتقه إلا إذا تم الاتفاق بخلاف ذلك ضمن البند المتضمن شروط الدفع المنصوص عليه في عقد الصفقة العمومية، حيث يتفق الطرفان على التحديد وبشكل دقيق ومفصل على المبالغ المالية التي تتولى المصلحة المتعاقدة سدادها للمتعامل المتعاقد معها وكل ما يتعلق بها من أعباء ضريبية وطريقة دفعها ومواعيد الوفاء بها، غير أن واقع الأمر أن مخالفات المصلحة المتعاقدة في هذا المجال عديدة ومتعددة، نذكر منها تعديل هذه الأخيرة للسعر المتفق عليه مسبقا بإرادتها المنفردة أو تأخرها في أداء المقابل المالي[2].

كما أن إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها المالية لا يتوقف على المخالفات المتعلقة بأداء المقابل المالي الذي يسعى المتعامل المتعاقد معها إلى تحقيقه، وإنما قد يمتد ليشمل امتناعها عن رد كفالة حسن التنفيذ التي كان قد أودعها المتعامل المتعاقد بمناسبة حصوله على الصفقة.

ولأن التطرق لمثل هذه المخالفات يستدعي منا الأمر قبل ذلك الخوض في ماهية الالتزامات المالية للمصلحة المتعاقدة، لنقسم بذلك هذا المطلب إلى فرعين حيث نركز في الفرع الأول على مفهوم المقابل المالي فقط دون مبلغ كفالة حسن التنفيذ الذي سبق التطرق إليه، ونتناول في الفرع الثاني صور مخالفة المصلحة المتعاقدة لالتزاماتها المالية.

الفرع الأول: ماهية المقابل المالي كحق للمتعامل المتعاقد

إن الهدف الأساسي الذي يصبو إليه المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة من وراء تنفيذ الصفقة العمومية، مرتبط أساسا في تحصيل المقابل المالي، بحيث تلتزم المصلحة المتعاقدة بتسديد مقابل ما تم تنفيذه من التزامات تعاقدية في جانب المتعاقد، والذي يتمثل عادة في الدفعات المالية المنصوص عليها في العقد وفق نسبب تتوافق وانجازه للأشغال أو قيامه بالخدمات.

أولا- تعريف المقابل المالي:

يتخذ المقابل المالي صورة الثمن في العقود الإدارية[3] بما فيها عقود الصفقات العمومية، كما هو الحال في صفقة الأشغال العامة وصفقة التوريد[4]، ويمكن تعريف الثمن على أنه تلك "المبالغ النقدية المستحقة للمتعامل التعاقد التي تلتزم المصلحة المتعاقدة بأدائها له كأثر للوفاء بالتزامه التعاقدي، عما تحمله من نفقات وتكاليف العملية المتعاقد عليها بالإضافة إلى أرباحه المشروعة منها".

وبالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية رقم 23-12 نص المشرع على المقابل المالي بصيغة الأجر انطلاقا من نص المادة 73، وقد أكد المشرع هذه الصيغة في المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 بقولها: "يتم دفع الأجور في إطار الصفقات العمومية للأشغال..."، لينص في المادة 14 من نفس المرسوم على مشتملات سعر الصفقة بقوله: "تعتبر أسعار الصفقة العمومية شاملة لجميع المصاريف

---

[1] قرار مجلس الدولة الفرنسي، مشار إليه لدى سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.562.

[2] محمد الحسين، مهند نوح، العقود الإدارية، منشورات جامعة دمشق، سوريا، 2005، ص353.

[3] للإشارة قد لا يتخذ المقابل المالي صورة الثمن أو السعر في بعض العقود الإدارية الأخرى فيكون في شكل رسوم يدفعها جمهور المنتفعين للملتزم بموجب عقد التزام المرفق العام إزاء حصولهم على الخدمة، أو عبارة عن فوائد في حالة عقد القرض العام، كما أشار إليه سامال اسكندر الباجلان، المرجع السابق، ص218.

[4] Mohamed Tayeb MEDJAHED, op. cit, p45.

الناجمة عن تبعات ضرورية ومباشرة للعمل وكذا حقوق الدفع والضرائب والرسوم والنفقات العامة والنفقات الإضافية. كما أنها تضمن للمقاول هامشا للمخاطر والأرباح".

ثانيا- الطبيعة القانونية للمقابل المالي:

يدخل المقابل المالي ضمن الشروط المالية المنصوص عليها في عقد الصفقة العمومية؛ فهو شرط ذو طبيعة تعاقدية ناتج عن تطابق إرادتي المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها إذ لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تنفرد جهة المصلحة المتعاقدة بتحديده، نظرا لكونه يمثل باعث المتعامل المتعاقد على التعاقد والغاية التي يسعى للحصول عليها[1]، ويترتب عن الطبيعة التعاقدية لشرط المقابل المالي نتيجة مهمة تتمثل في ثبات وجمود هذا الشرط على نحو يمنع المصلحة المتعاقدة أن تنفرد بتعديله دون موافقة الطرف الآخر، طبقا لمبدأ عدم جواز المساس بالسعر الذي يعتبر من أحد تطبيقات القوة الملزمة للعقد[2]، وفي هذا يرى سليمان الطماوي، بأن مرد حصانة شرط المقابل المالي وثبوته إنما يعود لاعتبارين أساسين هما:

- اعتبار عملي يتمثل في إمكانية نفور الأفراد من التعاقد مع الإدارة فيما لو أمكنها تعديل السعر المتفق عليه بإرادتها المنفردة، مما قد يكلف هؤلاء خسائر مالية عوض تحقيق الأرباح.
- اعتبار قانوني ومرجعه أن حق الإدارة في استعمال سلطة التعديل يقتصر على مقتضى سير المرفق العام دون الحق في تعديل السعر المتفق عليه[3].

ولكن إن كان ثبوت المقابل المالي أمر متفق عليه لا يمكن للمصلحة المتعاقدة تغييره بإرادتها المنفردة، فإن ذلك لا يعني معه عدم وجود مقابل مالي يكون قابلا للتغيير، وهذا مالا يتحقق إلا باتفاق طرفي عقد الصفقة العمومية على إمكانية مراجعة هذا المقابل عن طريق إدراج بند في شروط الصفقة يسمح بالتعديل في الأسعار المتفق عليها أثناء عملية إنجاز الأشغال[4].

ثالثا- تحديد المقابل المالي:

تعتبر عملية تحديد المقابل المالي أمرا جوهريا مهما في العملية التعاقدية، ينبغي على كل من جهة المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها تحديده بدقة، تجنبا لما قد يحدث مستقبلا من منازعات قد تؤثر على استمرارية المشروع وتعطله[5].

لذلك تذهب أغلب تشريعات الدول المنظمة لمجال عقود الصفقات العمومية كما هو الحال بالنسبة للجزائر ومصر والعراق إلى إعطاء بالغ الأهمية للمقابل المالي، فتشترط على المتعهدين ضرورة تحديده بدقة وبشكل مفصل في العطاءات المقدمة للمشاركة في الصفقات المعلن عنها[6].

ومتى تم الاتفاق بين جهة الإدارة والمتعهد على مقابل مالي محدد وكذا شروطه وكيفيات دفعه فإنه يصبح نهائيا مند لحظة إبرامه، وبالتالي لا يجوز لكلا طرفي العلاقة التعاقدية تعديله بالتغيير في قيمته بحيث لا يمكن للمتعامل المتعاقد مطالبة المصلحة المتعاقد معها الزيادة في قيمة المقابل المالي المتفق

---

[1] مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.502.

[2] عيسى عبد القادر الحسن، المرجع السابق، ص.213.

[3] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.575. وأيضا حبيبة عتيق، "تسديد المقابل المالي للصفقة العمومية في صورة أقساط"، مجلة الأبحاث القانونية والسياسية، جامعة سطيف 2، المجلد 02، العدد 02، الجزائر، 2020، ص.230 و231.

[4] محمد علي الخلايلة، الوظيفة العامة-القرارات الإدارية-العقود الإدارية-الأموال العامة، دار الثقافة، ط1، الأردن، 2012، ص.315.

[5] محمد أحمد الأرناؤوط، المرجع السابق، ص.186.

[6] سمير بلحيرش، الرقابة على تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات في الصفقات العمومية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، الجزائر 2012/2011، ص.46.

عليها بحجة عدم كفايته، أو تناسبه والأعمال المقدمة، كما لا تستطيع المصلحة المتعاقدة إعادة النظر في المقابل المالي كأصل عام بحجة حسن سير المرفق العام وانتظامه[1].

إن قاعدة نهائية الثمن تبعا لما سبق ذكره وان ظلت تمثل الأصل العام، إلا أن الفقه الإداري أورد عليها جملة من الاستثناءات نوردها كالتالي:

1- تعديل المقابل المالي بإرادة المشرع:

كأن يخول المشرع جهة الإدارة إمكانية مراجعة المقابل المالي المنصوص عليه في العقد بالإنقاص منه لاعتبارات النفع العام وصالح الخزينة العمومية، ولعل من أبرز صور تدخل المشرع الفرنسي في هذا الإطار القانون الصادر في 13 جانفي 1941 الذي قرر إلغاء الضرائب على مقاولي الأشغال العامة مجيزا للإدارة المتعاقدة استرداد أو احتجاز جزء من الثمن يوازي قيمة الضريبة التي أعفي منها المتعاقد[2].

2- تعديل المقابل المالي بالإرادة المشتركة لطرفي الصفقة:

إذا كان الأصل العام يمنع المصلحة المتعاقدة من تعديل قيمة المقابل المالي بصفة منفردة مادام أن الشروط المتعلقة بهذا الأخير هي شروط تعاقدية، فإنه لا يمكن تعديلها إلا باتفاق طرفي العقد، أي إذا ما تلاقت إرادة المصلحة المتعاقدة مع إرادة المتعامل المتعاقد معها بغية تعديل المقابل المالي بعد إبرام العقد فيما يعرف بتحسين العرض[3]، حينها يكون السعر الجديد ملزما لطرفيه وواجب الوفاء به[4].

وعلى غرار صيغة تحسين العرض المالي؛ اتجه المشرع الجزائري إلى القول أنه بإمكان طرفي عقد الصفقة العمومية الاتفاق على تعديل قيمة المقابل المالي بصفة صريحة في دفتر الشروط ودفتر التعليمات الخاصة مع بيان صيغة أو صيغ تغييره وكذا كيفيات تنفيذها[5]، مستثنيا من ذلك بعض الصفقات معتبرا إياها من قبيل الصفقات التي لا يمكن أن تكون محل تحيين أو مراجعة أسعار وهي تتمثل في[6]:

- الصفقات العمومية محل الاستشارة التي لا تتجاوز الحدود المنصوص عليها في المادة 18 من قانون الصفقات العمومية رقم 23-12.
- الصفقات العمومية التي يقل أجلها عن ثلاثة أشهر.

إذ يتخذ تغيير الأسعار نمط تحيين السعر أو مراجعته، فيقصد بتحيين أسعار صفقة عمومية تحديث السعر الثابت للصفقة قبل البدء في تنفيذ الأعمال موضوع الصفقة، فلا يمكن اللجوء إليه إلا إذا ما ورد في الصفقة بند ينص على تحيين الأسعار ولا يلجأ إلى استعماله إلا مرة واحدة فقط كما لا يمكن استعماله في

---

[1] حبيبة عتيق، المرجع السابق ص.231.

[2] مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.518.

[3] طبقا لنص المادة 54 الفقرة 4 من ق.ص.ع رقم 23-12 بقولها: "كما يمكن للمصلحة المتعاقدة بعد منح الصفقة وبعد موافقة حائز الصفقة أن تضبط الصفقة وتحسن عرضه، لاسيما من حيث السعر و/أو الآجال غير أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تعيد هذه العملية النظر في شروط المنافسة".

[4] إبراهيم الشارف الطاهر تفوقة، المرجع السابق، ص.64.

[5] طبقا لنص المادة 74 من ق.ص.ع رقم 23-12 بقولها: "يمكن أن يكون السعر ثابتا أو قابلا للمراجعة كما يمكن أن يكون السعر قابلا للتحيين؛ وعندما يكون السعر قابلا للمراجعة يجب أن تحدد الصفقة صيغة أو صيغ مراجعته وكذلك كيفيات تطبيق هذه الصيغة أو الصيغ الخاصة بالمراجعة". كما أن المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، جاءت مفصلة وواضحة بقولها: "تعتبر أسعار الصفقات العمومية للأشغال ثابتة وغير قابلة للمراجعة، إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك، بصفة صريحة في دفتر الشروط ودفتر التعليمات الخاصة؛ وعندما يكون السعر خاضعا للتغيير، يجب أن ينص دفتر التعليمات الخاصة للصفقة العمومية للأشغال على صيغة أو صيغ تغيير الأسعار وكذا كيفيات تنفيذها...".

[6] طبقا لنص المادة 75 من ق.ص.ع رقم 23-12.

الفترة التي تغطيها صلاحية العروض، يكون الهدف منه تطوير السعر الأولي المحدد مسبقا في العرض المقدم من المتعامل المتعاقد مراعاة للتقلبات الاقتصادية التي تحدث بين تاريخ انتهاء صلاحية العروض وتاريخ تبليغ الأمر بالانطلاق في الأشغال[1]، غير أنه يمكن في حالة تأخر المتعامل المتعاقد في بداية تنفيذ أشغال الصفقة لسبب خارج عن إرادته تحيين مبلغ صفقته بتطبيق صيغة مراجعة الأسعار دون الجزء الثابت الذي ينبغي أن يستعمل كمرجع[2].

أما مراجعة الأسعار؛ فهو يشكل نمط التكفل بتغيير الأسعار لا يُلجأ إليه إلا إذا كان منصوصا عليه في عقد الصفقة العمومية متى كانت هذه الصفقة من قبيل الصفقات التي تكون قابلة للمراجعة[3]، وهو يسمح بالأخذ بالحسبان التقلبات الاقتصادية التي تطرأ طوال مدة التنفيذ وفقا للشروط التنظيمية والتعاقدية المنصوص عليها في الصفقة[4]، كما لا تتم مراجعة الأسعار إلا بالنسبة للجزء المنفذ من الأعمال دون سواها[5]، وبصفة دورية كل ثلاثة أشهر[6]، حيث يقع على المصلحة المتعاقدة لدى تنفيذها صيغ مراجعة الأسعار واجب مراعاة الأهمية المتعلقة بطبيعة كل خدمة في الصفقة[7].

3- تعديل المقابل المالي نتيجة التعديل في حجم وكميات الأعمال:

قد تلجأ المصلحة المتعاقدة -في إطار استعمال سلطتها وامتيازاتها في مواجهة المتعامل المتعاقد معها -إلى تعديل بعض بنود العقد بإرادتها المنفردة دون حاجة إلى قبول المورد أو المقاول المتعاقد معها كأن تعمد إلى التعديل في حجم الأعمال المطلوب انجازها سواء بالزيادة أو النقصان، ما يؤدي إلى تغير قيمة المقابل المالي المتفق عليها مسبقا عند إبرام العقد[8].

وتغيير المقابل المادي للصفقة العمومية حسب ما جاء في المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة نظير التغيير في حجم وكميات الأعمال، قد يكون ناتج عن أشغال إضافية[9]، كما قد يترتب عن أشغال تكميلية[10].

أ- تعديل قيمة المقابل المالي الناتج عن خدمات الأشغال التكميلية:

إن القاعدة في تحديد سعر خدمات الأشغال التكميلية؛ تقتضي من المصلحة المتعاقدة الأخذ في عين الاعتبار الأسعار التعاقدية المحددة في الصفقة الأولية، غير أنه متى لم تتمكن المصلحة المتعاقدة من العمل بهذه الأسعار يمكنها تحديد أسعار جديدة عن طريق المماثلة بين خدمات الأشغال التكميلية وخدمات

---

[1] كما جاء في نص المادة 20 الفقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

[2] راجع في ذلك نص المادة 100 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[3] أما الصفقات التي تكون مبرمة بأسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة لا يمكن أن تتضمن صيغا لتغيير الأسعار ومراجعتها، حسب الفقرة الأخيرة من نص المادة 101 من نفس المرسوم الرئاسي.

[4] كما ورد بنص المادة 20 الفقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

[5] طبقا لنص المادة 101 الفقرة الأخيرة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[6] ماعدا في حالة اتفاق مشترك بين أطراف الصفقة على تحديد فترة أطول حسب مضمون الفقرة الأولى من نص المادة 104 من نفس المرسوم الرئاسي.

[7] راجع في ذلك نص المادة 102 من نفس المرسوم الرئاسي.

[8] مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.519.

[9] سمير بلحيرش، المرجع السابق، ص.80.

[10] كوثر بن ملوكة، "النظام القانوني للملحق في الصفقات العمومية دراسة مقارنة بين المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والمرسوم الرئاسي رقم 10-236 (الملغى)"، مجلة مجاميع المعرفة، جامعة تندوف، الجزائر، العدد 05، 2017، ص.229.

الأشغال الأكثر تشابها مع مراعاة الشروط الاقتصادية الأساسية للصفقة، ومتى ما استحالت تلك العملية كان على المصلحة المتعاقدة اختيار الأسعار الجارية والمتداولة[1].

ب- تعديل قيمة المقابل المالي الناتج عن خدمات الأشغال الإضافية:

يتم تحديد سعر الأشغال الإضافية؛ إما من خلال تطبيق نفس السعر الجزافي متى كانت الصفقة مبرمة على أساس السعر الإجمالي والجزافي، أو من خلال تطبيق نفس سعر الوحدة المنصوص عليه في التفصيل الكمي والتقديري إذا ما كانت الصفقة مبرمة على أساس جدول أسعار الوحدة[2].

كما يجب التنويه في هذا الصدد إلى أنه متى لجأت المصلحة المتعاقدة إلى التعديل في حجم وكميات الأعمال موضوع الصفقة بأن قامت بتكليف المتعامل المتعاقد بأشغال زائدة، فإنه لا بد لها أن تقرر هذا التعديل خلال فترة سريان الصفقة وتنفيذها هذا من جهة، كما يكون من واجبها أن تتأكد قبل ذلك من قدرتها على الوفاء بمقابل هذه الأشغال عن طريق توفير الاعتماد المالي الكافي لمواجهة النفقات المستجدة والناجمة عن التعديل من جهة أخرى[3].

رابعا- دفع المقابل المالي:

إذا كان التعريف الفقهي المذكور أعلاه يفترض أداء المتعامل المتعاقد لالتزاماته التعاقدية حتى يستطيع الحصول على ما يحق له من مبالغ مالية كان يرجوها وقت إقدامه على التعاقد، إذ لا مقابل دون تنفيذ، إلا أن مجرد التنفيذ يكون غير كافي وإنما يجب على المتعامل المتعاقد إلى جانب تنفيذ العقد استفاء إجراءات[4]، تتمثل في تقديم فاتورة بقيمة اللوازم الممونة بعد تقديمه لوصلات الاستلام المؤشر عليها من قبل المصلحة المتعاقدة متى تعلق الأمر بصفقة اقتناء اللوازم، أو حصوله على محضر الاستلام النهائي للأشغال المنجزة وتقديمه فاتورة تتضمن مبلغ هذه الأشغال طبقا لما تقتضيه النصوص القانونية في هذا الإطار[5].

إلا أن ما يلاحظ على المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العموميـــة؛ هو أنه خرج عن قاعدة لا مقابل دون تنفيذ، فبالرغم من سماحه للمتعاقدين في إطار التسوية المالية للصفقة بأن يتم دفع المقابل المالي على غرار طريقتي الدفع على الحساب- الذي يمثل كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة - أو التسويات على رصيد الحساب- ويتمثل في الدفع المؤقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل والمرضي لموضوعها-، مكن أيضا الأطراف المتعاقدة الاتفاق على أن يكون الدفع بطريق نظام التسبيقات والتي هي عبارة عن مبالغ

---

[1] طبقا لنص المادة 34 الفقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

[2] كما جاء في نص المادة 34 الفقرة 2 من نفس المرسوم التنفيذي.

[3] السيد فتوح محمد هنداوي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية، ط1، القاهرة، 2016، ص.180 و181.

[4] كما أكد عليه مجلس الدولة الجزائري في قرار له في قضية بين والي ولاية بسكرة ومؤسسة النجارة العامة طولقة حيث أقر "بأن لا تسديد لمبلغ الأشغال لم تقم بتقديم الدليل المثبت أداء الخدمة سواء تمثل في محضر استلام الأشغال أو فاتورة مؤشر عليها قانونا من طرف الإدارة المستفيدة من الخدمات". قرار مجلس الدولة رقم 013401، مؤرخ في 20 جانفي 2004، الغرفة الأولى، المجلة القضائية لسنة 2004، العدد 07، الجزائر، ص.74.

[5] طبقا لنص المادة 80 الفقرة 2 من ق.ص.ع رقم 23-12، وأيضا للمرسوم التنفيذي رقم 92-414 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 09-374 يتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، والقانون رقم 90-21 المؤرخ في 15 أوت 1990، يتعلق بالمحاسبة العمومية، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 35، صادرة في 15 أوت 1990، لاسيما المادتين 35 و 48 منه.

مالية تدفع للمتعامل المتعاقد قبل أي تنفيذ للخدمات موضوع العقد وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة[1] في شكل تمويل الغرض منه إنعاش خزينة هذا المتعاقد حتى يتمكن من التنفيذ الجيد لموضوع عقد الصفقة أو قد يأخذ شكل التعبئة النقدية مقابل تكوين التموينات الضرورية لتنفيذ الصفقة العمومية[2].

كما ألزم المشرع أن نظام الدفع بطريق التسبيقات لا يجب أن يتجاوز ما نسبته 15 بالمائة من المبلغ الأولي للصفقة متى كان التسبيق جزافيا، والذي قد يزيد عن ذلك بعد الموافقة الصريحة من الوزارة الوصية أو مسؤول الهيئة العمومية أو الوالي حسب الحالة وبعد استشارة لجنة الصفقات المختصة[3]، أما إذا ما اجتمع التسبيق الجزافي بتسبيق على التموين فلا يجب أن يفوق المبلغ الجامع نسبته الخمسين 50 بالمائة من المبلغ الإجمالي للصفقة العمومية[4].

ولعل سبب خروج المشرع الجزائري عن القاعدة العامة في أداء المقابل المالي للمتعاقد التي تقتضي من المصلحة المتعاقدة عدم الدفع مقدما إلا بعد الانتهاء من تنفيذ المتعاقد لموضوع العقد بالفعل بسماحه لأطراف الصفقة الاتفاق على نظام الدفع بالتسبيق، إنما يعود لطبيعة بعض الصفقات التي يستغرق تنفيذها أجلا طويلا وتقتضي من المتعاقد دفع مبالغ مالية كبيرة من رأسماله حتى تتم عملية التنفيذ[5].

هذا ونشير في ذات السياق؛ إلى أن المصلحة المتعاقدة قد تلتزم إلى جانب دفع المقابل المالي للمتعامل المتعاقد معها بدفع جزء من هذا المقابل إلى المتعامل الثانوي يدعى المناول الذي كان قد التزم بطريقة غير مباشرة بتنفيذ جزء من الصفقة العمومية من خلال علاقة قانونية تتمثل في عقد مناولة مبرم بين هذا المناول والمتعامل المتعاقد الأصلي[6].

إن حصول المتعامل الثانوي على حقه في المقابل المالي من قبل المصلحة المتعاقدة مرهون باعتماد هذه الأخيرة لنظام الدفع المباشر للمناول وهذا متى كانت الخدمات الواجب في إطار المناولة ومبالغها القصوى منصوصا عليها في الصفقة[7].

الفرع الثاني: صور إخلال المصلحة المتعاقدة بأداء التزاماتها المالية

يتخذ إخلال المصلحة المتعاقدة بأداء المقابل المالي للمتعامل المتعاقد عدة صور؛ يمكن حصرها في قيام المصلحة المتعاقدة بالإنقاص من المقابل المالي بإرادتها المنفردة، بالرغم من أن الصفقات العمومية من عقود التبادل يشترط فيها رضا المتعامل المتعاقد بهذا التعديل الذي قد يؤدي إلى الإضرار به، كما يتخذ أيضا صورة تأخر المصلحة المتعاقدة في دفع المقابل المالي للمتعاقد معها والذي قد ينعكس سلبا على تقدم الأشغال نظير عجز المتعامل المتعاقد عن تسديد أجور العمال وتوفير المواد الضرورية في مواصلة تنفيذ الأشغال، وقد تتخذ صورة أخطر تتمثل في امتناع المصلحة المتعاقدة عن دفع المقابل المالي دون أن يكون لهذا الامتناع أي مبرر قانوني أو موضوعي مستمد من عقد الصفقة.

أولا- التعديل الانفرادي لقيمة المقابل المالي:

---

[1] راجع في ذلك المادتين 108-109 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وأيضا المواد 67، 68 و69 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة عل صفقات الأشغال العمومية.

[2] لمزيد من التفصيل أنظر المادة 67 من نفس المرسوم التنفيذي.

[3] طبقا لنص المادة 111 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[4] كما ورد بنص المادة 115 من نفس المرسوم الرئاسي.

[5] حبيبة عتيق، المرجع السابق، ص.236.

[6] طبقا لنص المادة 4 الفقرة من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

[7] كما نصت عليه المادة 2 من القرار المؤرخ في 28 مارس 2011 المحدد لكيفيات الدفع المباشر للمتعامل الثانوي، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 24، صادرة في 20 أفريل 2011.

تعتبر سلطة التعديل الانفرادي من بين أهم السلطات المقررة للمصلحة المتعاقدة بهدف تحقيق سير المرفق العام وسد احتياجات ومتطلبات الجمهور لا غير، وعليه فإن ممارستها في ظل مختلف الصفقات العمومية يجب أن تقتصر على الشروط التي تحدد الالتزامات التي يجب على المتعامل المتعاقد معها تنفيذها دون أن تمتد إلى الشروط المالية المتعلقة بالمقابل المالي للمتعامل المتعاقد[1].

والأصل أنه لا يجوز المساس بالشروط المالية للصفقة على أساس أنها من الشروط التعاقدية أي أنه متى ما اتفق طرفي العقد على سعر معين للصفقة، فإنه لا يسوغ لأحدهما التغيير فيه إلا باتفاق مشترك[2]، مادام أن عقد الصفقة العمومية ملزم لطرفيه مثله مثل عقود القانون الخاص فيما يخص الالتزامات المالية[3]، بحيث يعود منع المصلحة المتعاقدة من تعديل قيمة المقابل المالي بإرادتها المنفردة لاعتبارين هما:

أولهما اعتبار عملي يتمثل في أنه لو ترك للإدارة المتعاقدة حرية تعديل الحقوق المالية للمتعاقد لما اقبل أحد على التعاقد معها.

وثانيهما اعتبار قانوني يتمثل في أن سلطة الإدارة في التعديل مبررها هو ضمان سير المرفق العام وبالتالي فان سلطة الإدارة في التعديل لا يجب أن تخرج عن هذا المبرر لتمتد إلى المزايا المالية المشروعة للمتعاقد[4].

هذا وقد استقر كل من الفقه والقضاء في فرنسا ومصرح على منع الإدارة المتعاقدة من استعمال سلطة التعديل في التغيير من قيمة المقابل المالي بصفة منفردة وإلا اعتبرت مرتكبة لخطأ تعاقدي ينجر عنه قيام مسؤوليتها التعاقدية اتجاه المتعاقد معها، حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن الشروط المتعلقة بالمزايا المالية من الشروط التي لا تؤثر على سير المرفق العام أو تنظيمه وبالتالي لا يجوز في كل الأحوال للإدارة المتعاقدة أن تقوم بتعديلها بالإرادة المنفردة، لتقضي بذلك أيضا المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها: "...من حيث أن الأمور المستقرة في مجال العقود الإدارية التي يكون موضوعها أداء المتعاقد عملا أو خدمة لتسيير المرافق العامة من أهم حقوق المتعاقد مع الإدارة هو حصوله على المقابل المالي الذي قد يكون ثمنا للبضائع الواردة أو الأشغال المتعاقد على تنفيذها أو الخدمة المطلوبة، ومن المسلم به أن الشروط التي تتعلق بتحديد المقابل النقدي في العقد بصفة عامة تحدد بدقة وقت التعاقد ولا يستطيع أحد طرفي العقد كأصل عام تعديلها إلا بموافقة الطرف الآخر، وسلطة الإدارة في التعديل لا تنصب إلا على الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام وليس من بينها تلك التي تحدد المقابل النقدي للعقد في العقد الإداري، ولهذا فإن الشروط المتعلقة بالمقابل النقدي للعقد تتسم بطبيعة الاستقرار..."[5].

ومعنى مبدأ استقرار المقابل المالي إنما يشمل منع المصلحة المتعاقدة من التعديل الانفرادي في قيمة المقابل المالي دون التعديل المشترك، كما لو اتفق طرفي العقد على تعديل هذا الأخير عن طريق التحيين أو المراجعة إذا ما نص عقد الصفقة العمومية على ذلك.

ثانيا- التأخر في دفع المقابل المالي :

---

[1] إسماعيل هاني عبد الرحمن، المرجع السابق،ص. 1040.

[2] إبراهيم الشارف طاهر تفوقة، المرجع السابق، ص.64.

[3] إلا أن الأمر يختلف عنه بالنسبة لعقود تفويضات المرافق العامة أين تتولى المصلحة المتعاقدة تحديد الرسوم من تلقاء نفسها دون حاجة لموافقة الملتزم، ومرجع ذلك يعود إلى أن الرسوم في عقود التزام المرفق العام تعد من قبيل الشروط التنظيمية وعليه يجوز للمصلحة المتعاقدة تعديلها بإرادتها المنفردة. سامال اسكندر محمد الباجلان، المرجع السابق، ص.218.

[4] صباح المصري، المرجع السابق، ص.290.

[5] حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر في القضية رقم 2519 صادر بتاريخ 31 أوت 1993. مشار إليه لدى السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص.162.

لا تتوقف الالتزامات المالية للمصلحة المتعاقدة على أداء المقابل المالي للمتعامل المتعاقد معها؛ وإنما يقع عليها التزام بدفع هذا المقابل المالي في الوقت المناسب، فلا يحق لها أن تتماطل أو تتأخر في الوفاء به متى ما أدى المتعامل المتعاقد معها ما عليه من التزامات عقدية في خلال المدة المتفق عليها للتنفيذ[1].

وإذا ما حدث أن تأخرت المصلحة المتعاقدة في دفع المقابل المالي؛ فإن ذلك يشكل خطأ عقديا في جانبها يقيم مسؤوليتها التعاقدية، وبالتالي حق للمتعامل المتعاقد معها مطالبتها باقتضاء التعويض القانوني اللازم دون حاجة منه لإثبات أن هناك ضرر قد أصابه من جراء هذا التأخير[2].

كما أن حق المتعامل المتعاقد لا يتوقف دائما على التعويض القانوني – الفوائد التأخيرية -؛ بل يحق له أيضا المطالبة بالتعويض القضائي عن الأضرار التي لحقته لتأخر المصلحة المتعاقد في أداء ما عليها من التزامات مالية وهذا طبقا لما قضى بها مجلس الدولة الجزائري في قرار صادر عنه في قضية المؤسسة ذات الشخص الوحيد EURL (غ) ضد ديوان الترقية والتسيير العقاري جاء فيه: "حيث أن الفوائد التأخيرية المترتبة عن عدم دفع الوضعيات للأشغال المنجزة في آجالها يحكمها نص المادتين 76 و77 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المعدل والمتمم، وحيث أن هاتين المادتين توجبان إتباع إجراءات معينة تتمثل بالخصوص في إيداع طلب مفصل بالوضعية المطلوبة وأنه في دعوى الحال لا يوجد ما يفيد إيداع الوضعية مما يتعذر حساب فوائد التأخير، كما أنه لم يثبت إتباع الإجراء المطلوب في المادة 77 المشار إليها، وحيث أن المستأنفة المؤسسة ذات الشخص الوحيد كانت قد أنجزت الأشغال المتفق عليها وسلمتها في آجالها لصاحبة المشروع ديوان الترقية وهذا مند استحقاق قيمة الوضعية في سنة 2008 وأنه عند عدم دفع المستحقات في وقتها يكون قد ألحق مما لا شك فيه أضرارا بها تستحق عليها التعويض..."[3].

هذا وقد نص المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي رقم 15-247؛ على أن الدفع على الحساب كقاعدة عامة يكون بصفة شهرية، غير أنه قد يكون لمدة أطول إذا ما تطلبت طبيعة الخدمات موضوع الصفقة العمومية ذلك[4]، حيث يبدأ آجال سريان الحق في الدفع ابتدءا من تقديم المتعامل المتعاقد طلبا بذلك مدعما بالوثائق الضرورية من كشوف وفواتير، ويقع على المصلحة المتعاقدة التزام صرف الدفعات على الحساب أو التسوية النهائية في أجل لا يتجاوز 30 يوما ابتدءا من استلامها لتلك الكشوف والفواتير وهي مدة يمكن أن تطول دون أن تتجاوز الشهرين بناءا على قرار من وزير المالية متى ما استدعى موضوع الصفقة العمومية ذلك[5].

وبالتالي متى اتفق أطراف الصفقة على نظام الدفع عن الحساب أو التسوية النهائية للصفقة العمومية ولم تلتزم المصلحة المتعاقدة بأجل صرف الدفعات المنصوص عليها في عقد الصفقة العمومية،

---

[1] مولود محودي وقويدر منقور، "مسؤولية الإدارة عن المساس بالامتيازات المالية للمتعاقد"، مجلة القانون، جامعة غليزان، الجزائر، المجلد 09، العدد 02، 2020، ص.50.

[2] زكريا المصري، العقود الإدارية ما بين الالتزام القانوني والواقع العملي، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، مصر، 2014، ص.29.

[3] قرار مجلس الدولة رقم 078206، مؤرخ في 21 نوفمبر 2013، الغرفة الأولى، المجلة القضائية لسنة 2013، العدد 11، الجزائر، ص.95.

[4] طبقا لنص المادة 118 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[5] طبقا لنص المادة 80 الفقرة 3 من ق.ص.ع 23-12، وبالتفصيل راجع نص المادة 122 الفقرتين 1 و2 من المرسوم الرئاسي رقم15-247.

فإن ذلك من شأنه أن يخول للمتعامل المتعاقد ودون أي إجراء الحق في الاستفادة من فوائد التأخير ابتداء من اليوم الموالي لنهاية أجل الصرف إلى غاية اليوم 15 الذي يلي تاريخ صرف الدفعات على الحساب[1].

أما إذا اتفق طرفي الصفقة على أن يتم الدفع بطريق التسبيقات وتأخرت المصلحة المتعاقدة في دفع أربعة تسبيقات مالية وقام المتعامل المتعاقد بإخطارها بوقف الأشغال غير أنها أمرته بمواصلة التنفيذ حق له زيادة على الحصول على فوائد التأخير المطالبة بحقه في التعويض غالبا ما يحصل عليه بطريق الالتجاء إلى القضاء خصوصا وأن التأخر في دفعها قد يؤثر على عملية تنفيذ الصفقة العمومية بشكل جيد أو في مدتها المتفق عليها[2].

وعليه وجب القول بأنه مهما كانت طريقة الدفع المتفق عليها، فإنه لابد على المصلحة المتعاقدة وفي كل الأحوال الالتزام بدفع المقابل المالي وأن تحترم في ذلك المدة اللازمة للدفع دون أي تأخير.

كما أن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا النطاق هو: ماذا لو أن مجازاة المصلحة المتعاقدة عن طريق الفوائد التأخيرية لا يكفي لجبر ضرر المتعامل المتعاقد معها؟. للإجابة على هذا السؤال لابد من التمييز بين ما إذا كان تأخر المصلحة المتعاقدة تأخرا بسيطا أو تأخرا جسيما، فأما الأول فيكفي لجبر الضرر عنه حصول المتعامل المتعاقد على فوائد تأخيرية تدفعها له المصلحة المتعاقدة بصورة تلقائية دون حاجته للقيام بأي مطالبة بها أو إعذار منه، وأما الثاني فإنه ينم على سوء نية جهة المصلحة المتعاقدة، بحيث لا يكفي لتغطية الضرر الحاصل نتيجته للمتعامل المتعاقد مجرد الفوائد التأخيرية بل يضاف إلى هذه الأخيرة تعويض تكميلي[3]، الأمر الذي أكده مجلس الدولة الجزائري من خلال قرار له جاء في حيثياته: "... ولما ثبت أن عدم دفع المستحقات المالية كان ثابتا، فإن عدم الدفع لها في وقتها يكون تصرفا قد أضر بصاحب الحق مما يتعين الحكم له بالتعويض مع رد المبلغ إلى الحد المناسب"[4]، وذهبت إليه أيضا المحكمة الإدارية العليا في مصر؛ التي قضت بأنه لا ضير في سريان التعويض القانوني -أي الفوائد التأخيرية- على منازعات العقود الإدارية كما هو الحال في مجال عقود القانون الخاص لما في تطبيقه من تيسير على المتعاقد مع الإدارة، والتي يكفي لحدوث التأخير من جانبها لاستحقاقه دون أن يلزم بإثبات أن الضرر ما قد أصابه، فإذا ما أثبت أن ما أصابه من ضرر جاء ناتجا عن سوء نية الإدارة المتعاقد معها ليتجاوز بذلك قيمة التعويض الممنوح له بقوة القانون، يكون من حقه المطالبة بتعويض إضافي عن هذا الضرر الخاص[5].

وقد يكون بوسع المصلحة المتعاقدة تفاديا لتعويض المتعامل المتعاقد معها جراء تأخرها في الوفاء بالتزاماتها المالية تضمين العقد نصا يقضي بزيادة مدة تنفيذ العقد بقدر مدة التأخر في أداء المقابل المالي للأعمال المؤداة من قبل المتعامل المتعاقد، حيث ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة في مصر إلى السماح بذلك، ولم تعتبر في هذا النص مخالفة للنظام العام استنادا إلى أن قواعد

---

[1] راجع في ذلك نص المادة 122 الفقرة 4 وما يليها من نفس المرسوم.

[2] طبقا لنص المادة 113 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

[3] أحمد جمعة نور محمد البلوشي، تعويض المتعاقد في العقد الإداري، دراسة مقارنة في ضوء القوانين والقرارات والأحكام والفتاوى الصادرة بدولة الإمارات العربية المتحدة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص.57 و58.

[4] قرار مجلس الدولة رقم 077577، مؤرخ في 21 نوفمبر 2013، الغرفة الأولى، المجلة القضائية لسنة 2013، العدد 11، الجزائر، ص.83.

[5] قرار المحكمة الإدارية العليا في مصر في الطعن رقم 1629 الصادر بتاريخ 13 ديسمبر 1996. مشار إليه لدى عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، المرجع السابق، ص.230.

العدالة ومقتضيات حسن النية تتعارض مع عدم منح المتعاقد مع الإدارة مهلة إضافية للتنفيذ متى ما تراخت في الوفاء بالتزاماتها المالية[1].

ثالثا- الامتناع عن دفع المقابل المالي:

يعتبر امتناع المصلحة المتعاقدة عن عدم أداء المقابل المالي للمتعامل المتعاقد معها؛ من أخطر التجاوزات التي يمكن أن تتعمدها خصوصا وأن هذا الأخير قد وفى بما عليه من التزامات تعاقدية وأتم تنفيذ الأعمال بشكل مطابق لما اتفق عليه في العقد من شروط، حيث يرى كل من الفقه والقضاء الإداريين أن مثل هذا التجاوز إنما يشكل خطأ تعاقديا جسيما في جانب المصلحة المتعاقدة يتولد عنه حق المتعامل المتعاقد في المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر[2]، وأكثر من ذلك يستطيع المتعامل المتعاقد يوقف تنفيذه العقد ويطالب بفسخ صفقته إذا ما استمرت المصلحة المتعاقدة في الإمتناع عن دفع المقابل المالي المستحق له.

ومن التطبيقات القضائية في هذا الإطار؛ ما ذهب إليه القضاء المصري في حكم المحكمة الإدارية العليا الذي قرر بأن توقف الإدارة عن سداد مبالغ كبيرة من مستحقات المتعاقد معها يشكل إخلالا منها بالتزام جوهري بالعقد، الأمر الذي يجعله مبررا لعدم استكمال الأعمال محل التعاقد[3]، كما قرر مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن أن "امتناع الإدارة عن سداد دفعتين ماليتين للمقاول والتي تأخرت الجهة الإدارية عن سدادها خلال سنة بعد توقف الأشغال العامة يبرر للمقاول الحق في فسخ العقد لخطأ الإدارة"[4].

وبالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة يتبين أن أحكامه أشارت إلى ما قد يقيم مسؤولية المصلحة المتعاقدة في الوفاء بالتزاماتها المالية، كما لو لم تقم بدفع التسبيقات المالية على الحساب للمتعاقد معها في وقتها المناسب[5]، وبالتالي سوف يكون من حق المتعامل المتعاقد معها زيادة على الفوائد المستحقة له عن التأخر في دفع التسبيقات المالية على الحسابات الشهرية في انتظار التسوية، حق المطالبة بالتعويض عن الضرر الأكيد الذي لحقه جراء اختلال التوازن المالي لعقد الصفقة الناجم عن عدم تسوية عدة تسبيقات متتالية[6] بالأخص إذا ما طلبت منه المصلحة المتعاقدة مواصلة القيام بالأعمال موضوع التنفيذ بعد إخطارها، كما قد ينجر عن عدم وفاء المصلحة

---

[1] نفس المرجع، ص.228.

[2] أحمد جمعة نور محمد البلوشي، المرجع السابق، ص.47.

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر في الطعن رقم 4063 الصادر بتاريخ 09 فيفري 1999. مشار إليه لدى أحسان سليمان خربيط، المرجع السابق، ص61.

[4] André DE LAUBADERE, Traité des contrats administratifs, tome 2, LGDJ, Paris , 1984, p882.

[5] طبقا لنص المادة 113 الفقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

[6] كما أكدت على ذلك المحكمة العليا في قرار لها بقوله: "ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الأمر يتعلق بدين نقدي مستحق الأداء، والذي يمثل انجاز مشروع من طرف صاحب الأشغال فالامتناع عن الدفع تعسفا من طرف والي ولاية تيزي وزو يجعل طلب التعويض مؤسسا، وبما أن قضاة المجلس لما قضوا بدفع مبلغ التعويض المستحق من طرف والي ولاية تيزي وزو مقابل انجاز المشروع المذكور، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا القانون الصحيح مما يستوجب تأييد القرار". قرار المحكمة العليا، مؤرخ في 06 سبتمبر 1997، ملف رقم 124356، الغرفة الإدارية، المجلة القضائية لسنة 1998، العدد01، الجزائر، ص.177.

المتعاقدة بهذه التسبيقات دفع المتعاقد بالامتناع عن التنفيذ أو حتى المطالبة بفسخ الصفقة متى استمر وقف تنفيذ الأعمال مدة ستة 6 أشهر ولم يتم خلالها صرف التسبيقات المتأخرة[1].

وإن كان بالإمكان القول بأن فعل المصلحة المتعاقدة بعدم تنفيذ التزاماتها المالية يشكل خطأ جسيما يفترض تعمدها بعدم سدادها لمستحقات المتعاقد معها وبالتالي تثور مسؤوليتها التعاقدية، غير أنها قد تعفى من المسئولية، إلا أنه قد تنتفي مسؤوليتها كما لو عاد امتناعها عن عدم دفع المقابل المالي إلى سبب أجنبي خارج عن إرادتها، سواء كان بخطأ المتعامل المتعاقد الذي تقاعس في المطالبة بمستحقاته المالية خصوصا وأن الالتزامات المالية المترتبة على المصلحة المتعاقدة تتوقف كما سلف الذكر على ضرورة تقديم المتعامل المتعاقد الكشوف والفواتير المتعلقة بقيمة الأعمال المؤداة حسب ما جاء في تنظيم الصفقات أو كان سبب امتناع المصلحة المتعاقدة عدم توفر التخصيص المالي الكافي لتنفيذ العقد أو قوة قاهرة حالت دون تنفيذها لالتزاماتها التعاقدية.

المطلب الثالث: تعسف المصلحة المتعاقدة في استعمال سلطتها اتجاه المتعامل المتعاقد

إذا كانت عملية تنفيذ عقود الصفقات العمومية في ظل ما تتمتع به المصلحة المتعاقدة من امتيازات السلطة العامة، ونظرا لما تنطوي عليه هذه العقود من شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص تعطي المصلحة المتعاقدة سلطات استثنائية لضمان تنفيذ مشروع العقد بالشكل الذي تتحقق معه المصلحة العامة المقصودة من إبرامه، غير أن استعمال المصلحة المتعاقدة لتلك السلطات في مواجهة المتعامل المتعاقد معها قد يخرج عن إطار القواعد العامة للمشروعية بأن تتعسف هذه الأخيرة في ممارستها بغير مبرر مما يقيم في جانبها خطأ يرتب قيام مسؤوليتها اتجاه هذا المتعامل المتعاقد[2].

وتتجلى صور تعسف المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ عقد الصفقة العمومية في الاستعمال غير المشروع لسلطات الرقابة والتوجيه وتعديل العقد وتوقيع الجزاءات وإنهاء العلاقة التعاقدية بإرادتها المنفردة، هذا ما سنتطرق إليه من خلال فروع هذا المطلب.

الفرع الأول: الاستعمال غير المشروع لسلطة الرقابة والتوجيه

طالما أن الصفقات العمومية من أهم الوسائل التي تعتمد عليها الدولة في تسيير المرافق العامة، تم منح المصلحة المتعاقدة حقوق وسلطات استثنائية لمواجهة المتعامل المتعاقد معها، ولعل أهم هذه السلطات سلطة الرقابة والتوجيه التي تهدف إلى حماية الأموال العمومية من خلال مراقبة المتعامل المتعاقد والتأكد من مدى التزامه بتنفيذ عقد الصفقة وفقا للشروط المتفق عليها، سواء كانت من الناحية الفنية أو المالية، وتوجيهه بتنفيذ الأشغال بطريقة مثلى.

أولا- المقصود بسلطة الرقابة والتوجيه:

تعد سلطة الرقابة والتوجيه من ضمانات تنفيذ عقود الصفقات العمومية كأي عقد إداري، تهدف المصلحة المتعاقدة من خلال هذه السلطة إلى التأكد من تنفيذ عقود الصفقات التي أبرمتها بشكل صحيح ومطابق تبعا لشروط العقد.

وهي سلطة تملكها المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد معها سواء كانت مقررة بنص قانوني[3]، أو ببند عقدي أو بدونهما كونها سلطة تنشأ بذاتها دون الحاجة إلى نص يقررها، على أساس أنها

---

[1] كمال العطراوي، المرجع السابق، ص.89.

[2] سلام بن حفاف، ساعد لعقون، المرجع السابق، ص.435.

[3] كما جاء النص عليها في القسم الثاني من في باب الأحكام الأولية من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية تحت عنوان المتدخلون في الصفقة العمومية للأشغال حيث نص في الفقرتين 5 و6 من المادة 3 بقولها: "- صاحب الاستشارة الفنية هو شخص طبيعي أو معنوي، عمومي أو خاص، يخضع للقانون الجزائري أو الأجنبي، تتوفر فيه شروط التأهيل المهني والكفاءات التقنية والوسائل الضرورية لتنفيذ عمليات الاستشارة الفنية، لحساب المصلحة

سلطة أصيلة تقوم استنادا على مبادئ القانون الإداري[1]، ولعل أهمها مبدأ تحقيق الصالح العام ومبدأ المحافظة على حسن سير المرافق العامة بانتظام واستمرار، كمالا يمكن للإدارة التنازل عنها وكل اتفاق يتم بخلاف ذلك يعد باطلا لا يعتد به نظرا لتعلق تلك السلطة بالنظام العام[2].

ويقصد بسلطة الرقابة؛ تحقق المصلحة المتعاقدة من أن المتعامل المتعاقد معها يقوم بتنفيذ التزاماته التعاقدية على نحو ما اتفق عليه في عقد الصفقة العمومية من الناحيتين الفنية والتقنية، حيث يتولى صاحب الاستشارة الفنية مراقبة وفحص التجهيزات ومختلف المواد المستخدمة في عملية التنفيذ والتأكد أولا بأول من صلاحيتها ومطابقتها للمواصفات المتفق عليها مقدما في العقد، أما سلطة التوجيه فتتمثل في حق المصلحة المتعاقدة في التدخل في عملية التنفيذ عن طريق توجيه الأعمال واختيار طريقة تنفيذها[3]، بموجب تعليمات وأوامر مصلحية [4].

ثانيا- صور الاستعمال غير المشروع لسلطة الرقابة والتوجيه:

حتى تتأكد مشروعية سلطة المصلحة المتعاقدة في رقابة تنفيذ المتعامل المتعاقد معها لالتزاماته التعاقدية وتوجيهه أثناء التنفيذ؛ يقع واجبا عليها بألا تخرج عن حدود وغايات الحق المقرر لها بموجب هذه السلطة[5]، كون ممارستها لها ليست مطلقة بل هي مقيدة بضوابط فلا يجب أن تبالغ باستعمالها إلى حد الاعتداء على حقوق المتعامل المتعاقد معها والإضرار به أو إلى حد التغيير في موضوع العقد ومواصفات تنفيذه الأصلية تحت ستار التوجيه والإشراف، مما يجعل استعمالها لسلطة الرقابة والتوجيه

المتعاقدة، ملتزما اتجاهه على أساس كلفة الغرض المطلوب وأجال ومقاييس النوعية، يمكن أن يكون صاحب الاستشارة الفنية، لاسيما مهندسا معماريا أو مكتب دراسات متخصص أو متعدد التخصصات معتمد، طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما، ويلتزم صاحب الاستشارة الفنية إما بشكل فردي أو متضامن، في إطار تجمع مؤقت عند الاقتضاء في إطار علاقة قانونية مثبتة قانونا بمفهوم التشريع والتنظيم المعمول بهما.

-المراقب التقني هو هيئة معتمدة تستوفي شروط المؤهلات المهنية لممارسة مهام المراقبة التقنية للبناء أو في قطاع الأشغال العمومية أو خاص بقطاع الري، بخضوعه لإلزامية الوسائل، يكلف أساسا بمراقبة تصميم ومطابقة انجاز المنشئات أو أجزاء منها بالنظر إلى القواعد والمعايير المطبقة واحترام المخططات المعدلة والمتممة التي يؤشر عليها يضمن تدخل الرقابة التقنية للبناء استقرار وديمومة المنشآت وأجزاء المنشآت وخدمات الأشغال قصد التقليل من أخطار الإختلالات والمساهمة في الوقاية من المخاطر التقنية المحتملة أثناء الانجاز".

[1] مصطفى عامر حمدي عطية، المرجع السابق، ص.467.

[2] أحمد جمعة نور محمد البلوشي، المرجع السابق، ص.65. وأيضا أحسان سليمان خربيط، المرجع السابق، ص.67.

[3] صباح المصري، المرجع السابق، ص.243.

[4] ويمكن تعريف الأمر المصلحي بأنه "الأمر الصادر من جهة الإدارة إلى المتعاقد معها بقصد تحديد أوضاع تنفيذ العقد، ويصدر عادة من الأعضاء الفنيين، ولاسيما المهندسين المنوط بهم الإشراف على تنفيذ العقد ويعد قرارا إداريا ملزما يتعين على المتعاقد احترامه وتنفيذ ما جاء فيه فإذا كان له أي اعتراض فيجب أن يسلك السبيل المشروع للاعتراض إما بالتظلم أو الطعن القضائي". سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص475. وأما بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، فقد عرف أمر الخدمة حسب المادة 27 بأنه: "أمر مكتوب صادر من المصلحة المتعاقدة في إطار التعبير عن سلطتها في القيادة، الذي يهدف إلى تبليغ المقاول بقرارات مبررة أو معلومات تندرج في الإطار العام للصفقة العمومية للأشغال التي يحوز عليها". ويتم تبليغ أمر الخدمة عن طريق رسالة موصى عليها مقابل إشعار بالاستلام أو التوجيه مقابل وصل إيداع أو عن طريق أية وسيلة غير مادية مع إثبات الاستلام طبقا للفقرة 3 من نفس المادة أعلاه، بحيث يقع وجوبا على المتعاقد تنفيذ ما ورد في أمر الخدمة بحيث يعتبر تنفيذيا فور تبليغه حتى لو تضمن مواصفات تتجاوز التزامات الصفقة الأصلية، ولا يكون للمقاول إلا أن يقدم ملاحظاته مكتوبة ومبررة ويرفعها إلى المصلحة المتعاقدة في أجل عشرة 10 أيام ابتداء من تاريخ تبليغها كما ورد في الفقرتين 7 و8 من نفس المادة.

[5] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود والقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص.109. وأيضا محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص.395.

استعمالا غير مشروع، فتثار بذلك مسؤوليتها التعاقدية وحق المتعامل المتعاقد معها في مطالبتها بالتعويض[1].

1- الخروج عن الغاية من استعمال سلطة الرقابة والتوجيه:

إن أهم ما تهدف إليه المصلحة المتعاقدة من وراء استعمالها لسلطة الرقابة والتوجيه أثناء عملية تنفيذ عقود الصفقات العمومية؛ هو ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد وبالتالي إذا ما استعملت تلك السلطة بغية تحقيق غرض آخر مخالفة بذلك مبدأ حسن النية الذي تقتضيه كل العقود الإدارية على غرار العقود المدنية، قاصدة بذلك إلحاق الضرر بالمتعامل المتعاقد معها وتعجيزه عن أداء التزاماته التعاقدية، فإنها تكون قد انحرفت وأساءت استعمال السلطة[2].

إن مسؤولية المصلحة المتعاقدة لا تثار في أغلب الأحيان بشأن ممارستها لسلطة الرقابة على عملية التنفيذ بقدر ما تثار بمناسبة استعمالها غير المشروع لسلطة التوجيه، إذ كثيرا ما تتعسف في توجيه أوامر مصلحية يكون من شأنها عرقلة المتعامل المتعاقد من تنفيذ التزاماته التعاقدية ومن تم الإضرار به كأمرها بإيقاف العمل لمدة تتجاوز الحد المعقول دون أن يكون هناك مبرر مما قد يكلف المتعاقد مصاريف تفوق ما قدره من تكاليف وقت التعاقد[3].

وبالرغم مما قد يلحق المتعامل المتعاقد من ضرر نتيجة تعسف المصلحة المتعاقدة لدى استعمالها سلطة التوجيه اتجاه هذا الأخير، فالقاعدة تقتضي على المتعامل المتعاقد الامتثال والخضوع لأوامر الإدارة المصلحية، ويعتبر امتناع المتعامل المتعاقد عن تنفيذها رفضا لتنفيذ العقد بما يعرضه للجزاءات المناسبة شريطة ألا تؤدي تلك الأوامر إلى تغيير موضوع العقد وقلب اقتصادياته[4].

غير أن امتثال المتعامل المتعاقد لأوامر الإدارة المصلحية غير المشروعة واستمراره في التنفيذ لا يعني نفي المسؤولية عن المصلحة المتعاقدة، بحيث يحق لهذا المتعامل المتعاقد مطالبتها بالتعويض أو حتى الفسخ إن اقتضى الأمر ذلك[5].

ومن أبرز الأمثلة في هذا الشأن؛ حينما تأمر المصلحة المتعاقدة من المتعامل المتعاقد رغم قيامه بإخطارها عن نيته في وقف الأشغال بمواصلة تنفيذ الأشغال بالرغم من عدم دفعها له أربعة تسبيقات على الحساب بصورة متتالية وفي الوقت المناسب، مهددة بذلك التوازن المالي للعقد، فيقوم نتيجة لذلك حقه في مطالبة المصلحة المتعاقدة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه[6]، أو قد تأمر المصلحة المتعاقدة بتأجيل عملية تنفيذ الأشغال لعدة مرات متتالية لمدة تفوق سنة واحدة سواء قبل أو بعد بداية التنفيذ، حينها يجوز أيضا للمتعامل المتعاقد مطالبة المصلحة المتعاقدة فسخ العقد دون الإخلال بالتعويض، على أن يقدم طلبا كتابيا بذلك في مدة أقصاها ثلاثين 30 يوما اعتبارا من اليوم الموالي الذي يلي الأجل السنوي الموافق للتأجيل أو لمختلف التأجيلات المتتالية[7].

2- تجاوز حدود سلطة الرقابة والتوجيه:

---

[1] صباح المصري المرجع السابق، ص.244.

[2] كمال العطراوي المرجع السابق، ص.17.

[3] سلام بن حفاف، ساعد لعقون، المرجع السابق، ص.428.

[4] السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص126 و127. وأيضا مصطفى عامر حمدي عطية، المرجع السابق، ص.267.

[5] عمر خالدي، "سلطة الرقابة كآلية لحماية المصلحة المتعاقدة في قانون الصفقات العمومية"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة الجلفة، 2021، ص. 1145.

[6] طبقا لنص المادة 113 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

[7] كما جاء في نص المادة 114 من نفس المرسوم التنفيذي.

إن سلطة الرقابة والتوجيه بمعناها المزدوج لها نطاق معين لابد للمصلحة المتعاقدة ألا تتعداه، بحيث يمثل هذا النطاق الحد الفاصل بين تلك السلطة وسلطتها في تعديل نصوص العقد بإرادتها المنفردة، فإذا ما تجاوزت المصلحة المتعاقدة ذلك الحد انتقلت من سلطة الرقابة والتوجيه إلى سلطة التعديل[1].

ولا يجوز أيضا للمصلحة المتعاقدة وهي بصدد ممارستها لسلطتها في رقابة وتوجيه المتعامل المتعاقد أن تغير من طبيعة العقد المتفق عليه، وإلا اعتبر عملها عملا غير مشروع استوجب قيام مسؤوليتها عما أحدثه تصرفها من أضرار لحقت بالمتعاقد[2]، بل يقف حق المصلحة المتعاقدة في استعمال سلطة الرقابة والتوجيه أثناء عملية تنفيذ العقد عند الحد الذي يكفل لها التأكد من سلامة تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية واستمراره في تنفيذها على الوجه السليم وبالمطابقة لما اتفق عليه في العقد[3].

في هذا النطاق يرى عبد العزيز عبد المنعم خليفة بأن تجاوز المصلحة المتعاقدة في استعمال سلطتها في الرقابة والتوجيه متى ما كان يسيرا، فإنه لا يشكل خطأ في جانبها بالرغم مما يترتب عليها نتيجة لذلك من لزوم دفع تعويض للمتعامل المتعاقد معها، تعويضا له عن النفقات الإضافية التي تكبدها بسبب هذا التجاوز ليس على أساس الخطأ وإنما على أساس إعادة التوازن المالي للعقد الذي يمثل إحدى صور المسؤولية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة من دون خطأ[4]، بينما يعتبر من قبيل خطأ المصلحة المتعاقدة تجاوزها سلطة الرقابة والتوجيه أمر المتعامل المتعاقد معها باستعمال مواد غير تلك المتفق عليها في العقد فتكون بذلك قد عدلت شرطا تعاقديا[5]، كان محل اعتبار المتعامل المتعاقد معها حين قدر المقابل المادي للعقد[6].

الفرع الثاني: الاستعمال غير المشروع لسلطة التعديل

بالرغم من أن سلطة المصلحة المتعاقدة في التعديل الانفرادي لعقد الصفقة كانت محل جدل فقهي؛ إلا أنها تظل واحدة من أهم المميزات التي تستأثر بها المصلحة المتعاقدة كطرف في العقد -أكثر من ذلك تعتبر من الشروط غير المألوفة في عقود القانون الخاص ولو جاءت في عقد منها لأبطلته-[7]، غير أن تعسف المصلحة المتعاقدة في استعمال هذه السلطة يعتبر خطأ في جانبها يقيم مسئوليتها التعاقدية، وقد يتخذ هذا التعسف أحد المظاهر التالية، خروج قرار التعديل عن تحقيق الصالح العام، خروج التعديل عن موضوع العقد، تجاوز التعديل مقداره ومداه ومساس التعديل بغير النصوص المتعلقة بالمرفق العام.

أولا- المقصود بسلطة التعديل:

يعد تعديل شروط العقد إحدى أخطر السلطات التي تملكها المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد معها أثناء عملية تنفيذ العقد، كونها تمثل حقا ثابتا لها تمارسه بإرادتها المنفردة كلما اقتضت حاجة المرفق ذلك ودون أن يكون للمتعامل المتعاقد معها حق الاحتجاج بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة القوة الملزمة للعقد وأن العقد شريعة المتعاقدين كما هو معمول به في نطاق العقود الخاصة[8].

---

[1] أحمد جمعة نور محمد البلوشي، المرجع السابق، ص.78.
[2] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.451.
[3] أحسان سليمان خربيط، المرجع السابق، ص.67.
[4] المرجع السابق، ص.111.
[5] زينب سالم، المرجع السابق، ص.263.
[6] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود والقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص.111.
[7] إسماعيل هاني عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.174.
[8] كما جاء في حكم محكمة القضاء الإداري في مصر في القضية رقم 1609 الصادر بتاريخ 16 فيفري 1956. مشار إليه لدى حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص.212.

وتشمل سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل شروط عقد الصفقة العمومية؛ زيادة أو إنقاص التزامات المتعامل المتعاقد معها بصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، أو تعديل طريقة تنفيذه أو تعديل الجدول الزمني الخاص بعملية التنفيذ، وهي بهذا تمثل الطابع الرئيسي الذي يميز نظام العقود الإدارية بما فيها عقود الصفقات العمومية عن عقود القانون الخاص[1].

إن أساس منح المصلحة المتعاقدة صلاحية التعديل في شروط العقد؛ يعود إلى ما تقتضيه قواعد وأحكام سير المرافق العامة من حيث ضرورة انتظامها ودوام سيرها من جهة، وقابليتها للتعديل والتغيير في أي وقت لمواجهة ما قد يطرأ من ظروف مفاجئة بما يحقق المصلحة العامة من جهة أخرى، لتستطيع نتيجة لذلك المصلحة المتعاقدة استعمال سلطة التعديل سواء نص عليها في العقد أو لم يتم النص عليها، ذلك أن النص عليها يعتبر كاشفا لحقها في التعديل وليس منشأ له [2]، كما لا يمكن لها أن تتنازل عن تلك السلطة باعتبارها من النظام العام وكل اتفاق بخلاف ذلك يعد باطلا لا يعتد به[3]، على أن يراعى في هذا الصدد المركز القانوني للمتعامل المتعاقد مع الإدارة اتجاه سلطة هذه الأخيرة في التعديل لا يستوي لائحيا أو تنظيميا، بل يظل تعاقديا كمركزه اتجاه كافة الحقوق والامتيازات التي يكفلها عقد الصفقة العمومية لطرفيه، بحيث لا يملك أن يرفض تنفيذ أوامر المصلحة المتعاقدة ولا يستطيع سوى المطالبة بالحصول على تعويض من المصلحة المتعاقدة إذا ما ترتب على استعمال حقها في التعديل إخلالا بالتوازن المالي للعقد[4].

غير أن سلطة المصلحة المتعاقدة في التعديل لا تمارس بغير ضوابط أو قيود؛ بل هي سلطة مرهونة بتحقيق الصالح العام[5]، كما لا يجب أن يطال استعمالها جميع شروط عقد الصفقة العمومية وإنما فقط تلك الشروط المتعلقة بتسيير المرفق وحاجاته ومقتضياته بحيث يقع على المصلحة المتعاقدة لدى استعمالها سلطة التعديل الالتزام بموضوع العقد وطبيعته فلا تغير في محله، بالإضافة إلى ضرورة عدم تجاوز مقدار التعديل ومداه إلى الحد الذي يتجاوز إمكانيات المتعاقد الفنية أو المالية أو الاقتصادية[6].

ومن أهم النصوص التشريعية في الجزائر التي أقرت بحق المصلحة المتعاقدة في تعديل عقود الصفقات العمومية؛ ما نصت عليه المادة 81 من قانون الصفقات العمومية رقم23-12 بقولها: " يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة العمومية المبرمة في إطار هذا القانون. يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة. ويمكن أن تغطي الخدمات موضوع الملحق، خدمات تكميلية تدخل في الموضوع الإجمالي للصفقة".

كما تم النص أيضا على سلطة التعديل هذه في المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتعلق بدفتر البنود الإدارية العامة في القسم الرابع من الباب الثاني تحث عنوان تعديل قوام الأشغال وحدوده ونتائجه انطلاقا من نص المادة 33 إلى غاية المادة 36، وكذلك القسم الخامس من نفس الباب تحت عنوان تعديل وتأخير أجل التنفيذ في المواد من 37 إلى 38.

---

[1] محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص.396.

[2] بمعنى آخر أنه متى أشارت نصوص العقد إلى سلطة التعديل فإن ذلك لا يعدو أن يكون مجرد تنظيم لهذه السلطة وبيان أوضاع وأحوال ممارستها وما يترتب على ذلك، لمزيد من التفصيل أنظر أحمد جمعة نور محمد البلوشي، المرجع السابق، ص.72.

[3] مصطفى عامر حمدي عطية، المرجع السابق، ص.474.

[4] سلام بن حفاف، ساعد العقون، المرجع السابق، ص.438.

[5] محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص.401 و403.

[6] أحمد جمعة نور محمد البلوشي، المرجع السابق، ص.73. وأيضا مال الله جعفر الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.455.

وبحسب مضمون هذه المواد؛ يتضح أن المشرع نظم حق المصلحة المتعاقدة في التعديل من منطلق أنه تعديل ناتج عن الإرادة المزدوجة لأطراف الرابطة التعاقدية مادام أن المصلحة المتعاقدة عند قيامها بإجراء إدخال التعديلات اللازمة على الصفقة فإنها تقوم بذلك وفق وثيقة تدعى بالملحق[1]، وبالتالي لم تعنى هذه المواد بالتعديل الانفرادي للصفقة الذي قد يصدر من جانب المصلحة المتعاقدة أثناء مرحلة التنفيذ.

غير أنه وفي كل الأحوال كما اتفق عليه الفقه، لا يجب أن يكون من أثر ممارسة جهة المصلحة المتعاقدة سلطة التعديل الإضرار بالمتعامل المتعاقد إلى حد إرهاقه من الناحيتين الفنية والمالية بتغييرها موضوع العقد كلية أو زيادة مقدار التعديل عن حده، فتعتبر المصلحة المتعاقدة بذلك متعسفة في استعمال هذه السلطة مما يثير مسؤوليتها التعاقدية وحق المتعامل المتعاقد معها في مطالبتها بالتعويض أو الفسخ[2].

ولا بأس من الإشارة أيضا؛ إلى أنه لا بد من التمييز بين حق المتعامل المتعاقد في الحصول على التعويض الناتج عن الاستعمال غير المشروع لسلطة التعديل الذي يفترض فيه توافر ركن الخطأ في جانب المصلحة المتعاقدة، وبين التعويض الذي يحصل عليه المتعامل المتعاقد نتيجة الأضرار التي تلحق مركزه التعاقدي جراء الاستعمال المشروع لسلطة التعديل في إطار إيجاد توازن بين المصلحة العامة التي تبتغيها المصلحة المتعاقدة، وبين مصلحة المتعامل المتعاقد معها طبقا لما تقتضيه قواعد العدالة[3]، فمطالبة المتعامل المتعاقد بحقه في التعويض جراء تعسف المصلحة المتعاقدة في استعمال سلطة التعديل مشروط بأن يكون التعديل قد تم بالإرادة المنفرة للمصلحة المتعاقدة وتجاوز حدود المشروعية إلى ما يضر بالمتعامل المتعاقد، أما تعديل العقد بعد إبرامه بالاتفاق بين طرفيه فلا يرتب للمتعامل المتعاقد تعويضا إلا بقدر ما أثمره اتفاقهما المشترك[4].

ثانيا- صور الاستعمال غير المشروع لسلطة في التعديل:

انطلاقا مما سبق قوله حول سلطة التعديل الممنوحة للمصلحة المتعاقدة وأساس استعمالها تظل سلطة مقيدة بضوابط وقيود، يترتب على عدم التزام المصلحة المتعاقدة بها تجاوز سلطتها حدود المشروعية ليصبح عملها مشوب بعدم المشروعية مما يقيم مسؤوليتها التعاقدية، ولعل أهم صور تعسف المصلحة المتعاقدة في استعمال سلطة التعديل خروجها عن الغاية من اللجوء إلى التعديل وهي تحقيق الصالح العام، أو عدم اتصال التعديل بموضوع العقد أو تغييره، أو تجاوز التعديل مقداره القانوني، وحتى مساس التعديل بغير النصوص المتعلقة بسير المرفق العام وانتظامه[5].

---

[1] تعتبر وثيقة الملحق وثيقة تعاقدية لاحقة على إبرام الصفقة تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة متى ما تطلبت ذلك مقتضيات تنفيذ عقد الصفقة العمومية، قد يكون مضمونها زيادة في قوام الأشغال أو الخدمات المعهود للمتعاقد القيام بها أو الإنقاص منها كما قد يكون هدفها تعديل في بنود أو عدة بنود تعاقدية، شريطة ألا يؤثر اللجوء إلى إبرام الملحق على التوازن المالي للعقد وألا يغير من موضوع الصفقة ومداها. عادل بوعمران، المرجع السابق، ص.190.

[2] ثامر مبارك عوض المطيري، تعسف الإدارة في استعمال صلاحياتها في تعديل العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011، ص.54.

[3] أحسن سليمان خربيط، المرجع السابق، ص.89.

[4] ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص.209.

[5] وفي ذلك أقرت محكمة القضاء الإداري في مصر في حكم لها صادر بتاريخ 16 ديسمبر 1956 في القضية رقم 1690 "...وسلطة التعديل هذه، وإن كانت تتناول وتشمل جميع العقود الإدارية بما فيها عقود التوريد وعقود الأشغال العامة إلا أنها ليست مطلقة، بل ترد عليها قيود، منها أنها تقتصر على نصوص العقد المتصلة بسير المرفق العام وحاجاته ومقتضياته، ومنها أنها لا تطبق بقذر واحذ في جميع العقود...، وأخيرا فان من هذه القيود ما يتصل بمقدار الأعباء الجديدة التي تلقى على عاتق المتعاقد مع الإدارة نتيجة لممارستها هذه السلطة إذ يجب أن تكون تلك الأعباء في الحدود الطبيعية والمعقولة من حيث نوعها وأهميتها، لا أن يكون من شأنها فسخ العقد الأصلي أو تبديل موضوعه أو إنشاء محل جديد له غير ما تم الاتفاق عليه، وأن تؤدي هذه الأعباء إلى إرهاق المتعاقد فتجاوز إمكانياته الفنية أو المالية أو الاقتصادية، وإلا جاز له أن يمتنع عن

1- خروج قرار التعديل عن تحقيق الصالح العام:

إن تحقيق الصالح العام؛ غاية عامة وجب على الإدارة استهدافها في جميع تصرفاتها التعاقدية منها وعير التعاقدية، الأمر الذي يتطلب من المصلحة المتعاقدة وهي بصدد ممارسة سلطتها في تعديل عقد الصفقة العمومية أن يكون دافعها تحقيق المصلحة العامة المجردة في سبيل مواجهة ما قد يطرأ من ظروف مستحدثة مغايرة لتلك التي أبرم العقد في كنفها، بحيث لو لم تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى استعمال سلطة التعديل تلك لأصبح تنفيذ العقد غير محققا للمصلحة العامة أو أقل تحقيقا لها أو متعارضا معها[1].

وعلى العكس من ذلك؛ متى ما لم يحدث تغير في ظروف تنفيذ عقد الصفقة العمومية وظلت ثابتة، فإنه لا يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى تعديل العقد ولو تم السماح لها بتعديل شروط العقد رغم ثبات ظروفه لتملصت بما التزمت به من التزامات تعاقدية في إطار العقد الأصلي من دون مبرر[2].

وبالتالي إذا ما لجأت المصلحة المتعاقدة إلى استعمال سلطة تعديل العقد في غير دواعي تحقيق المصلحة العامة ودون أن يكون هناك مستجدات لاحقة على إبرام العقد استدعت إجراء تعديلات على عملية التنفيذ، اعتبرت متعسفة في استعمال حقها في التعديل مما ينجم عنه الإضرار بمصلحة المتعامل المتعاقد معها لتكون بذلك قد حاذت عن مبدأ حسن النية الذي تفترضه عملية إبرام العقود الصفقات العمومية وتنفيذها[3].

غير أن السؤال الذي يطرح في هذا السياق هو: ماذا لو أن تلك المستجدات عادت لسوء تقدير المصلحة المتعاقدة لدى تحديدها حاجات المرفق العام قبل الشروع في إبرام الصفقة العمومية؟. أو بمعنى آخر هل يمكن القول بأن خطأ الإدارة في تقدير حاجيات المرفق العام يمنعها من استعمال حقها في تعديل العقد؟.

بالرغم من حرص المشرع الجزائري من خلال المادة 16 الفقرة 4 من قانون الصفقات العمومية رقم 23-12 على ضرورة أن يستند تحديد الإدارة حاجيات المرفق العام إلى تقدير إداري وعقلاني، بحث أوجب عليها إلزامية إعداد هذه الحاجيات من حيث طبيعتها ومداها بكل دقة عن طريق مراعاة مواصفات تقنية مفصلة تعذ على أساس مقاييس أو نجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية، إلا أن واقع الأمر غالبا ما تبرم عقود صفقات عمومية وفي خلال تنفيذها تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى إبرام العديد من الملاحق تتضمن عدة تعديلات، يعود سببها إلى سوء تقديرها المسبق لحاجيات المرفق العام لا إلى مستجدات طرأت بعد إبرام العقد لأسباب خارجة عن نطاقها كقوة قاهرة أو صعوبات مادية يصعب توقعها وقت إبرام العقد[4].

وفي هذا ذهب بعض الفقه في تحديده لمفهوم تغير الظروف الذي يضفي المشروعية على تعديل الإدارة لتعاقداتها الإدارية، أنه يعني بمفهومه الواسع كل "تغير في ظروف تنظيم المرفق العام ذاته وكذلك كل تغير في ظروف أداء الخدمة وهذا يعطي للإدارة الحق في تعديل العقد الإداري ليس فقط في حالة تغير الظروف التي ينفذ فيها عن تلك التي أبرم في كنفها، ولكن هذا الحق يكون قائما أيضا في كل الحالات التي

تنفيذها. بل أن يطلب فسخ العقد تأسيسا على أن التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة في مقابل حقها في التعديل لا يكفي لإصلاح الضرر الذي ينشأ عن هذا التعديل، فله أن يتفادى النتائج الخطيرة المرهقة التي كان يتحملها، وتقدير ذلك كله يدخل في سلطة القاضي ويخضع لرقابة محكمة القضاء الإداري". مشار إليه لدى مصطفى عامر حمدي عطية، المرجع السابق، ص.487 و488.

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، المرجع السابق، ص.51 و52.

[2] ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص. 207 و208.

[3] ثامر مبارك عوض المطيري، المرجع السابق، ص.52.

[4] خيرة بن سالم، "تنفيذ الصفقات العمومية في ظل جائحة كوفيد 19، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 34، عدد خاص، الجزائر، 2020 ص.73.

تخطيء فيها الإدارة في تقدير مقتضيات سير المرافق العامة، حيث يكون لها حق تعديل العقد بما يتوافق مع المقتضيات الحقيقية للمرفق محل التعاقد، وذلك لارتباط الأساس القانوني لسلطة التعديل بالقواعد الحاكمة للمرفق العام، ومن أبرزها قابليته للتغيير في كل وقت وسواء أخطأت الإدارة في التقدير ابتداء من عدمه، فيجب أن تتمكن من خلال تعديلها للعقد الإداري من تنظيم المرفق بالأسلوب الذي تراه محققا للصالح العام"[1].

في حين يرى جانب آخر من الفقه، بأنه متى أثبت المتعامل المتعاقد أن الظروف المستجدة التي استلزمت تعديل شروط العقد كانت موجودة وقت إبرام العقد، ولم تراعها المصلحة المتعاقدة في تقديرها لحاجيات المرفق محل المشروع ومن تم في شروط العقد ولجأت بعد ذلك إلى التعديل، كان من حقه مطالبتها بالتعويض عما أصابه من أضرار من جراء خطأ الإدارة الذي تأسست عليه مسؤوليتها التعاقدية[2].

2- خروج التعديل عن موضوع العقد:

لكي تكتسب سلطة تعديل شروط العقد مشروعيتها؛ وجب أن تتمحور ممارسة هذه السلطة حول موضوع العقد، إلا أن المصلحة المتعاقدة قد تتعسف لدى استمالها سلطة التعديل تلك إذا ما أمرت بإجراء تعديلات تفرض على المتعامل المتعاقد معها التزامات خارجة عن العقد لا صلة لها بموضوعه، بحيث يجد نفسه أمام عقد جديد، حينها يكون من حقه أن يلجأ إلى قاضي العقد لإلغاء هذا القرار أو فسخ العقد باعتبار أن مثل هذه التعديلات سوف ترهقه إلى الحد الذي يتنافى واستمراره في التنفيذ، كونها تمثل التزامات جديدة لم تكن محل اعتباراته وقت التعاقد[3].

ويصطلح على هذه الالتزامات بفكرة الأعمال الجديدة، وهي أعمال لم يسمح مجلس الدولة الفرنسي بفرضها على المتعامل المتعاقد كون موضوعها يأتي غريبا عن العقد الأصلي فلا تربطها به صلة إطلاقا أو أن تنفيذها يحتاج إلى أوضاع جديدة تختلف كلية عن تلك التي نص عليها في العقد[4]، كأن تعهد المصلحة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد بإنشاء مبنى في حين موضوع العقد كان تشييد طريق، أو أن تقوم هذه المصلحة المتعاقدة مثلا بتغيير موقع التنفيذ مما قد يقلب تقديرات المتعامل المتعاقد معها لدى إقدامه على التعاقد معها[5].

كما ذهبت محكمة القضاء الإداري في مصر إلى القول بأن الأعباء الجديدة التي تقع على عاتق المتعاقد نتيجة سلطة التعديل، يجب أن تكون في الحدود الطبيعية والمعقولة من حيث نوعها وأهميتها في نطاق موضوعه لا أن يكون من شأنها أن تقلب موضوع العقد أو إنشاء محل جديد له بخلاف ما تم الاتفاق عليه، وإلا جاز للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد تأسيسا على أن التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة في مقابل حقها في التعديل لا يكفي لإصلاح الضرر الذي ينشأ عن هذا التعديل[6].

وتجنبا لفرض مثل هكذا أعمال جديدة على المتعامل المتعاقد في عقود الصفقات العمومية والتي قد يكون من شأنها تغيير موضوع العقد، ألزم المرسوم التنفيذ رقم 21-219 المتعلق بالمصادقة على دفتر

---

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، المرجع السابق، ص.53 و54.
[2] بلال أمين زين الذين، المرجع السابق، ص.523.
[3] إبراهيم خورشيد محمد المفرجي، المرجع السابق، ص.114 و115.
[4] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.485.
[5] ثامر مبارك عوض المطيري، المرجع السابق، ص.53.
[6] حكم محكمة القضاء الإداري في مصر الصادر بتاريخ 16 ديسمبر 1956 في القضية رقم 1690. مشار إليه لدى مصطفى عامر حمدي عطية، المرجع السابق، ص.488.

البنود الإدارية العامة المصلحة المتعاقدة لدى قيامها بتعديل قوام الأشغال بالزيادة ضرورة أن يشمل هذا التعديل فئتين من الأشغال فقط هما كالتالي:

- خدمات أشغال تكميلية هي خدمات غير منصوص عليها في العقد تدخل في إطار الموضوع الإجمالي للصفقة التي يعد تنفيذها أمرا ضروريا لإتمام انجاز المنشأة بشكل جيد وعناصر المنشأة وخدمات الأشغال.

- خدمات أشغال إضافية هي خدمات يكون انجازها بكميات أكبر من تلك المنصوص عليها في العقد وضرورية لإتمام انجاز المنشأة بشكل جيد وأجزاء المنشأة وخدمات الأشغال[1]. أي يتم اللجوء لمثل هذه الخدمات عندما لا تسمح الكميات المحددة في عقد الصفقة العمومية للأشغال بتحقيق هدفها، باستثناء الحالات التي تقع على مسؤولية المتعاقد شريطة عدم تعديلها موضوع عقد الصفقة أو نطاقها[2].

وعليه متى ما فرضت المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد معها إجراء تعديلات في غير هاتين الفئتين من زيادة الأعباء، تكون قد خرجت عن موضوع العقد وبالتالي ارتكبت خطأ يثير مسؤوليتها التعاقدية وحق للمتعامل المتعاقد الامتناع عن التنفيذ والمطالبة بفسخ العقد[3].

3- تجاوز التعديل مقداره ومداه:

إذا كانت المصلحة المتعاقدة؛ تستطيع أن تتناول بالتعديل مقدار الكميات المتعاقد عليها سواء بالزيادة أو النقصان وتمارس هذه السلطة حتى في حالة سكوت العقد فتفرض ما تراه مناسبا لتحقيق مصلحة المرفق العام[4]، إلا أنه يقع عليها لزاما عند قيامها بتعديل عقودها أن تراعي في ذلك ألا يتجاوز هذا التعديل الحدود والنسب المقررة قانونا مما قد يترتب عنه من إرهاق للمتعامل المتعاقد معها وتجاوز لإمكانياته الفنية أو المالية أو الاقتصادية[5].

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر، بأنه "يشترط في التعديل الذي تقرره الإدارة ألا يصل إلى حد فسخ العقد كلية أو إلى الحد الذي يخل بتوازنه المالي، وإلا كان للطرف الآخر في هذه الحالة التمسك باعتبار العقد مفسوخا والمطالبة بالتعويضات إن كان لها وجه"[6].

وفي هذا السياق لابد من التنويه؛ إلى أن المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247، قد حدد للمصلحة المتعاقدة نسبا معينة لا يمكن تجاوزها بمناسبة ممارستها سلطتها في التعديل وإلا أخلت بتوازن الصفقة، فنص في الفقرة 8 من نص المادة 136 من التنظيم أعلاه على ضرورة ألا يتجاوز التعديل ما مقداره 15 بالمائة من المبلغ الأصلي للصفقة في حالة صفقات اللوازم والدراسات والخدمات، و20 بالمائة في حالة صفقات الأشغال[7]، كما اشترطت نفس الفقرة على المصلحة المتعاقدة أن تبرر عند لجوءها إلى التعديل بأن تعديلها لم يمس بالشروط الأصلية للمنافسة وأنه لم يتم التراجع فيها وأن إعلان جديد بعنوان الخدمات بالزيادة لا يسمح بانجاز المشروع حسب الشروط المثلى للآجال والسعر.

---

[1] طبقا لنص المادة 136 الفقرتين 3 و4 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، وأيضا نص المادة 34 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

[2] طبقا لنص المادة 136 الفقرة 7 من نفس المرسوم الرئاسي، وأيضا نص المادة 34 الفقرة 2 من نفس المرسوم التنفيذي.

[3] ثامر خلف عبد ربه الدروع، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بيروت، لبنان، 2017، ص.55.

[4] إسماعيل هاني عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.853.

[5] مصطفى عامر حمدي عطية، المرجع السابق، ص.490.

[6] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ 20 أفريل 1957 في القضية رقم 1520. مشار إليه لدي سالم زينب، المرجع السابق، ص.267.

[7] لمزيد من التفصيل راجع في ذلك المادتين 34 و35 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

وعليه متى ما لم تحترم المصلحة المتعاقدة هذه النسب بأن تجاوزتها - فيما عدا في حالة ما إذا طرأت أثناء عملية التنفيذ تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة أطراف الصفقة أين سمح المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة بتجاوز ما حدده من نسب-[1]، فإنها تكون مسؤولة مسؤولية تعاقدية وهذا انطلاقا مما نص عليه المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن دفتر البنود الإدارية العامة الذي سمح للمتعامل المتعاقد بمطالبة المصلحة المتعاقدة بالفسخ الفوري لعقد صفقته دون تعويض، بشرط أن يرسل طلبه إليها كتابيا في غضون ثلاثين يوما ابتداء من تاريخ التبليغ بأمر الخدمة متى ما تضمن تعديلات بإضافة أشغال[2]، كما لا تكون المصلحة المتعاقدة مسؤولة عن تجاوزها بزيادة الأشغال عن النسب المقررة قانونا فقط وإنما قد تترتب مسؤوليتها عن الإنقاص من حجم الإشغال وتخفيض قوامها، بحيث يجب ألا تتجاوز نسبة التخفيض بأي حال من الأحوال عتبة 20 بالمائة، وإذا ما تجاوز التعديل نسبة التخفيض هذه أمكن للمتعامل المتعاقد طلب بذل تعويضي عن الضرر الذي لحق به بسبب التخفيضات التي حدثت، وفي حالة عدم وجود اتفاق وذي فإنه يتم تحديد التعويض بأمر من المحكمة المختصة دون الإخلال بالحق في الفسخ الذي يجب المطالبة به كتابيا وفي أجل 30 يوما ابتدءا من تاريخ التبليغ بأمر الخدمة بإنقاص الأشغال[3].

إلا أنه لا يجب أن يفوتنا في هذا الإطار؛ القول بالتناقض الذي أحدثه المشرع الجزائري من خلال الفقرة 8 من المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والتي تمثل سبيلا للمصالح المتعاقدة تتهرب بمقتضاه من مسؤوليتها التعاقدية عن تجاوز النسب المقررة للتعديل في شروط العقد، فهو بالرغم من إقراره بحق المتعامل المتعاقد في طلب التعويض أو الفسخ لتجاوز المصلحة المتعاقدة حدود نسب التعديل كما أشرنا إليه أعلاه حسب المرسوم التنفيذي رقم 21-219، إلا نه يسمح للمصلحة المتعاقدة عندما يتجاوز مبلغ الملحق يتعلق بزيادة في الخدمات أو القيمة الإجمالية للعديد من الملاحق باستثناء التبعات التقنية غير المتوقعة التي سبق ذكرها، النسب المقررة قانونا للتعديل واشترط على المصلحة المتعاقدة تبرير تجاوزها لدى لجنة الصفقات المختصة، فيكون بذلك مجرد تقديم المصلحة المتعاقدة تقريرا تبريريا حول دوافع تجاوز حدود التعديل، سوف يعفيها من أي مسؤولية عن الاستعمال غير المشروع لسلطة التعديل.

4- مساس التعديل بغير النصوص المتعلقة بالمرفق العام:

إن المصلحة المتعاقدة عندما تمارس سلطتها في التعديل فإنها تمارس تلك السلطة باعتبارها الجهة القوامة على سير المرافق العامة وانتظامها، لذلك ينبغي عليها أن يقتصر تعديلها على شروط العقد المتصلة بالمرفق العام أي على الشروط التي تحدد الالتزامات التي يجب على المتعامل المتعاقد تنفيذها لصالح المرفق العام، وذلك بحسبان أن سلطة التعديل مرتبطة بتحقيق احتياجات المرفق العام وعليه لا يمكن للمصلحة المتعاقدة تتجاوز ذلك إلى الحد الذي يمس بالشروط المنظمة للمزايا أو الضمانات المالية التي دفعت بالمتعامل المتعاقد إلى التعاقد معها[4].

---

[1] طبقا لنص المادة 136 الفقرتين 7 و8 من نفس المرسوم التنفيذي.

[2] راجع في ذلك نص المادة 34 المتضمنة أحكام زيادة قوام الأشغال من نفس المرسوم التنفيذي.

[3] راجع في ذلك نص المادة 35 المتضمنة أحكام تخفيض قوام الأشغال من نفس المرسوم التنفيذي.

[4] إبراهيم خورشيد محمد المفرجي، المرجع السابق، ص113 و114. وأيضا محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص.171.

وقد استقر كل من الفقه والقضاء على عدم جواز المساس بالمزايا المالية للمتعامل المتعاقد أيا كان مصدرها، كون أن هذا الأخير إنما لجأ إلى إبرام العقد مع الإدارة إلا من أجل الحصول على تلك المزايا المالية التي لولاها لما أقدم على التعاقد[1].

وعليه إذا ما حصل وقامت المصلحة المتعاقدة بتعديل أحد بنود العقد ومست بذلك بمصلحة المتعامل المتعاقد المالية إلى الحد الذي يرهقه بما يتجاوز إمكانياته المالية والفنية سواء نتيجة لخروجها عن المقدار المحدد للتعديل[2]، أو أنها قامت بتعديل السعر المتفق عليه بإرادتها المنفردة رغم أن السعر في جميع عقود الصفقات العمومية شرط يقيد طرفيه كونه من الشروط التي تتسم بطابع الإستقرار التي لا يمكن تعديلها إلا باتفاق طرفي العلاقة التعاقدية[3]، اعتبر فعلها خاطئا يقيم مسؤوليتها التعاقدية وأمكن للمتعامل المتعاقد الطعن فيه بالإلغاء أو طلب الفسخ والتعويض[4].

الفرع الثالث: الاستعمال غير المشروع لسلطة توقيع الجزاء

تملك المصلحة المتعاقدة سلطة توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد معها كما سبق توضيحه في الباب الأول من هذه الدراسة، سواء كانت هذه الجزاءات مالية الغرض منها تغطية ضرر حقيقي ألم بالمصلحة المتعاقدة نتيجة لخطأ المتعاقد، أو جزاءات ضاغطة الغرض منها تنفيذ العقد تنفيذا عينيا ضمانا لحسن سير المرافق العامة بانتظام، أو جزاءات فاسخة تستهدف إنهاء الرابطة التعاقدية وتعد من أخطر الجزاءات التي يمكن للمصلحة المتعاقدة توقيعها على المتعامل المتعاقد معها.

غير أنه إذا لم تقم المصلحة المتعاقدة إجراءات توقيع الجزاء بتوجيه الإعذار للمتعامل المتعاقد معها قبل صدور قرار المجازاة، أو خرجت عن غاية تحقيق الصالح العام بتوقيعها لتلك الجزاءات، تكون قد تعسفت في استعمال هذه السلطة.

أولا- المقصود بسلطة توقيع الجزاء:

لقد سبق أن تناولت بالدراسة سلطة المصلحة المتعاقدة في فرض الجزاءات على المتعامل المتعاقد معها في الفصل الثاني من الباب الأول من دراستي، لذا لابد من الرجوع لما سبق ذكره في هذا المقام حتى يتسنى التعرف على أساس ممارسة الإدارة لهذه السلطة وخصائص الجزاءات التي يمكن توقيعها على المتعامل المتعاقد متى ما أخل بالتزاماته التعاقدية بالإضافة إلى بيان أنواعها وكذا ضوابط توقيعها.

ثانيا- صور الاستعمال غير المشروع لسلطة توقيع الجزاءات:

تكون المصلحة المتعاقدة قد خالفت قواعد المشروعية عند استعمالها سلطة توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد معها متى لم تحترم في ذلك ضوابط توقيع هذه الجزاءات، سواء تعلق الأمر بالضوابط الإجرائية اللازمة لإصدار قرار المجازاة من ضرورة توجيه إعذار للمتعامل المتعاقد الذي يجب أن يكون قد ارتكب خطأ بأن أخل بالتزاماته التعاقدية قبل الإدارة المتعاقد معها، أو الضوابط التي تفترض صدور قرار المجازاة من الجهة المختصة بإصداره، وألا يشوب هذا القرار عيب الشكل أو مخالفة القانون أو الانحراف بالسلطة.

---

[1] إسماعيل هاني عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.867.

[2] نظمت المادتين 34 و35 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، على النواحي المالية في تعديل عقد الصفقة العمومية للأشغال والتي بينت نسب التغييرات التي من الممكن إدخالها على شروط الصفقة، وما يترتب عنها من تعديلات تشمل المبلغ التعاقدي للصفقة.

[3] إبراهيم خورشيد محمد المفرجي، المرجع السابق، ص.95.

[4] أحمد جمعة نور محمد البلوشي، المرجع السابق، ص.91.

1- الإخلال بتوجيه الإعذار للمتعامل المتعاقد معها قبل صدور قرار المجازاة:

يقع على المصلحة المتعاقدة الالتزام بتوجيه الإعذار إلى المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته حتى يتمكن من تدارك التقصير الذي بدر عنه خلال عملية تنفيذ ما طلب إليه من خلال شروط العقد[1]، بحيث يعتر الإعذار من أهم الضوابط الإجرائية والأساسية لتوقيع الجزاء على المتعامل المتعاقد، بل من أهم الضمانات التي أقرها القانون لهذا الأخير حتى لا يتفاجئ بتوقيع الجزاء عليه ما قد يتسبب بإلحاق خسائر فادحة به دون منحه أية فرصة لتصحيح الخطأ أو الخلل الذي وقع منه، وعلى إثر ذلك يعد عدم التزام المصلحة المتعاقدة بإعذار المتعامل المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء عليه معيبا بعيب الإجراءات قابلا للطعن فيه بالبطلان[2]، وحق للمتعامل المتعاقد المطالبة بالتعويض أو فسخ صفقته[3].

2- خروج سلطة توقيع الجزاءات عن غاية تحقيق الصالح العام:

سبق القول بأن الهدف من تقرير سلطة المصلحة المتعاقدة بتوقيع الجزاءات، ليس معاقبة المتعامل المتعاقد معها بقدر حمله على تنفيذ التزاماته التعاقدية حفاظا على سير المرفق العام وانتظامه، وعليه لابد أن تكون الغاية من لجوء المصلحة المتعاقدة لمجازاة المتعامل المتعاقد هي تحقيق الصالح العام، وعليه متى لم يخل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية لا يكون بوسع المصلحة المتعاقدة إخضاعه للجزاء بحجة تحقيق الصالح العام[4].

أما إذا قصدت هذه الأخيرة غير تحقيق الصالح العام؛ بأن تعسفت في توقيع الجزاءات رغم عدم ارتكاب المتعامل المتعاقد خطأ يستوجب توقيعها أو أنها بالغت في تقديرها لنوع الجزاء بما لا يتناسب والخطأ المرتكب وكان دافعها موظفها شخصي لعداء أو انتقام يكنه لهذا المتعامل المتعاقد، قامت مسؤوليتها واستوجبت تعويضه عما لحقه من أضرار نتيجة لتعسفها في توقيع الجزاءات عليه دون مبرر قانوني.

الفرع الرابع: الاستعمال غير المشروع لسلطة الإنهاء الانفرادي للصفقة لدواعي المصلحة العامة

إن سلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء الرابطة التعاقدية وحلها بإرادتها المنفردة؛ قد تمارس نتيجة لوقوع خطأ من المتعامل المتعاقد فتكون بمثابة جزاء يوقع عليه، وهي الحال التي تستعمل فيها المصلحة المتعاقدة سلطتها الجزائية في توقيع جزاء الفسخ الانفرادي لعقد الصفقة نظرا لإخلال المتعامل المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية، -وهنا لابد أن نشير إلى أنني سبق وتناولت بالدراسة صور مخالفة المصلحة المتعاقدة قواعد مشروعية استعمال سلطة المجازاة في الفرع أعلاه-، كما قد تمارس المصلحة المتعاقدة سلطة إنهاء عقد الصفقة العمومية حتى دون وقوع خطأ من المتعاقد شريطة أن تكون مبررة بسبب

---

[1] يعتبر الإعذار طبق للقواعد العامة وضع المدين قانونا في حالة المتأخر في تنفيذ التزاماته. وبذلك فهو ليس وسيلة لإظهار إرادة إحداث حالة قانونية جديدة، وإنما إجراء تمهيدي يجب أن يسبق تطبيق الجزاءات القانونية أو الاتفاقية ودعوة رسمية للمتعاقد لتنفيذ التزاماته على الوجه الصحيح. كما أشار إليه عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص.195.

[2] عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص.194.

[3] ولعل من بين القرارات التي صدرت عن مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن قراره "بأن عدم إعذار المقاول بوضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة مع اشتراط العقد ضرورة إعذار المقاول يجعل هذا الإجراء الجزائي غير مشروع على أساس ذلك أستند ذافال في دعواه ضد بلدية قرانذ فيل بالحكم عليها بأن تدفع له تعويضا عن الضرر الذي أصابه من جراء هذا الإجراء غير المشروع". مشار إليه لدى زينب سالم، المرجع السابق، ص.267.

[4] ياسر عمار جبار، المرجع السابق، ص.50 و53.

المصلحة العامة، فما هي سلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة؟. وما صور مخالفة مشروعية هذه السلطة؟.

أولا- المقصود بسلطة الإنهاء الانفرادي للصفقة العمومية لوداعي المصلحة العامة:

إن الحديث عن سلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء العلاقة التعاقدية التي تربطها بالمتعامل المتعاقد معها المبررة بدواعي تحقيق المصلحة العامة، يختلف عن سلطتها في الإنهاء الانفرادي لعقد الصفقة العمومية كسلطة جزائية تستعملها المصلحة المتعاقدة متى ما أخل المتعامل المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية أو أهمل أو تراخى أو قصر في تنفيذها، حيث يشترط وقوع الخطأ من جانب هذا الأخير حتى يكون استعمال المصلحة المتعاقدة لتلك السلطة مشروعا، وبخلاف ذلك تكون قد تعسفت في توقيع جزاء الإنهاء الانفرادي للعقد على المتعامل المتعاقد معها مما يقيم مسؤوليتها التعاقدية فيترتب عليها الالتزام بتعويض هذا المتعامل المتعاقد عما لحقه من أضرار وخسائر[1].

أما سلطة إنهاء عقد الصفقة العمومية من جانب المصلحة المتعاقدة بإرادتها المنفردة لدواع المصلحة العامة، يتقرر من جانبها دون خطأ من المتعامل المتعاقد إذا ما أصبح تنفيذ عقد الصفقة العمومية غير ضروري أو أن تنفيذه أضحى لا يتفق مع تلبية حاجات المرفق العام الذي أبرم من أجله على اعتبار أن المصلحة المتعاقدة دون غيرها هي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرافق العامة والقوامة على ضمان سيرها الحسن والمستمر[2].

وعليه ذهب غالبية فقهاء القانون العام؛ إلى إقرار هذه السلطة للإدارة بوجه عام حتى لو لم ينص عليها في العقد وحتى لو كانت نصوص العقد ذاتها تقضي بخلاف ذلك، بحيث لا يجوز لجهة المصلحة المتعاقدة أن تقرر مقدما في العقد التنازل على استعمال سلطتها في الإنهاء الانفرادي للعقد بدواعي المصلحة العامة في مواجهة المتعاقد معها لكونه هذه السلطة من النظام العام[3].

كما أنه بالرغم من اعتراف كل من الفقه والقضاء الإداريين لجهة الإدارة بممارسة هذه السلطة في أي وقت كان ومن جانب واحد، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة بل مقيدة بقيدين أولهما ضرورة وجود الغاية من استعمالها وهي تحقيق الصالح العام، وثانيهما هو عدم المساس بالمركز المالي للمتعامل المتعاقد معها فيقع عليها الالتزام بتعويضه عن الأضرار التي لحقت به نتيجة قرار الإنهاء إن وجدت[4].

ومن أهم ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن حكمه الصادر في قضية Consors Gargiulo بتاريخ 09 ديسمبر1927 جاء فيه أن فسخ الإدارة لعقد الأشغال العامة الذي تم قبل أوانه لا يمكن أن يصدر إلا استنادا إلى سلطة عامة للإدارة في فسخ العقود المبرمة بواسطتها، من أجل المرافق العامة. إذا قدرّت الإدارة فائدة ذلك نظير دفع تعويض للمقاول[5]، وهو نفس ما أقرت به محكمة القضاء الإداري المصري في حكمها بتاريخ 06 ديسمبر 1970 الذي أقر بحق الإدارة في إنهاء العقد استنادا إلى سلطتها العامة في إنهاء العقود الإدارية إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام وليس للطرف الأخر إلا

[1] سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص.312.
[2] أحسان سليمان خربيط، المرجع السابق، ص.90
[3] بلال أمين زين الدين، المرجع السابق، ص.578.
[4] سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص.320.
[5] بلال أمين زين الدين، المرجع السابق، ص.578

الحق في التعويض إن كان له وجه، وهذا على خلاف الأصل في العقود المدنية التي لا يجوز أن يستقل أحد الطرفين بفسخها أو إنهائها دون إرادة الطرف الأخر"[1].

أما على الصعيد التشريعي حظيت سلطة الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقد لدواعي المصلحة العامة بإقرار المشرعين في النصوص القانونية المنظمة لمجال العقود الإدارية، لعل أبرزها ما جاء في قانون الصفقات العمومية الجزائري رقم 23-12 من خلال ما نصت عليه المادة 91 بقولها: "يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، عندما يكون مبررا بسبب المصلحة العامة، حتى بدون خطأ من المتعاقد".

ونصت أيضا المادة 123 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة في فقرتها الثالثة على أنه "... في حالة الفسخ من طرف واحد والمبرر بالمصلحة العامة، يمكن تعويض المتعاقد، عند الاقتضاء عن ضرر التكبد والفائدة التي كان بإمكانه أن يتحصل عليها في حالة ما إذا أنجز كل الخدمات...".

إن ما يمكن أن أخلص إليه، هو أن هذا النوع من الفسخ كما نص عليه أعلاه يظهر بأنه أخطر سلطة تتمتع بها الإدارة في نطاق عقود الصفقات العمومية، وطبقا لذلك تستطيع الإدارة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة قبل انتهاء المدة المحددة لتنفيذه حتى لو لم يرتكب المتعاقد مع الإدارة أي خطأ، وبدون حاجتها إلى الرجوع إلى القضاء إذا ما قدرت بناء على سلطتها التقديرية أن المصلحة العامة هي ما يقتضيها هذا الإنهاء المبكر.

ثانيا- صور الاستعمال غير المشروع لسلطة إلانهاء الانفرادي الصفقة لوداعي المصلحة العامة:

بالرغم من إقرار سلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء عقد الصفقة العمومية من جانب واحد لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد، إلا أن ممارسة هذه السلطة يخضع لضوابط حتى يمكن القول بمشروعيتها، وعليه فإذا ما خرجت المصلحة المتعاقدة عن غاية تحقيق الصالح العام أو خرج قرارها بالإنهاء عن أطر المشروعية التي يتعين عليها احترامها لدى مباشرتها لأي عمل تستند فيه إلى سلطتها التقديرية، اعتبر ممارستها لسلطة إنهاء العقد غير مشروع يترتب عنه قيام مسؤوليتها التعاقدية نظرا لانحرافها باستعمال السلطة[2].

1- خروج قرار الإنهاء عن تحقيق الغاية منه:

إذا كان من الواجب على المصلحة المتعاقدة أن تستند عند إنهاءها عقد الصفقة العمومية على ضرورة توافر شرط المصلحة العامة؛ كما لو زالت احتياجات المرفق العام الذي ابرم العقد من أجل تحقيقها أو إعادة تنظيم المرفق العام موضوع العقد بما يتلاءم والتطورات الاقتصادية، إلا أنها قد لا تبتغي بقرارها إنهاء العقد تحقيق صالح المرفق العام سواء لاعتبارات شخصية بحتة لا تتعلق بالمصلحة العامة أو أسباب تتعلق بالتوجه السياسي للمتعامل المتعاقد أو بعقيدته الدينية...الخ فيكون قرارها عندئذ غير مشروع يستوجب مسؤوليتها[3].

2- خروج قرار الإنهاء عن إطار المشروعية:

[1] سمال اسكندر محمد الباجلان، المرجع السابق، ص.258.
[2] سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص.310.
[3] إسماعيل هاني عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.427-437.

بالإضافة إلى شرط المصلحة العامة الذي يبرر مشروعية قرار الإنهاء الانفرادي للعقد، يشترط الفقه أن يصدر القرار مستوفيا لجميع الشروط الشكلية والموضوعية التي تؤثر في سلامة القرارات الإدارية الصادرة عن سلطة تقدير مثل شرط الاختصاص والمحل والشكل ومطابقة القانون[1].

إلى هنا أكون قد تطرقت إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة القائمة على أساس الخطأ سواء كان ناتجا عن إخلال هذه الأخيرة بالتزاماتها الفنية أو المالية أو كان ناتجا عن تعسفها في استعمال سلطتها المقررة لها بخصوص عملية تنفيذ مختلف عقود الصفقات العمومية، إلا أن خطأ المصلحة المتعاقدة لا يعتبر الأساس الوحيد إلي يمكن أن يقيم حق المتعامل المتعاقد في الحصول على تعويض كما ذهب إليه فقهاء القانون الإداري، وإنما قد يكون الضرر الواقع أساسا لقيام مسؤولية المصلحة المتعاقدة التعاقدية ومن تم تتولى تعويض المتعامل المتعاقد حتى دون ارتكابها لخطأ ما، وهذا ما سوف يتم التطرق إليه في المبحث الثاني من هذا الفصل.

المبحث الثاني: قيام المسؤولية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة دون خطأ

في كثير من الأحيان تقوم المسؤولية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة من دون خطأ فيترتب على قيامها تعويض المتعامل المتعاقد عما أصابه من ضرر نتج عن ظروف لم تكن متوقعة عند إبرامه العقد، وانطلاقا من ذلك أوجد مجلس الدولة الفرنسي مجموعة من النظريات يمكن للقاضي الإداري أن يؤسس حكمه بالتعويض بناء على توافر شروط تحقق إحداها.

إن تعويض المتعامل المتعاقد؛ قد يؤسس على قاعدة إعادة التوازن المالي للعقد من خلال تطبيق ما يعرف عن القضاء الفرنسي بنظريات إعادة التوازن المالي للعقد والتي تشمل ثلاثة نظريات، أولها نظرية فعل الأمير الناتجة عن اتخاذ المصلحة المتعاقدة لإجراءات مشروعة من شأنها زيادة الأعباء المالية للمتعامل المتعاقد أو في التزاماته غير المنصوص عليها في عقد الصفقة، ينجم عنها تسويء مركز المتعامل المتعاقد وبالتالي يجب تعويضه عما لحقه من أضرار، وثانيها نظرية الظروف الطارئة التي تتجسد في تعويض المتعامل المتعاقد عما لحقه من خسارة نتيجة حدوث ظروف استثنائية لم يمكن توقعها عند إبرام عقد الصفقة من شأنها قلب اقتصادياته بطريقة تجعل تنفيذ العقد مرهقا للمتعاقد وليس مستحيلا، وأخيرا نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة حين يصادف المتعامل المتعاقد صعوبات مادية استثنائية وغير متوقعة أثناء تنفيذ عقد الصفقة تجعل الاستمرار فيه أكثر إرهاقا، وتؤدي إلى حصوله على تعويض كامل عن كل الأضرار التي لحقته بفعل هذه الصعوبات.

كما قد يؤسس تعويض المتعامل المتعاقد أيضا؛ على نظرية الإثراء بلا سبب وهذا حين يجد نفسه مضطرا للقيام ببعض الخدمات والأعمال التي لم ينص عليها عقد الصفقة وإنما دعت إليها الضرورة بغرض حسن تنفيذ العقد، الأمر الذي يجعله مهددا بعدم حصوله على مقابل مالي لهذه الأعمال والخدمات التي قام بها نظرا لعدم النص عليها في الصفقة ودفاتر الشروط.

ومتى أصبح تنفيذ عقد الصفقة العمومية مستحيلا استحالة مطلقة بسبب القوة القاهرة لم يكن في مقدور المتعامل المتعاقد توقعها ولا دفعها، حق أيضا لهذا الأخير إعفاءه من تنفيذ التزاماته التعاقدية و وتمكينه من الحصول على تعويض في حالات معينة.

المطلب الأول: مسؤولية المصلحة المتعاقدة على أساس إعادة التوازن المالي للصفقة العمومية

قد يتعرض المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة بمناسبة تنفيذه لعقد الصفقة لبعض الظروف التي لم تكن في حسبانه عند إبرام عقد الصفقة، فيكون من شأنها أن تضيف أعباء إضافية تثقل كاهله الأمر الذي يستلزم تدخل المصلحة المتعاقدة بتطبيق ما يعرف بمبدأ إعادة التوازن المالي للعقد وهذا حتى يتم

[1] نفس المرجع، ص.443.

إحداث التوازن بين الأعباء التي يتحملها المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة وبين المزايا التي يتمتع بها عن طريق تعويضه بناء على شروط ونظريات معينة حتى و إن لم يوجد أي خطأ من جانب المصلحة المتعاقدة وفي هذا الإطار وجدت ثلاث نظريات لتعويض المتعامل المتعاقد، نظرية فعل الأمير (الفرع الأول)، نظرية الظروف الطارئة (الفرع الثاني)، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مسؤولية المصلحة المتعاقدة عن فعل الأمير

قد يحدث أحيانا بعد إبرام الصفقة العمومية وأثناء مرحلة تنفيذها؛ أن تتولى المصلحة المتعاقدة وبإرادتها المنفردة التعديل في بعض الشروط الواردة في دفتر الشروط بهدف تحقيق المصلحة العامة سواء كان ذلك بشكل مباشر أو غير مباشر، وهذا من خلال فرض التزامات جديدة على المتعامل المتعاقد معها عن طريق زيادة بعض الأعمال فتزيد بذلك أعبائه المالية، أو تقوم المصلحة المتعاقدة بإنقاص التزامات المتعامل المتعاقد بموجب التخلي عن تنفيذ جزء من الأعمال فلا يحقق نتيجة لذلك هذا المتعامل المتعاقد المبلغ الربح الذي كان يريد الحصول عليه أول ما أبرم الصفقة، فينتج عن كلتا الحالتين اختلال في التوازن المالي للعقد وبالتالي الإضرار بمصلحة المتعامل المتعاقد معها.

ولأن منطق العدالة في إبرام عقود الصفقات العمومية على اعتبارها عقودا إدارية يقتضي بألاّ يتحمل المتعامل المتعاقد وحده تلك الأعباء المفروضة عليه، كان لابد من أن يكون له في مقابل ذلك حق المطالبة بإعادة التوازن المالي للصفقة من خلال الحصول على مقابل مالي عما لحقه من ضرر نتيجة لممارسة المصلحة المتعاقدة سلطتها في التعديل، الأمر الذي عالجه القضاء الإداري في فرنسا عن طريق ابتداعه نظرية فعل الأمير والتي سوف نتطرق إليها من خلال بيان مفهومها وأيضا شروط تطبيقها.

أولا- المقصود بنظرية فعل الأمير:

تعد نظرية فعل الأمير من أقدم النظريات التي أنشأها القضاء الإداري في مجال العقود الإدارية ممثلا في مجلس الدولة الفرنسي[1]، والتي تعد أساسا لتعويض المتعامل المتعاقد مع الإدارة تعويضا كاملا عن الأضرار المادية والمالية التي أصابته من جراء إصدار المصلحة المتعاقدة لبعض الإجراءات الإدارية المشروعة، مستندا في ذلك على فكرتين، أولهما تتمثل في تحقيق المصلحة العامة التي تبتغيها المصلحة المتعاقدة وثانيهما تتضمن عدم الإضرار بالمصلحة الخاصة للمتعامل المتعاقد معها المتمثلة في تحقيق الربح من وراء إبرام الصفقة، خصوصا وأن المتعامل المتعاقد يعتبر معاونا للمصلحة المتعاقدة في أداء وظيفتها التي تهدف أساسا إلى كفالة حسن سير المرافق العامة بانتظام وباضطراد وحسن أداء الأعمال والخدمات تحقيقا للمصلحة العامة[2]، التي يمثل جوهرها إشباع الحاجيات العامة لمواطني الدولة باختلاف محاورها الرئيسية الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، سواء تعلقت هذه الحاجيات بالجانب المادي عن طريق إنشاء المرافق العامة الحيوية، أو كانت تخص الجانب المعنوي المرتبط أساسا بالجانب الثقافي والروحي للمواطن[3].

وقد أطلق الفقه على فعل الأمير أيضا؛ تسمية معالجة المخاطر الإدارية الناتجة عن القرار الإداري الفردي الخاص[4]، كما تعددت تعاريفه، فيقصد بها "كل تصرف أو عمل صادر عن المصلحة المتعاقدة لدى ممارستها لأعمال السلطة التي تتمتع بها من خلال ممارستها لمهامها والتي تؤدي –عرضا-

---

[1] ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص219.

[2] Christophe LAJOYE, op. cit, p.62.

[3] محمد ميلاس الزين، النظام القانوني للمرفق العام، دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، الجزائر، المجلد5، العدد ، 1، ص.246.

[4] خالد بلجيلالي، الوجيز في نظرية القرارات والعقود الإدارية، دار بلقيس، الجزائر، 2017، ص.129.

إلى إرهاق المتعامل معها بصورة جدية (مخاطر إدارية)، الأمر الذي يقتضي دعمه ماليا وتعويضه حتى يتمكن من الاستمرار في تنفيذ الصفقة، تحقيقا للمصلحة العامة من خلال مواصلة تقديم الخدمات العامة للجمهور في شتى المجالات (الصحة، النقل، التعليم...إلخ)، تبعا لموضوع ومحل عقد الصفقة العمومية"[1].

بينما عرف سليمان محمد الطماوي فعل الأمير على أنه؛ "عمل يصدر من سلطة عامة دون خطأ من جانبها، ينجم عنه تسويء مركز المتعاقد في عقد إداري، ويؤدي إلى التزام جهة المصلحة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الإضرار التي تلحقه من جراء ذلك، بما يعيد التوازن المالي للعقد"[2].

وهي حسب حسين درويش عبد العال "كل فعل مشروع وغير متوقع يصدر من جهة الإدارة دون خطأ منها، يترتب عليه زيادة في الأعباء المالية الملقاة على عاتق المتعاقد معها، مما يؤدي إلى التزام الإدارة بتعويض المتعاقد عن كافة الأضرار التي تلحقه جراء هذا الفعل، بما يعيد التوازن المالي للعقد للحالة التي كان عليها لحظة إبرام العقد"[3].

يستنبط من هذه التعاريف؛ أنه يمكن أن يترتب عن ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطاتها أثناء مرحلة تنفيذ موجبات عقد الصفقة العمومية أضرار تلحق بالمتعامل المتعاقد فتؤدي إلى إرهاقه ومن تم يختل التوازن المالي للعقد، وعليه سوف يكون من مقتضيات العدالة الإقرار للمتعامل المتعاقد بحقه في المطالبة بالتعويض الكامل سواء وقعت هذه الأضرار بالنتيجة لممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطتها في الرقابة والتوجيه[4]، وهذا بمقتضى التدخل في تنفيذ العقد وتوجيه الأعمال واختيار طريقة التنفيذ مما قد يمس بالكيفيات المتفق عليها في عقد الصفقة، أو قد ترتبت هذه الأضرار عن استعمال المصلحة المتعاقدة لسلطتها في التعديل بإرادتها المنفردة –بعكس العقود المدنية[5]- المخولة لها لضروريات المصلحة العامة ولضمان حسن سير المرافق العمومية.

وتجدر الإشارة إلى أن سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل عقود الصفقات العمومية بإرادتها المنفردة تعد من أهم وأخطر السلطات التي تمارسها اتجاه المتعاملين المتعاقدين معها، ذلك أنها تضفي على عقد الصفقة العمومية مرونة قد تضيق أحيانا وقد تتسع أحيانا أخرى بحسب مدى هذه السلطة، مادام أن دور المصلحة المتعاقدة لا يتوقف عند حد الإشراف والتوجيه فقط، بل يتعداه إلى حد التغيير في الالتزامات المتفق عليها في العقد مسبقا إما بالزيادة أو النقصان ودون الحاجة للحصول على موافقة المتعامل المتعاقد[6].

وفي نفس الشأن؛ هناك بعض الفقهاء ممن عرف فعل الأمير على أنه "كل إجراء مشروع وغير متوقع يصدر عن الجهة الإدارية المتعاقدة، ينجم عنه الإضرار بالمركز المالي للمتعامل المتعاقد، ويؤدي

---

[1] محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص.89. وأيضا عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص.193.

[2] إبراهيم الشارف الطاهر تفوقة، المرجع السابق، ص.192.

[3] أحمد جمعة نور محمد البلوشي، المرجع السابق، ص.225.

[4] تعد سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد من ضمانات تنفيذ الصفقات العمومية وفقا لما تتضمنه دفاتر شروطها، ويتجلى ممارسة هذه السلطة في صورتين، بحيث تظهر الإدارة في الصورة الأولى كأي طرف في أي علاقة تعاقدية يحرص على قيام الطرف الأخر في العقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية، أما في الصورة الثانية تقوم الإدارة بتوجيه أوامر ملزمة للمتعامل المتعاقد معها لتنفيذ التزاماته التعاقدية على نحو معين. للمزيد من التفصيل أنظر مصطفى عامر حمدي عطية، المرجع السابق، ص.265 و266.

[5] لا يمكن بأي شكل من الأشكال تطبيق نظرية فعل الأمير على عقود القانون الخاص حتى ولو أبرمت من طرف للإدارة نظرا لان القواعد التي تحكم هذه العقود مستنبطة من قواعد القانون الخاص، للمزيد من التفصيل أنظر هامش أحمد جمعة نور محمد البلوشي، المرجع السابق، ص.238.

[6] فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص.138.

إلى تعويضه عن كافة الأضرار التي لحقت به بسبب تصرف الإدارة"[1]، وأيضا صباح المصري التي عرفت فعل الأمير على أنه "كل عمل أو إجراء مشروع يصدر عن الجهة الإدارية المتعاقدة أثناء تنفيذ العقد، ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو في زيادة الالتزامات التي ينص عليها العقد"[2].

بيد أن ما يلاحظ على هذه التعاريف؛ بأنها تعاريف ركزت على أن تطبيق نظرية فعل الأمير مرهون بصدور أفعال مشروعة عن المصلحة المتعاقدة يكون من شأنها جبر المتعامل المتعاقد أثناء التنفيذ على القيام بأشغال تؤدي إلى إرهاقه فتحمله أعباء مالية إضافية، أو منعه من القيام ببعض الأعمال التي سبق الاتفاق عليها مما ينقص من التزاماته التعاقدية ومن تم الإنقاص من هامش الربح الذي أراد تحقيقه من وراء إقدامه على التعاقد في أول الأمر، مما يلحق به جملة من الأضرار[3].

وعليه إذا ما انتهى تدخل المصلحة المتعاقدة بالتعديل إلى الإخلال بحقوق المتعامل المتعاقد المقررة له عند إبرام عقد الصفقة العمومية، فيجب إعادة التوازن المالي للعقد إلى ما كان عليه قبل أن يختل، كون الصفقة العمومية هي عقد يقوم على وجوب تناسب ما بين الالتزامات التي تفرضها المصلحة المتعاقدة والفوائد التي يجنيها المتعامل المتعاقد معها، فإذا ما قامت المصلحة المتعاقدة بإجراء تعديل أو تغيير في هذه الالتزامات، فإن فائدة المتعامل المتعاقد معها تتغير هي الأخرى وبطريقة آلية تبعا لذلك، ومن تم وجب تعويض هذا الأخير عن جميع الأضرار الناتجة عن هذا التعديل مادام أن مقتضيات العدالة لا تسمح بأن يتحمل المتعامل المتعاقد وحده عبء التعديل[4].

ثانيا- شروط تطبيق نظرية فعل الأمير:

لتطبيق نظرية فعل الأمير في مجال الصفقات العمومية وتعويض المتعامل المتعاقد عن الأضرار التي أصابته من جراء إصدار المصلحة المتعاقدة إجراءات يترتب عليها الإخلال بالتوازن المالي للعقد، توافر جملة من الشروط.منها ما يتعلق بالعقد الصفقة ذاته، ومنها ما يتعلق بالمصلحة المتعاقدة وأخرى ترتبط بالمتعامل المتعاقد.

1- الشروط المتعلقة بالصفقة العمومية:

حتى يتمكن المتعامل المتعاقد من الحصول على تعويض من المصلحة المتعاقدة تأسيسا على نظرية فعل الأمير، لابد من وجود صفقة عمومية مبرمة وفق الكيفيات المنصوص عليها قانونا، كما لا يتصور تطبيق نظرية فعل الأمير دون وجود منازعة متعلقة بعقد من عقود الصفقات العمومية.

2- الشروط المتعلقة بالمصلحة المتعاقدة:

لتطبيق نظرية فعل الأمير لابد من توفر شروط تتعلق بالمصلحة المتعاقدة لعل أهمها ضرورة أن يصدر الفعل الضار من طرف هذه الأخيرة ودون خطأ منها.

أ- صدور الإجراء الضار عن المصلحة المتعاقدة:

---

[1] كوثر بن ملوكة، المرجع السابق، ص.227.

[2] صباح المصري، المرجع السابق، ص.298.

[3] عبد الحليم مجدوب وعبد الله خالصي، "نظرية عمل الأمير ودورها في الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري دراسة مقارنة"، مجلة المشكاة في الاقتصاد التنمية والقانون، جامعة عين تموشنت، الجزائر، المجلد 05، العدد 10، 2019، ص.248.

[4] محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية، الكتاب الثاني في امتيازات وسلطات الإدارة في العقد الإداري، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 16□□، ص.44.

يفترض تطبيق نظرية فعل الأمير صدور تصرف أو عمل من السلطة العامة ممثلة في المصلحة المتعاقدة من شأنه إحداث ضرر بالمتعامل المتعاقد[1]، وقد كان مجلس الدولة الفرنسي سابقا يستند على نظرية فعل الأمير حتى وان تعلق الأمل بفعل صادر عن إدارة أجنبية عن العقد كما لو قامت السلطة التشريعية بإصدار قانونا أو تنظيما عاما، فإن القضاء الإداري ظل يطبق نظرية فعل الأمير إلا في حالات استثنائية نشأ فيها عن هذا الإجراء ضرر خاص للمتعامل المتعاقد، إلى أن استقر في حكمه الصادر في مارس 1949 في قضية المدينة الفرنسية TOULON[2]، على أن نظرية فعل الأمير لا تشمل إلا ما تحدثه الإجراءات التي يقوم بها الشخص العام المتعاقد مع الطرف الآخر في العقد، أما إذا صدر هذا الفعل عن سلطة عامة غير المصلحة المتعاقدة، فإنه يفضل في هذه الحالة تطبيق نظرية الظروف الطارئة وتعويض المتعامل المتعاقد تعويضا جزئيا متى تحققت شروط تطبيقها كما ذهب إليه القضاء الإداري[3].

وهو ما استقر عليه القضاء المصري أيضا؛ بحيث جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا في مصر "أن تدخل القضاء الإداري لتحقيق التوازن المالي للعقد الإداري، تطبيقا لنظرية فعل الأمير مناطه توافر شروط هذه النظرية، ومن بينها شرط أن يكون فعل الأمير الضار صادرا من جهة المصلحة المتعاقدة، فإذا ما صدر هذا الفعل عن شخص معنوي عام غير الذي ابرم العقد، تخلف أحد شروط نظرية فعل الأمير، ولكن ذلك الامتناع لا يحول دون تطبيق الحوادث الطارئة إذا ما توافرت شروطها"[4].

إن تطبيق مثل هذا الشرط من شأنه أن يضفي نوعا من العدالة في جهة المصلحة المتعاقدة، وحتى من الناحية المنطقية لا يمكن إجبار المصلحة المتعاقدة على تعويض المتعامل المتعاقد استنادا إلى إجراء ضار لم يكن ناتجا عن تدخلها إطلاقا على أساس نظرية فعل الأمير.

ب- أن يكون الإجراء المتخذ من المصلحة المتعاقدة مشروعا:

حتى تقوم المسؤولية التعاقدية دون خطأ في جانب المصلحة المتعاقدة وتتولى تعويض المتعامل المتعاقد على أساس نظرية فعل الأمير، يجب أن يكون الإجراء المتخذ من المصلحة المتعاقدة مشروعا، أما إذا كان الإجراء المتخذ من المصلحة المتعاقدة غير مشروع بأن تجاوزت حدود سلطتها في التعديل فإن مسؤوليتها هنا تقوم على أساس الخطأ ولا مجال لإعمال نظرية فعل الأمير.

3- الشروط المتعلقة بالمتعامل المتعاقد:

يضاف إلى الشروط السالفة الذكر الخاصة بتطبيق نظرية فعل الأمير؛ ضرورة توافر بعض الشروط الأخرى التي تتعلق بالمتعامل المتعاقد بحيث يجب أن يترتب على الإجراءات التي تتخذها المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ عقد الصفقة العمومية ضررا فعليا وخاصا غير متوقع يؤثر مباشرة على المركز المالي للمتعامل المتعاقد.

أ- عدم توقع الإجراء وقت إبرام الصفقة العمومية:

ينبغي أن يكون الإجراء الصادر عن المصلحة المتعاقدة مفاجئا للمتعامل المتعاقد، ولم يكن في مقدوره توقعه وقت إبرام العقد، وهذا ما ألف عليه التعامل في كل من القضاء الفرنسي والمصري، كما

---

[1] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.621.

[2] حيث أوضح المجلس في هذا القرار عن عدم إمكانية تفعيل نظرية فعل الأمير بمناسبة تدابير معينة اتخذتها الدولة أثرت سلبا على عقد أبرمته مدينة TOULON على شركة الغاز والكهرباء، مستندا على أن إجراءات تخفيض الإضاءة قد تسبب في الإضرار بهذه الشركة من خلال انخفاض إيراداتها بشكل رهيب، إلا أن هذه الإجراءات لم تتخذ مباشرة من المصلحة المتعاقدة ذاتها، وإنما اتخذت من إدارة أخرى أجنبية عن العقد تتمثل في وزارة الدفاع الفرنسية التي اتخذت مجموعة من التدابير الأمنية أثناء الحرب العالمية الثانية وعليه يكون انخفاض الإيرادات راجع إلى ظروف استثنائية غير متوقعة خارجة عن فعل الأمير. مشار إليه لدى سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.622.

[3] ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص.220.

[4] إبراهيم الشارف الطاهر تفوقة، المرجع السابق، ص.196.

يفترض هنا الإشارة إلى أن عدم توقع الإجراء وارد في الإجراءات العامة الصادرة عن المصلحة المتعاقدة متى مارست اختصاصات السلطة عامة، أما حين تتصرف باعتبارها سلطة تعاقدية يكون من المفترض أن يعلم المتعامل المتعاقد مسبقا بحق الإدارة بتعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة، ويتحقق شرط عدم التوقع بخصوص هذه الإجراءات إذا لم تنظم في عقد الصفقة، أما إذا تم تناولها بالتفصيل في عقد الصفقة العمومية فلا يمكن اعتبارها البتة من الإجراءات غير المتوقعة، وبالتالي لا يمكن للمتعامل المتعاقد طلب التعويض على أساس نظرية فعل الأمير[1].

وقد قرر القضاء المصري في هذا الشأن؛ بأن "القاعدة بالنسبة للتعويض على أساس التوازن المالي للعقد بسبب تعديل طريقة التنفيذ، أنه إذا لم يكن مقداره متفق عليه في العقد فإن جهة الإدارة لا تملك أن تستقل بتقديره، بل يقدره قاض العقد اعتبارا بأنه ينشأ عن تكاليف غير متوقعة، وأن كل ما هو غير متوقع يعتبر خارجا عن نطاق العقد فلا تطبق شروطه، ولتعبير عدم التوقع في هذه الخصوصية معنى خاص لها، هو أن التكاليف الزائدة التي تلقى على عاتق المتعاقد تعتبر غير متوقعة ما دامت أنها ليست جزء من الاتفاق بمعنى أنه لا يقابلها في شروط العقد أي تقدير"[2].

إن كل ما يمكن قوله حول شرط عدم توقع الفعل الضار؛ هو أن معيار عدم التوقع يظل معيار موضوعي وليس ذاتي، فلا يمكن للمتعامل المتعاقد توقع الإجراء ببدل عناية الرجل العادي متى وجد في نفس الظروف، أما إذا كان بمقدوره توقع الإجراء إلا أنه حال بينه وبين ذلك تقصير منه وجب على القاضي التأكد من ذلك من خلال البحث في تصرف المتعامل المتعاقد وفقا لعناية الرجل المعتاد في ظل الظروف التي أحاطت به وقت إبرام العقد[3].

ب- أن يترتب على الإجراء المتخذ من المصلحة المتعاقدة ضرر فعلي للمتعامل المتعاقد:

بما أن المسؤولية الناتجة عن نظرية فعل الأمير هي مسؤولية تعاقدية؛ فإنه لابد لتطبيق هذه النظرية أن ينجم عن الإجراء الصادر من جهة المصلحة المتعاقدة ضرر فعلي للمتعامل المتعاقد، أي أن يكون الضرر محققا ومباشرا[4].

وهنا لا يشترط في هذا الضرر بلوغه حدّا معينا من الجسامة؛ فقد يكون هذا الضرر جسيما أثر في الذمة المالية للمتعامل المتعاقد تأثيرا بليغا بأن ألحق به خسارة فادحة وقد يكون يسيرا لم يترك أي أثر عليها، بل يكفي أن يترتب على هذا الإجراء المتوقع وغير الوارد في عقد الصفقة الزيادة في الأعباء المالية للمتعاقد، أي أنه يكون مجرد إنقاص في الربح الذي تصوره هذا المتعاقد، وفي هذا الصدد كل ما اشترطه مجلس الدولة الفرنسي هو حدوث إخلال في التوازن المالي للعقد[5]، وهو نفس ما أشارت إليه المحكمة العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 21 مارس 1974 حيث جاء فيه "إذا كان الأمر الإداري الصادر بإيقاف العمل تتوافر فيه جميع الشروط اللازمة لتطبيق نظرية فعل الأمير، وذلك بأن صدر الأمر عن الجهة الإدارية المتعاقدة ونشأ عنه ضرر بالمتعاقد وحده لا يشاركه فيه أحد أيا كانت درجة الضرر..."[6].

---

[1] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص630. وأيضا بشار رشيد حسين المزوري، المرجع السابق، ص.198.

[2] السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص252.

[3] السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص252.

[4] بشار رشيد حسين المزوري، المسؤولية التعاقدية للإدارة في تنفيذ العقود الإدارية، دراسة مقارنة، المركز العربي، القاهرة، 2018، ص.197.

[5] حورية بن أحمد، دور القاضي الإداري قي حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2011/2010، ص.119.

[6] إبراهيم الشارف الطاهر تفوقة، المرجع السابق، ص.204.

ج- أن يكون الضرر الذي أصاب المتعامل المتعاقد خاصا:

يعرف الضرر في العقود الإدارية بصفقة عامة على أنه إخلال بمصلحة المضرور سواء كانت مادية أو أدبية، ولا يقصد به الضرر المادي فقط الذي يصيب الذمة المالية للمتعاقد، بل قد يتعداه لما يلحق بهذا الأخير من ضرر أدبي أيضا[1].

وحتى يمكن تعويض المتعامل المتعاقد عن الضرر الذي يصيبه أثناء تنفيذ عقد الصفقة العمومية بناء على نظرية فعل الأمير، وجب أن يكون هذا الضرر خاصا أصابه نتيجة لتدخل المصلحة المتعاقدة في تنفيذ عقد الصفقة العمومية فيؤثر تأثيرا مباشرا في شروط تنفيذه، وهذا بموجب استعمال هذه الأخيرة لامتيازات السلطة العامة كسلطتي الرقابة والتوجيه وكذا سلطة تعديل شروط العقد بإصدارها لقرارات إنفرادية تعدل في التزامات المتعامل المتعاقد معها إما بالزيادة أو النقصان في كمية الأشغال، وفي مقابل ذلك يحق المتعامل المتعاقد طلب تفعيل "مبدأ ضمان التوازن المالي للعقد"[2]، وهنا تظهر نظرية فعل الأمير في أسمى صورها[3].

غير أن السؤال الذي يطرح في هذا الإطار؛ هو هل القول بخصوصية الضرر الذي يصيب المتعامل المتعاقد من فعل المصلحة المتعاقدة يعتبر شرط ضروريا حتى يمكن تعويض المتعامل المتعاقد بناء على نظرية فعل الأمير مما يعني معه الاستبعاد التام للضرر العام ؟[4].

للإجابة على هذا التساؤل ارتأيت أن أعرج على تطور فكرة الضرر كشرط لتطبيق نظرية فعل الأمير في مجال العقد الإداري.

في مرحلة سابقة؛ كان القضاء الإداري الفرنسي قد استثنى التعويض بناءا على نظرية فعل الأمير متى تعلق الأمر بصدور أفعال أو إجراءات من غير المصلحة المتعاقدة يكون من شأنها إحداث ضرر عام[5]، كما لو صدر عن السلطة التشريعية في الدولة قوانين تتعلق بالضمان الاجتماعي أدت إلى الإخلال بمركز المتعامل المتعاقد، أو صدور قوانين مالية أو اقتصادية، أو قوانين تضمنت الزيادة في الضرائب والرسوم، معللا موقفه هذا بأنه لا يمكن مساءلة الدولة عن الضرر الناجم عن إصدار هذه القوانين باعتبار أن هذه المسألة تعتبر من قبيل ما يتنافى مع مبدأ السيادة، فالبرلمان هو صاحب السيادة العامة، ومن تم تكون أعماله خارجة عن نطاق الرقابة القضائية تطبيقا لمبدأ الفصل ما بين السلطات الذي يحول دون رقابة القضاء على أعمال السلطة التشريعية.

كما اعتبر مجلس الدولة الفرنسي؛ أن القانون يتميز بالتجريد والعمومية حتى ولو أضر بالغير فإن هذا الضرر يتميز بالعمومية، وهو ما تجسد في قرار له في قضية شركة المطاحن الأفريقية Ciedes

---

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسئولية الإدارية في مجال العقود والقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص.211.

[2] كما يطلق الفقه عليها أيضا بفكرة الموازنة المالية للعقد، بحيث نشأ هذا المبدأ ليحقق الاستقرار في معاملات العقد الإداري عامة، إذ يمكن المتعامل المتعاقد أحيانا من إعادة التعادل المالي للعقد عندما تتدخل ظروف من شأنها أن تخل بالتوازن المطلوب فيما بين التزامات وحقوق كلا الطرفين، للمزيد من التفصيل أنظر موريس نخلة، العقود الإدارية، دار المنشورات الحقوقية، دون بلد نشر، 1986، ص.260 و261.

[3] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.626.

[4] إبراهيم الشارف طاهر تفوقة، المرجع السابق، ص.204.

[5] يمكن تعريف الضرر العام في نظرية فعل الأمير على أنه "كل إجراء يسري على فئة كبيرة من الأشخاص ومن بينهم المتعاقد مع الإدارة الذي يتعرض لضرر نتيجة هذا الإجراء العام، وذلك من خلال صدور قوانين أو لوائح من ذات الجهة الإدارية من شأنها أعباء المتعاقد مع الإدارة. كما أشار إليه مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.668.

"Scierries Africanes" الذي قال بعدم مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تسببها إجراءاتها مادام أن المتعاقد غير مقصود بذاته بهذه الإجراءات التي تشمل الجميع[1].

أما مفوض الحكومة لاتارنورنيري Latornerie؛ رأى بأن الإجراء العام غير الموجه إلى المتعاقد مباشرة لا يعوض عنه إلا في حالتين: الحالة الأولى أن ينص العقد على ذلك صراحة، والحالة الثانية أن يكون الإجراء العام غير متوقع[2]، بالإضافة إلى أن صدور الإجراءات العامة بما فيها القوانين والتنظيمات يمس كافة مواطني الدولة، وان فتح مجال المطالبة بالتعويض لأجلها يكون مدعاة لكثرة دعاوى المطالبة بالتعويض[3] وعلى إثر ذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بقوله "ولما كان قانون العمل الذي تطلب الشركتان التعويض عما أصابهما من ضرر بسبب تطبيقه هو قانونا عاما لا يسري على الشركتان وحدهما، وإنما يتناول عددا غير محدود من الأفراد والشركات والهيئات، فعلى مقتضى ما تقدم لا تستحق الشركتان التعويض عما أصابهما من ضرر بسبب تطبيقه"[4].

غير أن مجلس الدولة الفرنسي تراجع عن موقفة السابق إلى الإقرار بمسؤولية الدولة ومن تم تعويض المتعامل المتعاقد عن الضرر العام، حيث رأى بأن هذا الضرر وبالرغم من عموميته خصوصا وأنها لا يرتبط بالمتعامل المتعاقد لوحده بل يمس كافة الأشخاص المتواجدين على إقليم الدولة الواحدة، فإنه يبقى متميزا في جانب المتعامل المتعاقد بالنظر لما زاده من أعباء مالية أرهقت هذا الأخير في تنفيذ العقد ومن تم وجب تعويض المتعامل المتعاقد وفقا لنظرية فعل الأمير، وكان ذلك للمرة الأولى من خلال قرار صدر عنه بتاريخ 14 جانفي 1938 في قضية La Fleurette[5]، على أن يكون الضرر العام مما أثر تأثيرا مباشرا على تنفيذ العقد[6].

وقد ظل مجلس الدولة الفرنسي يقضي بتطبيق نظرية فعل الأمير سواء تعلق الأمر بالضرر الخاص الناتج عن فعل الجهة الإدارية المتعاقدة أو الضرر العام المترتب عن فعل أي جهة أخرى غير جهة الإدارة المتعاقدة، ليستقر في الأخير بموجب قرار له صادر بتاريخ 4 مارس 1949 في قضية مدينة طولون Ville de Toulon أين أشار إلى أنه لا مجال لإعمال نظرية فعل الأمير إلا بالنسبة للتدابير والإجراءات التي من شأنها ترتيب ضرر خاص والتي تتخذها جهة الإدارة المتعاقدة دون غيرها من سلطات الدولة[7].

أما موقف القضاء المصري حول طبيعة الضرر الواجب التعويض في إطار نظرية فعل الأمير؛ تبين من خلال العديد من أحكام المحكمة الإدارية العليا التي قضت بضرورة أن يكون الضرر الذي يصيب المتعاقد خاصا لا يشاركه فيه سائر من يمسهم القرار العام[8].

---

[1] بريك عبد الرحمان، "مسؤولية الإدارية للدولة عن فعل القوانين والإتفاقيات الدولية"، مجلة صوت القانون، الجزائر، المجلد 07، العدد01، 2020، ص.1180 و1181.

[2] بشار رشيد حسين المزوري، المرجع السابق، ص.204.

[3] موريس نخلة، المرجع السابق، ص.141.

[4] ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص. 221.

[5] بريك عبد الرحمان، المرجع السابق، ص.1183 و1184.

[6] كأن يترتب على عمل السلطة التشريعية تعطيل بعض شروط الصفقة العمومية، أو تعديل مضمونها، أو حتى إنهاء الصفقة قبل انتهاء أجل تنفيذها، فإذا ما توافرت مثل هذه الحالات أمكن للمتعامل المتعاقد ممارسة حقه في طلب التعويض عن الأضرار التي تعرض لها بسبب هذا العمل التشريعي.

[7] بشار رشيد حسين المزوري، المرجع السابق، ص.196.

[8] محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية، الكتاب الثالث في حقوق المتعاقد مع الجهة الإدارية، المرجع السابق، ص.182.

كما أوضحت محكمة القضاء الإداري المصري؛ بأن التعويض بناء على فعل الأمير كإجراء عام لا يستفيد منه المتعاقد إلا إذا أصابه ضرر يفوق في جسامته ما أصاب الجميع، وقد أكدت على ذلك من خلال حكم لها جاء فيه: "يشترط لقيام الحق في التعويض تأسيسا على نظرية فعل الأمير أن تصدر الحكومة تشريعا عاما جديدا يمس مركز المتعاقد معها بضرر خاص، والضرر الخاص يتحقق إذا أصاب التشريع الجديد على الرغم من نصوصه المتعاقد وحده دون مجموع الشعب، أو إذا ما أصابه بضرر من الجسامة بحيث يتجاوز بكثير ما أصاب مجموع الشعب"[1].

الفرع الثاني: مسؤولية المصلحة المتعاقدة عن الظروف الطارئة

يلعب عقد الصفقة العمومية باعتبارها أهم العقود الإدارية دورا بالغا في تنشيط عجلة الاقتصاد داخل الدول، لكونه من بين الوسائل القانونية التي تسمح بتداول الأموال والثروات وتبادل السلع والخدمات ومختلف المنافع بين أفراد المجتمع الواحد، ويمر هذا العقد بعدة مراحل إنطاقا من إبرامه إلى غاية انتهائه بالصيغة الطبيعية متضمنا جميع الوثائق المكونة للصفقة، إلا أنه قد يعترض مرحلة تنفيذ هذا العقد تغير مفاجئ في الظروف الاقتصادية غير التي كان يقوم عليها وقت تكوينه وانعقاده بسبب حادث طارئ غير متوقع الحدوث، أدى إلى وقوع اختلال في التوازن المالي للعقد بحيث أصبح التزام المتعاقد بها مرهقا له[2]، فما مصير هذا العقد؟ وكيف السبيل إلى إعادة التوازن المالي له الذي يفترض فيه عدم الإضرار بالمتعامل المتعاقد؟.

أولا- المقصود بنظرية الظروف الطارئة:

إن نظرية الظروف الطارئة هي وليدة القضاء الإداري؛ ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي بمقتضى حكمه الشهير الصادر في سنة 1916[3]، ومنذ هذا الحكم أضحت نظرية الظروف الطارئة من بين أهم نظريات إعادة التوازن المالي للعقد[4]، يستند عليها القاضي الإداري لتحقيق التوازن المالي وتعويض المتعامل المتعاقد عن الضرر الذي لحق به جراء الاختلال فيما بين التزامات المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة الواقع بسبب ظروف لم يتسبب فيها أي من الطرفين، وكانت هذه الظروف غير متوقعة عند إبرام عقد الصفقة أدت إلى قلب اقتصاديات العقد وزيادة الأعباء على كاهل المتعامل المتعاقد، مما تسبب في إرهاقه وإلحاق خسائر فادحة به، الأمر الذي ينتج عنه عدم استطاعة الاستمرار في تنفيذ التزاماته، وبالتالي عدم استمرارية المرفق العام واضطراده.

---

[1] أحمد جمعة نور محمد البلوشي، المرجع السابق، ص.242.

[2] يوسف بوشاشي، نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات، سلسلة خاصة بالملتقيات والندوات، ورقلة، الجزائر، 2016، ص.99.

[3] أقر نظرية الظروف الطارئة حكم Gaz Bordeaux الصادر في 30 مارس 1916، وتتلخص وقائعه في أن أسعار الفحم ارتفعت بشكل رهيب إذ كان سعره مقدر ب 23 فرنك فرنسي في سنة 1904 فوصل إلى غاية 73 فرنك فرنسي بحلول سنة 1916 نظرا لنشوب الحرب العالمية الأولى، مما جعل شركة إضاءة مدينة بوردو في وضع مالي صعب، حيث لم تعد الأسعار التي تتقاضاها تغطي نفقات إدارة الشركة، فتقدمت للمصلحة المتعاقدة بطلب رفع الأسعار غير أن المصلحة المتعاقدة رفضت الطلب وتمسكت بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وأن التزام المتعاقد لم يصبح مستحيلا لكون الفحم موجود رغم ارتفاع أسعاره، مما اضطر المتعامل المتعاقد للجوء إلى مجلس الدولة، وعليه أقر هذا الأخير مبدأ جديدا مفاده إذا حدثت ظروف غير متوقعة وكان من شأنها زيادة أعباء الملتزم مع الإدارة إلى حد الإخلال بالتوازن المالي للعقد فمن حق هذا الأخير أن يطلب من الإدارة ولو مؤقتا المساهمة في الخسائر التي لحقت به، مشار إليه لدى سعاد الشرقاوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، 2009، ص 418. وأنظر في نفس السياق، عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.240.

[4] السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص.428.

ويقصد بنظرية الظروف الطارئة لدى الفقه؛ "كل ظرف استثنائي خارج عن إرادة الطرفين وغير متوقع وقت التعاقد، يحدث بعد التعاقد وأثناء تنفيذ العقد الإداري بين الفرد والإدارة، بحيث يقلب التوازن المالي في العقد، ويعتبر تنفيذ العقد ليس مستحيلا وإنما مرهق ومكلف للمتعامل مع الإدارة"[1].

يستنتج من هذا التعريف أن نظرية الظروف الطارئة قد وجدت لتحقيق التوازن المالي لعقد الصفقة العمومية باعتبارها عقدا إداريا في مواجهة ظروف خاصة لم تأتي بفعل المصلحة المتعاقدة، ومثالها الأحداث السياسية كالحروب وغلق الممرات المائية والبرية، أو الأحداث الاقتصادية الممثلة في الأزمات الاقتصادية والارتفاع الرهيب في الأجور والضرائب، أو الأحداث الطبيعية كزلازل والبراكين والفيضانات...إلخ[2]، وهي غالبا ما يجد تطبيقها مجاله الخصب في العقود الإدارية المستمرة التنفيذ كعقود صفقات الأشغال العامة والتوريد...إلخ.

أما المشرع الجزائري فقد تبنى على غرار غيره من المشرعين[3]، نظرية الظروف الطارئة بشكل صريح بمقتضى نص المادة 107 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 والتي تضمنت مختلف الأخطار التي قد تعترض مرحلة تنفيذ الصفقات العمومية ومن بينها الظروف الطارئة تحت تسمية "عدم التوقع"، كما نص من خلال المادة 109 من نفس المرسوم على تعريف عدم التوقع بأنه: "...يهدف عدم التوقع إلى معالجة وضعية غير تعاقدية واستثنائية، والتي على إثرها يصبح تنفيذ الالتزام التعاقدي دون أن يكون مستحيلا، مكلف للغاية، بشكل يؤدي بالمدين إلى تكبد خسارة كبيرة.

وتستلزم هذه الوضعية اللجوء إلى قواعد موجهة لوضع حد لحالة عدم التوقع وذلك بالتخفيف بصفة معقولة من الالتزام المبالغ فيه.

كما يجب أن يكون الحدث الملاحظ كأنه غير متوقع بمفهوم المادة 3.108 أعلاه، وفي آن واحد استثنائي، غير متوقع، ويتسم بطابع الشمولية".

إن ما يلاحظ على تعريف المشرع لنظرية الظروف الطارئة أو حالة عدم التوقع كما وردت في المرسوم التنفيذي رقم 21-219 هو أنه جاء مبينا بأن إعمال نظرية الظروف الطارئة لا يتم إلا بتوافر شروط تطبيقها من ضرورة أن يكون الظرف الواقع أثناء تنفيذ عقد الصفقة العمومية ذا طابع استثنائي وغير متوقع ويتميز بالشمولية، وهي تهدف إلى معالجة وضعية غير تعاقدية واستثنائية يكون من شأنها جعل تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقا ومكلفا للمتعامل المتعاقد دون أن يكون مستحيلا، ليكون بذلك تعريف المشرع الجزائري لهذه النظرية غير مختلف عن تعاريف الفقهاء بشأنها.

ثانيا- الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة:

اختلف الفقه حول تحديد الأساس القانوني الذي يستند عليه في تطبيق نظرية الظروف الطارئة وتعويض المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة عما لحقه من أضرار نتيجة لحدوث ظروف كبدته خسائر كبيرة، فتعددت نتيجة لذلك أرائه بين من أسس إعمال نظرية الظروف الطارئة بناء على فكرة إعادة التوازن المالي للعقد وبين من أرجع أساس الأخذ بهذه النظرية إلى ما اتجهت إليه نية المتعاقدين

---

[1] أكثم وجيه عبد الرحمن سليمان، تنظيم المرافق العامة، دراسة مقارنة، الشامل للنشر والتوزيع، ط1، فلسطين، ط1، 2016، ص.93.

[2] مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.706.

[3] تناولت لائحة المناقصات والمزايدات المصرية هذه النظرية في نص المادة 20 مضمونها "إذا طرأت ظروف غير متوقعة لا يمكن دفعها، وكان من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا دون أن يصبح مستحيلا، كان للمدين الحق في طلب تعويض عادل وإذا استمر قيام هذه الظروف، ولم يعد يرجى زوالها جاز إنهاء العقد". سحر جبار يعقوب، فسخ العقد الإداري لاستحالة التنفيذ بسبب الظروف الطارئة، دون دار نشر، العدد السابع، العراق، 2008، ص.150.

أثناء إبرام الصفقة، كما ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار مبدأ حسن سير المرفق العام بانتظام أساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة ليؤسسها رأي آخر على مبدأ العدالة، كما سوف نتطرق إليه أدناه؛

1- الأساس الذي يقوم على فكرة التوازن المالي للصفقة:

يفترض هذا الأساس حدوث تقلبات في اقتصاديات العقد تقلبا كبيرا، بطريقة تجعل تنفيذ الصفقة العمومية أمرا مرهقا للمتعامل المتعاقد وليس مجرد الاختلال في التوازن المالي للعقد، مما ينتج عنه تعويض المتعامل المتعاقد تعويضا كاملا عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب، وإعادة الحال إلى ما كانت عليه وقت إبرام العقد[1].

2- الأساس الذي يقوم على نية المتعاقدين أثناء إبرام الصفقة:

يرى جانب من الفقهاء على غرار الفقيهين Bounar وChardene؛ أن نظرية الظروف الطارئة تستند على الإرادة المشتركة لطرفي العقد، فيؤكد الأول على أن التعويض عن الظروف الطارئة يتوافق مع ما انصرفت إليه نية المتعاقدين ضمنيا أثناء إبرام عقد الصفقة، ويقول الثاني معلقا على قرار مجلس الدولة في قضية Gaz de bordeaux أنه كان على القاضي تطبيق مبدأ تنفيذ العقود بحسن نية ووفقا لما قصده الأطراف لحظة إبرام العقد[2].

3- الأساس الذي يقوم على مبدأ سير المرافق العامة بانتظام:

يرى الفقيهان De Laubadere وModerne؛ أن أساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة هو أساس مزدوج قائم على ضرورة سير المرفق العام باستمرار من جهة وإلى قواعد العدالة من جهة أخرى، فقواعد العدالة شأنها شأن فكرة استدامة سير المرافق العامة تشغل مكانا مهما في نظرية العقد الإداري، وهي التي تفسر التزام الإدارة بالمشاركة في تحمل النتائج التي يترتب على حالة الظرف الطارئ بالرغم من عدم مسؤوليتها عن إحداث الظرف في الغالب[3].

4- الأساس الذي يقوم على تحقيق مبدأ العدالة:

قواعد العدالة تتنافى مع ترك المتعامل المتعاقد في مواجهة الظروف الاستثنائية وحده وتحمل الخسائر الناتجة عنها والخارجة عن العقد طالما أنه لم يكن في مقدوره توقعها، فمثل هذا الترك يعد إجحافا كبيرا في حق المتعامل المتعاقد، كما أن مبادئ العدالة تقتضي أن يتحمل طرفا العقد أي خسارة غير متوقعة تحدث خلال تنفيذ العقد، كما أنه ليس من المصلحة العامة أن يتعرض المتعامل المتعاقد لإرهاق شديد ناتج عن الظروف الطارئة لما يعود عليه من خسائر مالية كبيرة، وتتركه المصلحة المتعاقدة لوحده في مواجهة الإفلاس والخسارة، وما قد ينتج عن هذه الحالات من تعطيل لسير المرافق العامة وبالتالي ضياع المصلحة العامة التي تبحث عنها المصلحة المتعاقدة، وهو ما أكده حكم المحكمة الإدارية في مصر في حكمها الشهير الصادر بتاريخ 30 جوان 1957[4].

ثالثا- شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

---

[1] أحمد جمعة نور محمد البلوشي، المرجع السابق، ص.251.

[2] حسن محمد علي حسن البنان، "أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري"، دراسة مقارنة، مجلة كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، المجلد 18، العدد 58، 2013، ص.193.

[3] نفس المرجع، ص.197.

[4] جاء فيه بأنه "ليس من العدل والإنصاف وحسن النية في المعاملات، أن يترك المتعاقد فريسة لظروف سيئة لا دخل له فيها وبدون أي تعويض استنادا إلى نصوص العقد الحرفية أو لمجرد الحرص على تحقيق الوفر المالي والرغبة الملحة في الحصول على المهمات والأدوات أو إنجاز الأعمال المطلوبة بأرخص الأسعار، لأن ذلك استباحة الأضرار به وهو أمر- إلى جانب مجافاته للعدالة- لا يتفق مع المصلحة العامة...". مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.717.

اشترط المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم 21-219 للقول بتحقق نظرية الظروف الطارئة من خلال قراءة المادة 109 فحصرها في الشروط التالية:

-أن يكون الظرف طارئ واستثنائي؛

-أن يكون الظرف غير متوقع عند التعاقد؛

-أن يتسم الظرف بطابع الشمولية بأن يكون عاما لا خاصا؛

-أن يصبح تنفيذ الالتزام في ظله مكلفا للمتعامل المتعاقد، دون أن يصبح مستحيلا بشكل يؤدي به إلى تكبد خسارة كبيرة.

أما بالرجوع إلى ما قضى به القضاء الإداري في هذا النطاق؛ لاسيما أحكام مجلس الدولة الفرنسي نجده يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة توافر الشروط الآتية:

1- وقوع ظروف عامة استثنائية:

يجب أن تقع الظروف الاستثنائية بعد إبرام الصفقة العمومية وخلال تنفيذها، ويقصد بالحوادث الاستثنائية العامة "الحوادث التي يندر حصولها بحيث تكون شاذة بحسب المألوف، ولا يكون في وسع الشخص العادي توقعها"[1].

كما يشترط في الحوادث أن تكون عامة بمعنى أن تكون شاملة كافة إقليم الدولة، أو شملت عددا كبيرا من الناس دون تعيينهم بدواتهم، أما إذا كان الحادث خاصا لا تتوافر فيه صفة العمومية فلا يصلح لأن يكون سببا لتطبيق نظرية الظروف الطارئة[2].

وقد كانت بدايات تطبيق هذه النظرية تقتصر على الظروف الاقتصادية فقط، تأسيسا على أن هذه النظرية جاءت لحماية المتعامل المتعاقد ضد المخاطر الاقتصادية، وهذا ما يميزها عن نظرية فعل الأمير التي تحمي المتعامل المتعاقد في مواجهة المخاطر الإدارية فقط،[3] غير أن نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة أتسع في الوقت الحاضر ليشمل ظروفا طارئة أخرى غير الظروف الاقتصادية كارتفاع الأجور والضرائب والأسعار فقد تكون هذه الظروف طبيعية كالزلازل والفيضانات، وقد تكون من عمل جهة إدارية غير جهة المصلحة المتعاقدة[4].

2- عدم توقع الظروف الطارئة وعدم إمكانية دفعها:

لتطبيق نظرية الظروف الطارئة يجب ألا يكون الظرف الطارئ متوقعا وداخلا في حساب المتعاقدان ونيتهما وقت إبرام الصفقة

وتعد من قبيل الظروف الاستثنائية غير المتوقعة، ما يترتب على الأزمات الاقتصادية من الارتفاع الفاحش في الأسعار في المواد الأساسية التي يعتمد عليها المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة في انجاز مشروع الصفقة[5]، ويشترط في الارتفاع هنا أن يكون غير عادي، أما إذا كان عاديا فلا يؤثر في قلب موازين العقد ويمكن تقديره وقت التعاقد وتداركه فيما بعد، أما إذا كان الارتفاع في الأسعار يسير بوثيرة متسارعة ومتزايدة، فإن مثل هذا التزايد يعد من قبيل الظروف الاستثنائية الطارئة الموجبة لإعادة التوازن المالي بشرط حدوثه أثناء تنفيذ الصفقة كما تناولته ذلك سابقا[6].

---

[1] السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص.435.

[2] مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2008، ص.38.

[3] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.667 و668.

[4] نفس المرجع، ص.667 و668.

[5] Xavier DUPRE DE BOULOIS, op. cit, p.60.

[6] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.241.

كما أن وقوع الحروب أو الكوارث الطبيعية تعد هي الأخرى من قبيل الحوادث الاستثنائية العامة الخارجية التي لا يمكن توقعها وتجعل تنفيذ الالتزام مرهقا وأكبر تكلفة للمتعامل المتعاقد الذي يصبح بإمكانه مطالبة المصلحة المتعاقدة بالمساهمة في تحمل النتائج المترتبة على ازدياد الأعباء الناشئة عن تلك الظروف[1].

وأيضا ما يعتبر ظرفا من الظروف الطارئة الأوبئة؛ الذي تصيب المواشي فتتسبب في غلاء المنتوج مما يهدد ممووني المصلحة المتعاقدة بهذه المادة بتكبد خسائر فادحة، وهو ما قضت به الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بموجب قرارها رقم 99694 الصادر بتاريخ 10 أكتوبر 1993 في قضية (د،ج) ضد المجلس الشعبي لبلدية عين الباردة حيث جاء فيه: "...لما ثبت من مستندات القضية الحالية أن السوق محل العقد المبرم بين المستأنف والمستأنف عليه (رئيس بلدية عين الباردة) بقي مغلقا بسبب مرض الحمى التي أصاب المواشي فإن ذلك يعد حادثا استثنائيا غير متوقع يجب الأخذ به، ومتى كان كذلك استوجب إلغاء القرار المستأنف وتعويض الطاعن عن الأضرار التي لحقته"[2].

3- أن تكون الظروف الطارئة خارجة عن إرادة المتعاقدين:

اشترط القضاء الإداري أن تكون الظروف الطارئة حوادث خارجة عن إرادة المتعاقدين لا دخل لإرادتهما في وقوعها، بمعنى أن تكون عامة واستثنائية ومؤثرة في التزامات المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة بحيث تهدده بخسارة كبيرة تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا[3].

أما إذا نسب الظرف الطارئ إلى فعل المتعامل المتعاقد ولم يبدل عناية الرجل العادي في دفعه لتفادي آثاره، فلا مجال لتعويضه[4]، إذ ليس من المقبول أن يستفيد من فعله، وحتى إذا لجأ إلى القضاء أمكن للمصلحة المتعاقدة أن تدفع أن الظرف قد نتج عن خطئه سواء كان عن عمد منه أو إهمال ومن تم يمنع من الحصول على التعويض[5].

وفي هذا الشأن؛ يجب أيضا ألا يكون المتعامل المتعاقد قصد من وراء تأخره في تنفيذ التزاماته التعاقدية المحددة في عقد الصفقة إدخالها في نطاق الظرف الطارئ أو يؤدي إلى تفاقم آثاره، وإلا أعتبر مقصرا وبالتالي لا يستطيع الحصول على التعويض وفقا لنظرية الظروف الطارئة، فلولا تماطله في التنفيذ ما أثيرت هذه نظرية[6].

غير أن بعض الفقهاء؛ يقولون بإمكانية تطبيق نظرية الظروف الطارئة حتى ولو وقع الفعل عن جهة المصلحة المتعاقدة، وأسسوا موقفهم هذا على الحكمة من إنشاء نظرية الظروف الطارئة سواء من حيث تمكين المتعامل المتعاقد من المعاونة في ضمان سير المرفق العام من جهة وتحقيق العدالة في تنفيذ العقد من جهة أخرى، وقد لقي هذا الرأي ترحيبا في بادئ الأمر من القضاء الإداري المصري، إلا أنه سرعان ما عدل عنه واشتراط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة وقوع حوادث وظروف استثنائية خلال مدة تنفيذ العقد من عمل جهة إدارية غير الجهة المتعاقدة[7].

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، الصادر بتاريخ 30 جوان 1957. مشار إليه لدى لمياء هاشم سالم قبع، اختلال التوازن المالي في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، مصر، 2013، ص.124.

[2] مشار إليه لدى عادل بوعمران، المرجع السابق، ص.214.

[3] إبراهيم الشارف الطاهر تفوقة، المرجع السابق، ص.155.

[4] عادل بوعمران، المرجع السابق، ص.214.

[5] أحمد جمعة نور محمد البلوشي، المرجع السابق، ص.262. وأيضا عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى التعويض الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009، ص.271.

[6] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى التعويض الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة، المرجع السابق، ص.270.

[7] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص.206.

وقد كان مجلس الدولة الفرنسي قد اكتفى سابقا بحصر المخاطر الإدارية التي تحقق شروط تطبيق الظروف الطارئة، في الإجراءات الصادرة من السلطات العامة الأخرى غير المصلحة المتعاقدة، غير أنه في الآونة الأخيرة عدل عن هذا الموقف، وقال بتطبيق نظرية الظروف الطارئة، سواء كان الإجراء العام مسبب الضرر راجع إلى عمل المصلحة المتعاقدة أو كان بفعل غيرها[1].

4- أن تؤدي الظروف الطارئة إلى خلل في التوازن المالي للعقد:

يجب أن تؤدي الظروف الطارئة إلى قلب اقتصاديات العقد يصعب معها على المتعامل المتعاقد تنفيذ ما عليه من التزامات بالشكل المتفق عليه في عقد الصفقة، فلا يكفي أن يترتب على وقوعها مجرد الإنقاص في الأرباح التي كان المتعامل المتعاقد ينوي الحصول عليها، وإنما يجب أن تلحقه خسارة فادحة تتجاوز الحد المألوف، أما الخسارة البسيطة أو العادية فهي أمر متوقع الحدوث أثناء تنفيذ العقود لا تكفي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة لأنها لم تؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد الذي يعد جوهر هذه النظرية[2]، وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي على شرط قلب اقتصاديات العقد في العديد من أحكامه، وكذا ما قضت به المحكمة الإدارية لمدينة "نيس" الفرنسية في حكمها الصادر في 20 أكتوبر 2006 حيث اعتبرت أن تغير سعر الصرف إضافة إلى كونه غير متوقع وخارج عن أرادة طرفي العقد، فيجب أن يترتب عليه إخلالا فادحا في اقتصاديات العقد، ويحدث دلك الخلل بأن تتجاوز نفقات المتعاقد حدود السعر المتفق عليه وأن يكون تنفيذ العقد فيه إرهاقا للمتعاقد مع جهة الإدارة[3].

وينبغي على القاضي الإداري حتى يحكم بوجود ظرف طارئ يهدد المتعامل المتعاقد بخسارة فادحة، وبالتالي يحكم له بتعويض مناسب، أن يأخذ جميع العناصر المؤثرة في قلب موازين الصفقة بعين الاعتبار، فقد تكون بعض هذه العناصر معوضة للعناصر الأخرى التي أدت إلى تحقق الخسارة، كما قد لا يظهر الانقلاب في موازين الصفقة والتحقق منه إلا بعد انجاز جميع الأعمال المرتبطة بها، خاصة إذا كانت طبيعتها تقتضي الاستمرار في التنفيذ كعقود التوريد وعقود الأشغال العامة...الخ، فقد يصاب المتعامل المتعاقد بخسارة مؤقتة فقط أثناء التنفيذ تم يعود الحال إلى ما كان عليه قبل وجود الظرف، فلا يؤدي إلى قلب التوازن المالي للعقد وبالتالي استبعاد تطبيق هذه النظرية[4].

بل إن القاضي الإداري؛ ملزم أيضا بالتأكد عما إذا كانت الخسارة الفادحة التي أصابت المتعامل المتعاقد لا تؤدي إلى الحد من تنفيذه لالتزاماته فتصل إلى حد القوة القاهرة المانعة، وهو ما يميز الظروف الطارئة عن القوة القاهرة ففي الأولى تجعل الالتزام مرهقا، أما في الثانية فتجعل الالتزام مستحيلا وتؤدي إلى إنهاء العقد[5].

وقد اختلف الفقه حول المعيار المعتمد في القول بقلب اقتصاديات العقد؛ منهم من اعتمد على المعيار الموضوعي الذي ينبني على مدى تحمل الشخص العادي للخسارة الفادحة التي حصلت نتيجة لوقوع الظرف الطارئ، فإذا ما تبين أن هذه الخسارة مما يرهق الشخص العادي تحقق الشرط حتى لو كانت من قبيل ما يتحمله المتعامل المتعاقد نفسه بحيث لا تعد شيئا بالمقارنة مع حجم ثروته[6] فيعوض بناء على نظرية الظروف الطارئة، ويرى أنصار هذا المعيار بأنه أقرب إلى الصواب لما يحققه من مساواة

---

[1] مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.721. وللمزيد من التفصيل أنظر سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 676 و677.

[2] أحسان سليمان خربيط، المرجع السابق، ص.219.

[3] السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص. 445 و446.

[4] ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص.225.

[5] السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص.446.

[6] أحسان سليمان خربيط، المرجع السابق، ص. 220.

بين المتعاقدين في عقود الصفقات العمومية في حالة وقوع الظروف الطارئة، كما أنه يسهل على القاضي الإداري بحث أمر الإرهاق بالقياس على الشخص العادي[1].

أما البعض الآخر من الفقه؛ فقد رأى بضرورة الأخذ بالمعيار الشخصي الذي يبحث بموجبه القاضي في مدى قدرة المتعامل المتعاقد على تحمل الخسارة أو عدم تحملها وبالتالي يختلف تطبيقه من متعامل إلى آخر، فقد يؤدي نفس الظرف الطارئ إلى الإضرار بمتعامل متعاقد ضررا شديدا فيرهقه مما يصعب عليه تنفيذ العقد بينما لا يؤدي نفس النتيجة بالنسبة لمتعامل متعاقد آخر[2].

الفرع الثالث: مسؤولية المصلحة المتعاقدة عن الصعوبات المادية غير المتوقعة

تعد نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من أهم النظريات المعتمدة في القانون الإداري، أقرها مجلس الدولة الفرنسي في مواجهة المشاكل والصعوبات المادية غير متوقعة التي تجعل تنفيذ العقد مرهقا للمتعاقد ومكلفا له بصورة لم يتوقعها عن التعاقد، يترتب عليها حصول المتعاقد على تعويض كامل عن جميع الأضرار التي تكبدها نتيجة هذه الصعوبات. وقد أطلق المشرع الجزائري عليها في المرسوم التنفيذي 21-219 بالتبعات التقنية غير المتوقعة.

أولا- المقصود بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

إن تنفيذ عقد الصفقة العمومية من طرف المتعامل المتعاقد في كثير من الأحيان لا يتسم بالمرونة المطلوبة لتأدية التزاماته على الوجه الأمثل، فقد تعترض طريقه وهو بصدد تنفيذ العقد جملة من الصعوبات المادية غير المتوقعة عند التعاقد، فتجعل من عملية التنفيذ تلك مرهقة له، مما يؤسس لمطالبته في الحصول على تعويض من المصلحة المتعاقدة عن الأضرار التي لحقت به من جراء هذه الصعوبات تطبيقا لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة[3].

وتعود نشأة هذه النظرية إلى منتصف القرن التاسع عشر، إبتدعها مجلس الدولة الفرنسي بمقتضى حكمه الصادر في قضية Duché بتاريخ 24 جوان 1864[4]، حيث قضى بتعويض المتعاقد عن الصعوبات المادية غير المتوقعة التي واجهته أثناء تنفيذ بنود العقد، وهذا حتى يستطيع الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية وإتمام العقد[5].

كما توالت أحكام مجلس الدولة الفرنسي بخصوص تطبيق نظرية الصعوبات المالية غير المتوقعة من أهمها وأبرزها حكمه في قضية Veyert بتاريخ 18 مارس 1869[6]، إلى أن أصبح التعويض على أساس هذه النظرية مبدأ من المبادئ المتعددة في المنظومة القانونية الإدارية عامة وفي العقود الإدارية خاصة[7].

ليتبنى القضاء المصري هو الآخر هذه النظرية من خلال العديد من أحكامه؛ فصدر أول حكم بخصوصها بتاريخ 05 ماي 1953 حيث جاء فيه "بالنسبة للصعوبات التي تبدت للمدعي عند البدء في تنفيذ العملية بسبب الأتربة المتكتلة، فإن الثابت من الإطلاع على الملف الإداري للمقاولة أن المدعي قد شكا من هذا الأمر مرارا، وقد عنا وكيل الوزارة بشكواه ففحصها، وبعد أن انتقل كبير مهندسي المديرية

[1] السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص.447.
[2] نفس المرجع، ص.447.
[3] صباح المصري، المرجع السابق، ص.308.
[4] إبراهيم الشارف الطاهر تفوقة، المرجع السابق، ص.170.
[5] السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص.475.
[6] إبراهيم الشارف الطاهر تفوقة، المرجع السابق، ص.171.
[7] مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.684.

فعاين وحصر فرق التكليف ورفع تقريرا للوزير أوضح فيه أن الصعوبات التي صادفت المقاول في العمل أثناء حفره للأجزاء المتكتلة لم تكن متوقعة، ولم يكن في وسع المدعي ولا الحكومة توقعها...ومن تم فلا يجوز تحميل المدعي جميع النفقات التي تكبدها بسبب ذلك...بل إن العدالة تقتضي بمشاطرة الحكومة المدعي في تحمل قيمة زيادة التكاليف الناشئة عن تكتل الأتربة"[1].

أما عن موضع نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في النظام القانوني الجزائري، فقد تبناها المشرع الجزائري بصورة صريحة في المرسوم الرئاسي رقم 15 -247 ضمن نص المادة 136[2]، كما تطرق إليها في المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال من خلال المادة 108 الفقرة 1 تحت عنوان التبعات التقنية غير المتوقعة، معرفا إياها بأنها "صعوبات مادية غير عادية واستثنائية، التي تعترض المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، والتي لا يرجع سببها للأطراف المتعاقدة، ولم تكن متوقعة عند إبرام الصفقة المعنية دون الإخلال بنوعية الدراسات".

وفي الغالب الأعم ما يجد تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة مجاله الخصب في عقود صفقات الأشغال العامة كما ورد عن جانب من الفقه الفرنسي[3]، وأكد عليه الفقيه جورج فيدل الذي رأى بأن هذه النظرية هي نظرية خاصة على الأقل من الناحية العملية بعقود الأشغال العامة، بل إن جانب أخر من الفقه اتجه إلى القول بأن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أول ما نشأت في مجال عقود الأشغال العامة، ويجب إن تظل محدودة في هذا المجال دون سواه[4].

غير أن الرأي الراجح في الفقه الفرنسي؛ يرى بأن في واقع الأمر ليس هناك ما يمنع من وقوع الصعوبات المادية غير المتوقعة في مختلف أنواع عقود الصفقات الأخرى إذا ما توافرت شروط العمل بها، فقد أكد الفقيه ديلوبادير على عمومية نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من حيث إمكان تطبيقها على جميع العقود الإدارية تماما مثل عقد الأشغال العامة بالرغم من ندرة التطبيقات القضائية لهذه النظرية خارج نطاق عقود الأشغال العامة[5].

ثانيا- شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة باعتبارها ثالث نظرية قضائية يستند عليها في تحقيق إعادة التوازن المالي لعقد الصفقة العمومية ورفع الغبن اللاحق بالمتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة، لا بد من توافر أربعة شروط أساسية نذكرها كالأتي:

1- أن تكون الصعوبات مادية وغير عادية:

اتفق كل من الفقه والقضاء الإداريين على أنه حتى يتم تعويض المتعامل المتعاقد على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، لابد من أن تكون هذه الصعوبات

---

[1] محمد أنس جعفر قاسم، العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظام المناقصات والمزايدات وتطبيقه للقانون 89 لسنة 1998 الخاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولائحته التنفيذية مع دراسة لعقود B.O.T، دار النهضة العربية، ط3، القاهرة، 2003، ص.263.

[2] تنص المادة 136 الفقرة 8 على: "ومهما 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 وخارجة عن إرادة الأطراف. وزيادة على ذلك لا يمكن أن يغير الملحق موضوع الصفقة أو مداها".

[3] عادل بوعمران، المرجع السابق، ص.217.

[4] السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص.482.

[5] السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص.483.

ذات صبغة ماد ناجمة عن ظروف طبيعية[1]، كما لو اعترض المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ الصفقة التركيبة الجيولوجية للأرض محل التنفيذ، بحيث لا تتوافق طبيعتها مع الأشغال المراد إجراءها عليها، كما لو اكتشف المتعامل المتعاقد وجود طبقات صخرية عند قيامه بأعمال حفر أو فوجئ بوجود مياه غزيرة في الطبقات تحت الأرض ما تطلب منه لسحبها نفقات غير عادية أو صادفه انزلاق في التربة[2]، وهو ما تعرضه له مجمع كوجال الياباني المكلف بإنجاز الشطر الشرقي للطريق السيار في الجزائر، مما اضطره إلى ضخ كميات كبيرة من الخرسانة الإسمنتية لمنع تدهور وضعيته من جراء الانهيار.

أما من الناحية التشريعية؛ نص المشرع على ضرورة أن تكتسي الصعوبات التي تعترض المتعامل المتعاقد تنفيذه عقد الصفقة العمومية طابع الوقائع المادية والتقنية وغير الاقتصادية[3]، مشيرا إلى ما يعتبر من قبيل هذه الصعوبات كحالة الأرضية[4]، والأخطار المناخية[5]، والعوائق المصطنعة دون الإخلال بنوعية الدراسات[6]، مستثنيا منها بعض الوقائع كما لو اعترض المتعامل المتعاقد عند شروعه في عملية التنفيذ وسائل الاستغلال العادي للملك العمومي والمرافق العمومية من أنابيب وقنوات وأسلاك بمختلف أنواعها، أو تزامن تنفيذه العقد مع أشغال أخرى، تم تحديدها بصورة مسبقة في دفتر الشروط[7].

ولا يكفي لتعويض المتعامل المتعاقد وفقا لهذه النظرية وقوع صعوبات مادية اعترضت تنفيذه شروط العقد، بل من الضروري أن تكون تلك الصعوبات المادية غير عادية تمثل عقبات من نوع غير مألوف واستثنائي لا تنتمي إلى المخاطر العادية التي تصادف المتعامل المتعاقد أثناء التنفيذ[8].

هذا ما أكدت عليه محكمة القضاء الإداري المصري في القضية رقم 7892 بتاريخ 20 جانفي 1957، حيث اعتبرت أن شرط الصعوبات المادية غير المتوقعة أو الاستثنائية لا يتوافر لمجرد أن الطبقة التي وجدها المدعي وهو يتولى تنفيذ أعمال المشروع الكامنة في تطهير ترعة كانت ذات صلابة غير عادية، وإنما يجب أن تكون لهذه الطبقة امتداد غير عادي وتكون مساحتها واسعة[9].

ويجد تطبيق نظرية الصعوبات المالية غير المتوقعة أهميته من الناحية العملية بالنسبة للمتعامل المتعاقد، فلو فرضنا أن تعويض هذا الأخير يتم على أساس نظرية الظروف الطارئة، فإن تعويضه يكون جزئيا ومؤقتا كما رأينا ذلك سابقا، أما إذا تم تعويضه بناء على نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

---

[1] أما إذا كانت صعوبات تنفيذ العقد ناشئة عن ظروف إدارية فيتم تعويض المتعاقد على أساس نظرية فعل الأمير، أو كانت صعوبات راجعة إلى ظروف اقتصادية أو ظواهر طبيعية كالزلازل والبراكين أو بسبب فعلا إنسانيا مثل الحروب والثورات، فيتم تعويض المتعاقد بناءا على نظرية الظروف الطارئة كما سبق بيانه. لمزيد من التفصيل أنظر إبراهيم الشارف الطاهر تفوقة، المرجع السابق، ص.172، وأيضا إسماعيل هاني عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.1166.

[2] ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص.218. وأيضا صباح المصري، المرجع السابق، ص.309.

[3] طبقا لنص المادة 108 الفقرة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

[4] وهي على الخصوص بحسب ما جاء في المادة 108 الفقرة 5 من نفس المرسوم التنفيذي "كل صخور يصعب استخراجها، وجود مياه جوفية أو منابع، الطبيعة الصلبة لطبقات الأرض، وأيضا وجود أرضيات غبر متجانسة وغير مستقرة تستدعي زيادة العمق وتعديل الخصائص وتعديل الخصائص المتعلقة بالأساسات".

[5] شريطة أن تكتسي الطابع الاستثنائي، ومثالها حسبما ما تضمنته المادة 108 الفقرة 6 من نفس المرسوم التنفيذي الأمطار المستمرة في منطقة إقامة الورشة والتي تشهد في العادة هطول نسبة ضعيفة من الأمطار بالنسبة لأشغال الحفر، وكذا الفيضانات وسرعة الرياح ودرجة الحرارة التي تتجاوز النسب المقررة في دفتر التعليمات الخاصة. وهنا لا بد أن أشير إلى التناقض الذي وقع من المشرع في نص المادة 110 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 حيث اعتبر نفس هذه الوقائع التي تشمل الأخطار المناخية قوة قاهرة، فأخلط بذلك بين ما يعتبر من قبيل الصعوبات المادية غير المتوقعة وحالة القوة القاهرة.

[6] لاسيما نقص أساسات العمارات المجاورة أو المحيطة لمكان تنفيذ الأشغال موضوع الصفقة العمومية والتي يمكن أن تشكل خطرا على استقرارها طبقا لنص المادة 108 الفقرة 7 من نفس المرسوم التنفيذي.

[7] كما جاء في الفقرة 8 من نفس المادة.

[8] بلال أمين زين الدين، المرجع السابق، ص.591.

[9] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص.222.

فيتم تعويضه تعويضا شاملا كاملا عما أصابه من ضرر، ولحل هذا الخلاف في ظل ارتباك القضاء ظهرت عدة معايير فقهية، أهمها معيار توقيت حدوث الظواهر الطبيعية ومفاده إذا حدثت الظاهرة بعد إبرام العقد يتم تطبيق نظرية الظروف الطارئة، أما إذا كانت الظاهرة موجودة قبل إبرام العقد ولم يعلم بها الأطراف المتعاقدة تطبق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة[1].

2- أن تكون الصعوبات غير متوقعة عند إبرام الصفقة:

يجب أن تكون الصعوبات التي يواجهها المتعامل المتعاقد غير متوقعة وطرأت بشكل مفاجئ بعد إبرام العقد وأثناء التنفيذ، ويقدر هذا الشرط بنفس الأوضاع التي يقدر بها في نظرية الظروف الطارئة، أي أن تكون تلك الصعوبات طارئة لم يكن بالإمكان توقعها عند التعاقد وفقا للظروف التي أبرم في ظلها عقد الصفقة العمومية[2].

وقد أكد على هذا الشرط المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم 21-219 بنصه على: " تعد التبعات التقنية غير المتوقعة صعوبات مادية غير عادية واستثنائية....لم تكن متوقعة عند إبرام الصفقة المعنية دون الإخلال بالدراسات"، أما إذا كان في الوسع توقع تلك الصعوبات عند إبرام عقد الصفقة كما لو نبهت المصلحة المتعاقدة المتعامل المتعاقد إلى صعوبات سيواجهها في تنفيذ العقد، أو أن طرفا الصفقة كان قد اتفقا على تحمل المتعامل المتعاقد المسؤولية الكاملة عن جميع الصعوبات المادية التي تصادفه أثناء التنفيذ المتوقعة منها وغير المتوقعة مهما نتج عنها من إرهاق له، فلا تطبق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة[3]، مادامت لا ترقى إلى مستوى الظروف الطارئة الموجبة لإلزام المصلحة المتعاقدة بتحمل نصيب من الخسارة الفادحة التي أدت إلى اختلال اقتصاديات العقد اختلالا جسيما[4].

ومثال الصعوبات؛ أن يجد المتعامل المتعاقد نفسه في مواجهة حالة لم يكن يتوقعها من خلال دراسته الأولية للمشروع وعند إقباله على التعاقد ولا حتى أثناء تنفيذه العقد، ولم يتم النص عليها في دفتر الشروط كما لم ينتبه لها مكتب الدراسات المعتمد من طرف المصلحة المتعاقدة[5]، ومن هذا المنطلق يجب على المتعامل المتعاقد قبل أن يقوم بإبرام الصفقة العمومية أن يبذل كل ما بوسعه للإحاطة بجميع الظروف الخاصة بموضوع العقد وما يمكن أن يعترضه من صعوبات أثناء التنفيذ، كدراسة صلاحية الأرضية للبناء عليها وموقعها ومميزاتها وأبعادها...إلخ[6]، في حين يكون على المصلحة المتعاقدة مساعدة المتعامل المتعاقد في البحث عن الصعوبات التي قد تواجهه أثناء تنفيذ العقد، وأن تضع تحت تصرفه كافة ما لديها من المعلومات بشأنها، وذلك إعمالا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود[7].

أما إذا قصر المتعامل المتعاقد في دراسة المشروع محل عقد الصفقة العمومية ولم يبذل في ذلك عناية الرجل الحريص قبل التعاقد، وفوجئ أثناء تنفيذه للعقد بصعوبات مادية كان في إمكانه توقعها وقت

---

[1] أحمد جمعة نور محمد البلوشي، المرجع السابق، ص.281.

[2] أحمد سليمان خربيط، المرجع السابق، ص.156.

[3] ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص.218.

[4] ومما يجب التوضيح في هذا الشأن ضرورة بيان أهم أوجه الاختلاف بين نظريتي الصعوبات المادية غير المتوقعة والظروف الطارئة على الشكل التالي:

- يشترط أن تكون الصعوبات مادية ترجع إلى عوامل طبيعية، بخلاف الوضع في نظرية الظروف الطارئة حيث قد تكون مادية أو غير مادية؛

- كما يشترط أن تكون الصعوبات عامة كما هو الحال في نظرية الظروف الطارئة، بل يكفي وهذا هو الغالب الأعم أن تكون قاصرة على المتعاقد. إسماعيل هاني عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.1205.

[5] مفتاح سعداوي، قضايا قانونية معاصرة، دار النّهضة العربية، ط1، القاهرة، 2018، ص.131.

[6] نور الدين عبابسة، المخاطر في عقد الصفقة العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، الجزائر، 2021/2020، ص.197.

[7] السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص.488.

إبرام العقد، فإنه لا يستحق التعويض وفقا لهذه النظرية[1]، ويكون بذلك مخطئا ومقصرا في عمله وعله تحمل نتيجة تصرفاته[2].

ومن التطبيقات القضائية لشرط عدم توقع صعوبات التنفيذ؛ ما ذهب مجلس الدولة الفرنسي في قرار له صادر في 27 نوفمبر 1935 في قضية Etable Déscours إلى اعتبار الشروط التي تم النص عليها في عقود الصفقات وتحمل المتعامل المتعاقد على تحمل مخاطر التنفيذ أيا كانت طبيعة الأرض أو الصعوبات التي يواجهها عند التنفيذ تعتبر صعوبات عادية ومتوقعة. ويعتبر هذا المنهج الذي سلكه القضاء الفرنسي منهج متشدد في تقدير درجة الصعوبات غير المتوقعة التي يصادفها المتعامل المتعاقد عن تطبيق هذه النظرية[3].

كما أكد هذا الشرط القضاء الإداري المصري؛ في حكم له صدر في 20 جانفي 1957 جاء فيه "ومن حيث أنه فضلا عما تقدم فإن الشرط الخاص بوجوب أن تكون تلك الصعوبات طارئة أي غير متوقعة أو مما لا يمكن توقعه أو ليس في الوسع توقعها..."، ورفض في حكم آخر له طلب تعويض إحدى الشركات على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بسبب عدم تحقق شرط عدم التوقع عند إبرام العقد، وقالت أن الشركة لم تصادف أي صعوبات مادية غير عادية أو استثنائية تجعل تنفيذ التزاماتها مرهقا تجعلها تتكبد خسائر على نحو يخولها حق المطالبة بالتعويض[4].

3- أن تكون الصعوبات مستقلة عن إرادة طرفي الصفقة:

يشترط الفقه والقضاء لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بالإضافة إلى الشرطين السابقين، أن لا تكون هذه الصعوبات من صنع أحد المتعاقدين، أي أن تكون مستقلة عن إرادتهما ولا يد لأي منهما في إحداثها أو زيادة أثارها، ولعل من أهم ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد حكمه الصادر في قضية Veyert التي سبق الإشارة إليها أين اشترط لقيام حق المتعاقد في التعويض عن الأضرار التي أصابته من جراء الصعوبات المادية غير المتوقعة ضرورة ألا يكون قد تسبب بخطئه في إحداثها، وألا تكون نتيجة فعل الإدارة[5].

كما تطرق المشرع الجزائري أيضا لهذا الشرط بالنص ضمن الفقرة الأولى من مضمون المادة 108 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 عند تعريفه للتبعات التقنية غير المتوقعة حيث أكد على أن إعمال نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة مرهون بشرط ألا يكون للأطراف المتعاقدة يد في وقوع الصعوبات المادية التي صادفت المتعامل المتعاقد في تنفيذ العقد[6].

في هذا الصدد يرى سليمان الطماوي؛ بأنه ينبغي ألا يكون للمتعامل المتعاقد دخل في العقبات التي تعترض تنفيذه المشروع، كما لا ينبغي أن يزيد في نتائجها أو خطورتها في حال مصادفتها، وأن يثبت بجميع وسائل الإثبات المتاحة له أنه لم يكن في وسعه تفاديها[7].

---

[1] أحمد سليمان خربيط، المرجع السابق، ص.158.

[2] محمد أحمد الأرناؤوط، المرجع السابق، ص.280.

[3] لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص.209.

[4] أحمد سليمان خربيط، المرجع السابق، ص.156 و157.

[5] إبراهيم الشارف الطاهر تفوقة، المرجع السابق، ص.178.

[6] تنص المادة 108 الفقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، على: "تعد التبعات التقنية غير المتوقعة صعوبات مادية...والتي لا يرجع سببها للأطراف المتعاقدة".

[7] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.719.

أما إذا كانت الصعوبات الاستثنائية من فعل المصلحة المتعاقدة، فلا مجال لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في تعويض المتعامل المتعاقد، وإنما يعوض على أساس نظرية فعل الأمير أو على أساس المسؤولية الخطئية للمصلحة المتعاقدة[1].

وفي ذات السياق ذهبت المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكمها في الطعن رقم 311 الصادر بتاريخ 14 جوان 1969 "...وإن كان المدعي قد أخطأ حينما تقدم بعطائه قبل دراسة تصميمات المشروع واستطلاع آراء الخبراء الفنية ودون إبداء تحفظاته الفنية إلى جهة الإدارة في الوقت المناسب، إلا أنه من الناحية الأخرى فإن جهة الإدارة قد أسهمت هي الأخرى في خلق الصعوبات التي اعترضت تنفيذ المشروع بقدر من الخطأ يتمثل في وضع تصميمات المشروع على أساس لا يتفق من الناحية الفنية مع أوضاع حوض التخزين ومنسوب المياه فيه، وقد كان مفروضا عليها قبل وضع الرسومات والتصاميم أن تقوم بالأبحاث والتجارب للتعرف على المناسيب والضغوط التي يمكن أن تنشأ في حوض التخزين حتى تجيء تلك التصميمات قابلة للتنفيذ العلمي. وعلى ضوء ما تقدم...فإنه يتعين على الطرفين أن يتحمل تبعة ما وقعا فيه من خطأ...ومن ناحية أخرى لا يحق للمدعي أن يطالب جهة الإدارة بأية مبالغ إضافية تكبدها أو خسائر لحقت به نتيجة الصعوبات التي واجهها في تنفيذ العملية"[2].

4- أن تجعل هذه الصعوبات تنفيذ الصفقة العمومية مرهقا:

يهدف تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في الصفقات العمومية في المقام الأول إلى معالجة الاختلال المالي الحاصل في عقد الصفقة، عن طريق تعويض المتعامل المتعاقد بما يعيده إلى الحالة التي كان عليها عند إبرامه للعقد نظير ما أصابه من ضرر في مواجهته لهذه الصعوبات غير المتوقعة، وصور الضرر هنا تكمن في ما يترتب عن الارتفاع غير العادي لتكاليف تنفيذ العقد وزيادة أسعاره بصورة كبيرة عن تلك المتفق عليها أثناء إبرام الصفقة، من إرهاق مالي شديد يصيب المتعامل المتعاقد، أما إذا كانت الزيادة في الأسعار لا تؤدي إلى إرهاق المتعامل المتعاقد، فلا سبيل إلى تطبيق هذه النظرية[3].

وقد أكد المشرع الجزائري على هذا الشرط في المرسوم التنفيذي رقم 21-219 من خلال نص المادة 108 في فقرتها الثالثة لقوله: "يترتب على التبعات التقنية غير المتوقعة جعل تنفيذ خدمات الصفقة العمومية للأشغال أكثر صعوبة ولكن غير مستحيلة".

أما تقدير ما إذا كانت الصعوبات التي يواجهها المتعامل المتعاقد يترتب عليها جعل تنفيذ العقد مرهقا أم لا يعود لاختصاص قاضي الموضوع، فإذا ما قدر أن هذه الصعوبات من شأنها التأثير في التوازن المالي لعقد الصفقة، يقضي بتعويضه تعويضا كاملا من طرف المصلحة المتعاقدة[4].

ولا مجال لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة إذا بلغت الصعوبات التي يواجهها المتعامل المتعاقد حدا جعل تنفيذه لالتزامه مستحيلا[5]، حيث يطبق القاضي نظرية القوة القاهرة إذا ما توافر باقي شروط إعمالها.

---

[1] السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص.490.

[2] مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.693.

[3] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، المرجع السابق، ص210.

[4] إبراهيم الشارف الطاهر تفوقة، المرجع السابق، ص.180.

[5] أحمد سليمان خربيط، المرجع السابق، ص15.

كما لا يشترط في هذه الصعوبات أن تقلب اقتصاديات عقد الصفقة كما هو الحال في نظرية الظروف الطارئة، بل يكفي أن تكون هذه الصعوبات استثنائية يترتب عليها ضرر للمتعامل المتعاقد في صورة زيادة أعباءه المالية[1]، وهذا باستثناء عقود الصفقات الجزافية التي تتضمن تحديدا للثمن الإجمالي الذي تدفعه المصلحة المتعاقدة لقاء تنفيذ المتعامل المتعاقد إجمالي الأعمال المطلوبة، أين اشترط الفقه والقضاء في فرنسا لتطبق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أن تؤدي الصعوبات التي يواجهها المتعاقد أثناء تنفيذه مثل هذه العقود إلى قلب اقتصاديات العقد[2].

المطلب الثاني: مسؤولية المصلحة المتعاقدة على أساس الإثراء بلا سبب

تعد نظرية الإثراء بلا سبب من أقدم النظريات الفقهية باعتبارها مصدر من مصادر الالتزام، إلا أنها لم تستقل عن غيرها من المصادر إلا حديثا[3]. ولم تعرف كمبدأ عام إلا في أواخر القرن التاسع عشر حيث اعترف القضاء الفرنسي بتطبيقها في بادئ الأمر على أنها فرعا عن دعوى الفضالة وظلت محكمة النقض الفرنسية تقضي بقياس الإثراء بلا سبب على الفضالة وتعتبر الإثراء بلا سبب فضالة اختل ركن من أركانها وبخاصة ركن القصد في تولي شؤون الغير متأثرة في ذلك بالقانون الفرنسي القديم، غير أنه لاحقا وتحت تأثير الفقيهين الفرنسي Abri وRoux اعترف بها القضاء الفرنسي كمبدأ مستقل عن الفضالة ومصدر من مصادر الالتزام مبني على قواعد العدالة[4].

تلتزم المصلحة المتعاقدة بتعويض المتعامل المتعاقد على أساس إثرائها بلا سبب نظير ما قدمه من أفعال نافعة في إطار تنفيذه للعقد المتفق عليه بينهما، إذ تقتضي قواعد العدالة أن كل من أثري على حساب غيره من دون سبب قانوني يلتزم برده للغير قدر ما أثري به وفي حدود ما لحقه به من خسارة ودفع غير مستحق[5].

الفرع الأول: مدلول الإثراء بلا سبب

لم يعرف فقهاء القانون الإداري الإثراء بلا سبب، كما أن الفقه الفرنسي بدا في أول الأمر مترددا في الاعتراف بهذه النظرية في مجال القانون العام[6] فانقسم بين مؤيد ومعارض لها، ومن بين الفقهاء المؤيدين لتطبيق هذه النظرية الفقيه Dareste الذي اعتبرها جزءا من تطبيق العدالة الإدارية في العقود، في حين عارض تطبيقها كل من الفقهاء Foucart، Looly وDucrocp، فقال الفقيه Foucart مدعيا أن تطبيقها سيؤدي إلى المساس بقواعد المحاسبة العمومية وتبذير الأموال العامة من خلال زيادة أعباء إضافية على الإدارة، أما الفقيه Looly فقد عارض تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب في القانون الإداري على أساس أن تطبيقها يعني تدخل القضاء في عمل الإدارة من خلال تقديره مدى منعة ما أنفقه المتعاقد بالنسبة للإدارة، أما الفقيه Ducrocp فقد رفض تطبيق هذه النظرية على أساس أنها تمنح الإدارة حجة

---

[1] محمد أحمد الأرناؤوط، المرجع السابق، ص.282.

[2] الشريف شريفي، النظام المالي للعقد الإداري دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2014/2013، ص.318.

[3] طليب السعيد، الإثراء بلا سبب أحكامه وتطبيقاته، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، مجلس قضاء باتنة، الجزائر، الدفعة الرابعة عشر، دون سنة نشر، ص.06.

[4] رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، ط3، الإسكندرية، 2003، ص.446.

[5] رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص.445.

[6] عبد الرؤوف هاشم بسيوني، شبه العقد في القانون الإداري، دار الفكر العربي، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص.11.

مقنعة في التهرب من تطبيق قواعد المحاسبة العمومية من خلال الترخيص بشرعية النفقات العامة غير المعتمدة في الموازنة العامة[1].

وكان القضاء الفرنسي قد فرض في بادئ الأمر تطبيق هذه النظرية مستندا قي ذلك على ضرورة احترام الإجراءات الشكلية المرتبطة بإخضاع كل عقد إداري إلى ترخيص مسبق تصدره السلطة المختصة، وهو ما تأكد بموجب الرأي الاستشاري الصادر بتاريخ 31 ماي 1823 بخصوص عقد مبرم بين مدير إحدى المدارس الرسمية بصفته الشخصية مع أحد الموردين خارج الأطر القانونية السليمة، وقال مجلس الدولة في هذا الشأن بأن هذا التصرف غير ملزم لا للمدرسة ولا للدولة بالرغم من أنه يشير إلى موضوع الإثراء بلا سبب، غير أنه استبعده ضمنيا بموجب استبعاده للمواد من 1371 إلى 1375 من ق.م.ف المتعلق بشبه العقود والإثراء بلا سبب بوجه خاص[2].

وقال بعض الفقهاء أن السبب الحقيقي وراء تأخر مجلس الدولة في الأخذ بنظرية الإثراء بلا سبب يكمن في محاولته المحافظة على الأموال العامة واحترام مبادئ المحاسبة العمومية، إذ حتى في ظل الاجتهاد القضائي المدني كان يعتبر الإثراء بلا سبب مجرد فضالة ناقصة هذا من جهة، ومن جهة أخرى حاول المجلس فرض استقلاله وذاتيته من خلال رفضه تطبيق نصوص القانون المدني المتعلقة بالفضالة في مجال القانون الإداري[3].

ويعد الفقيه Mestre من أوائل من أبرز عناصر الابتكار في نظرية الإثراء بلا سبب في إطار القانون الإداري، عندما أوضح أن مجلس الدولة الفرنسي قد توصل إلى هذه النظرية من خلال محاولة التنسيق بين نظريتي الفضالة والإثراء بلا سبب الموجودتان في القانون المدني، حيث استعار من الأولى فكرة الأعمال الضرورية والنافعة ومن الثانية فكرة الإثراء المحقق[4]، وأشار إلى وجود رابطة شبه عقدية ما بين المتعامل المتعاقد (المفتقر) والمصلحة المتعاقدة (المثري)، تتمثل في وجود عنصر شبه رضائي من طرف المصلحة المتعاقدة في الموافقة على الأعمال المنجزة، سواء كانت هذه الموافقة صريحة كأن تقدم طلبا بالقيام بهذه الأعمال، أو ضمنية ناتجة عن صمتها وعدم اعتراضها على تنفيذ تلك الأعمال بالرغم من علمها بها[5].

وقد كشف القضاء الفرنسي عن تطبيقات نظرية الإثراء بلا سبب كمبدأ قابل للتطبيق أمام القضاء الإداري من دون النص عليه في القانون باعتبارها مبدأ من المبادئ العامة له، وقصر هذا الاعتراف في بداية الأمر على الأعمال التي حققت منفعة مؤكدة لصالح الإدارة والتي نفذت في إطار حالات شبه العقد، فقض في قرار له صادر بتاريخ 22 نوفمبر 1859 في قضية Commune de Vezac جاء فيه أن الأعمال المنفذة من أشخاص القانون الخاص لصالح الإدارة بشكل غير مرخص به بشكل نظامي يجب التعويض عنها رغم عدم قانونيتها مادام قد حققت نفعا للإدارة[6].

---

[1] علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، ج 1، منشورات زين الحقوقية، ط□، لبنان، 2014، ص.132.

[2] علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص.150.

[3] عبد الحفيظ مانع، "نظرية الإثراء بلا سبب في مجال الصفقات العمومية"، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، جامعة تلمسان، الجزائر، المجلد 07، العدد 01، 2022، ص.188.

[4] Gilles LEBRETON, op. cit, p.240.

[5] علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص.153.

[6] CE, 22 décembre 1859, Commune de Vézac, p.767.

كما كرس مبدأ الإثراء بلا سبب في القانون العام أيضا في نطاق الأشغال العامة في حكم مجلس الدولة الصادر في 14 أفريل 1961[1].

أمام هذا التردد الفقهي والقضائي حول اعتماد الإثراء بلا سبب في مجال العقود الإدارية بصفة عامة والصفقات العمومية بصفة خاصة، وفي ظل غياب تعريف له لدى فقهاء القانون الإداري حاولت إيجاد تعريف له انطلاقا من قواعد القانون الخاص، ذلك إذ أنه غالبا ما يلجأ القاضي الإداري بمناسبة الفصل في دعوى الإثراء بلا سبب في منازعات تنفيذ عقود الصفقات العمومية إلى تطبيق الأحكام العامة للإثراء بلا سبب المنصوص عليها في القانون المدني لاسيما من حيث الأركان التي إذا ما توافرت حكم القاضي على أساسها بالتعويض للمتعامل المتعاقد في مثل هذه العقود.

أولا - الإثراء بلا سبب في القانون المدني:

عرف المشرع الجزائري الإثراء بلا سبب في المادة 141 من ق م من خلال بيان أركان تحققه، فنص على أنه "كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها مبررها، يلتزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء".

كما عرفه المشرع المصري في نص المادة 179 من ق.م.م على الإثراء بلا سبب بأنه "كل شخص ولو غير مميز يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر، يلتزم حدود ما أثري به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة، ويبقى هذا الالتزام قائما ولو زال الإثراء بعد ذلك"[2].

ثانيا- علاقة الإثراء بلا سبب في القانون المدني مقارنة بالقانون الإداري:

إن الإثراء بلا سبب في القانون المدني؛ لا يختلف عن الإثراء بلا سبب في العقود الإدارية عامة والصفقات العمومية خاصة، إذ يتمثل الإثراء بلا سبب في القانون المدني في حصول الشخص على منعة أو كسب مادي أو أدبي سواء كان ايجابي –يؤدي إلى زيادة في الذمة المالية للشخص-أو سلبي –يؤدي إلى الإنقاص في الذمة المالية للشخص الذي أثري على حسابه-[3]، أما الإثراء بلا سبب في الصفقات العمومية فيتحقق عندما تقوم المصلحة المتعاقدة بإنقاص الامتيازات المالية للمتعامل المتعاقد معها أو تتسبب في زيادة أعبائه المالية بموجب ما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة محققة لنفسها نفع من وراء ذلك في ظل امتناعها عن دفع مقابل تلك الأعباء، فتكون قد أثرت على حساب المتعامل المتعاقد معها دون أن يكون لهذا الإثراء أي سند في العقد القائم بينهما[4].

الفرع الثاني: شروط الإثراء بلا سبب

بالرغم من أن تطبيق مبدأ الإثراء بلا سبب في القانون الإداري في مرحلة معينة استقل عما هو موجود في القانون المدني، إلا أن هذا لا يعني أنه مستقل عنه تماما، فمازال المبدأ يستقي أصوله وضوابطه وشروطه من النظريات المطبقة في القانون المدني[5].

أولا- إثراء المصلحة المتعاقدة (المدعى عليه):

---

[1] منصور القاضي، القانون الإداري، ج 1، المؤسسة الجامعية للدراسات، ط1، لبنان، 2001، ص.369.

[2] أحمد سليمان شهيب السعداوي، جواد كاظم جواد سميسم، مصادر الالتزام دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقه الإسلامي، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2015، ص378. وأيضا أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.425.

[3] محفوظ لعشب، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط4، الجزائر، 2007، ص.247.

[4] لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص.91.

[5] عبد الرؤوف هاشم بسيوني، المرجع السابق، ص.115.

يعتبر شرط إثراء المدين شرط جوهري لنشوء التزام المثري، فإذا لم يتحقق إثراء في ذمة الشخص فلن يلتزم بالتعويض، فقيام شخص مثلا بدفع دين سبق أن وفاه المدين، لا يلزم الأخير بالتعويض كونه لم يثر من قيام المفتقر بوفاء الدين[1].

وقد تبنى القانون المدني منذ زمن طويل فكرة أن الإثراء يكون في شكل تعاون بدون مقابل، وفي هذا الصدد قال بعض شراح القانون الإداري أمثال الفقيه Maurice horiou أن مجلس الدولة الفرنسي قد تبنى تصورا أوسع نطاقا عما هو منصوص عليه في القانون المدني عن طريق استخدامه لفكرة المنفعة، إلا أن ذلك لا يؤكد أن القضاء الإداري قد تبنى التفسيرات المدنية للإثراء بحذافيرها، ومع ذلك فإن مجلس الدولة فقد تبنى فكرة الاقتصاد في النفقات منذ حكمه في قضية Zeilabadine الصادر في 19 نوفمبر 1909[2]، وكذا في حكمه قضية Léon dupare الصادر في 18 جوان 1980[3].

والإثراء قد يكون إيجابيا بإدخال قيمة مالية في ذمة المثري، سواء كان ما اكتسبه المثري حقا شخصيا أو حقا عينيا، كما يمكن أن يكون سلبيا إما بالوفاء بدين عن شخص آخر مما يودي إلى تقليل العناصر السلبية لذمته المالية، وإما عن طريق تجنيب شخص شخصا آخر الالتزام بمصروفات لازمة تؤدي لإنقاص الجانب الايجابي لذمته المالية، كأن يقوم المستأجر بالترميمات الجسيمة التي تقع أصلا على المؤجر، كما قد يكون مباشرا يتحقق حينما تنتقل قيمة مالية مباشرة من ذمة المفتقر إلى ذمة المثري إما بفعل المفتقر، كأن يدفع شخص دينا على غيره أو قيام المستأجر بترميم العين المؤجرة دون أن يكون ملتزما بذلك، أو غير مباشر يتجسد من خلال تدخل شخص آخر عن طريق قيامه بعمل مادي كأن يبني مقاول منزلا في أرض شخص بأدوات شخص آخر[4].

كما أن الإثراء قد لا يرتبط بالذمة المالية للمثري، كأن تتحصل المصلحة المتعاقدة على إثراء معنوي عن طريق الدراسات أو المقاسات أو الحسابات ذات الطبيعة الجمالية التي أجريت لمبنى عام مملك لها، إذ غالبا ما تثور المنازعات المتعلقة بهذا النوع من الإثراء المعنوي بين المصلحة المتعاقدة وبين مصممي الأعمال مثل المهندسون المعماريون، مكاتب الدراسات والمهندسون الاستشاريون...إلخ، وفي هذا الإطار صدر حكم عن الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 18 جانفي 1960 قررت فيه أن الإثراء المتعلق بالذمة المعنوية لإحدى البلديات قامت التي بأخذ بضائع من محل تاجر في غيابه ووزعتها على ساكنتها بالمجان بعد انتهاء الحرب العامية الثانية، فالبلدية لم يتحقق لها إثراء مادي بسبب توزيع المؤن بالمجان، بل استفادت من إثراء معنوي من سكانها[5].

في هذا الصدد قال Mestre أن السلطة العامة تكلف بالدفاع عن الصالح العام لمواطنيها، وأن الإثراء الذي تستفيد منه دون سبب كاف يستوجب قياسه بالمنفعة التي تمثلها حقيقة الأعمال أو الأداءات

---

[1] أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.426.

[2] تتلخص وقائع هذه القضية في أن بعض المتطوعين من أصل هندي في الجيش تم فسخ عقودهم تطبيقا للمرسوم الصادر في 17 مارس 1907 بشأن إحدى فرق المتطوعين قبل الأجل المحدد لها، وكان من بينهم السيد Zeilabadine الذي رفع دعوى قضائية مطالبا فيها بالتعويض لعدم كفاية معاشه، وطلب أيضا احتساب السنوات المتبقية من مدة العقد عند تقدير معاشه، إلا مجلس الدولة رفض طلبه مستندا إلى عدم وجود خطأ من طرف الإدارة. أشار إليه عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص.576.

[3] عبد الرؤوف هاشم بسيوني، المرجع السابق، ص.117.

[4] أحمد سليمان شهيب السعداوي، جواد كاظم جواد سميسم، المرجع السابق، ص.378 وما يليها.

[5] عبد الرؤوف هاشم بسيوني، المرجع السابق، ص.118 و.119.

المتعلقة بالصالح العام[1]، ويعود تحديد وجود المنفعة العامة التي تتوخاها المصلحة المتعاقدة من عدمها إلى السلطة التقديرية للقاضي[2].

كما أن محكمة القضاء الإداري المصري على غرار القضاء الجزائري؛ هي الأخرى أخذت بجميع صور الإثراء التي جاء بها مجلس الدولة الفرنسي سواء تعلقت بالقيام بعمل لصالح الإدارة أو أداء خدمة لصالح المرفق العام، في غالب الأحيان ما تتمثل في القيام ببعض الأعمال الإضافية في عقود الأشغال العامة، أما الإثراء المعنوي فلم توجد أي تطبيقات قضائية بشأنه في القضاء الإداري المصري[3] وحتى القضاء الجزائري.

ثانيا- افتقار المتعامل المتعاقد (المدعي):

بالرجوع للمبادئ العامة المنصوص عليها في القانون المدني؛ يشترط لرفع دعوى الإثراء بلا سبب أن يكون هناك افتقار في جانب المتعامل المتعاقد، والافتقار هو الخسارة التي يتحملها المدعي (المفتقر) فإن لم يتحقق الافتقار كوجه مقابل للإثراء فلا مجال لإعمال دعوى الإثراء بلا سبب[4].

إن دعوى الإثراء بلا سبب في مجال الصفقات العمومية؛ لا تعنى سوى بالنفقات النافعة أو الخسارة الحقيقية للمتعامل المتعاقد المفتقر التي يترتب عليها تحقيق نفع مؤكد للمصلحة المتعاقدة، وتطبيقا لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي باستحقاق إحدى الشركات التعويض عن النفقات النافعة التي قامت بها مع استبعاد منفعتها من وراء تلك النفقات[5].

ويجب أن يكون الافتقار حقيقيا ومؤكدا؛ وهذا الشرط يبدو أحيانا صعب التحقق منه في ظل غياب وجود مفهوم للنفقات الحقيقية أو النفقات النافعة التي تحقق منفعة عامة لصالح المصلحة المتعاقدة[6].

كما أن تحديد الافتقار الحقيقي للمتعامل المتعاقد رافع دعوى الإثراء بلا سبب قد يثير مصاعب جمة عندما تكون الأعمال المطالب بدفع قيمتها قد حققت مزية لصالحه، ففي القضية التي أقامها وزير الإسكان ضد شركة Sud-Aviation، استفسر مجلس الدولة عن حساب النفقات الجائز سدادها للشركة في مقابل الأعمال التي قامت بإنجازها في إحدى الثكنات العسكرية بناء على طلب الإدارة، وبصفة خاصة بخصوص الربح التجاري الذي عاد عليها من وراء هذه الأعمال، وجاء في حكمه وجوب خصم المبالغ التي لم تتكبدها الشركة من جراء استعمالها لمواصلة نشاطها الصناعي أو التي ارتبطت بالمزايا التي كان في وسعها خصمها من تنفيذ الأعمال مع مراعاة المخاطر التي تمثلها الأعمال الحربية، وأقر الحكم في نهاية الأمر مبدأ تخويل حق تعويض الشركة في حال لم ترق الأرباح التي حققتها من جراء هذه الأعمال إلى تعويض النفقات التي تكبدتها الشركة[7].

---

[1] أحمد جمعة نور محمد البلوشي، المرجع السابق، ص.197.

[2] نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، ط2، لبنان، 2012، ص.591.

[3] عبد الرؤوف هاشم بسيوني، المرجع السابق، ص.121.

[4] أنور سلطان، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص.430.

[5] أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.427.

[6] عبد الرؤوف هاشم بسيوني، المرجع السابق، ص.124 و125.

[7] أحمد فتح الله أبو سكينة، النظرية العامة للإثراء بلا سبب في القانون الإداري، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، 1998، ص.118.

ثالثا- الارتباط بين الإثراء والافتقار (الرابطة السببية):

ينبغي أن يكون هناك ارتباط بين الإثراء والافتقار، أي ضرورة وجود علاقة سببية بين افتقار المتعامل المتعاقد (المدعي) والإثراء في جانب المصلحة المتعاقدة (المدعى عليه)، وهذا الارتباط قد يكون مباشرا أو غير مباشر، ويكون الإثراء مباشرا، كأن يقوم المتعامل المتعاقد بأشغال ضرورية نافعة بمناسبة تنفيذه عقد الصفقة تؤدي لافتقاره وإثراء المصلحة المتعاقدة[1]، وهنا لا توجد أي صعوبة لتحديده وتقديره، ويكون الإثراء غير مباشر إذا تدخل الغير في إحداثه ويكون تحديده وتقديره صعبا في هذه الحالة[2].

ومع ذلك اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن دعاوى الإثراء بلا سبب التي يرفعها المقاول من الباطن المدخل من طرف المتعامل المتعاقد بصفة غير قانونية ضد المصلحة المتعاقدة بسبب الربح الذي عاد عليها من أعمال مقاولته من الباطن لا يعد سببا لإبطال دعوى الإثراء بلا سبب[3].

المطلب الثالث: مسؤولية المصلحة المتعاقدة في حالة القوة القاهرة

تقتضي أحكام المسؤولية التعاقدية وجود الخطأ والضرر وقيام العلاقة السببية بينهما، فإذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه تنفيذا عينيا كان مسؤولا عن التعويض لعدم الوفاء، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه[4]، واستحالة التنفيذ إما أن تكون استحالة فعلية أو استحالة قانونية[5].

من هذا المنطلق قد يصادف المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية صعوبات من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد أكثر إرهاقا في جانبه، غير أن المتعاقد يلتزم بتنفيذ التزاماته التعاقدية مادام ذلك ممكنا، وعلى المصلحة المتعاقدة أن تبدل كل ما في وسعها لتمكن المتعامل المتعاقد معها في الاستمرار في تنفيذ التزاماته اتجاهها حرصا على استمرار المرفق العام واضطراده[6].

لكن في بعض الحالات؛ قد يترتب على تلك الصعوبات أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة، ولا يستطيع المتعامل المتعاقد الاستمرار في تنفيذ التزاماته، فنصبح أمام حالة من حالات القوة القاهرة التي لا يمكن توقعها ودفعها في نفس الوقت[7]، يكون من نتائجها إعفاء المتعامل المتعاقد من تنفيذ التزاماته، وقد تكون استحالة تنفيذ الصفقة استحالة نسبية، بمعنى أن تدوم القوة القاهرة لفترة مؤقتة، ويكون تنفيذ الالتزام ممكنا بشرط معاونة المصلحة المتعاقدة المستمرة له لمواجهة حالة القوة القاهرة التي اعترضت تنفيذه عقد الصفقة العمومية[8].

الفرع الأول: المقصود بنظرية القوة القاهرة

تعتبر نظرية القوة القاهرة من النظريات القضائية القائمة على أساس من المنطق والعدالة ورعاية مصالح المتعاملين المتعاقدين مع المصلحة المتعاقدة من دون الإخلال بالصالح العام[9].

---

[1] نور الدين عبابسة، المخاطر في عقد الصفقة العمومية، المرجع السابق، ص.21.

[2] عبد الرؤوف هاشم بسيوني، المرجع السابق، ص.118.

[3] نفس المرجع، ص.130.

[4] Stéphanie PORCHY-SIMON, Droit civil 2 éme année,Les obligations, Dalloz,10 éd, Paris, 2018, p.262.

[5] عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء في مبادئها القانونية وأوجهها العلمية، المنشورات الحقوقية، بيروت، 1999، ص.330.

[6] السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص511.

[7] Christophe LAJOYE, droit des marchés publics, op. cit, p.208.

[8] أيمن محمد جمعة، المرجع السابق، ص.627.

[9] ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص.228.

وبالرغم من اشتراك العناصر المكونة للقوة القاهرة في القانون العام والقانون الخاص، يتبين أن لفكرة القوة القاهرة وضعا متميزا في نطاق العقود الإدارية عامة والصفقات العمومية خاصة، بالنظر للطبيعة الخاصة لهذه العقود خصوصا وأنها أكثر ما ترتبط بحسن سير المرافق العامة مما يلزم المتعامل المتعاقد ببذل أقصى جهد في تنفيذ شروط عقد الصفقة[1].

أولا- تعريف القوة القاهرة على المستوى الفقهي والقضائي:

القوة القاهرة بالمفهوم الفقهي التقليدي؛ هي "حادث مستقل عن إرادة الأطراف المتعاقدة، وغير ممكن توقعه ويستحيل دفعه، يحول بصفة مطلقة دون تطبيق مجموعة الالتزامات التعاقدية بين المتعاقد الملتزم والإدارة، أو أحد هذه الالتزامات"[2].

كما عرفها الفقه الفرنسي؛ بأنها "الحادث الخارجي عن إرادة الأطراف المتعاقدة، وغير المتوقع وغير المرتقب والذي يستحيل دفعه، ويؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزامات التعاقدية"[3].

وقد أكدت على العناصر المكونة لتعريف القوة القاهرة في العقود الإدارية أحكام القضاء الإداري الفرنسي، لاسيما الحكم المبدئي الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في قضية الشركة البحرية Compagnie des messageries maritimes بتاريخ 29 جانفي 1909[4]، الذي اشترط في تحقق القوة القاهرة أن يجد المتعاقد نفسه في مواجهة ظروف خارجة عن إرادته ولا يمكن رد أثرها، مما يجعل تنفيذ العقد مستحيلا ليصبح بإمكانه التحلل من التزاماته التعاقدية، كالظواهر الطبيعية التي لا يمكن ردها أو وقفها.

كما عرفت محكمة النقض المصرية الحادث الذي يمكن اعتباره قوة قاهرة؛ بأنه "يشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة عدم إمكانية توقعه واستحالة دفعه، وهذان الشرطان يُستمدان من واقع الدعوى الذي تستقل محكمة الموضوع بتحصيل قيمته من أوراقها"[5].

ثانيا- تعريف القوة القاهرة على المستوى التشريعي:

يمكن للأطراف المتعاقدة خلال إنجاز الصفقة العمومية، أن تواجه إمكانية الربح كما يمكن أن تواجه الخسارة بسبب أحداث غير متوقعة كالقوة القاهرة، التي صنفها المشرع الجزائري ضمن الأشكال الثلاثة للأخطار المقبولة في إطار الصفقات العمومية إلى جانب كل من التبعات التقنية غير المتوقعة وحالة عدم التوقع.

وقد عرف المشرع حالة القوة القاهرة؛ ضمن نص المادة 110 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 على أنها "يشمل مفهوم القوة القاهرة في إطار الصفقة العمومية للأشغال: كل فعل أو حدث غير متوقع ولا يقاوم مستعص ومستقل عن إرادة الأطراف المتعاقدة وتمنعهم بصفة مؤقتة أو نهائية عن تنفيذ التزاماتهم التعاقدية المتبادلة".

يتضح من التعريف أعلاه؛ أن المشرع الجزائري أنتهج ما اتجه إليه كل من الفقه والقضاء الإداريين في تعريف القوة القاهرة وهذا من خلال بيان شروط تحققها، غير أنه ميز فيما يخص ما تؤدي إليه القوة القاهرة من استحالة تنفيذ بين الاستحالة المؤقتة والاستحالة النهائية.

---

[1] أحسان سليمان خربيط، المرجع السابق، ص.229. وأيضا إسماعيل بحري، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2009/2008، ص.83.

[2] بشار رشيد حسين المزوري، المرجع السابق، ص.79.

[3] عبد القادر محفوظ، "فيروس كورونا بين القوة القاهرة والظروف الطارئة"، مجلة الدراسات الحقوقية جامعة سعيدة، الجزائر، المجلد 08، العدد01، 2021، ص.30.

[4] نفس المرجع، ص.30.

[5] نفس المرجع، ص.514.

وانطلاقا من نص المادة 111 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 لاسيما الفقرة 3 منها، فإن القوة القاهرة تؤدي إلى استحالة تنفيذ التزامات عقد الصفقة بصفة نهائية إذا ما استمرت لأكثر من شهرين متتاليين، بعد تاريخ تبليغ المتعامل المتعاقد بوقوعها[1]، يكون من أثارها بالإضافة إلى إعفاء المتعامل المتعاقد من غرامات التأخير قيام حقه في المطالبة بفسخ عقد الصفقة والتعويض إذا ما توافرت شروط اقتضاءه.

أما إذا اتفق طرفا عقد الصفقة العمومية من خلال دفتر التعليمات الخاصة على تحديد ما يعتبر من قبيل القوة القاهرة؛ ففي هذه الحالة يطبق العقد بدون قيد أو شرط[2] كما لو قامت المصلحة المتعاقدة بتوضيح نسب مختلف الظواهر المناخية الطبيعية كدرجة الحرارة والجليد وسرعة الرياح وسرعة التيار وحجم الموج وارتفاع السيول في دفتر الشروط وقبل بها المتعامل المتعاقد عند إقباله على إبرام عقد الصفقة، فإنه لا يمكن بأي حال من الأحوال لهذا لمتعامل المتعاقد الاحتجاج بحدوث القوة القاهرة إذا لم تتجاوز في تقديرها النسب المحددة في هذا الدفتر، وبالتالي لا يمكنه التحلل من التزاماته التعاقدية.[3]غير أن السؤال الذي يظل قائما في نظرنا هو ما مدى اختصاص المصلحة المتعاقدة وتمكنها بتعيين تلك النسب؟ وعلى أي معايير تقوم بتحديد هذه النسب؟.

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية القوة القاهرة

الأصل أن عدم تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته التعاقدية الواردة في عقد الصفقة يعتبر خطأ في جانبه يقيم مسؤوليته، ولا يمكن له دفع المسؤولية عن نفسه إلا إذا أثبت أن استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه كحالة القوة القاهرة، ومن الطبيعي أن تعفي هذه الحالة المتعامل المتعاقد من مسؤوليته التعاقدية متى اتصفت بكونها خارجة عن إرادته ولم يكن في وسعه توقعها، وأصبح هنا أمام حالة استحالة مطلقة تحول دون إمكانية قيامه بالتزاماته، مما يسمح له التحلل من التزاماته باللجوء إلى المطالبة بفسخ العقد[4] والتعويض إذا كان له وجه، وعليه ذهب أغلب الفقهاء إلى القول بأن القوة القاهرة تعد سببا لإعفاء المتعاقد من مسؤوليته عن عدم تنفيذ العقد أو التأخر فيه، وبالتالي تعد مانعا من تطبيق أي جزاء عليه[5].

لتطبيق نظرية القوة القاهرة يلزم النظر في ما إذا كان دفتر الشروط قد نظم مفهومها وشروط تطبيقها، فعندئذ يجب تطبيق النصوص المتفق عليها بين الطرفين المتعاقدين، أما إذا لم يرد في دفتر الشروط هذا التنظيم فقد تطلب الفقه والقضاء توافر شروط ثلاثة، وهو ما سوف أتطرق إليه في النقاط أدناه.

أولا- أن يكون الحادث خارجا عن إرادة طرفي الصفقة العمومية:

يشترط في الحادث المكون للقوة القاهرة أن يكون أجنبيا عن إرادة المتعاقدين ومستقلا تماما عنهما، ولم يكن أي طرف منهما من تسبب في وقوعه أو ساهم في ذلك[6]، ولا يعتبر الحادث قوة قاهرة إذا

---

[1] يكون المتعامل المتعاقد ملزما في حالة وجود القوة القاهرة بأن يقوم بإخطار المصلحة المتعاقدة برأي معلل في مدة لا تتجاوز 10 أيام من وقوعها. وهذا طبقا لنص المادة 111 الفقرة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

[2] محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية، الكتاب الأول في المفاهيم العامة، المرجع السابق، ص.735.

[3] كما جاء في نص المادة 110 الفقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

[4] السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص.511و513.

[5] أحسان سليمان خربيط، المرجع السابق، ص.230. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص.511و513.

[6] Stéphanie PORCHY-SIMON, op. cite, p.262.

ترتب على خطأ المتعامل المتعاقد، كما لو تعمد أن يستحضر لصالحه أي فعل أو ممارسات أو أي نسيان ناجم عن فعله[1]، لا يعتد بوجود للقوة القاهرة إذا ما ساهم المتعامل المتعاقد في حدوثها بصورة غير مباشرة، كأن يتضح من خلال الوقائع بأن المتعامل المتعاقد هو الذي شجع على الإضراب حتى يستفيد منه[2].

ثانيا- عدم إمكانية توقع الحادث عند إبرام الصفقة العمومية:

يجب أن يكون الحادث الموصوف بأنه قوة قاهرة خارج عن دائرة التوقع[3]، أي عدم استطاعة المتعامل المتعاقد توقعه وقت إبرام العقد، أما إذا كان في مقدوره توقعه أو كان في مقدور أي شخص حريص ومتبصر بالأمور توقعه، فلا يعتبر حينئذ من قبيل القوة القاهرة كل حادث يقع في أوقات محددة من كل سنة كالفيضانات والأمطار وفق ما يعرف بالمخاطر العادية ذات الطابع المتكرر[4].

كما أكد مجلس الدولة الفرنسي في شأن شرط عدم التوقع؛ على أن الصعوبات المترتبة على الحرب لوحدها تعد من الأمور التي يمكن توقعها فهي ليست كافية لإنشاء حالة القوة القاهرة وبالتالي لا سبيل لإعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته التعاقدية[5]، ومن تطبيقات المجلس أيضا عندما قضى باستبعاد نظرية القوة القاهرة بالنسبة لعقبات تنفيذ العقود الإدارية الناشئة عن الإضراب، وذلك استنادا لعدة اعتبارات منها: أن الإضراب كان من الممكن منطقيا توقعه، ومنها أن المتعاقد كان باستطاعته توفير الأيدي العاملة البديلة[6].

والأمر الثابت فقها وقضاء في فرنسا أن مفهوم عدم التوقع لا يعني عدم التوقع المطلق، حيث لا يوجد حادث يعتبر غير متوقع بصفة مطلقة، ولذا فإن عدم التوقع يعد أمرا نسبيا ولا يقدر بذاته، وإنما بعلاقته بالظروف المعاصرة للعقد[7].

ثالثا- عدم إمكانية دفع الحادث غير المتوقع:

ينبغي أن يكون الحادث مستحيل الدفع؛ فلا يكون في مقدور المتعامل المتعاقد تجنب وقوع الفعل ويجعل تنفيذ الالتزامات المترتبة عن عقد الصفقة مستحيلا، أما العقبات التي يواجهها المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ العقد حتى وإن كانت جسيمة ومعقدة، ويترتب عليها تكاليف بالغة؛ فلا يمكن اعتبارها من قبيل القوة القاهرة ولا تعفي المتعامل المتعاقد من التزاماته التعاقدية طالما أن هذه العقبات مما يمكن التغلب عليها ولو بصعوبة[8].

إن تقدير استحالة الدفع هي فكرة ذات معيار شخصي في العقود الإدارية عامة والصفقات العمومية خاصة، تتحدد في ضوء إمكانيات المتعامل المتعاقد ومقدار ما يبدله من جهد في تنفيذ التزاماته

---

[1] طبقا لنص المادة 110 الفقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

[2] محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، 1998، ص.137.

[3] Stéphanie PORCHY-SIMON, op. cite, p.264.

[4] بشار رشيد حسين المزوري، المرجع السابق، ص.8.

[5] عمر السيوي، "العقد الإداري والقوة القاهرة"، مجلة دراسات قانوني، جامعة قار يونس، ليبيا، العدد 13، 1994، ص.127.

[6] ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص.229.

[7] أحسن سليمان خربيط، المرجع السابق، ص.239.

[8] السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص.518.

التعاقدية، فما يعد قوة قاهرة لمؤسسة محلية ذات رأسمال محدود لا يعد كذلك بالنسبة لمؤسسة كبيرة ذات رأسمال ضخم وبإمكانيات أكبر[1].

الأصل أن عدم تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته التعاقدية الواردة في عقد الصفقة يعتبر خطأ في جانبه يقيم مسؤوليته، ولا يمكن له دفع المسؤولية عن نفسه إلا إذا أثبت أن استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه كحالة القوة القاهرة، ومن الطبيعي أن تعفي هذه الحالة المتعامل المتعاقد من مسؤوليته التعاقدية متى اتصفت بكونها خارجة عن إرادته ولم يكن في وسعه توقعها، وأصبح هنا أمام حالة استحالة مطلقة تحول دون إمكانية قيامه بالتزاماته، مما يسمح له التحلل من التزاماته باللجوء إلى المطالبة بفسخ العقد[2] والتعويض إذا كان له وجه، وعليه ذهب أغلب الفقهاء إلى القول بأن القوة القاهرة تعد سببا لإعفاء المتعاقد من مسؤوليته عن عدم تنفيذ العقد أو التأخر فيه، وبالتالي تعد مانعا من تطبيق أي جزاء عليه[3].

في نهاية هذا الفصل أخلص إلى القول؛ بأن مسؤولية المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ عقد الصفقة العمومية قد تقوم على أساس الخطأ، كما قد تقوم من دون خطأ فيكون إثبات المتعامل المتعاقد وقوع ضرر لحق به على إثر تعديل المصلحة المتعاقدة المشروع لشروط العقد في إطار ما يعرف بفعل الأمير أو نتيجة ظروف طارئة أو وقوع صعوبات مادية غير متوقعة، أو كان سبب وقوع ذلك الضرر راجع لحالة القوة القاهرة أو إثراء ذمة المصلحة المتعاقدة دون سبب، بمثابة الأساس الذي يقيم مسؤولية المصلحة المتعاقدة.

ولما كانت دراسة أحكام المسؤولية التعاقدية الخاصة بالمصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذها لعقود الصفقات العمومية لا يكتمل إلا بالتطرق لدراسة ما يمكن أن يترتب من آثار قانونية سواء على إخلالها بتنفيذ التزاماتها التعاقدية أو من دون أي إخلال منها متى تعلق الأمر بوقوع ضرر لحق بالمتعامل المتعاقد نتيجة لوقائع أخلت بالتوازن المالي للصفقة العمومية كفعل الأمير والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة أو وقائع تمثلت في الإثراء بلا سبب أو حالة القوة القاهرة ذلك من أثار قانونية ،كان لابد من التساؤل حول: ماهية أهم النتائج المترتبة على قيام المسؤولية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة في مثل هكذا أوضاع؟.

[1] السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص.519.

[2] السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص.511و513.

[3] أحسان سليمان خربيط، المرجع السابق، ص.230. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص.511و513.

الفصل الثاني

الآثار المترتبة على قيام مسؤولية المصلحة المتعاقدة

لا يتحلل طرفي عقد الصفقة العمومية من التزاماتهم التعاقدية؛ إلا عند تنفيذ العقد تنفيذا كاملا وبحسن نية، وإلا سوف يترتب على عدم تنفيذ الصفقة وفقا للشروط المتفق عليها قيام المسؤولية التعاقدية مسؤولية للطرف المخل، وطالما يقع لزاما على المتعامل المتعاقد على غرار دفعه لغرامات التأخير ومصادرة المصلحة المتعاقدة لتأمينه، دفع التعويض المناسب بقصد جبر الأضرار التي لحقت بالمصلحة المتعاقدة نتيجة لإخلاله بالتزاماته التعاقدية كما رأينا سابقا، فمن باب المساواة وتحقيقا للعدالة يحق للمتعامل المتعاقد هو الآخر المطالبة بالتعويض إذا ما أثبت أن الضرر الذي تعرض له كان بفعل المصلحة المتعاقدة الخاطئ كعدم تنفيذها لالتزاماتها الفنية أو التقصير فيها أوعدم تنفيذها لالتزاماتها المالية، أو حتى في إطار استعمالها غير المشروع لسلطاتها الاستثنائية، بل وأكثر من ذلك قد تتحقق مسؤولية المصلحة المتعاقدة أيضا حتى ولو لم يكن فعلها خاطئا فتلتزم بتعويض المتعامل المتعاقد في إطار إعادة التوازن المالي للعقد (فعل الأمير، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، نظرية الظروف الطارئة)، أو في حالة القوة القاهرة، أو عن الأعمال الإضافية الحتمية والنافعة وكذا الأعمال التكميلية على أساس ما يعرف بنظرية الإثراء بلا سبب.

إن قيام حق المتعامل المتعاقد في التعويض عما يكون قد لحقه من أضرار بخطأ المصلحة المتعاقدة أو من دونه، لا يعتبر الأثر الوحيد لقيام المسؤولية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة بحيث يحق له أيضا مطالبة المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة المبرمة بينهما قبل انقضاء أجل التنفيذ فيتم في شكل اتفاق يجسد رضا الطرفين حول إنهاء العلاقة التعاقدية القائمة، نظرا لوجود أسباب تدفع كلاهما للجوء لهذا الحل الذي تحتمه في كثير من الأحيان ظروف تحيط بإنجاز عقد الصفقة، أو من خلال لجوء المتعامل المتعاقد للقضاء بغية الحصول على حكم قضائي يقضي بفسخ صفقته العمومية متى توافرت شروطه الشكلية والموضوعية. وينتج عن فسخ الصفقة العمومية لعدم وفاء المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية إمكانية تعويض المتعامل المتعاقد من طرف المصلحة المتعاقدة عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب، وهو ما سنتناوله بالتفصيل في المبحث الثاني من هذا الفصل من خلال دراسة مفهوم الفسخ كحق للمتعامل المتعاقد وتحديد صوره وآثاره.

ومن منطلق ما تقدم يستدعى التعرض لأهم النتائج التي تترتب على نشوء المسؤولية التعاقدية للمصلحة المتعاقد تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين؛ يتناول أولهما حق المتعامل المتعاقد الحصول على تعويض، وأما ثانيهما فيتطرق إلى حق هذا الأخير في مطالبة المصلحة المتعاقدة بفسخ صفقته.

المبحث الأول: حق المتعامل المتعاقد في طلب التعويض

من أهم الآثار التي تترتب على إبرام الصفقات العمومية؛ التزام كل طرف من أطراف الرابطة التعاقدية بتنفيذ ما التزم به تماشيا مع مبدأ حسن النية في تنفيذ الصفقات العمومية، وإلا فعدم تنفيذ هذه الالتزامات من جانب واحد يحمل صاحبها المسؤولية التعاقدية.

ولأن المصلحة المتعاقدة كونها أحد أطراف عقد الصفقة العمومية متى أخلت بتنفيذ التزاماتها طبقا لشروط العقد؛ فإن ذلك سوف يقيم المسؤولية التعاقدية في جانبها ومن تم يحق للمتعامل المتعاقد مطالبتها بالتعويض عما أصابه من أضرار عن طريق اللجوء إلى القضاء بعد فشل التسوية الودية للنزاع.

وأيضا لما كان إعادة التوازن المالي أمر مفترض في كل صفقة عمومية باعتبارها من العقود الإدارية ، فهو حق لكل متعامل متعاقد دون حاجة للنص عليه في الصفقة، وهذا لاعتبارات أكثر ما تتعلق بالعدالة وما يجب أن تخضع له عملية تنفيذ عقود الصفقات من حسن نية خصوصا وأن طبيعة العلاقة التي تربط طرفي الصفقة هي علاقة تعاون وتساند الغرض منها ضمان سير المرفق العام، أقر القضاء الإداري

بأنه يتعين على المصلحة المتعاقدة تعويض المتعامل المتعاقد في ظروف معينة لا يعد سوى محاولة لإحداث وإعادة التوازن المالي بين التزامات وحقوق المتعاقد التي اختلت بسبب ظروف خارجة عن إرادته[1].

من أجل التعرض لحق المتعامل المتعاقد في الحصول على تعويض لجبر الضرر الذي لحقه أثناء تنفيذه الصفقة العمومية، أتطرق من خلال هذا المبحث إلى الطبيعة القانونية للتعويض، شروط اقتضاءه، بالإضافة إلى بيان أنواعه وأسس استحقاقه.

المطلب الأول: مفهوم التعويض

حتى يمكن إعطاء مفهوم لحق المتعامل المتعاقد في التعويض عما يلحقه من ضرر بخطأ من المصلحة المتعاقدة أو من دونه؛ سوف نتطرق في هذا المطلب إلى الإطار المفاهيمي للتعويض كأهم أثر من الآثار التي تترتب على قيام المسؤولية التعاقدية في جهة المصلحة المتعاقدة، من حيث تحديد طبيعته القانونية وشروط اقتضائه، بالإضافة إلى بيان أنواعه.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للتعويض

إن التعويض كجزاء مدني محض لا يهدف في الأصل إلى معاقبة المدين، بل إلى إصلاح الضرر، ومناط الحكم به هو مقدار الضرر الحاصل ولا علاقة له بجسامة الخطأ المرتكب، والتعويض بهذا المعنى يختلف ويتميز عن باقي الجزاءات الأخرى المشابهة كالعقوبة الجنائية أو الغرامة المدنية التي تفرض على بعض الأشخاص لغرض ضمان حسن سير المرفق العام، كما يختلف أيضا عن الغرامة التي تفرض على المدين بغرض إكراهه وجبره على تنفيذ التزامه أو ما يسمى بالغرامة التهديدية[2].

كما أن في روابط القانون الخاص في إطار المسؤولية المدنية؛ قد يكون التعويض المحكوم به للطرف المضرور في حالة ثبوت تلك المسؤولية إما نقديا وإما عينيا على حسب الأحوال، فيكون الحكم بالتعويض عينيا إذا ما طلب من المدعى عليه إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل الإخلال بتنفيذ الالتزام العقدي ووقوع الضرر[3]، ويكون التعويض نقديا حين يلزم المدعى عليه بأداء مبلغ مالي لجبر الضرر الذي أصاب المدعي المضرور[4].

في هذا الإطار؛ اختلف الفقه حول أي نوع من التعويضين يكتسي طابع الأولية في التطبيق، فمنهم من رأى أن التعويض لا يمكن أن يكون إلا مبلغا من النقود، أما حالة إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الفعل الضار فإنها ليست تعويضا بالمعنى القانوني لهذه الكلمة، بينما يرى البعض الآخر بأنه على المضرور أن يطالب بالتعويض العيني ولا يستطيع المطالبة بالتعويض النقدي إلا على شكل طلب احتياطي ولا يستطيع القاضي الحكم للمدعي بالتعويض النقدي إلا إذا تعذر القيام بالتعويض العيني[5]، أما الفقيه Lalou وهو من أشهر فقهاء القانون المدني الفرنسي ذهب إلى القول بأن التعويض عن المسؤولية

---

[1] السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص.53.

[2] حسن حنتوش الحسناوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص.41.

[3] كهينة بطوش، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012، ص.138.

[4] عبد الحفيظ خرشف، حق دوي الحقوق في التعويض، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2012، ص.76.

[5] سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص.183.

التقصيرية لا بد أن يكون نقديا ولا يكون عينيا أبدا ليرى علي حسن الذنون بأن التعويض العيني يكون أجدى وسيلة لمحو الضرر في المسؤولية التعاقدية[1].

غير أن الأمر مختلف في المسؤولية الإدارية وبالأخص في مجال المسؤولية التعاقدية؛ حيث يرى عبد العزيز عبد المنعم خليفة بأن التعويض في نطاق هذه المسؤولية يكون نقديا دائما بحيث لا يتصور التعويض العيني، ولعل العلة في ذلك ترجع إلى أن إجبار القاضي للإدارة على التنفيذ العيني يتعارض مع مبدأ الفصل بين القضاء والإدارة الذي لا يجيز للقاضي حق إعطاء أوامر للإدارة[2].

وفي نطاق الصفقات العمومية؛ فإن سلطات القاضي في مواجهة إخلال المصلحة المتعاقدة تبقى محدودة، فإذا ما صدر عن هذه الأخيرة تصرف على خلاف التزاماتها التعاقدية الفنية منها أو المالية أو تجاوز لسلطاتها، فإن القاضي لا يستطيع أن يأمر المصلحة المتعاقدة بأداء عمل معين أو الامتناع عن عمل معين، وإنما يسمح له بتخيير المصلحة المتعاقدة بين الوفاء بالتزاماتها، أو دفع مبلغ من المال يُقضى به للمتعامل المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به جزاء مخالفتها لالتزاماتها[3].

إن مطالبة المتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة بالتعويض؛ لا يمكن أن تتم بإرادته المنفردة وإنما لا بد له من اللجوء إلى القضاء حتى يحصل على حقه في التعويض،كما أن هذه المطالبة هي مجرد تطبيق للقواعد العامة في القانون المدني كون التعويض الذي يقابل الضرر من أهم شروطه وقوع الخطأ وهو واجب الإثبات.

الفرع الثاني: شرط اقتضاء التعويض

يرتبط التعويض وجودا وعدما بوقوع الضرر؛ فلا يقدر ولا ينشأ الحق في التعويض إلا إذا تحقق الضرر[4]، فلا يكفي لاستحقاق التعويض مجرد عدم تنفيذ المصلحة المتعاقدة لالتزامها العقدي، بل يتعين إلى جانب ذلك أن يصيب المتعامل المتعاقد ضرر نتيجة عدم تنفيذ العقد[5].بل أكثر من ذلك قد يحق للمتعامل المتعاقد المطالبة بالتعويض حتى لو لم تخل المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها إذا ما وقع له ضرر كان ناتجا عن ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطتها في التعديل بشكل قانوني ومشروع أو وقوع ظروف طارئة أو صعوبات مادية غير متوقعة أو قوة قاهرة أو أن الضرر الذي أصابه ترتب عن إثراء المصلحة المتعاقدة بلا سبب وعلى حسابه.

وإن كان الضرر يمثل شرطا رئيسيا لقيام الحق في التعويض؛ فإن إثباته يقع على المدعى المضرور إعمالا لقاعدة البينة على من ادعى، فيتحمل بذلك المتعامل المتعاقد عبء إثبات وقوع الضرر في جانبه، إلا أنه قد يعفى من إثبات الضرر في حالات معينة فتقوم قرينة الضرر فيها بإرادة المشرع كما في حال فرضه تعويضا قانونيا يتمثل في الفوائد التأخيرية التي تكون مستحقة للطرف المضرور بمجرد ارتكاب الطرف الأخر خطأ معينا، كما قد تقوم قرينة الضرر بإرادة طرفي العقد متى اتفقا في العقد على تقدير التعويض المستحق عن إخلال أحدهما بالتزامه العقدي وهنا يكون التعويض إتفاقيا[6].

الفرع الثالث: أنواع التعويض

---

[1] حسن حنتوش الحسناوي، المرجع السابق، ص. 144 و145.

[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجا العقود والقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص.235.

[3] أحمد محمد نور محمد البلوشي، المرجع السابق، ص.174.

[4] محمد أمين عيسى صدقي، التعويض عن الضرر ومدى انتقاله للورثة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2014، ص.281.

[5] بن عبد المالك بوفلجة، المرجع السابق، ص.122.

[6] محمد أمين عيسى صدقي، المرجع السابق، ص.281 و282.

أشار المشرع الجزائري إلى أنه "إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره"[1]، ويتبين من خلال هذا النص أن المشرع المدني الجزائري حدد ثلاث صور للتعويض، فيمكن لطرفي العقد الاتفاق مقدما في العقد على مقدار التعويض الواجب الوفاء به إذا ما أخل أحد طرفيه بأي من الالتزامات المترتبة عليه وهو ما يسمى بالتعويض الاتفاقي، أو قد يتولى المشرع تحديد التعويض فنكون أمام تعويض قانوني، كما يمكن أن يخضع تقدير التعويض لسلطة القاضي فيكون التعويض حينها تعويضا قضائيا. وعليه سوف نتطرق لجميع هذه الصور على النحو الأتي:

أولا- التعويض الاتفاقي:

يرى معظم شراح القانون بأن مجال التعويض الاتفاقي ينحصر في نطاق المسؤولية التعاقدية، إذ يعتبر هذا النوع من التعويض اتفاق بين المتعاقدين على تقديره يستحق في حال إخلال المدين بالتزامه بعدم تنفيذ الالتزام العقدي أو التأخر في تنفيذه، إذا فهو يشمل جميع أنواع العقود بما فيها عقود القانون الخاص وعقود القانون العام كونه يخضع لمبدأ سلطان الإرادة باعتباره اتفاقا بين طرفين وهو عادة ما يُدرج لضمان تنفيذ هذه العقود[2].

وقد عّرف الفقه التعويض الاتفاقي بأنه: "اتفاق تبعي يتحدد بمقتضاه التعويض المستحق للدائن إذا ما أخل المدين بالالتزام، ويترتب على هذا الإخلال ضرر لحق الدائن وأعذر الدائن المدين بتنفيذ الالتزام"[3].

كما يجد التعويض الاتفاقي أساسه القانوني ضمن القواعد العامة في القانون المدني حيث سمح المشرع الجزائري لطرفي العقد الاتفاق على تحديد مقداره[4]، والتعويض المستحق في حال إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته التعاقدية والأحكام المتعلقة به من خلال نصوص المواد 183 وما يليها إلى غاية المادة 187.

بينما أورد المشرع الفرنسي تعريفين للتعويض الاتفاقي فعرفه في المادة 1226 بأنه" ضمان تنفيذ التزام معين بإلزام المتعهد بشيء ما يتعين عليه أداؤه في حالة عدم التنفيذ"، وعرفه في المادة 1229 بأنه "التعويض للضرر الذي لحق الدائن من جراء عدم تنفيذ الالتزام الأصلي"[5].

إن التعويض الاتفاقي في مجال الصفقات العمومية؛ وإن لم تنص عليه القوانين المنظمة لعقود الصفقات العمومية لا يعني معه عدم إمكانية العمل به في نطاق هذه العقود مادام أن قيام المسؤولية التعاقدية في ظل هذه الأخيرة لا تختلف عن نظيرتها في إطار العقود الخاصة، بل أنها تخضع لنفس الأحكام خصوصا فيما يتعلق بقواعد التعويض كحق يقوم بمجرد توافر أركان المسؤولية التعاقدية.

مادام أن عقد الصفقة العمومية من العقود الرضائية يستطيع أطرافه أن يضمنوا العقد نصا صريحا يبين طريقة استحقاق التعويض ومقداره، بالرغم من أن عملية تقدير التعويض هي في الأصل تعود للقاضي، بحيث إذا ما وقع ضرر لأحد أطراف العقد بسبب خطأ الطرف الآخر استحق الطرف المضرور التعويض المتفق عليه مسبقا في العقد، وهذا ما يسمى عند فقهاء القانون المدني بالشرط الجزائي[6].

---

[1] المادة 182 من ق.م.ج.

[2] حسني محمد جاد الرب، التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص.29.

[3] بشار رشيد حسين المزوري، المرجع السابق، ص.99.

[4] نصت المادة 184 من ق م ج على أنه "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق. وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181".

[5] حسني محمد جاد الرب، المرجع السابق، ص.25.

[6] إبراهيم سيد أحمد، التعويض الاتفاقي، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص.61.

والاتفاق على التعويض قد يوضع ضمن بنود العقد الأصلي أو في اتفاق لاحق[1]؛ غير أنه إذا ما وقع الاتفاق على التعويض في صورة اتفاق لاحق على العقد الأصلي، فإنه لا يعتبر شرطا جزائيا إلا إذا كان قد تم قبل وقوع الضرر واستحقاق التعويض، أي إذا ما تم هذا الاتفاق بعد وقوع الضرر فيعتبر التعويض المتفق عليه صلحا[2].

والتعويض الاتفاقي؛ يكون مستحقا إذا أصاب المتعامل المتعاقد ضررا نتج عن خطأ المصلحة المتعاقدة، التي يقع عليها إثبات أن الخطأ الذي صدر عنه لم يسبب ضررا للدائن المضرور، بحيث إذا ما تمكنت المصلحة المتعاقدة من نفي العلاقة السببية بين خطئها والضرر الذي لحق المتعامل المتعاقد لم يكن التعويض الاتفاقي مستحقا لهذا الأخير[3]، كما يكون هذا النوع من التعويض مستحقا للمتعامل المتعاقد من دون خطأ من المصلحة المتعاقدة وإنما لمجد الضرر الناتج عن اختلال التوازن المالي للصفقة أو الإثراء بلا سبب أو القوة القاهرة.

أما تقدير التعويض الاتفاقي وإن أخضعه المشرع لإرادة طرفي العقد بحكم أن العقد يمثل مصدرا من مصادر الالتزام يخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، إلا أنه لم يترك هذا الاتفاق مطلقا بل سمح للقاضي التدخل بتعديل مقدار التعويض المتفق عليه بالزيادة أو النقصان، إذ يمكن لقاضي الموضوع أن يزيد من مقدار التعويض الاتفاقي متى أثبت المتعامل المتعاقد المضرور أن الضرر الذي لحقه بسبب تقصير الإدارة المتعاقد معها حصل نتيجة خطأ جسيم أدى إلى زيادة حجم الضرر الواقع[4]، كما يمكنه أن يخفض في قيمة التعويض متى أثبت المصلحة المتعاقدة التي أخلت بالتزاماتها التعاقدية أن إخلالها لم يكون مفرطا أو أنها قد قامت بتنفيذ جزء من الالتزام الأصلي[5]، أو تبين للقاضي أن المتعامل المتعاقد المضرور هو من تسبب بسوء نيته في إطالة مدة النزاع[6].

ثانيا- التعويض القانوني (الفوائد التأخيرية):

تناولت العديد من التشريعات المدنية هذا النوع من التعويض تحت تسميات مختلفة أبرزها الفوائد القانونية أو الفوائد التأخيرية، والتي لا تستحق للدائن إلا إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام وتأخر المدين في الوفاء به، على أن تسري ابتداءا من تاريخ المطالبة القضائية بها إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخا آخر لسريانها وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره[7].

وقد عُرّفت الفوائد التأخيرية بأنها "مبلغ من النقود قدره القانون مسبقا وأوجب على المدين دفعه إلى الدائن عند تأخره في الوفاء بالتزام محله مبالغ نقدية"[8].

ليعرفها أمثال شريف الطباخ بأنها "تلك الفوائد التي تستحق كتعويض عن التأخير في الوفاء بالتزام محله مبلغ من النقود، وهي التي يحددها القانون كما قد يحددها الاتفاق على أن لا تتجاوز قيمتها النسبة التي حددها القانون"[9].

---

[1] أحمد جمعة نور محمد البلوشي، المرجع السابق، ص.180.

[2] عبد الحق صافي، القانون المدني، ج 1، المصدر الإرادي للإلتزامات - العقد-، بدون دار نشر، المحمدية، المغرب، 2007، ص.271.

[3] إبراهيم سيد أحمد، المرجع السابق، ص.68 و87.

[4] كما نصت عليه المادة 185 من ق.م.ج.

[5] طبقا لنص المادة 184 من ق.م.ج.

[6] طبقا لنص المادة 187 من نفس القانون.

[7] كما نصت عليه المادة 226 من نفس القانون.

[8] بشار رشيد حسين المزوري، المرجع السابق، ص.102.

[9] شريف أحمد الطباخ، التعويض عن الإخلال بالعقد -التعويض العملي للمسؤولية المدنية في ضوء القضاء والفقه، دار الفكر والقانون، مصر، 2008، ص.337.

يتبين مما سبق ذكره أن حق الدائن في الحصول على التعويض القانوني يرتبط بثلاث شروط هي:

- أن يكون محل الالتزام مبلغا من النقود معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام، فلا تستحق الفوائد إذا كان ما يطالب به الدائن غير معلوم المقدار مثل المطالبة بتعويض عن ضرر ناجم عن عمل غير مشروع مادام للمحكمة سلطة تقدير هذا الضرر[1].

- تأخر المدين في الوفاء بالمبلغ النقدي محل الالتزام المقدر مسبقا في العقد، إذ لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير أن يثبت الدائن بأن ضرر لحقه من جراء هذا التأخير، فالقانون يفرض فرضا غير قابل لإثبات العكس أن مجرد تأخر المدين في الوفاء بمبلغ النقود الذي في ذمته يحدث ضررا للدائن، ولعل العلة في هذا ترجع إلى أن النقود بطبيعتها قابلة للاستثمار بقرضها أو توظيفها وبالتالي تأخر المدين في الوفاء بها يحرم الدائن من هذه المزية[2].

- أن يكون هناك مطالبة قضائية من المضرور ومتى اكتفى هذا الأخير بالمطالبة بأصل الدين دون المطالبة بفوائد التأخير لا يمكن للقاضي الحكم بها من تلقاء نفسه[3].

غير أنه لا يشترط لاستحقاق التعويض القانوني إثبات الدائن بأن ضررا أصابه خلافا لما تقتضيه القواعد العامة في عبء إثبات الضرر كون القانون يفترضا افتراضا غير قابل لإثبات العكس مؤداه أن مجرد تأخر المدين عن الوفاء بالمبلغ الذي في ذمته، يفضي إلى ترتيب ضرر محقق للدائن[4].

إن مفهوم التعويض القانوني حسب القواعد العامة في القانون المدني لا يختلف عنه في مجال عقود الصفقات العمومية، فقد أخضعه المشرع لأحكام نص عليها قانون الصفقات العمومية الجزائري رقم 23-12[5]، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن دفتر البنود الإدارية العامة الخاص بصفقات الأشغال العمومية[6]، حيث ورد التعويض القانوني تحت تسمية الفوائد التأخيرية وهي فوائد لا ينشأ حق المتعامل المتعاقد في استحقاقها إلا إذا تأخرت المصلحة المتعاقدة في تنفيذ التزاماتها المالية بصرف الدفعات على الحساب أو التسوية النهائية رغم استلامها من المتعامل المتعاقد كشف أو فاتورة الأعمال المنجزة لفترة تجاوزت شهرا كاملا من تاريخ الاستلام[7]، كما نظم المرسوم الرئاسي رقم 15-247 كيفية وإجراءات حصول المتعامل المتعاقد على الفوائد التأخيرية من خلال نص المادة 122 لاسيما الفقرات 4، 5 و6.

---

[1] محمد شتا أبو سعد، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001، ص.271 و272.

[2] نضرة بن ددوش، انقضاء الالتزام دون الوفاء في القانون الوضعي والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة وهران، الجزائر، 2011/2010، ص.71.

[3] أنور طلبة، دعوى التعويض، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005، ص.436.

[4] محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص.273.

[5] نصت المادة 80 الفقرة 3 "يخول عدم تسديد الدفعات على الحساب في أجله للمتعامل المتعاقد الحق في الاستفادة من فوائد التأخير طبقا للكيفيات والإجراءات المعمول بها".

[6] نصت المادة 113 الفقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، على أنه: "في حالة الأمر بمواصلة الأشغال ودون الإخلال بالحق المحتمل للمقاول بالمطالبة بالتعويض عن الضرر، تسدد له الفوائد المستحقة الناجمة عن التأخر في دفع كل التسبيقات على الحسابات الشهرية في انتظار التسوية".

[7] Christophe LAJOYE, op. cit, p.171.

غير أنه في واقع الحال؛ لابد أن نشير إلى أنه غالبا ما لا تقوم المصلحة المتعاقدة بدفع هذه الفوائد وإنما تكتفي بدفع أصل الدين من تسبيقات أو مبلغ إجمالي للصفقة، وهذا حتى لا تثبت على نفسها تأخرها في أداء التزاماتها المالية اتجاه المتعامل المتعاقد، وعليه لا يكون أمام هذا الأخير سوى اللجوء إلى القضاء لاستحقاق تلك الفوائد.

أما فيما يتعلق بكيفية حساب فوائد التأخير؛ فهي تحسب بناءا على نسبة الفائدة التوجيهية لبنك الجزائر زائد نقطة واحدة (1) ويبدأ سريان استحقاقها من اليوم الذي يلي تاريخ نهاية الأجل المقرر لصرف الدفعات على الحساب إلى غاية اليوم الخامس عشر(15) مدرجا الذي يلي تاريخ صرف الدفعات على الحساب، أما إذا قامت المصلحة المتعاقدة بصرف الدفعات على الحساب بعد انتهاء أجل (15) يوما السابق ذكرها ولم تقم في نفس الوقت بصرف فوائد التأخير مع صرف الحساب، فإنه يتم تسديدها إلى حين تمكين المتعامل المتعاقد من المبالغ المستحقة[1].

وينجم عن عدم دفع المصلحة المتعاقدة للفوائد التأخيرية المستحقة للمتعامل المتعاقد سوءا كلها أو جزء منها زيادة ما نسبته 2 في المائة من مبلغ هذه الفوائد عن كل شهر تأخير، ويقدر التأخير الذي تحسب على أساسه هذه النسب المئوية بشهر كامل محسوبا يوما بيوم كم تحسب كل فترة تقل على شهر كشهر كامل[2].

ثالثا- التعويض القضائي:

يرى عبد الرزاق السنهوري وغيره من فقهاء القانون أن الأصل في التعويض أن يكون قضائيا، فإذا ما توافرت أركان المسؤولية – خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما- تحققت المسؤولية وترتبت عليها آثارها، ووجب على المسئول تعويض الضرر الذي أحدثه بخطئه[3]، وعليه يعتبر التعويض الحكم الذي يترتب على تحقق المسؤولية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة متى ما أخلت بالتزاماتها التعاقدية بتنفيذ شروط عقد الصفقة العمومية وهو جزاءها[4].

كما أنه غالبا ما لا تسلم المصلحة المتعاقدة من مسؤوليتها اتجاه المتعامل المتعاقد الذي لحقه ضرر من ظروف تخللت عملية تنفيذ العقد ولم تكن متوقعة، بحيث لا يكون أمام المتعامل المتعاقد في هذا النطاق وبعد فشل التسوية الودية للنزاع، إلا أن يلجأ للقضاء لاستيفاء حقه بقصد جبر الضرر الذي لحقه، وهذا بخلاف سلطة المصلحة المتعاقدة التي تملك حق توقيع الجزاء بنفسها دون حاجتها للجوء إلى القضاء فيما لو أخل المتعامل المتعاقد معها بتنفيذ ما التزم به من أعمال، بحكم أنها الطرف القوي في العلاقة باعتبارها القوامة على سير المرفق العام وحماية مصالحه[5].

---

[1] طبقا لنص المادة 122 الفقرتين 3 و4 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[2] طبقا لنص المادة 122 الفقرة 5 من نفس المرسوم الرئاسي.

[3] أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أثار الالتزام، ج 2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص.791.

[4] أوهو مبلغ نقدي يحكم به على المدين في حالة عدم قيامه بتنفيذ ما التزم به أو لمجرد التأخير في التنفيذ وذلك جبرا للضرر الذي أصاب الطرف الآخر. في حين يرى البعض أمثال إبراهيم طه الفياض بأن التعويض عبارة عن جزاء مالي يقصد به تغطية قيمة الأضرار التي تلحق الطرف المتعاقد المضرور. سحر جبار يعقوب، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الإدارية في عقد التوريد، المرجع السابق، ص.184.

[5] عصام بنحسن، "سلطات الإدارة أثناء تنفيذ الصفقات العمومية من خلال فقه المحكمة الإدارية"، مجلة دراسات قانونية، جامعة صفاقس، تونس، العدد 19، 2012، ص.37.

والهدف الأساسي من التعويض القضائي عن المسؤولية التعاقدية هو إصلاح الضرر برد المتعامل المتعاقد إلى الحالة التي كان فيها كما لو أن المصلحة المتعاقدة نفذت التزاماتها على النحو المتفق عليه في العقد، والتعويض عن إصلاح الضرر في المسؤولية التعاقدية يكون مبلغا نقديا يُقضى به للمتعامل المتعاقد المضرور يقع على المصلحة المتعاقدة المقصرة وجوب دفعه[1].

كما أن جبر ضرر المتعامل المتعاقد عن طريق التعويض القضائي؛ يشمل ما لحق المتعامل المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب، شريطة أن يكون ذلك نتيجة طبيعية لعدم تنفيذ المصلحة المتعاقدة التزامها أو تأخرها في تنفيذه، وهذان العنصران يجب أن يدخلهما القاضي في تقدير التعويض المستحق للمتعامل المتعاقد بحيث لا تسأل المصلحة المتعاقدة إلا على الضرر المباشر، كما أنها لا تكون مسؤولة إلا على الضرر المتوقع عادة وقت التعاقد، أما الضرر غير المتوقع فلا تسأل عنه إلا إذا ارتكبت خطأ جسيما أو غشا[2]، كما بيناه سابقا.

ويقع على المتعامل المتعاقد عبء إثبات عنصرا التعويض أي الخسارة التي لحقته والكسب الذي فاته ويكون له ذلك بكافة طرق الإثبات، كما لا يلزم لاستحقاق التعويض أن يتحقق العنصران معا بل يكفي أن يتحقق أحدهما فيكون هو السبيل لتقدير القاضي قيمة التعويض المستحق[3].

المطلب الثاني: أساس التعويض

سبق أن أشرنا إلى أن الضرر قد ينجم عن عدم تنفيذ أحد طرفي العقد لالتزاماته التعاقدية فيتم تعويض المتعامل المتعاقد المضرور على أساس خطأ المصلحة المتعاقدة إذا ما أخلت بشروط تنفيذ عقد الصفقة، أو قد ينجم لسبب خارج عن إرادة هذه الأخيرة فيكون تعويض المتعامل المتعاقد دون خطأ، وهنا يستند القاضي في حكمه بالتعويض حسب الأحوال إلى نظريات إعادة التوازن المالي للعقد – نظرية فعل الأمير، نظرية الظروف الطارئة، الصعوبات المادية غير المتوقعة-، أو القوة القاهرة أو، الإثراء بلا سبب.

الفرع الأول: تعويض المتعامل المتعاقد على أساس خطأ المصلحة المتعاقدة

تتقارب إلى حد كبير القواعد الموضوعية في المسؤولية الإدارية مع الأحكام الموضوعية في المسؤولية المدنية، بحيث يشترط القانون الفرنسي والمصري وكذا الجزائري ضرورة توافر ثلاثة شروط لقيام مسؤولية المصلحة المتعاقدة التعاقدية على أساس الخطأ ومن تم الحكم للمتعاقد المضرور بالتعويض.

وتتمثل شروط المسؤولية المدنية في الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما وهي نفس الشروط الواجب توافرها في المسؤولية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة الناشئة عن الخطأ[4].

أولا- ارتكاب المصلحة المتعاقدة خطأ عقديا:

الخطأ اصطلاحا؛ هو مخالفة قاعدة أو نظام كان واجب احترامه ومنه مخالفة القواعد النحوية والرياضية والأخلاقية والجمالية ويتضمن اللفظ في ذهن من يستعمله بثبوت قيمة المعيار الذي خولف[5].

وفي الجانب التشريعي؛ لم يعرف المشرع الخطأ وإنما اقتصر على وضع قاعدة عامة في قيام المسؤولية التعاقدية من خلال ما نص عليه في المادة 176 من ق.م. ج بقولها: "إذا استحال على المدين أن

---

[1]. بشار رشيد حسين المزوري، المرجع السابق، ص.106.

[2] أنور العمروسي، المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص.13 و14.

[3]. أنور طلبة، المرجع السابق، ص.381.

[4] محمد عبد الله الفلاح، أحكام القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2017، ص.391.

[5]. إبراهيم خورشيد محمد المفرجي، المرجع السابق، ص.53.

ينفذ الالتزام عينا، حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه"، كما أن المشرع في مجال القانون العام هو الآخر لم يقم بتعريف خطأ المصلحة المتعاقدة سواء في المسؤولية الإدارية أو التعاقدية[1]، وحتى في مختلف القوانين المتعاقبة المنظمة لعقود الصفقات العمومية.

أما المشرع المصري؛ فقد ذكر مصطلح خطأ الإدارة دون تعريفه في نص المادة 23 من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 بقولها: "في حالة الإدعاء بإخلال الجهة الإدارية بالتزاماتها الواردة بالعقد بخطأ منها يكون للمتعاقد الحق في اللجوء إلى القضاء للمطالبة بتعويضه عما لحقه من ضرر نتيجة ذلك، ما لم يتفق الطرفان على التحكيم وفقا للقواعد والإجراءات المنصوص عليها في قانون التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994 معدلا بالقانون رقم 9 لسنة 1998"[2].

ومن الناحية الفقهية؛ في تعريف الخطأ فقد تعددت تعاريف الفقهاء بشأنه، فذهب البعض إلى القول بأن الخطأ في مجال المسؤولية التقصيرية هو العمل الضار غير المشروع أي المخالف للقانون، ليرى البعض الآخر بأن الخطأ اعتداء على حق يدرك المعتدي فيه جانب هذا الاعتداء، ليستقر الفقه على رأي يرى بأن الخطأ في المسؤولية التقصيرية هو إخلال بالتزام قانوني بينما الخطأ في المسؤولية العقدية هو إخلال بالتزام عقدي، يرتب قيام مسؤولية من أخل بالتزاماته الناشئة عن العقد بتعويض من تضرر نتيجة هذا الإخلال[3].

وتعريف الخطأ العقدي بمعنى أدق كما عرفه جمال زكي يتمثل في مجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ عن العقد على الوجه الوارد فيه سواء كان عدم التنفيذ كليا أو جزئيا أو معيبا أو متأخرا، وبغض النظر عن الدوافع والغايات والأسباب التي أحاطت بعدم التنفيذ مادام أنه لا يرجع إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، وبغض النظر عن حسن نية المدين أو سوء نيته، إذ لا أثر لذلك على قيام الخطأ وإن اعتد به المشرع في بعض الآثار التي تترتب عليه، كما هو الشأن في اتفاقات الإعفاء أو الحد من المسؤولية حيث حضر الإعفاء من المسؤولية عن الخطأ العمدي والخطأ الجسيم[4].

ولأن الخطأ في مجال العقود الإدارية ينشأ بمجرد عدم تنفيذ أحد طرفي العقد لالتزامه التعاقدي، بحيث يمثل واقعة مادية قائمة بذاتها متى تحققت أوجب مسؤولية المدين عن تعويض الضرر الناشئ عنها والتي لا يدرؤها عنه إلا إثبات سبب أجنبي خارج عن إرادته كحدوث قوة قاهرة أو خطأ الدائن أو الغير، وعلى ذلك فإن أساس المسؤولية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة في إطار عقود الصفقات العمومية بما أنها عقود إدارية هو الإخلال بالتزام عقدي وهذا بخلاف المسؤولية التقصيرية التي تقوم على الإخلال بالتزام قانوني مناطه عدم الإضرار بالغير، ومن تم فلا محل للإلزام بالتعويض متى ثبت عدم تخلف المدين عن الوفاء بالتزاماته المنصوص عليها في العقد[5].

---

[1] وإن كان قد أشار إلى مصطلح خطأ المتعامل المتعاقد في بعض المواد منها نص المادة 152 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جاء فيها :"...بسبب خطأ المتعاقد معها..."، وأيضا نص المادة 123 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، التي نصت على:"...في حالة خطأ كبير يرتكبه المقاول...".

[2] إبراهيم خورشيد محمد المفرجي، المرجع السابق، ص.54.

[3] إبراهيم خورشيد محمد المفرجي، المرجع السابق، ص.54.

[4] شريف أحمد الطباخ، المرجع السابق، ص.232.

[5] محمد أحمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث، منشاة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص.193.

فيراد بالخطأ العقدي للمصلحة المتعاقدة؛ عدم تنفيذها لما التزمت به من التزامات في عقد الصفقة عن عمد أو إهمال أو غفلة، بحيث لا يمكن لها أن تتعلل بالباعث على وقوع هذا الخطأ إلا إذا أثبتت السبب الأجنبي أو دفعت وقوعه على أساس أنها لم يقصد الإخلال بالتزامها، أو أن هذا الإخلال لم يكن وليد إرادة متعمدة، أو أنه كان نتيجة إهمال أو عدم تبصر[1].

كما لا يشمل الخطأ العقدي للمصلحة المتعاقدة عدم تنفيذ العقد فقط؛ وإنما يمتد إلى التأخير في تنفيذه، وبذلك تكون المصلحة المتعاقدة قد خالفت أحد أهم القواعد التي تقوم عليها عملية تنفيذ العقود الإدارية والتي تقتضي ضرورة تنفيذها وفق مقتضيات حسن النية[2].

ومظاهر خطأ المصلحة المتعاقدة في تنفيذ عقود الصفقات العمومية متعددة ومختلفة -سبق وتطرقت إليها بالتفصيل في المبحث الأول من الفصل الأول من هذا الباب-؛ كإخلالها بتنفيذ العقد عن طريق عدم تمكين المتعاقد من البدء في التنفيذ بعدم تمكينه من موقع تنفيذ الأشغال أو عدم احترامها للمدة المحددة للتنفيذ، حيث تلجأ إلى تأجيل عملية التنفيذ عدة مرات دون مبرر، بالإضافة إلى إخلالها بتنفيذ التزاماتها المالية اتجاه المتعامل المتعاقد معها كامتناعها أو تأخرها في أداء المقابل المالي لهذا الأخير.

غير أنه مهما تعددت واختلفت مظاهر خطأ المصلحة المتعاقدة خصوصا وأنه من الوقائع التي ليس لها معالم أو نموذج يتحدد وفقا له، فهو يظل من المفاهيم التي يستقل القاضي بتقديرها مستندا في ذلك إلى نصوص العقد ذاته وما انطوى عليه من تحديد لالتزامات طرفي العلاقة العقدية[3].

أما عن إثبات الخطأ العقدي في عقود الصفقات العمومية على اعتبارها عقودا إدارية؛ فإن المتعامل المتعاقد كطرف مضرور لا يكلف فقط بإثبات خطأ المصلحة المتعاقدة اتجاهه، بل لابد له أن يثبت وجود عقد صحيح قائم يربط بينه وبين هذه المصلحة المتعاقدة وأن الالتزام الذي نشأ عن ذلك العقد في جانبها قد أخل بتنفيذه، مما استتبعه إلحاق الضرر بمصالحه في حين لا يكون بإمكان المصلحة المتعاقدة لدرء المسؤولية عن نفسها سوى إثبات أن الخطأ مرجعه لسبب أجنبي[4]، وقد أشارت محكمة

---

[1] هذا ما أكدته محكمة الإدارية العليا في مصر في حكم لها صدر بتاريخ 10 جانفي 2004 في الطعون رقم 3115، 3137، 3143 بقولها: "الخطأ واقعة مادية مجردة قائمة بذاتها، متى تحققت أوجبت مسؤولية مرتكبها، بغض النظر عن الباعث على الوقوع منه، إذ لا يتبدل الخطأ بحسب فهم مرتكبه للقاعدة القانونية وإدراكه فحواها، لأن الخطأ في فهم الدافع أو القانون ليس عذرا مانعا من المسؤولية". نواف العنزي، المرجع السابق، ص.89.

[2] تعددت تعاريف الخطأ الموجب للمسؤولية لدى فقهاء القانون المدني فرأى الأستاذ ديموج بأن للخطأ عنصرين هما أحدهما موضوعي مادي يتمثل في اعتداء على حق والعنصر الآخر ذاتي هو إدراك أو إمكان إدراك هذا الاعتداء. بينما قال جوسران أن الخطأ يتكون من شقين يرجع أولهما للدائن في دعوى التعويض أي المضرور حيث يجب أن تكون مطالبته مبنية على أساس الاعتداء على حق من حقوقه، بينما يرجع الشق الثاني إلى المدين المدعي عليه حيث يكفي لتوافر الخطأ عدم مقدرة هذا المدين نفي ما نسب إليه من خطأ. كما ذهب إمانويل ليفى إلى القول بأن الخطأ هو إخلال بالثقة المشروع سواء في المسؤولية التقصيرية حيث تكون ثقة ناشئة عن مركز قانوني أو في المسؤولية العقدية حيث تكون ناشئة عن الرضا والاتفاق. أما سافاتييه فقد عرف الخطأ بأنه عبارة عن عدم تنفيذ واجب كان بإمكان الفاعل معرفته واحترامه والقيام به. أشار إليها حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني -الخطأ-، دار وائل للنشر، الأردن، 2006، ص.8 وما بعدها.

[3] نواف العنزي، المرجع السابق، ص.89.

[4] المقصود بالسبب الأجنبي هو كل أمر غير منسوب إلى المدين أدى إلى استحالة التنفيذ الالتزام أو إلى حدوث الضرر بالدائن، وهو لا يكون إلا قوة قاهرة أو حادثا فجائيا، يشترط فيه بوجه عام أربعة شروط أولها: أن يكون مستحيل التوقع، وثانيهما: أن يكون مستحيل الدفع، وثالثها: ألا يكون نتيجة فعل المدين أو يقترن بخطأ منه يتسبب فيه، ورابعها: أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة. شريف أحمد الطباخ، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية -التطبيق العملي لدعاوى التعويض- ج 3، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2009، ص.524.

النقض المصرية في هذا الشأن إلى مسألة تقدير الخطأ الموجب للمسؤولية التعاقدية على أحد المتعاقدين هو تقدير موضوعي تستقل به محكمة الموضوع في حدود سلطتها التقديرية مادام استخلاصها سائغا[1].

والخطأ في تنفيذ الالتزامات التعاقدية قد يقع مشتركا بين الدائن -المصلحة المتعاقدة- والمدين -المتعامل المتعاقد- الذي يكون قد ساهم بخطئه في وقوع الإخلال من جانب الإدارة المتعاقد معها، فيكون للضرر سببان خطأ الدائن وخطأ المدين، مما يؤدي بقاضي الموضوع إلى تقسيم المسؤولية بينهما بحيث لا يتحمل المدين المسؤولية الكاملة بل بقدر ما صدر عنه من خطأ متى ما لم يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر، أما في حال ما استغرق خطا المتعامل المتعاقد خطأ المصلحة المتعاقدة فلا مجال لتعويضه عما لحقه من ضرر، وفي هذا نص القانون المدني الجزائري على أنه يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم به إذا كان الدائن قد اشترك بخطئه في إحداث الضرر أو زاد فيه[2].

ثانيا- وقوع ضرر لحق بالمتعامل المتعاقد:

إذا كانت الغاية من طلب التعويض جبر الضرر وإزالته؛ فلا يكفي مجرد إخلال المصلحة المتعاقدة بتنفيذ التزاماتها للحكم عليها بالتعويض، بل لا بد أن يترتب نتيجة الإخلال بالالتزام ضرر يصيب المتعامل المتعاقد. فالضرر يعتبر ركن أساسي من أركان المسؤولية التعاقدية ويوصف بأنه روح المسؤولية وعلتها التي تدور مع الضرر وجودا وعدما وشدة وضعفا[3]، ولا يمكن القول بقيام المسؤولية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة حيث لا ضرر، وهذا معناه أن مجرد إخلال هذه الأخيرة بتنفيذ ما التزمت به بموجب العقد لا يكفي للقول بوقوع الضرر فقد لا يترتب على ذلك أي ضرر للمتعامل المتعاقد[4]، فيترتب على انعدام الضرر غياب مصلحة المتعامل المتعاقد في رفع دعوى التعويض طبقا للقاعدة التي تقضي بأن لا دعوى بلا مصلحة، بحيث يشترط في أي مدع أمام القضاء أن يكون هناك مساس بحق من حقوقه سواء كان ذلك الحق شخصيا أو عينيا، أو مجرد مساس بمصلحة مشروعة[5].

ونظرا لأهمية ركن الضرر كشرط لاستحقاق التعويض فقد وجدنا من الملائم التعرض له من خلال ثلاث نقاط نفصلها كالتالي:

1- تعريف الضرر:

يرى الفقه الإسلامي أن الضرر هو إلحاق مفسدة بالآخرين، أو هو كل إيذاء يلحق الشخص سواء كان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته من غير وجه حق[6].

بينما يرى فقهاء القانون بأن الضرر كل أدى يترتب على خطأ الدائن بعدم تنفيذ ما التزم به أو التأخير فيه، يصيب الشخص في حق من حقوقه أوفي مصلحة مشروعة له سواء كان هذا الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مالية أو لم تكن، فتنشأ بذلك على عاتق الدائن مسؤولية تعويض من تضرر بخطئه، ويقع على الدائن المضرور إثبات الضرر الواقع عليه من جراء عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي[7].

---

[1] سحر جبار يعقوب، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الإدارية في عقد التوريد، المرجع السابق، ص.188.

[2] طبقا لنص المادة 177 من ق.م.ج.

[3] حسن حنتوش الحسناوي، المرجع السابق، ص.103.

[4] إبراهيم خورشيد محمد المفرجي، المرجع السابق، ص.56.

[5] حسين الشيخ آيث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، دار هومة، الجزائر، 2013، ص.19.

[6] أحمد موافي، الضرر في الفقه الإسلامي، المجلد الأول، دار بن عفان للنشر والتوزيع، 1997، ص.44.

[7] محمد أحمد عابدين، المرجع السابق، ص.194.

فيشترط للقول بوقوع الضرر إذا ما تم المساس بحق يمثل استئثار شخص بقيمة معينة طبقا للقانون، ويتمتع هذا الاستئثار بحماية القانون التي تعتبر أمرا لازم لقيام الحق فهي مكملة لمقوماته[1].

والضرر بهذا المعنى طبقا لأحكام المسؤولية المدنية لا يختلف عنه بالنسبة للمسؤولية التعاقدية التي تنشأ بمناسبة تنفيذ عقود الصفقات العمومية، حيث غالبا ما يصيب المتعامل المتعاقد ضررا من تصرفات المصلحة المتعاقدة غير المشروعة كإخلالها بتنفيذ العقد سواء بالامتناع أو بالتأخر في التنفيذ أو بالتنفيذ غير المطابق، وما يعتبر ضررا يصيب المتعامل المتعاقد كل مساس بحقوقه المالية وحقوقه المعنوية.

ومتى نتج عن الخطأ المرتكب من المصلحة المتعاقدة ضرر لحق بالمتعامل المتعاقد، فإنه يؤدي بالضرورة إلى التزام المصلحة المتعاقدة بتعويض ما نتج عن خطئها من ضرر ويتم تحديده بقدر الضرر الواقع لا يزيد عنه ولا ينقص، وعليه فالتعويض يتطلب لاقتضائه وقوع الضرر لا لمجرد الخطأ، بمعنى أنه إذا لم يلحق المتعامل المتعاقد أي ضرر من جراء إخلال المصلحة المتعاقد معها، فإن هذه الأخيرة تعفى من تعويض هذا المتعاقد لانتفاء الضرر[2].

2- أنواع الضرر:

إذا كان الضرر يقسم من حيث أنواعه إلى ثلاث أنواع؛ جسماني، مالي وأدبي في نطاق المسؤولية المدنية، فهو في مجال المسؤولية التي تنشأ بمناسبة تنفيذ عقود الصفقات العمومية وهي من العقود الإدارية عادة ما يقسم إلى ضرر مالي وضرر أدبي، بحيث يستبعد الضرر الجسماني كونه ضرر يصيب الشخص في حقه في الحياة أو تكامله الجسدي وهو ما لا يتصور أن يقوم به أي شخص من أشخاص القانون العام في إطار علاقاته العقدية.

أ- الضرر المالي:

الضرر المالي؛ هو الضرر الذي يلحق المتعامل المتعاقد المضرور في ذمته المالية، ويترتب على إثر التلف أو الهلاك الذي يصيب الأموال الخاصة بالمضرور، ويستوي في الضرر المالي أن يترتب على التلف أو الهلاك انعدام القيمة أو الفائدة الاقتصادية لهذه الأموال حيث نكون أمام هلاك كلي لها، كما يترتب على التلف أو الهلاك أيضا إنقاص قيمة الأموال أو منفعتها فقط وعندئذ نكون أمام هلاك جزئي[3].

ويعتبر من قبيل الضرر المالي الذي يلحق بالمتعامل المتعاقد؛ إقدام المصلحة المتعاقدة على الامتناع عن دفع المقابل المالي للصفقة أو تأخرها في دفعه أو عدم تمكين المتعامل المتعاقد من الحصول على التسبيقات المالية المتفق عليها مقدما في العقد.

وبشأن التعويض عن هذا النوع من الضرر، فبخلاف الضرر المعنوي لم يكن محل خلاف تشريعي أو فقهي أو قضائي حيث أتفق على أنه كل ضرر يصيب المتعاقد المضرور في حق من حقوقه المالية يكون موجبا للتعويض ويكون الأخير شاملا لما أصاب المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب، إضافة إلى أنه ليس كل ضرر مالي يجب تعويضه وإنما يقتصر على الضرر المالي المباشر المتوقع إلا إذا صدر من المصلحة المتعاقدة خطأ جسيم فإنها تسأل عن كل من الضرر المالي المتوقع وغير المتوقع وهذا انسجام مع مبدأ عدالة التعويض[4].

---

[1] علي فيلالي، العمل المستحق للتعويض، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص.245.

[2] صباح المصري، المرجع السابق، ص.294.

[3] عطا سعد محمد حواس، المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث البيئي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص.407.

[4] حسن حنتوش الحسناوي، المرجع السابق، ص.121.

ب- الضرر الأدبي:

قد لا يكون الضرر الناتج عن إخلال المدين بتنفيذ التزاماته ضررا ماليا يصيب حقا ماليا للدائن، وإنما يكون ضرر معنويا يترتب عن التعدي على حقوق أو مصالح غير مالية، وهذا النوع من الضرر قد يلحق ما يسمى بالجانب الاجتماعي للذمة المعنوية أو الأدبية حيث يتم المساس بشرف وسمعة الشخص ويقترن في العادة بأضرار مادية، كما قد يلحق بالجانب العاطفي للذمة المعنوية كالشعور بالآلام والأحزان فيقوم لوحده غير مصحوب بأضرار مادية[1].

وهناك من عرّف الضرر المعنوي بأنه الضرر الذي يصيب الشخص في كيانه الأدبي إثر المساس بمعنوياته وقيمه غير المالية، فيشمل الضرر الأدبي بصفة خاصة ما يلحق الشخص من أذى حسي أو نفسي نتيجة المساس بحياته أو بجسمه أو باعتباره المالي أو بحريته أو بشرفه أو بسمعته أو بمركزه الاجتماعي أو الأدبي[2].

كما أن الضرر المعنوي بخلاف الضرر المالي لا يمس بالجانب المالي للشخص؛ الإساءة إلى السمعة التجارية للطرف المضرور والنيل من مصداقيته المالية وإثارة الشكوك حول قدرته المهنية، والألم الناتج عن فقدان شخص عزيز في حادث مرور مميت، وكذا ما يصيب فنان في شهرته بسبب تشويه صورته...الخ[3].

والضرر المعنوي الذي يمكن أن يصيب المتعامل المتعاقد من جراء خطأ المصلحة المتعاقدة ما يعتبر مساسا بسمعته المهنية سواء كان مقاولا أو موردا أو صاحب مكتب دراسات، كما لو استعملت هذه الأخيرة سلطتها بصورة غير مشروعة وفرضت على المتعامل المتعاقد معها جزاءات تعسفية كقيامها بفسخ الصفقة ووضع المتعامل المتعاقد في قائمة الممنوعين من المشاركة في إبرام الصفقات العمومية.

ومن الآثار التي غالبا ما تنجم عن تسوئ سمعة المتعامل المتعاقد بسبب استعمال المصلحة المتعاقدة غير المشروع لسلطتها الجزائية، عدول مختلف الجهات الإدارية عن التعامل مع هذا الأخير مما يؤثر على ربحه المادي، خصوصا وأن كل مصلحة عندما تريد التعاقد بموجب صفقة عمومية تنفيذا لمشاريعها، سوف تتحرى على قدرات المتعهدين المهنية حتى يكون اختيارها لهم اختيارا سديدا بحيث منحها القانون إمكانية الاستعلام على كل متعهد بكل وسيلة قانونية ولاسيما لدى مصالح متعاقدة أخرى[4]، وبالتالي إذا ما استعلمت إدارة ما عن متعهد واتضح لها أنه قد عوقب من قبل جهة إدارية أخرى فإنها سوف تقوم باستبعاده من إبرام الصفقة وبهذا يكون تسويء سمعته قد فوت عليه فرصة الاستفادة من إبرام صفقات أخرى.

أما عن إمكانية التعويض عن الضرر المعنوي؛ لابد من الإشارة إلى أنه إذا كان الإجماع منعقد على الصعيد التشريعي والفقهي بشأن التعويض عن الضرر المعنوي في مجال المسؤولية التقصيرية، فالأمر ليس كذلك بالنسبة للمسؤولية التعاقدية[5].

إذ ذهب بعض الفقهاء أمثال الفقيهان دوما Domat وبوتييه Pothier؛ إلى القول بعدم التعويض عن الضرر المعنوي في نطاق المسؤولية التعاقدية وحجتهم في ذلك هو أن العلاقة التعاقدية تدخل في إطار

---

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص.249.

[2] عطا سعد محمد حواس، المرجع السابق، ص.412.

[3] العربي بلحاج، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2015، ص.463.

[4] طبقا لنص المواد 43، 44 و45 من ق.ص.ع رقم 23-12.

[5] رحمة بريق، محمد لخضر دلاج، "التعويض عن الضرر المعنوي في نطاق المسؤولية المدنية ومعايير تقديره"، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي النعامة، الجزائر، المجلد 06، العدد 02، 2020، ص.167.

تبادل المنافع المادية ولا ترد إلا على شيء ذا قيمة مالية وبالتالي لا تكون محل التزام مصلحة أدبية، كما أن التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية التعاقدية يؤدي إلى إنزال الشرف والعاطفة والسمعة منزلة الأموال المادية وهذا ما لا تقره المثل العليا، وأضافوا أيضا أن الضرر المعنوي نادر الوقوع في المسؤولية التعاقدية[1].

بينما اتجه جانب آخر من الفقه يتزعمه الفقيه مازوMazo إلى إقرار التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية التعاقدية، وحججهم في ذلك كثيرة فهم يرون أنه ليس المقصود من تعويض الضرر إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع هذا الضرر فذلك أمر مستحيل حتى بالنسبة للضرر المادي إذ من المستحيل عقلا ومنطقا تغيير الواقع، كما أنه ليس صحيحا أن المثل العليا تأبى على المضرور تقاضي تعويض عما لحقه من ضرر أدبي لأنه متى تبث أن المال سيوفر له مزايا تعوضه عن ذلك الضرر دون أن يكون من شأن تعويضه إثراء ذمته المالية دون سبب[2].

ضف إلى أن القول بندرة وقوع الضرر المعنوي في إطار المسؤولية التعاقدية؛ لا يعني معه أن الضرر المعنوي غير متصور الوقوع، فكل ضرر بغض النظر عن نسبة وقوعه يقبل الإصلاح سواء كان ماديا أو معنويا، بل أن المصلحة الأدبية قد ترتبط ارتباطا وثيقا بالمصلحة المادية متى كان للمتعاقد مصلحة معنوية في تنفيذ العقد[3].

أما على الصعيد القضائي؛ لم يقبل مجلس الدولة الفرنسي في بادئ الأمر فكرة التعويض عن الضرر الأدبي بحجة أن مثل هذا الضرر لا يمكن تقويمه بمال، غير أنه غير موقفه تدريجيا أخذا في عين الاعتبار أن هناك من الأضرار المعنوية ما لهما من انعكاسات مالية أو أضرار مادية كما في حال الاعتداء على السمعة مما يؤثر على الحياة المهنية للمضرور، بل أكثر من ذلك أقر مجلس الدولة الفرنسي بالتعويض عن الضرر المعنوي المحض أي غير المصحوب بضرر مادي[4].

وبخصوص التطبيقات القضائية للتعويض عن الضرر الأدبي في مجال المسؤولية التعاقدية الناجمة بمناسبة تنفيذ عقود الصفقات العمومية ،فبخلاف مجال المسؤولية التقصيرية تكاد تكون منعدمة إلا فيما يتعلق بتفويت فرصة التعاقد الذي يعتبر من قبيل المسؤولية قبل التعاقدية[5].

وفي ذات السياق؛ هناك العديد من التشريعات قد أخذت بإمكانية التعويض عن الضرر الأدبي في نطاق المسؤولية التعاقدية مسايرة للتطور الفقهي والقضائي الحاصل في هذا الإطار، حيث أورد ق.م.ف في المسؤولية التعاقدية نصوصا لها من العموم والشمول، منها ما نصت به المادة 1142 من هذا القانون على أن "كل التزام بعمل أو امتناع عن عمل ينقلب إلى تعويض إذا لم يقم المدين بتنفيذه"، ولم يفرق هذا النص بين طبيعة الضرر الذي سيلحق الدائن من عدم التنفيذ فقد يكون هذا الضرر ماديا أو قد يكون ضرر أدبيا، كما نصت المادة 1149 منه على أن "التعويض الذي يستحقه الدائن يشمل ما أصابه من خسارة وما فاته من كسب"، فورد لفظ الخسارة عاما دون أن يبين المشرع نوعها مادية أو أدبية، ولا شك أن ما يلحق الشخص من ضرر في سمعته أو كرامته أو شرفه أو مركزه الاجتماعي يمثل خسارة يشملها النص[6].

---

[1] حسن حنتوش الحسناوي، المرجع السابق، ص.122.

[2] حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني- الضرر-، دار وائل للنشر، الأردن، 2006، ص.286.

[3] حسن حنتوش الحسناوي، المرجع السابق، ص.123.

[4] محمد عبد الله الفلاح، المرجع السابق، ص.393.

[5] محمد فؤاد عبد الباسط، وقف تنفيذ القرار الإداري، الطابع الاستثنائي لنظام الوقف، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007، ص.610.

[6] حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني- الضرر-، المرجع السابق، ص.298.

أما موقف المشرع الجزائري؛ فيتبين من القاعدة في القانون المدني التي تقضي بأن التعويض كما يشمل الضرر المادي يشمل أيضا الضرر المعنوي، حيث نصت المادة 182 مكرر بموجب تعديل القانون المدني رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 على أنه: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة، وقد جاء لفظ الضرر في محتوى نص المادة 176 من ق. م. ج عاما بما يفيد أن التعويض يشمل الضرر المعنوي[1].

3- شروط الضرر:

يشترط للتعويض عن الضرر باعتباره ركن من أركان قيام المسؤولية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة أن يتوافر على شروط معينة نتطرق إليها كالتالي:

أ- أن يكون الضرر مباشرا:

أن يكون الضرر مباشرا، فهذا يعني أن يكون خطأ المصلحة المتعاقدة هو السبب المباشر لحدوث الضرر الذي لحق بالمتعامل المتعاقد، وأن الضرر يمثل النتيجة المباشرة لخطأ المصلحة المتعاقدة[2].

يوصف الضرر بالمباشر متى كانت نتيجته طبيعية لإخلال المدين بتنفيذ التزامه، ويكون للضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن باستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول[3]، والنتيجة الطبيعية هي عبارة عن نتيجة حالة ومباشرة ما نصت عليه المادة 1151 من ق.م.ف التي نصت على أن الأضرار التي تضمن هي تلك الأضرار التي تكون حالة ومباشرة كنتيجة لعمد تنفيذ العقد[4]. وهذا ما أوضحته الفقرة الأولى من نص المادة 182 من ق.م.ج "...ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالتزام أو للتأخير فيه، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن باستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول...". كما نصت على ذلك بصورة صريحة المادة 221 من ق.م.م بقولها: "...ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول".

غير أنه قد يحدث أن ينشأ عن ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطاتها التعاقدية على الوجه غير المشروع أو عن الإخلال بتنفيذ التزاماتها التعاقدية؛ ضرر معين ثم ينشأ عن هذا الضرر ضرر ثاني يتولد عن هذا الضرر ضرر ثالث وهكذا[5]، وهنا يطرح السؤال هل تكون المصلحة المتعاقدة مسئولة عن جميع تلك الأضرار فتلزم بتعويض المتعامل المتعاقد المضرور معها عن الأضرار المباشرة منها وغير المباشرة؟، أم أن الأمر يقف عند التعويض على الضرر الأول لوحده دون غيره من الأضرار المتسلسلة؟.

لقد تناول فقهاء القانون الفرنسي القديم هذا الموضوع بالبحث والدراسة، فذهب بوتييه إلى أنه لا يصح في نطاق المسؤولية التعاقدية مساءلة المدين إلا عن الأضرار المباشرة لفعله ولعل الحجة في ذلك تستند إلى أن الضرر المباشر ليس إلا تفسيرا لإرادة الطرفين واحتراما لهذه الإرادة المشتركة، فقد أراد الطرفان منذ إبرام العقد أن يقتصر التعويض على الضرر الذي ينجم عن إخلال أحدهما بتنفيذ التزامه متى كان الضرر نتيجة مباشرة لهذا الإخلال، ومتى كانت هذه النتيجة غير مباشرة فإن رابطة السببية سوف تنتفي وعليه يتخلف الركن الثالث من أركان قيام المسؤولية التعاقدية[6].

---

[1] العربي بلحاج، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.464.

[2] إبراهيم خورشيد محمد المفرجي، المرجع السابق، ص.58.

[3] العربي بلحاج، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.466.

[4] حسن حنتوش الحسناوي، المرجع السابق، ص.108.

[5] حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني- الضرر-، المرجع السابق، ص.306.

[6] حسن علي الذنون، نفس المرجع، ص.308.

وإن كان الضرر المباشر المنتج للمسؤولية التعاقدية حسب هؤلاء؛ يقتصر على الضرر المتوقع لوحده وهو الضرر الذي يتوقع حدوثه من تقصير أحد طرفي العقد وفقا للمألوف عند التعاقد، أي التقصير الذي يعد إهمالا غير مقصود، بحيث لا يكون التعويض إلا عن حد معين من الضرر المترتب على تقصير المتعاقد، أما الضرر المباشر غير المتوقع فلا مجال للتعويض عنه كما في حالتي ارتكاب الغش أو الخطأ الجسيم حيث يكون الفاعل مسئولا مسؤولية تقصيرية وليس تعاقدية على أساس أن مسؤوليته تنقلب من عقدية إلى تقصيرية في هذه الحال[1]،

بينما يرى آخرين أمثال هنري وليون أن المسؤولية التعاقدية للمدين لا تقوم فقط عن الضرر المباشر المتوقع وإنما تقوم أيضا عن الضرر المباشر غير المتوقع كما في حالة العمد بارتكابه غشا[2]، أو خطأ جسيما[3]، ويكون التعويض عن مثل هذا الضرر بمثابة عقوبة مدنية نص عليها القانون[4].

فالتزام المدين حسب هؤلاء في حالتي الغش أو الخطأ الجسيم بتعويض الضرر غير المتوقع؛ لا يقوم على فكرة المسؤولية التقصيرية بل على فكرة الوظيفة الرادعة التي يكتسيها التعويض بسبب جسامة الخطأ. فالمدين رغم غشه أو خطأه الجسيم لا يزال ملتزما بالعقد، ولا زال للتعويض هنا صفة التعويض العقدي، كون الدائن ما كان ليعرف مدينه لولا العقد الذي ربط بينهما، وفي هذه الحال لا يمكن الرجوع إلا إلى المسؤولية العقدية لوحدها[5].

وبالرجوع للأحكام الواردة في ق.م.ج من خلال ما جاء في مضمون المادة 182 التي نصت على: "متى كان الالتزام الذي لم يتم الوفاء به أو تأخر في تنفيذه مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد"[6]، حيث يتبين أن المشرع أخذ بالاتجاه الأخير فقصر المسؤولية التعاقدية للمدين كقاعدة عامة على الضرر المباشر المتوقع

---

[1] شريف أحمد الطباخ، التعويض عن الإخلال بالعقد، المرجع السابق، ص.272.

[2] في تعريف الغش بصفة عامة دلالة على الخطأ العمد الذي يتمثل في انصراف الإرادة إلى ارتكاب الفعل أو الترك غير المشروع فضلا عن انصرافها إلى إحداث الضرر، فالخطأ العمد أو الغش يتميز أساسا بالإرادة والقصد الخبيث أو سوء القصد، فهو حال نفسية تدل على سوء النية، كما أنه يتميز أيضا بالسعي وراء تحقيق الضرر، أما في المسؤولية العقدية فإن مجرد المسلك السلبي من المدين ولو لم يكن متجاوزا يشير سوء النية ويكفي بذاته إذا كان من شأنه أن يضع عقبة أمام تنفيذ العقد، وعليه فان الغش في المسؤولية العقدية يأخذ معنى أوسع بحيث يشمل الإرادة التي تدل على عدم فعل ما هو ضروري لتنفيذ العقد، أو هو كل سلوك مضاد للالتزام العقدي. محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية للنشر والتوزيع، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص.358.

[3] وفي تعريف الخطأ الجسيم ذهب الفقه إلى تحديد جسامة الخطأ على أساس أن تحديد مسلك الرجل المعتاد يأخذ في عين الاعتبار نتائج تصرفه وعلى الأخص مدى الضرر الذي يمكن أن يترتب على مسلكه، فلكي يوصف الفعل غير المشروع بأنه خطأ جسيما يجب القول بأن الرجل المعتاد الذي وجد في نفس ظروفه الخارجية كان يجب عليه أن يتصور مدى الإنحراف في مسلكه، وأن يتصور النتائج الضارة لفعله كأمر مؤكد أو قريب الاحتمال. محمد إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص.380 و381.

[4] أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، 770 و771.

[5] محمد إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص.449.

[6] طبقا لما جاء في نص المادة 182 من ق.م.ج على: "إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، يشترط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالتزام أو لتأخر الوفاء به. ويعتبر الضرر إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

-الذي يفيد بعدم صدور غش أو خطأ جسيم- ومع ذلك إذا كان إخلاله بالتزامه العقدي يرجع إلى غشه أو خطأه الجسيم، فإنه يكون مسؤولا عن جميع الأضرار المباشرة متوقعة كانت أم غير متوقعة[1].

أما بخصوص تقدير شرط التوقع؛ فقد اختلف الفقه الفرنسي بخصوص معيار توقع أو عدم توقع الضرر الحاصل وقت التعاقد، هل هو معيار طبيعة الضرر(ضياع، تلف...)؟ أوهو أهميته (نصابه)؟ ذلك مع العلم أن الإجماع منعقد اليوم على اعتماد المعيار الثاني باعتباره منسجما مع مقتضيات الفصل 1150 من ق.م.ف، فيتعين أن يدرك المدين ما قد يتعرض له عند الاقتضاء، إذا سبب ضررا للدائن جراء إخلاله بتنفيذ التزامه التعاقدي، وهذا ما يتطلب منه لا أن يعلم فقط بنوع الضرر الذي سببه بل أيضا قيمة الشيء محل التعاقد[2].

كما أن أهمية الضرر ومقداره في العلاقات التعاقدية بموجب الصفقات العمومية؛ غالبا ما ترتبط بنية المدين في تنفيذ التزاماته التعاقدية، فمتى كانت المصلحة المتعاقدة سيئة النية حيث تظهر رغبتها في التخلص من موجبات العقد بتعمدها ارتكاب الخطأ الجسيم، فإنها تلتزم بتعويض المتعامل المتعاقد المتضرر تعويضا كاملا يشمل حتى الضرر غير المتوقع عند تكوين وإبرام العقد، وهذا ما يعني تعريضها لعقوبة استثنائية مستحقة كونها لم تتردد في زعزعة الثقة التي وضعت فيها وتصرفها كما لو أن العقد غير موجود تماما. لذلك يجب أن تعامل بسوء قصدها وذلك تحت طائلة تعرضها لمسؤولية تعاقدية مشددة[3].

ب- أن يكون الضرر محققا:

إن الضرر الذي يكون محلا للتعويض؛ والذي تقوم عليه المسؤولية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد معها إذا ما أخلت بالتزاماتها التعاقدية، يجب أن يكون ضررا محققا بمعنى أن يكون حالا وحاصلا أي أنه وقع بالفعل ويفيد بالخسارة الفعلية التي لحقت بالمتعامل المتعاقد[4]، وهنا لابد من التمييز بين الضرر المستقبل والضرر الاحتمالي.

فأما الضرر المستقبل؛ هو ضرر تحقق سببه وتراخت آثاره كلها أو بعضها إلى المستقبل وهذا النوع من الضرر يعتبر في حكم الضرر المحقق يستوجب التعويض عنه[5]، فإذا كان من الممكن تقدير التعويض عنه في الحال جاز للدائن أو يطالب به فورا، وإذا لم يكن هذا التقدير ممكنا في الحال فإن القاضي سيحكم بالتعويض عما وقع من ضرر حاصل فعليا، ويحتفظ للمضرور بالحق في أن يرجع بعد دلك بالتعويض عند استفحال الضرر في المستقبل[6].

ينما الضرر المحتمل؛ فهو ضرر لم يقع ولا يوجد ما يؤكد أنه سيقع وغاية الأمر أنه يحتمل وقوعه كما يحتمل عدم وقوعه، وتتفاوت درجة هذا الاحتمال قوة وضعفا وهذا النوع من الضرر لا يكفي لقيام المسؤولية فلا يجوز التعويض عنه[7].

---

[1] العربي بلحاج، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.466.

[2] عبد الحق صافي، المرجع السابق، ص.250.

[3] عبد الحق صافي، المرجع السابق، ص.253.

[4] عبد الحكم فودة، التعويض المدني- المسؤولية التعاقدية والتقصيرية-، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص.434.

[5] سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني- في الالتزامات عن الفعل الضار والمسؤولية المدنية- القسم الأول، منقحة بأحدث الآراء والأحكام من قبل حبيب إبراهيم الخليلي، دون دار نشر، 1992، ص139.

[6] العربي بلحاج، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.466.

[7] سليمان مرقس، المرجع السابق، ص140.

ج- أن يكون الضرر شخصيا

من البديهي أنه لا يكون لمن لم يلحقه ضرر شخصي أن يطالب بالتعويض، فالضرر كما سبق تعريفه هو الأذى الذي يلحق الشخص نتيجة المساس بحقوقه أو مصالحه الشخصية، مما يبرز ويفيد الطابع الشخصي للخسارة المعنوية والمالية التي لحقت بالمضرور[1].

4- إثبات الضرر:

إن القاعدة الشرعية تقول أن البينة على من ادعى، وأن الأصل براءة الذمة وعلى من يدعي شغلها الإثبات، وهذا معناه أنه على المتعامل المتعاقد رافع الدعوى والمطالب بالتعويض فيها أن يقيم الدليل على الضرر الذي أصابه بفعل المدعى عليها أي المصلحة المتعاقدة، ولما كان الأمر يتعلق بواقعة مادية فإنه يجوز له إثباتها بكافة الوسائل والطرق بما فيها البينة والقرائن[2].

وإذا ما طالب المتعامل المتعاقد المصلحة المتعاقدة بالتنفيذ العيني، فإنه غير مطالب بإثبات الضرر كون عدم التنفيذ يؤدي في حد ذاته إلى ثبوت الضرر، أما إذا طالب بالتنفيذ بمقابل أي التنفيذ بطريق تعويض نقدي فعليه في هذه الحالة أن يقيم الدليل على الضرر الذي لحقه من جراء عدم تنفيذ المصلحة المتعاقدة لالتزامها أو من تأخيرها في القيام به[3].

ثالثا- الرابطة السببية بين الخطأ والضرر:

تمثل السببية الركن الثالث من أركان قيام المسؤولية بنوعيها تقصيرية كانت أو تعاقدية، كما أن القول بوجود الرابطة السببية بين الخطأ والضرر يقتضي أن يكون هناك علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذي ارتكبه محدث الضرر والضرر الذي أصاب المضرور[4].

وبخصوص قيام مسؤولية المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد معها في عقود الصفقات، فمن المؤكد أن نظام الإخلال العقدي يقتضي طبقا للقواعد العامة في المسؤولية وجود علاقة مباشرة بين الضرر الذي لحق بالمتعامل المتعاقد وبين الفعل المؤذي المرتكب من قبل المصلحة المتعاقدة.

والسببية ركن مستقل عن ركن الخطأ؛ نظرا لعدة اعتبارات فقد يكون للضرر سبب آخر غير الخطأ الأول كما في حال تعدد الأسباب وهذا متى تعرض المضرور لخطأين من شخصين مختلفين بحيث تنتفي علاقة السببية بين الضرر الذي لحق بالمضرور وخطأ الشخص الأول، وهنا لا تقوم مسؤولية هذا الأخير بالتعويض لكون الخطأ الذي وقع منه كان غير منتجا وأن الضرر الواقع سببه خطأ الشخص الثاني[5]، فالخطأ الأول الذي انعزل عن الضرر لا يحقق أية مسؤولية وهذا ليس لأن السببية منعدمة تماما فحسب، وإنما لأن هذا الخطأ لم ينجم عنه أي ضرر وهذا معناه أنه متى انعدمت السببية ينعدم في الوقت نفسه الضرر، ومن هذا الوجه يكون الضرر والسببية متلازمان[6].

---

[1] حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الضرر، المرجع السابق، ص. 234.

[2] عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص.25.

[3] العربي بلحاج، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.466.

[4] عبد الحق صافي، المرجع السابق، ص.245.

[5] يحيى أحمد موافي، المسؤولية عن الأشياء في ضوء الفقه والقضاء دراسة مقارنة، مطبعة أطلس، القاهرة، 1992، ص.132.

[6] أحمد عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص.991.

وقد يتعدد الضرر ويكون الخطأ واحدا؛ فمنه ما يكون مباشر يمثل نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثه إن لم يكن بإمكان المضرور توقيه ببذل جهد معقول وبالتالي نشوء علاقة السببية، أما الضرر غير المباشر باعتباره لا يمثل نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدث الضرر فتنقطع العلاقة السببية بينه وبين الخطأ، ولا يكون المدعى عليه مسئولا عنه، وقد قضت بذلك محكمة النقض المصرية في حكم لها بتاريخ 80 نوفمبر 1966 وقررت أنه لا مسؤولية إذا كان في وسع المضرور توقي الضرر ببذل جهد معقول[1].

كما قد يقع الضرر نتيجة قيام سبب أجنبي أصبح معه تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية مستحيلا، ويعتبر سببا أجنبيا كل سبب خارج عن إرادة المتعامل المتعاقد كالظروف الطارئة أو الصعوبات المادية غير المتوقعة أو القوة القاهرة، يترتب عنه انعدام الخطأ.ومع ذلك حتى تكتمل عناصر المسؤولية الإدارية للمصلحة المتعاقدة عن الإضرار الناجمة عن مثل هذه الأوضاع ويحكم بالتعويض للمتعامل المتعاقد، يجب أن تتوافر علاقة السببية بين إحداها وبين الضرر على أن تكون هي السبب المباشر في إحداث الضرر،وبغير هذا الركن لا تقوم مسؤولية المصلحة المتعاقدة دون خطأ[2].

أما فيما يتعلق بإثبات العلاقة السببية في المسؤولية التعاقدية القائمة في حق المصلحة المتعاقدة؛ فالأصل أن يقع عبء إثباتها على المتعامل المتعاقد المطالب بالتعويض سواء عن إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية طبقا للقواعد العامة في القانون المدني أو دون إخلال منها، حيث تقبل كل وسائل الإثبات ومن بينها القرائن القوية والواضحة باعتبار الأمر مندرجا ضمن طائفة الوقائع المادية.

كما أنه في الواقع؛ غالبا ما يسهل إثبات العلاقة السببية عن طريق قرائن الحال، حيث يبدو أن الأمر لا يحتاج إلى دليل على توافر السببية بين خطأ المصلحة المتعاقدة والضرر الذي لحق بالمتعامل المتعاقد، كما لو نتج هذا الضرر عن خطأ جسيم أو وقع هذا الخطأ مقترنا بتدليس[3].

وفي مقابل إثبات علاقة السببية كواجب يقع على المتعامل المتعاقد المطالب بالتعويض، يكون من حق المصلحة المتعاقدة أن تدفع المسؤولية عن نفسها وتتجنب بذلك الحكم عليها بالتعويض عن طريق هدم تلك القرائن بإثبات نفي العلاقة السببية بين إخلالها والضرر الذي لحق بالمتعامل المتعاقد، كأن تثبت بأن الضرر الذي لحق بالمتعامل المتعاقد لم يكن ناتجا عن إخلالها بتنفيذ العقد وإنما لسبب أخر أجنبي كخطأ المتعامل المتعاقد نفسه وكان هذا السبب العامل الوحيد في حدوث الضرر[4].

وهنا بالأخص يجب القول بأن المسؤولية التعاقدية لا ترد نظرا لعدم إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها أو عدم إصابة المتعامل المتعاقد بالضرر، وإنما لا ترد هذه المسؤولية نتيجة لانتفاء العلاقة السببية، حيث يكون الضرر العقدي ليس مترتبا عن فعل المصلحة المتعاقدة بل عن خطأ المتعامل المتعاقد المضرور، باعتباره كل فعل أو حادث معين لا ينسب إلى المدعى عليه، ويكون قد جعل تلافي العمل الضار أمرا مستحيلا[5].

---

[1] سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، القسم الأول- في أركان المسؤولية-، معهد البحوث والدراسات القانونية، القاهرة، 1971، ص.476.

[2] وهذا بخلاف ما تقتضيه قواعد القانون الخاص، حيث تنص المادة 127 من ق.م.ج على أنه: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد لـه فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك". كما أشار إليه إبراهيم خورشيد محمد المفرجي، المرجع السابق، ص.153.

[3] سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، المرجع السابق، ص.480.

[4] أنور العمروسي، المرجع السابق، ص.53.

[5] عبد الحق صافي، المرجع السابق، ص.260.

ويشترط في السبب الأجنبي للقول بأنه سبب كاف لقطع علاقة السببية في المسؤولية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد شرطان هما:

- أن يجعل من المستحيل على المدين- المصلحة المتعاقدة- تنفيذ التزاماته التعاقدية.
- أن يكون أجنبيا عن المدين –المصلحة المتعاقدة- ولا دخل له في حصوله وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان غير متوقع وغير ممكن تلافيه[1].

وحتى تنتفي علاقة السببية بموجب السبب الأجنبي يجب أن يكون هذا الأخير السبب الرئيسي لمنع المصلحة المتعاقدة من تنفيذ التزاماتها التعاقدية، أما إذا ما اقتصر دور السبب الأجنبي على المساهمة مع خطأ المصلحة المتعاقدة في إحداث الضرر، فيذهب أغلب الفقه إلى أن ذلك لا يحط من مسؤوليتها عن الضرر الذي سببه للدائن بعدم تنفيذه التزاماته التعاقدية، ومرجع ذلك خصوصية الالتزام التعاقدي الذي يتحمل معه المدين المخل كامل المسؤولية[2].

وإن كان حسب ما تقتضيه قواعد العامة للمسؤولية في نطاق القانون المدني من أن انقطاع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر للسبب الأجنبي كالقوة القاهرة وخطأ المضرور، يعد من قبيل الإعفاء من المسؤولية إلا أن القول بذلك لا ينطبق بالنسبة لأسباب معينة أخرى كالظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة في نطاق تنفيذ الصفقات العمومية، حيث لا تعفى المصلحة المتعاقدة من المسؤولية ويتم تعويض المتعامل المتعاقد عن الضرر الذي لحقه من غير المصلحة المتعاقدة على أساس إعادة التوازن المالي للعقد.

رابعا- استمرار المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية:

إذا كان توافر العناصر الثلاث من خطأ وضرر ورابطة السببية يؤدي إلى قيام المسؤولية التعاقدية في نطاق منازعات تنفيذ الصفقات العمومية، كما هو الحال بالنسبة لمجال منازعات القانون الخاص طبقا للقواعد العامة في القانون المدني إلا أن حق المتعامل المتعاقد في المطالبة بالتعويض عما يصيبه من أضرار نتيجة إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية، لا يتوقف على توافر تلك العناصر الثلاث فقط، وإنما لابد له من أن يستمر في تنفيذ التزامات العقد التي على عاتقه حتى يتمكن من المطالبة بالتعويض ومن تم الحصول عليه[3].

كما أن القول بضرورة استمرار المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية يقتضي استطاعته وإمكانية استمراره في عملية التنفيذ بحيث لا يصبح تنفيذ تلك الالتزامات مستحيلا.

وتبعا لما سبق يتبين أن المتعامل المتعاقد لا يمكنه الامتناع عن تنفيذ التزاماته التعاقدية بحجة أن المصلحة المتعاقد معها قد امتنعت أو قصرت من جانبها في تنفيذ ما يفرضه عليها العقد من التزامات، بحيث لا يمكنه أن يستفيد من قاعدة الدفع بعدم التنفيذ المقررة في علاقات القانون الخاص، ولعل السبب في ذلك يعود إلى تعارض تطبيق هذه القاعدة مع القاعدة التي تقضي بضرورة سير المرفق العام بانتظام واستمرار التي تأبى أن يعطل المتعامل المتعاقد أداء خدمات المرفق العام لأي سبب كان، ما دام في إمكانه أداء الخدمة خاصة أن العلاقة التي تربط بالإدارة المتعاقد معها لا تقف عند حدود العقد المبرم بينهما، بل تتعداه إلى كونها علاقة تعاون وتعاضد من أجل ضمان سير المرفق العام ومن تم تحقيق المصلحة العامة[4].

---

[1] عرعارة عسالي، "السبب الأجنبي في المادتين 127 و138/2"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة الجزائر 1 سعيد حمدين، الجزائر، العدد 2، 2017، ص. 426-428.

[2] عبد الحق صافي، المرجع السابق، ص.261.

[3] عز الدين كلوفي، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية، دار النشر جيطلي، الجزائر، 2012، ص.544.

[4] أحمد جمعة نور محمد البلوشي، المرجع السابق، ص188.

إلا أن قاعدة عدم جواز دفع المتعاقد بعدم التنفيذ؛ وإن ظلت لفترة قاعدة مطلقة لا يجوز مخالفتها في نطاق العقود الإدارية ومنها عقود الصفقات العمومية كما سبق الإشارة إليه سابقا – في الفصل الثاني من الباب الأول من هذه الدراسة -، أصبح بالإمكان الخروج عنها والسماح للمتعامل المتعاقد بالدفع بعدم تنفيذ ما عليه من التزامات بسبب تقصير المصلحة المتعاقدة في أوضاع معينة منها الحال الذي يؤدي فيها تراخي المصلحة المتعاقدة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية إلى الحد الذي يعجز معه المتعامل المتعاقد في الوفاء بالتزاماته فيترتب عن ذلك التقصير استحالة التنفيذ، أو حالة ما إذا تضمن العقد شرطا يقضي بحق المتعاقد بالتمسك بقاعدة الدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الإدارة المتعاقد معها إذا ما قصرت في تنفيذ ما عليها من التزامات[1]، وإن كان حسب رأينا من غير المنطق أن تقبل المصلحة المتعاقدة بمثل هكذا شرط في عقود الصفقات العمومية على اعتبارها الجهة القوامة على سير المرفق العام والحريصة على حسن سيره واستمراره.

الفرع الثاني: تعويض المتعامل المتعاقد دون خطأ المصلحة المتعاقدة

إن تعويض المتعامل المتعاقد من دون أن ترتكب المصلحة المتعاقدة لخطأ عقدي يثير مسؤوليتها التعاقدية؛ إنما يتم بناء على أسس كرسها القضاء الإداري في العديد من أحكامه ممثلا في مجلس الدولة الفرنسي مثلما سبق بيانه، إذ يستطيع المتعامل المتعاقد مطالبة المصلحة المتعاقدة بتعويضه على أساس نظريات إعادة التوازن المالي للعقد متى ما توافرت شروط تطبيق إحداها سواء كانت فعل الأمير أو الظروف الطارئة أو الصعوبات المادية غير المتوقعة، كما يمكن للمتعامل المتعاقد الحصول على التعويض بناءا على نظريتي القوة القاهرة أو الإثراء بلا سبب.

أولا- تعويض المتعامل المتعاقد في إطار إعادة التوازن المالي للصفقة

يستحق المتعامل المتعاقد المضرور التعويض في إطار إعادة التوازن المالي للصفقة العمومية إذا ما حدث أثناء تنفيذه شروط العقد ظروفا ووقائع لم تكن متوقعة وقت التعاقد وأصابته بضرر، كما لو قامت المصلحة المتعاقدة بتعديل شروط الصفقة وكان تعديلها مشروعا فيما يعرف بفعل الأمير، أو وقعت هناك ظروف طارئة أدت إلى قلب اقتصاديات العقد، أو صادف عملية التنفيذ صعوبات مادية غير متوقعة.

1- التعويض الناتج عن تطبيق فعل الأمير:

يعتبر تعويض المتعامل المتعاقد على أساس نظرية فعل الأمير من أبرز وأهم الآثار المنبثقة عن تطبيق هذه النظرية، إذ يتم تعويضه تعويضا كاملا عما فاته من كسب وتحمله من خسارة وبناء على ذلك يعاد التوازن المالي للعقد، كما يمكن أن يطالب المتعامل المتعاقد المصلحة المتعاقدة بالإضافة إلى التعويض بفسخ الصفقة متى تعرض لصعوبات وقعت بفعل المصلحة المتعاقدة لدى استعمالها حقها في التعديل تمنعه من الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية[2] كما لو قامت بتأجيل تنفيذ الأشغال لمدة تفوق سنة كاملة بعد بداية التنفيذ[3].

إلا أن تعويض المتعامل المتعاقد على أساس فعل الأمير؛ يرتبط بضرورة استمرار هذا الأخير في تنفيذ الصفقة العمومية في جانبه، بالرغم من كل الصعاب الناتجة عن فعل الأمير التي تعيق تنفيذ العقد متى كان ذلك في استطاعته وما دام أن تلك الصعاب التي صادفته لم يترتب عنها استحالة تنفيذ العقد بصفة

[1] عيسى عبد القادر حسن، المرجع السابق، ص190.
[2] سعاد الشرقاوي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص.435.
[3] كما نصت عليه المادة 114 الفقرة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال .

مطلقة، وإلا اعتبر مقصرا في أهم وأشد التزاماته صرامة، كما يمنع عليه الدفع بعدم التنفيذ لأي سبب من الأسباب فيلتزم مع المصلحة المتعاقدة القيام بمهامه والمساهمة في استمرار سير المرفق العام وعدم عرقلته، ثم يمكنه بعد ذلك الرجوع على المصلحة المتعاقدة ومطالبتها بالتعويض في حال إثباته فعل الأمير في جانبها[1].

وتعود حتمية استمرار المتعامل المتعاقد في التنفيذ رغم الصعوبات الناجمة عن فعل الأمير، إلى الحفاظ على مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد باعتباره من أهم المبادئ وأكثرها شهرة على الإطلاق ولأن مخالفته سوف تؤدي إلى الإخلال بالمهام الحيوية للمرفق العام والمتمثلة أساسا في إشباع الحاجيات العامة والأساسية للأفراد[2].

2- التعويض الناتج عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

طالما أن نظرية الظروف الطارئة تتوسط ما بين الحالة الطبيعية المتمثلة في وفاء المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، وحالة القوة القاهرة التي تعفيه من الوفاء بالموجبات الملقاة على عاتقه[3]، يستحق هذا المتعامل المتعاقد تعويضا لن يكون كاملا بل جزئيا عن الخسارة التي لحقته، تلتزم المصلحة المتعاقدة بدفعه له على سبيل المعاونة بالقدر الذي يمكنه من الاستمرار في تنفيذ ما إلتزم به بموجب عقد الصفقة العمومية[4].

ويعد التزام المصلحة المتعاقدة بهذا الجانب حقا أصيلا للمتعامل المتعاقد يتمثل أساسا في الحصول على معاونة مالية تكفل له القدرة على مواجهة الظروف الطارئة التي تواجهه وتضمن له حسن تنفيذ التزاماته[5].

وفي هذا الإطار لا يستطيع القاضي الإداري التعديل في التزامات المتعامل المتعاقد المضرور من الظروف الطارئة، فهو لا يملك رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ولا يملك مطلقا التعديل في نصوص العقد، ويقتصر دوره على الحكم بالتعويض فقط، وسبب ذلك يكمن في أن مهمة القاضي الإداري الأساسية هي تفسير العقود وتطبيق أحكامها وليس تعديلها، كما أنه لا يستطيع توجيه أوامر للإدارة، بالإضافة لما تقتضيه دواعي المصلحة العامة في أن تظل شروط العقد نافذة[6]، وهذا خلافا لدور القاضي المدني الذي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في هذا المجال، فله إزالة الإرهاق عن طريق جعل تنفيذ الالتزام على دفعات عدة بدلا من أن يتم دفعة واحدة، وله أيضا أن يقسم الأقساط على أوقات مختلفة بدلا من أن يتم الوفاء بها فورا...الخ[7].

غير أن مجلس الدولة الفرنسي؛ وبحيلة منه استطاع الوصول إلى حل وسط يستطيع من خلاله المحافظة على قواعد الاختصاص من جهة، ومحاولة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول من جهة أخرى، بدعوة كل من المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد إلى الوصول إلى حل ودي، فإذا فشلا في

---

[1] زينة مقداد، المرجع السابق، ص.20.

[2] Nicolas GROS, op. cit, p.14.

[3] إبراهيم الشارف الطاهر تفوقة، المرجع السابق، ص.161.

[4] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود والقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص.149.

[5] السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص.453.

[6] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.690.

[7] جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزائر، 1983، ص.130.

الاتفاق فما على القاضي إلا أن يحكم بالتعويض، وقد طبق هذه الحيلة بمقتضى حكم Gaz Bordeaux السابق الذكر[1].

يعد التعويض الذي يستحقه المتعامل المتعاقد من وراء إعمال هذه النظرية تعويضا جزئيا فقط وليس تعويضا كاملا كما سبق قوله، فلا يحصل المتعامل المتعاقد على ما يغطي كامل الخسارة التي لحقت به[2]، و يخرج من نطاق التعويض عن الظرف الطارئ ما فات المتعامل المتعاقد من ربح أو كسب كان يمكن أن يحققه لو لم يقع الظرف الطارئ، وأيضا الخسائر التي تحملها المتعاقد قبل بداية الظرف الطارئ باعتبارها ضربا من ضروب المخاطر العادية التي يتعرض لها المتعاقد عامة، ويقتطع من هذا التعويض الخسائر التي تسبب فيها المتعامل المتعاقد بإهماله أو عدم إتباعه الوسائل الفنية المناسبة في تنفيذ العقد[3].

كما قرر مجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص؛ أن توزيع الخسارة بين المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة ليس مناصفة، وتعود على الحكم بأن تتحمل المصلحة المتعاقدة النصيب الأكبر من الخسائر في حين لا تزيد نسبة ما يتحمله المتعامل المتعاقد عن 20%[4]. وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ 19 فيفري 1992 "الزيادة في الأعباء المالية للمتعاقد الناتجة عن ظروف خارجية الطارئة يبرر له طلب التعويض على أن يكون مغطيا لنسبة 90% إلى 95% من تلك الأعباء"[5].

إن القول بالتعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة من أهم ما يترتب عن وقوع حوادث استثنائية لم تكن متوقعة وقت إبرام عقد الصفقة العمومية، إلا أنه قد لا يكون من الضروري الحكم به للمتعامل المتعاقد رغم توافر شروط تطبيق هذه النظرية في حالة العقود الجزافية، التي يتفق فيها المقاول مع المصلحة المتعاقدة على سعر إجمالي للقيام بالأعمال، إذ لا يحق للمقاول المطالبة بتعويض عن ارتفاع الأسعار، أو الزيادة في الأجور، أو ارتفاع الضرائب...الخ حتى ولو بلغت درجة إرهاقه درجة كبيرة، وسبب ذلك يعود أن السعر المتفق عليه لانجاز الأشغال يغطي كافة المخاطر العادية وغير العادية[6].

ويتعين على القاضي الإداري عند الحكم بالتعويض لصالح المتعامل المتعاقد أن يراعي مجموعة من الضوابط تتمحور في:

أ- التأكد من استمرار المتعامل المتعاقد في تنفيذ العقد:

يتعين على طرفي العقد الاستمرار في تنفيذ التزاماتهما التعاقدية رغم وجود الظروف الطارئة، وهذا الاستمرار يجد قوته انطلاقا من ضرورة توفير استمرار سير المرفق العام، فالظروف الطارئة لا تمنح المصلحة المتعاقدة الحق قي وقف سير المرفق العمومي[7] ، كمالا تعفي المتعامل المتعاقد معها من تنفيذ التزاماته رغم أن التنفيذ أصبح مرهقا له، أما إذا قام هذا الأخير بالتوقف عن تنفيذ التزاماته التعاقدية يكون قد ارتكب خطأ عقديا لما يلحقه من أثر سلبي يضر بسير المرفق العمومي، وهو ما يعطي الحق للمصلحة المتعاقدة في فرض جزاءات مالية على المتعامل المتعاقد كما يحرمه من الحصول على التعويض أو أي نوع من المساعدات من قبل الجهة المتعاقدة، الأمر الذي أكدت عليه المحكمة الإدارية

---

[1] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.689.

[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى التعويض الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة، المرجع السابق، ص.272.

[3] أحسان سليمان خربيط، المرجع السابق، ص.225.

[4] محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية، الكتاب الثالث في حقوق المتعاقد مع الجهة الإدارية، المرجع السابق، ص.158.

[5] السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص.454.

[6] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص.218.

[7] سعاد الشرقاوي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص.429.

العليا في مصر في حكم لها مؤرخ في 05 جويلية 1969 جاء فيه أنه "...من المبادئ المقررة أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص، مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، ولما كان العقد الإداري يتعلق بمرفق عام فلا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق بحجة أن ثمة إجراءات إدارية أدت إلى الإخلال بالوفاء بأحد التزاماتها، بل يتعين عليه إزاء هذه الاعتبارات أن يستمر في التنفيذ ما دام ذلك في استطاعته، تم يطالب الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزاماتها إن كان لذلك مقتضى، وكان له فيه وجه حق، فلا يسوغ له فيه الامتناع عن تنفيذ العقد بإرادته المنفردة، وإلا حققت مساءلته عن تبعة فعله السلبي"[1].

إلا انه وبالرغم من ضرورة توافر شرط استمرار المتعامل المتعاقد في التنفيذ حتى ينال التعويض المستحق إعمالا لنظرية الظروف الطارئة، فإن مجلس الدولة الفرنسي قد اتبع أحيانا سياسة مرنة في بعض أحكامه بالتعويض عن الأضرار التي أصابت المتعاقد من جراء الظرف الطارئ على الرغم من توقفه عن تنفيذ العقد لصعوبة تنفيذ ما التزم به، وخصم من مبلغ التعويض غرامات التأخير ومن أحكامه في هذا الصدد حكمه الصادر في 13 نوفمبر 1952 في قضية Charnit et Collet [2].

أما إذا تحول الظرف الطارئ إلى قوة قاهرة تجعل الاستمرار في تنفيذ العقد مستحيلا، ففي هذه الحالة يجوز للمتعامل المتعاقد التوقف عن تنفيذ التزاماته التعاقدية طالما أن هذا الظرف موجود، ويعود للتنفيذ بزواله وعودة الأمور إلى نصابها[3].

ب- تحديد بداية ونهاية الظرف الطارئ:

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة؛ أن يقع الظرف الطارئ خلال تنفيذ عقد الصفقة العمومية أي أن يقع الظرف بعد إبرام العقد وقبل انتهاء مدة تنفيذه فلا يحكم القاضي بالتعويض عن الظروف التي حصلت قبل الإبرام كونها لا تصلح سببا للتطبيق نظرية الظروف الطارئة حيث انه من المفترض علم المتعاقدين بها وقبولهما عقد الصفقة على اعتبار وجودها، كما لا تطبق نظرية الظروف الطارئة إذا كانت الظروف قد وقعت بعد الانتهاء من تنفيذ العقد[4].

ومن أجل التأكد من توافر هذا الشرط؛ كان لابد من تحديد بداية الظرف الطارئ ونهايته، فيتأكد قاضي الموضوع من أن بداية وقوع الظرف الطارئ تتوافق مع التاريخ الذي تجاوزت فيه أعباء المتعامل المتعاقد أقصى حدود الزيادة التي كان للأطراف المتعاقدة توقعها وقت إبرام عقد الصفقة العمومية، ولتحديد تاريخ بداية الظرف أهمية بالغة، إذ يتم بموجبه احتساب الخسائر التي بدأ المتعامل المتعاقد في التعرض لها وبالتالي المطالبة بالتعويض عنها بالشكل الصحيح والدقيق[5]، وفي هذا الإطار فإن مجلس الدولة الفرنسي يميز بين تاريخ وقوع الظرف الطارئ وتاريخ المطالبة بالتعويض عنه، فقال بالأخذ بوقت وقوع الظرف لتعويض المتعامل المتعاقد فقد يحدث أن يتأخر هذا الأخير في المطالبة بالتعويض لأي سبب من الأسباب، كما أن القضاء الفرنسي قد درج على عدم اعذرا الإدارة كشرط لاستحقاق التعويض عن الظروف الطارئة[6].

---

[1] مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.734.

[2] أحسان سليمان خربيط، المرجع السابق، ص.224.

[3] سعد لقليب، بن الشيخ النوي، المرجع السابق، ص.62.

[4] أحمد جمعة محمد نور البلوشي، المرجع السابق، ص.267.

[5] محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية، الكتاب الثالث في حقوق المتعاقد مع الجهة الإدارية، المرجع السابق، ص. 158.

[6] مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.439.

كما تحتل نهايات الظرف الطارئ نفس الأهمية التي تكتسيها بداياته في تقدير التعويض، فإما ينتهي بعودة التوازن المالي للعقد كانخفاض الأسعار وعودتها إلى مستواها العادي، وإما بقبول المصلحة المتعاقدة إعادة النظر في شروط الصفقة بما يعيد التوازن المالي لها، وقد ينتهي بالفسخ في حال استحالة عودة هذا التوازن، وهو ما قال به مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ 09 ديسمبر 1932 في قضية Cie Des Tramways De Cherbourg[1].

3- التعويض الناتج عن الصعوبات المادية غير المتوقعة:

يعود التزام المصلحة المتعاقدة بتعويض المتعامل المتعاقد عن الصعوبات المادية غير المتوقعة إلى جانب اعتبارات العدالة إلى اعتبارات عملية وأخرى قانونية بحسب ما أشار إليه الفقه، تتمثل الأولى في أن من مصلحة الإدارة في أن تحافظ على المتعاملين المتعاقدين معها حتى لا يعزف هؤلاء عن التعامل معها لعلمهم بان هناك ضمانا ضد أي مصاعب غير متوقعة يمكن أن تواجههم أثناء تنفيذ ما التزموا به بموجب عقود الصفقات العمومية التي سبق وأبرموها، أما الثانية فمردها النية المشتركة للمتعاقدين تنتج عن الالتزام الذي يفرض على المتعامل المتعاقد تنفيذ شروط العقد وتنفيذ أوامر المصلحة المتعاقدة والتي تلتزم في نفس الوقت بدفع أي صعوبات مادية يمكن أن يواجهها والتي من شأنها أن تؤثر على التوازن المالي لعقد الصفقة العمومية[2].

فإذا ما توافرت شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في عقود الصفقات، وجب على المتعامل المتعاقد أن يستمر في تنفيذ العقد[3] وفقا لمبدأ حسن النية بين المتعاقدين، ولا يجوز له الاحتجاج بوجود صعوبات مادية للتوقف عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، مادام أن هذه الصعوبات لا تؤدي إلى استحالة التنفيذ، وله في مقابل ذلك الحصول على تعويض من المصلحة المتعاقدة، بالإضافة إلى إعفاءه من غرامات التأخير في حال تجاوزه آجال تنفيذ عقد الصفقة[4].

ثم إن قيام حق المتعامل المتعاقد في طلب التعويض؛ يجب أن يكون كاملا يشمل كافة الأضرار التي لحقته نتيجة لما صادفه من صعوبات المادية واجهته أثناء تنفيذه العقد[5]، وهذه الحالة تشبه نوعا ما

---

[1] تتلخص وقائع هذه القضية في التالي: "نظرا لانتشار وسائل النقل السريع فإن سكان مدينة شربورج قد انصرفوا عن استعمال الترام، وبالرغم من موافقة الإدارة على رفع أسعار الركوب، فإن دخل المشروع كان أبعد من أن يغطي تكاليفه، بدون إعانة دائمة من الإدارة، ولم يكن ثمة أمل أن يعود إلى توازنه الإقتصادي. فلما عرض الأمر على مجلس الدولة الفرنسي أكمل أحكام نظرية الظروف الطارئة، بوضع الأحكام الكفيلة بمعالجة هذه الحالة، وذلك على النحو التالي:

أ. إذا ثبت استحالة زوال الظرف الطارئ، فإن لكل من طرفي العقد الحق في أن يطلب من القاضي تسجيل تلك الحالة. وإذا تم ذلك تتحرر الإدارة من التزاماتها بالتعويض.

ب. على الطرفين في هذه الحالة، محاولة التفاهم على إعادة النظر في شروط العقد بما يجعله قابلا للحياة، كمحاولة الاستعاضة عن وسائل النقل العتيقة، بوسيلة حديثة، تعيد للمرفق توازنه الاقتصادي.

ج. إذا عجز الطرفان عن الوصول إلى مثل الحل السابق، فلا مناص من الحكم بفسخ العقد". سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.700 و701.

[2] إبراهيم خورشيد محمد المفرجي، المرجع السابق، ص.156.

[3] كما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر في 14 جوان 1969 بقولها "من الضرورة استمرار المتعاقد مع الإدارة في التنفيذ رغم وجود صعوبات مادية غير متوقعة، فإذا أوقف المتعاقد تنفيذ العقد تأسيسا على وجود هذه الصعوبات يكون مخطئا ويتحمل المسؤولية كاملة". مشار إليه لدى لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص.216.

[4] محمد شعبان الدرهوبي، المرجع السابق، ص.216.

[5] Elise UNTERMAIER-KERLEO, op.cite, p.283.

الحالة التي ينص فيها القانون على تعويض الأفراد خارج المجال العقدي لتعرضهم لأضرار ناتجة عن وضعياتهم وظروفهم الخاصة[1].

ويقول الفقيه Benoit في هذا الصدد "...إذا لم يوجد اتفاق ودي بين الإدارة والمتعاقد معها للتعويض عن الصعوبات المادية التي يواجهها المتعاقد أثناء تنفيذ العقد، فإن القاضي الإداري يحكم على الإدارة بدفع تعويض للمتعاقد معها، بما يناسب العبء المالي الذي حدث له بسبب الصعوبة المادية غير المتوقعة...، ويجب أن يشمل التعويض كل العبء أي يعادل قيمة العمل الإضافي"[2].

وقد أكدت هذا الأمر؛ الجمعية العامة لقسمي الفتوى والتشريع المصرية بقولها "بأن التعويض على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، لا يتمثل في معاونة المتعاقد معاونة مالية جزئية من طرف الإدارة المتعاقد معها، بل عليها أن تدفع له تعويضا كاملا عن جميع الأضرار التي تكبدها من الأعمال الإضافية التي تولاها في سبيل تنفيذ العقد الأصلي"[3].

وتبعا لما سبق قوله؛ فإنه يكون على المصلحة المتعاقدة الالتزام برد جميع النفقات الإضافية التي تحملها المتعامل المتعاقد لمواجهة الصعوبات التي اعترضت التنفيذ العادي للعقد، ويتجسد ذلك في دفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها مسبقا في العقد يتضمن جميع النفقات الفعلية التي تكبدها المتعامل المتعاقد في سبيل مواصلة تنفيذ عقد الصفقة[4]وهذا بخلاف التعويض في حالة الظروف الطارئة والتي يكون التعويض عنها جزئيا يتناسب مع حجم الخسائر التي لحقت بالمتعامل المتعاقد[5].

وقد كان موقف مجلس الدولة الفرنسي صريحا في حكمه الصادر في 02 ديسمبر 1964 في قضية Part autonome de BORDEAUX حين أخذ بقاعدة التعويض الكامل عند توافر شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة[6]، شريطة أن يتولى المتعامل المتعاقد إثبات ما اعترضه من صعوبات في التنفيذ على أن تخضع أدلة إثبات عدم إمكانية توقع تلك الصعوبات لتقدير قاضي العقد كل حالة على حدهن وذلك باعتبارها مسألة واقع، وفي ضوء ما يبدله المتعامل المتعاقد من جهد وتقصي وحيطة وفقا للمجرى العادي للأمور، ومدى معاونة المصلحة المتعاقدة له في ذلك المشروع[7].

غير أن الالتزام بمبدأ التعويض الكامل لا يخل بمراعاة القواعد العامة في التعويض، بحيث لا يحول دون أن يتحمل المتعامل للمتعاقد قيمة ما تسبب فيه بخطئه من زيادة في الآثار الضارة للصعوبات المادية غير المتوقعة[8].

وإن كان الفقه قد اتفق على تعويض المتعاقد عن الصعوبات المادية غير المتوقعة التي تعترض تنفيذه للعقد تعويضا كاملا وهو نفس ما أكدته العديد من أحكام القضاء الإداري، إلا أن فقهاء القانون العام اختلفوا في تحديد الأساس القانوني لتعويض المتعامل المتعاقد وفقا لنظرية الصعوبات المادية غير

---

[1] محفوظ عبد القادر، أثر تغير الظروف على تنفيذ العقد الإداري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2019/2018، ص.44.

[2] أحمد سليمان خربيط، المرجع السابق، ص.163.

[3] محمد شعبان الدرهوبي، المرجع السابق، ص.168.

[4] لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص.217.

[5] صباح المصري، المرجع السابق، ص.311.

[6] إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية وفقا لقانون 89 لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، دار النهضة العربية، ط2، القاهرة، 2003، ص.326.

[7] أحسان سليمان خربيط، المرجع السابق، ص.159.

[8] وهيب عياد سلامة، التوازن المالي للعقد الإداري وفكرة التعويض غير القائم على الخطأ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص.150.

المتوقعة بالرغم من عدم وجود خطأ من جانب المصلحة المتعاقدة، فقال الفقيه JEZE Gaston أن هذا الأساس يرجع إلى النية المشتركة لطرفي العقد ومبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، فنية طرفا عقد الصفقة العمومية عند الإبرام تكون قد انصرفت للاتفاق على السعر المناسب لمواجهة الظروف العادية في التنفيذ، أما الصعوبات غير المتوقعة التي لم تخطر ببال المتعاقدين فيفترض أنهما قصدا ضمنيا أن يقدر ما يقابلها من نفقات بطريقة خاصة خارج السعر التعاقدي[1].

وقد انتقد هذا الرأي حسب البعض؛ لأنه يقوم على أساس تعسفي في الكثير من الحالات لاسيما أن مجلس الدولة الفرنسي يطبق هذه النظرية بالرغم من احتواء العقد على شرط صريح باستبعادها، كما أن فكرة النية المشتركة للمتعاقدين لا تكفي لتبرير التعويض في الوقت الحاضر لأنه أصبح جزءا من النظام القانوني للعقود، يطبق في حالة عدم توافر نص في العقد، وفي حالة اشتراط التنفيذ مهما كانت الصعوبات[2].

ليذهب رأي آخر بقيادة الفقيه Péquignot؛ إلى القول بأن أساس التعويض في إطار نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يرجع إلى نظرية فعل الأمير أو مبدأ المسؤولية التقصيرية للإدارة[3]، وهذا نظرا لوجود علاقة بين الصعوبات وخطأ الإدارة المتعاقدة لكونها هي من أعدت العقد ودرست موقع وخطة التنفيذ، أما وقد ظهر عدم صحة ما قدمته الإدارة للمتعاقد من معلومات في هذا الإطار، فإنه يكون عليها تحمل هذه المضار[4].

وقد تعرض هذا الرأي أيضا للنقد لتعارضه مع شروط تطبيق هذه النظرية التي تقتضي أن تكون الصعوبات المادية وليدة ظروف خارجة عن إرادة المتعاقدين ولا دخل لهما فيها، أما إذا كان مرد الصعوبات خطأ من جانب المصلحة المتعاقدة فتسأل على أساس المسؤولية الخطئية وليس على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة[5].

كما رأي اتجاه ثالث من الفقه بزعامة الفقيهين ديلوبادير ووالين؛ بأن أساس التعويض في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يرجع لاعتبارات العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية، إذ لا يمكن أن يترك المتعامل المتعاقد وشأنه في مواجهته لصعوبات مادية لم يكن ليتوقعها عند إبرامه عقد الصفقة العمومية فيتحمل لوحده نفقات إضافية تتجاوز ما كان متفقا عليه، كما أن المتعامل المتعاقد يعتبر مساعدا ومعاونا للمصلحة المتعاقدة في تسيير المرافق العامة بموجب العقد الذي ارتبط به مع هذه الأخيرة[6].

ثانيا- تعويض المتعامل المتعاقد على أساس الإثراء بلا سبب:

يتم تعويض المتعامل المتعاقد على أساس الإثراء بلا سبب؛ عندما تقوم المصلحة المتعاقدة بإنقاص الامتيازات المالية له أو زيادة أعبائه المالية بموجب مالها من سلطات إدارية لتحقق من وراء ذلك نفع لها وتكون بذلك قد أثريت ذمتها على حساب المتعامل المتعاقد معها، وهذه الأعمال قد تكون إضافية بأمر من

---

[1] محمد شعبان الدرهوبي، المرجع السابق، ص.164.
[2] لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص.222.
[3] وهيب عياد سلامة، المرجع السابق، ص.132. وأيضا إبراهيم محمد علي، المرجع السابق، ص.330.
[4] محمد شعبان الدرهوبي، المرجع السابق، ص.165.
[5] لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص.223.
[6] محمد أنس جعفر قاسم، المرجع السابق، ص.229.

المصلحة المتعاقدة[1]، أو بمبادرة من المتعامل المتعاقد، كما يمكن أن تكون هذه الأعمال مطابقة لدفتر الشروط أو مخالفة له[2].

1- التعويض على الأعمال غير المطابقة:

من الضروري أن ينفذ المتعامل المتعاقد عقد الصفقة وفقا لما تضمنه دفتر الشروط دون زيادة أو نقصان، فإذا لم يحترم المتعامل المتعاقد الإطار التعاقدي وخرج عليه عن طريق قيامه بأعمال غير مطابقة لما ورد في العقد أو تجاوز الأعمال المحدد له بمبادرة منه، فتقع المسؤولية عليه وحده ولا سبيل إلى تعويضه عن تلك الأعمال[3].

أما إذا قام بهذه الأعمال غير المطابقة بناء على طلب المصلحة المتعاقدة وفقا لما لها من سلطة التعديل في عقد الصفقة بإرادتها المنفردة، فإنه يكون من حقه الحصول على تعويض جزاء ما لحقه من ضرر نتيجة زيادة حجم الأعمال المسندة إليه وتحمله تكلفة إضافية[4].

وقد أكد الفقيه Bayle؛ على ضرورة الاستناد لنظرية الإثراء بلا سبب للتعويض عن الأعمال غير المطابقة التي يؤديها المتعامل المتعاقد متى كانت مخالفته لشروط العقد مما يفيذ ولا يضر، بشرط عدم اعتراض المصلحة المتعاقدة على تلك الأعمال، وقال بأن المصلحة المتعاقدة لا يمكن لها أن تحتج على المتعامل المتعاقد في سبيل منعه من الحصول على التعويض، والقول بأنها كانت تجهل تلك التعديلات لما تملكه من سلطة الإشراف والرقابة على تنفيذ تلك الأعمال، ويكون موقف المصلحة المتعاقدة هنا موقفا مشجعا للمتعامل المتعاقد بتركه يبتعد عن تنفيذ بنود العقد، حتى تحصل على أفضل الأعمال وترفض تعويضه عنها فيما بعد[5].

2- التعويض على الأعمال الإضافية:

يعد الأصل في تنفيذ الصفقات العمومية قيام المتعامل المتعاقد بتنفيذ الأعمال المطلوبة منه دون غيرها، وليس له أن يضيف إليها أعمالا غير منصوص عليها في العقد، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي أجاز للمتعامل المتعاقد الذي نفذ أكثر من التزاماته المقررة في عقد الصفقة[6]، الحصول على تعويض الأعمال الإضافية المنفذة، وعليه فإن مسألة التعويض عن هذه الأعمال ليست وليدة الساعة فقد أوجدها مجلس الدولة الفرنسي وأصدر في شأنها أحكام قضائية عدة.

كما ذهب أيضا مجلس الدولة الجزائري إلى الإقرار بحق المتعامل المتعاقد في التعويض عن الأعمال الإضافية التي يتولى تنفيذها زيادة عن الأعمال الأصلية المتفق عليها مقدما في عقد الصفقة

---

[1] حيث أقر القضاء الإداري الجزائري بأحقية المتعامل المتعاقد في التعويض عن الأعمال الإضافية التي تطلبها منه المصلحة المتعاقدة، فاعتبر امتناعها عن دفع مقابل تلك الأعمال يشكل إثراء بلا سبب في ذمتها، ولعل من بين أهم القرارات التي قضت بها المحكمة العليا في هذا النطاق قرار لها جاء فيه: "حيث أنه يستخلص من الوثائق المودعة بالملف وغير المنازع فيها من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي المستأنف بأن المقاول بعد أن ركب المضخة الأولى طلب من صاحب المشروع وحدره من أنه لا يمكن أن تبقى هذه الأخيرة دون تشغيل داخل المياه دون أن يؤدي ذلك إلى إتلافها، حيث أنه حينئذ فإن إهمال البلدية قد أدى إلى وجوب تركيب مضخة جديدة بناء على طلبها، حيث أن رفض البلدية دفع تكاليف هذه المضخة الثانية يشكل إثراء بلا سبب،...". قرار المحكمة العليا، مؤرخ في 05 ماي 1990، ملف رقم 66148، الغرفة الإدارية، المجلة القضائية لسنة 1995، العدد 12، الجزائر، ص102 و103.

[2] عبد الحفيظ مانع، المرجع السابق، ص.193.

[3] محمد شعبان الدهوري، المرجع السابق، ص.204 و205.

[4] أحمد فتح الله أبو سكينة، المرجع السابق، ص.384.

[5] عبد الرؤوف هاشم بسيوني، حق المتعاقد في التعويض في العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص.163.

[6] محمد شعبان الدرهوبي، المرجع السابق، ص.193.

العمومية، حيث ألزم كل مصلحة متعاقدة بالدفع للمتعامل المتعاقد مبلغ الأشغال الإضافية عندما تكون ضرورية لإتمام المشروع ومنجزة طبقا للقواعد المقررة حتى لو لم تطلب من المتعامل المتعاقد القيام بها[1].

أ- تعريف الأعمال الإضافية:

عرف الفقيه ديلوبادير الأعمال الإضافية على أنها "تلك الأعمال غير المذكورة في المقايسة والتي ورد ثمنها في قائمة الأسعار"، أو هي حسب الفقيه والين "تلك الأعمال التي لم ترد صراحة أو ضمنا في مواصفات وخطة العمل المتفق عليها في العقد" ليعرف فقهاء آخرون الأعمال الإضافية بأنها "أعمال خارجة عن توقع طرفي العقد تظهر الحاجة إليها سواء من الناحية الكمية أو الفنية ويجب أن تكون من نوع وجنس العمل الأصلي".

يتضح من هذه التعاريف؛ أن الأعمال الإضافية هي كل عمل لم يرد في بنود العقد ولم يضعه المتعامل المتعاقد في اعتباراته ولم يتوقعه عند إبرامه العقد، إلا أنه يرتبط بالأعمال الأصلية ويتم إضافته في الغالب بأمر من المصلحة المتعاقدة، أو بمبادرة من طرف المتعامل المتعاقد متى اقتضاها حسن تنفيذ العقد من الناحية الفنية[2].

ب-تمييز الأعمال الإضافية عن المفاهيم المتشابهة:

قد تتشابه الأعمال الإضافية مع غيرها من الأعمال الأخرى كالأعمال غير المتوقعة والأعمال الجديدة، لذا كان من الضروري إزالة الغموض عنها من خلال التعرض لها.

ب.1 الأعمال الإضافية والأعمال غير المتوقعة

العمل غير المتوقع؛ هو العمل الذي لم يحدد في العقد ويمكن للمصلحة المتعاقدة طلب تنفيذه من المتعامل المتعاقد لقاء مقابل جديد سواء كان غير منصوص عليه في دفتر الشروط أصلا أو تم النص عليه من دون الاتفاق على شروط تنفيذه، لكن الواقع أثبت أن لا يكون في كل الأحوال العمل غير المنصوص عليه في العقد غير متوقع فقد يكون متوقعا، والعلاقة القائمة بين الأعمال الإضافية والأعمال غير المتوقعة تجد تطبيقها في صفقات الأشغال من خلال الصعوبات التي تواجه المقاول أثناء تنفيذ الصفقة، وتبرران تعويضه تعويضا كاملا عن الأعمال التي نفذها بالفعل[3].

وتسمى الأعمال غير المتوقعة أيضا بالأعمال غير المنظورة أو غير الملحوظة، تطرأ بسبب تنفيذ العمل الأصلي موضوع الصفقة العمومية، ويكون ثمنها غير وارد في العرض المالي، ومثال ذلك أن تبرم المصلحة المتعاقدة صفقة لإزالة مبنى مجاور لمستشفى وتشيد مبنى آخر مكانه، فتؤدي أعمال الإزالة إلى تصدع في أحد أجنحة المستشفى، فتكلف المصلحة المتعاقدة نفس المقاول بأعمال ترميم هذا الجناح، فأعمال الترميم غير واردة في عقد الصفقة وإنما استدعتها الضرورة وبذلك تعد من الأعمال غير المتوقعة[4].

وقد أكد ذلك مجلس الدولة الفرنسي ذلك في العديد من قراراته نذكر منها قضية بلدية TAYRAN الصادر في 12 ماي 1936، حيث قرر أن المقاول واجهته صعوبات غير متوقعة في سبيل تنفيذه

---

[1] قرار مجلس الدولة رقم 22350، مؤرخ في 12 جويلية 2005،، الغرفة الأولى، المجلة القضائية لسنة 2005، العدد 07، الجزائر، ص.92.

[2] محمد علاء محمد وآخرون، "الأساس القانوني للتعويض عن الأعمال الإضافية في نطاق العقود الإدارية، دراسة مقارنة"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، الإمارات العربية المتحدة، المجلد 18، العدد 1، 1021، ص.266.

[3] عبد الرؤوف هاشم بسيوني، حق المتعاقد في التعويض في العقد الإداري، المرجع السابق، ص.170.

[4] محمد الحريري، سلطة الإدارة في تعديل عقود الأشغال العامة وفقا لنظام أوامر التغيير، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر 2010، ص.283.

التعليمات التي أقر المهندس المعماري واعتبرها ضرورية لضمان تنفيذ المشروع وفق الأصول التي يتطلبها الفن المعماري[1].

ب.2 الأعمال الإضافية والأعمال الجديدة

عرف مجلس الدولة الفرنسي الأعمال الجديدة؛ بأنها الأعمال الغريبة عن موضوع العقد، أو التي لا تشتبه في شيء الأعمال المنصوص عليها في العقد الأصلي ولا ترتبط به إطلاقا، يتبين الحاجة إليها أثناء تنفيذ العقد، ومثال ذلك كأن تعهد المصلحة المتعاقدة إلى المقاول أعمال مختلفة عن موضوع العقد تقع على مسافة بعيدة من موقع الأعمال الأصلية، أو تكلفه بإنشاء جسر حديد تم تطالبه بإنشاء جسر خرساني[2].

ج- صور التعويض عن الأعمال الإضافية:

تتخذ الأعمال الإضافية المنفذة من قبل المتعامل المتعاقد صورتين، فهي إما أن تكون أعمال إضافية حتمية لا يتم العمل الأصلي من دونها[3]، أو تكون أعمال إضافية نافعة لا تكون لازمة لتنفيذ العقد الأصلي إلا أنها تحقق منفعة للمصلحة المتعاقدة[4].

ج.1 التعويض عن الأعمال الإضافية الحتمية

الأعمال الإضافية الحتمية أو الضرورية؛ هي تلك الأعمال اللازمة لأداء العمل الأصلي الذي تم التعاقد من أجله، بحيث لو لم تكن هذه الأعمال لما تم العمل الأصلي، أو لم يكن ليتم بالصورة التي صار عليها، فهي ضرورية لحسن تنفيذ العقد وفقا للأصول العلمية[5].

وقد استقر الفقه الإداري في فرنسا لاستحقاق المتعامل المتعاقد مقابلا عن تلك الأعمال على أساس الأسعار الواردة في عقد الصفقة، استناد إلى أن هذه الأعمال الضرورية تعد امتدادا للعقد الأصلي[6].

ج.2 التعويض عن الأعمال الإضافية النافعة

الأعمال الإضافية النافعة؛ هي الأعمال التي ليست لازمة لتنفيذ العقد الأصلي ومع ذلك فإن تنفيذها يحقق منفعة للمصلحة المتعاقدة، وعليه فمن المنطق أن يتم تعويض المتعامل المتعاقد على أساس العلاقة الشبه عقدية، فيتم تحديد التعويض وفقا لمقدار إثراء المصلحة المتعاقدة استنادا على نظرية الإثراء بلا سبب[7].

- **الأعمال الإضافية النافعة المنفذة بناء على أمر المصلحة المتعاقدة**

إذا رأت المصلحة المتعاقدة أن الأعمال الإضافية من شأنها إحداث تحسينات أو تيسير في تنفيذ العقد دون أن تكون حتمية، فإنها تصدر أوامر للمتعامل المتعاقد ويقع عليه ضرورة احترام تلك الأوامر.

وقد حرص مجلس الدولة الفرنسي على ضرورة أن تكون الأوامر المرفقية المتضمنة القيام بأعمال نافعة مكتوبة وموقعة من طرف المصلحة المتعاقدة، أو يتم النص عليها في العقد حتى يتم تعويض

---

[1] عبد الرؤوف هاشم بسيوني، حق المتعاقد في التعويض في العقد الإداري، المرجع السابق، ص.170.

[2] محمد علاء محمد وآخرون، المرجع السابق، ص.268.

[3] Elise UNTERMAIER-KERLEO, op.cite, p.284.

[4] بشار رشيد حسين المزوري، المرجع السابق، ص.241.

[5] محمد شعبان الدرهوبي، المرجع السابق، ص.196.

[6] محمد علاء محمد وآخرون، المرجع السابق، ص.282.

[7] عمر حمدي، المسؤولية التعاقدية للإدارة، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2018، ص.139.

المتعامل المتعاقد. وتردد في قبول الأوامر الشفوية الصادرة بتنفيذ أعمال إضافية نافعة لصعوبة إثباتها خصوصا إذا حضرتها دفاتر الشروط[1].

- **الأعمال الإضافية النافعة المنفذة تلقائيا من طرف المتعامل المتعاقد**

سلك مجلس الدولة الفرنسي في حالة التعويض عن الأعمال الإضافية النافعة المنفذة دون تكليف من المصلحة المتعاقدة مسلكين، ففي بداية الأمر قرر في الكثير من أحكامه التعويض عن هذه الأعمال متى كانت نافعة للمصلحة المتعاقدة، لكنه سرعان ما تراجع عن معيار المنفعة وبدأ يشترط أن تكون الأعمال لازمة وضرورية للمرفق العام[2].

ثالثا- تعويض المتعامل المتعاقد على أساس القوة القاهرة:

لما كانت القوة القاهرة تمثل سببا معفيا للمتعامل المتعاقد من أي مسؤولية في مجال تنفيذ عقود الصفقات العمومية باتفاق الفقه والقضاء الإداريين، وطبقا لما نص عليه المشرع في قانون الصفقات العمومية رقم 23-12 من خلال المادة 84[3]، فلا يتعرض للجزاءات المقررة لعدم التنفيذ أو التأخر فيه، نظرا لأن سبب عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي عن إرادته والذي أصبح مستحيلا بفعل القوة القاهرة[4]، ويترتب عن حدوث القوة القاهرة أيضا انتهاء العلاقة التعاقدية القائمة بين طرفي عقد الصفقة إذا ما استحال التنفيذ استحالة نهائية في نطاقها[5]، فقد تقيم القوة القاهرة مسؤولية المصلحة المتعاقدة دون خطأ ومن تم أمكن للمتعامل المتعاقد مطالبة هذه الأخيرة بالتعويض عما أصابه من أضرار.

وحصول المتعامل المتعاقد على التعويض بناء على تحقق القوة القاهرة قد يكون عن طريق القضاء أو قد يتم النص على هذا التعويض في دفتر الشروط الإدارية العامة، ومثال ذلك ما نصت عليه دفاتر الشروط المطبقة على عقود الأشغال العامة في فرنسا التي نصت على إمكانية تعويض المقاول عن الضرر الذي أصابه من جراء القوة القاهرة، إلا أن ذلك مرهون بإتباع بعض الإجراءات الشكلية يجب على المتعاقد مراعاتها، ويتشدد القضاء في تطبيق هذه القواعد إلى حد أنه يرفض طلب التعويض إذا لم يلتزم بها المتعاقد خلال المدة المحددة وبالشكل القانوني المقرر[6].

أما الوضع في الجزائر فقد قصر المشرع التعويض عن القوة القاهرة إذا ما لحق المتعامل المتعاقد خسائر أو تلف أو أضرار في الورشة بسبب هذه الأخيرة، بحيث نص على إمكان أن تعوض المصلحة المتعاقد المتعامل المتعاقد مع حفظ التناسب الكلي عن الضرر الذي لحق به[7] ولكن بشروط ينبغي على المتعامل المتعاقد مراعاتها وهي كالتالي:

---

[1] عبد الرؤوف هاشم بسيوني، حق المتعاقد في التعويض في العقد الإداري، المرجع السابق، ص.190.

[2] أحمد فتح الله أبو سكينة، المرجع السابق، ص.305.

[3] تنص المادة 84 في الفقرة 3 على: "وفي حالة القوة القاهرة تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير، ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف واستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة لذلك المصلحة المتعاقدة".

[4] عمر السيوي، المرجع السابق، ص.139.

[5] غير أنه في بعض الأحيان لا يكون من آثار القوة القاهرة إعفاء المتعامل المتعاقد من تنفيذ التزاماته التعاقدية، بل يوقف تنفيذها حتى يزول الحادث المؤقت. وفي حالات أخرى يقتصر الإعفاء الذي ترتبه القوة القاهرة على الالتزام الذي أصبح تنفيذه مستحيلا بسبب القوة القاهرة، فقد تكون استحالة التنفيذ في بعض التزامات المتعاقد دون الأخرى، فتكون الاستحالة المطلقة في بعض بنود العقد، والالتزامات الأخرى مازالت في إمكانية المتعامل المتعاقد القيام بها حتى ولو كان تنفيذها مرهقا. لمزيد من التفصيل أنظر السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص521. وأيضا أحسان سلمان خربيط، المرجع السابق، ص244.

[6] السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص524.

[7] في حين لا يمنح المتعامل المتعاقد أي تعويض عن الخسائر والأضرار الناجمة عن إهماله وعدم تبصره وغياب الوسائل لديه أو أخطاء ارتكبها طبقا لنص المادة 112 الفقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن تنظيم للصفقات

1- ضرورة أن يراعي المتعامل المتعاقد كافة التدابير الضرورية التي تحول دون تأثر أو تضرر العتاد وتجهيزات الورشة وكذا المنشات قيد البناء من جراء العواصف والسيول والأمواج وكل الظواهر الطبيعية الأخرى التي يمكن عادة توقعها.

2- أن يبلغ المتعامل المتعاقد المصلحة المتعاقدة بوجود حالة القوة القاهرة برأي معلل في مدة زمنية لا تتجاوز 10 أيام من وقوعها[1].

3- أن يبدل كل ما في وسعه لتنفيذ الالتزامات التعاقدية المتأثرة لمدة لا تتجاوز الشهرين ابتداء من تاريخ التبليغ عن حالة القوة القاهرة[2].

المطلب الثالث: آليات اقتضاء المتعامل المتعاقد حقه في التعويض

يملك المتعامل المتعاقد سلوك طريقين للحصول على التعويض؛ الطريق الأول يتمثل في التعويض عن طريق الملحق الذي أجمعت كل القوانين والتنظيمات المقررة للصفقات العمومية في الجزائر على اعتبار ملحق الصفقة وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة هدفها زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل شرط أو شروط تعاقدية في الصفقة الأصلية دون أن تمس بجوهرها، غير أن هذا التعديل قد يلحق ضرر بالمتعامل المتعاقد من خلال زيادة الأعباء المالية عليه، وحتى يظل ملتزما بتنفيذ الأشغال الجديدة التي أسندت إليه بموجب الملحق، يحق له طلب التعويض على أساس الضرر الذي لحق به من جراء التعديلات التي أدخلت على الصفقة محل التنفيذ.

أما الطريق الثاني يكمن في لجوء المتعامل المتعاقد إلى القضاء - في حالة فشل التسوية الودية للنزاع- للحصول على التعويض عن الأضرار التي لحقت به نتيجة لعدم قيام المصلحة المتعاقدة بتنفيذ التزاماتها الواردة في عقد الصفقة، وانطلاقا من ذلك سنتطرق في الفرع الأول للتعويض عن طريق الملحق كوسيلة اتفاقية أما في الفرع الثاني سنتناول التعويض عن طريق القضاء.

الفرع الأول: التعويض عن طريق الملحق

قد رأينا سابقا؛ أن المصلحة المتعاقدة تملك سلطة تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل التزامات المتعاقد معها بإرادتها المنفردة شريطة أن يكون استعمالها لهذه السلطة ضمن أطر المشروعية، فتزيد بذلك من أعباء الطرف الآخر أو تنقصها، مما يلحق به ضررا يستدعي حقه في التعويض كونه كان يهدف عند إقباله على التعاقد تحقيق الربح.

والواقع أن المصلحة المتعاقدة تستطيع إجراء التعديل المشروع لمعطيات العقد في حالتين، الأولى عندما تنص بنود العقد أو دفاتر الشروط صراحة على إجراء هذا التعديل وطريقة التعويض عنه، والثانية يجري فيها التعديل خارج بنود العقد ودفاتر الشروط وهذا عندما تدعو حاجة المرفق العام إلى إجراء هذا التعديل، حيث يكون التعديل لدواعي المصلحة العامة في إطار ما يعرف بفعل الأمير فتلتزم المصلحة المتعاقدة بتعويض المتعاقد معها عما لحقه من أضرار نتيجة هذا التعديل بقصد إعادة التوازن المالي للعقد[3].

العمومية وتفويضات المرفق العام. كما يخرج من نطاق التعويض إن كان له مقتضى الخسارة الكلية أو الجزئية للعتاد العائم الذي تعتبر تكاليف تأمينه مشمولة في أسعار الصفقة العمومية حسب نص نفس المادة الفقرة 4 من نفس المرسوم التنفيذي.

[1] طبقا لنص المادة 112 الفقرة 3 من نفس المرسوم التنفيذي.

[2] طبقا لنص المادة 111 الفقرة 2 من نفس المرسوم التنفيذي.

[3] حمدي علي عمر، المسؤولية التعاقدية للإدارة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص. 122.

وقد جعل المشرع من الملحق وسيلة بيد المصلحة المتعاقدة تلجأ إليها متى دعت الحاجة إلى إبرامه، كأن تطرأ أثناء مرحلة تنفيذ العقد ظروف ووقائع تستدعي منها إجراء تعديلات على شروط العقد من جهة، وتعويض المتعاقد من جهة أخرى، معرفا إياه من خلال المادة 81 الفقرة 2 من قانون الصفقات العمومية 23-12[1] بنصها على: " يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة"[2].

إن ما يفهم من خلال هذا التعريف أن الملحق مادام أنه وثيقة تعاقدية، فهذا يعني أنه لابد أن يكون مكتوبا ومبرما ما بين الأطراف المتعاقدة مثله مثل عقد الصفقة العمومية، وهو بالتالي يصنف ضمن التصرفات القانونية الاتفاقية، كما أن الهدف من إبرام الملحق ينحصر في تعديل حجم الخدمات التي التزم بها المتعامل المتعاقد بموجب عقد الصفقة الأصلي بالزيادة أو النقصان أو تعديل بندا من بنود هذا العقد[3].

ونظرا لأهمية الملحق كآلية يستطيع المتعامل المتعاقد بموجبها اقتضاء حقه في التعويض عما يلحقه من أضرار تكون قد تسببت فيها المصلحة المتعاقدة بفعل تعديلها، سنتناول في هذا الفرع إلى شروط إبرام الملحق بالإضافة إلى بيان أنواعه.

أولا- شروط إبرام الملحق:

تخضع عملية إبرام الملاحق لجملة من الشروط طبقا للأحكام المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية نوردها كالآتي:

1- وجود صفقة أصلية وصحيحة:

فالملحق هو جزء تابع للصفقة الأصلية يدور معها وجودا وعدما فلا يتصور إبرام ملحق في ظل غياب صفقة عمومية على اعتبارها شرطا جوهريا لإبرامه[4].

ويجد شرط وجود صفقة أصلية وصحيحة أساسه في نص المادة 81 من قانون الصفقات العمومية رقم 23-12 بقولها: "يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة..." مما يعني أنه لا بد أن يسبق إبرام الملحق وجود صفقة عمومية تكون قد أبرمت مسبقا طبقا للقواعد المنظمة لكيفيات وشروط إبرامها المنصوص عليها في القانون أعلاه، هذا ولا بد أن تكون هذه الصفقة قد دخلت مرحلة التنفيذ[5].

2- احترام الشكلية في إبرام الملحق والتوقيع عليه:

---

[1] وقبلها في مختلف القوانين التي تعاقبت في مجال التشريع المنظم لعقود الصفقات العمومية في الجزائر نذكر منها المادة 94 من المرسوم 82-145 المؤرخ في 10 أفريل 1982 ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 57، صادرة في 13 أفريل 1982، والمادة رقم 89 من المرسوم 91-134 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 15 صادرة في 13 نوفمبر 1991، لتنص المادة 90 على نفس التعريف من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وكذا المادة 103 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، السابق ذكرهما.

[2] على المستوى الفقهي تعددت تعاريف الملحق لدى شراح القانون الفرنسي؛ فمنهم من عرف الملحق أمثال كرستوفر لاجوي Christophe LAJOYE بأنه "عقدا مكتوبا يجسد توافق إرادة أطراف الصفقة، والذي يتضمن تعديل واحدة أو أكثر من مواد هذه الأخيرة، وطبيعته الثنائية عبارة عن مواصفات أساسية"، بينما رأى برنار كاستينغ Bernard CASTING وروزان نقيلوRozan NOGUELLOU بأن الملحق عبارة عن "تصرف تعاقدي مكتوب متخذ ما بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها من أجل تعديل الشروط الحالية للعقد والذي يوفر استجابة دقيقة لمشكل يمس تنفيذ الصفقة".[2] دحو كراش، الملحق في الصفقات العمومية في التشريع الجزائري والتشريع الفرنسي، النشر الجامعي الجديد، الجزائر، 2017، ص.83 و84.

[3] النوي خرشي، المرجع السابق، ص.352.

[4] محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص.74.

[5] كوثر بن ملوكة، المرجع السابق، ص.228,

بما أن الملحق وثيقة تعاقدية كما نصت عليه المادة 81 أعلاه؛ لابد أن يكون محررا ومضمنا في وثيقة كونه في الأصل امتداد لصفقة أصلية مكتوبة[1] كما سبق قوله، فعنصر الكتابة أمر لازم في حال ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة التعديل المقررة لها وهذا شرط طبيعي نظرا لارتباط التعديل بالصفقة الأصلية[2].

والغرض من تحرير الملحق كونه يعبر عن الإرادة المشتركة لطرفي الصفقة العمومية؛ هو تحديد ما يلحق التزامات المتعامل المتعاقد من تعديل بشكل دقيق سواء بالزيادة في حجم الأشغال أو الإنقاص منها، وما يترتب عن ذلك من أثر مالي يعوض بموجبه هذا الأخير بالإضافة إلى ما تم إدراجه من بنود تخص تعديل طريقة أو وسائل تنفيذ العقد وبالتالي يكون من أهمية تحرير الملحق تفادي أي نزاع قد يثور حول نطاق وحدود التزامات العقد ونسب التعديل المقررة قانونا[3].

ولا يكفي في التعبير عن إرادة طرفي الصفقة مجرد تحرير الملحق في وثيقة حتى ينتج آثاره القانونية وإنما لابد أن يتم توقيعه من قبل طرفيها[4].

3- ألا يؤدي الملحق إلى اختلال التوازن المالي للصفقة أو التغيير في موضوعها:

يكون على المصلحة المتعاقدة عند استعمالها سلطة تعديل بنود الصفقة عن طريق الملحق؛ ألا يؤدي ذلك إلى مساس جوهري بالصفقة بأن يغير من موضوعها ومداها أو يخل بالشروط الاقتصادية الأساسية المتفق عليها، بحيث يكون على المصلحة المتعاقدة أن تراعي في تعديلاتها لكمية الأشغال أو نوعها عدم مساسها بالتوازن المالي للصفقة الأصلية[5]، طبقا لما ورد بنص المادة 136 في فقرتها الثامنة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والتي أشارت في نفس الوقت إلى الحالة الوحيدة التي لا يمكن فيها للمصلحة المتعاقدة التقيد بهذا الشرط لدى إبرامها للملحق وحصرتها فيما لو طرأ أثناء تنفيذ الصفقة تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة أطرافها[6].

4- أن يبرم الملحق في آجال التنفيذ التعاقدية:

كقاعدة عامة؛ لابد من أن يبرم الملحق في أثناء مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية بحيث لا يتصور إبرام الملحق بعد الانتهاء من تلك المرحلة واستلام المشروع عملا بنص المادة 138 في فقرتها الأولى من المرسوم الرئاسي رقم 15-247[7]، إلا أن المشرع سمح بالخروج عن هذا الشرط أين يمكن للمصلحة

---

[1] فقد جاء في نص المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بأن: "الصفقات العمومية عقودا مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات".

[2] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص216.

[3] سهام شقطعي، "مشروعية ملحق الصفقة العمومية"، مجلة دراسات إنسانية واجتماعية، المجلد 11، العدد 1□، وهران، الجزائر، □□□□، ص.430.

[4] وطرفي الصفقة العمومية هما كل من المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد، فأما المصلحة المتعاقدة حددتها المادة 4 من ق.ص.ع. أما المتعامل المتعاقد فهو حسب المادة 03 من ق.ص.ع رقم 23-12 "يمكن أن يكون شخصا أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين ملتزمون بمقتضى الصفقة إما فرادى وإما في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات".

[5] دحو كراش، المرجع السابق، ص.112.

[6] التي جاء فيها: "ومهما يكن من أمر، فإنه لا يمكن أن يؤثر الماحق بصورة أساسية على توازن الصفقة، ماعدا في حالة إذا ما طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف. وزيادة على ذلك لا يمكن أن يغير الملحق موضوع الصفقة أو مداها".

[7] تنص المادة 138 الفقرة 1 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على: "لا يمكن إبرام ملحق وعرضه على هيئة الرقابة الخارجية للصفقات المختصة، إلا في حدود آجال التنفيذ التعاقدية".

المتعاقدة في حالات معينة بذاتها إبرام الملحق في غير أجال التنفيذ التعاقدية، نذكر منها إذا ما ترتب على أسباب استثنائية وغير متوقعة وخارجة عن إرادة الطرفين اختلال التوازن الاقتصادي للعقد اختلالا معتبرا أو أدى إلى تأخير الأجل التعاقدي الأصلي[1].

5- عرض الملحق على هيئة الرقابة الخارجية:

لقد اشترط المشرع الجزائري كقاعدة عامة؛ ضرورة عرض الملحق على لجنة الصفقات المختصة التي أوكل لها مهمة دراسة كل ملحق سواء كان موضوعه تعديل في تسمية الأطراف المتعاقدة، أو الضمانات المالية والتقنية، أو كان مبلغه أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق يتجاوز زيادة أو نقصانا نسبة 10 بالمائة من المبلغ الأصلي للصفقة[2]، كما تتولى اللجنة أيضا دراسة ورقابة كل ملحق مهما كان مبلغه تلجأ إلى إبرامه المصلحة المتعاقدة نتيجة ظروف استثنائية غير متوقعة[3]، بقصد إعادة التوازن المالي للصفقة لما لتلك الظروف من أثر على الضمانات المالية المقررة مسبقا للمتعامل المتعاقد، وبالتالي تعويضه تعويضا كاملا ومساعدته على الاستمرار في تنفيذ ما التزم به من أعمال ضمانا لسير المرفق العام[4].

ثانيا- أنواع الملحق:

تتنوع الملاحق في الصفقات العمومية بحسب نوع التعديل الذي طرأ على الصفقة الأصلية أثناء عملية التنفيذ ولم يحدد المشرع الجزائري أنواع هذه الملاحق مكتفيا ببيان الحالات التي يلجأ فيها إلى إبرام الملحق[5].

ولعل من بين أهم تقسيمات أنواع الملاحق تلك التي تقسم الملاحق إلى ملاحق عديمة الأثر المالي وملاحق أخرى ذات الأثر المالي.

فأما النوع الأول هي ملاحق غالبا ما تتضمن إدخال بنود جديدة أو تعديل بنود قائمة بموجب الصفقة كملحق تغيير تسمية الأطراف المتعاقدة أو ملحق تعديل طريقة التنفيذ أو آجال التنفيذ وغيره. وأما النوع الثاني هي ملاحق الغرض منها ليس فقط ضمان استمرار المرفق وحسن سيره وإنما تعويض المتعاقد بما يعيد التوازن المالي للصفقة[6].

وتبرز أهمية الملاحق ذات الأثر المالي؛ فيما تحققه من حماية لحقوق المتعامل المتعاقد المالية كونها ملاحق تسمح لهذا الأخير باقتضاء حقه في التعويض عما يلحقه من أضرار قد تكون ناتجة عن ممارسة المصلحة المتعاقدة سلطتها في التعديل في حجم الأعمال بالزيادة أو النقصان أوقد تفرضها حدوث صعوبات مادية غير متوقعة، وعليه سوف نكتفي بذكر بعض أنواع هذه الملاحق كالآتي:

1- الملحق التعديلي بالزيادة أوالنقصان:

نص المشرع الجزائري من خلال نص المادة 81 من قانون الصفقات العمومية رقم 23-12؛ على أن من بين الحالات التي يلجأ فيها إلى إبرام الملحق تلك التي كون الهدف منها زيادة في الخدمات أو تقليلها، فغالبا ما تكون التوقعات التي تم على أساسها إعداد البيان الكمي والتقديري للصفقة الأصلية غير مطابق للواقع، وهذا بسبب قصور في الدراسات الأولية أو خطأ في التقدير مما يدفع بالمصلحة المتعاقدة

[1] طبقا لنص المادة 138 الفقرة 2 من نفس المرسوم الرئاسي.
[2] طبقا لنص المادة 136 الفقرة 5 من نفس المرسوم الرئاسي.
[3] طبقا لنص المادة 139 من نفس المرسوم الرئاسي.
[4] سهام شقطعي، المرجع السابق، ص433.
[5] نفس المرجع، ص426 وما يليها.
[6] كوثر بن ملوكة، المرجع السابق، ص227 وما يليها,

تنفيذا للمشروع على أكمل وجه حتى يتطابق والأهداف المرجوة منه زيادة في حجم الأشغال، فيتضمن الملحق أشغالا إضافية[1].

2- ملحق الخدمات التكميلية:

قد يتبين أثناء انجاز المشروع ضرورة تنفيذ أشغال جديدة لم يكن منصوص عليها مقدما في عقد الصفقة الأصلية، ومع ذلك تربطها علاقة بموضوع الصفقة تتطلبها جملة من الظروف الموضوعية كثيرا ما تتمثل في بروز تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف، فيتضمن الملحق أشغالا تكميلية بذلك[2]، ويجد هذا النوع من الملاحق أساسه القانوني في نص المادة 81 في فقرتها الثالثة بقولها: "ويمكن أن تغطي الخدمات موضوع الملحق خدمات تكميلية تدخل في موضوع الصفقة الإجمالي".

3- ملحق حالة الظروف غير المتوقعة:

بالنظر لما قد يقع من ظروف استثنائية خارجة عن إرادة أطرافها ولم تكن متوقعة وقت إبرامها، يتطلب الأمر من المصلحة المتعاقدة العمل على إعادة التوازن المالي للصفقة لما ينجم عن تلك الظروف من إرهاق للمتعاقد معها في تنفيذ ما التزم به من التزامات عقدية[3].

وقد أقر المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة إبرام هذا النوع من الملاحق، عندما تبرر الظروف ذلك لصفقة تم تنفيذ موضوعها من أجل أداء خدمات أو اقتناء لوازم للتكفل بالنفقات اللازمة لضمان مواصلة المرفق العام الذي أنشأ من قبله، وهذا قبل الاستلام النهائي للصفقة، بحيث لا يمكن أن تتجاوز مدة تمديد الآجال التعاقدية 3 أشهر وكميات الخدمات بالزيادة ما نسبته 10 بالمائة من المبلغ الإجمالي للصفقة[4].

4- ملحق تسوية النزاعات:

فإذا كانت الملاحق السابقة الذكر من الوسائل التي يستطيع المتعامل المتعاقد الحصول عن طريقها على التعويض المناسب لما يكون قد أصابه من أضرار نتيجة لقيام المسؤولية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة دون خطأ منها. فالحديث عن إمكانية اللجوء لإبرام ملاحق يكون الغرض منها تسوية نزاعات قد تنشأ فيما بينها أثناء تنفيذ الصفقة العمومية وإن تناولها الفقه[5]، إلا أن قانون الصفقات العمومية لم ينص على مثل هذه الملاحق وإنما أخضع نزاعات الأطراف المتعاقدة لأحكام القسم الثاني من الفصل الرابع تحت عنوان "التسوية الودية للنزاعات" أين أوجبت المادة 87 على المصلحة المتعاقدة أن تبحث على حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة[6]، هذا إلى جانب ما نص عليه المرسوم التنفيذي 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العمومية من أحكام في الفصل الثاني المعنون بالنزاعات وكيفيات تسويتها من الباب الثالث المتعلق بالأخطار أو النزاعات، التسوية الودية والعقوبات.

الفرع الثاني: التعويض عن طريق القضاء (دعوى التعويض)

---

[1] دحو كراش، المرجع السابق، ص.135.

[2] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.218.

[3] سهام شقطعي، المرجع السابق، ص.432.

[4] طبقا لنص المادة 136 الفقرة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[5] دحو كراش، المرجع السابق، ص.139.

[6] تنص المادة 87 على:"تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة العمومية في إطار أحكام القانون الجزائري،ويجب على المصلحة المتعاقدة أن تبحث على حل ودي لهذه النزاعات...".

يكون من حق المتعامل المتعاقد المتضرر من عدم تنفيذ المصلحة المتعاقدة لالتزاماتها التعاقدية وتأخيرها في ذلك، اللجوء إلى طلب الحصول على التعويض من الجهات القضائية، غير أن هذه الآلية مشروطة بإتباع إجراءات معينة يكون على المتعامل المتعاقد استيفائها، تتمثل في ضرورة رفع شكوى أمام المصلحة المتعاقد معها في مرحلة أولى، فإن لم تستجب يكون على المتعامل المتعاقد اللجوء إلى لجنة التسوية الودية للنزاع في مرحلة ثانية تطبيقا لما نصت عليه المادة 118 من المرسوم التنفيذي 21-219 أعلاه بقولها: "في حالة عدم استجابة المصلحة المتعاقدة والمقاول أو عند الاقتضاء الوكيل في حالة التجمع المؤقت، كل فيما يخصه، ويعد نفاذ كل محاولات التسوية الودية للنزاع، اللجوء إلى الإجراء المتعلق بالنزاع لدى الهيئات القضائية المختصة".

أولا- الإجراءات السابقة على رفع دعوى التعويض:

تقسم هذه الإجراءات على مرحلتين مرحلة تقديم الشكوى أمام المصلحة المتعاقدة نفسها ومرحلة اللجوء لهيئة التسوية الودية للنزاع.

1- تقديم شكوى أمام المصلحة المتعاقدة:

بالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية والمراسيم التنظيمية المتعلقة به، نذكر بالأخص نص المادة 87 من القانون رقم 23-12، ونص المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ، وأيضا مضمون المادتين 116 و117 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219، يتبين أن المشرع الجزائري قد أرسى قاعدة الحل الودي للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقة العمومية قبل أي لجوء إلى القضاء، على أن تراعي المصلحة المتعاقدة في هذا الحل عدة اعتبارات حتى لا تتعطل المشاريع العمومية من جهة، وحتى يتوصل أطراف النزاع إلى حل يناسبهم من جهة ثانية[1].

وتتمثل هذه الاعتبارات في:

- ضرورة أن تحترم المصلحة المتعاقدة الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها فكل حال يقع خارج هذه الأحكام يقع باطلا لا يرتب أي اثر لأطرافه.
- الحرص على إيجاد توازن في تحمل التكاليف بين الطرفين المتعاقدين.
- التوصل إلى أسرع انجاز لموضوع الصفقة.
- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة[2].

وتطبيقا لقاعدة الحل الودي؛ ألزم المشرع الجزائري المتعامل المتعاقد المضرور من إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها أثناء تنفيذه الصفقة العمومية لاسيما المالية منها - كالاختلاف حول قيمة المبالغ الواجب دفعها للمتعامل المتعاقد أو تأخرها في أدائها له أو أنها امتنعت عن دفعها تماما،خصوصا وأن هذه المبالغ تمثل التعويض المستحق للمتعامل المتعاقد نظير ما قام به من أعمال-، بأن يقوم بتقديم شكواه مصحوبة بكل وثيقة تبريرية وتبليغها لكل من المصلحة المتعاقدة وصاحب الاستشارة الفنية في نفس الوقت[3].

---

[1] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.324.

[2] طبقا لنص المادة 87 الفقرة 1 من ق.ص.ع رقم 23-12.

[3] نصت المادة 116 في الفقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، على: "في حالة النزاع وقبل اللجوء المسبق لهيئة تسوية النزاع وديا، وكذا كل هيئة مكلفة بالمنازعات، مختصة في هذا المجال، يتعين على المقاول صاحب الصفقة العمومية للأشغال أو عند الاقتضاء الوكيل في حالة التجمع المؤقت، تقديم شكواه عن طريق تبليغها موجهة في آن واحد للمصلحة المتعاقدة ولصاحب الاستشارة الفنية في شكل تقرير ظرفي مصحوب بكل وثيقة تبريرية".

كما يتخذ شكل الشكوى التي يرفعها المتعامل المتعاقد المضرور إلى المصلحة المتعاقدة؛ شكل تقرير ظرفي يدون في وثيقة وصفية تتضمن زيادة عن موضوع النزاع سرد دقيق ومفصل ومبرر لمحتوى الاعتراض، كما يتضمن عندما يتعلق الأمر بالمبالغ المطلوب من المصلحة المتعاقدة دفعها وكذا مختلف المبررات الداعمة لهذه الطلبات لعل أهمها في هذا الإطار قواعد الحساب المطبقة لتحديد المبالغ المطلوبة[1].

وترتيبا على الشكوى المرفوعة يقع لزاما على المصلحة المتعاقدة الرد على المتعامل المتعاقد معه عن طريق قرار مبرر، غير أنه وقبل اتخاذ أي قرار لحسم النزاع القائم يكون من واجب كلا الطرفين بذل أقصى جهدهم للتوصل إلى حل ودي[2].

2- اللجوء لهيئة التسوية الودية للنزاع:

إن إرساء الحل الودي قد لا يتحقق أحيانا بإجراء تقديم الشكوى أمام المصلحة المتعاقدة نفسها، فقد لا يتوصل أطراف الصفقة إلى اتفاق ينهون به النزاع القائم، ومن هنا اشترط المشرع الجزائري كإجراء ثاني ضرورة لجوء الأطراف المتنازعة إلى هيئات التسوية الودية للنزاعات المختصة، وهذا بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العموميـــة انطلاقا من نص المادة 154، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتعلق بدفتر البنود الإدارية العامة حسب ما جاءت به المادة 117 الفقرة أولى.

وبالنظر لأهمية هذا الإجراء؛ كان لزاما على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر شروط كل صفقة مهما كان موضوعها بندا يقضي باللجوء إلى إجراء التسوية الودية لكل نزاع، قد ينشأ بمناسبة تفسير أحكام الصفقة العمومية أو تنفيذ الخدمات المتعلقة بموضوعها وهذا قبل أي لجوء إلى القضاء تطبيقا لمضمون الفقرة 2 من نص المادة 87 من قانون الصفقات العمومية وأيضا مضمون الفقرة 3 من نص المادة 117 من المرسوم التنفيذي أعلاه.

كما أن القضاء الجزائري؛ أكد بأنه في حال قيام منازعة تتعلق بعقود الصفقات العمومية، يكون لجوء المتعامل المتعاقد إلى لجان التسوية الودية إجراء ضروري قبل أي رفع لدعوى قضائية وهذا بموجب ما أقرته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه: "من المقرر قانونا أن عرض المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ صفقات عمومية على اللجنة الاستشارية المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية من أجل إيجاد تسوية ودية لهذه المنازعات، هو إجراء يتم وجوبا قبل رفع الدعوى القضائية ومن تم فإن الطعن عن طريق التدرج الرئاسي لا يحل محل عرض النزاع على هذه اللجنة، ومن تم فإن القضاء بما يتفق مع هذا المبدأ يعد قضاء صحيحا ومطابقا للقانون"[3].

ولتوضيح أكثر إجراء التسوية الودية عن طريق الهيئات المختصة كان لابد من بيان هذه الهيئات والتساؤل حول دورها وكيفيات عملها؟.

أ- **الهيئات الداخلية للتسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية:**

---

[1] طبقا لنص المادة 116 الفقرة 3 من نفس المرسوم التنفيذي.

[2] سهام شقطعي، المرجع السابق، ص428.

[3] قرار المحكمة العليا، مؤرخ في 09 نوفمبر 1985، ملف رقم43731، الغرفة الإدارية، المجلة القضائية لسنة 1990، الجزائر، العدد 02، ص.175.

تتمثل هذه الهيئات في لجان التسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين اقتصاديين جزائريين، مهمتها الأساسية البحث على مختلف العناصر المتعلقة بالقانون أو الوقائع بقصد إيجاد حل ودي ومنصف[1].

أ.1 أنواع الهيئات الداخلية للتسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية:

تنقسم الهيئات الداخلية للتسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية إلى لجان وزارية ولجان أخرى ولائية[2].

- **اللجنة الوزارية للتسوية الودية**

تنشأ هذه الهيئة لدى كل وزير ومسؤول هيئة عمومية تعمل على دراسة منازعات الصفقات العمومية التي تكون الإدارة المركزية ومصالحها الخارجية أو الهيئة العمومية والمؤسسات العمومية الوطنية التابعة لها.

وتتشكل هذه اللجنة حسب الفقرة الأولى من نص المادة 154 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 من:

- ممثل عن الوزير أو مسؤول الهيئة العمومية رئيسا؛
- ممثل عن المصلحة المتعاقدة؛
- ممثل عن الوزارة المعنية بموضوع النزاع؛
- ممثل عن المديرية العامة للمحاسبة.

- **اللجنة الولائية للتسوية الودية**

تنشأ هذه الهيئة لدى كل وال تعنى بدراسة منازعات الصفقات العمومية التي تكون الولاية أو البلديات أو المؤسسات العمومية المحلية التابعة لها ومختلف المصالح غير الممركزة للدولة طرفا فيها.

وهي تتشكل طبقا لنفس المادة أعلاه من الأعضاء التالية:

- ممثل عن الوالي رئيسا؛
- ممثل عن المصلحة المتعاقدة؛
- ممثل عن المديرية التقنية للولاية المعنية بموضوع النزاع؛
- ممثل عن المحاسب العمومي المكلف.

أ.2 كيفية عمل الهيئات الداخلية للتسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية:

بعدما يوجه المتعامل المتعاقد المضرور إلى أمانة لجنة التسوية الودية المختصة تقريرا مفصلا عن موضوع الخلاف يتضمن جميع طلباته محل الاعتراض من المصلحة المتعاقد معها يكون مرفقا بكل وثيقة ثبوتية برسالة موصى عليها أو عن طريق إيداعه مقابل وصل استلام[3]، يستدعي رئيس اللجنة الطرف الخصم ممثلا في المصلحة المتعاقد معها برسالة موصى عليها مع وصل استلام من أجل إبداء هذه الأخيرة رأيها في النزاع، التي تتولى بدورها تبليغ الرئيس بطريق رسالة موصى عليها مع وصل استلام في أجل لا يتجاوز عشرة (10) أيام من تاريخ مراسلتها،على أن تتولى اللجنة دراسة النزاع

[1] طبقا لنص المادة 88 من ق.ص.ع رقم 23-12.

[2] طبقا لنص المادة 88 من نفس القانون.

[3] طبقا لنص المادة 155 الفقرة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

والبحث عن حل ودي له يرضي جميع الأطراف المتخاصمة في أجل أقصاه ثلاثون (30) يوما ابتدءا من تاريخ جواب الطرف الخصم برأي مبرر[1].

ويتم اتخاذ رأي لجنة التسوية الودية المختصة بأغلبية أصوات أعضائها على أن يرجح صوت الرئيس في حال تعادل الأصوات، على أن يبلغ لطرفي النزاع بإرسال موصى عليه مع وصل استلام كما يبلغ أيضا إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[2].

أ.3 الطبيعة القانونية لرأي الهيئات الداخلية للتسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية:

إن البحث في الطبيعة القانونية لرأي الهيئات الداخلية للتسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية؛ يقتضي البحث في مدى إلزامية هذا الرأي من عدمه، فبالرجوع إلى الفقرة الأخيرة من نص المادة 155 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والتي جاء فيها: "تبلغ المصلحة المتعاقدة قرارها في رأي اللجنة للمتعامل المتعاقد في أجل أقصاه ثمانية (8) أيام من تاريخ تبليغها برسالة موصى عليها مع وصل استلام وتعلم اللجنة بذلك"، يتبين أن المشرع لم يجعل من رأي لجنة التسوية الودية للنزاع رأيا إلزاميا مادام أنه أعطى للمصلحة المتعاقدة حرية اتخاذ القرار في هذا الرأي، فإما أن تقبل بما تم التوصل إليه من حل -خصوصا إن كان في صالحها- وإما لا تقبل وفي كلا الحالتين تبلغ المتعامل المتعاقد معها بقرارها كما تبلغ لجنة التسوية الودية بذلك[3].

وهنا لا بد من القول؛ أنه كان لابد على المشرع أن يلزم المصلحة المتعاقدة بما تتوصل إليه لجان التسوية الودية للنزاع كما فعل في ظل المرسوم الرئاسي السابق رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية السابق في الفقرة الأخيرة من نص المادة 115 المعدلة بالمرسوم الرئاسي رقم 12-23[4]، أين ألزم المصلحة المتعاقدة بالنتيجة التي وصلت إليها اللجنة الوطنية للصفقات بقولها: "...يسري هذا المقرر على المصلحة المتعاقدة بغض النظر عن غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية حسب الشروط المحددة في أحكام المرسوم التنفيذي رقم 91-314 المؤرخ في 07 سبتمبر 1991 المتعلق بإجراء تسخير الآمرين بالصرف للمحاسبين العموميين"، وهذا ما يضفي على قرار اللجنة الوطنية للصفقات حجية النفاذ اتجاه الإدارات العمومية[5].

ب- الهيئة الدولية للتسوية منازعات الصفقات العمومية

تتمثل هذه الهيئة في هيئة التحكيم الدولية التي تتولى البحث عن حل لكل نزاع يتعلق بتنفيذ الصفقات العمومية التي تبرمها المصلحة المتعاقدة مع متعاملين متعاقدين أجانب على أن يتم اللجوء إليها بناءا على اقتراح من الوزير المعني للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة[6].

ثانيا- رفع دعوى التعويض:

قد يستنفد المتعامل المتعاقد جميع الإجراءات والمراحل السابقة على رفع النزاع أمام القضاء دون أن يتمكن من الحصول على حقوقه، فلا يكون أمامه سوى اللجوء إلى رفع دعوى قضائية بالتعويض عن

---

[1] طبقا لنص المادة 155 الفقرتين 3 و4 من نفس المرسوم الرئاسي.

[2] طبقا لنص المادة 154 الفقرة 6 من نفس المرسوم الرئاسي.

[3] برباوي رقية وبودالي محمد، "التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيا الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر، المجلد 03، العدد 05، 2018، ص.148.

[4] المرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تعديل المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم للصفقات العمومية ، المؤرخ في 18 جانفي 2012، ج,ر عدد 04، ص.17.

[5] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.328.

[6] طبقا لنص المادة 89 من ق.ص.ع رقم 23-12.

الأضرار التي أصابته من جراء خطأ جهة المصلحة المتعاقدة وهو بصدد تنفيذه لتعاقده معها أمام المحاكم الإدارية.

1- مفهوم دعوى التعويض:

نظرا لأن دعوى التعويض أضحت تشغل أكبر جانب من القانون الإداري، لاسيما كونها من أهم الوسائل والآليات التي منحها القانون للمتعامل المتعاقد حماية له من تعسف المصلحة المتعاقدة، وضمان الحصول على حقوقه جبرا لما قد يصيبه من فعل المصلحة المتعاقدة، فقد اهتم عديد الفقهاء بدراستها والبحث في تعريفها والخصائص المميزة لها وشروط رفعها[1].

أ- تعريف دعوى التعويض وبيان خصائصها

تعددت تعاريف دعوى التعويض واختلفت من فقيه لآخر؛ فقد عرفها سليمان الطماوي بأنها "الدعوى التي يرفعها أحد الأشخاص إلى القضاء للمطالبة بتضمين ما أصابه من ضرر نتيجة تصرف الإدارة"[2].

كما عرفها بوحميدة عطاء الله؛ بأنها "الدعوى التي يطالب فيها الضحية أمام القضاء المختص بالتعويض عن الضرر الناجم عن الخطأ الذي يرتب مسؤولية الإدارة، وذلك طبقا للإجراءات والأشكال المقررة قانونا"[3].

بينما عرفها عوابدي عمار؛ بأنها "الدعوى القضائية الذاتية التي يحركها ويرفعها أصحاب الصفة والمصلحة أمام الجهات القضائية المختصة، وطبقا للشكليات والإجراءات المقررة قانونا، للمطالبة بالتعويض الكامل والعادل اللازم للأضرار التي أصابت حقوقهم بفعل النشاط الإداري الضار"[4].

من خلال التطرق إلى بعض تعاريف دعوى التعويض السالفة الذكر يتبين بأن دعوى التعويض تتميز بالخصائص التالية:

- **دعوى التعويض دعوى قضائية**

تعتبر دعوى التعويض من الدعاوى الإدارية ذات الطبيعة القضائية، فهي تتميز عن كل من القرار الإداري لكونه يمثل تصرفا إداريا محضا وأيضا عن التظلم الإداري باعتباره من الطعون الإدارية التي يرفعها صاحب الشأن أما الجهات الإدارية، كما يترتب عن تميز دعوى التعويض بهذه الخاصية أن تحريكها لا يتم إلا في نطاق الشكليات والإجراءات المقررة قانونا وترفع أمام جهة قضائية مختصة هي المحكمة الإدارية[5].

- **دعوى التعويض دعوى ذاتية وشخصية**

تتحرك دعوى التعويض على أساس حق أو مركز قانوني شخصي وذاتي لرافعها كان قد أضر به بفعل نشاط الإدارة، وتستهدف تحقيق مصلحة شخصية وذاتية تتمثل في الحصول على التعويض اللازم عن الضرر الواقع على رافعها ماديا كان أو معنويا[6].

---

[1] بن عبد المالك بوفلجة، المرجع السابق، ص.119.

[2] عبد التواب معوض، دعاوى التعويض الإدارية، دار الفكر الجامعي، طنطا، 1998، ص.11.

[3] الحسن كفيف، النظام القانوني للمسؤولية الإدارية على أساس الخطأ، دار هومة، الجزائر، 2014، ص.256.

[4] عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القانوني الجزائري، ج 2، نظرية الدعوى الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون سنة نشر، ص566.

[5] عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص259.

[6] نفس المرجع، ص 258. وأيضا عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القانوني الجزائري، المرجع السابق ص567.

- **دعوى التعويض من دعاوى قضاء الحقوق**

لأن دعوى التعويض من الوسائل القانونية، الغاية منها حماية الحقوق الشخصية المكتسبة ضد تصرفات الإدارة المخطئة ودون أن ترتبط بوجود قرار إداري عكس دعاوى المشروعية[1].

- **دعوى التعويض من دعاوى القضاء الكامل**

نظرا لأن سلطات القاضي الإداري فيها أوسع من سلطاته في دعاوى المشروعية، سواء من حيث البحث في وجود الحق ووقوع الضرر أو تقديره وتعيين مداه، وأيضا من حيث ما يتمتع به من سلطات تقديرية في تحديد قيمة التعويض والحكم به[2].

ب- شروط رفع دعوى التعويض:

من شروط رفع دعوى التعويض ما يتعلق بالمدعي (المتعامل المتعاقد)، أين تناول المشرع الجزائري النص هذه الشروط من خلال المادة 13 من ق.إ.م.إ بقولها: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون...".

فأما الصفة؛ تعني القدرة على اللجوء إلى القضاء بقصد الدفاع على حق أو مصلحة يقرها القانون[3]، فهي تقتضي بهذا ضرورة رفع دعوى التعويض من صاحب المركز القانوني الذاتي أو الحق الشخصي المكتسب الذي اعتدي عليه[4]، ممثلا في المتعامل المتعاقد المضرور أو الوكيل في حال التجمع المؤقت، ولا يكفي توافر الصفة في شخص المدعي فقط وإنما لابد من توفرها الطرف المدعى عليه بحيث يجب أن ترفع الدعوى ضد الشخص المسؤول عن وقوع الضرر بفعل إخلاله ممثلا في المصلحة المتعاقدة[5].

وتعد الصفة من النظام العام يثيرها القاضي من تلقاء نفسه متى ما انعدمت في المدعي أو في المدعى عليه حسب ما ورد في نص المادة 13 من ق.إ.م.إ في فقرتها الثانية[6].

وأما المصلحة؛ تعتبر من أهم شروط رفع دعوى التعويض تطبيقا لمبدأ "لا دعوى بدون مصلحة"[7]، ويقصد بها الفائدة التي تعود على رافع الدعوى جراء الحكم له بجميع طلباته أو ببعضها[8]، فهي إذن تمثل المنفعة التي يحققها المتعامل المتعاقد المضرور من لجوئه إلى جهات القضاء الكامل للمطالبة بالحقوق والتعويض عن الأضرار التي أصابتها[9]، على أن تكون هذه المصلحة مشروعة، وشخصية ومباشرة، قائمة وحالة أو على الأقل محتملة يقرها القانون.

---

[1] الحسن كفيف، المرجع السابق، ص257.

[2] الحسن كفيف، المرجع السابق، ص.257.

[3] عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، دار هومة، الجزائر، 2012، ص.115.

[4] عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص.314.

[5] بن عبد المالك بوفلجة، المرجع السابق، ص.121.

[6] تنص المادة 13 في فقرتها الثانية من والقانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 21، صادرة في 23 أفريل 2008، على: "يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه...".

[7] رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، الجزائر، 2009، ص.263.

[8] عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص.117.

[9] بن عبد المالك بوفلجة، المرجع السابق، ص.121.

كما يعتبر التظلم الإداري المسبق شرطا يجب أن يستنفذه المتعامل المتعاقد رافع الدعوى، انطلاقا من قانون الصفقات العمومية رقم 23-12 والمراسيم المنظمة له، لاسيما المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والمرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتعلق بدفتر البنود الإدارية العامة، بحيث يتبين أن المشرع -وإن كان قد تخلى عن هذا الإجراء في دعاوى القضاء الكامل وجعله جوازيا في دعاوى المشروعية[1]- ،إلا إنه لم يتخلى عن هذا الإجراء بالنسبة للدعوى التي يرفعها المتعامل المتعاقد بقصد مطالبة المصلحة المتعاقدة بالتعويض عما أصابه من ضرر بل جعله إجراءا إلزاميا على المتعامل المتعاقد المضرور، فيقع عليه قبل اللجوء إلى أي مقاضاة أمام العدالة ضرورة تقديمه شكواه أمام المصلحة المتعاقدة، وفي حال عدم التوصل لحل ينهي الخلاف يكون على المتعامل المتعاقد رفع طعن إداري أمام لجنة التسوية الودية للنزاع المختصة، أما في حال عدم استيفاء هذا الأخير لهذا التظلم الإداري المسبق فإنه سوف يترتب على ذلك عدم قبول دعوى التعويض المرفوعة من قبله أمام قضاء منازعات تنفيذ الصفقات العمومية.

2- الاختصاص القضائي بنظر دعوى التعويض:

تجدر الإشارة إلى أن القضاء الإداري هو صاحب الاختصاص بالنظر في منازعات العقود الإدارية عامة والصفقات العمومية خاصة، كما أن اختصاصه ليس مقصورا على منازعاته الأصلية أي تلك المتعلقة بإبرامه ومدى صحته وتنفيذه وانقضائه، وإنما يمتد ليشمل من ناحية أولى المنازعات المتعلقة بطلبات التعويض بما يتيح للمتعامل المتعاقد الحصول على التعويض الملائم وفقا للمستقر عليه من مبادئ المسؤولية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة[2].

ويعود السبب في انعقاد الاختصاص للقضاء الكامل بالبت في المنازعات التي تدور حول تنفيذ الصفقات العمومية، إلى طبيعة تلك المنازعات باعتبارها منازعات حقوقية نظرا لتعلقها بمركز قانوني قائم للطاعن من جهة، وأن هذا القضاء هو من يكفل حماية أكثر لتلك الحقوق مما يوفرها لها قضاء الإلغاء والذي يقتصر دوره على فحص مشروعية قرارات الإدارة بالفعل أو الامتناع والتوقف عند إلغاءه[3].

تتمثل الجهة المختصة بالنظر في دعاوى التعويض في منازعات الصفقات العمومية تطبيقا للمعيار العضوي الذي أخذ به المشرع الجزائري في توزيع الاختصاص[4]، في جهات القضاء الإداري ممثلا حاليا في المحاكم الإدارية[5] التي تتولى الفصل فيها كأول درجة باعتبارها صاحبة الولاية العامة بنظر دعوى القضاء الكامل على أن تستأنف أحكامها أمام مجلس الدولة[6].

---

[1] إن المشرع من خلال التعديل التشريعي لقانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008؛ تخلى عن فكرة التظلم الإداري المسبق في دعاوى القضاء الكامل باستقراء نص المادة 830، حيث قصر اللجوء إلى هذه الفكرة وبصفة جوازية في دعاوى الطعن في القرارات الإدارية واستبداله بإجراء الصلح الجوازي، كما جاء في نص المادة 970 من ق.إ.م.إ هادفا بذلك إلى تبسيط الإجراءات[1] خاصة وأن النزاع لا يتعلق بمخاصمة قرار إداري كما هو الوضع في دعاوى المشروعية، بل لأنه يتعلق بحق شخصي للمضرور في مواجهة الإدارة. الحسن كفيف، المرجع السابق، ص.293.

[2] مصطفى عامر حمدي عطية، المرجع السابق، ص.574.

[3] إبراهيم خورشيد محمد المفرجي، المرجع السابق، ص.177.

[4] المكرس بموجب القانون العضوي 98-01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، والقانون العضوي 98-02 المتعلق باختصاص المحاكم الإدارية وتنظيمها وسيرها، والقانون العضوي رقم 98-03 مؤرخ في 30 ماي 1998، يتضمن باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 39، صادرة في 07 جوان 1998، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09.

[5] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.331.

[6] حنان عطوي، إشكاليات الاختصاص النوعي لمادة الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مجلة آفاق علمية، جامعة الشاذلي بن جديد، الطارف، المجلد 11، العدد 02، 2019، ص197.

وفي هذا الصدد؛ لابد أن نشير إلى أن اختصاص المحاكم الإدارية يشمل جميع منازعات الصفقات العمومية مهما كانت الجهة التي أبرمتها سواء كانت جهات لا مركزية أو حتى سلطات مركزية، نظرا لأن مجلس الدولة الجزائري يختص طبقا لنص المادة 9 من القانون العضوي رقم 98-02 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله بالفصل فقط في دعاوى الإلغاء الموجهة ضد القرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة عن السلطة المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية[1]، كما ينظر في دعاوى التفسير وفحص المشروعية بالنسبة للنزاعات التي تؤول إليه، وهذا ما يؤكده أيضا نص المادة 901 من ق.إج.م.إ رقم 08-09 بقوله: "يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية...".

وانطلاقا مما سبق؛ فإن القول بأن مجلس الدولة يختص فقط بدعاوى الإلغاء ضد قرارات السلطات المركزية لا يعني عدم اختصاصه البتة بدعاوى القضاء الكامل التي تنشأ عن منازعات الصفقات العمومية، مادام انه صاحب الاختصاص بنظر الأحكام الصادرة في هذا المجال عن المحاكم الإدارية كجهة استئناف طبقا لنص المادة 902 من ق.إج.م.إ أعلاه والتي جاء فيها: "يختص مجلس الدولة بالفصل في استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية...".

أما فيما يخص الاختصاص الإقليمي بالنظر في المنازعات الناشئة عن تنفيذ الصفقات العمومية؛ فهو طبقا لنص المادة 803 من ق.إ.م.إ، يؤول إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه[2].

3- سلطة القاضي في تقدير التعويض:

إن الأصل في تحديد قيمة التعويض الناشئ عن الضرر الذي أصاب المتعامل المتعاقد بسبب إخلال المصلحة المتعاقدة بتنفيذ عقد الصفقة العمومية، إنما يتم وفقا لأحكام العقد وبما هو مقرر في القانون كون هذه الأحكام هي من تضبط كل علاقة بين الطرفين بسبب العقد سواء عند تنفيذه تنفيذا صحيحا أو عند الإخلال بتنفيذه[3]، غير أن المشرع أقر بإمكانية التقدير القضائي للتعويض متى انتفى الاتفاق على تحديد قيمة التعويض بموجب العقد المبرم، ولم يوجد نص قانوني في هذا الشأن وهذا طبقا لما ورد في نص المادة 182 من ق.م.ج بقولها: "إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره...".

وعليه فالتعويض في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية؛ يقدر عادة على الأسس المدنية التي تمثل القواعد العامة في هذا المجال، حيث يقدر وفقا لدرجة الضرر وليس الخطأ مع مراعاة دور كل من الطرفين في ارتكاب الخطأ وتحمل النتائج المترتبة عليه كل حسب خطئه[4]، كما أن تقدير التعويض لابد أن يكون كاملا يتضمن جميع عناصر التعويض وشاملا لنوعي الضرر بما فيها المادي والأدبي على أن يتقيد القاضي في كل الأحوال بما طلب منه وتكون العبرة بالتقدير القضائي للتعويض بوقت الحكم به[5].

---

[1] القانون العضوي رقم 98-02 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، المؤرخ في 30 ماي 1998، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 37، صادرة في 01 جوان 1998.

[2] تنص المادة 803 من ق إ م إ على"... – في مادة العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه..".

[3] شريف أحمد الطباخ، التعويض عن الإخلال بالعقد، المرجع السابق، ص.32.

[4] أحمد جمعة محمد نور البلوشي، المرجع السابق، ص.179.

[5] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود والقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص.239.

ونظرا لأهمية التعويض القضائي كونه يهدف إلى جبر الضرر الذي لحق هذا المتعامل نتيجة لقيام المسؤولية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة عن طريق الخطأ التعاقدي أو من دونه، وعليه سوف نتطرق بالتفصيل لضوابط تقدير القاضي للتعويض فيما يلي:

أ- ضوابط تقدير التعويض:

يخضع تقدير التعويض لقواعد يجب على قاضي الموضوع مراعاتها؛ فيقدر التعويض بمقدار الضرر الواقع على أن يكون هذا التقدير كاملا باستثناء بعض الأوضاع، كما يكون عليه الخضوع في ذلك لمقتضيات العدالة. وقد استقر كل من الفقه والقضاء على أنه يمكن للقاضي في تقديره للتعويض أن يقضي بالتعويض جملة عن الضررين المادي والأدبي في نفس الوقت ما لم تكن هناك نصوصا قانونية تقضي بضرورة مراعاة معايير معينة.

أ.1 التقدير الكامل للتعويض:

يجب أن يقدر القاضي قيمة التعويض بمراعاة مقدار الضرر المباشر وجسامته الذي أحدثه الخطأ المرتكب من المصلحة المتعاقدة[1]، وليس نوع الخطأ أو جسامته كون الخطأ يؤخذ في الاعتبار عند تقرير قيام المسؤولية التعاقدية وليس عند تقدير التعويض المستحق[2]، ويحكم بتعويض يكون متكافئ مع الضرر، فلا يزيد عنه حتى يصبح وسيلة من وسائل إثراء المتعامل المتعاقد دون سبب على حساب المصلحة المتعاقدة ولا ينقص عليه دون أن يحقق الغاية منه، ألا وهي جبر الضرر[3].

وحتى يكون التعويض كاملا؛ لابد أن يشمل ما أصاب المتعامل المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب الأمر الذي أشارت إليه أغلب النصوص القانونية التي وردت في الكثير من التشريعات، فقد أوجب ق.م.ج على القاضي في تقديره للتعويض والحكم به أن يراعى فيه عنصري التعويض انطلاقا من نص المادة 182 وهو نفس ما نص عليه ق.م.ف من خلال ما جاء في المادة 1149 بقولها: "يشمل التعويض ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب".

أ.2 التقدير العادل للتعويض:

تحقيقا لمبدأ التعويض العادل؛ يكون على القاضي الخضوع لمقتضيات العدالة في تقديره للتعويض المستحق للمضرور خصوصا وأن كمال التعويض قد يتأثر بظروف ملابسة، فله أن يستنزل منه قدرا معينا متى تأكد مثلا بأن للمتعامل المتعاقد مساهمة في وقوع الضرر نتيجة لخطأ مشترك بينه وبين المصلحة المتعاقدة من جهة أو يزيد منه فيما لو كان الضرر متغيرا، فيحكم بالتعويض لا كما كان عليه الضرر عندما وقع بل كما صار إليه عند الحكم مراعيا التغيير في الضرر ذاته[4].

أ.3 شمول التعويض لنوعي الضرر

لابد أن يصلح التعويض الذي يحكم به للمتعامل المتعاقد المضرور؛ كل من الضرر المادي والضرر الأدبي اللذان لحقا به بسبب إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية أو استعمالها غير المشروع لسلطاتها الاستثنائية، ولو أن تقدير التعويض عن الضرر المادي يكون من السهل تقديره واقعيا

---

[1] صدقي محمد أمين عيس، المرجع السابق، ص.30.

[2] محمد شعبان الدرهوبي، المرجع السابق، ص.91.

[3] باستثناء التعويض القانوني حيث يمكن أن تكون الفوائد بمثابة تعويض عن التأخير تمثل إثراء للدائن على حساب المدين دون حاجة لإثبات الضرر. كما أشار إليه حسن حنتوش الحسناوي، المرجع السابق، ص.78.

[4] محمد أحمد عابدين، المرجع السابق، ص.165.

بحيث يغطي هذا الضرر تماما، بينما تقدير التعويض عن الضرر الأدبي يكون جزئيا لارتباطه بأضرار تمس الجانب المعنوي للمضرور كونها من الأمور التي يصعب تقويمها بالمال[1].

وقد استقر كل من الفقه والقضاء؛ على أنه يمكن للقاضي في تقديره للتعويض أن يقضي بالتعويض جملة عن الضررين المادي والأدبي بغير تخصيص لمقداره عن كل منهما ما لم يوجد نص قانوني يلزم بإتباع معايير معينة في خصوصه[2]، كما أن حكم القاضي بتعويض إجمالي مشروط ببيان ومناقشة كل ضرر على حدى، هذا لأن تعيين عناصر الضرر التي يجب أن تدخل في التعويض هو من المسائل القانونية التي يخضع فيها لرقابة قضاء النقض[3].

ب- وقت تقدير التعويض:

إن التعويض عن الضرر يقدر وقت الحكم في الدعوى لا وقت وقوع الضرر[4]، وذلك حتى لا يضار المتعامل المتعاقد المضرور من تأخير الفصل في الدعوى مع تغير الأوضاع الاقتصادية من ارتفاع التضخم وانخفاض النقد وما يترتب عنه من تدني في القدرة الشرائية في الفترة ما بين وقوع الضرر وصدور الحكم في الدعوى.

4- سلطة القاضي في الحكم بالتعويض

متى رفع المتعامل المتعاقد المضرور دعواه أمام القضاء وحدد في عريضته طلباته بالتعويض لزم قاضي الموضوع التقيد بتلك الطلبات فلا يزيد عنها في حين أمكن له الإنقاص منها متى تجاوزت قيمتها مقدار الضرر[5].

المبحث الثاني: حق المتعامل المتعاقد في طلب فسخ الصفقة

إذا كان من حق المصلحة المتعاقدة القيام بفسخ صفقة عمومية مبرمة مع أحد المتعاملين المتعاقدين كجزاء تمارسه بإرادتها المنفردة نتيجة لإخلال المتعامل المتعاقد بإحدى التزاماته التعاقدية في إطار ما تتمتع به من سلطات استثنائية مخولة لها بحكم أنها الجهة القائمة على حسن سير المرافق العامة وانتظامها، كان للمتعامل المتعاقد هو الآخر حق مطالبة المصلحة المتعاقدة بفسخ صفقته فيما لو تبين له أن هذه الأخيرة قد أخطأت في تنفيذ التزاماتها التعاقدية بارتكابها إخلالا جسيما لا يمكن معه الاستمرار في تنفيذ الصفقة، أو أنها انحرفت في استعمال السلطات المخولة لها كما لو مارست سلطة تعديل الصفقة خارج أطر المشروعية مما قد يعرضه إلى خسارة أكيدة.

ولا يعد خطأ المصلحة المتعاقدة أو استعمالها غير المشروع لسلطاتها السببان الوحيدان لمطالبة المتعامل المتعاقد بفسخ صفقته، فقد تؤدي الصعوبات المادية غير المتوقعة أو الظروف الطارئة أو حدوث القوة القاهرة إلى إعجازه وعدم تمكنه من تنفيذ شروط الصفقة، ومن تم حق له مطالبة المصلحة المتعاقدة فسخ صفقته.

والفسخ الذي يطالب به المتعامل المتعاقد المصلحة المتعاقدة؛ وإن كان لا يختلف عن الفسخ الذي توقعه المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد كجزاء من حيث أن كلاهما يؤدي إلى إنهاء العلاقة

---

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود والقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص.239.

[2] شريف أحمد الطباخ، التعويض عن الإخلال بالعقد، المرجع السابق، ص.321.

[3] معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص.656.

[4] محمد أحمد عابدين، المرجع السابق، ص.166.

[5] سعاد الشرقاوى، المسؤولية الإدارية، دار المعارف، القاهرة، ط2، 1972، ص.259.

التعاقدية، إلا أنهما يختلفان من حيث أن الفسخ الذي يسعى إليه المتعامل المتعاقد لا يتم بإرادته المنفردة كما هو الحال بالنسبة للفسخ الذي توقعه المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد الذي أخل بالتزاماته التعاقدية، وإنما يلزمه للحصول على فسخ صفقته تقديم طلب كتابي للمصلحة المتعاقد معها في سبيل التوصل إلى فسخ اتفاقي كما يمكنه اللجوء إلى القضاء واستصدار حكم قضائي يقضي بفسخ الصفقة فيكون الفسخ حينها فسخا قضائيا.

وللبحث أكثر في حق المتعامل المتعاقد المطالبة بفسخ الصفقة كان لابد من التطرق إلى مفهوم الفسخ في المطلب الأول، لنتطرق في المطلب الثاني إلى الأحكام العامة للفسخ من حيث الشروط الواجب توافرها للمطالبة به والآثار المترتبة عليه.

المطلب الأول: مفهوم الفسخ كحق للمتعامل المتعاقد

إن مفهوم الفسخ كحق للمتعامل المتعاقد لا يختلف عن الفسخ بمفهوم القواعد العامة في القانون المدني، بل إنه يخضع لنفس هذه القواعد فيما عدا بعض النقاط.

وعليه يتطلب الخوض في مفهوم الفسخ كحق للمتعامل المتعاقد حتمية التعرف على معنى الفسخ وبيان أساسه وكذا تمييزه عما يشابهه من أوضاع قانونية بالإضافة إلى بيان أنواعه.

الفرع الأول: مدلول الفسخ

يمثل الفسخ جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي[1]؛ فمتى كان الطرف المدين هو المصلحة المتعاقدة شكل الفسخ حقا للمتعامل المتعاقد وجزاءا للمصلحة المتعاقدة عن عدم تنفيذها لما رتبه عقد الصفقة العمومية من التزامات في ذمتها، يبتغي من خلاله المتعامل المتعاقد حل الرابطة التعاقدية وزوال آثارها بأثر رجعي فيتخلص من الالتزامات التي فرضتها عليه[2].

عرف فقهاء القانون المدني الفسخ بأنه "انقضاء الرابطة العقدية لاستحالة التنفيذ أو للامتناع عنه أو للإخلال به أو هو حل العقد وإرجاع حال الطرفين إلى ما كانت عليه قبل تكوين العقد" [3]، أما في القانون المدني الجزائري فقد نص المشرع على الفسخ في القسم الرابع تحت عنوان انحلال العقد من الفصل الثاني كمصدر من مصادر الالتزام من خلال المادة 119[4]، أين يتبين أن المشرع ذهب إلى اعتبار فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين تمثل أساس مطالبة الدائن بفسخ عقده[5]، وهذا انطلاقا من مقتضيات العدالة التي تقضي بأن امتناع المدين عن تنفيذ ما التزم به من التزامات عقدية أدت إلى اختلال التوازن بين الالتزامات المتقابلة، حق للدائن أن يطالب بفسخ العقد عن طريق اللجوء إلى القضاء، الذي قد يقضي بقبوله أو قد يمنح أجلا للمدين لتدارك ما تأخر في تنفيذه من التزامات أو قد يرفض فسخ العقد إذا ما ارتأى أن ما لم يقم المدين بتنفيذه قليل الأهمية بالنسبة لباقي الالتزامات[6].

ولأن الصفقة العمومية من العقود الملزمة لجانبين؛ يتم الفسخ عندما لا يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه الناشئ عن العقد، فيكون للطرف المضرور أن يطالب الطرف الأخر بفسخ العقد جزاء على عدم

---

[1] أحمد عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.782.

[2] العربي بلحاج، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.476.

[3] سحر جبار يعقوب، المرجع السابق، فسخ العقد الإداري قضائيا لخطأ الإدارة، المرجع السابق، ص.31.

[4] تنص المادة 119 من ق.م.ج على: "في العقود الملزمة للجانبين بالتزامه، إذا لم يوف المتعاقدين أحد بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك".

[5] طبقا لنص المادة 119 الفقرة 1 من ق.م.ج.

[6] طبقا لنص المادة 119 الفقرة 2 من ق.م.ج بقولها: "يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات".

تنفيذ هذا الالتزام، أما إذا كان عدم تنفيذ الالتزام راجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه فإنه تطبق أحكام نص المادة 176 من ق.م.ج.

وقد أكدت عديد المواد من المرسوم التنفيذي 21-219 على أنه يجوز للمتعامل المتعاقد مطالبة المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة على غرار إخلالها بالتزاماتها التعاقدية، في كثير من الأوضاع كحالة التبعات التقنية غير المتوقعة والقوة القاهرة[1]، وحالة عدم تسوية المصلحة المتعاقدة لتسبيقات المتعامل المتعاقد على الحساب[2]، بالإضافة إلى حالة تأجيل المصلحة المتعاقدة تنفيذ الأشغال لسنة كاملة[3]، أو تجاوزها النسب المحددة لتعديل حجم الأشغال بالزيادة أو النقصان[4]، وكذا حالة تغير الأسعار بما يتجاوز نسبة الخمسين بالمائة (50%)[5].

الفرع الثاني: تمييز الفسخ عما يشابهه

تفاديا لأي خلط بين الفسخ وبين الأوضاع القانونية المشابهة له كالبطلان والانفساخ، خصوصا وان من أثار هذه الأخيرة إنهاء العلاقة التعاقدية وانقضاءها فتؤدي إلى تحلل أطرافها من الالتزامات التي ارتبط بها بموجب العقد، مثلها مثل الفسخ الذي يطالب به المتعامل المتعاقد المصلحة المتعاقدة إذا ما أخلت بالتزاماتها التعاقدية كان لابد من التمييز بين الفسخ وتلك الأوضاع من خلال بيان نقاط الاختلاف بينها كالآتي:

أولا- الفسخ وبطلان العقد:

بالرغم من اتفاق كل من نظامي الفسخ والبطلان؛ من حيث أن كلاهما يؤدي إلى إنهاء العقد إلا أنهما يتقاطعان في عدة أوجه، منها أن البطلان ينشأ مع تكوين العقد فيولد العقد حاملا وفاته بتخلف ركن من أركانه أو باختلال ركن من أركانه بحيث لم يستوفي الشروط اللازمة لصحته[6]، بينما الفسخ يفترض أن العقد ولد صحيحا مكتمل الأركان إلا أن احد طرفيه لم يقم بتنفيذ التزاماته التعاقدية مما يسوغ للطرف الأخر المطالبة بالفسخ، كما أن سلطة القاضي في دعوى الفسخ سلطة تقديرية واسعة إذ يجوز له أن يقضي بالفسخ أو يرفضه بينما سلطته في دعوى البطلان مقيدة إذ لا يكون عليه سوى النطق بإبطال العقد[7] فيكون حكمه مقررا للبطلان وليس منشأ له[8].

ثانيا- الفسخ وإلغاء العقد:

يتميز الفسخ كحق للمتعامل المتعاقد عن إلغاء العقد؛ من حيث أنه لا يمكن للمتعامل المتعاقد القيام بفسخ عقد الصفقة المبرم مع المصلحة المتعاقدة بقرار منه إذا ما وجدت مبررات الفسخ بل يتعين عليه أن

---

[1] طبقا لنص المادة 111 من المرسوم التنفيذي رقم21-219 .

[2] كما جاء في نص المادة 113 الفقرة 2 من نفس المرسوم التنفيذي.

[3] حسب ما ورد في نص المادة 114 الفقرة 4 من نفس المرسوم التنفيذي.

[4] طبقا لنص المادتين 34 الفقرة 3 و35 الفقرتين 1 و2 من المرسوم التنفيذي 21-219.

[5] كما تضمنه نص المادة 127 من نفس المرسوم التنفيذي.

[6] فإذا ما وقع العقد باطلا يعد غير موجود قانونا، فهو لا يقوم لأنه لم ينعقد أصلا ولا وجود له، ومن تم لا يرتب أي آثار في الحال والمستقبل ما عدا إعادة المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد، ويحق لأي من الطرفين ولكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه أو الامتناع عن تنفيذه، وللمحكمة أن تقضي ببطلانه من تلقاء نفسها في أي وقت ولا يزول البطلان بالإجازة. أحمد سلمان شهيب السعداوي وجواد كاظم جواد سميسم، المرجع السابق، ص.146.

[7] أريج عبد الستار، انفساخ العقد،دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة صدام، العراق، 2000، ص.13.
وأيضا إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص.116.

[8] أحمد سلمان شهيب السعداوي وجواد كاظم جواد سميسم، المرجع السابق، ص.148.

يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم منه بذلك متى ما رفضت المصلحة المتعاقدة طلبه المتضمن فسخ صفقته، بينما إلغاء عقد الصفقة أمر تترخص فيه المصلحة المتعاقدة لوحدها[1] فتقرره بإرادتها المنفردة دون الحاجة للجوء إلى القضاء، كونه يمثل احد أهم مظاهر السلطة العامة المخولة لها في إطار الحفاظ على سير المرافق العامة بانتظام واظطراد[2].

ويختلف الفسخ عن إلغاء العقد أيضا؛ في أن مطالبة المتعامل المتعاقد بفسخ عقد صفقته يتطلب إما وقوع خطأ من المصلحة المتعاقدة أو حتى دون وقوع خطأ منها كما هو الحال بالنسبة للتبعات التقنية غير المتوقعة أو القوة القاهرة، وأما إلغاء العقد فالمصلحة المتعاقدة تملك السلطة التقديرية في تقريره من دون وقوع خطأ من جانب المتعاقد معها إذ قد تتطلب مقتضيات المصلحة العامة إلغاء العقد ومن تم إنهاءه[3].

الفرع الثالث: شروط الفسخ

تتمثل الشروط التي يجب توافرها لإمكان طلب المتعامل المتعاقد فسخ صفقته في أن يكون العقد محل المطالبة بالفسخ ملزما للجانبين وعدم قيام المصلحة المتعاقدة بتنفيذ التزاماتها التعاقدية بالإضافة إلى وفاء المتعامل المتعاقد طالب الفسخ بالتزاماته التعاقدية.

أولا- وجود عقد صفقة عمومية ملزم للجانبين:

ينبغي لطلب الفسخ أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين، ينشأ ترابط بين الالتزامات المتقابلة والعدالة تقضي بعد التزام شخص بعقد لم ينفذه الطرف الآخر، فإذا امتنع أو أخل أحد الطرفين بتنفيذ التزامه كان للطرف الآخر أن يتحلل من التزامه عن طريق الفسخ[4].

وبما أن عقود الصفقات العمومية هي من العقود الملزمة للجانبين، جاز للمتعامل المتعاقد أن يطالب بفسخ الصفقة متى ما أخلت المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها مسببة له بذلك ضررا أكيدا إلى الحد الذي لا يستطيع معه الاستمرار في التنفيذ.

ثانيا- إخلال المصلحة المتعاقدة بتنفيذ التزاماتها التعاقدية:

تقتضي القواعد العامة بجواز طلب المتعامل المتعاقد المضرور فسخ الصفقة المبرمة بينه وبين المصلحة المتعاقدة فلا يشترط لطلب المتعامل المتعاقد فسخ الصفقة أن تكون المصلحة المتعاقدة قد قصرت في الوفاء بجميع التزاماتها بامتناعها كلية عن التنفيذ، بل يكفي مجرد عدم التنفيذ الجزئي لالتزاماتها[5] إذا ما كانت هذه الالتزامات بالغة الأهمية بالمقارنة مع باقي الالتزامات الأخرى يترتب عنه استحالة الاستمرار في العلاقة التعاقدية.

---

[1] سمير صادق، المرجع السابق، ص.121.

[2] سحر جبار يعقوب، فسخ العقد الإداري قضائيا لخطأ الإدارة، المرجع السابق، ص.45.

[3] كما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في قضية DE MESTRALE بقوله "لا يجوز إعمال فكرة الفسخ الجزائي المنصوص عليه لعدم وجود خطأ جسيم من المتعاقد ولكن يجوز للإدارة إعمالا لسلطتها العامة إنهاء تنفيذ العقد مقابل تعويض مناسب". سحر جبار يعقوب، فسخ العقد الإداري قضائيا لخطأ الإدارة، المرجع السابق، ص.44.

[4] أحمد سلمان شهيب السعداوي وجواد كاظم جواد سميسم، المرجع السابق، ص.224.

[5] أنور سلطان، المرجع السابق، ص.274.

كما يحق للمتعامل المتعاقد طلب الفسخ إذا ما أخلت هذه المصلحة المتعاقدة بتنفيذ التزاماتها التعاقدية إخلالا جسيما سواء بالامتناع عن التنفيذ أو التأخر فيه، بحيث لا يمكن معه الاستمرار في تنفيذ شروط العقد كما لو قامت هذه المصلحة بتعديل التزامات المتعاقد معها وكان التعديل جوهريا مخالفا للنظام العام ورأى المتعامل المتعاقد أن التعويض غير كاف لمواجهة الظروف التي أوجدها التعديل بأن تجاوز إمكانياته المالية وقدراته الفنية وترتب عليه قلب اقتصاديات عقد الصفقة فيصبح المتعامل المتعاقد كأنه أمام عقد جديد، في هذه الحالة يحق له المطالبة بفسخ صفقته[1].

بينما لا يعتبر إخلال المصلحة المتعاقدة الدافع الوحيد لمطالبة المتعامل المتعاقد بفسخ صفقته، بل إن القوة القاهرة تعتبر هي الأخرى من الأسباب التي تقيم حق المتعامل المتعاقد إلى طلب الفسخ متى استمرت في الوقوع.

ثالثا- ألا يكون المتعامل المتعاقد مقصرا في تنفيذ التزاماته التعاقدية:

يجب أن يكون المتعامل المتعاقد طالب الفسخ قد نفد ما عليه من التزامات تعاقدية طبقا لشروط عقد الصفقة، أو على الأقل مستعدا لتنفيذها وهذا شرط قانوني، حيث لا يجوز من منطلق العدالة والإنصاف أن يطالب المتعامل المتعاقد بالفسخ في الوقت الذي أخل فيه بالتزامه العقدي[2].

المطلب الثاني: صور الفسخ كحق للمتعامل المتعاقد وآثاره

يتخذ الفسخ باعتباره حقا للمتعامل المتعاقد إحدى الصورتين، فإما أن يكون فسخا اتفاقيا يتحقق بإرادة طرفي عقد الصفقة العمومية متى أخل أحدهما بالتزاماته التعاقدية وبالتالي لا يحتاج إلى حكم قضائي لوقوعه، وإما أن يكون فسخا قضائيا يتقرر بموجب حكم قضائي مضمونه حل الرابطة التعاقدية بمقتضى دعوى يرفعها المتعامل المتعاقد أمام جهة القضاء الإداري ضد المصلحة المتعاقدة تسمى بدعوى الفسخ كنتيجة لإخلالها بالتزاماتها التعاقدية.

ويترتب على الفسخ في كلتا الصورتين؛ آثار جوهرية تتمثل في حل الرابطة التعاقدية بين المتعامل المتعاقد من جهة وبين المصلحة المتعاقدة من جهة أخرى، كما يمكن أن يؤدي إلى حصول المتعامل المتعاقد المضرور على تعويض يجبر ما أصابه من أضرار نتيجة لإخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها الواردة في عقد الصفقة.

الفرع الأول: صور الفسخ كحق للمتعامل المتعاقد

كما رأينا سابقا يحق للمتعامل المتعاقد المطالبة طلب فسخ العقد متى توافرت شروطه ولم يعد في مقدوره متابعة تنفيذ العقد، وهذا الفسخ إما أن يكون باتفاق طرفي عقد الصفقة فيسمى بالفسخ الاتفاقي، وإما أن يكون عن طريق القضاء فيدعى بالفسخ القضائي.

أولا- الفسخ الاتفاقي:

إن أهم ما يميز هذا النوع من الفسخ؛ اتفاق طرفي عقد الصفقة العمومية على إنهاء علاقتهما التعاقدية نتيجة عند عدم وفاء أحد الأطراف بالالتزامات التعاقدية، فينفسخ العقد دون حاجة إلى حكم قضائي، وقد نص المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات

[1] صباح المصري، المرجع السابق، ص.375.

[2] العربي بلحاج، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.48. وأيضا أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.

العموميـــة والمرسوم التنفيذي رقم21-219 على إمكانية قيام المصلحة المتعاقدة بالفسخ الاتفاقي في حالات معينة[1].

ويعد الفسخ بهذه الطريقة تطبيقا للقواعد العامة الواردة في القانون المدني، أجازه المشرع من منطلق أن العقد كما بدء باتفاق طرفيه فلا مانع من أن ينتهي قبل ميعاده باتفاق طرفيه[2].

ومتى اتفق المتعامل المتعاقد مع جهة المصلحة المتعاقدة على إنهاء العقد قبل نهايته الطبيعية، فإن هذا الاتفاق من شأنه أن يؤدي إلى فسخ العقد على اعتبار أن الرضا بين المتعاقدين هو أساس الالتزام في العقد وهو أيضا أساس زوال هذا الالتزام بحيث يتطلب لإنهاء العقد بهذه الصورة موافقة جهة الإدارة التي تملك سلطة إبرامه فيجب أن تظهر إرادتها جلية وواضحة[3]، ولا شيء يمنع من أن ينص في اتفاق الفسخ على أحقية المتعامل المتعاقد في الحصول على تعويض لتغطية الضرر الذي قد يكون أصابه جراء اللجوء إلى الفسخ الاتفاقي[4].

وعليه إن الفسخ بالمعنى السابق يختلف عن الفسخ الإداري الذي تمارسه المصلحة المتعاقدة بإرادتها المنفردة سواء كجزاء توقعه على المتعامل المتعاقد الذي ارتكب خطأ جسيما في تنفيذ ما التزم به بموجب الصفقة المبرمة أو في إطار تحقيق المصلحة العامة متى أصبح الاستمرار في تنفيذ العقد غير مجدي.

1-حالات الفسخ الاتفاقي:

إلى مثل هذا النوع من الفسخ؛ قد أشار المشرع الجزائري من خلال نص المادة 91 من قانون الصفقات العمومية رقم 23-12 على أنه بإمكان قيام المصلحة المتعاقدة بالفسخ التعاقدي عندما يكون مبررا بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد[5]، وقد نص على حالات هذا النوع من الفسخ في الفقرة الثانية من مضمون المادة 123 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 على الشكل التالي:

- حالة قبول المصلحة المتعاقدة العرض الذي يتقدم به الورثة المتضمن طلب متابعة الخدمات موضوع الصفقة العمومية التي كان يحوزها المتعامل المتعاقد المتوفى؛
- حالة قبول المصلحة المتعاقدة العرض الذي قد يتقدم به وكيل دائني التفليسة لمتابعة النشاط وإتمام تنفيذ الصفقة العمومية إذا ما رخصت له بذلك المحكمة المختصة؛
- حالة العجز الجسدي للمقاول الظاهر والدائم الذي يعيق حسن التنفيذ للصفقة العمومية.

ومن خلال ما سبق ذكره؛ يتضح أن المشرع وهو يبين حالات الفسخ التعاقدي الراجع لظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد لم يتطرق صراحة إلى حالة القوة القاهرة أو خطأ المصلحة المتعاقدة على اعتبارها أيضا من الظروف الخارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد.

غير أنه باستقراء مواد المرسوم التنفيذي رقم 19-221 يتضح بأن بعض المواد التي منحت للمتعامل المتعاقد الحق في فسخ صفقته انطلاقا من حالات أخرى، يمكن أن يترتب عنها الفسخ ويكون

---

[1] وردت هذه الحالات في المادة 92 من ق.ص.ع رقم 23-12، والمواد 114،113،111،35،34،27 من الرسوم التنفيذي رقم21-219.

[2] صباح المصري، المرجع السابق، ص.370.

[3] مصطفى عامر حمدي عطية، المرجع السابق، ص.608 و609.

[4] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص. 368.

[5] ورد في نص هذه المادة مايلي: "زيادة على الفسخ من جانب واحد، المذكور في المادتين 149 و150 أعلاه، يمكن القيام بالفسخ التعاقدي للصفقة العمومية عندما يكون مبررا بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد، حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض".

اتفاقيا إذا ما وافقت المصلحة المتعاقدة على الطلب الكتابي المقدم لها من طرف المتعامل المتعاقد المتضمن فسخ الصفقة، وتتمثل هذه الحالات في:

- **حالة القوة القاهرة:**

نصت على هذه الحالة؛ المادة 111 من المرسوم التنفيذي رقم 1□-□1□ ومفادها أنه متى لم يستطع المتعامل المتعاقد الوفاء بأي التزام من التزاماته التعاقدية بسبب حالة القوة القاهرة واستمرت هذه الحالة لمدة تجاوزت الشهرين، حق له أن يقدم للمصلحة المتعاقدة طلبا بالفسخ، شريطة أن يكون قد قام بإخطارها بوجود القوة القاهرة حال وقوعها برأي معلل في خلال مدة لا تتجاوز عشرة (□1) أيام، وأن يكون قد بدل قصارى جهده باتخاذ كافة التدابير اللازمة لتنفيذ الالتزامات التعاقدية المتأثرة خلال الشهرين الموالية لحدوث القوة القاهرة.

- **حالة عدم تسوية التسبيقات على الحساب:**

التي نصت عليها المادة 113 الفقرة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 19-221 يمكن للمتعامل المتعاقد الذي توقف عن تنفيذ الأشغال نظرا لعدم دفع المصلحة المتعاقدة أربع (4) تسبيقات متتالية في الوقت المناسب زيادة على حقه في عدم استئناف الأشغال أن يطالب المصلحة المتعاقدة بفسخ صفقته عن طريق تقديم طلب كتابي بذلك، إذا لم تقم هذه الأخيرة بالدفع له التسبيقين (2) الأولين على الأقل في خلال مدة تتجاوز ستة (6) أشهر بعد التوقيف الفعلي للأشغال.

- **حالة تأجيل المصلحة المتعاقدة تنفيذ الأشغال:**

طبقا لنص المادة 114 في فقرتها الرابعة من المرسوم التنفيذي 21-219 بقولها إذا ما قامت المصلحة المتعاقدة تأجيل تنفيذ الأشغال لمدة تتجاوز سنة (1) واحدة بعد البدء في التنفيذ أو أنها قامت بعدة تأجيلات متتالية فاقت مدتها الكلية سنة (1) واحدة، حق للمتعامل المتعاقد فسخ صفقته بناءا على طلب كتابي يشترط فيه أن يقدم خلال مدة لا تتجاوز شهرا (1) واحدا من بدءا من اليوم الذي يلي الأجل السنوي الموافق للتأجيل أو لمختلف التأجيلات المتتالية.

- **حالة تجاوز النسب المقررة للزيادة في الأشغال أو التخفيض فيها:**

إذا ما تجاوزت المصلحة المتعاقدة الحدود المتعلقة بزيادة قوام أشغال المنشآت وعناصر المنشأة و/أو خدمات الأشغال، إلى ما يزيد عن نسبة العشرين في المائة (20%) أو أنها تجاوزت النسبة المقررة لتعديل قوام الأشغال المتعلقة بخدمات الصيانة والإصلاح بالزيادة إلى ما يفوق الخمسين بالمائة (50%) أو قامت بتخفيض قوام هذه الأشغال إلى ما يزيد عن خمسة وثلاثون بالمائة (35%)، أصبح من حق المتعامل المتعاقد طلب الفسخ الفوري لصفقته في خلال أجل الثلاثين (30) يوما الموالية لتاريخ تبليغ الأمر بالخدمة المتضمن التعديلات أو الإضافات مقارنة بالمخططات الموافق عليها، بطريق تقديم طلب كتابي طبقا لنص المادتين 34 الفقرة الثالثة و35 الفقرتين الأولى والثانية، من المرسوم التنفيذي21- 219.

- **حالة تغير الأسعار بنسبة تتجاوز الخمسين بالمائة (50%):**

يحق للمتعامل المتعاقد طلب الفسخ إذا ما تغيرت أسعار المواد والمنتجات المستعملة في تنفيذ عقد الصفقة المبرمة بنسبة خمسين بالمائة (50%) كما أشارت إليه المادة 127 من المرسوم التنفيذي 19-221.

2- إجراءات الفسخ الاتفاقي:

إذا ما انتهى طرفي العقد إلى اتفاق يقضي بفسخ الصفقة العمومية نتيجة لقيام إحدى الحالات السالفة الذكر، يكون على المصلحة المتعاقدة القيام بإجراءات الفسخ حسب الشروط القانونية في هذا الإطار، فتعمل على إعداد وثيقة الفسخ تضمنها الحساب المعد وفق لما تم انجازه من أشغال قام بها المتعامل المتعاقد وما لم يتم انجازه من جهة ولتنفيذ جميع شروط الصفقة بشكل عام من جهة أخرى كما تقوم بالتوقيع عليها إلى جانب المتعامل المتعاقد[1].بعد أن تقوم باستدعاء المقاول أو ذوي الحقوق أو الوصي أو المتصرف أو المصفي من أجل حضور العمليات التالية:

- المعاينات المتعلقة بالمنشات وعناصر المنشاة وخدمات الأشغال المنفذة؛
- جرد مواد البناء الممونة؛
- الجرد الوصفي لعتاد ومعدات الورشة[2].

كما تقوم المصلحة المتعاقدة بتحرير محضر يتضمن تلك العمليات إلى جانب رأي صاحب الاستشارة الفنية فيما يخص مطابقة المنشآت وعناصر المنشأة أو خدمات الأشغال المنفذة بالنسبة لأحكام وقيود حسن التنفيذ والمواصفات التقنية الأخرى المنصوص عليها في الصفقة العمومية[3].

تتولى المصلحة المتعاقدة تحديد حساب التصفية الخاص بالصفقة العمومية المفسوخة الذي يحل محل الحساب العام عن طريق إعداد مقر[4] وتبلغه للمتعامل المتعاقد، القيمة التعاقدية للأشغال المنفذة بما في ذلك الفوائد المستحقة عند الاقتضاء وكذا التعويضات الناتجة عن تخفيض قوام أشغال الصفقات العمومية التي يتم دفع أجرها بسعر إجمالي وجزافي بنسبة تتجاوز الحد المتفق عليه في دفتر التعليمات الخاصة والذي لا يمكن أن يتجاوز في كل الأحوال نسبة العشرين في المائة (20%)[5]، كما تقوم المصلحة المتعاقدة بتبليغ حساب التصفية للمتعامل المتعاقد.

ثانيا- الفسخ القضائي:

من منطلق أن حق التقاضي مكفول للجميع، فإنه يجوز لأي من طرفي الرابطة العقدية اللجوء للقضاء الإداري للمطالبة بفسخ العقد، على أن يستند في دعواه على سبب جدي يوجب الفسخ القضائي ويبرر استجابة القاضي الإداري لموضوع الدعوى[6]، وترتد أثار الفسخ إلى تاريخ رفع الدعوى لأن سبب الفسخ في مثل هذه الحالة يكون عادة عدم تنفيذ أحد طرفي العقد لالتزاماته[7]، ومن تم حق للمتعامل المتعاقد المضرور من إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية أن يلجأ إلى القضاء بغرض الحصول على فسخ لصفقته في حالات معينة ووفق شروط محددة، ولبيان مفهوم الفسخ القضائي كحق للمتعامل المتعاقد كان لابد من أن نتطرق لمعنى الفسخ القضائي وتعريف دعوى الفسخ وإجراءاتها والاختصاص القضائي بنظرها وكذا سلطة القاضي في تقدير فسخ الصفقة من عدمه .

1- مدلول الفسخ القضائي:

---

[1] كما نص عليه في المادة 123 الفقرة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

[2] طبقا لنص المادة 124 الفقرة 1 من نفس المرسوم التنفيذي.

[3] كما جاء في مضمون المادة 124 الفقرة 3 من نفس المرسوم التنفيذي.

[4] طبقا لنص المادة 125 الفقرة 1 من نفس المرسوم التنفيذي.

[5] بحسب نص المادة 125 الفقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

[6] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.368.

[7] محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص.255.

الفسخ القضائي؛ هو الفسخ الذي يتقرر عن طريق حكم من المحكمة بحل الرابطة التعاقدية[1]، بناءا على دعوى فسخ العقد مرفوعة من قبل المتعامل المتعاقد ضد المصلحة المتعاقدة المخلة بالتزاماتها التعاقدية أمام جهة القضاء الإداري[2].

وعليه لا يستطيع المتعامل المتعاقد المضرور أن يعلن الفسخ بإرادته المنفردة، بل عليه اللجوء إلى قاضي العقد الذي يتولى النطق بالفسخ إلا بعد التأكد من وقوع خطأ جسيم من جانب المصلحة المتعاقدة يجعل من الصعب الاستمرار في العلاقة التعاقدية، على أن يبدل المتعامل المتعاقد جهده للاستمرار في تنفيذ التزاماته حتى يقرر القاضي فسخ العقد، كما يوجب عليه إعذار المصلحة المتعاقدة بنيته في الفسخ قبل رفع دعواه أمام القضاء[3].

إن وقوع خطأ عقدي من المصلحة المتعاقدة أثناء مرحلة تنفيذ عقد الصفقة العمومية، يعتبر من بين الشروط الموضوعية التي إذا ما توافرت قامت مسؤولية المصلحة المتعاقدة وحق للمتعامل المتعاقد معها رفع دعوى الفسخ للمطالبة بحل الرابطة التعاقدية ومن تم التحلل من أي التزام كان قد ارتبط به بموجب عقد الصفقة العمومية، إذ يعد خطأ المصلحة المتعاقدة أساس قيام مسؤوليتها الذي يركن إليه قاضي العقد في الحكم بالفسخ غير أن الفسخ لا يقع لمجرد وقوع الخطأ كأثر حتمي وإنما يكون على القاضي التأكد من جسامته ليصلح كمبرر لإنهاء الرابطة التعاقدية.

كما أن القول بوقوع خطأ من المصلحة المتعاقدة لا يعتبر الأساس الوحيد لقيام مسؤوليتها التعاقدية ومن تم السبب الوحيد لمطالبة المتعامل المتعاقد بفسخ الصفقة، إذ يمكن لهذا الأخير أن يرفع دعواه بالفسخ حتى دون وقوع خطأ من قبل المصلحة المتعاقدة وإنما بسبب القوة القاهرة أو فعل المصلحة المتعاقدة المشروع أو بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة.

ومن أهم ما قضى به القضاء الإداري المصري في هذا النطاق قوله: "لما كان من المسلم به أن المتعاقد مع الإدارة لا يملك فسخ العقد بإرادته المنفردة في حالة إخلال الجهة الإدارية المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية، وإنما يتعين عليه اللجوء إلى القضاء لطلب الفسخ وهذا الفسخ القضائي كجزاء لخطأ جهة الإدارة المتعاقدة لا يوقع إلا إذا ثبت اقتراف هذه الأخيرة لخطأ عقدي جسيم بحسبان أن الجزاء الوحيد الواجب توقيعه على جهة الإدارة في حالة تحقق مسئوليتها التعاقدية هو التعويض[4].

هذا ويقع الفسخ بحكم القضاء في القانون الجزائري مادام أن ليس هناك اتفاق بين المتعاقدين في هذا الشأن[5]، فإذا ما اتفق طرفي الصفقة العمومية على فسخ العقد بناءا على طلب مقدم من المتعامل المتعاقد إلى المصلحة المتعاقد معها وحرر على إثره اتفاقية الفسخ وتم توقيعها من قبل الممثل القانوني للمصلحة المعنية والمتعامل المتعاقد[6]، فلا مجال إلى لجوء هذا الأخير إلى القضاء للمطالبة بالفسخ.

2-وسيلة الفسخ القضائي:

غالبا ما يجد المتعامل المتعاقد نفسه عاجزا عن مواجهة المصلحة المتعاقدة التي أخلت إخلالا جسيما في تنفيذ ما التزمت به طبقا لشروط العقد، فلا يستطيع فرض جزاءات عليها نظرا لما تتمتع به من

[1] أحمد سلمان شهيب السعداوي وجواد كاظم جواد سميسم، المرجع السابق، ص.226.

[2] محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص.104.

[3] إسماعيل هاني عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.1247. وأيضا محمود خلف الجبوري، المرجع السابق ص.25.

[4] محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية، الكتاب الثاني في امتيازات وسلطات الإدارة في العقد الإداري، المرجع السابق، ص.170.

[5] العربي بلحاج، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.485.

[6] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.368.

امتيازات استثنائية، كما تعد مطالبة المتعامل المتعاقد بفسخ صفقته من الطلبات التي يصعب في واقع الأمر الحصول عليها من المصلحة المتعاقدة المخلة بتنفيذ التزاماتها التعاقدية من دون توسط القضاء[1]، كون قبول هذه الأخيرة طلب الفسخ المقدم إليها من قبل المتعامل المتعاقد معها يعني إقرارها بالخطأ الذي ارتكبته ومن تم تعويض هذا المتعاقد.

وعليه لا يكون أمام المتعامل المتعاقد سوى اللجوء إلى جهة القضاء المختص ليطالب بإنهاء الرابطة التعاقدية التي تربطه بالمصلحة المتعاقدة عن طريق رفع دعوى الفسخ[2]، أين يقع عليه عبء إثبات التقصير الصادر عن المصلحة المتعاقدة طبقا للمبدأ المستقر في كافة الحالات الذي يتطلب تحمل الطرف المضرور إثبات خطأ المتعاقد معه، فيقيم الدليل على غياب النتيجة المتفق عليها في حال كان من واجب المتعاقد معه الالتزام بتحقيق نتيجة أو أن يقيم الدليل على سلوك المتعاقد معه نفسه وهو ما يتطلب إقامة البرهان الايجابي على إخلال هذا الأخير بوسيلة و مادام خطأ المصلحة المتعاقدة إخلال بوسيلة فإنه يكون على المتعامل المتعاقد دائما تحمل إثبات الخطأ الجسيم الذي ارتكبته هذه المصلحة كمبرر لطلب الفسخ[3].

وحتى يتمكن المتعامل المتعاقد من الحصول على حكم قضائي يقضي بفسخ الصفقة العمومية لا بد عليه من أن يستوفي جملة من الإجراءات تتمثل في:

- **ضرورة إخطار المصلحة المتعاقدة** :

يعد الإخطار إجراءا شكليا؛ ينبغي أن يستنفذه المتعامل المتعاقد مع الإدارة قبل مطالبته بفسخ الصفقة[4]، وقد أشار المرسوم التنفيذي رقم 21-219 إلى إجراء الإخطار في المادة 113 الفقرة الثانية بقولها: "بعد عشرين يوما من تاريخ تسلم مشروع كشف الحساب الرابع للدفع، يقوم المقاول بإخطار برسالة موصى عليها مع أشعار بوصل الاستلام المصلحة المتعاقدة وصاحب الاستشارة الفنية نيته بوقف الأشغال خلال مدة لا تتجاوز شهرا واحدا اعتبارا من تاريخ الإشعار بالاستلام المذكور أعلاه...، وإذا لم يتم صرف على الأقل التسبيقين الأولين على الحساب والمتأخرين في التسوية في مدة لا تتجاوز ستة أشهر بعد التوقف الفعلي للأشغال فللمقاول ليس فقط الحق فيفي عدم استئناف الأشغال، بل ويمكنه أيضا تقديم طلب كتابي يتضمن فسخ الصفقة العمومية للأشغال التي يحوزها"، في حين لم يشر إليه قانون الصفقات العمومية رقم 23-12 الذي اكتفى بالنص على إجراء الإعذار الذي توجهه المصلحة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد الذي يقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية كما نصت عليه المادة 90.

ويقصد بالإخطار؛ "وضع المدين في موضع المقصر في تنفيذ التزاماته بإثبات تأخره في الوفاء، لأن مجرد حلول الأجل لا يعني تقصير المدين ما لم يسجل عليه تقصيره بالاعذار"، أو هو "وضع المدين

---

[1] سحر جبار يعقوب، فسخ العقد الإداري قضائيا لخطأ الإدارة، المرجع السابق، ص.175.

[2] انطلاقا من نص المادة 119 الفقرة 1 من ق.م.ج. يمكن تعريف دعوى الفسخ بأنها دعوى قضائية يرفعها أحد طرفي العقد أمام جهة القضاء المختص للمطالبة بحل الرابطة التعاقدية، ضد الطرف الأخر الذي أخل بتنفيذ بالتزاماته التعاقدية.

[3] ومن الأحكام القضائية حول الإثبات في منازعات العقود الإدارية ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها "أن عبء الإثبات في المنازعة لا يخرج عن الأصل العام الذي قرره قانون الإثبات، وهو وقوع هذا العبء على المدعي فهو الذي يتحمل عبء إثبات ما يدعيه، وانه لئن كانت الجهة الإدارية لديها مدونات العقد ووثائقه وأوراقه، إلا أن المدعي ليس ببعيد عن الكثير من وثائق التعاقد سواء بالنسبة للعقد الذي يحتفظ بصورة منه أو الخطابات المتبادلة بينه وبين جهة الإدارة بشأن تنفيذ العقد، وترتيبا على ذلك فان عبء إثبات ما يدعيه المتعاقد مع الإدارة وما يطالب به الجهة الإدارية يقع عليه سواء أما المحكمة أو أمام الخبير الذي تنتدبه المحكمة لتحقيق ادعاءه". في الطعن رقم 2029 الصادر بتاريخ 1 فيفري □□□□، مشار إليه لدى إسماعيل هاني عبد الرحمن، المرجع السابق ص.1252.

[4] سحر جبار يعقوب، فسخ العقد الإداري قضائيا لخطأ الإدارة، المرجع السابق، ص.159.

في وضعية قانونية بصفته متأخرا في تنفيذ الالتزام تأخرا من شأنه أن يصيب الدائن بضرر" كما أن هناك من الفقهاء من يرى بأن للإخطار يكيف قانونيا على أنه دعوة ايجابية موجهة من المتعامل المتعاقد إلى المصلحة المتعاقدة يطالب بمقتضاها بضرورة تنفيذ المصلحة المتعاقدة لالتزاماتها وتترتب عليها نتائج قانونية معينة، في حين يرى فقهاء آخرون بأن الإخطار إجراء يحمل معنى التهديد للمصلحة المتعاقدة بضرورة المسارعة إلى تنفيذ التزاماتها وإلا سوف يطالب بالفسخ كجزاء لعدم التنفيذ[1].

- **تقديم طلب كتابي بالفسخ:**

ورد هذا الشرط الشكلي في عدة نصوص من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 لاسيما في المواد 34، 35، 111، 113، 114 و127 منه التي تناولت الحالات التي يحق فيها للمتعامل المتعاقد مطالبة المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة حيث يكون على المتعامل المتعاقد ضرورة تقديم طلب كتابي بالفسخ في حال استمرار القوة القاهرة أو عدم تسوية المصلحة المتعاقدة التسبيقات على الحساب الخاصة بالمتعاقد أو قيامها بتأجيل تنفيذ الصفقة عدة تأجيلات تتجاوز في مجموعها سنة كاملة أو تجاوزها النسب المقررة لتعديل قوام الأشغال بالزيادة أو النقصان، أو زيادة الأسعار إلى ما يفوق الخمسين من المائة.

- **اللجوء لهيئة التسوية الودية للنزاع:**

في حال عدم توصل طرفي الصفقة العمومية إلى اتفاق على فسخ الصفقة الذي يكون المتعامل المتعاقد المضرور من إخلال المصلحة المتعاقدة قد سبق وقدم طلبا كتابيا به، فإنه يقع لزاما على هذا المتعامل اللجوء إلى هيئات التسوية الودية للنزاع، وبما أنه قد سبق الإشارة إلى هذا الإجراء كشرط لاقتضاء التعويض في المبحث السابق من هذا الفصل فلا داعي لتكرار ما قيل بشأنه.

3- الاختصاص القضائي بفسخ الصفقة العمومية:

ينعقد الاختصاص القضائي بنظر دعاوى فسخ عقود الصفقات العمومية إلى القضاء الكامل، وهو نفس الاختصاص القضائي بنظر دعاوى التعويض المرفوعة ضد المصالح المتعاقدة لقيام مسؤوليتها التعاقدية كما سبق التطرق إليه في المبحث السابق أعلاه، حيث يختص قضاة المحكمة الإدارية باعتبارها صاحبة الولاية العامة بنظر المنازعات التي تنشأ بمناسبة تنفيذ الصفقات العمومية، فيتولون الفصل في أصل المنازعة وكل ما يتفرع عنها بحيث يشمل اختصاصهم جميع ما قد يتولد عن عقد الصفقة العمومية من منازعات بمجرد توافر عقد صفقة عمومية صحيحة[2].

من المعلوم أن سلطة القاضي الإداري بنظر دعوى الفسخ التي يرفعها المتعامل المتعاقد ضد المصلحة المتعاقدة؛ لا تختلف بشيء عن سلطة القاضي المدني في فسخ العقد، إذ يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات".

كما قد لا يحكم القاضي الإداري بفسخ عقد الصفقة العمومية حتى لو توافرت شروط الفسخ، نظرا لما يمتلكه من سلطة تقدير واسعة في تحديد مدى توافر مسوغات الفسخ من عدمها عن طريق التأكد من

---

[1] نفس المرجع، ص.160 و161.

[2] تنص المادة 800 من ق.إ.م.إ على أن "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها".

مدى جسامة الإخلال الصادر من المصلحة المتعاقدة[1]، فله أن يرفض طلب الفسخ إذا كانت المصلحة المتعاقدة حسنة النية وأنها لم تتعمد الإخلال بالالتزام، أو لأن تنفيذها لالتزامها يقتضي تعاونا من جانب المتعامل المتعاقد وهو ما لم يقم به هذا الأخير، أو لأن ما لم توفي به من التزام قليل الأهمية بالنسبة لجملة الالتزامات[2]، وقد يرى القاضي منح المصلحة المتعاقدة مهلة إضافية لتنفيذ ما عليها من التزامات إذا لم يمنعه نص في القانون أو العقد من تقرير ذلك ومتى لم يلحق المتعامل المتعاقد من هذا التأجيل ضررا جسيما[3]، كما قد يحكم القاضي بقبول طلب المتعامل المتعاقد بفسخ الصفقة إذا ما تبين له أن المصلحة المتعاقدة قد أخلت إخلالا جسيما بالتزاماتها التعاقدية، خصوصا إذا ما امتنعت كلية عن التنفيذ أو أن ما لم تنفذه من التزامات خطير يبرر الفسخ فيقضي بفسخ العقد كله أو يقتصر على فسخ جزء منه مع بقاء الجزء الآخر[4].

من الأخطاء الجسيمة التي ترتكبها المصلحة المتعاقدة والمبررة لتوقيع جزاء الفسخ عليها؛ ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي من عدول المصلحة المتعاقدة دون سبب معقول عن المشروع موضوع التعاقد، وتأخرها إلى حد كبير في تنفيذ التزاماتها الناشئة عن هذا العقد، وكذلك الحال عندما يتجاوز التعديل الذي تأمر به المصلحة المتعاقدة من حيث أهميته أو طبيعته الإمكانات التقنية والمالية للمتعامل المتعاقد وقد يكون في إلزامه بالاستمرار في التنفيذ في ظل الظروف الجديدة دافعا له عاجلا أو آجلا إلى طلب فسخ العقد[5].

أما في شأن تحديد درجة الإخلال الذي يبيح للقاضي فسخ العقد؛ فقد اختلف الفقه حول ذلك ما أدى إلى ظهور معيارين، أولهما ذاتي يعتد بأهمية الإخلال فيما لو انصب على التزام جوهري في العقد، أما المعيار الثاني وهو معيار موضوعي يرى بضرورة الأخذ بمضمون العقد وفقا للنموذج الذي نظمه طرفا العقد، فيكون من واجب القاضي أن يراعي شروط وعناصر العقد التي تم تحديدها طبقا للقانون وكل تغيير يجريه الدائن والظروف اللاحقة التي تدل على ما أصاب المدعي من أضرار وفيما إذا كان الضرر متوقعا أو لا فتنصب بذلك مهمة القاضي على البحث في نسبة عدم تنفيذ المدين لالتزاماته بالمقارنة مع جملة الالتزامات كي يخرج بأساس صالح لتقدير جسامة الإخلال[6]. وبالعودة إلى نص المادة 119 من ق.م.ج يتبين أن المشرع الجزائري قد اتبع المعيار الموضوعي كأساس لتقدير القاضي مدى جسامة الخطأ المرتكب كمسوغ لفسخ العقد.

الفرع الثاني: أثار فسخ الصفقة العمومية

يترتب على بالفسخ في كل الحالات انحلال الرابطة التعاقدية التي تربط طرفي الصفقة العمومية، كما يمكن أن يكون من أثاره حصول الطرف المضرور على تعويض عادل لما كان قد أصابه من أضرار نتيجة لإخلال الطرف الأخر من العلاقة.

أولا- انتهاء عقد الصفقة العمومية:

---

[1] سحر جبار يعقوب، فسخ العقد الإداري قضائيا، المرجع السابق، ص.194.

[2] أنور سلطان، المرجع السابق، ص.275.

[3] نفس المرجع، ص.275.

[4] أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المرجع السابق، 2005، ص.792.

[5] إسماعيل هاني عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.1250.

[6] سحر جبار يعقوب، فسخ العقد الإداري قضائيا لخطأ الإدارة، المرجع السابق، ص.198 و199.

نص المادة 122 ق.م.ج على أنه "إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تقضي بالتعويض".

وظاهر من هذا النص؛ أن ما يترتب على الفسخ سواء كان قضائيا أو اتفاقيا انحلال العقد وزواله[1] لا من وقت تقرير الفسخ فحسب وإنما يمتد إلى وقت التعاقد أيضا، أي أن أثر الفسخ لا يقتصر على المستقبل بل ينصرف كذلك إلى الماضي فيعتبر العقد كأن لم يكن فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير فتنعدم جميع الآثار التي تولدت عنه وهذا ما يعبر عنه بالأثر الرجعي للفسخ[2].

مما تجب ملاحظته في هذا الشأن؛ أن الأثر الرجعي للفسخ يقتصر على العقود الفورية دون العقود المستمرة أو كما تسمى بعقود المدة كونها عقود لا تسمح طبيعتها بالأثر الرجعي إذا ما تم فسخها، هذا لأن ما تم تنفيذه في إطارها في الماضي قبل الفسخ يظل قائما بحيث يستحيل إرجاع المتعاقدين إلى الحال التي كان عليها قبل التعاقد فيمتد الفسخ نتيجة لذلك إلى المستقبل دون الماضي[3]، ولأن عقود الصفقات العمومية من العقود الزمنية؛ فإنه لا يترتب على فسخها أي أثر رجعي ولا يكون للمتعامل المتعاقد المضرور من فعل المصلحة المتعاقدة بالإضافة إلى تحلله من الالتزامات التي ارتبط بتنفيذها بموجب العقد سوى الحصول على التعويض.

ولأن انعدام الأثر الرجعي لفسخ عقود الصفقات العمومية يعود إلى كون عامل الزمن فيها يمثل ركنا مهما في تنفيذها، يكون قاضي العقد إذا ما قرر فسخ صفقة عمومية نتيجة لعدم وفاء المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها فإنه بذلك يعمل على تعجيل الأجل المنهي الذي يحل في هذه الحالة قبل الميعاد المتفق عليه مسبقا في العقد[4].

ثانيا- التعويض:

تخضع جميع العقود سواء المبرمة في إطار قواعد القانون العام أو تلك التي أبرمت في إطار قواعد القانون الخاص إلى قاعدة قانونية عامة مفادها أن الدائن الذي أجيب إلى فسخ العقد حق له أن يرجع بالتعويض عما أصابه من ضرر على المدين إذ كان عدم قيام هذا المدين بتنفيذ التزامه راجعا إلى خطئه لإهمال أو تعمد وترتب على هذا الخطأ ضرر[5].

فإذا كان المتعامل المتعاقد قد طلب فسخ صفقته لعدم وفاء المصلحة المتعاقدة بما عليها من التزامات وقضي له بالفسخ يجوز له أن يطلب من المصلحة المتعاقدة تعويضا عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب، وهذا أمر متفق عليه لدى فقهاء القانون.

إلا أن الفقهاء اختلفوا حول أساس هذا التعويض؛ إذ ذهب جانب منهم أمثال الأستاذ السنهوري إلى القول بأن الالتزام بالتعويض بعد تقرير الفسخ قائم على المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية التعاقدية ، كون العقد المفسوخ لا يصلح أساسا للمسؤولية التعاقدية وإنما أساس التعويض هو خطأ المدين ويعتبر

---

[1] إن المقصود بانحلال العقد هو زواله بعد إبرامه، إما بعد البدء في تنفيذه أو قبل البدء في التنفيذ، والانحلال قد يكون كاملا يتناول كل الرابطة التعاقدية بالنسبة إلى الماضي والمستقبل أو بالنسبة للمستقبل فقط، وقد يكون الانحلال جزئيا يقتصر على إعفاء المدين من بعض التزاماته التعاقدية، وعليه يختلف الانحلال عن إبطال العقد ذلك أن الانحلال يرد على عقد صحيح قبل أن ينقضي العقد بالتنفيذ ويؤدي إلى زواله حسب الأحوال بأثر رجعي أو بغير اثر رجعي، أما الإبطال فهو يرد على عقد غير صحيح فهو الجزاء القانوني على تخلف ركن من أركان انعقد هاو شرط من شروط صحته، ويترتب عليه في جميع الأحوال (إذا تقرر البطلان أو الإبطال) زوال العقد بأثر رجعي ويعتبر كأنه لم يكن. العربي بلحاج، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.504.

[2] أنور سلطان، المرجع السابق، ص.278.

[3] أحمد سلمان شهيب السعداوي، جواد كاظم جواد سميسم، المرجع السابق، ص.235.

[4] أنور سلطان، المرجع السابق، ص.281.

[5] سمير صادق، المرجع السابق، ص.222.

العقد هنا واقعة مادية لا عملا قانونيا كما في البطلان، ويختلف الوضع إذا ما طالب الدائن بدلا من الفسخ تنفيذ العقد حينها سوف ينبني التزام بالتعويض على أساس المسؤولية التعاقدية[1].

بينما يرى جانب آخر من الفقهاء أمثال شريف الطباخ بأن التعويض ينبني على المسؤولية التعاقدية بمجرد التقصير في الوفاء بالتزام كما يقوم إلى جانبه الحق في طلب الفسخ للتحلل من الارتباط بالعقد وليس من الضروري أن يبقى العقد قائما حتى الحكم بالتعويض لتكون المسؤولية عقدية[2].

والتعويض الذي يطالب به المتعامل المتعاقد إلى جانب طلب الفسخ؛ لا يختلف عن التعويض المطالب به كمطلب وحيد أو إلى جانب طلب التنفيذ من حيث القواعد العامة المنظمة لحق التعويض، لاسيما شروط قيام الحق في استحقاقه وكيفية ووقت تقديره كما سبق أن بيناه أعلاه عندما تطرقت لحق المتعامل المتعاقد في التعويض القضائي عن إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية.

في نهاية هذا الباب؛ يجب القول بأن مسؤولية المصلحة المتعاقدة قد تقوم بعد إبرام الصفقة وأثناء مرحلة التنفيذ على أساس وقوع خطأ عقدي من جانبها أو دون أي إخلال من جانبها، وهذا إما بمقتضى سلطتها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة دون أن يخرج تعديلها عن أطر المشروعية فيكون من شأن تعديلها في التزامات المتعامل المتعاقد زيادة أعبائه المالية ما يؤدي إلى اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية والإضرار بمصلحته (نظرية فعل الأمير)، أو إذا ما وجد المتعامل المتعاقد نفسه في مواجهة ظروف غير متوقعة قد تطرأ أثناء تنفيذ عقد الصفقة تعرضه إلى خسارة مالية فادحة في حالة استمراره في التنفيذ (نظرية الظروف الطارئة)، أو اعترض هذا المتعامل المتعاقد خلال تنفيذه لالتزاماته التعاقدية صعوبات مادية لم تكن متوقعة عند إبرام العقد (نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة)، فتلتزم المصلحة المتعاقدة بمساعدته على تخطي هذه الصعوبات بتعويضه حتى يستمر في العقد تحقيقا للمصلحة العامة.

بالإضافة إلى الظروف السابقة الذكر في أحيان عدة قد يتعرض المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ الصفقة العمومية إلى أفعال أو أحداث غير متوقعة لا يمكن مقاومتها فتجعل تنفيذ عقد الصفقة العمومية مستعصيا، مما يترتب عنه منع المتعامل المتعاقد من تنفيذ التزاماته التعاقدية بصورة مؤقتة فيفرض عليه بذل مجهود للاستمرار في تنفيذ الواجبات التعاقدية المتأثرة بمساعدة المصلحة المتعاقدة، أو قد تعفي تلك الأحداث المتعامل المتعاقد من تنفيذ التزاماته التعاقدية بصورة كلية ونهائية نظرا لأن تنفيذ عقد الصفقة في ظلها أصبح مستحيلا استحالة مطلقة وفي مقابل ذلك تلتزم المصلحة المتعاقدة في هذه الحال إذا ما أصاب المتعامل المتعاقد معها خسائر وأضرار بتعويضه في مواجهة هذه الأحداث (نظرية القوة القاهرة).

وتقوم المسؤولية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة أيضا من دون خطأ فتلتزم هذه الأخيرة بتعويض المتعامل المتعاقد متى وجد نفسه مضطرا إلى تنفيذ بعض الأعمال والخدمات التي تعتبر ضرورية لحسن تنفيذ الصفقة (نظرية الإثراء بلا سبب).

فهذا النوع من المسؤولية أي مسؤولية المصلحة المتعاقدة دون خطأ مرده يرجع إلى كون علاقة المتعامل المتعاقد مع الإدارة في عقود الصفقات العمومية هي علاقة تعاون وتساند من أجل تسيير المرفق العام الذي من أجله أبرمت الصفقة، وتتجسد هذه العلاقة بشكل واضح من خلال التزام المصلحة المتعاقدة بتعويض المتعامل المتعاقد على أساس إعادة التوازن المالي للعقد أو مقابل الأعمال الزائدة التي يقوم المتعامل المتعاقد بتنفيذها خارج إطار العقد.

---

[1] أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام،المرجع السابق، ص.5□8.

[2] شريف أحمد الطباخ، التعويض عن المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في ضوء القضاء والفقه، المرجع السابق، ص.□□□ و4□□.

والى جانب نشوء حق المتعامل المتعاقد في مطالبة المصلحة المتعاقدة بالتعويض عن إخلالها بالتزام عقدي أو من دون إخلال كما سبق قوله، يحق له أيضا طلب فسخ الصفقة العمومية وهذا الفسخ قد يكون فسخا اتفاقيا يقع دون الحاجة إلى اللجوء للقضاء متى وقع في ظروف خارجة عن إرادة طرفي الصفقة، وقد يكون فسخا قضائيا يرفعه المتعامل المتعاقد أمام القضاء الإداري بناء على دعوى ضد المصلحة المتعاقدة متى أخلت بالتزاماتها التعاقدية بعد فشل إجراء التسوية الودية للنزاع.

الخـــاتمـــة

إن تقرير المسؤولية التعاقدية في مجال تنفيذ الصفقات العمومية؛ يقتضي وجود عقد صفقة ملزم لجانبين يستوفي جميع الشروط اللازمة لقيامه صحيحا ولا يمكن القول بوجودها قبل إبرام هذا العقد، بالإضافة إلى وقوع خطأ عقدي يرتكبه أحد طرفي الصفقة العمومية؛ فإذا كان من ارتكب هذا الخطأ هو المتعامل المتعاقد الذي ظفر بالصفقة، بأن لم يلتزم بتنفيذ عقد الصفقة العمومية تنفيذا شخصيا وعلى مسؤوليته الخاصة بطريقة سليمة وبعناية تامة، أو أخل بتنفيذه عقد الصفقة العمومية في المدة الزمنية المتفق عليه مقدما، أو أنه لم يلتزم بمبدأ حسن النية في التنفيذ الذي يقتضي منه ضرورة تنفيذ العقد تنفيذا مطابقا والاستمرار في تنفيذه دون توقف ودون تذرع بحجج حالت دون ذلك لا أساس لها من الصحة، سوف يؤدي ذلك إلى الإضرار بسير المرافق العامة باستمرار وباضطراد فيؤثر على الاستغلال الأمثل للأموال العمومية المرصودة لهذا الغرض وتنشيط العجلة التنموية التي تسعى الدولة لتحقيقها.

وفي سبيل ضمان حسن سير المرافق العامة وعدم الإضرار بها من المتعاملين المتعاقدين، منح المشرع المصلحة المتعاقدة جملة من السلطات الاستثنائية وغير المألوفة في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية باعتبارها القوامة على المحافظة على تحقيق النفع العام الذي وجد لأجله المرفق العمومي، عن طريق تقديمها للخدمات الموكلة لها بأعلى مستوى من الجودة الممكنة من الخدمات، وهذا ما يجعلها في مركز متميز عن هؤلاء المتعاملين.

ولعل من أبرز وأخطر السلطات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة تلك التي تمارسها نتيجة لقيام المسؤولية التعاقدية للمتعامل المتعاقد التي تتيح لها حق تسليط جزاءات على هذا الأخير بإرادتها المنفردة لحمله على تنفيذ العقد دون حاجة للجوء إلى القضاء، وتتنوع هذه الجزاءات إلى جزاءات مالية ذات طابع مادي تفرضها المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد لضمان السير المنتظم والمستمر للمرفق العمومي، وهي إما أن تتخذ صورة غرامات مالية تحدد نسبها المصلحة المتعاقدة مسبقا في دفتر الشروط، تلزم المتعاقد بدفعها متى تثبتت مسؤوليته دون الحاجة لإثبات وقوع ضرر لحق بالمصلحة العامة، وإما أن تتخذ صورة مصادرة كفالة حسن التنفيذ الذي يودعها المتعامل المتعاقد الذي رست عليه الصفقة في شكل مبلغ مالي كضمان لتنفيذ الصفقة في الآجال المتفق عليها وبالمعايير المنصوص عليها في دفتر الشروط، أو تتخذ شكل جزاء التعويض التي يمكن توقيعه على المتعامل المتعاقد جبرا للضر الذي لحق بالمصلحة المتعاقدة، كما قد تفرض المصلحة المتعاقدة جزاءات من نوع آخر تكون ضاغطة في شكل سحب العمل من المتعامل المتعاقد والقيام بتنفيذ الصفقة على حسابه، بل أخطر من ذلك قد تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى إنهاء علاقتها التعاقدية مع المتعامل المتعاقد الذي أخل إخلالا جسيما بموجب جزاء الفسخ.

ولأن عقد الصفقة العمومية يولد التزامات متبادلة في جانب طرفيه؛ قد تكون المصلحة المتعاقدة هي من أخلت بالتزاماتها التعاقدية مما يشكل خطأ عقديا في جانبها، ويمكن تصور إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية في ثلاث صور؛

أولها عدم تنفيذها لالتزاماتها الفنية أو التقصير فيها من خلال عدم التزامها بتنفيذ عقد الصفقة العمومية بالكامل، كعدم تمكين المتعامل المتعاقد من البدء في العقد حتى يستطيع الوفاء بكامل التزاماته بعدم منحه الأمر بالخدمة قصد الانطلاق في الأشغال موضوع الصفقة، إذ لا يمكن لأي متعاقد أن يبدأ في التنفيذ بمجرد الإعلان عن المنح المؤقت ولا بمجرد تأشير لجنة الصفقات على الصفقة، أو عدم تسليمه موقع العمل المتفق عليه أو تسليمه له من دون إزالة العوائق، أو امتناعها عن تسليم المتعامل المتعاقد مخططات وتصاميم الأعمال المراد انجازها في إطار الصفقة العمومية حتى يتمكن من الانطلاق فيها وتنفيذها تنفيذا سليما، كما قد يتضمن دفتر الشروط التزام المصلحة المتعاقدة تزويد المتعامل المتعاقد ببعض المواد أو المنتجات حتى يتمكن من تنفيذ الأشغال المتفق عليها بالمواصفات المطلوبة، إلا أن المصلحة المتعاقدة قد تمتنع عن تزويده بهذه المواد فتكون قد ارتكبت خطأ عقديا موجبا لقيام مسؤوليتها.

وثاني هذه الصور إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية يتجسد في إخلالها بأداء التزاماتها المالية اتجاه المتعامل المتعاقد من خلال عدم تمكينه من المقابل المالي أو تأخرها في دفعه له مما يلحق بالمتعامل المتعاقد معها ضررا أكيدا.

كما يمثل الاستعمال غير المشروع لسلطات التعديل والرقابة والتوجيه وكذا فرض الجزاءات أثناء تنفيذ عقد الصفقة العمومية اتجاه المتعامل المتعاقد ثالث صور إخلال المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية.

فيكون من أهم ما يترتب من نتائج هذا الإخلال قيام مسؤولية المصلحة المتعاقدة؛ ومن تم حق للمتعامل المتعاقد مطالبتها بالتعويض جبرا للضرر الذي بكون قد لحقه من جراء خطأها في تنفيذ ما التزمت به من شروط .

غير أنه المسؤولية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة قد لا تقوم بناء على خطأ ترتكبه بنفسها؛ وإنما تقوم أحيانا حتى من دون خطأ في إطار ما يسمى بإعادة التوازن المالي للصفقة العمومية فتلتزم بتعويض المتعامل المتعاقد على أساس فعل الأمير أو عن الظروف الطارئة أو في حال وقوع صعوبات مادية لم تكن متوقعة عند إبرام الصفقة، كما قد تثار مسؤولية المصلحة المتعاقدة دون خطأ بفعل القوة القاهرة في ظل توافر شروط معينة وليس في كل الحالات أو على أساس الإثراء بلا سبب،كما أن حقوق المتعامل المتعاقد التي تترتب على إخلال المصلحة المتعاقدة لا تتوقف عند مطالبته بالتعويض باعتباره جزاء أصليا، بل قد تصل إلى حد مطالبته بفسخ صفقته.

انطلاقا من دراستي لموضوع المسؤولية التعاقدية أثناء تنفيذ الصفقة العمومية خلصت إلى النتائج التالية:

1- أن إقرار المسؤولية التعاقدية لأحد طرفي الصفقة العمومية متى أخل بالتزاماته التعاقدية أثناء تنفيذه العقد؛ هو كما ذهب إليه كل من الفقه والقضاء الإداريين بمثابة خلق نوع من التوازن بين المصالح المتقابلة سواء من حيث ضمان سير المرفق العام الذي تسعى المصلحة المتعاقدة إلى المحافظة على انتظامه وباضطراده، أو من حيث ضمان عدم المساس بما كان يسعى إلى تحقيقه المتعامل المتعاقد عند إقدامه على إبرام الصفقة العمومية.

2- أن عقد الصفقة العمومية شرط من شروط قيام المسؤولية التعاقدية؛ وهو إن كان يتق مع عقود القانون الخاص من حيث أساس قيام كلاهما والذي يعتمد على توافق إرادتي المتعاقدين على التعاقد بإيجاب وقبول من أجل إنشاء التزامات متقابلة ، إلا أنهما يختلفان من ناحية الطريقة التي يتم بها هذا الإيجاب والقبول، ذلك أن إبرام عقد الصفقة العمومية يمر بعدة مراحل تسبق إبرام عقد الصفقة العمومية من تحديد المصلحة المتعاقدة لحاجياتها إلى الإعلان عن الصفقة وقررا لجنة فتح وتقييم العروض برسو الصفقة ، فيعد العرض المقدم من المتعهد بمثابة إيجاب يصدر منه، وتعتبر مصادقة المصلحة المتعاقدة على قرار الإرساء على صاحب العرض قبولا.

3- أن ما يثير مسؤولية المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ الصفقة العمومية إخلاله بالتزاماته التعاقدية لاسيما الالتزام بحسن النية في تنفيذ العقد، وعدم إيقاف التنفيذ أيا كانت الظروف ما عدا حالة القوة القاهرة التي يمكن أن تنهض مبررا له في ذلك وهذا حفاظا عل سير المرفق العام، وأيضا الالتزام بتنفيذ الصفقة العمومية تنفيذا كاملا وشخصيا ومطابقا للشروط المتفق والالتزام بالمدة المقررة للتنفيذ بأن يبدل عناية الرجل الحريص وليس عناية الرجل العادي، حتى أنه إذا حدث وتأخر عن التنفيذ وتأكدت المصلحة المتعاقدة من أنه بدل أقصى ما في وسعة لتفادي التأخير أمكن أن يستفيد من الإعفاء من غرامة التأخير.

4- يتبين من خلال دراسة وتحليل نصوص القانون رقم 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية والمراسيم المنظمة له لاسيما المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية

وتفويضات المرفق العام وكذا المرسوم التنفيذي 21-219؛ أن المشرع تناول بالنص الصريح إلى ما يعد إخلالا بالتزامات التعاقدية في جانب المتعامل المتعاقد كما، نظم ما يترتب على إخلال المتعامل المتعاقد من جزاءات يحق للمصلحة المتعاقدة توقيعها عليه، تتنوع بين عقوبات مالية وعقوبات ضاغطة وأخرى فاسخة.

5- أن القرار الوزاري السابق؛ المؤرخ في 21 نوفمبر 1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، كان أوضح بشأن أحد أهم أنواع الجزاءات التي تملك المصلحة المتعاقدة حق توقيعه على المتعامل المتعاقد والمتمثل في سحب العمل من المتعاقد والتنفيذ على حسابه كجزاء ضاغط، في حين لم يتطرق إلى هذا الجزاء في المرسوم التنفيذي 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة وبالتالي كان على المشرع النص عليه لما فيه من ضمان للاستمرارية في تنفيذ المشاريع وتوفير للوقت بدلا من الفسخ والدخول في إبرام صفقة جديدة تطول إجراءات إبرامها مما يعرقل سير المرفق العام بانتظام وباضطراد.

6- أن مجرد إخلال المتعامل المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية يمنح الحق للمصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات على هذا الأخير حتى وإن لم يلحقها ضرر من هذا الإخلال.

7- أن المصلحة المتعاقدة ملزمة هي أيضا بتنفيذ شروط الصفقة العمومية وإلا اعتبرت مسؤولة مسؤولية تعاقدية، خصوصا وأنه غالبا ما يتوقف تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته التعاقدية على تنفيذ المصلحة المتعاقدة لالتزاماتها التعاقدية، فيقع عليها الالتزام بتنفيذ العقد كاملا وبحسن نية عن طريق تمكين المتعامل المتعاقد من موقع التنفيذ وجميع مواصفات ومخططات التنفيذ، كما يقع عليها الالتزام بأداء المقابل المالي للمتعامل المتعاقد طبقا لشروط الدفع المتفق عليها.

8- أن ما يثير المسؤولية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة استعمالها غير المشروعة لسلطاتها وامتيازاتها الناجمة عن العقد؛ سواء تعلق الأمر بسلطتها في الرقابة والتوجيه بحيث يكون عليها متابعة المتعامل المتعاقد وتنبيهه لأهمية التنفيذ المطابق وفي المواعيد المحددة، أو بسلطتها في تعديل شروط العقد عن طريق الالتزام بالنسب التي وضعها المشرع، أو بسلطتها في توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد على أن تحترم في ذلك ضوابط توقيع الجزاء.

9- أن مشرع قانون الصفقات العمومية الجزائري؛ وان نص ما يمكن توقيعه من جزاءات على المتعامل المتعاقد في حال إخلاله بتنفيذ العقد، إلا أنه لم ينص على الجزاءات التي يجب أن توقع على المصلحة المتعاقدة في حال إخلالها بالتزاماتها التعاقدية -سوى نصه على فوائد التأخير- وعليه وجب تنظيم مجازاة المصلحة المتعاقدة حماية للمتعامل المتعاقد من تعسف المصلحة المتعاقدة وإخلالها بالتزاماتها تفاديا لطول الإجراءات القضائية.

10- أن المسؤولية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة في القانون العام؛ تقوم على أساسين هما الخطأ ويمثل الأصل في قيام المسؤولية التعاقدية، ويحدث ذلك إما من خلال إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها الفنية والمالية، أو عند استخدامها لسلطاتها الاستثنائية على نحو غير مشروع وتلتزم مقابل ذلك بتعويض المتعامل المتعاقد عن الضرر الذي ألحقته به، كما يمكن أن تقوم المسؤولية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة من دون خطأ فتلتزم بتعويض المتعامل المتعاقد على أساس الضرر الوقع نتيجة لاختلال التوازن المالي للعقد أو الإثراء بلا سبب أو القوة القاهرة في حالات معينة.

11- من أهم ما يترتب من نتائج على قيام مسؤولية المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ العقد؛ حق المتعامل المتعاقد في حصوله على تعويض لجبر الضرر الذي أصابه، وأيضا حقه في طلب فسخ صفقته.

في الأخير؛ وبناء على النتائج المتوصل إليه أعلاه أقترح مايلي:

1- لم يتطرق مشرع قانون الصفقات العمومية الجزائري إلى ما يعد خطأ ترتكبه المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ عقد الصفقة العمومية - ماعدا الإشارة بصورة ضمنية إلى إخلالها بالدفع للمتعامل المتعاقد أربع تسبيقات مثالية أو تأجيلها تنفيذ العقد لسنتين مثاليتين-، وكأن المسؤولية الخطئية تخص المتعامل المتعاقد دون المصلحة المتعاقدة، وبالتالي كان لابد من النص على خطأ هذه الأخيرة كما فعل المشرع المصري في قانون المزايدات والمناقصات رقم 89 لسنة 1998 ولائحته التنفيذية وعدم الاكتفاء بالنص فقط على ما يثير مسؤوليتها غير الخطئية في إطار سلطتها في تعديل العقد أو في إطار ما يصادف تنفيذ العقد من أخطار كان قد أشار إليها في المواد من 107 إلى غاية 110 من المرسوم التنفيذي 21-219 المتضمن المصادقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال.

2- إذا كان المشرع الجزائري؛ عند تنظيمه لسلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل شروط العقد بحيث حدد لها نسبا معينة لا يمكن لها أن تجاوزها سواء تلك المتعلقة بتخفيض قوام الأشغال أوبزيادتها، غير أنه يجب لفت انتباه المشرع هنا إلى أمرين؛

أولهما يخص الاستثناء الذي أورده ضمن نص المادة 136؛ حيث أقر بإمكان تجاوز المصلحة المتعاقدة ما نسبته 20 من المائة بالنسبة للأشغال وما نسبته 15 بالمائة بالنسبة للخدمات أو اقتناء اللوازم أو الدراسات على أن تبرر المصلحة المتعاقدة لدى لجنة الصفقات المختصة أنه لم يتم المساس بالشروط الأصلية للمنافسة وأنه لم يتم التراجع فيها وأن إعلان جديد بعنوان الخدمات بالزيادة لا يسمح بانجاز المشروع حسب الشروط المثلى للآجال والسعر، وهنا يجب القول بأن هذا الاستثناء قد فتح المجال واسعا أمام المصالح المتعاقدة لتجاوز ما هو مقرر قانونا من نسب في الكثير من الأحيان والاكتفاء بتقرير تبريري غالبا ما يلقى القبول من لجنة الصفقات المختصة، مما قد يرهق المتعامل المتعاقد ويصعب عليه عملية تنفيذ العقد، خصوصا وان نسبة الأعمال الإضافية أو التكميلية التي طالبته بها المصلحة المتعاقدة لم تكن في حسبانه وقت التعاقد، وبالتالي يفضل وضع ضوابط تكون أكثر وضوحا وتفصيلا تخص العمل بهذا الاستثناء.

أما الأمر الثاني؛ فيخص ما رتبه المشرع من حق للمتعامل المتعاقد في مقابل حق المصلحة المتعاقدة في تجاوز نسب التعديل بالزيادة على سبيل الاستثناء، حيث اكتفى بمنحه الحق في المطالبة بفسخ صفقته وبشكل فوري ولكن دون أن يكون له الحق في طلب التعويض وهذا حسب نص المادة 34 فقرة 3 من المرسوم التنفيذي 21-219، إذ يعد منع المتعامل المتعاقد من التعويض إذا ما تقرر فسخ صفقته مما يلحق به ضررا خصوصا وأنه عندما أقدم على إبرام الصفقة كان يهدف إلى إتمامها تحقيقا للربح لا الخسارة، الأمر الذي يتنافى مع مقتضيات مبدأ العدالة.

3- في كثير من الأحيان ما يعاني المتعامل المتعاقد الذي تعرضت صفقته للفسخ من جانب المصلحة المتعاقدة من تأخر هذه الأخيرة في تسديد مقابل ما نفذه من أعمال فيضطر للانتظار لمدة طويلة يقتضيها تسوية النزاع، وعليه يستحسن أن يتم تسديد جزء من مبلغ ما تم انجازه وترك الباقي كضمان في انتظار التسوية،أو تسديد مقابل كل ما أنجز إذا ما تم استلامه من دون تحفظ مع طلب ضمان من المتعامل المتعاقد.

4- غالبا ما تختلف المصالح حول كيفية احتساب عقوبات التأخير، فتعتمد بعضها في ذلك على نسبة ما تبقى من الإنجاز وتعتمد المصالح الأخرى على المبلغ الإجمالي للصفقة وفي بعض الأحيان يتم الاعتماد على كلتا الطريقتين، ومن هنا وجب الفصل في هذا الاختلاف عن طريق حساب عقوبة التأخير بناء على المبلغ الإجمالي بالنسبة للصفقات التي يكون موضوعها تلبية حاجات لا يمكن إشباعها إلا

بالاستلام النهائي، أما بالنسبة الصفقات التي يمكن إشباع حاجات المصلحة المتعاقدة ولو جزئيا دون حاجة لأن تكتمل الأجزاء الباقية، لا بد من أن يتم حساب عقوبات التأخير بالاعتماد على مبلغ باقي الانجاز.

5- على المشرع الجزائري أن يرفع الغموض عن مصطلح المصلحة العامة في نص المادة 91 من قانون الصفقات العمومية 23-12 بأن يوضح معالمه كمبرر لفسخ المصلحة المتعاقدة عقد الصفقة العمومية من جانب واحد، خصوصا وأن من شأن تركه مصطلحا فضفاضا سوف يؤدي بالمصلحة المتعاقدة إلى إساءة استعماله ومن ثم الإضرار بمصلحة المتعامل المتعاقد.

قائمة المراجع

I. المراجع باللغة العربية

أولا: النصوص القانونية:

أ- القوانين:

1- القانون العضوي 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998، يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 37، صادرة في 01 جوان 1998.

2- القانون العضوي رقم 98-02 المتعلق باختصاصات المحاكم الإدارية وتنظيمها وعملها، المؤرخ في 30 ماي 1998، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 37، صادرة في 01 جوان 1998.

3- القانون العضوي 98-03 مؤرخ في 30 ماي 1998، يتضمن باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 39، صادرة في 07 جوان 1998.

4- القانون 90-21 المؤرخ في 15 أوت 1990، يتعلق بالمحاسبة العمومية، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 35، صادرة في 15 أوت 1990.

5- القانون 90-29 المؤرخ في 1 ديسمبر 1990، المتعلق بالتهيئة والتعمير.ج.ر عدد 52 صادرة بتاريخ 02 ديسمبر1990، المعدل والمتمم بموجب القانون 04-05 المؤرخ في 14 أوت 2004، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 51، صادرة في 15 أوت 2004.

6- القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 14، صادرة في 08 مارس 2006.

7- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 21، صادرة في 23 أفريل 2008.

8- القانون 23-12 المؤرخ في 05 أوت 2023، والمحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 51، صادرة في 06 أوت 2023.

9- القانون رقم 89، المتعلق بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات، المؤرخ في 08 ماي 1998، ج.ر للجمهورية المصرية، العدد 19 مكرر، صادرة في 15 ماي 1998 .

10- القانون رقم 131، المتضمن القانون المدني المصري ،المؤرخ في 16 جويلية 1948، ج.ر للجمهورية المصرية، العدد 108 مكرر، صادرة في 29 جويلية 1948.

ب- الأوامر:

1- الأمر 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 52، صادرة في 27 جوان 1967.

2- الأمر رقم 69-32 المؤرخ في 22 ماي 1969 يتمم الأمر 67-90، المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 46، صادرة في27 ماي 1969.
3- الأمر رقم 70-57 المؤرخ في 6 أوت 1970 المتمم للأمر 67-90، المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 32، صادرة في 07 أفريل 1970.

4- الأمر رقم 75-58 المؤرخ 26 سبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 جويلية والقانون 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007.

5- الأمـر رقم 15-01 المـؤرخ في 23 جويلية 2015، يتـضمن قـانون المـالية الـتكـميلي لسنة 2015، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 40، صادرة في 23 جويلية 2015.

ج- المراسيم:

1- المرسوم الرئاسي 82-145 المؤرخ في 10 أفريل 1982، ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 57، صادرة في 13 أفريل 1982.

2- المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 52، صادرة بتاريخ 28 جويلية 2002.

3- المرسوم الرئاسي 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 02-250، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 62، صادرة في 09 نوفمبر 2008.

4- المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 58، صادرة في 07 أكتوبر 2010.

5- المرسوم الرئاسي 11-98 المؤرخ في 1 مارس2011 المعدل للمادة 24 المتعلقة بدفاتر شروط المناقصات الدولية، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 14، صادرة في 06 مارس 2011.

6- المرسوم الرئاسي 11-222 المؤرخ في 16 جويلية 2011، يعدل المرسوم الرئاسي 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 34، صادرة في 19 جويلية 2011.

7- المرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تعديل المرسوم الرئاسي 10-236، المؤرخ في 18 جانفي 2012، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي 10-236، والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج,ر للجمهورية الجزائرية، العدد 04، صادرة بتاريخ 26 جانفي 2012.

8- المرسوم الرئاسي 13-03 المؤرخ في 1 مارس2013، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 02، صادرة في 13 جانفي 2013.

9- المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر2015، والمتضمن تنظيم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 50، صادرة في 20 سبتمبر 2015.

10- المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد57، صادرة في 13 نوفمبر 1991.

11- المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المؤرخ في 14 نوفمبر سنة 1992، يتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 82، صادرة في 15 نوفمبر 1992المعدل والمتمم.

12- المرسوم التنفيذي رقم 09-374 المؤرخ في 16 نوفمبر 2009، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 92–414 المؤرخ في 14 نوفمبر 1992 والمتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 67، صادرة في 19 نوفمبر 2009.

13- المرسوم التنفيذي 21-219 مؤرخ في 20 ماي 2021، يتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 50، صادرة في 24 جوان 2021.

د- القرارات الوزارية:

1- القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 101، صادرة في 11 ديسمبر1964.

2- القرار المؤرخ في 28 مارس 2011، يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وآجال نشره، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 24، صادرة في 20 أفريل 2011.

3- القرار المؤرخ في 28 مارس 2011 يحدد كيفيات الدفع للمتعامل الثانوي، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 24، صادرة في 20 أفريل 2011.

4- القرار المؤرخ في 19 ديسمبر سنة 2015، يحدد كيفيات التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، ج.ر للجمهورية الجزائرية، العدد 17، صادرة في 16 مارس 2016.

5- القرار المؤرخ في 19 ديسمبر سنة 2015، يحدد كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، ج.ر العدد 17، صادرة في 16 مارس 2016.

أ. التعليمات الوزارية:

1- تعليمة رقم 1115 الصادرة بتاريخ 12جويلية 2011 عن الأمين العام لوزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات الجزائرية، تتعلق بمنح الصيدلية المركزية الحق الحصري بتزويد المنتجات الصيدلانية للمستشفيات.

ثانيا: الأحكام القضائية

1- قرار المحكمة العليا، مؤرخ في 09 نوفمبر 1985، ملف رقم 43731، الغرفة الإدارية، المجلة القضائية لسنة 1990، الجزائر، العدد 02، ص.175.

2- قرار المحكمة العليا، مؤرخ في 16 ديسمبر 1989، ملف رقم 65145، المجلة القضائية لسنة 1991، الجزائر، العدد 01، ص.133.

3- قرار المحكمة العليا، مؤرخ في 05 ماي 1990، ملف رقم 66148، الغرفة الإدارية، المجلة القضائية لسنة 1995، العدد 12، ص.102و103.

4- قرار المحكمة العليا، مؤرخ في 06 سبتمبر 1997، ملف رقم 124356، الغرفة الإدارية، المجلة القضائية لسنة 1998، العدد01، ص.177.

5- قرار مجلس الدولة رقم 016348، مؤرخ في 21 ديسمبر 2004، الغرفة الأولى، المجلة القضائية لسنة 2005، الجزائر العدد07، ص.83 و85.

6- قرار مجلس الدولة رقم 020289، مؤرخ في12 جويلية 2005، الغرفة الأولى، المجلة القضائية لسنة 2005، العدد 07، الجزائر، ص.86.

7- قرار مجلس الدولة رقم 013401، مؤرخ في 20 جانفي 2004، الغرفة الأولى، المجلة القضائية لسنة 2005، العدد 07، ص.74.

8- قرار مجلس الدولة رقم 22350، مؤرخ في 12 جويلية 2005، الغرفة الأولى، المجلة القضائية لسنة 2005، العدد 07، ص.92.

9- قرار مجلس الدولة، رقم 015885، مؤرخ في 21 سبتمبر 2004، الغرفة الأولى، المجلة القضائية لسنة 2005، العدد07، ص.77- 79.

10- قرار مجلس الدولة رقم 077577، مؤرخ في 21 نوفمبر 2013، الغرفة الأولى، المجلة القضائية لسنة 2013، العدد 11. ص.83.

11- قرار مجلس الدولة رقم 078206 مؤرخ في 21 نوفمبر 2013، الغرفة الأولى، المجلة القضائية لسنة 2013، العدد 11، ص.95.

12- قرار مجلس الدولة رقم 078480، مؤرخ في 05 ديسمبر 2013، الغرفة الأولى، المجلة القضائية لسنة 2013، العدد 11، ص.102.

13- قرار مجلس الدولة رقم 063683، مؤرخ في 12 جانفي 2012، ملف رقم، الغرفة الأولى، المجلة القضائية لسنة 2014، العدد 12، ص.108.

14- قرار مجلس الدولة رقم 072357، مؤرخ في 13 ديسمبر 2012، الغرفة الأولى، المجلة القضائية لسنة 2014، العدد 12. ص.114.

15- قرار مجلس الدولة رقم 080407، مؤرخ في 06 فيفري 2014، الغرفة الأولى، المجلة القضائية لسنة 2015، العدد 13، ص.88.

ثالثا: المؤلفات

أ- المؤلفات العامة:

1- إبراهيم المنجي، العقود الإدارية، التنظيم القانوني لرابطة الالتزام الإداري أمام محاكم مجلس الدولة، شرح قانون المناقصات والمزايدات رقم 89-1998 وتعديلاته في ظل أحكام اللائحة التنفيذية بالقرار رقم 374 لسنة 2008، دار الحقانية، القاهرة، 2019.

2- إبراهيم سيد أحمد، التعويض الاتفاقي، دار الكتب القانونية، مصر،2005.

3- إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم 37 لسنة 1964، مكتبة الفلاح، الكويت، 1988.

4- أحسن رابحي، الأعمال القانونية الإدارية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2013.

5- أحمد سلمان شهيب السعداوي وجواد كاظم جواد سميسم، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقه الإسلامي، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2015.

6- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية –دراسة فقهية وقضائية-، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.

7- أحمد عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.

8- أحمد عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أثار الالتزام، الجزء الثاني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.

9- أحمد فتح الله أبو سكينة، النظرية العامة للإثراء بلا سبب في القانون الإداري، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، 1998.

10- أحمد موافي، الضرر في الفقه الإسلامي، المجلد الأول، دار بن عفان للنشر والتوزيع، بدون بلد نشر، 1997.

11- إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009.

12- إسماعيل هاني عبد الرحمن، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.

13- أكثم وجيه عبد الرحمن سليمان، تنظيم المرافق العامة، دراسة مقارنة، الشامل للنشر والتوزيع، ط1، فلسطين، 2016.

14- أنور العمروسي، المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.

15- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.

16- أنور طلبة، دعوى التعويض، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005.

17- إيلي مسعود خطار، التعاقد من الباطن في التنازع الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، لبنان، 2015.

18- ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972.

19- جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

20- جورج فودال وبيار دلفولفيه، القانون الإداري، الجزء الأول، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، ط1، لبنان، 2001.

21- حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني -الخطأ-، دار وائل للنشر، الأردن، 2006.

22- حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني- الضرر-، دار وائل للنشر، الأردن، 2006.

23- حسين الشيخ آيث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، دار هومة، الجزائر، 2013.

24- حسين درويش عبد العال، النظرية العامة في العقود الإدارية، مكتبة الأنجلو المصرية، ط1، مصر، 1983.

25- حمدي أبو النور السيد عويس، مقتضيات المصلحة العامة في العقد الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2017.

26- حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.

27- خالد بلجيلالي، الوجيز في نظرية القرارات والعقود الإدارية، دار بلقيس، الجزائر، 2017.

28- خالد خليفة، دليل إبرام العقود الإدارية في القانون الجزائري الجديد، دار الفجر للنشر والتوزيع، ط1، مصر، 2017.

29- رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، الجزائر، 2009.

30- رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، ط3، الإسكندرية، 2003

31- رمزي فريد محمد مبروك، الدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني المصري مقارنًا بالقانون الإماراتي والفرنسي، مكتبة الجلاء، المنصورة، مصر، 2000.

32- زكريا المصري، العقود الإدارية ما بين الالتزام القانوني والواقع العملي، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، مصر، 2014.

33- زين بدر فراج، الأحكام العامة للتأمينات، دار النهضة العربية، مصر، 2003.

34- سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، مصر، 2006.

35- سعاد الشرقاوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، مصر، 2009.

36- سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992.

37- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ط3، القاهرة، 1975.

38- سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، القسم الأول- في أركان المسؤولية-، معهد البحوث والدراسات القانونية، القاهرة، 1971.

39- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني- في الالتزامات عن الفعل الضار والمسؤولية المدنية- القسم الأول، منقحة بأحدث الآراء والأحكام من قبل حبيب إبراهيم الخليلي، دون دار نشر، 1992.

40- سمير صادق، العقد الإداري في مبادئ المحكمة الإدارية العليا، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1991.

41- شريف أحمد الطباخ، التعويض عن الإخلال بالعقد -التعويض العملي للمسؤولية المدنية في ضوء القضاء والفقه، دار الفكر والقانون، مصر، 2008.

42- شريف أحمد الطباخ، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية -التطبيق العملي لدعاوى التعويض-، الجزء الثالث، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2009.

43- عادل بوعمران، النظرة العامة للقرارات والعقود الإدارية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018.

44- عادل جبري محمد حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع العبء في المسؤولية المدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.

45- عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء في مبادئها القانونية وأوجهها العلمية، المنشورات الحقوقية، بيروت، 1999.

46- عامر عاشور عبد الله البياتي، التعاقد من الباطن، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2013.

47- عامر نعمة هاشم، الأصول القانونية لإبرام العقود الإدارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2016.

48- عبد التواب معوض، دعاوى التعويض الإدارية، دار الفكر الجامعي، طنطا، 1998.

49- عبد الحق صافي، القانون المدني، الجزء الأول، المصدر الإرادي للالتزامات - العقد-، بدون دار نشر، المحمدية، المغرب، 2007.

50- عبد الحكم فودة، التعويض المدني- المسؤولية التعاقدية والتقصيرية-، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دون سنة نشر.

51- عبد الرؤوف هاشم بسيوني، شبه العقد في القانون الإداري، دار الفكر العربي، الإسكندرية، دون سنة نشر.

52- عبد العزيز إبراهيم مأمون، القانون الإداري، دار الإعصار العلمي للنشر والتوزيع، الأردن، 2016.

53- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى التعويض الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009.

54- عبد العليم مشرف، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة نشر.

55- عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، الدار الجامعية للنشر والطباعة، ط4، بيروت، 1986.

56- عبد القادر الشيخلي، القانون الإداري السعودي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2015.

57- العربي بلحاج، النظرية العامة لالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.

58- العربي بلحاج، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2015.

59- عطا سعد محمد حواس، المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث البيئي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.

60- علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، منشورات زين الحقوقية، ط2، لبنان، 2014.

61- علي فيلالي، العمل المستحق للتعويض، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.

62- عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القانوني الجزائري، الجزء الثاني نظرية الدعوى الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون سنة نشر.

63- عمار عوابدي، النظرية نظرية المسؤولية الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.

64- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014.

65- مازن ليلو راضي، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2012.

66- مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.

67- محفوظ لعشب، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط4، الجزائر، 2007.

68- محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية للنشر والتوزيع، الإسكندرية، دون سنة نشر.

69- محمد أحمد إبراهيم المسلماني، الوسيط في شرح القانون الإداري، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2017.

70- محمد أحمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.

71- محمد الحسين ومهند نوح، العقود الإدارية، منشورات جامعة دمشق، سوريا، 2005.

72- محمد أمين عيسى صدقي، التعويض عن الضرر ومدى انتقاله للورثة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2014.

73- محمد بن سعيد بن حمد المعمري، العقود الإدارية في سلطنة عمان، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.

74- محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012.

75- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

76- محمد عبد الله الفلاح، أحكام القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2017.

77- محمد علي الخلايلة، الوظيفة العامة-القرارات الإدارية-العقود الإدارية-الأموال العامة، دار الثقافة ط1، الأردن، 2012.

78- محمد فؤاد عبد الباسط الأعمال الإدارية القانونية-الكتاب الثاني–العقد الإداري، دار النهضة العربية، 2012.

79- محمد فؤاد عبد الباسط، وقف تنفيذ القرار الإداري، الطابع الاستثنائي لنظام الوقف، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007.

80- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.

81- محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، ط1، مصر، 2007.

82- مصطفى عامر حمدي عطية، الأعمال القانونية للسلطة الإدارية -القرار الإداري والعقد الإداري-، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، ط1، الإسكندرية، 2015.

83- مفتاح سعداوي، قضايا قانونية معاصرة، دار النّهضة العربية، ط1، القاهرة، 2018.

84- مليكة الصروخ، القانون الإداري، دراسة مقارنة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط7، 2010.

85- منصور القاضي، القانون الإداري، الجزء الأول، المؤسسة الجامعية للدراسات، ط1، لبنان، 2001.

86- موريس نخلة، العقود الإدارية، دار المنشورات الحقوقية، دون بلد نشر، 1986.

87- نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، ط2، لبنان، 2012.

88- يحيى أحمد موافي، المسؤولية عن الأشياء في ضوء الفقه والقضاء دراسة مقارنة، مطبعة أطلس، القاهرة، 1992.

ب- المؤلفات المتخصصة:

1- إبراهيم الشارف الطاهر تفوقة، الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2011.

2- إبراهيم خورشيد محمد المفرجي، مسؤولية الإدارة عن أعمالها التعاقدية، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1، القاهرة، 2018.

3- إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية وفقا لقانون 89 لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، دار النهضة العربية، ط2، القاهرة، 2003.

4- أحسان سليمان خربيط، صعوبات تنفيذ العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017.

5- أحمد جمعة نور محمد البلوشي، تعويض المتعاقد في العقد الإداري، دراسة مقارنة في ضوء القوانين والقرارات والأحكام والفتاوى الصادرة بدولة الإمارات العربية المتحدة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016.

6- بشار رشيد حسين المزوري، المسؤولية التعاقدية للإدارة في تنفيذ العقود الإدارية، دراسة مقارنة، المركز العربي، القاهرة، 2018.

7- بلال أمين زين الدين، المسؤولية الإدارية التعاقدية وغير التعاقدية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015.

8- بلال عدنان عبد الأمير المدامغة، مبادئ وإجراءات ووسائل إبرام العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019.

9- حسام محسن عبد العزيز، سلطة الإدارة الجزائية في فرض الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية وضماناتها، دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، ط1، مصر، 2018.

10- حسن حنتوش الحسناوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999.

11- الحسن كفيف، النظام القانوني للمسؤولية الإدارية على أساس الخطأ، دار هومة، الجزائر، 2014.

12- حسني محمد جاد الرب، التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

13- حمدي علي عمر، المسؤولية التعاقدية للإدارة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.

14- دحو كراش، الملحق في الصفقات العمومية في التشريع الجزائري والتشريع الفرنسي، النشر الجامعي الجديد، الجزائر، 2017.

15- سامال اسكندر محمد الباجلان، سلطات الإدارة والقيود الواردة عليها في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2017.

16- سحر جبار يعقوب، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الإدارية في عقد التوريد، دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، ط1، مصر، 2020.

17- سحر جبار يعقوب، فسخ العقد الإداري قضائيا لخطأ الإدارة، المركز العربي للنشر والتوزيع، ط1، مصر، 2022.

18- سحر جبار يعقوب، فسخ العقد الإداري لاستحالة التنفيذ بسبب الظروف الطارئة، دون دار نشر، العدد السابع، العراق، 2008.

19- سليمان ذنون يونس العبادي، مظاهر السلطة العامة في إنهاء العقد الإداري، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2015.

20- السيد فتوح محمد هنداوي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية، ط1، القاهرة، 2016.

21- سيف سعد مهيدي الدليمي، مظاهر السلطة العامة في تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2017.

22- صباح المصري، العقود الإدارية طبقا لإحكام نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي، دار الكتاب الجامعي، الرياض، 2017.

23- طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين في العقود الإدارية وضوابطها، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2010.

24- عبد الرؤوف هاشم بسيوني، حق المتعاقد في التعويض في العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017**.**

25- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الإبرام – التنفيذ- المنازعات في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة وفقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.

26- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود الإدارية، دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.

27- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009.

28- عبد اللطيف قطيس، الصفقات العمومية تشريعا وفقها واجتهادا، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.

29- عبد الله جبريل حسين، العقود الإدارية للمزايدات والمناقصات، مركز الخبرات المهنية للإدارة، مصر، 2016.

30- عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.

31- عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، دار المكر العربي، القاهرة، ط1، 1975.

32- عثمان ياسر علي، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2015.

33- عز الدين كلوفي، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية، دار النشر جيطلي، الجزائر، 2012.

34- علي محمد مظفر، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، بدون دار نشر، 2012.

35- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية الجزائري وفق المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم والنصوص التنظيمية له، جسور للنشر والتوزيع، ط4،الجزائر، 2011.

36- عمر حمدي، المسؤولية التعاقدية للإدارة، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2018.

37- فارس علي جانكير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، لبنان، 2014.

38- فوزية سكران، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقدين معها في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017.

39- لمياء هاشم سالم قبع، اختلال التوازن المالي في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، مصر، 2013.

40- مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق وضمانات المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1، 2014.

41- محمد أحمد الأرناؤوط، دور القضاء الإداري في حماية حقوق وسلطات الإدارة ومدى جواز تعديل المقابل المالي للمتعاقد في أطراف العقد الإداري، دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ط1، دون بلد نشر، 2019.

42- محمد أنس جعفر قاسم، العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظام المناقصات والمزايدات وتطبيقه للقانون 89 لسنة 1998 الخاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولائحته التنفيذية مع دراسة لعقود B.O.T، دار النهضة العربية، ط3، القاهرة، 2003.

43- محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، 1998.

44- محمد شتا أبو سعد، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001.

45- محمد شعبان الدرهوبي، حق المتعاقد في التعويض في العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017.

46- محمد علي سكيكر، موسوعة المناقصات والمزايدات بشأن الجهات الحكومية وشركات قطاع الأعمال العام في مصر والدول العربية، بدون دار نشر، ط 3، 2009.

47- محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقا لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى عام 2014، الكتاب الثالث في حقوق التعاقد مع الإدارة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016.

48- محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية، الكتاب الأول في المفاهيم العامة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016.

49- محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية، الكتاب الثاني في امتيازات وسلطات الإدارة في العقد الإداري، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016.

50- محمد محسن مرعي الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014.

51- مدحت أحمد يوسف غانيم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1، القاهرة، 2014.

52- مريم محـــمد أحمد، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتـــعاقد معها في العقـــود الإدارية، دار الحقانية لخدمات الطباعة والتسويق والنشر، ط1، القاهرة، 2016.

53- نبيل أزريب، سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية وفق التشريع الجزائري، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، الإسكندرية، 2018.

54- نصر الدين بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، ط1، مصر، 2007.

55- النوي خرشي، الصفقات العمومية، دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، دار الهدى، الجزائر، 2018.

56- وهيب عياد سلامة، التوازن المالي للعقد الإداري وفكرة التعويض غير القائم على الخطأ، دار النهضة العربية، القاهرة،2011.

57- ياسر عمار جبار، ضوابط سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية، دراسة مقارنة، المصرية للنشر والتوزيع، مصر، 2019.

رابعا: الأطروحات والرسائل

أ- الأطروحات:

1- أيمن محمد جمعة، آثار عقود الأشغال بين المتعاقدين، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، 2005.

2- حمزة خضري، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2015/2014.

3- زينب سالم، قاعدة الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، الجزائر، 2019/2018.

4- زينة مقداد، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها بين مبدأ الفاعلية ومبدأ الضمان، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2019/2018.

5- سلطان محمد شاكر، التحكيم كوسيلة لفض منازعات العقود الإدارية للإنشاءات الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف، الجزائر، 2021/2020.

6- الشريف شريفي، النظام المالي للعقد الإداري دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2014/2013.

7- علي بن شعبان، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه دولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2012/2011.

8- عيسى عبد القادر الحسن، التزامات وحقوق المتعاقد في تنفيذ عقود الأشغال العامة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997.

9- فوزية الهاشمي، أثر تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2018/2017.

10- كمال العطراوي، دور القاضي الإداري في حماية المتعاقد مع الإدارة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، الجزائر، 2018/2017.

11- محفوظ عبد القادر، أثر تغير الظروف على تنفيذ العقد الإداري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2019/2018.

12- محمد الحريري، سلطة الإدارة في تعديل عقود الأشغال العامة وفقا لنظام أوامر التغيير، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر 2010.

13- مليكة أسماء بن صغير، غرامة التأخير في الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بلعباس، الجزائر، 2019/2018.

14- منال حليمي، تنظيم الصفقات العمومية وضمانات حفظ المال العام في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة ورقلة، الجزائر، 2016/2015.

15- نضرة بن ددوش، انقضاء الالتزام دون الوفاء في القانون الوضعي والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة وهران، الجزائر، 2011/2010.

16- نور الدين عبابسة، المخاطر في عقد الصفقة العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، الجزائر، 2021/2020.

ب- الرسائل:

1- أريج عبد الستار، انفساخ العقد، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة صدام، العراق، 2000.

2- إسماعيل بحري، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2009/2008.

3- ثامر خلف عبد ربه الدروع، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بيروت، لبنان، 2017.

4- ثامر مبارك عوض المطيري، تعسف الإدارة في استعمال صلاحياتها في تعديل العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011.

5- جلول بن سديرة، الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2015/2014.

6- جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزائر، 1983.

7- حذيفة عادل عبد الكريم منصور، إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة، دراسة مقارنة بين التشريع الأردني والعراقي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، دون بلد النشر، 2015.

8- حورية بن أحمد، دور القاضي الإداري قي حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، رسالة ماجستير- كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2011/2010.

9- رزاق أحمد محمد طعمة، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، رسالة ماجستير- معهد البحوث والدراسات العربية بالقاهرة، مصر، 2007.

10- سمير بلحيرش، الرقابة على تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات في الصفقات العمومية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، الجزائر 2012/2011.

11- سعاد بختاوي، المسؤولية المدنية للمهني المدين، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2012/2011.

12- صابرينة بيطار، التعويض في نطاق المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أدرار، الجزائر، 2015.

13- طليب السعيد، الإثراء بلا سبب أحكامه وتطبيقاته، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، مجلس قضاء باتنة، الجزائر، الدفعة الرابعة عشر، دون سنة نشر.

14- عبد الحفيظ خرشف، حق دوي الحقوق في التعويض، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2012.

15- عياد بوخالفة، خصوصيات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018.

16- فارس مخلف خلف الدليمي، الجزاءات المالية في العقد الإداري، دراسة مقارنة بين التشريعين العراقي والأردني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2016.

17- فتيحة حابي، النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجامعة تيزي وزو، الجزائر، 2013.

18- كهينة بطوش، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012.

خامسا: المقالات

1- إبراهيم بلمهدي، "مبدأ استمرارية المرفق العمومي في النظام القانوني الجزائري"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة المسيلة، الجزائر، العدد 01، 2016، ص.ص.121-136.

2- أمينة لميز، "التراضي كأسلوب استثنائي في إبرام الصفقات العمومية على ضوء المرسوم الرئاسي 15-247"، دراسات قانونية وسياسية، جامعة بومرداس، الجزائر، 2022، ص.ص.79-90.

3- برباوي رقية وبودالي محمد، "التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيا الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر، المجلد 03، العدد 05، 2018، ص.ص.144-156.

4- بن عبد المالك بوفلجة، "النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية، قراءة في المرسوم الرئاسي وتفويضات المرفق العام رقم15-247"، مجلة دفاتر القانون المقارن جامعة ورقلة، الجزائر، العدد 17، 2017، ص.ص.119-128.

5- محمد أمين بوالجدري و جازية صاش، "دور آليتي التدقيق والتحقيق لدى سلطتي ضبط الصفقات العمومية في الجزائر وكيبيك في تكريس إجراء المنافسة في سوق الصفقات العمومية"، مجلـة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة قسنطينة 1، المجلد 06، العــدد 04، 2021، ص.ص212-230.

6- بوزيان العيد، "الرقابة القضائية على الشرط الجزائي"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، العدد 05، 2017، ص.ص.77-101.

7- بريك عبد الرحمان، "مسؤولية الإدارية للدولة عن فعل القوانين والإتفاقيات الدولية"، مجلة صوت القانون، الجزائر، المجلد 07، العدد01، 2020، ص.ص.1174-1198.

8- توفيق مخلد وخشمان مشاوش ومحمد يوسف الحسين، "العقود الإدارية وجزاءاتها في فقه القضاء الإداري الأردني والقضاء المقارن"، مجلة علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، الأردن، المجلد 43، الملحق 03، 2016، ص.ص.1343-1356.

9- حبيب الرحمان غانس، "تحديث مفهوم الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 استجابة لتحديات الدولة الراهنة"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة المدية، الجزائر، العدد 02، 2016، ص.ص37-58.

10- حبيبة عتيق، "تسديد المقابل المالي للصفقة العمومية في صورة أقساط"، مجلة الأبحاث القانونية والسياسية، جامعة سطيف 2، المجلد 02، العدد 02، الجزائر، 2020، ص.ص.228-248.

11- حسن محمد علي حسن البنان، "أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري"، دراسة مقارنة، مجلة كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، المجلد 18، العدد 58، 2013، ص.ص.156-218.

12- حكيم عبد الرحيم محمد ناصوف وعزت محمد سعد الزعويلي، "سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد في عقود الأشغال العامة"، المجلة الدولية للقانون والدراسات السياسية، المجلد02، العدد 02، 2020، ص.ص.8-24.

13- حمزة نقاش ومنيرة بوالصبعين، "الجزاءات المالية وغير المالية في الصفقات العمومية في القانون الجزائري"، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، الجزائر، المجلد 07، العدد 02، 2022، ص.ص.677-696.

14- حورية بورعدة ويحيى حولية، "طرق ومراحل إبرام الصفقات العمومية بناء على المرسوم الرئاسي 15-247"، مجلة الاجتهادات للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة تامنغست، الجزائر، المجلد 08، العدد 05، 2019، ص.ص.102-121.

15- حورية لشهب وزينب سالم، "الاتجاه الحديث للقضاء الإداري المصري في الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية"، مجلة الفكر، جامعة بسكرة، الجزائر، العدد 18، 2006، ص.ص.110-132.

16- خيرة بن سالم، "تنفيذ الصفقات العمومية في ظل جائحة كوفيد 19"، حوليات جامعة الجزائر1، المجلد 34، عدد خاص، الجزائر، 2020، ص.ص.65-80.

17- رحمة بريق، محمد لخضر دلاج، "التعويض عن الضرر المعنوي في نطاق المسؤولية المدنية ومعايير تقديره"، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي النعامة، الجزائر، المجلد 06، العدد 02، 2020، ص.ص.165-173.

18- سعد لقليب وبن الشيخ النوي، "حقوق والتزامات الطرف المتعاقد في الصفقة العمومية وفقا للقانون الجديد للصفقات العمومية رقم 15-247"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، الجزائر، العدد 06، 2017، ص.ص.51-72

19- سلام بن حفاف، ساعد العقون، "مظاهر تفوق الإدارة في مرحلة تنفيذ عقد الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الوادي، الجزائر، المجلد 14، العدد 02، 2021، ص.ص.424-447.

20- سهام بن دعاس، "أحكام فسخ الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر، الجزائر، المجلد 57، العدد 05، 2020، ص.ص.308-330.

21- سهام شقطعي، "مشروعية ملحق الصفقة العمومية"، مجلة دراسات إنسانية واجتماعية، جامعة، المجلد 11، العدد 01، وهران، الجزائر، 2022، ص.ص.423-438.

22- حنان عطوي، إشكاليات الاختصاص النوعي لمادة الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مجلة آفاق علمية، جامعة الشاذلي بن جديد، الطارف، المجلد 11، العدد 02، 2019، ص.ص..194-208.

23- عادل قرانة، "إعفاء المتـــــعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير"، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، جامعة عنابة، الجزائر، العدد 35، 2013، ص.ص.177-188.

24- عامر دحوان وإبراهيم يامة، "الغرامة التهديدية سلطة لقاضي الاستعجال قبل التعاقد في مادة العقود والصفقات العمومية"، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أدرار، الجزائر، المجلد 08، العدد 01، 2020، ص.ص.431-448.

25- عبد الحفيظ مانع، "نظرية الإثراء بلا سبب في مجال الصفقات العمومية"، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، جامعة تلمسان، الجزائر، المجلد 07، العدد 01، 2022، ص.ص.183-207.

26- عبد الحليم مجدوب وعبد الله خالصي، "نظرية عمل الأمير ودورها في الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري دراسة مقارنة"، مجلة المشكاة في الاقتصاد التنمية والقانون، جامعة عين تموشنت، الجزائر، المجلد 05، العدد 10، 2019، ص.ص.246-259.

27- عبد القادر محفوظ، "فيروس كورونا بين القوة القاهرة والظروف الطارئة"، مجلة الدراسات الحقوقية جامعة سعيدة، الجزائر، المجلد 08، العدد 01، 2021، ص.ص.25-51.

28- عصام بنحسن، "سلطات الإدارة أثناء تنفيذ الصفقات العمومية من خلال فقه المحكمة الإدارية"، مجلة دراسات قانونية، جامعة صفاقس، تونس، العدد 19، 2012، ص.ص.31-48.

29- عمر السيوي، "العقد الإداري والقوة القاهرة"، مجلة دراسات قانونية، جامعة قار يونس، ليبيا، العدد 13، 1994، ص.117.ص.ص150-166.

30- عرعارة عسالي، "السبب الأجنبي في المادتين 127 و"138، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة الجزائر 1 سعيد حمدين، الجزائر، العدد 02، 2017، ص.ص.422-439.

31- عمر خالدي، "سلطة الرقابة كآلية لحماية المصلحة المتعاقدة في قانون الصفقات العمومية"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة الجلفة، 2021، ص.ص.1137-1151.

32- غنية عباس، "الإعــلان عن الصفقة العمومية كآليـة لتكريس مبدأ المنافسة"، مجلة العلوم الإنسانية جامعة بسكرة، الجزائر، المجلد أ، العدد49، 2018، ص.ص.18-32.

33- فتيحة حابي، "فسخ صفقات انجاز الأشغال العمومية"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، العدد 09، 2015، ص.96-116.

34- فوزية سكران، "الرقابة القضائية على الجزاء الإداري"، دراسة مقارنة بين بعض الدول المتوسطية، مجلة الفكر المتوسطي، جامعة تلمسان، الجزائر، المجلد11، العدد01، 2022، ص,ص.270-286.

35- فوزية الهاشمي، "الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية دراسة مقارنة"، مجلة الفقه والقانون السياسي، جامعة ابن خلدون تيارت، الجزائر، المجلد 01، العدد 01، 2019، ص.ص.159-180.

36- فوزية الهاشمي، "النظام القانوني للإقصاء من المشاركة في مجال الصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 15-247"، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة سعيدة، الجزائر، المجلد 08، العدد 01، 2021، ص.ص.854-887.

37- فوزية الهاشمي، "سلطة الإدارة المتعاقدة في تطبيق الجزاءات الضاغطة على المتعاقد معها"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة الأغواط، الجزائر، المجلد 02، العدد 03، 2018، ص.ص.381-395.

38- كاظم خضير السويدي، "الإذن المالي وأثره في إبرام العقد الإداري"، مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية، جامعة بابل، العراق، العدد 42، 2019، ص.ص.1122-1129.

39- كريمة رزاق بارة، "الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، المجلد 10، العدد 02، 2017، ص.ص407-414.

40- كوثر بن ملوكة، "النظام القانوني للملحق في الصفقات العمومية دراسة مقارنة بين المرسوم الرئاسي 15-247 والمرسوم الرئاسي 10-236 (الملغى)"، مجلة مجاميع المعرفة، جامعة تندوف، الجزائر، العدد 05، 2017، ص.ص225-236.

41- ليث رافع خلف ويعرب ثائر حبيب، "أثر القيود الموضوعية السابقة على إبرام العقد الإداري على عمل سلطة الإدارة المتعاقدة في القانون"، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، العراق، المجلد 45، العدد 04، 2018، ص.ص249-258.

42- زبنب سالم، حورية لشهب، الاتجاه الحديث للقضاء الإداري المصري في تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 18، 2019، ص.ص.111-132.

43- محدودة فالكـــو، "كيفيـة الدفع في الصفقات العمـوميـة (صفقات الأشغال)"، مجلة مجاميع المعرفة، جامعة تيندوف، الجزائر، العدد 11، 2015، ص.ص1-14.

44- محمد الأعرج، "نظام العقود الإدارية والصفقات العمومية وفق قرارات وأحكام القضاء المغربي"، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، المغرب، 2011، ص.ص.64-79.

45- محمد بودالي وفوزية عروس، "إخلال المصلحة المتعاقدة بتنفيذ التزاماتها التعاقدية ذات الطبيعة الفنية"، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي النعامة، الجزائر، المجلد 04، العدد 02، 2018، ص.ص.299-315.

46- محمد علاء محمد ومحمد الحلاق وعمار التركاوي، "الأساس القانوني للتعويض عن الأعمال الإضافية في نطاق العقود الإدارية"، دراسة مقارنة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، الإمارات العربية المتحدة، المجلد 18، العدد 01، 2021، ص.ص.258-275.

47- محمد عيساوي وتوفيق بوسبعين، "مبدأ المنافسة الحرة في الصفقات العمومية المبرمة بأسلوب طلب العروض"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة الشلف، الجزائر، 2020، ص.ص1430-1442.

48- محمد مقروف، "مهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في ضوء المرسوم الرئاسي 15-247"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة المسيلة، الجزائر، المجلد 07، العدد 02، 2020، ص.ص.386-404.

49- محمد ميلاس الزين، "النظام القانوني للمرفق العام"، دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، الجزائر، المجلد05، العدد 02، 2021، ص.ص.243-259.

50- مريم مسقم، "دفاتر الشروط كآلية لتحقيق شفافية الإجراءات في الصفقات العمومية"، مجلة العقار للدراسات الاقتصادية، المركز الجامعي تندوف، الجزائر، العدد 03، 2018، ص.ص.116-130.

51- مليكة أسماء بن صغير، "أثار عدم احترام آجال تنفيذ الصفقة"، مجلة التراث، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، المجلد 02، العدد 26، 2017، ص.ص.387-398.

52- مولود محودي و قويدر منقور، "مسؤولية الإدارة عن المساس بالامتيازات المالية للمتعاقد"، مجلة القانون، جامعة غليزان، الجزائر، المجلد 09، العدد 02، 2020، ص.ص.45-65.

53- ميلود عبود والعربي تيقاوي، "الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 المفهوم المبادئ والأحكام التشريعية الخاصة بها"، مجلة اقتصاد المال والأعمال جامعة أحمد دراية أدرار، الجزائر، العدد 06، 2018، ص.ص.224-237.

54- نهلة أحمد فوزي البرهيمي، "الدفع بعد التنفيذ في القانون المدني المصري في ضوء الفقه وأحكام القضاء"، مجلة القانون والأعمال الدولية، جامعة الحسن الأول، المغرب، العدد 43، 2023، ص.ص.217-234.

55- نور الدين بوشليف، "دفع الغرامة التأخيرية في الصفقات العمومية على ضوء الأحكام القانونية الجديدة الخاصة بالتدابير الوقائية الخاصة بجائحة كورونا -كوفيد 19"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة جيجل، الجزائر، المجلد 06، العدد 01، 2021، ص.ص.155-172.

56- موسى برادعية، ليلى هواري، غرامة التأخير في الصفقة العمومية –دراسة مقارنة-، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية- المجلد 07، 2022، المركز الجامعي أحمد زبانة، غليزان، ص.ص202-225.

57- نور الدين عبابسة، "الشروط الاستثنائية كمعيار مميز لعقد الصفقة العمومية"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة حاج لخضر باتنة، الجزائر، المجلد 06، العدد 01، 2019، ص.ص.578-594.

58- نور الدين عبد السلام، "دور الإعلان في تعزيز مبدأ شفافية الصفقات العمومية كآلية للوقاية من الفساد"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي أفلو، الجزائر، المجلد 04، العدد 02، 2021، ص.ص.320-338.

59- هجيرة سراط، "التحضير لإجراء طلب العروض وتجهيزات ما قبل الإيداع"، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، الجزائر، المجلد 17، العدد 02، 2018، ص.ص.51-91.

60- وسام صبار العاني، "القيود الواردة على إجراءات التعاقد بأسلوب المناقصة العامة"، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، العراق، الجزء الأول، العدد الخاص 03، 2018، ص.ص.253-356.

سادسا: الملتقيات

1- يوسف بوشاشي، نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات، سلسلة خاصة بالملتقيات والندوات، ورقلة، الجزائر، 2016.

II. المراجع باللغة الفرنسية:

1- Ouvrage :

A-Ouvrage généraux:

1- André DE LAUBADERE , Jean claude VANEZIA et yves GAUDEMET, Traité de droit administratif, tome 1, 15éme Ed.L.G.D.J.Paris,1999.

2- André DELAUBADERE, Franck MODENE, Pierre DELVOLVE, Traité des contrats administratifs, L.G.D.F, tome 2, Paris 1983 .

3- André DE LAUBADERE, Traité des contrats administratifs, tome 2, LGDJ, Paris, 1984.

4- André DELAUBADERE, Traité théorique et pratique des contras administratifs, , tome 3, Paris,1956.

5- Elise UNTERMAIER-KERLEO, Droit administratif, Ellipses, France, 2017.

6- Niels BENARDINI et Valentin LAMY, L'essentiel des contrats administratifs, ellipses, France, 2016.

7- Stéphanie PORCHY-SIMON, Droit civil 2 éme année,Les obligations, Dalloz,10eme Ed, Paris, 2018.

8- Xavier DUPRE DE BOULOIS, Droit administrative: methodologies et sujets corrigés, Dalloz, Paris, 2016.

9- Gilles LEBRETON, Droit administratif général: 1. L'action administrative,armand colin, France,1996.

2. Ouvrage spéciaux:

1- Bernard CASTING, Rozen Noguellou, CATHERINE Prebissy-Schnall, Les Marchés Publics: notion, modalities de géstion, execution, Juris-Classeur, Paris, 2002.

2- Brahim BOULIFA, Marchés publics: Manuel des marchés publics, Volume 1, Berti éditions, Algérie, 2016.

3- Christophe LAJOYE, Droit des marchés publics, Gualino éditeur, 2eme Ed, Paris, 2005.

4- Christophe LAJOYE, Droit des marchés publics: Annexe code des marchés publics algérien, Berti éditions, Paris, 2007.

5- Frédéric ALLAIRE, L'essentiel du droit des marchés publics, Gualino éditions, 7 eme Ed, Paris.2014.

6- Michel VILLARD, Yver BACHELOT, Jean-Michel ROMERO, Droit et pratique des marchés publics de travaux: Passation, execution, financement, éditons. du moniteur, Paris,1981.

7- Mohamed Tayeb MEDJAHED, Contrat type des marchés publics, éditions houma, Algérie, 2OO7.

8- Nicolas CROS, Marchés publics: choisir la meilleurs offre , berger levrault, Paris, 2011.

3- Revues:

1- C.E. 15 juillet 1959, sieur Vauzelle, Rec.p: 466 ; A.J.D.A, 1959.

2- C.E, 22 décembre 1859, Commune de Vézac.

4- Article:

1- Cherif BENNADJI, Marchés publics et corruption en Algérie, Revue d'études et de critique social, N°25, Algérie , 2008.p.140.

الفهرس

فهرس

المقدمة:..... 07

الباب الأول: أحكام المسؤولية التعاقدية للمتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ الصفقة العمومية..... 09

الفصل الأول: شروط قيام مسؤولية المتعامل المتعاقد..... 10

المبحث الأول: وجود صفقة عمومية صحيحة..... 12

المطلب الأول: مدلول الصفقة العمومية..... 12

الفرع الأول: تعريف الصفقة العمومية وبيان مقوماتها..... 12

أولا: تعريف الصفقة العمومية..... 13

ثانيا: مقومات الصفقة العمومية..... 19

الفرع الثاني: خصائص الصفقة العمومية..... 25

أولا: الصفقة العمومية محددة بنص القانون..... 25

ثانيا: الصفقة العمومية عقد مكتوب..... 28

ثالثا: للصفقة العمومية عتبة مالية محددة..... 32

رابعا: الصفقة العمومية محددة النطاق..... 34

الفرع الثالث: مجالات الصفقة العمومية وأشكالها..... 35

أولا: مجالات الصفقة العمومية..... 35

ثانيا: أشكال الصفقة العمومية..... 39

المطلب الثاني: صحة الصفقة العمومية..... 40

الفرع الأول: احترام المصلحة المتعاقدة لإجراءات ما قبل التعاقد..... 41

أولا: تقدير الحاجيات العامة..... 41

ثانيا: توفر الاعتماد المالي..... 45

ثالثا: إعداد دفاتر الشروط..... 50

رابعا: الحصول على الإذن بالتعاقد..... 53

الفرع الثاني: استفاء المصلحة المتعاقدة جميع مراحل التعاقد..... 54

أولا: الإعلان عن الصفقة العمومية..... 55

ثانيا: إيداع العروض ودراستها..... 63

ثالثا: إعتماد الصفقة العمومية والتوقيع عليها..... 67

المبحث الثاني: إخلال المتعامل المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية..... 68

المطلب الأول: امتناع المتعامل المتعاقد عن تنفيذ الصفقة العمومية أو التأخر فيه..... 70

الفرع الأول: امتناع المتعامل المتعاقد عن تنفيذ الصفقة العمومية..... 70
أولا: مدلول قاعدة الدفع بعدم التنفيذ..... 71
ثانيا: مبدأ حظر من الدفع بعدم التنفيذ..... 75
ثالثا: مبدأ جواز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ..... 78
الفرع الثاني: تأخر المتعامل المتعاقد في تنفيذ الصفقة العمومية..... 85
أولا: مفهوم مدة تنفيذ الصفقة العمومية..... 85
ثانيا: أثر تأخر المتعامل المتعاقد في تنفيذ الصفقة العمومية 89
المطلب الثاني: إخلال المتعامل المتعاقد بالتنفيذ الشخصي للصفقة العمومية..... 91
الفرع الأول: مفهوم فكرة الاعتبار الشخصي في تنفيذ الصفقة العمومية..... 92
الفرع الثاني: صور إخلال المتعامل المتعاقد بالتزام التنفيذ الشخصي للصفقة العمومية..... 93
أولا: التنازل عن تنفيذ الصفقة العمومية دون موافقة المصلحة المتعاقدة..... 94
ثانيا: التعاقد بموجب عقد مناولة دون موافقة المصلحة المتعاقدة..... 96
المطلب الثالث: إخلال المتعامل المتعاقد بالتزام حسن النية والتنفيذ المطابق لشروط الصفقة العمومية..... 105
الفرع الأول: إخلال المتعامل المتعاقد بالتزام حسن النية..... 105
الفرع الثاني: إخلال المتعامل المتعاقد بالتزام التنفيذ المطابق لشروط الصفقة العمومية..... 106
الفصل الثاني: النتائج المترتبة على قيام مسؤولية المتعامل المتعاقد..... 110
المبحث الأول: ممارسة المصلحة المتعاقدة سلطة توقيع الجزاءات اتجاه المتعامل المتعاقد.... 111
المطلب الأول: أساس سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات..... 112
الفرع الأول: فكرة المرفق العام 112
الفرع الثاني: فكرة السلطة العامة 115
الفرع الثالث: أساس سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات في التشريع الجزائري..... 121
المطلب الثاني: خصائص سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات..... 124
الفرع الأول: عدم جواز تنازل المصلحة المتعاقدة عن حقها في توقيع الجزاء..... 125
الفرع الثاني: حق المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاء بنفسها..... 126
أولا: تمتع المصلحة المتعاقدة بسلطة تقديرية في اختيار موعد توقيع الجزاء..... 130
ثانيا: عدم وجود حائل بين المصلحة المتعاقدة وحقها في توقيع الجزاء 132
الفرع الثالث: حق المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاء دون حاجة لإثبات حدوث ضرر..... 133
الفرع الرابع: حق المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاء ولو لم بنص عليه في العقد..... 135
الفرع الخامس: خضوع المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاء لرقابة القضاء..... 138

المبحث الثاني: صور الجزاءات التي تملك المصلحة المتعاقدة سلطة توقيعها 139
المطلب الأول: الجزاءات المالية..... 141
الفرع الأول: مجال تطبيق الجزاءات المالية..... 141
أولا: حالة عدم تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته في الأجل المتفق عليه..... 142
ثانيا: حالة تنفيذ المتعامل المتعاقد بالمخالفة لشروط الصفقة العمومية..... 143
الفرع الثاني: أنواع الجزاءات المالية..... 143
أولا: الغرامة التأخيرية..... 143
ثانيا: مصادرة كفالة حسن التنفيذ..... 155
ثالثا: التعويض..... 163
المطلب الثاني: الجزاءات الظاغطة..... 169
الفرع الأول: سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعامل المتعاقد..... 169
أولا: الطبيعة القانونية لجزاء السحب والتنفيذ على حساب المتعامل المتعاقد..... 171
ثانيا: مجال السحب والتنفيذ على حساب المتعامل المتعاقد..... 172
الفرع الثاني: شروط السحب والتنفيذ على حساب المتعامل المتعاقد..... 173
أولا: ارتكاب المتعامل المتعاقد خطأ جسيما..... 173
ثانيا: إعذار المتعامل المتعاقد..... 175
الفرع الثالث: أثار السحب والتنفيذ على حساب المتعامل المتعاقد..... 176
المطلب الثالث: الجزاءات الفاسخة..... 178
الفرع الأول: مفهوم الفسخ الجزائي..... 179
أولا: تعريف الفسخ الجزائي..... 181
ثانيا: الطبيعة القانونية للفسخ الجزائي..... 181
ثالثا: شروط الفسخ الجزائي..... 186
الفرع الثاني: أنواع الفسخ الجزائي..... 193
أولا: جزاء الفسخ المجرد والبسيط..... 194
ثانيا: جزاء الفسخ على مسؤولية المتعامل المتعاقد..... 194
المطلب الرابع: جزاء الإقصاء..... 196
الفرع الأول: مفهوم جزاء الإقصاء..... 197
الفرع الثاني: صور جزاء الإقصاء..... 198
أولا: الإقصاء النهائي..... 198
ثانيا: الإقصاء المؤقت..... 199

الباب الثاني: نظام المسؤولية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية..... 203
الفصل الأول: الأساس القانوني لقيام مسؤولية المصلحة المتعاقدة 206
المبحث الأول: قيام المسؤولية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة على أساس الخطأ..... 207
المطلب الأول: إخلال المصلحة المتعاقدة بتنفيذ التزاماتها الفنية 208
الفرع الأول: عدم الالتزام المصلحة المتعاقدة بتنفيذ عقد الصفقة العمومية كاملا..... 208
أولا: عدم تمكين المتعاقد من البدء في تنفيذ الصفقة العمومية..... 209
ثانيا: إلغاء الصفقة العمومية لغير المصلحة العامة..... 215
الفرع الثاني: عدم التزام المصلحة المتعاقدة بتنفيذ الصفقة بطريقة سليمة وبحسن نية..... 216
أولا: عدم الالتزام تنفيذ الصفقة العمومية بطريقة سليمة..... 216
ثانيا: عدم التزام حسن النية في تنفيذ الصفقة العمومية..... 219
الفرع الثالث: عدم التزام المصلحة المتعاقدة باحترام المدة المقررة للتنفيذ 221
المطلب الثاني: إخلال المصلحة المتعاقدة بتنفيذ التزاماتها المالية..... 222
الفرع الأول: ماهية المقابل المالي كحق للمتعامل المتعاقد..... 222
أولا: تعريف المقابل المالي..... 223
ثانيا: الطبيعة القانونية للمقابل المالي..... 223
ثالثا: تحديد المقابل المالي..... 224
رابعا: دفع المقابل المالي..... 228
الفرع الثاني: صور إخلال المصلحة المتعاقدة بأداء المقابل المالي 230
أولا: التعديل الانفرادي لقيمة المقابل المالي 231
ثانيا: التأخر في دفع المقابل المالي..... 232
ثالثا: الامتناع عن دفع المقابل المالي 235
المطلب الثالث: تعسف المصلحة المتعاقدة في استعمال سلطاتها اتجاه المتعامل المتعاقد..... 237
الفرع الأول: الاستعمال غير المشروع لسلطة الرقابة والتوجيه..... 238
أولا: المقصود بسلطة الرقابة والتوجيه..... 238
ثانيا: صور الاستعمال غير المشروع لسلطة في الرقابة والتوجيه..... 240
الفرع الثاني: الاستعمال غير المشروع لسلطة التعديل..... 242
أولا: المقصود بسلطة التعديل..... 243
ثانيا: الإستعمال غير المشروع لسلطة التعديل..... 246
الفرع الثالث: الاستعمال غير المشروع لسلطة توقيع الجزاءات..... 253

أولا: المقصود بسلطة توقيع الجزاءات..... 253
ثانيا: صور الاستعمال غير المشروع لسلطة توقيع الجزاءات..... 254
الفرع الرابع: الاستعمال غير المشروع لسلطة الإنهاء الانفرادي للصفقة لدواعي المصلحة العامة..... 255
أولا: المقصود بسلطة الإنهاء الانفرادي للصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة..... 256
ثانيا: صور الاستعمال غير المشروع لسلطة الإنهاء الانفرادي للصفقة لدواعي المصلحة العامة..... 258
المبحث الثاني: قيام المسؤولية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة دون خطأ..... 259
المطلب الأول: مسؤولية المصلحة المتعاقدة على أساس إعادة التوازن المالي للصفقة العمومية 260
الفرع الأول: مسؤولية المصلحة المتعاقدة عن فعل الأمير..... 260
أولا: المقصود بنظرية فعل الأمير..... 261
ثانيا: شروط تطبيق نظرية فعل الأمير..... 264
الفرع الثاني: مسؤولية المصلحة المتعاقدة عن الظروف الطارئة..... 271
أولا: المقصود بنظرية الظروف الطارئة..... 271
ثانيا: الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة..... 273
ثالثا: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة..... 275
الفرع الثالث: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة..... 280
أولا: المقصود نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة..... 280
ثانيا: شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة..... 282
المطلب الثاني: مسؤولية المصلحة المتعاقدة عن الإثراء بلا سبب..... 289
الفرع الأول: مدلول الإثراء بلا سبب..... 289
أولا: الإثراء بلا سبب في القانون المدني..... 292
ثانيا: علاقة الإثراء بلا سبب في القانون المدني مقارنة بالقانون الإداري..... 292
الفرع الثاني: شروط الإثراء بلا سبب..... 292
أولا: إثراء المصلحة المتعاقدة..... 293
ثانيا: افتقار المتعامل المتعاقد..... 295
ثالثا: الارتباط بين الإثراء والافتقار..... 296
المطلب الثاني: مسؤولية المصلحة المتعاقدة في حالة القوة القاهرة..... 296
الفرع الأول: المقصود بنظرية القوة القاهرة..... 297
أولا: تعريف القوة القاهرة على المستوى الفقهي والقضائي..... 298

ثانيا: تعريف القوة القاهرة علة مستوى التشريعي..... 298
الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية القوة القاهرة 299
أولا: أن يكون الحادث خارجا عن إرادة طرفي الصفقة العمومية..... 300
ثانيا: عدم إمكانية توقع الحاث عند إبرام الصفقة العمومية 300
ثالثا:عدم إمكانية دفع الحادث غير المتوقع..... 301
الفصل الثاني: الآثار المترتبة على قيام مسؤولية المصلحة المتعاقدة 305
المبحث الأول: حق المتعامل المتعاقد في المطالبة بالتعويض..... 306
المطلب الأول: مفهوم التعويض..... 306
الفرع الأول: الطبيعة القانونية للتعويض..... 307
الفرع الثاني: شرط اقتضاء التعويض..... 308
الفرع الثالث: أنواع التعويض..... 309
أولا: التعويض الاتفاقي..... 309
ثانيا: التعويض القانوني..... 312
ثالثا: التعويض القضائي..... 314
المطلب الثاني: أساس التعويض..... 316
الفرع الأول: تعويض المتعامل المتعاقد على أساس خطأ المصلحة المتعاقدة..... 316
أولا: ارتكاب المصلحة المتعاقدة خطأ عقديا..... 316
ثانيا: وقوع ضرر لحق بالمتعامل المتعاقد..... 320
ثالثا: وجود رابطة السببية بين الخطأ والضرر..... 331
رابعا: استمرار المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية..... 334
الفرع الثاني: تعويض المتعامل المتعاقد دون خطأ المصلحة المتعاقدة 335
أولا: تعويض المتعامل المتعاقد في إطار إعادة التوازن المالي للصفقة العمومية..... 336
ثانيا: تعويض المتعامل المتعاقد عن الإثراء بلا سبب..... 345
ثالثا: تعويض المتعامل المتعاقد عن حدوث القوة القاهرة 350
المطلب الثالث: آليات اقتضاء المتعامل المتعاقد حقه في التعويض..... 352
الفرع الأول: التعويض عن طريق الملحق..... 352
أولا: شروط إبرام الملحق..... 354
ثانيا: أنواع الملحق..... 356
الفرع الثاني: التعويض عن طريق القضاء..... 359
أولا: الإجراءات السابقة على رفع دعوى التعويض..... 359

ثانيا: رفع دعوى التعويض..... 364
المبحث الثاني: حق المتعامل المتعاقد في المطالبة بالفسخ..... 373
المطلب الأول: مفهوم الفسخ كحق للمتعامل المتعاقد..... 374
الفرع الأول: مدلول الفسخ..... 374
الفرع الثاني: تمييز الفسخ عما يشابهه..... 376
أولا: تمييز الفسخ عن بطلان عقد الصفقة..... 376
ثانيا: تمييز الفسخ عن إلغاء عقد الصفقة..... 377
الفرع الثالث: شروط الفسخ..... 377
أولا: وجود عقد ملزم لجانبين..... 378
ثانيا: إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية..... 378
المطلب الثاني: صور الفسخ كحق للمتعامل المتعاقد وأثاره..... 379
الفرع الأول: صور الفسخ كحق للمتعامل المتعاقد..... 379
أولا: الفسخ الاتفاقي..... 379
ثانيا: الفسخ القضائي..... 384
الفرع الثاني: أثار فسخ عقد الصفقة..... 390
أولا: انتهاء الرابطة التعاقدية..... 390
ثانيا: التعويض..... 391
الخاتمة:..... 394
قائمة المراجع:..... 403
الفهرس:..... 436