

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة باجي مختار عنابة

كلية الحقوق

مدرسة الدكتوراه

مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون

النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر

الفرع: القانون العام

الشعبة: القانون الإداري

للطالبة: شقطي سهام

مدير مذكرة التخرج :

أ.د. عمار بوضياف الرتبة : أستاذ التعليم العالي المؤسسة: جامعة تبسة

لجنة المناقشة:

الرئيس:

أ.د. بعلي محمد الصغير الرتبة : أستاذ التعليم العالي المؤسسة : جامعة عنابة

الفاحصين:

أ.د. منتري مسعود الرتبة : أستاذ التعليم العالي المؤسسة : جامعة عنابة

د. الفاسي فاطمة الزهراء الرتبة : أستاذ محاضر المؤسسة : جامعة عنابة

2011-2010

الإهداء

الحمد لله الذي أنعم علي بالعقل والقدرة
والحمد لله الذي جعلني من أهل العلم
والحمد لله الذي أعطاني القدرة والجهد
فكانت أول ثمرة جهدي هذا العمل البحثي

أهدي هذا العمل

إلى مصدر فخري وامتناني والدي العزيزين أمي وأبي.
إلى إخوتي وأخواتي وبالأخص سميحة الحنونة التي كان لها الفضل الكبير
في بلوغي هذه الدرجة بتشجيعها واهتمامها ونصائحها فشكرا ياأختي
العزيزة وأتمنى لك كل التوفيق في رسالة الدكتوراه.
كما لا أنسى أختي الصغرى الغالية طيمو التي كانت نعم الأخت والصديقة
والتي منحنتني الثقة بالنفس والمساندة المعنوية لإتمام هذا العمل
أتمنى لك المزيد من النجاح والتوفيق في مذكرة الماجستير عن قريب.
إلى كل الأقارب والعائلة
إلى كل أصدقائي وزملائي

أهديكم جميعا ثمرة جهدي ونجاحي ...

" وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت واليه أنيب "

شكر و تقدير

نتمنى من الله عز وجل أن نكون قد وفقنا في انجاز هذا الموضوع ، كما نرجو من الله تعالى أن يجد كل مطلع على هذا العمل ضالته و مبنغاه.

أتقدم بالشكر الجزيل إلى مشرفي على هذا العمل الأستاذ الدكتور عمار بوضياف أستاذ التعليم العالي بجامعة تبسة الذي أعطاني الحافز والإرادة على الغوص في هذه المغامرة البحثية والذي لم يبخل علي بنصائحه وإرشاداته القيمة .

كما أتوجه بالشكر إلى جميع أعضاء لجنة الفحص الأستاذ الدكتور بعلي محمد الصغير أستاذ التعليم العالي بجامعة عنابة ، الأستاذ الدكتور منتري مسعود أستاذ التعليم العالي بجامعة عنابة و الدكتورة الفاسي فاطمة الزهراء أستاذة محاضرة بجامعة عنابة الذين قبلوا أن يكونوا أعضاء في لجنة الفحص لهذه المذكرة.

كما أتوجه بالشكر إلى جميع أساتذتي الذين أشرفوا على تكويني في جميع أطوار ومراحل الدراسة الذين كان لهم الفضل الكبير في بلوغي هذه الدرجة العلمية .

وأتوجه بالشكر أيضا إلى كل موظفي المكتبة بجامعة سكيكدة وعنابة الذين ساعدوني كثيرا في اقتناء المادة العلمية وكذلك على معاملتهم الطيبة.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد من أجل إتمام هذا العمل حتى ولو كان ذلك بالنصيحة.

مقدمة

تقوم الإدارة في الأنظمة القانونية الحديثة بنوعين من الأعمال ، فتارة يصدر عنها أعمال مادية تقوم بها تنفيذاً لقانون معين أو تنفيذاً لقرار إداري ، وتارة أخرى تقوم بأعمال قانونية تحدث أثراً في المركز القانوني للغير المعني بالعمل .

وأعمال الإدارة القانونية ليست من صنف واحد ، فهي أحيانا تقوم بالعمل بإرادتها المنفردة دون مشاركة من الطرف المعني بالعمل وتتجلى صورة ذلك في القرار الإداري ، وإلى جانب ذلك تدخل الإدارة في روابط عقدية كثيرة بهدف قيامها بنشاطها واضطلاعها بأعباء الخدمة العامة وتلبية حاجات الجمهور ، وهي وسيلة لا تقل أهمية على القرارات الإدارية ، ومن أجل ذلك تدخل المشرع معترفاً للإدارة بأهلية التعاقد بغرض تمكينها من تحقيق الأهداف المنوط بها ، وهذا ما يصطلح عليه بنظرية العقد الإداري .

إن نظرية العقد الإداري نظرية من منشأ قضائي أرسى قواعدها ومبادئها القضاء الفرنسي بعد أن اقتنع بعدم صلاحية نصوص القانون المدني كأصل عام لتحكم العقد الإداري وهذا بحكم اختلاف الهدف من العملية التعاقدية ذاتها ، فالعقد المدني يسعى إلى تحقيق المصلحة الخاصة لأطراف الرابطة العقدية ، أما العقد الإداري فيسعى إلى تحقيق المصلحة العامة ، وإذا كان العقد المدني حقق السبق من حيث الوجود وحقق الفضل من حيث أن بعض قواعده انتقلت للعقد الإداري ، إلا أن تميز العقد الإداري من حيث الهدف ومن حيث الأطراف يفرض تخصيصه بأحكام مستقلة عن تلك المقررة على صعيد القانون المدني .

ونظراً لقيام العقد الإداري على فكرة تغليب الصالح العام على الصالح الفردي ، في حالة التعارض بينهما ، فإن الإدارة تتمتع وهي بصدد إبرامه وتنفيذه بسلطات واسعة يختل معها مبدأ الحفاظ على التوازن بين مصلحة طرفي العقد المعمول بها في مجال العقود المدنية .

إن الإدارة المتعاقدة بمقتضى ما منحت من سلطات استثنائية مستمدة من كونها سلطة عامة أن تشرف على المتعاقد معها وتوجهه أثناء تنفيذه للعقد ولها في هذا الإطار أن توقع عليه جزاءات وإبرادتها المنفردة تصل إلى حد فسخ التعاقد ، بل إن للإدارة الحق في إلغاء التعاقد دون أن ينسب للمتعاقد معها خطأ إذا لم يكن متوافقاً مع المصلحة العامة أو لزوال المصلحة التي استوجبت إبرامه ، كما يترتب للإدارة كذلك الحق في تعديل شروط العقد أثناء تنفيذه أو بعد إبرامه ، وهذا الامتياز الأخير المخول للإدارة يتعارض مع مبدأ أساسي معمول به في عقود القانون الخاص والذي يطلق عليه بمبدأ ثبات العقد .

إن مبدأ ثبات العقد المعمول به في عقود القانون الخاص قد لا يتماشى أحيانا وأوضاع الإدارة في تحقيقها للمصلحة العامة نظرا للمستجدات التي قد تطرأ ، فكان للإدارة من أن تخرج عن هذا المبدأ كي تستطيع الوصول إلى تحقيق أهدافها المرجوة من التعاقد ، وذلك بإخضاع عقودها الإدارية إلى مبادئ أخرى تحقق هذا الغرض ، ومن جملة هذه المبادئ الجديدة تدخل في إطار ما يصطلح عليه بنظرية عدم ثبات العقد الإداري ، أو نظرية مرونة العقد الإداري ويتضح أثر هذه النظرية بشكل خاص على مدى الالتزامات المتبادلة في العقد الإداري، حيث لا يمكن إلزام الإدارة بتطبيق مبادئ وأحكام وقواعد القانون الخاص التي تضمنتها التشريعات المدنية الحديثة التي تسلم بأن العقد شريعة المتعاقدين ، إذ لا يجوز لأحد طرفيه أن يقوم بتغيير جوهر العقد والتزاماته المنصوص عليها بحجة ظهور ما يستلزم ذلك .

إلا أنه في مجال العقود الإدارية ، فإن الالتزام بمبدأ ثبات العقد على النحو الذي يعمل به في مجال عقود القانون الخاص لا يتفق مع المستجدات التي تتغير بتغير الزمن، فمن واجب الإدارة في هذه الحالات أن تتدخل لتعديل نصوص العقد بما يضمن حسن سير وانتظام المرفق العام، فمسؤولية الإدارة عن تنظيمه وتسييره استلزمت منحها سلطة تعديل شروط التعاقد بالزيادة أو النقصان أو بالتغيير أو التبديل ، لا سيما أن من القواعد الضابطة لسير المرافق العامة قابلية المرفق العام للتعديل والتغيير، ولا يقبل أن تقف الإدارة مكتوفة اليد وتعجز عن تنفيذ واجباتها نحو تعديل نظام سير المرفق العام لمجرد أن المتعاقد معها فرض عليها بمقتضى العقد الوقوف جامدة أمام الحاجة إلى التغيير .

فالإدارة تستطيع دائما أن تعيد النظر في موقفها بالنسبة إلى أوضاع تنفيذ المرفق المسؤولة عنه حتى في أثناء تنفيذ العقد كلما اتضح أن الأوضاع المحددة في العقد لم تعد تتوافق مع الصالح العام . ومن المفيد الإشارة إلى أن جميع التشريعات الحديثة المقارنة اعترفت صراحة للإدارة المتعاقدة بسلطة تعديل عقودها الإدارية كلما اقتضت ضرورة المصلحة العامة ذلك.

وقد اعترف المشرع الجزائري للإدارة بسلطة تعديلها لعقودها الإدارية في إطار ما يعرف بالملحق ، وهذا من خلال التنظيم المقرر للصفقات العمومية عبر مراحلها وبنصوص قانونية مختلفة تفاوتت في قوتها القانونية ، بداية بالأمر إلى المرسوم التنفيذي إلى القرارات الوزارية وصولا إلى المرسوم الرئاسي ، مما يثبت الأهمية البالغة لهذا الموضوع .

كما أن المشرع الجزائري من خلال تنظيمه لقانون الصفقات العمومية فقد تناول بصورة واضحة ودقيقة النظام القانوني للصفقة العمومية ، دون أن يتعرض صراحة وبالتفصيل إلى النظام القانوني المقرر للملحق في الصفقة ، وتبدو هنا جليا أهمية الموضوع محل الدراسة مما يستدعي تسليط الضوء على أهم الأحكام والقواعد المنظمة لآلية الملحق .

1- أهمية الموضوع

ومن خلال هذه الدراسة تكمن أهمية الموضوع في عدة نواحي :

- **على المستوى الأكاديمي:** تكمن أهمية الدراسة في محاولة التعرف على النظام القانوني الذي يحكم آلية الملحق في الصففة العمومية.
- **على المستوى التطبيقي :** فأهمية الدراسة تتجلى في مساعدة وتثوير المصالح المتعاقدة من أجل معرفة الأحكام والقواعد القانونية التي تضبط وتنظم ملحق الصففة وذلك لاستعماله استعمالا قانونيا وسليما لا يخرج عن الهدف المسطرله.

2- دوافع وأسباب الدراسة :

من الأسباب والدوافع الرئيسية التي فرضت علينا المضي قدما في هذا البحث، منها ما يرد إلى دوافع ذاتية وأخرى موضوعية:

• الدوافع الذاتية

- البحث في مجال الصفقات من المواضيع الحساسة والدقيقة في نفس الوقت مما يضيف عليه طابع التشويق، وهذا ما أعطاني الدافع والعزيمة على الدخول في مضمار هذه المغامرة البحثية الشيقة.
- انعدام الأبحاث الأكاديمية المماثلة لموضوعي المختار وقلة الأبحاث في مجال الصفقات العمومية وحتى إن وجدت فهي لا تتناول موضوع الملحق في الصففة وان تم الإشارة لسلطة تعديل العقد الإداري يكون ذلك دون تفصيل معمق وهذا ما صعب مهمة البحث في هذه الجزئية .

الدوافع الموضوعية

- الموضوع محل الدراسة من المواضيع التي تتماشى والسياسة الوطنية للبحث العلمي خاصة وأن طبيعة العمل فيه تقنية وعملية بحتة، وهذا أهم سبب موضوعي دفعني للبحث فيه.
- نظرا لما أثير من فضائح مالية لعدد هام من صفقات الجهات الإدارية المختلفة والتي يمكن رد بعضها إلى التجاوز الصادر من جانب الإدارة المتعاقدة من جراء استعمال سلطتها في تعديل صفقاتها بإبرام ملاحق تابعة لها ، فالملاحق اليوم أصبح يمثل دائرة من دوائر الفساد الإداري ، وهذا ما دفعني موضوعيا لمعالجة هذا الموضوع .

3- الإشكالية

إن الإشكال الجوهرى في الموضوع محل الدراسة تمت بلورته على الشكل التالي "إلى أي مدى يمكن للإدارة المتعاقدة استخدام الملحق كألية لتعديل الصففة العمومية ومدى تأثير ذلك على المتعامل المتعاقد معها في ظل غياب نظام قانوني واضح الملامح يضبط هذه الآلية؟".

وهذا ما يدفعنا إلى طرح التساؤلات الجزئية التالية :

- ما المقصود بالملحق في الصففة العمومية ؟

- هل الملحق يخضع لنفس القواعد المنظمة للصفقة الأصلية ؟
- هل للمصلحة المتعاقدة سلطة مطلقة عند إبرامها لملاحق للصفقة؟
- ما الغرض والدافع من إبرام الملحق في الصفقة العمومية ؟
- ما هي الضمانات المقررة للمتعاقد في مواجهة تعسف الإدارة المتعاقدة وإساءة استعمالها لسلطتها في التعديل عن طريق الملحق؟
- ما الحماية القانونية المقررة لآلية الملحق في الصفقة العمومية ؟
وللإجابة على هذه التساؤلات تم اعتماد الفرضيات التالية :
- الملحق يمثل اتفاق لاحق عن التعاقد الأصلي وله علاقة بالعملية التعاقدية.
- الملحق يخضع تقريبا لنفس الأحكام والقواعد القانونية المقررة للصفقة مع وجود اختلاف في بعض الأحكام.
- المصلحة المتعاقدة تخضع لجملة من القيود والضوابط عند إبرامها للملحق .
- الدافع الجوهرى من إبرام الملحق هو تعديل الصفقة العمومية .
- للمتعاقد المتعاقد مع الإدارة ضمانات إعادة التوازن المالي للصفقة وتعويضه تعويضا عادلا ومنصفا يغطي كافة الأضرار التي تكبدها من جراء تعديل الصفقة.
- للمتعاقد المتعاقد ضمانات قضائية تتمثل في لجوئه إلى القضاء .
- المشرع رتب حماية قانونية للملحق وللصفقة بصفة عامة وذلك بتقرير نظام عقابي للحد من التجاوزات الإدارية وانتشار الفساد الإداري.

4- المنهج المتبع

قد اعتمدت من خلال هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي ، خاصة وأنه الأنسب والأكثر ملائمة للدراسات والأبحاث القانونية ، وذلك من خلال عرض وتحليل النصوص القانونية والتنظيمية وكذا الأحكام والقرارات القضائية المدعمة للموضوع .

5- أهداف الدراسة :

- ومن خلال هذه المعالجة البحثية أردت تحقيق جملة من الأهداف:
- توضيح التداخل الكبير بين الصفقة العمومية باعتبارها العقد الأصلي وبين الملحق باعتباره اتفاق لاحق عن التعاقد الأصلي.
- تسليط الضوء على النظام القانوني المقرر للملحق في الصفقة العمومية خاصة وأن المشرع وضع النظام القانوني الذي يحكم الصفقة العمومية بدقة ، بينما فيما يخص الملحق لم ينص على ذلك صراحة وذلك في جميع التنظيمات المقررة للصفقات العمومية .

- محاولة إبراز الدور الفعال للملحق كألية تستخدمها الإدارة لمواجهة ظروف طرأت أثناء تنفيذ الصفقة أو بعد إبرامها دون الحاجة لإبرام تعاقد جديد.
- تحديد أهم آليات الحماية المقررة للملحق في الصفقة العمومية، والتي قررت للحد من تجاوزات الإدارة المتعاقدة نتيجة استعمال حقها في التعديل، وهذا لتحقيق نوع من الشفافية والنزاهة في مجال الصفقات العمومية بصفة عامة.
- تنوير أصحاب اتخاذ القرار في الإدارات العامة فيما يجلب النفع العام ويخدم المصلحة العامة .
- وككل باحث لا أنكر أن هذه الدراسة تهدف أساسا إلى إثراء المكتبة الجامعية خاصة أمام النقص الحاصل في مجال الدراسات المتخصصة والمتعلقة بالصفقات العمومية، والتي تبقى دائما تحتاج دائما إلى مثل هذه الدراسات خاصة الحديثة منها.

6- الدراسات السابقة

موضوعي محل الدراسة لا توجد فيه دراسات سابقة، فهو من المواضيع الجديدة التي لم تخص بالدراسة من قبل ، كما أن الدراسات السابقة فيما يتعلق بمجال الصفقات العمومية فهي قليلة جدا، وإن تعرضت إلى الملحق يكون ذلك في جزئية بسيطة جدا.

7- صعوبات البحث:

لقد واجهتني صعوبات عديدة في سبيل إتمام هذا البحث ولكنها لم تحد من عزمي في الوصول إلى الأهداف السابقة ، ولعل ندرة الدراسات السابقة في مجال الصفقات العمومية وصعوبة الحصول على نماذج للصفقات العمومية التي تنسم بالطابع السري ، إضافة إلى قلة الأحكام والقرارات القضائية والتحكيمية والاجتهادات القضائية في مجال الصفقات العمومية كانت أهم العقبات التي صادفتني وأنا بصدد جمع المادة القانونية والعلمية .

وقد عالجت هذا الموضوع من خلال فصلين أساسيين:

الفصل الأول: وقد تم تخصيصه لماهية الملحق في الصفقة العمومية والذي عالجت من خلال ثلاث مباحث، خصصت الأول منه لمفهوم ملحق الصفقة العمومية، وفي المبحث الثاني لمشروعية الملحق في الصفقة، أما المبحث الثالث فخصصته لدوافع إبرام الملحق في الصفقة العمومية.

الفصل الثاني : وقد تم تخصيصه للقواعد القانونية والإجرائية المطبقة على ملحق الصفقة العمومية والذي عالجت بدوره من خلال ثلاث مباحث ، تناولت في المبحث الأول الرقابة على ملحق الصفقة العمومية ، أما المبحث الثاني فقد خصصته لضمانات المنازعات الناتجة عن ممارسة سلطة التعديل أما المبحث الثالث فخصصته لآليات حماية ملحق الصفقة و نهاية آثاره .

الفصل الأول

ماهية ملحق الصفقة العمومية

إن الأحكام والقواعد التي تخضع لها العقود الإدارية تختلف إختلافا واضحا عن عقود القانون الخاص ويرجع ذلك لتميزها بشروط وامتيازات غير مألوفة في القانون الخاص فيكون للإدارة الحق في أن تفرض جزاءات ذات طابع مالي على المتعاقد أو أن تفسخ العقد بإرادتها المنفردة أو أن تعدل العقد زيادة أو نقصانا أو أن تغير بعض شروط تنفيذه ، وفي هذه الحالة الأخيرة الإدارة المتعاقدة تباشر سلطة التعديل عن طريقة آلية الملحق .

إن المشرع الجزائري من خلال تنظيمه لقانون الصفقات العمومية عبر مراحل مختلفة أكد على أن الطبيعة القانونية للصفقة العمومية هي عقود إدارية وبالتالي فإن الشروط الاستثنائية المميزة للعقد الإداري كسلطة التعديل مثلا تباشر على الصفقة العمومية أيضا باعتبارها عقدا إداريا .

إذن الإدارة لها إمتياز تعديل صفقاتها عن طريق ما يسمى بملحق الصفقة ، لكن التسؤل الذي يتبادر لنا يكون حول : ماهية الملحق في الصفقة العمومية ؟.

لذا إرتأينا أن نخصص الفصل الأول من هذه الدراسة البحثية حول تحديد هوية وملامح هذه الآلية التي لم ينظم لها المشرع من خلال تنظيم الصفقات العمومية أحكام واضحة المعالم ودقيقة ، لذا حاولنا دراسة وتحليل هذا الفصل من خلال المباحث التالية :

المبحث الأول: مفهوم ملحق الصفقة العمومية.

المبحث الثاني: مشروعية ملحق الصفقة العمومية.

المبحث الثالث: دوافع إبرام ملحق الصفقة العمومية.

المبحث الأول: مفهوم ملحق الصفقة العمومية

إن التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية قرر للإدارة سلطة إبرام ملاحق لصفقاتها التي تبرمها وذلك في حدود أحكام هذا التنظيم ، وقبل التقصي عن ملحق الصفقة ، لا بد أن نعرج على الأصل وهي الصفقة خاصة وأن الملحق هو من توابعها ، وبما أن قانون الصفقات العمومية السابق تم الغاؤه ، وذلك باصدار قانون جديد تحت رقم 10- 236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية ، الأمر الذي يستدعي بنا دراسة الصفقة العمومية والملحق التابع لها على ضوء التنظيم الجديد للصفقات ، وسنعالج من خلال هذا المبحث الصفقة العمومية ملحق الصفقة ، وكذلك تمييز الملحق عن الصفقة الأصلية وعن عناصرها وذلك من خلال المطالب التالية :

المطلب الأول: الصفقة العمومية

المطلب الثاني: ملحق الصفقة العمومية

المطلب الثالث: تمييز الملحق عن الصفقة الأصلية وعناصرها

المطلب الأول : الصفة العمومية

إن للصفات العمومية أهمية كبرى في الاقتصاد الوطني كونها الوسيلة الأساسية التي تضبط مشاريع التنمية و الحياة الاقتصادية للبلاد ، لذلك أعطاهما المشرع الجزائري أهمية خاصة ، ولتحديد هوية الصفة العمومية سنسلط الضوء على تحديد مفهومها وإلى أهم التطورات التي عرفتها الصفة منذ نشأتها ، كما سنوضح سلطة الإدارة في تعديل الصفة العمومية التي تبرمها بغض النظر عن بقية السلطات الأخرى سلطة الرقابة والإشراف ، سلطة توقيع الجزاءات ، سلطة فسخ وإنهاء الصفة ، لأنها خارج مجال الدراسة وتبرير ذلك أن الملحق في الصفة صادر بناء على سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية .

فما المقصود بالصفة العمومية ؟ ، وماهي أهم التطورات التي شهدتها الصفة ؟ وما المقصود بسلطة تعديل الصفة العمومية ؟ .

وسنحاول معالجة هذه الإشكالات فيما يلي:

الفرع الأول: مفهوم الصفة العمومية

إن مفهوم الصفات العمومية في تطوره شهد مراحل كبرى تجاذبتها إيديولوجيات معينة ولا ينكر أحد الارتباط القائم بين الصفات العمومية والمجال الاقتصادي والمحددة أساسا بالإتفاق العام¹. إن دراسة الصفات العمومية تقتضي منا إعطاء تعريف لها سواء من ناحية التشريع أو القضاء أو الفقه كما تقتضي منا تحديد معايير تمييزها ، و إلى أهم أنواع الصفات التي خصها المشرع بالذكر من خلال التنظيم المتعلق بالصفات العمومية.

أولاً: تعريف الصفة العمومية

لقد حاول كل من التشريع و القضاء و الفقه إلى إيجاد تعريف للصفة العمومية وهذا نظرا للأهمية التي تكتسبها ، وسنحاول تحديد كل تعريف في ما يلي :

1- التعريف التشريعي :

عرف المشرع الجزائري عبر قوانين الصفات المختلفة الصفة العمومية، وسنعرض هذه التعريفات حسب التدرج الزمني:

1- قانون الصفات الأول الأمر 67- 90 :

¹Hamidi Hamidi : " l'économie de marché avec ou sans l'état", la revue maghrébine de droit C.P.U., 1999, P13

²د.عمار بوضياف: الصفات العمومية في الجزائر ، (دراسة تشريعية قضائية فقهية) ، الطبعة الأولى ، جسور للنشر والتوزيع ، المحمدية ، الجزائر ، 2007 ، ص32 .

عرفت المادة 01 من الأمر 67-90 الصفقات العمومية على أنها: " إن الصفقات العمومية هي عقود خطية تجريها الدولة والمحافظات والبلديات و المؤسسات والدواوين العامة وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وذلك بهدف تحقيق أشغال أو توريد ، أو خدمات.

2- المرسوم المتعلق بصفقات المتعامل العمومي 82-145:

عرف المرسوم 82-145 المؤرخ في 10/04/1982 المتعلق بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي الصفقات العمومية على أن: " صفقات المتعامل العمومي عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال أو إقتناء المواد والخدمات"¹.

3-المرسوم التنفيذي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية لسنة 1991:

لقد تضمن المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 في نص منه تعريفا للصفقات العمومية ، حيث أشار النص على ما يلي: " الصفقات العمومية عقود مكتوبة حسب التشريع الساري على العقود المبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال وإقتناء المواد والخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة"².

4- المرسوم الرئاسي 02-250 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 08-338 المؤرخ في 26/10/2008 ، حيث نص على أن: " الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال وإقتناء المواد والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة"³.

5- المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية :

وقد أشارت لتعريف الصفقات العمومية المادة 04 منه : "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال وإقتناء اللوازم والخدمات والدراسات ، لحساب المصلحة المتعاقدة"⁴.

يبدو من خلال النصوص السابقة والتي صدرت في حقبة زمنية مختلفة بل وفي مراحل إقتصادية وسياسية مختلفة مدى إصرار المشرع الجزائري على إعطاء تعريف للصفقات العمومية وإن اختلفت صياغته بين مرحلة وأخرى.

¹ المادة 04 من المرسوم 82-145 المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، جريدة رسمية، العدد 15.

² المادة 03 من المرسوم التنفيذي 91-434 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية .

³ المادة 03 من المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر سنة 2008 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 02-250.

⁴ المادة 04 من المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، جريدة رسمية، العدد 58، ص 5.

ولعل إصرار المشرع على إعطاء تعريف للصفات العمومية يعود بالأساس للأسباب التالية:

- 1- إن الصفات العمومية تخضع لطرق إبرام خاصة وإجراءات معقدة.
- 2- إن الصفات العمومية تخضع لأطر رقابية خاصة داخلية وخارجية.
- 3- إن الصفات العمومية تخول جهة الإدارة مجموعة من السلطات الإستثنائية غير مألوفة في عقود أخرى.

2- التعريف القضائي:

إن القضاء الإداري الجزائري حال فصله في بعض المنازعات قدم تعريفا للصفات العمومية و قد ذهب مجلس الدولة الجزائري في تعريفه للصفات العمومية على أن الصفة العمومية "عقد يربط الدولة بالخواص حول مقولة أو إنجاز مشروع أو أداء خدمات"¹.

ويبدو من خلال التعريف أن مجلس الدولة حصر مفهوم الصفة العمومية على أنها رباط عقدي يجمع الدولة بأحد الخواص ، في حين أن العقد أو الصفة العمومية يمكن أن تجمع طرفاً آخر² غير الدولة ممثلاً في الولاية أو البلدية أو المؤسسات الإدارية، خاصة وأن القوانين الجاري بها العمل تعترف لهذه الهيئات بحق التقاضي وعلى رأسها القانون المدني في نص مواد 49 و 50 ، وأيضاً قانون البلدية لسنة 1990 في نص مادته الأولى وكذلك المادة 60 منه ، وقانون الولاية لسنة 1990 في نص مادته الأولى وكذلك المادة 87 وتنظيمات أخرى كثيرة .

كما أن التعريف أعلاه حصر الصفة العمومية على أنها عقد يجمع بين الدولة وأحد الخواص في حين أن الصفة العمومية قد تجمع بين هيئة عمومية وهيئة عمومية أخرى، ومع ذلك تظل تحتفظ بطابعها المميز كونها صفة عمومية.

3- التعريف الفقهي :

لقد أجمع فقه القانون الإداري أن نظرية العقد الإداري هي نظرية قضائية أرسى مبادئها وأحكامها القضاء الإداري الفرنسي ممثلاً في مجلس الدولة عبر اجتهاداته من خلال القضايا والمنازعات المعروضة عليه³.

و لقد عرف الفقه العقد الإداري على أنه العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام قصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره و تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص، وبما أن الصفة عقد إداري فإن هذا التعريف يسقط عليها آلياً.

¹ د. عمار بوضياف : المرجع السابق ، ص 29.

² د. سليمان محمد الطماوي : المرجع السابق ، ص 28 .

³ د. عمار بوضياف : المرجع السابق ، ص 31 ، 35 .

ثانيا: معايير تمييز الصفقة العمومية

بالرغم من الاختلاف والتباين في مختلف قوانين الصفقات العمومية ، وذلك إستجابة للضرورة العملية المتعلقة بالتحويلات السياحية والإقتصادية للبلاد عبر مراحل متعددة ، إلا أنه ورغم كل ذلك فإن كل هذه القوانين احتوت على بعض المعايير الأساسية لتمييز الصفقة عن غيرها .
ولعل أن العنصر الأكثر أهمية والذي إعتد به المشرع الجزائري هو وجود شخص معنوي عام كطرف في العقد¹.

1- المعيار العضوي :

لقد أقر المشرع هذا المعيار منذ المرحلة الأولى لتشريع الصفقات العمومية بداية بقانون 90/67 مما جعل مشاركة الشخص المعنوي العام هي الدالة على أن هذا العقد هو من قبيل الصفقات العمومية² ، لكن مجرد توافر هذا الشرط لا يؤدي حتما إلى تكييف العقد على أنه صفقة عمومية ، إذ يتصور إبرام عقد يكون طرفه شخص من أشخاص القانون العام ومع ذلك يكون العقد من عقود القانون الخاص .
وذلك لأنه ليست كل عقود الإدارة عقودا إدارية ، ولكن كل العقود الادارية يجب أن يكون أحد أطرافها على الأقل شخصا من أشخاص القانون العام³.

فقانون الصفقات العمومية الصادر بالأمر 90/67 المؤرخ في 17-06-1967، حدد الأشخاص المعنوية العامة التي تخضع عقودها لنظام الصفقات العمومية ، والمتمثلة في كل من:

- الدولة

- المحافظات

- المؤسسات والدواوين العامة .

أما المرسوم 82-145 فقد حاولت المادة 05 منه تحديد ما أطلق عليه في ذلك الحين بالمتعامل العمومي وهي:

- جميع الإدارات العمومية

- جميع المؤسسات الإستراتيجية

- أي وحدة لمؤسسة عمومية يتلقى مديرها تفويضا لعقد الصفقات .

¹ عبد الوهاب علاق : الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة بسكرة ، 2003 -2004 ، ص 10 .

²Mohamed Kobtan : " le régime juridique des contrats du secteur public", étude de droit compare algérien et française, p17.

³ عبد الوهاب علاق : المذكرة السابقة، ص 10 .

وقد أضاف المشرع على هؤلاء الأشخاص الإدارية الواردة في المادة 05 الإستغلالات الفلاحية المنظمة والمسيرة في إطار التسيير الذاتي ، وذلك في المادة 20 من هذا المرسوم ، وقد أخرج القانون التوجيهي 88-01 المؤسسات العمومية الإقتصادية من نطاق الخضوع لهذا القانون¹ .
أما المرسوم التنفيذي رقم 91-434 فقد حدد الأشخاص المعنوية العامة التي تخضع عقودها لنظام الصفقات العمومية وهي:

- الإدارات العمومية
- الهيئات الوطنية المستقلة
- الولايات
- البلديات

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري

أما المرسوم الرئاسي 02-250 في تحديده للأشخاص التي تستطيع إبرام الصفقات العمومية في مادته 02 فقد خص بالذكر:

- الإدارات العمومية ، الهيئات الوطنية المستقلة ، الولايات البلديات ، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري ، مراكز البحث والتنمية ، المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ، عندما تكلف هذه الأخيرة بإنجاز مشاريع إستثمارات عمومية بمساهمة نهائية من ميزانية الدولة .

وجاء المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 02-250 بإضافة أشخاص معنوية أخرى لم يسبق للقوانين السابقة ذكرها، وهو ما أقره أيضا المرسوم الرئاسي الجديد 10-236 فقد أضافت المادة 02 من المرسوم الرئاسي 08-338 والتي تقابلها المادة 02 أيضا من المرسوم الرئاسي 10-236 الأشخاص التالية²:

- المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني
- المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني
- المؤسسات العمومية ذات الطبع الصناعي والتجاري
- المؤسسات العمومية الإقتصادية ، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة.

¹Mohamed Kobtan : op.cit . , P158

² انظر المادة 02 من المرسوم الرئاسي 08-338، و المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

وتجدر الإشارة أن لكل سلطة من هذه السلطات أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين بأي حال بتحضير الصفقات وتنفيذها طبقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها¹ ، ولا تصح الصفقات العمومية إلا إذا كانت صادرة من طرف السلطات السابقة الذكر أو ممن فوض لهم قانوناً تلك الصلاحية .

إن المعيار العضوي هو من أحد العناصر الضرورية لإضفاء الصفقة العمومية على العقد لأن العقد المبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص هو دون شك عقد مدني ويختص به القضاء المدني. وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ في الكثير من الأحكام².

2- المعيار الشكلي :

إشترط القانون³ أن تكون الصفقات مكتوبة ، وشرط الكتابة شرط أساسي تداولت على ذكره كل قوانين الصفقات العمومية الجزائرية ، بداية من الأمر 67-90 الذي يعرف الصفقات العامة على أساس أنها عقود خطية في مادته الأولى ، وكذلك الحال بالنسبة للمرسوم 82-145 ، وكذا المرسوم التنفيذي 91-434 في مادته 03 والمرسوم الرئاسي 02-250 في مادته 03 ، والمرسوم الرئاسي 10-236 في المادة 04 منه . وشرط الكتابة مقرر أساساً للإثبات في حالة المنازعة فتقتضي حساسية الصفقة العمومية لا سيما الجوانب المالية وجوانب الإلتزامات الفنية والتقنية وحتى التكنولوجية أن تكون عقوداً مكتوبة ، فالمشرع جعل القاعدة هي إلزامية الكتابة فقاعدة إلزامية الكتابة في إبرام عقود الإدارة مؤكدة⁴ .

3- المعيار المالي:

خص المشرع الجزائري عقود الصفقات العمومية بسقف مالي محدد عبر كل التعديلات التي مست قانون الصفقات ، وإن كان لهذا الإجراء ما يبرره من إنخفاض لقيمة الدينار الجزائري وكذا خوف المشرع من أن يرهق الإدارة المتعاقدة ويثقل كاهلها بالخضوع للقواعد الإجرائية في قانون الصفقات العمومية عندما تكون محل مصاريف زهيدة خشية أن تتعطل المصلحة العامة خدمة للإجراءات الروتينية ، ولاشك أن تحديد سقف معين لإعتبار العقد صفقة عمومية هو من قبيل الرقابة المالية⁵ . والملاحظ أن السقف المالي كان محل تعديل في معظم النصوص المنظمة للصفقات العمومية ، حيث كان في إرتفاع مستمر إلى أن وصل سقف 6 ملايين دينار جزائري وهذا ما قرره المادة 05 من

¹ المادة 08 من المرسوم الرئاسي 10-236 السابق الذكر .

² Jean Rivero-Jean Valine : " droit administratif", 17eme édition, Dallolz, 1998, p115.

³ Jean- Mari delhay : " le nouveau code des marchés publics", puits fleur, 2004, p 90-91.

⁴ محمد الصالح فنيش : القيود الواردة على حرية الإدارة لدى تعاقدها ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، دون سنة ، ص 192 .

⁵ عبد الوهاب علاق : المذكرة السابقة، ص 14 .

المرسوم الرئاسي رقم 301-03 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 250-02 ، وذلك بالنسبة للأشغال والتوريدات ، و4 ملايين دينار جزائري بالنسبة لخدمات الدراسات أو الخدمات¹.
أما بصدور المرسوم الرئاسي رقم 338-08 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 250-02 ، فقد تم رفع السقف المالي مجددا إلى 8 ملايين دينار جزائري وهذا بالنسبة لخدمات الأشغال واللوازم مع الإحتفاظ بنفس السقف المالي فيما يتعلق بخدمات الدراسات أو الخدمات².
وبصدور المرسوم الرئاسي الجديد 236-10 فقد حافظ على نفس السقف المالي المقرر في المرسوم الرئاسي 338-08³.

وقد قرر المرسوم الرئاسي 236-10 أن كل عقد أو طلب يساوي مبلغه 8 ملايين دينار أو يقل عنه لخدمات الأشغال أو اللوازم و4 ملايين دينار لخدمات الدراسات أو الخدمات، لا يقتضي وجوبا إبرام صفقة في مفهوم هذا المرسوم.

4- المعيار الموضوعي:

عرف موضوع الصفقات العمومية تطورا وفق تطور الحاجات العامة التي تعد المعبر الحقيقي عن موضوع الصفقة وهو ما عبر عنه المشرع الفرنسي في المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 15-04 المؤرخ في 17-01-2004.

وقد اختلفت مواضع الصفقات العمومية من تعديل لآخر عرفه قانون الصفقات العمومية فابتداء من الأمر 67-90 كان موضوع صفقات الدولة في شكل أشغال خدمات أو توريدات وانتهاء بالمرسوم الرئاسي 236-10 في مادته 04 والذي نص على أن موضوع الصفقة العمومية يكون لإنجاز الأشغال وإقتناء اللوازم والخدمات والدراسات .

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الصفقات التي سبق ذكرها هي صفقات عمومية بنص القانون كما أصطلح على تسميتها الفقهاء⁴.

5- معيار الشروط غير المألوفة :

اختلف الفقهاء في وضع تعريف محدد للشروط غير المألوفة فكل فقيه يقدم رأيه في هذا المجال حيث ذهب الأستاذ " فالين" إلى تعريف الشرط الإستثنائي بأنه الشرط الذي يعد باطلا في عقود القانون الخاص لمخالفته للنظام العام⁵ ، وذهب الأستاذ فيدال إلى القول أن الشروط غير المألوفة هي تلك

¹ المادة 05 من المرسوم الرئاسي 301-03 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 250-02 .

² المادة 04 من المرسوم الرئاسي 338-08 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 250-02.

³ المادة 06 من المرسوم الرئاسي 236-10 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية .

⁴ André de l'aubadair - Jean Claude- Vanezia Styve gaudete, " Manuel droit administratif", 15 éme édition, L.G.D. J, 1995, p241.

⁵ محمدعلاق : المذكرة السابقة ، ص 15 .

التي لا يمكن إدراجها في عقود الأفراد ، ليس بسبب إستحالتها أو إصطدامها بالنظام العام وإنما باتسامها بالسلطة العامة أو لمخالفتها ما اعتاده الأفراد من شروط وفي هذا المجال تصيح الشروط غير المألوفة وسيلة يتمكن من خلالها القاضي من الكشف عن نية الإدارة في إستخدام أساليب القانون العام.

وتبدو هذه النية جليا إذا تمتعت الإدارة بحقوق وإمتيازات أكثر من تلك التي يتمتع بها المتعامل المتعاقد. بينما ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى تعريف الشروط غير المألوفة على أنها تلك التي تمنح أحد الطرفين المتعاقدين حقوقا أو تحمله إلتزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها¹.

لقد كرس المشرع الجزائري هذا المعيار في مختلف قوانين الصفقات العمومية ، فاعترف للإدارة بممارسة جملة من السلطات والإمتيازات التي لانجد لها مثيلا على مستوى دائرة القانون الخاص² . فبالرجوع إلى المادة 112 من المرسوم الرئاسي 10-236 إعترفت صراحة للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد بعد توجيه إعدار للطرف المتعاقد للوفاء بإلتزاماته وهو ما لم يقرره القانون المدني³.

كما نلمس أيضا هذا الشرط الإستثنائي فيما يخص دفاتر الشروط المنصوص عليها بموجب نص المادة 10 من نفس المرسوم الرئاسي⁴ . وكذلك في إمكانية فرض عقوبات مالية دون اللجوء إلى القضاء⁵.

ومن بين الشروط غير المألوفة أيضا وسائل الضغط التي يأتي على رأسها إجبار المتعامل المتعاقد على تنفيذ إلتزاماته أو تنفيذ على حسابه كأن تحل الإدارة بنفسها لإتمام المشروع بحلولها محله⁶ ، أو تحيل المشروع إلى شخص آخر وعلى نفقة المتعاقد المقصر، وهذا الشرط كثيرا ما يدرج في دفاتر الشروط .

ثالثا: أنواع الصفقات العمومية

إن المشرع الجزائري من خلال تنظيمه للصفقات العمومية بموجب المرسوم الرئاسي 250/02 والمرسوم الرئاسي 10/236 ، ركز على سبيل الحصر على عقود معينة ، ولم يشمل قانون الصفقات

¹Jaqueline Morand –Deville : "Cours de droit administratif", 5eme édition, p. 393, et Mohamed kobtan : op.cit., p19-18 .

² د. عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 61 .

³ انظر المادة 112 من المرسوم الرئاسي 10-236، السابق الذكر .

⁴ انظر المادة 10 من المرسوم الرئاسي 10-236.

⁵ انظر المادة 09 من المرسوم الرئاسي 10-236.

⁶ د. مازن ليلو راضي : دور الشروط الإستثنائية في تمييز العقد الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية 2002 ، ص 99 .

العمومية عقد الإلتزام – الإمتياز- فقد خصه المشرع بأحكام تنظيمية خاصة ، ومن أهم العقود التي تناولها قانون الصفقات العمومية وذلك من خلال نص المادة 11 من المرسوم الرئاسي 250/02، والتي تقابلها المادة 13 من المرسوم 236/10 اللتان أشارتا إلى أربعة عقود إدارية فقط وهي عقد الأشغال العامة عقد التوريد عقد الخدمات، عقد إنجاز الدراسات ، وهذا على النحو الآتي : " تشمل الصفقات العمومية إحدي العمليات الآتية أو أكثر:

- إقتناء اللوازم.
- إنجاز الأشغال.
- تقديم الخدمات.
- إنجاز الدراسات."

والمشرع الجزائري في تنظيمه للصفقات العمومية في كل مرحلة تاريخية عرفتھا الصفقة العمومية إختلفت نظرتھ في كل مرحلة حول نوع العقود التي يطلق عليها وصف الصفقة العمومية وكذلك حول التسمية التي يطلقھا على العقد.

بالرجوع إلى الأمر 90/67 المؤرخ في 17/06/1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية في نص المادة الأولى منه التي أشارت إلى: ¹ عقد إنجاز الأشغال أو توريدات أو خدمات ، وفي الفصل السادس من نفس الأمر خصه المشرع لأحكام الصفقات المتعلقة بالدراسات.

أما المرسوم 145/82 المؤرخ في 10/04/1984 المنظم للصفقات العمومية التي يبرمھا المتعامل العمومي فقد أشارت المادة الرابعة منه إلى ² عقد إنجاز الأشغال وعقد إقتناء المواد والخدمات ، وهو ما يقابل المادة 03 والمادة 12 من المرسوم التنفيذي 434/91 المؤرخ في 09/11/1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، والتي أشارت إلى نفس العقود.

ما يلاحظ من خلال التنظيم الذي عرفته الصفقة العمومية أن عقد التوريد عرف عدة تسميات نذكر منها عقد إقتناء المواد وهذا حسب ما جاء به المرسوم 145/82 وكذلك المرسوم التنفيذي 93/91 ، وعقد إقتناء اللوازم وهذا ما أشار إليه المرسوم الرئاسي 250/02 والمرسوم الرئاسي 236/10. وما يلاحظ أيضا أن عقد الدراسات لم يخصه المشرع بالذكر من خلال المرسوم 145/82 وكذلك المرسوم التنفيذي 431/91 ، وجاء المرسوم 250/02 وأضاف عقد الدراسات ، مع العلم أن قانون الصفقات العمومية الأول بموجب الأمر 90/67 قد ذكر هذا العقد وخصه بالدراسة من خلال الفصل السادس منه ، سنوضح في الآتي كل نوع من هذه الصفقات .

¹ انظر المواد 64، 65، 66، 67 من الأمر 90/67 المتضمن قانون الصفقات العمومية.

² اظر المادة 04 من المرسوم 145/82 المنظم للصفقات العمومية التي يبرمھا المتعامل العمومي وأيضا المادة 03 و 12 من المرسوم التنفيذي 434/91 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية .

1- صفقات إنجاز الأشغال¹ : نص المشرع في المادة 04 والمادة 13 من المرسوم الرئاسي 10-236 على هذا النوع من الصفقات والملاحظ أن المشرع لم يقدم تعريفا محددًا لصفقات إنجاز الأشغال واكتفى بتحديد الهدف من الصفقة بنصه: " تهدف صفقة الأشغال إلى قيام المقاول ببناء أو صيانة أو تأهيل أو ترميم أو هدم منشأة أو جزء منها ، بما في ذلك التجهيزات المشتركة الضرورية لاستغلالها ، في ظل إحترام البنود التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع " .

وتجدر الإشارة أن المشرع إستدرك النقص المتواجد في المادة 11 من قانون الصفقات السابق 02-250 والتي لم يحدد فيها الهدف من صفقة الأشغال العامة.

وقد عرف القضاء الإداري المقارن هذا النوع من الصفقات على أنها : " عقد مقاوله بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام وتحقيقا لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد"² .

ويتبين من هذا التعريف أنه يلزم في صفقة الأشغال العامة توافر ثلاثة عناصر:

أ- أن يكون موضوع العقد عقار³ :

بمعنى أن الأعمال محل العقد تهدف إلى إحداث تغيير في العقار ذاته ، في تكوينه أو شكله كأعمال البناء والحفر والهدم والإصلاح والترميم والصيانة وعلى ذلك لا يعتبر من قبيل الأشغال العامة ما يرد على العقار من عقود بيع أو إيجار ، أو حتى أعمال مادية كتسليم العقار مثلا ، لأنها لا تنصب على تغيير في العقار ذاته⁴ ، ولا يعتبر أشغالا عامة ما يرد من أعمال على منقولات مهما كانت أهميتها ، وإن أمكن إعتبار العقد في شأنها عقدا إداريا ، إذا ما توافرت عناصره المعروفة ، ولكنه لا يكون عقد أشغال عامة على أن المنقول الذي يصبح عقار بالتخصيص ، هو عقار يمكن أن يكون موضوعا لعقد أشغال عامة⁵.

ب- يجب أن تتم الأشغال لحساب شخص معنوي عام:

يتعين أن تتم أعمال الأشغال لحساب شخص معنوي سواء كان شخصا معنويا عاما إقليميا أو مرفقيا وسواء كان الشخص المعنوي مالكا للعقار موضوع عقد الأشغال العامة أم لا .

¹ انظر الملحق رقم 02، ص174.

² حمدي ياسين عكاشة: موسوعة العقود الإدارية والدولية، دون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 403.

³ المادة 683 من الأمر 75 - 58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، والتي تتعلق بمفهوم العقار.

⁴ د. محمود عاطف البنا : العقود الإدارية ، ط 01 ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2007 ، ص 73 .

⁵ د. محمود عاطف البنا : المرجع نفسه ، ص 73 .

ومن ثم فإذا قام شخص معنوي عام باستئجار عقارا لتشغيله كمستشفى مثلا فإن العقد الذي يبرمه الشخص المعنوي مع أحد الأفراد أو الشركات للقيام بأعمال الصيانة أو الترميم للعقار يكون من عقود الأشغال العامة بغض النظر عن عدم ملكية الشخص العام الذي تم العمل لحسابه للعقار ما دامت آثار العقد سوف تنصرف إليه¹.

ج- يجب أن يكون الهدف من الأشغال تحقيق منفعة عامة:

عرفت هذه الفكرة تطورا كبيرا عبر الزمن²، حيث كانت الأشغال العامة في البداية تقتصر على الأشغال الواقعة على العقارات التي تدخل ضمن الدومين العام، حيث أنه لو تمت هذه الأشغال على عقار يدخل ضمن الدومين الخاص لما أعتبر العقد إداريا، ولكن القضاء الإداري فصل بين الفكرتين وأقر أن صفة الأشغال العامة تنفصل تماما عن فكرة الأموال العامة فليس من الضروري أن تدخل صفة الأشغال العامة ضمن الأموال العامة بل يكفي أن يكون المقصود بالأشغال العامة تحقيق النفع العام³.

وعليه يجب أن تتصل الأشغال العامة التي ترد على عقار تحقيق النفع العام لمن تتصل مصالحهم بهذا العقار كما هو الحال بالنسبة للمدارس أو المستشفيات⁴.

وتجدر الإشارة أن عقد الأشغال العامة هو المجال الخصب لتطبيقات الرقابة التقنية في مجال الصفقات العمومية، إذ أن الإدارة تجد ركيزتها القانونية في القرار الوزاري المشترك رقم 02 المؤرخ في 04-07-2001 المعدل للقرار الوزاري المؤرخ في 15 ماي 1988 المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك.

كما نص المشرع في مجال الأشغال العامة، على وجوب تقديم شهادة التأهيل والترتيب المهني في صفقات البناء والأشغال العمومية⁵.

2- صفة إقتناء اللوازم :

حتى تتضح هوية هذه الصفة لابد من تقديم تعريف الصفة وتحديد لأهم عناصرها.

أ- تعريف صفة إقتناء اللوازم:

¹ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة : الأسس العامة للعقود الإدارية (الإبرام ، التنفيذ ، المنازعات) ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، 2005 ، ص 48 .

² د. محمد أنس قاسم جعفر : العقود الإدارية، جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، 1999، ص 63.

³ عبد الوهاب علاق : المذكرة السابقة ، ص 22 .

⁴ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: المرجع السابق، ص 49.

⁵ أنظر المرسوم 83-135 المؤرخ في 119-12-1983 المتضمن وجوب تقديم شهادة التأهيل والمرسوم التنفيذي رقم 93-289 المؤرخ في 28-10-1993 المتضمن إلزامية الحصول على شهادة التأهيل والتصنيف المهني بالنسبة للمؤسسات المشاركة في تنفيذ الصفقات العمومية للبناء والأشغال العمومية والري.

تعرف هذه الصفقة على أنها: " إتفاق بين المصلحة المتعاقدة وأحد الأفراد أو الشركات يلتزم بموجبه الفرد أو الشركة ، بتزويد منقولات لازمة لمرفق عام مقابل ثمن "1.

ب- عناصر صفقة إقتناء اللوازم :

يمكن تحديد عناصر صفقة إقتناء اللوازم في العناصر التالية :

- التوريد: إذ يلتزم المورد بتزويد المواد المتفق عليها طبقا للمواصفات والشروط المنصوص عليها في الصفقة العمومية ودفتر الشروط الإدارية.
- أن يرد عقد إقتناء اللوازم على منقولات : إذ لا يمكن تصور أن يرد هذا العقد بأي حال من الأحوال على عقارات .
- أن تبرم صفقة إقتناء اللوازم بهدف تحقيق المصلحة العامة ولحساب الشخص العام.

3- صفقة تقديم الخدمات:

حتى تتضح ملامح الصفقة لا بد من تقديم تعريف لها، وتحديد عناصرها:

أ- تعريف صفقة تقديم الخدمات:

تعرف صفقة تقديم الخدمات على أنها:" إتفاق بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها من أجل تموينها وتوريدها بإحتياجاتها من خدمات يتطلبها المرفق العام في إدارته وتسييره"2.

ب- عناصر صفقة تقديم الخدمات :

ومن أهم عناصر صفقة تقديم الخدمات :

- أن تقدم الخدمات المتفق عليها من الجانبين وأن تكون هذه الخدمات مطابقة لما يتطلبه موضوع الصفقة
- أن تنجز هذه الخدمات بهدف تحقيق الصالح العام ولحساب المصلحة المتعاقدة.

4- صفقة إنجاز الدراسات :

ستحدد معالم الصفقة وذلك من خلال تقديم تعريف لها، تحديد عناصرها و أنواعها .

أ- تعريف صفقة إنجاز الدراسات: ويمكن تعريف عقد الدراسات على أنه:

" إتفاق بين الإدارة المتعاقدة وشخص آخر (طبيعي أو معنوي) يلزم بمقتضاه المتعاقد بإنجاز دراسات محددة في العقد لقاء مقابل تلزم الإدارة بدفعه تحقيقا للمصلحة العامة"3.

ب- عناصر صفقة الدراسات :

¹ عادل عبد الرحمان خليل : عقود الإدارة المدنية والإدارية ، مطبعة الإيمان ، القاهرة ، 2004 ، ص 111 .

² بزاحي سلوى : رقابة القضاء الإداري على منازعات الصفقات العمومية ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة عنابة 2007 ، ص 27 .

³ قدوح حمامة: عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 60 .

ويمكن إجمالها إلى عنصرين أساسيين :

■ الإلتزام بتقديم الخدمات الفكرية المتطلبية.

■ ان تكون هذه الخدمات موجهة لخدمة مرفق عام .

ج- أنواع صفقات الدراسات: تنقسم صفقة الدراسات إلى:

■ **صفقات التحديد** : وهي التي يكون موضوعها إكتشاف إمكانيات وشروط المؤسسة من الناحية التقنية والإقتصادية .

■ **صفقات إدارة الأشغال** : وهي التي يكون موضوعها إعطاء حلول في ميدان الهندسة المعمارية والتقنية والإقتصادية للبرنامج المحدد من طرف رئيس الأشغال¹ .

الفرع الثاني: مراحل تطور الصفقة العمومية

إن التشريع المتعلق بالصفقات العمومية من التشريعات الحديثة إذا ما قورن مع باقي فروع القانون، فقد صدر أول قانون للصفقات العمومية في فرنسا سنة 1964 ، نظم أحكامها وجعل مفهومها مرتبط بال عقود التي تبرمها الإدارة² ، فكل صفقة عمومية تعتبر عقدا إداريا في النظام القانوني الفرنسي ، وقد تم العمل بأحكام هذا القانون في الجزائر إلى غاية صدور أول قانون منظم للصفقات العمومية ، وسنسلط الضوء على أهم مراحل تطور الصفقات العمومية في ما يلي :

المرحلة الأولى: الأمر 67-90 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية

لقد تم سن أول تشريع نظمها سنة 1967 بمقتضى الأمر 67-90 المؤرخ في 17 يونيو 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية، والذي أخذ بمفهوم مخالف لما كان عليه الحال في فرنسا، ذلك أن مفهوم الصفقة العمومية شمل كل الطلبيات العمومية بالمفهوم الإقتصادي للمصطلح، فكانت كل طلبات القطاع العام، الذي يشمل كل المرافق العامة الإدارية منها والإقتصادية على حد سواء - تخضع لقانون الصفقات العمومية حسب ما نصت عليه الفقرة 2 من المادة الأولى منه، وكان الهدف من إتخاذ هذا الموقف هو "حماية أموال الدولة وإعتماد فكرة التنسيق بين مختلف المؤسسات العمومية الإدارية والإقتصادية"³ .

¹ بزاحي سلوى : المذكرة السابقة ، ص28 .

² وهو نفس التوجه السائد اليوم إذ تنص المادة 1 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي على أن:

" Les marchés publics sont des contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public mentionnées à l'article 2 pour répondre à leurs besoins en matière des travaux, des fournitures ou des services".

-Voir M AlfonsiJean : "La notion de marché public, revue du conseil d'Etat, N°3, année 2003, P52.

³ د سعيد بوشعير: "نظام المتعامل العمومي بين المرونة والفعالية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، العدد 2، السنة 14، كلية الحقوق، الجزائر، جوان 1986، الصفحة 434.

المرحلة الثانية: الأمر 74- 09، المرسوم 82- 145 المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي

وبقي الحال على هذا الوضع بمناسبة صدور الأمر 09-74 المتضمن مراجعة قانون الصفقات العمومية وكذا المرسوم 82-145 المؤرخ في 10 أبريل 1982، بإفئهما على نفس المفهوم للصفقة العمومية وعلى نفس التوجه ، فأخضع كل الأشخاص القانونية العامة لأحكامه الإدارية منها والإقتصادية ، بما فيها المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، على الرغم من أنها "مؤسسة يكون موضوعها ونشاطها مشابها لنشاط المشروعات الخاصة الصناعية والتجارية ، وتعمل في ظروف مشابهة للظروف التي تعمل فيها تلك المشاريع الخاصة"¹.

المرحلة الثالثة: القانون 88- 01 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية، والرسوم 88-72 المعدل والمتمم لقانون الصفقات العمومية

بصدور القانون 88-01 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية في 12 يناير 1988 تم إستثناء المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري من أحكام قانون الصفقات العمومية بنص المادة 59 منه² ، ولذا لم تتم الإشارة في المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 المعدل والمتمم، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية لخضوع هذه المؤسسة لأحكامه، غير أن الممارسات كانت غير ذلك فدواوين الترقية والتسيير العقاري - مثلا - كانت دائما تلجأ إلى تطبيق أحكام النصوص المنظمة للصفقات العمومية بناء على تعليمات الوزارة الوصية. أما المرسوم 88-72 المؤرخ في 29-03-1988 إستبعد بدوره عقود المؤسسات العامة الصناعية والتجارية من دائرة الصفقات العمومية³.

المرحلة الرابعة: المرسوم التنفيذي رقم 91- 434

لقد تم إصدار المرسوم التنفيذي رقم 91-434 ليقصر تطبيقه على القطاع الإداري بالدولة دون قطاعها الإقتصادي (المؤسسات الإقتصادية EPE) الذي أصبح خاضعا للقانون الخاص، ذلك أن المادة 02 منه تنص " لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات المتضمنة مصاريف الإدارات

¹ د. مصطفى أبو زيد فهمي: القانون الإداري، ذاتية القانون الإداري، الإدارة العامة في معناها العضوي، الإدارة العامة في معناها الوظيفي، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1993، ص 207.

² تنص المادة 59 من القانون 88-01 على أنه: "لا تخضع المؤسسات العمومية الإقتصادية و الهيئات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري، التي تحكمها قواعد القانون التجاري، لأحكام الأمر رقم 67 - 90 المتضمن قانون الصفقات العمومية".

³ المادة 01 من المرسوم 88-72 ، المؤرخ في 29-03-1988 .

العمومية والهيئات الوطنية المستقلة والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري المسماة أدناه المصلحة المتعاقدة"¹.

المرحلة الرابعة: المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 يوليو 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي 03-301 المؤرخ في 11 سبتمبر 2003، والمعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 الذي نص في المادة 2 منه على أنه: "لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل مصاريف الإدارات والهيئات العمومية المستقلة ذات الطابع الإداري بالإضافة إلى مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والثقافي والتكنولوجي، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية عندما تكلف هذه المؤسسات بإنجاز عملية مموله كلياً أو جزئياً من ميزانية الدولة ، وتدعى في صلب النص المصلحة المتعاقدة".

وهنا نلمس نقطة الخلاف مع الوضع السائد في فرنسا ذلك أن المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لا تخضع لأحكام قانون الصفقات العمومية هناك ، بل للقانون التجاري نظراً لطبيعة مهامها².

المرحلة الخامسة : المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 نظراً للسياسات الاقتصادية المتمثلة في كل من حوصصة الشركات الأجنبية ، تسيير الأموال العمومية ، ضمان مبدأ المساواة ، تم إعادة صياغة النص المتعلق بالصفقات العمومية باعتبارها من أهم أنواع العقود الإدارية الذي يوافق بين المصلحة العامة والخاصة³.

الفرع الثالث: سلطة تعديل الصفقة العمومية

إن سلطة التعديل التي تتمتع بها الإدارة إزاء المتعاقد معها تعتبر من أبرز الخصائص التي تميز نظام العقد الإداري عن نظام العقد المدني ، فأحكام العقد المدني تقتضي بأن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون⁴ ، بينما في العقود الإدارية

¹ فيصل نسيغة : "النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها" ، مجلة الإجتهد القضائي ، العدد الخامس ، كلية الحقوق جامعة بسكرة ، 2008 ، ص 113 .

² Alfonsi Jean, op.cit., P53 : "les seules personnes publiques auxquelles les dispositions du code des marchés publics ne s'appliquent pas nécessairement sont les établissements publics à caractère industriel et commercial, qui sont soumis aux usages du commerce en raison de leur mission"

³ فيصل نسيغة: المقال السابق ، ص 113 .

⁴ المادة 106 من من الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

يجوز للإدارة أثناء تنفيذ العقد أن تعدل من مدى التزامات المتعاقد معها ، وذلك بإجراء صادر من جانبها وحدها¹.

أولا : مفهوم سلطة التعديل

يقصد بسلطة التعديل ، حق الإدارة في تغيير التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد ، فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق الطرف الآخر أو تنقصها ولها أن تتناول الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقص على خلاف ما ينص عليه العقد ، وذلك كلما إقتضت حاجة المرفق هذا التعديل من غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين².

ثانيا : موقف الفقه من سلطة التعديل

إن الآراء الفقهية اختلفت حول فكرة تعديل العقد فمنهم من أيد هذا الحق للإدارة ومنهم من أنكر على الإدارة ممارسة هذه السلطة³.

1- الآراء المؤيدة لسلطة التعديل :

يلاحظ أن الغالبية العظمى من فقهاء القانون العام ما تلبث أن تؤكد وهو الرأي الأكثر تعمقا في الفقه، أنه إذا تضمن العقد نصا يجيز للإدارة الحق في تعديل شروط العقد ، فإن هذا النص لا يقرر للإدارة حقا وإنما يعد نصا كاشفا لا منشئا لهذا الحق ، ذلك أن الحق في تعديل العقد يوجد مستقلا عن النص الوارد بخصوصه بل إن هذا الحق ثابت للإدارة حتى في حالة خلو العقد أو دفن الشروط عن هذا النص أو حتى إذا خلت القوانين واللوائح من الإشارة إليه⁴.

ويضيفون بأن حق الإدارة بزيادة أو إنقاص الإلتزامات الواجب على المتعاقد أداؤها مبدأ عام يسري على جميع العقود الإدارية بلا إستثناء ، وذلك تأسيسا على وجود هذه السلطة بقوة القانون، دونما حاجة إلى النص عليها .

وفي هذا المضمار يشير هوريو (Hauriou) ، في أثناء تعليقه على أحد الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي ، وتحديد الحكم المتعلق بقضية مدينة (تولون) بأن كل عملية إدارية تعتبر إحتماية بمعنى أنه يمكن خلال تنفيذها وقفها أو تأخيرها أو التعديل فيها لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة ، ويترتب على ذلك أن كل إتفاق يتعلق بعملية إدارية يكون عقدا إحتمايا .

¹ د. خميس السيد إسماعيل : موسوعة القضاء الإداري (العقود الإدارية والتعويض) ، دار محمود للنشر والتوزيع ، 2003، ص 82 .

² حمدي ياسين عكاشة: المرجع السابق، ص 210.

³ د. محمود خلف الجبوري: العقود الإدارية، دون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 1998 ، ص 143 .

⁴ سعيد عبد الرزاق باخبيزة : سلطة الإدارة الجزائرية في أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة) ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2007-2008 ، ص 172 .

كما يلاحظ بونار (Bonnard) وهو بصدد تحليل عقود مقاولات الأشغال العامة أنها – الأخيرة – شأنها شأن جميع العقود الإدارية ، لا يطبق مبدأ قدسية الإتفاقات التعاقدية تطبيقا دقيقا إذ أن من المقرر يجوز في أي وقت أن تفرض الإدارة بإرادتها المنفردة تعديلات في شروط المقولة¹.

كما يرى الأستاذ بيكينيو (Pequignot) أنه ليس هناك حقوق مكتسبة يمكن أن تحول بين الإدارة وبين تعديل المرفق العام بقصد الوصول إلى أداء أحسن أو إلى تطوير المرفق ليساير أهدافه ، وبالتالي يكون للإدارة الحق في التعديل الإنفرادي لشروط العقد المتعلقة بالمرفق العام ، وإن هذه هي فكرة مرونة العقد الإداري التي تقف في مواجهة المبدأ الأساسي السائد في القانون الخاص وهو مبدأ الثبات والقوة الملزمة للعقد².

ويقول دي لوبادير (De L'aubadère) "إن الإدارة تستطيع إنهاء العقد إنهاء مبسترا ، إذا أصبح غير مفيد للمرفق ، كما تستطيع أيضا في أوضاع وشروط معينة ، أن تفرض على المتعاقد معها أعباء جديدة لم ينص عليها ، ولكنها أصبحت ضرورية لإشباع الحاجات العامة³.

ومن جهته يشير فلام (FLamme) إلى أن: "حق الإدارة في أن تعدل شروط العقد من دون حاجة لرضا الطرف الآخر، وهو حق أصيل لها مستمد من صفتها كسلطة عامة لا يمكنها النزول عنه وليس بحاجة إلى النص صراحة في العقد⁴.

ويرى الدكتور محمود خلف الجبوري : أن سلطة التعديل الإنفرادي من جانب الإدارة هي القاعدة العامة في جميع العقود الإدارية، وذلك دونما حاجة إلى نص في القانون أو حتى شرط من شروط العقد ، فالعقد الإداري لدى "هوريو" هو عملية احتمالية، أي أنه يمكن إيقاف التنفيذ أو تعديله لأسباب تتعلق بالصالح العام⁵.

ويقول ثروت بدوي : أن الإدارة بمقتضى حقها في إتخاذ القرارات ذات الطابع التنفيذي وبمقتضى سلطتها في التنفيذ المباشر تستطيع أن تفرض على المتعاقد التعديلات التي يقتضيها الصالح العام وتجعل التعديلات نافذة من تلقاء نفسها رغما عن المتعاقد ، أي تلزم المتعاقد بها ولو كرها⁶.

¹ سعيد عبد الرزاق باخبييرة : الرسالة السابقة ، ص 173 .

² د.أحمد عثمان عياد : مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، دون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص 196
³ André de L'aubadair : traité de droit administratif", 3 éme édition, 1963, p801.

⁴ FLamme Maurice andré : " Traité théorique et pratique de marchés publiques", Tome 02, Bruylant, 1969, PP 178 -179.

⁵ د. محمود خلف الجبوري: المرجع السابق ، ص 144.

⁶ د. طعيمة الجرف : القانون الإداري ، دون طبعة ، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة ، 1970 ، ص 136 .

كما يشير محمد فؤاد مهنا بهذا الصدد بقوله : أن حق الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة مسلم به بصفة عامة من جانب الفقه والقضاء سواء في فرنسا أو في مصر وأنه حق مقرر للإدارة كمبدأ عام بالنسبة إلى العقود الإدارية¹.

أما سليمان محمد الطماوي فيحسم الموقف بقوله : "أ نه مهما كان الخلاف حول سلطة التعديل في فرنسا فإن هذا الحق فوق كل شك في مصر"².

ويؤكد بدوره أحمد محيو الذ يعتبر منظما إلى رأي الأغلبية بقوله : "أنه من الصعب إنكار وجود سلطة التعديل بصفة إنفرادية لصالح الإدارة ، وإن السلطات التي اعترف بها القاضي للإدارة غير مألوفة في القانون الخاص لأنها تؤدي إلى نتائج لا تقبل في إطار القانون الخاص الذي يجعل من العقد شريعة المتعاقدين"³.

2- الآراء المنكرة لسلطة الإدارة في التعديل:

مع أن الجانب الأكبر من الفقه الحديث قد أكد وجود سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة إلا أن بعض الفقه التقليدي (النظرية القديمة) لم يعترف بوجود هذه السلطة ، ومن أبرز

أنصار هذا الرأي في الفقه الحديث : Jean Defo , Benoit , L'Huillie

إن نظرية L'Huillier تعد الأبرز والأكثر ظهورا في محيط الفقه ، حيث يرى الفقيه أن سلطة التعديل الإفرادي المقررة للإدارة في عقودها الإدارية تركز على فكرة زائفة ابتدعها الفقهاء ، وأنها لم تؤيد بأحكام من مجلس الدولة الفرنسي ، إذ أن الأحكام التي قررت وجود هذه السلطة كحل لحالة خاصة يمكن تفسيرها من دون حاجة إلى القول بأن العقود الإدارية تخرج عن تلك القاعدة الأساس التي بمقتضاها تقوم الإتفاقات المبرمة على وجه قانوني مقام القانون بالنسبة لمن عقدها، كما أنه توجد أحكام متعددة تنكر صراحة على الإدارة التي تعاقبت ، سلطة التعديل الإفرادي المزعومة⁴ .

وقد إستند L'Huillier لتأييد رأيه إلى ثلاث أحكام صادرة من مجلس الدولة الفرنسي وهي حكمه في قضية قرية (فيزينييه) الصادر في 23-05-1936⁵ ، وحكمه في قضية مستشفى (شوني) الصادر في

¹ سعيد عبد الرزاق باخبييرة : الرسالة السابقة ، ص 174 .

² د. سليمان محمد الطماوي : المرجع السابق ، ص 439 .

³ د. أحمد محيو : محاضرات في المؤسسات الدستورية ، ترجمة محمد عرب صاصيلا ، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، ص 250 .

⁴ د. أحمد عثمان عياد : المرجع السابق ، ص 200 .

⁵ " قد صدر بشأن نزاع حول ملحق عقد أبرم في فيفري 1923 بين قرية فيزيليه والشركة الملتزمة بتوزيع الغاز في القرية وتضمن فيما يتعلق بالتعريفه شرطا بمقتضاه تتم المحاسبة على سعر الغاز المورد للأفراد وفقا لنصوص هذا الملحق إعتبارا من آخر ديسمبر التالي لإبرامه ، وعند حلول هذا التاريخ طلبت الإدارة تطبيق أسعار أقل قليلا مما توصل إليه الحساب ، وعرض النزاع على مجلس الدولة الفرنسي ، حيث قرر المجلس أن عناصر التعريفه التي تضمنها العقد والمدرجة في ملحق

في 11-07-1941 ، وحكمه في قضية مدينة (ليموج) الصادر في 19-01-1946 ، وهو الحكم الذي نص على أن الإدارة في حالة تعديلها لعقد الإمتياز فهي لا تعدل إلا الحقوق المنصوص عليها في العقد صراحة أو تلك الحقوق المنصوص عليها في قانون تنظيم المرفق ، أما ما عدا ذلك فهو خروج عن العقد¹.

وهكذا فإن رأي (L'Huillier) في انكار سلطة التعديل الإنفرادي يقوم في الأساس على حجتين:
أ- أن الحكم الرئيسي الذي إستند إليه مؤيدو فكرة التعديل الإنفرادي وهو الحكم في قضية مدينة مرسيليا لا يؤيد هذه الفكرة ، إذ يمكن تفسيره من دون حاجة إلى القول بسلطة التعديل الإنفرادي ، فقد قرر هذا الحكم أن مدير مقاطعة (الرون) يجوز له قانوناً أن يفرض على الشركة الملتزمة بترام مدينة (مرسيليا) جدول مواعيد يتضمن عدد دورات أكبر من المنصوص عليه بدفتر الشروط ، أي أداء خدمات أكثر من المنصوص عليها وهو يلاحظ أن حكم مجلس الدولة لم يبرر هذا الحل بوجود سلطة عامة للإدارة مانحة الإلتزام في تعديل شروط العقد المتصلة بالمرفق العام تعديلاً إنفرادياً ، بل إنه قد إستند إلى نص صريح في مرسوم 1881/08/06 الخاص بالسكك الحديدية ، الذي يخول المديرين سلطة تحديد جدول مواعيد القطارات ، وأن مجلس الدولة قد فسر هذا النص على أساس أنه يعطي المديرين ليس سلطة تحديد مواعيد سير القطارات فقط بل - أيضاً- فرض التعديلات الإضافية الضرورية لتأمين سير المرفق .

ويلاحظ (L'Huillier) كذلك ، أن مفوض الحكومة بلوم (Blum) نفسه لم يقر وجود سلطة عامة للإدارة بل سلطة لائحية تصدر عن القانون ، ولا يجوز إعمالها إلا في حدوده .

ب- أن هناك أحكام صدرت عن مجلس الدولة تنكر بوضوح سلطة الإدارة في التعديل الإنفرادي ، ومنه حكمه في قضية مستشفى (شوني) المتعلق بصفقة عهدها الإدارة إلى أحد المهندسين بوضع الرسوم والتصميمات الخاصة بإعادة بناء مستشفى (شوني) ، وبتوجيه أعمال البناء ، ونظراً لأن المهندس المتعاقد إضطر أثناء التنفيذ إلى الإقامة في مدينة أخرى فقد إختار مهندساً آخر لمشاركته في أعماله المكلف بها وعرض على الإدارة هذا الإختيار فوافقت عليه ، إلا أنها إشتربت توزيع الأجر المتفق عليه في العقد مناصفة بينهما فرفض المهندس المتعاقد هذا الشرط .

وعند عرض النزاع على مجلس الدولة قضى بأنه لا يجوز للسلطة الإدارية أن تعدل تعديلاً إنفرادياً شروط هذه الوكالة المسموح بها للمتعاقد ، ومن ثم فقد ألزم المستشفى بدفع جميع الأتعاب للمهندس

سنة 1923 يمكن أن تحسب دون تدخل المدينة ثم أعلن ان هذه المدينة لها بدون شك السلطة في حالة ما إذا إعترض المنتفعون على طريقة الحساب في أن تتدخل في علاقتهم مع الملتزم لتأكيد أحترام نصوص العقد وليس بهدف فرض تعريف جديدة لا تتفق ونصوص العقد " .

¹ د. إبراهيم طه الفياض: العقود الإدارية ، الطبعة الأولى ، مكتبة الفلاح ، الكويت ، 1981 ، ص 179 - 180.

المتعاقد ويرى L'Huillier أنه يتبين من حيثيات الحكم أن مجلس الدولة قد قصد حرمان الإدارة المتعاقدة من حق إدخال أية تعديلات على شروط العقد¹.

وقد رأى L'Huillier أن ما جاء في هذا الحكم يتناقض مع حق الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة.

وكذلك الأمر في قضية مدينة (ليموج)²، حيث أنه يسير في الإتجاه عينه الذي ينكر سلطة التعديل الإفرادي للإدارة.

وعلى العموم خلص L'Huillier إلى أن الإدارة لا تملك إلا السلطات المخولة لها بموجب النصوص الصريحة، وأن هذه النصوص كثيرا ما توجد في دفاتر الشروط، ومع كثرة تكرارها إفتراض القضاء وجودها، وهذه الحول القضائية ما هي إلا تطبيقا للمادة 1135 من القانون المدني الفرنسي التي تطبق على عقود القانون الخاص التي تقضي بأن الإتفاقات لا تقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيها، بل تشمل أيضا ما هو من مستلزماتها وفقا للعرف والعدالة والقانون، حسب طبيعة الإلتزام³.

أما الأستاذ "Benoit" فذهب إلى أن سلطات الإدارة في التعديل هي سلطات مبالغ فيها، وهي سلطات زائفة ولا أساس لها⁴.

ثانيا: الأساس القانوني لسلطة التعديل

إختلف الفقهاء حول الأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية ففريق منهم يرى أن هذه السلطة تستمد من خارج الرابطة التعاقدية، ويرى فريق آخر أن هذه السلطة مصدرها الروابط التعاقدية ذاتها القائمة بين الإدارة والمتعاقد معها.

1- الفريق الأول: يرى أن القرارات التي تصدرها الإدارة بتعديل عقودها الإدارية تعتبر من أعمال السلطة العامة، وأن الإدارة لا تمارس بمقتضاها إمتيازات تعاقدية وإنما تستعمل حقا تملكه كسلطة إدارية وأن هذا الحق يعتبر من النظام العام.

وقد انتقد بعض الفقهاء هذا الرأي ولاحظوا أن عبارة "أعمال السلطة العامة" إما أنها مجرد عبارة لفظية وإما أنها إنضمام إلى النظرية القائلة بإزدواج شخصية الدولة كشخص إعتباري وكسلطة عامة وهي نظرية تخرى عنها الفقه الحديث نهائيا والقول أن الإدارة لا تمارس "إمتيازات تعاقدية" في فرض

¹ د. أحمد عثمان عياد : المرجع السابق ، ص 202 .

² تتلخص القضية في أن مرسوما بقانون صدر في 16 جوان سنة 1935 وفرض تخفيضا على أسعار الشريحة الأولى من التيار الكهربائي الخاص بالإضاءة العامة ، وقد رفض مجلس الدولة ذلك الإجراء ، إستنادا إلى أنه إذا كانت هذه التعريفة يجب أن تخضع للتغيرات والمراجعات المنصوص عليها في العقد بصدد تعريف الإضاءة الخاصة ، فإن ذلك لا يترتب عليه خضوعها للتخفيضات غير المنصوص عليها في العقد كذلك التي يفرضها المشرع على الملتمزم بالنسبة للإضاءة الخاصة .

³ سعيد عبد الرزاق باخبييرة : الرسالة السابقة ، ص 171 .

⁴ د. إبراهيم طه الفياض : المرجع السابق ، ص 181.

التعديلات الإنفرادية على العقد معناه أنها تفرض هذه التعديلات على المتعاقد ليس بإعتباره متعاقدًا ولكن كفرد عادي والنتيجة الحتمية لذلك أن يكون للإدارة هذا الحق بالنسبة لأي فرد أجنبي عن العقد وهذا غير مقبول¹.

كذلك فإن قضاء مجلس الدولة الفرنسي لم يؤيد الرأي القائل بأن سلطة الإدارة في تعديل عقودها من النظام العام ، لأنه في عديد من الأحكام إعترف بشرعية الشروط التي تحد من هذه السلطة .

2- الفريق الثاني : يرى أن الأساس القانوني لسلطة التعديل لا يقوم خارج نطاق الرابطة التعاقدية ولكنه إمتياز تعاقدي ، إلا ان هذا الفريق قد إختلف فيما بينه ، فيرى بعضه أن الأساس القانوني لسلطة التعديل يكمن في فكرة تحقيق مقتضيات الصالح العام، ويرى البعض الآخر أن الأساس القانوني لسلطة التعديل الإنفرادي إنما يقوم على مقتضيات المرافق العامة .

فالرأي الذي يؤيد سلطة التعديل كامتياز تعاقدي للإدارة يقيم هذه السلطة على أساس الصالح العام أو مقتضيات المرافق العامة ، والفكرتان بمعنى واحد ، أو هما على الأقل متماثلتان وعلى الأخص في الوقت الحاضر بعد أن إتسع مدلول عبارة المرافق العامة إلى مدى يشمل كل ما من شأنه تحقيق منفعة عامة .

والقائلون بهذا الرأي لم يغفلوا الدور الهام الذي تلعبه فكرة السلطة العامة في هذا المجال، فقد لاحظ بعضهم أنه وإن كانت سلطة التعديل تجد أساسها في فكرة تحقيق المصلحة العامة ومراعاة الظروف المتغيرة في إحتياجات المرفق العام وفي وسائل إدارته ، فإن إجراء التعديل في ذاته يرتبط بفكرة السلطة العامة² .

فهذه الفكرة- وما تتمتع به الإدارة من إمتياز تنفيذ قراراتها تنفيذًا جبريًا إذا لم ينفذها الأفراد إختياريا- هي التي تجعل سلطة التعديل فعلية لها آثارها العملية .

كما لاحظ البعض الآخر أن سلطة التعديل لا تعتبر مجرد مظهر لإمتيازات القانون العام أو للسلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة في العقد الإداري ، ولكنها أيضا تحقيق للدور الذي تلعبه فكرة المرفق العام في العقود الإدارية .

ومن ثم فإن الرأي الغالب في الفقه الفرنسي يقيم سلطة التعديل على أساس مزدوج من إعتبرات الصالح العام ومقتضيات المرافق العامة من ناحية وامتيازات السلطة العامة من ناحية أخرى (إمتياز التنفيذ المباشر³ وامتياز السلطة الضبطية للعقد) .

¹ د. أحمد عثمان عياد : المرجع السابق ، ص 217 .

² د. أحمد عثمان عياد : المرجع السابق ، ص 221 .

³ د. محمود خلف الجبوري: المرجع السابق ، ص 149 .

ويرى الدكتور أحمد عثمان عياد أن حق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة إنما هو مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، تباشره الإدارة باستعمال إمتياز من أهم إمتيازات السلطة العامة التي تملكها ، وهو امتياز التنفيذ المباشر ، كما يرى أن هذا الحق إذ يعتمد على سلطة الإدارة الضابطة لناحية العقد المتصلة بالصالح العام فإنه يعتبر إمتيازاً تعاقدياً متصلاً بالعقد ذاته وليس مرتكزاً على سلطة الإدارة اللائحية أو قاصراً على ما يطلق عليه بالشروط اللائحية في بعض طوائف العقود الإدارية¹ .

المطلب الثاني: ملحق الصفقة العمومية

إن الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية وعدم وجود مساواة بين المتعاقدين ، كون أن الفرد يسعى لتحقيق مصلحته الخاصة بينما تسعى الإدارة لتحقيق المصلحة العامة يقتضي ترجيح كفة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها ، ومن مستلزمات ذلك أن لا تتفقد الإدارة بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين وأن تتمكن من تعديل عقودها لتتمكن من تلبية التغير المستمر في المرافق العامة التي تديرها² ، حيث حولت العقود الإدارية جهة الإدارة سلطات إستثنائية بتطبيقها لقواعد غير مألوفة في عقود القانون الخاص ، بقصد الوفاء بحاجة المرافق العامة وضمان سيرها وإنتظامها وإستمرارها ، ومن ذلك سلطة الإدارة في تعديل العقد ولا شك أن حق التعديل أخطر من حق الرقابة في أقصى صورته فالإدارة هنا لا تتدخل في مجال مسكوت عنه في العقد وإنما تحاول أن تغير في الإلتزامات التعاقدية المنصوص عليها في العقد³ ، على اعتبار أن حق الرقابة هو أيضاً من الشروط الإستثنائية التي يتمتع بها العقد الإداري خلافاً للعقد المدني.

ويمكن للإدارة المتعاقدة أن تعدل العقد الإداري بإرادتها المنفردة خاصة من خلال آلية الملحق⁴ ، وقد منحت هذا الحق بموجب التنظيم المقرر للصفقات العمومية ، وهذا ما أشارت إليه المادة 102 من المرسوم الرئاسي 10-236 : "يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم " ، مما يستدعي بنا إلى التساؤل الآتي: ما المقصود بالملحق ؟ وماهي معايير تمييزه عن الصفقة الأصلية ؟ .

وهذا ما سيتم توضيحه من خلال الفروع التالية :

الفرع الأول: تعريف الملحق.

¹ د. أحمد عثمان عياد : المرجع السابق، ص 220 .

² د. مازن ليلو راضي: دور الشروط الإستثنائية في تمييز العقد الإداري ، دون طبعة ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2002 ، ص 115 .

³ د. سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، دون طبعة ، دار الفكر العربي ، القاهرة 2008 ، ص 437 .

⁴ د. محمد الصغير بعلبي : العقود الإدارية ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، دون طبعة وتاريخ نشر ، عنابة ، الجزائر، ص 74.

الفرع الثاني: أنواع الملحقات.

الفرع الثالث: شروط إبرام الملحق.

الفرع الأول: تعريف ملحق الصفقة العمومية

الملحق لم يعرف من خلال النصوص الفقهية أو الإجهادات القضائية ، و لم يتم وضع تعريف له إلا من خلال قانون الصفقات العمومية وذلك سواء في التنظيم السابق أو التنظيم الجديد¹ والمتمثل في المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 2010/10/07 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وذلك من خلال نص المادة 103 منه .

إن كل القوانين والتظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية في الجزائر تعرضت لتعريف الملحق ، وقد أجمعت كلها على تعريف موحد للملحق في الصفقة العمومية ، وسنحاول تقديم أهم التعاريف التي أشارت إليها التظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية ، على النحو الآتي:

أولا : تعريف المرسوم التنفيذي رقم 98-87 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 91-434 فقد نصت المادة 89 منه على الآتي :

"يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة يبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة الأصلية. ويمكن أن تغطي الخدمات التي هي موضوع الملحق عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة الإجمالي.

وعلى أية حال لا يمكن ان يعدل الملحق موضوع الصفقة جوهريا".

وتجدر الإشارة أن هذا التعريف حرفيا تضمنته المادة 88 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434².

ثانيا: تعريف المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي

03-301، والمرسوم الرئاسي 08-338.

وقد نصت المادة 90 منه على نفس التعريف الذي تضمنته المادة 89 من المرسوم التنفيذي 98-87 والإختلاف بين التعريفين طفيف جدا وهذا باستبدال عبارة وعلى أية حال بالعبارة "، ومهما يكن من أمر" لا يمكن أن يعدل الملحق موضوع الصفقة جوهريا.

ثالثا: تعريف المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن قانون الصفقات العمومية والذي يلغي أحكام المرسوم الرئاسي 02-250.

¹Christophe L'ajoye: " Droit des marchés public", Galino éditeur, L.G.D.J, Paris, 2008, P183.

² انظر المادة 88 من المرسوم التنفيذي 434/91 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

وقد أشارت إلى تعريف الملحق المادة 103 منه وقد إحتفظت المادة بنفس التعريف الوارد في التنظيمات السابقة وهذا في الفقرة الأولى والثانية، أما الأحكام الجديدة وردت في الفقرة الثالثة من المادة بنصها الآتي: "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". إذن الملحق هو وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة أبرم على إثر التعديلات التقنية والإدارية والمالية المحدثة في الصفقة¹.

كما يمثل الملحق إتفاق إضافي للصفقة الأولى هدفه تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية قد تضمنتها الصفقة أو زيادة الخدمات أو تقليلها².

ما يلاحظ من خلال التعريفات التي وردت في التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية أن هناك تعريف موحد للملحق : " وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة وأن الدافع الجوهرى من إبرامه هو التعديل في الإلتزامات التعاقدية والتعديل يحتمل الزيادة أو النقصان أو إضافة أعمال جديدة شريطة أن تكون لها إتصال مباشر بموضوع الصفقة .

يجدر بالذكر أن في كلتا أنواع التعديل سواء الإفرادى من جانب الإدارة فقط أو الإتفاقي وذلك بتوافق إرادة الأطراف المتعاقدة،(المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها)، فإن التعديل لا يكون إلا بموجب ملحق للصفقة .

إن التعديل الإتفاقي للصفقة في الأصل لا يثار فيه إشكال على أنه هناك إتفاق مسبق بين الأطراف المتعاقدة وهذا مقارنة بالتعديل الإفرادى للصفقة من جانب الإدارة باعتباره سلطة مفترضة ومقررة للإدارة دون حاجة إلى النص عليها في الصفقة .

لكن يمكن القول أنه في كلتا الحالتين هناك قيود مشتركة على الإدارة الإلتزام بها، حتى لا يخرج الملحق عن إطار المشروعية القانونية .

الفرع الثاني : أنواع الملحقات

يمكن تصنيف الملحقات إلى الأنواع التالية :

أولا : ملحق الأشغال المضافة³

¹Formation des subdivisionnaires - Module 1 : " Réglementation des marchés publics", Ministère de l'habitat et de urbanisme, I.S.G.P, 2007, p42.

²Christophe L'ajoye : "droit des marchés publics",2ème édition, Galion –éditeur, France 2005, P183.

³ انظر الملحق رقم 01، ص155.

يمنح قانون الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة إمكانية تعديل بنود الصفقة الأولية من خلال الملحق في ظل إحترام القسم الخامس منه ومبادئ المنافسة¹.

وتجدر الإشارة أنه من المتكرر في الصفقات العمومية قيام المتعامل بتعديلات عن الأشغال دون ترخيص من المصلحة المتعاقدة ، وإن لم يتضمن قانون الصفقات هذه الحالة فإن دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 ينص² على أن هذه التعديلات مقبولة ما لم تكن مخالفة لقواعد الفن وللذوق السليم، وإذا ما كانت القياسات تحسب على أساس الإتساعات المنصوص عليها في دفتر الشروط الخصوصية ، وهذه الوضعية قد تسبب إشكاليات في التنفيذ ولهذا فإنه أسلم لتنفيذ الصفقة تضمينها بندا لا يسمح للمتعامل المتعاقد بالقيام بتعديلات في الأشغال والخدمات من تلقاء نفسه ، إلا إذا إتضح أنها ضرورية ولا يمكن الإستغناء عنها .

ويمكن أن يأخذ هذا الملحق إحدى الأشكال الآتية:

أ- ملحق الأشغال المضافة أو المنقصة للبنود المتضمنة في الصفقة الأولية:

ويهدف هذا النوع من الملاحق إلى الأخذ في الحسبان زيادة الأشغال أو تقليلها، وتكون مراجعة الأسعار في هذا الملحق بناء على الصيغة المتضمنة في الصفقة الأصلية .

ب- ملحق إدخال أشغال جديدة غير متضمنة في الصفقة الأولية:

إن هذا النوع من الأشغال تابع ومكمل لإنجاز موضوع الصفقة وتكون مراجعة الأسعار في هذا الملحق بناء على الصيغة المتضمنة في الصفقة الأصلية³.

ثانيا: ملحق التغيير

إن اللجوء إلى هذا النوع من الملاحقات ضروري أحيانا عندما تتغير إحدى أطراف العقد أو تغيير الإلتزامات التسيير.

وإبرام هذا النوع من الملاحق مرتبط بالشروط التالية :

- مراعاة المسائل المتعلقة بالرهن الحيازي والكفالة .
- إعداد قفل الحسابات ومحاضر التسليم مع المتعامل المتعاقد السابق.
- أهلية المتعامل المتعاقد الجديد لإبرام الصفقات العمومية خصوصا فيما يتعلق بالتصنيف المهني والإلتزامات الضريبية والاجتماعية.
- تحمل المسؤوليات فيما يتعلق بالأشغال المنجزة¹.

¹ ميريام أكرور : السعر في الصفقة العمومية ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2007- 2008 ص 95 .

² المادة 22 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 .

³ Formation des subdivisionnaires : op .cit. , P43.

ثالثا : ملحق الإقفال النهائي للصفقة²

هذا النوع من الملاحق يسمح بإيقاف وقفل بصفة نهائية الخدمات المنفذة فعلا في الصفقة وهذا الملحق مشروع بقرارة الوضعية المالية للبرنامج ، وهو ما يبرر إمكانية إبرامه خارج الآجال التعاقدية واللجوء إلى هذا النوع من الملاحق إستثنائي³ ، ويجب أن يكون مبررا بعناية، ومن بين مبررات ذلك⁴:

- التخلي عن المشروع بقرار من الإدارة .
- حالة التسوية الودية للنزاع .
- حالة القوة القاهرة .

وتجدر الإشارة أن افعال الصفقة العمومية يمكن أن يعتمد إلى حد كبير على التسيير المالي للصفقة لبلوغ إمكانيتين :

- إقفال الصفقة ببلوغ الهدف منها .
- إقفال الصفقة بعد فشلها⁵ .

الفرع الثالث: شروط إبرام الملحق

إن عملية إبرام الملحق في الصفقة تخضع لمجموعة من الشروط والتي تتلخص في الآتي:

أولاً: أن يكون هناك إلتزام تعاقدي جديد

إذ يجب أن يصدر الملحق في صيغة كتابية ومصادقا عليه من قبل السلطة المختصة بمعنى لا يقبل أي طلب من المتعامل المتعاقد للتعديل بعد تلقيه وعودا من السلطات غير المؤهلة⁶ .

ثانيا : خضوع الملحق للشروط الإقتصادية للصفقة

إن الملحق يخضع لنفس الشروط الاقتصادية الأساسية للصفقة الأصلية⁷ ، فتطبق في الملحق الأسعار التعاقدية الموضوعة مسبقا ، ولكن في حالة ما إذا تعذر على الطرفين أن يطبقا الأسعار التعاقدية المحددة في الصفقة على العمليات الجديدة المنصوص عليها في الملحق فإنهما يحددان أسعار جديدة¹.

¹ Formation des subdivisionnaires : op .cit. , P43.

² أنظر الملحق الأول ، ص 155 .

³ Formation des subdivisionnaires : ibid, P43.

⁴Aoudia Khaled, Lalle Mohamed, Laouar Rachid : " Gestion active des marchés publics , L.S.G.P, Alger, avril, 2003, P 164-165

⁵ مختار كامل: إبرام الصفقات العمومية ونظام مراقبتها في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير جامعة الجزائر، 2007-2008، ص 113.

⁶Christophe L'ajoye : op.cit., pp185.

⁷ أنظر المادة 104 من المرسوم الرئاسي 336/10 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

ثالثا : إبرام الملحق في الآجال التعاقدية

لا يبرم الملحق إلا في حدود الآجال التعاقدية إلا في الحالات الآتية:

- 1- عندما لا يكون للملحق أية آثار مالية على الصفقة الأولية ولا يمس البنود المتعلقة بآجال تنفيذها
- 2- عندما يبرم الملحق في ظل تأخير في الآجال التعاقدية الأصلية بسبب اختلال التوازن الإقتصادي للعقد مرده أسباب استثنائية غير متوقعة².
- 3- إذا أبرم الملحق بصورة إستثنائية بغرض الإقفال النهائي للصفقة خاصة إذا كان يهدف إلى تجنب الدعاوى القضائية المضرة لمواصلة تنفيذ الخدمات موضوع الصفقة .

المطلب الثالث: تمييز الملحق عن الصفقة وعناصرها

الملحق في الصفقة العمومية له ميزات وفوارق تختلف عن الصفقة الأصلية ، كما أن الملحق يختلف عن العناصر الأساسية للصفقة المتمثلة في دفاتر الشروط ، والتي كثيرا ما يخلط بينها وبين الملحق في الصفقة لذا إستدعى بنا الأمر إلى تخصيص مطلب من هذه المعالجة البحثية لسليط الضوء على أهم هذه الفروق وذلك من خلال الفروع الآتية :

الفرع الأول: التمييز بين الملحق والصفقة الأصلية

سنحاول توضيح التمييز بين الملحق والصفقة الأصلية وذلك من خلال طريقة الإبرام، من حيث الشكل والغاية أو الهدف من إبرام كل منهما، وأيضا أشكال الرقابة المسلطة على كل منهما .

أولاً: الشكل

الصفقة هي عقود مكتوبة³ ، فالطبيعة القانونية للصفقة العمومية هي عقد إداري مكتوب وفق أوضاع شكلية يقررها القانون، إلا أن مجلس الدولة الجزائري في تعريفه للصفقات العمومية في قرار له غير منشور مؤرخ في 17 ديسمبر 2002 حول قضية رئيس المجلس الشعبي لبلدية ليوة ببسكرة ضد (ق.أ) تحت رقم 6215 ، لم يصرف أي أهمية لعنصر الشكل بأن أشار إلى أن الصفقة العمومية تتم وفقا لأشكال وإجراءات محددة قانونا رغم تأكيد التشريع على هذا الجانب ، فطبقا للتشريع المقرر للصفقات العمومية فهي عبارة عن عقود إدارية مكتوبة .

أما الملحق فهو وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة ، فالملحق لا يمثل عقد جديد وإنما وثيقة مكتوبة تابع للصفقة ومتصل بالموضوع الأصلي لها⁴ .

ثانيا: الإبرام

¹Jean David Dreyfus : " le critère permettant de caractériser les sujétions des marchés publics", Ministère des finances, 1998, P163.

²Circulaire interministerielle N15/ MDB / 92 du 07/01/1992 Réglementation des marchés publics, Ministère des finances, 1998, P 163.

³ المادة 04 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية .

⁴ المادة 103 من المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

إن الصفقات العمومية تخضع لطرق إبرام خاصة ولإجراءات غاية من التعقيد ، مقارنة بالملحق الذي لا يمر بهذا النوع من الإجراءات ، فهو مجرد وثيقة تعاقدية صادرة عن الإدارة نتيجة تعديلها للصفقة شريطة أن يكون له صلة بالموضوع الأصلي فيها ، فالصفقة تمر عند إبرامها بأسلوب المناقصة والتراضي والذين أشارت اليهما المادة 25 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية .

1- المناقصة: وقد عرفتها المادة 26 من المرسوم الرئاسي 10-236 والتي تقابلها المادة 21 من المرسوم الرئاسي 02-250 السابق: " المناقصة هي إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض".

وقد أكد المشرع من خلال تنظيم الصفقات على أن المناقصة هي القاعدة العامة في مجال إبرام الصفقات العمومية، والتراضي هو إستثناء يرد على هذه القاعدة¹ .

ومن المفيد الإشارة إلى أن بعض الباحثين إعتبر أنه من غير الممكن أن تدخل المناقصة ضمن صور الدعوة للمنافسة وذلك لإختلاف المعايير في الطريقتين أو الأسلوبين .

فالأولى تسعى للحصول على العارض الذي يقدم أفضل العروض والثانية تقوم على أساس الثمن² .

2- التراضي : وقد عرفته المادة 27 في الفقرة الأولى منها: " التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة، ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الإستشارة وتنظم هذه الإستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة".

وبجدر بالذكر أن إجراء المناقصة يخضع لإجراءات غاية من التعقيد، حيث قيدها المشرع بضرورة مراعاة المبادئ الأساسية في التعاقد والمتمثلة في مبدأ العلانية ، مبدأ حرية المنافسة ومبدأ المساواة بين المتنافسين.

وتقتضي هذه المبادئ الثلاث إعلام المتنافسين ومنحهم أجلا واحدا محددًا ومعروفًا وأن تكون قواعد إختيار متنافس عن آخر واضحة ومحددة، وأن يعتمد الإختيار من قبل الجهة المخولة قانونًا بذلك³ .

ثالثا : الغاية (الهدف)

إن الغرض الأساسي من إبرام صفقة عمومية هو الأشغال ، وإقتناء اللوازم والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقد، أما الهدف من إبرام ملحق للصفقة هو زيادة الخدمات أو تقليلها ، أو

¹ المادة 27 فقرة 02 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية .

² ريم عبيد : طرق إبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، المركز الجامعي تبسة ، 2006، ص 61 .

³ د.عمار بوضياف : المرجع السابق ، ص 112 ، 113 .

تعديل بند أو عدة بنود في الصفقة¹ ، أو من أجل إيجاد توازن للتكاليف المترتبة على تنفيذ الصفقة² وذلك في إطار ما يعرف بالتسوية الودية للنزاع .

رابعاً: الرقابة

الملحق يختلف عن الصفقة من حيث خضوعها إلى أطر رقابية خاصة أقرها التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية من رقابة داخلية، خارجية، وصائية³.

فالصفقة العمومية تخضع لسلطة الرقابة بمختلف صورها من لحظة إبرامها وقبل دخولها حيز التنفيذ، إلى غاية تنفيذها، أما الملحق فقد أعفاه المشرع من الخضوع لمختلف أنواع الرقابة المخصصة للصفقة الأصلية وإستثناء من ذلك خضوعه فقط للرقابة الخارجية القبلية من قبل لجان الصفقات المختصة ، ولعل أبرز تبرير لذلك يعود إلى رغبة المشرع في بعث بساطة ومرونة على سلطة التعديل.

وتجدر الإشارة أن الملحق يخضع للرقابة الخارجية القبلية من طرف لجان الصفقات المختصة ، وهذا في حالات ذكرت على سبيل الحصر من خلال مواد 105 ، 106 من المرسوم الرئاسي 10-236 ، وهذا في حالة إذا ما تضمن الملحق عمليات جديدة تتجاوز مبالغها النسب المقررة من خلال نص التنظيم ، وإذا ترتب على أسباب إستثنائية ، وغير متوقعة وخارج إرادة الطرفين إختلال التوازن الإقتصادي للعقد إختلالاً معتبراً أو أدى إلى تأخير الأجل التعاقدية الأصلي أو إذا كان الغرض من الملحق بصفة إستثنائية إقفال الصفقة نهائياً (الفصل الثاني) ، والملحق في هذه الحالة يخضع لنفس الإجراءات التي تخضع لها الصفقة الأصلية⁴.

المصلحة المتعاقدة تلجأ إلى إبرام الملحق للوصول إلى حلول أسرع لتنفيذ صفقاتها دون المرور بالإجراءات المعقدة التي تخضع لها الصفقة الأصلية ، الأمر الذي أدى بالمشرع من إعفائه من تلك الإجراءات ، خاصة وأن الإدارة تبرم ملاحق للصفقة بدافع تحقيق المصلحة العامة ، حيث لو خضع الملحق لنفس الإجراءات التي تخضع لها الصفقة لكننا أمام عقد جديد.

الفرع الثاني: التمييز بين الملحق ودفاتر الشروط

¹ المادة 103 من المرسوم الرئاسي 10-236 السابق ذكره .

² المادة 115 من المرسوم الرئاسي 10-236 السابق ذكره .

³ المادة 117 من المرسوم الرئاسي 10-236 السابق ذكره .

⁴ رياض لوز: دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية، المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006 - 2007، ص 74.

هناك الكثير من لا يفرق بين الملحق في الصفقة ودفاتر شروط الصفقة، لذا سنتوقف عند تحديد أوجه التمييز بينها، وذلك بالتركيز على تكوين كل من الملحق ودفاتر الشروط، الإبرام، الهدف أو الغاية من الإبرام وأخيرا الرقابة التي يخضعان لها.

أولاً: التكوين

دفاتر الشروط عبارة عن وثائق تتضمن مجموعة القواعد والأحكام¹ التي تطبق على الصفقة العمومية وهي عناصر مكونة للصفقات العمومية²، كما تمثل جزء لا يتجزأ من الصفقة³. ودفاتر الشروط، يجب أن يشار إليها في صلب الصفقة الأمر الذي يترتب عنه سريان بنودها وما تتضمنه من شروط وقواعد وأحكام على الصفقة.

وتشمل دفاتر الشروط كل من دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال واللوازم والدراسات والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي، وهذا تعديل جديد حيث في السابق كان يوافق عليها بقرار وزاري مشترك دفاتر التعليمات المشتركة التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات المتعلقة بنوع واحد من الأشغال واللوازم والدراسات او الخدمات الموافق عليها بقرار من الوزير المعني، دفتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة.

أما الملحق في الصفقة فلا يعد عنصر أو جزء من الصفقة وإنما هو وثيقة تابعة للصفقة ولا يشترط النص على إبرامه في الصفقة كما هو مقرر لدفاتر الشروط، إذ أن الإدارة تلجا إلى إبرامه حتى ولم يتم النص على ذلك في الصفقة.

ثانياً: الإبرام

إن دفاتر الشروط تضعها الإدارة مسبقا وبارادتها المنفردة لما لها من امتيازات السلطة العامة وهنا محل اتفاق بين الملحق ودفاتر الشروط في حالة إجراء الإدارة لتعديل انفرادي من جانبها على الصفقة العمومية لكن يمكن ان يصدر الملحق بموجب طلب من المتعامل المتعاقد وفي هذه الحالة يصدر بطريقة اتفاقية (المصلحة المتعاقدة، المتعاقد معها).

وتظهر هذه الصورة بوضوح في حالة البحث عن حل ودي للنزاع الدائر بين الطرفين، إذ يبرم الملحق لإعادة التوازن المالي للصفقة.

ثالثاً : الغاية (الهدف)

إن الهدف من إبرام دفاتر الشروط هو تحديد القواعد والأحكام التي تطبق على الصفقة العمومية المبرمة، حيث أن هذه الدفاتر توضح الشروط التي تبرم وفقها الصفقات¹

¹ د. محمد الصغير بعلي: المرجع السابق، ص 48.

² المادة 09 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية .

³ المادة 62 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية .

أما الهدف من إبرام الملحق هو الزيادة في الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود في الصفقة² أو من أجل إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل من الطرفين³ في إطار ما يعرف بالتسوية الودية للنزاع

رابعاً: الرقابة

بما أن دفاتر الشروط جزء لا يتجزأ من الصفقة كما أنها تمثل مشروع للصفقة وذلك قبل دخولها حيز النفاذ وتمثل عنصر من عناصر الصفقة ، الأمر الذي يستدعي خضوعها لكل أشكال الرقابة المخصصة للصفقة التي أقرها تنظيم الصفقات العمومية⁴ .

أما الملحق كما تم توضيحه سابقاً ، فإن المشرع قد أعفاه من الخضوع لأشكال الرقابة السالفة الذكر وإستثناء من ذلك فالملحق يخضع للرقابة الخارجية القبلية للجان الصفقات المختصة وهذا في حالات ونسب حددها المشرع على سبيل الحصر من خلال التنظيم المقرر للصفقات العمومية (الفصل الثاني).

وتجدر الإشارة أن كل من الصفقة أو الملحق التابع لها يصدر من جانب الإدارة أي السلطة المختصة بالإبرام ولا يجوز أن تتم عملية الإبرام من شخص خارج العلاقة التعاقدية، أي شخص أجنبي⁵ .

المبحث الثاني: مشروعية ملحق الصفقة العمومية

تملك الإدارة سلطة تعديل الصفقة العمومية إذا إستجبت ظروف تستدعي ذلك التعديل وكما أوضحنا سالفاً أن التعديل الذي تقوم به المصلحة المتعاقدة لا يكون إلا بموجب ملحق للصفقة وبمفهوم المخالفة إن الغرض الجوهرى للملحق هو التعديل في الإلتزامات التعاقدية المنصوص عليها في الصفقة الأصلية، وهذا ما ورد صراحة في نص المادة 103 من المرسوم الرئاسي 236/10 المنظم للصفقات العمومية : " ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية " .

ولما كان الدافع من إبرام الملحق هو تعديل الصفقة ، فإن هذا الأخير يكتسب شرعيته القانونية من مدى مشروعية التعديل الصادر ، فسلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية وإن كانت سلطة أصيلة

¹ المادة 10 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

² المادة 103 من نفس المرسوم الرئاسي.

³ المادة 115 من نفس المرسوم الرئاسي.

⁴ انظر المادة 117 من نفس المرسوم الرئاسي.

⁵Saied Ali –Ben Chenab : "les infractions relatives aux marchés et contrats des organismes D'état Algériens", revue algérienne des sciences juridiques économique et politiques, N04, Décembre 1989, P 790.

توجد حتى في حالة سكوت العقد ودفاتر الشروط إلا أنها ليست مطلقة، إذ ترد عليها قيود، منها ما يترتب البطلان على مخالفتها، فتعتبر القرارات الصادرة دون مراعاتها مشوبة بعيب مخالفة القانون ويجوز للمتعاقد طلب إلغائها بحكم من قاضي العقد كما يستطيع الإمتناع عن تنفيذ التعديل غير المشروع، مثل القيود المتعلقة بالمشروعية الإدارية والقيد الخاص بوجود أن يكون الصالح العام هو الذي يقتضى إصدار قرار التعديل ومنها ما لا يترتب البطلان على مخالفتها لأنها لا تعتبر متصلة بالمشروعية الإدارية، وإنما يترتب على مخالفتها حق للمتعاقد في طلب الفسخ إستنادا إلى أن التعويض الذي تلزم به جهة الإدارة في مقابل حقها في التعديل لا يكفي لإصلاح الضرر الناشئ عن التعديل الجائر الذي أمرت به الإدارة، مثل الأوامر التي تصدرها الإدارة والتي تجاوز مقدار التعديل المنصوص عليه، ومثل الأوامر التي تؤدي إلى إرهاق المتعاقد وتجاوز إمكانياته الفنية أو المالية أو الإقتصادية، وكذلك الأوامر التي تؤدي إلى قلب إقتصاديات العقد¹.

ويجدر بالذكر أن القيود التي تحكم التعديل الإفرادي للصفقة من جانب المصلحة المتعاقدة هي نفسها التي تسقط على الملحق²، على إعتبار أن الغرض والدافع من إبرامه هو التعديل في الإلتزامات التعاقدية.

فما هي القيود التي ترد على سلطة الإدارة في تعديل الصفقة العمومية حتى يكتسي الملحق طابع المشروعية؟

وسندرس هذه الإشكالية من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: القيود المتعلقة بالمشروعية.

المطلب الثاني: القيود الواردة على نطاق التعديل.

المطلب الأول: القيود المتعلقة بالمشروعية

وهي الشروط المتصلة بمشروعية الإجراءات التي تتخذها الإدارة لتعديل عقودها تعديلا إفراديا، فالإدارة يجب ان تكون مدفوعة في التعديل بمقتضيات المصلحة العامة، واحترام قواعد المشروعية الإدارية وأن تستند في إجراءاته إلى تغير الظروف التي أدخلت في الإعتبار عند إبرام العقد وذلك لكي لا تتخلص من إلتزاماتها بلا مبرر ومن ناحية أخرى فإن حق الإدارة في تعديل العقد ليس مطلقا، بل يجب ألا يتجاوز حدودا معينة تنفق والحكمة في تقريره³.

ويتعين لصحة هذه الإجراءات طبقا للسائد في الفقه والقضاء مراعاة الشروط التالية:

¹ د. أحمد عثمان عياد: المرجع السابق، ص 228.

² Patrick Schulz: "Eléments du droit des marchés publics", 2^{ème} édition, L.G.D.J, 2002, P146.

³ د. راغب ماجد الحلو: العقود الإدارية، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 168.

- 1- أن يقتصر قرار التعديل على شروط العقد المتصلة بالمرفق العام دون أن يجاوزها إلى شروط العقد التي تعتبر أجنبية عن المرفق.
- 2- أن ينحصر التعديل في موضوع العقد فلا يخرج على هذا الموضوع .
- 3- أن تصدر إجراءات التعديل في حدود المبدأ العام للمشروعية الإدارية .
- 4- أن يكون قد حدث تغير في الظروف يبرر هذا التعديل.

الفرع الأول : إقتصار التعديل على شروط العقد المتصلة بالمرفق العام

إن أساس سلطة التعديل هو إشباع حاجات المرفق العام ، حيث لا تملك الإدارة أن تعدل من شروط العقد إلا ما تعلق بتسيير المرفق العام وبالخدمة التي يؤديها إلى الجمهور¹ ، إذ تقتصر سلطة التعديل على الشروط التي تحدد الإلتزامات المفروضة على المتعاقد لصالح المرفق العام ، ولا تمتد هذه السلطة إلى الشروط الخاصة بالمزايا والضمانات المالية المقررة للمتعاقد والتي دفعته إلى إبرام العقد، وهو شرط من شروط المشروعية المتعلقة بمشروعية المحل بمعنى أن يكون محل قرار التعديل جائزا قانونا² ، فنطاق سلطة الإدارة في تعديل إلتزامات وشروط العقود الإدارية يشمل الإلتزامات والشروط المرتبطة بالمرفق العام ولا يمتد إلى موضوع العقد نفسه³ ، فسلطة التعديل لا تتعدى الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام وحاجاته ومقتضياته⁴ ، ولا يرد التعديل على الحقوق المالية. ولكن كيف يمكن التمييز بين شروط العقد المتصلة بالمرفق العام وهي الشروط التي لا يجوز تعديلها والشروط التي تعتبر أجنبية عن فكرة المرفق العام وهي الشروط المستقرة والتي لا يجوز المساس بها؟

إستقر الفقه والقضاء في فرنسا على أن الشروط التي تعتبر أجنبية عن المرفق العام هي الشروط المتعلقة بالمزايا المتفق عليها للمتعاقد ، وعلى الأخص العناصر المالية في العقد مثل الثمن المتفق عليه، فهذه الشروط تتعلق بالمزايا والضمانات التي دفعت المتعاقد إلى إبرام العقد ، وهي لا تؤثر على سير المرفق أو تنظيمه ، ولذلك تبقى خاضعة لقواعد القانون المدني الذي يحكم العقود بصفة عامة، فلا يجوز للإدارة أن تعدل فيها وإلا كان قرارها باطلا اما ماعدا ذلك من شروط العقد فهي شروط مرنة يجوز للإدارة تعديلها كلما إقتضى ذلك الصالح العام.

¹ علي الدين زيدان - محمد السيد : الموسوعة الشاملة في القضاء الإداري ، الجزء الرابع ، نظرية العقود الإدارية، صيغ الدعاوى الإدارية، دون طبعة وتاريخ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ص 50 .

² د. محمود عاطف البنا : العقود الإدارية ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، 2007 ، ص 232 .

³ د- عمار عوابدي : القانون الإداري ، النشاط الإداري ، الجزء الثاني، دون طبعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2002 ، ص 218 .

⁴ د. عبد الغني بسيوني عبد الله : القانون الإداري ، دون طبعة ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، 1993 ، ص 186.

ويقر القضاء الإداري في مصر هذا التفسير ، فقد قضت محكمة القضاء الإداري بان جهة الإدارة لا تملك أن تمس بالتعديل المزاي المالية المتفق عليها في العقد والتي يتمتع بها المتعاقد معها ، كما قضت بان سلطة التعديل تقتصر على نصوص العقد المتصلة بسير المرفق العام والمتعلقة بحاجاته ومقتضياته¹ ، إذ لا يرد التعديل على الحقوق المالية للمتعاقد فلا يجوز تعديل قيمة بنود أو فئات أو وحدات العقد مثلا لأن ذلك يؤدي إلى زعزعة الثقة في التعامل مع الإدارة² .

الفرع الثاني : إقتصار التعديل على الشروط المتصلة بموضوع العقد

لاستطيع الإدارة أن تفرض على المتعاقد إلتزامات لا صلة لها بالعقد المبرم معه ، فسُلطتها تقتصر على موضوع العقد ولا تتعداه ، إذ أن المتعاقد قد إتفق معها على معاونتها في موضوع معين ، وهو يلتزم ببذل هذه المعاونة على اوسع مدى في حدود هذا الموضوع لسد إحتياجات المرفق العام ويتوقف التزامه عند هذا الحد وفي خارج موضوع العقد فإن المتعاقد لا يلتزم بأي إلتزام من أي نوع ولا يرتبط بأية رابطة مع الإدارة ولا يجوز أن يفرض عليه أي أمر .

إن حق الإدارة في تعديل العقد الإداري له نطاق لا يجوز تجاوزه وهو موضوع العقد³ فليس بإستطاعتها إلتزام المتعاقد معها بأداء إلتزامات أجنبية عن العقد المبرم ، حيث يكون قرارها في هذا الشأن باطلا بوسع المتعاقد الإمتناع عن تنفيذه دون أن تملك الإدارة حق توقيع جزاءات عليه حيث جعلت الجزاءات لمجابهة التقاعس عن الوفاء بالالتزامات التعاقدية دون سواها، ويجوز للمتعاقد أن يلجأ إلى قاضي العقد لإلغاء هذا القرار .

الفرع الثالث : إحترام قواعد المشروعية الادارية

يجب أن يصدر قرار الإدارة بالتعديل مستوفيا لأركان المشروعية الإدارية ، ويقصد بالمشروعية كأصل عام ان تكون جميع تصرفات الإدارة في حدود القانون⁴ ، وبمعناها الواسع سيادة القانون⁵ أما المشروعية الإدارية فتعني خضوع الإدارة العامة فيما تصدره من قرارات إدارية وأعمال مادية للقانون⁶ ، إذ يجب على الإدارة في الأحوال التي يجوز لها تعديل العقد أن تحترم مبدأ المشروعية إذ

¹ د. أحمد عثمان عياد : المرجع السابق ، ص 232 .

² د. نذير بن محمد الطيب: نظرية العقد الإداري، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون، دون طبعة، الإدارة العامة للطباعة والنشر، 2006، ص 94.

³ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة :المرجع السابق، ص250.

⁴ د. سليمان محمد الطماوي : القضاء الإداري (قضاء الإلغاء) دون طبعة ، دار الفكر العربي ، 1976 ، ص 23 .

⁵ د. محمد الصغير بعلي : الوجيز في المنازعات الإدارية ، دون طبعة ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، عنابة ، الجزائر 2002 ، ص 6 .

⁶ د. علي خاطر شطناوي : موسوعة القضاء الإداري ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008 ، ص 16 .

إذ لا بد أن يصدر قرار التعديل من سلطة مختصة به وفق الصيغة التي حددها القانون ، وينبغي أن يكون قرارها موافقا للأنظمة النافذة¹.

إن قرار تعديل العقد هو قرار إداري ، ومن ثم يتعين أن تتوافر له مقومات وأركان هذا القرار وذلك من حيث صدوره عن شخص مختص بإصداره ، وفقا للشكل والإجراءات المقررة وفي إطار القواعد القانونية واللائحية التي تحكم موضوع التعديل، كما يتعين أن يكون دافع قرار التعديل تحقيق المصلحة العامة، وأن يستند إلى سبب قائم يبرره عملية إصداره .
وسنحاول التقصي حول أركان قرار التعديل في ما يلي:

1- السلطة المختصة:

الإدارة العامة دون سواها هي صاحبة الإختصاص في تنظيم المرفق العام وفي تحديد قواعد تسييره وبما أن سلطة التعديل تؤسس على فكرة المرفق العام ، فالأمر المنطقي أن تكون الإدارة صاحبة الإختصاص الأصيل في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة² ، ويجب أن يتم تعديل العقد بإرادة صحيحة من جهة الإدارة وصادرة ممن يملك التعبير عن تلك الإرادة³ ، إذ لا يملك إبرام العقود الإدارية أو تعديلها إلا من نيظ بهم قانونا هذا الإختصاص ، ومقتضى ذلك أنه حين يجوز لجهة الإدارة أن تعدل من شروط العقد الإداري فلاسبيل إلى قيام هذا التعديل والإعتداد به قانونا ما لم تلتزم عند إجرائه بقواعد الإختصاص المقررة فلا يأتي التعديل إلا من السلطة المختصة بإجرائه⁴.

فليس لمهندس العقد المكلف بالإشراف على تنفيذه وفق شروطه المتفق عليها وإصدار ما يلزم من الأوامر والتعليمات في حدود تلك الشروط أن ينفرد بتعديل العقد وإستحداث إلتزامات مالية جديدة على عاتق الجهة الإدارية ، وليس للمقاول أن يتستوروا تعليمات شفوية منسوب صدورها إلى مهندس العقد يتذرع بها سبيلا إلى تعديله وتحميل الجهة الإدارية بإلتزامات مالية جديدة لا تنبثق من العقد الأصلي ، إذ أن مثل هذا التعديل لا غنى عن صدوره من جهة الإختصاص بإجرائه ، ولا ينتج التعديل أثرا إذا ما تنكب هذا السبيل⁵ وإرادة التعديل حين تعبر عنها الجهة المختصة بذلك ، يجب

¹ د. مازن ليلو راضي: العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2002، ص 112.

² د. محمود فؤاد عبد الباسط : العقد الإداري (الإجراءات ، المقومات ، الآثار) ، دون طبعة ، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع ، 2006، ص 271 .

³ د. راغب ماجد الحلو: المرجع السابق، ص167.

⁴ حمدي ياسين عكاشة : موسوعة العقود الإدارية والدولية ، العقود الإدارية في التطبيق العملي ، المبادئ والأسس العامة دون طبعة وتاريخ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ص 224 .

⁵ د. راغب ماجد الحلو: المرجع السابق، ص 167.

أن يكون التعبير الصادر عنها صريحا وإلا لم يعتد به فالإدارة لا بد أن تفصح عن إرادتها في إستعمال حقها في التعديل بقرار صريح¹.

والقرار الصريح هو الذي تفصح بموجبه الإدارة عن إرادتها المنفردة بعبارات صريحة وهذا دون حاجة لأي أدلة أو قرائن أخرى فالإدارة أفرغت إرادتها في شكل خارجي².

إذن الإدارة المتعاقدة هي صاحبة الإختصاص الأصيل في تعديل صفقاتها ، و هنا تثور مشكلة توزيع الإختصاص بين الإدارات المعنية ، فعندما يكون الإختصاص بالتعاقد من صلاحية جهة ما فإنه لا يجوز لجهة أخرى تعديل لاحق على ذلك العقد ولو تعلق بأمر من شؤونها ما لم تفوض بذلك من قبل الإدارة المتعاقدة ، كما أن السلطة الرئاسية للإدارة المتعاقدة لا تعطىها صلاحية الطول محل الإدارة المتعاقدة وتجري تعديلا على العقد المبرم من قبلها لأن الطول لا يكون إلا بقانون ، غير أن النيابة في التعاقد تخول الجهة النائبة في القيام بما تقتضيه ضرورات تنفيذ العقد من تعديلات لأن النيابة التعاقد تعنى حلول إرادة محل الأصيل مع إنصراف أثر هذه الإرادة إلى الاصيل وكأنه الذي تعاقد بنفسه³.

وتجدر الإشارة أن هناك من الملاحق التي تبرمها بعض المصالح المتعاقدة تخضع لموافقة سلطة أعلى منها وتندرج هذه الحالة في الصفقات ذات البعد الوطني والدولي ومن أهم ذلك الملاحق المبرمة بين الشركة الوطنية سوناطراك والمؤسسات الأجنبية :

• المرسوم الرئاسي 09-192 المؤرخ في 16 ماي 2009 المتضمن الموافقة على الملحق رقم 02 بالعقد المؤرخ في 10 جوان 2002 للبحث عن المحروقات في المساحة المسماة توقرت المبرم بمدينة الجزائر في 15- نوفمبر 2008 بين الشركة الوطنية سوناطراك وشركتي بيتروفيتنام إكسبلوريشن بروتكشن .

• المرسوم الرئاسي 09-193 المؤرخ في 16 ماي 2009 المتضمن الموافقة على الملحق رقم 02 بالعقد المؤرخ في 10 جوان 2002 للبحث عن المحروقات في المساحة المسماة توات المبرم بمدينة الجزائر في 25 جانفي 2009 بين شركة سوناطراك وشركة غاز دو فرانس اكسبلوراسيون.

• المرسوم الرئاسي 09-194 المؤرخ في 16 ماي 2009 المتضمن الموافقة على الملحق رقم 02 بالعقد المؤرخ في 10 جوان 2002 للبحث عن المحروقات في المساحة المسماة تيميمون المبرم

¹ د. محمود فؤاد عبد الباسط : المرجع السابق، ص 271.

² د. عمار بوضياف : القرار الإداري ، دراسة تشريعية قضائية فقهيّة ، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع ، 2007 ، ص 58 .

³ د. محمود خلف الجبوري : المرجع السابق ، ص 154 .

بمدينة الجزائر في 11 جوان 2009 بين الشركة الوطنية سوناطراك وشركة طوطال ألجي وكومبانيا إسبانيولادي بترولويس.

• المرسوم الرئاسي 09-195 المؤرخ في 16 ماي 2009 المتضمن الموافقة على الملحق رقم 03 بالعقد المؤرخ في 10 جوان 2002 للبحث عن المحروقات في المساحة المسماة زملة الناقل المبرم بمدينة الجزائر في 15 نوفمبر 2008 بين الشركة الوطنية سوناطراك وشركتي أناداركو الجيريا ومايرسك اولي الجيريات.

• المرسوم الرئاسي 09-196 المؤرخ في 16 ماي 2009 المتضمن الموافقة على الملحق رقم 03 بالعقد المؤرخ في 10 جوان 2002 للبحث عن المحروقات في المساحة المسماة رقان شمال بين الشركة الوطنية سوناطراك وشركات ريبصول اكسلوراثيون أرخليا وأديسون أنترنسيونال .

• المرسوم الرئاسي 09-385 المؤرخ في 17 نوفمبر 2009 المتضمن الموافقة على الملحق رقم 03 بالعقد المؤرخ في 15 ديسمبر 1987 للبحث عن المحروقات السائلة واستغلالها في المساحة المسماة زمول الأكبر المبرم بمدينة الجزائر في 23- جوان 2009 بين الشركة الوطنية سوناطراك وشركة إني ألجيريا بروديكشن .

• المرسوم الرئاسي 09-386 المؤرخ في 17 نوفمبر 2009 المتضمن الموافقة على الملحق رقم 03 بالعقد المؤرخ في 13 ماي 1995 للبحث عن المحروقات واستغلالها في المساحة المسماة زمول الأكبر المبرم بمدينة الجزائر في 23- جوان 2009 بين الشركة الوطنية سوناطراك وشركة اني الجيريا بروديكشن .

• المرسوم الرئاسي 09-387 المؤرخ في 17 نوفمبر 2009 المتضمن الموافقة على الملاحق 01 بالعقود المؤرخة في 18 سبتمبر 2006 للبحث عن المحروقات والمبرمة بمدينة الجزائر في 21 جوان 2009 بين الوكالة الوطنية لتثمين مواد المحروقات (النفط) وسوناطراك شركة ذات أسهم.

2- الشكل الكتابي:

عادة يكون التعديل بواسطة كتاب تحريري يبلغ به المتعاقد مع الإدارة يتضمن وصف للعمل المنوي تعديله أو إضافته أو كمية السلعة أو السعر أو المدة المتعلقة بتنفيذ العقد وذلك لكي لا يؤثر سير العمل لديه ولكي لا تضيق حقوقه مع الإدارة إذا ما قام بأعمال إضافية فقد تنكر الإدارة طلبها بإجراء تعديلات على مضمون العقد فتكسب دون سبب أو يفتقر هو دون مبرر .

غير أنه يجوز في بعض الحالات الخاصة والضرورية القصوى وبموافقة الوزير المختص تكليف المتعاقد بتنفيذ أعمال إضافية دون إتباع الشكليات المذكورة على أن يتم تحديد السعر والمدة بأقرب

وقت ممكن وقبل صدور شهادة الإستلام النهائي¹ ، ومن أمثلة قرارات التعديل التي تصدر في شكل مكتوب الأوامر المصلحية التي تصدرها الإدارة المتعاقد عندما تبادر بتعديل صفة الأشغال العامة . الأمر المصلحي هو قرار إداري ، تصدره الإدارة إلى مقاول الأشغال العامة بقصد تحديد أوضاع تنفيذ العقد أو تكملة الناقص منها أو التعديل فيها ، والقاعدة العامة في الأمر المصلحي ، أن يصدر في صورة كتابية ويترتب على ذلك أن المقاول لا يلتزم بتنفيذ الأوامر الشفهية التي تصدر إليه ومن ناحية أخرى فإنه لا يستطيع أن يستند في طلب التعويض إلا إلى الأوامر الكتابية².

ولكن من المسلم به من ناحية أخرى أن العقود الإدارية تستطيع النص على التحرر من هذه الشكالية بإجازة الأمر الشفهي صراحة إذا ثبت أن تنفيذ الأمر الشفهي قد أصبح ضرورياً بخطأ الإدارة ، كما أن مجلس الدولة الفرنسي قد إحترم الأمر الشفهي واعترف به.

ولكن إذا كان من الواجب أن يصدر الأمر المصلحي في صورة كتابية ، فإنه ليس ثمة صورة كتابية بعينها يلزم إتباعها، فيكفي مجرد خطاب أو مذكرة ، بشرط أن يكشف عن نية الإدارة القاطعة³ . وتأكيذاً على ضرورة شكلية الكتابة في قرارات التعديل ، نصت المادة 22 من عقد نموذج الأشغال الخاص بالمؤسسة الوطنية سوناطراك على ما يلي :

"عندما يرى صاحب المشروع أن هناك ضرورة لإضافة تعديلات على الأشغال المقررة سلفاً أو تعديل مصدر أو طبيعة المواد مثل ما ينص عليه العقد، فإن المقاول ملزم بتنفيذ التوجيهات الكتابية لصاحب المشروع.

وخارج إطار الأشغال المحددة بالعقد، لا يعوض أي عمل لم يطلب بصفة كتابية من طرف صاحب المشروع⁴."

3- تحقيق المصلحة العامة

إن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة الإستمرارية للمرافق العامة ، وحيث أن التعاقد فيها يتم على أساس الوفاء بحاجات المرفق وتحقيق المصلحة العامة، وهذا ماجعل من الإدارة هي صاحبة الإختصاص الأصيل في تنظيم وتسيير المرفق وترتب على ذلك أن جهة الإدارة تملك حق

¹ د. محمود خلف الجبوري : المرجع السابق ، ص 154 و 155.

² د. سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص 461 .

³ إن القاعدة المطبقة في فرنسا هي بعينها المطبقة في مصر فدفاتر الشروط الرئيسية ، تنص صراحة على الشكل الكتابي للأوامر المصلحية، كما ورد النص عليه صراحة في المادة 88 من لائحة المناقصات والمزايدات.

⁴ كمال بن خريف : تجربة سوناطراك في مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية ، مذكرة ماجستير ، معهد الحقوق والعلوم الادارية ، جامعة الجزائر ، 1999 ، ص 73.

التعديل بما يحقق تلك المصلحة وبالتالي وجوب الحرص على سير المرفق العام بانتظام لحماية تلك المصلحة¹.

وبهذا فان الغاية من إصدار قرار التعديل تكمن في تحقيق المصلحة العامة والحرص على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

فإذا لم ينطوي قرار الإدارة بتعديل العقد الإداري على نية تحقيق المصلحة العامة والذي يعد شرطاً لصحة هذا التعديل من خلال تحقيق مصلحة المرفق الذي لأجله أبرم العقد حسبما إستقر قضاء مجلس الدولة ، فإن التعديل هنا يشكل خطأ أئته الإدارة حينما تقصد به مجرد الإضرار بالمتعاقدين بتحميله أعباء إضافية لا طائل من ورائها ولا علاقة لها بمصلحة المرفق حيث يتعارض ذلك مع مبدأ ضرورة تنفيذ العقود الإدارية في إطار حسن النية المتبادلة بين أطرافها².

أما فيما يخص السبب الذي يؤدي بالإدارة إلى اصدار قرار التعديل المتمثل في تغير الظروف فسيتيم توضيحه فيما يأتي .

الفرع الرابع: شرط تغير الظروف

يشترط مجلس الدولة الفرنسي ، لكي تستطيع الإدارة تعديل عقودها الإدارية بارادتها المنفردة أن تكون الظروف قد تغيرت عما كانت عليه وقت إبرام العقد بحيث تصبح شروط العقد غير متلائمة مع مقتضيات سير المرفق وإعتبرات الصالح العام ، أما اذا لم تتغير الظروف فانه لا يكون ثمة مبرر لتعديل العقد³ . ومما لا شك فيه أن الإدارة عند إبرام العقد تضع الشروط التي تلائم سير المرفق في الظروف القائمة في ذلك الوقت ، فاذا ما تغيرت هذه الظروف بعد ذلك بحيث لم تعد تلك الشروط التي تقررت عند إبرام العقد ملائمة لحسن سير المرفق ، فانه يكون لها حق تعديل هذه الشروط بما يحقق مصلحة المرفق تماشياً مع الظروف الجديدة⁴ ، إذ أن تغير الظروف هو السبب الدافع إلى تدخل الإدارة ، وإجراء التعديلات المناسبة في شروط العقد⁵ ، فحق الإدارة في التعديل مقيد بأن

¹ عادل قرانه : سلطات الإدارة في العقد الإداري ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة عنابة ، 2005 ، ص 46 .

² د. عبد العزيز خليفة : ركن الخطأ في المنازعات الإدارية : مسؤولية الإدارة عن القرارات والعقود الإدارية ، دون طبعة ، دار الكتاب الحديث ، 2008 ، ص 114 .

³ د. محمود أبو السعود : "سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري" ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، كلية الحقوق ، الجزائر ، العدد 13 ، 1997 ، ص 192 .

⁴ د. أحمد عثمان عياد : المرجع السابق ، ص 240 ، 241 .

⁵ د. عبد الغني بسيوني عبد الله : النظرية العامة في القانون الإداري (دراسة مقارنة لأسس ومساوئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر) ، دون طبعة ، مشاة المعارف ، الإسكندرية ، 2003 ، ص 557 .

تطراً مستجدات وظروف بعد إبرام العقد تسوغ هذا التعديل¹ ، بل أكثر من ذلك ، إذ أن حق التعديل مرتبط بتغير الظروف التي تكون سبباً دافعاً إلى تدخل الإدارة لإجراء التعديلات الضرورية والمناسبة لشروط العقد².

واشترط تغير الظروف كمبرر لتعديل شروط العقد الإداري الهدف منه أن يوصد أمام الإدارة باب التعديل فلا تستطيع أن تبلغ منه كلما رغبت في التحلل من بعض التزاماتها التعاقدية³. وتجدر الإشارة أن قضاء مجلس الدولة المصري وغالبية الفقه المصري والفرنسي الحديث لا يشترط شرط تغير الظروف حتى يتسنى تعديل العقد تعديلاً إنفرادياً ، وذلك تأسيساً على مبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير وإستمرار سيرها بانتظام وباضطراد ، وأنه يستوي أن تكون الإدارة مخطئة أو غير مخطئة في تقديرها لمقتضيات سير المرفق العام ، فإنه يجب تمكينها من تنظيم المرفق بالطريقة التي تحقق الصالح العام على أتم وجه⁴.

المطلب الثاني: القيود الواردة على نطاق التعديل

إلى جانب القيود المتعلقة بالمشروعية والتي يترتب البطلان على مخالفتها ، فإن هناك قيوداً لا ترتب البطلان وإنما ترتب للمتعاقد حقاً في طلب فسخ العقد والتعويض إن كان له وجه وذلك إذا تجاوزت الإدارة الحدود المرسومة للتعديل ، أو كان من شأن التعديل أن يؤدي إلى إرهاق المتعاقد أو إلى قلب اقتصاديات العقد ، فإذا لم يصل التعديل إلى هذا المدى فإن حق المتعاقد يقتصر على طلب التعويض فقط .

وترتيباً على ذلك فإنه يجوز للمتعاقد طلب فسخ العقد مع التعويض ولا يكون ذلك إلا إذا تجاوزت الإدارة نطاق التعديل الذي حددته اللوائح أو دفاتر الشروط ونصت على حق الفسخ كمقابل لمخالفته وإذا ترتب على التعديل فرض أعباء جديدة تؤدي إلى إرهاق المتعاقد وتجاوز إمكانياته الفنية أو المالية ، وإذا وصل التعديل إلى درجة يكون من شأنها قلب اقتصاديات العقد .

الفرع الأول : تجاوز الحد الأقصى للتعديلات المقررة

¹ د. محمد جمال مطلق الذنبيات : الوجيز في القانون الإداري ، الطبعة الأولى ، دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2003 ، ص 268 .

² د. إعاد علي حمود القيسي : الوجيز في القانون الإداري ، الطبعة الأولى ، دار وائل للنشر ، 1998 ، ص 334 .

³ د. عبد العزيز خليفة: المرجع السابق ، ص 114 .

⁴ د. محمود عاطف البنا : المرجع السابق ، ص 233 .

إذا وجد نص في دفاتر الشروط يعين الحد الأقصى للتعديلات ويقرر للمتعاقد حق الفسخ في حالة تجاوزها فإن الإدارة لا يسوغ لها ان تأمر بتعديلات تتجاوز هذا الحد وإلا كان للمتعاقد الحق في طلب فسخ العقد¹.

حيث قرر للمتعاقد مع الإدارة في حالة تجاوز الإدارة بالتعديل القيمة المقدرة في دفاتر شروط الصفقة العمومية الحق بالتعويض ، وهذا ما تأكد من خلال نص المادة 30 و31 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العامة على أنه " لا يجوز للإدارة تعديل العقد بالزيادة أو النقصان في الحدود المقررة التي يتعين على الإدارة أن تلتزم بها" .

وبالتالي لا يمكن تجاوز النسب المحددة وإلا يترتب عن ذلك تعويض المقاول المتعاقد، وإذا تجاوزت الزيادة أو النقصان النسب المئوية المحددة ، يظل المقاول ملزماً بتنفيذ الأشغال التي شرع فيها حسب شروط العقد، مع بقاء حقه في طلب التعويض على أساس الضرر الذي ألحق به من جراء التعديلات التي أدخلت على الصفقة محل التنفيذ .

إذن فسخ الصفقة من جانب المتعاقد لا يمكن تصوره من جانب المتعاقد لأن فيه مساس بالإمتياز المقرر للإدارة في فسخ عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة ، لكن فسخ الصفقة قد يكون من جانب الإدارة في حالة عدم التزام المتعاقد بتنفيذ الإلتزامات التعاقدية المقررة في الصفقة ، كما يمكن أن يكون الفسخ باتفاق مشترك ، وذلك بتوقيع الطرفان وثيقة الفسخ التي يجب أن تنص على تقديم الحسابات المعدة تبعا للأشغال المنجزة والأشغال الباقية تنفيذها وكذلك تطبيق مجموع بنود الصفقة بصفة عامة².

الفرع الثاني: فرض أعباء جديدة ترهق المتعاقد وتجاوز إمكانياته

من بين القيود التي تفرض على الإدارة عند استخدامها لسلطة تعديل صفقاتها العمومية ، 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 وأهميتها³ إذا كانت التعديلات التي تفرضها الإدارة من شأنها إرهاق المتعاقد وتحمله بما يفوق طاقته المالية والإقتصادية أو

¹ وفي هذا الإطار نصت المادتان 30،31 من دفاتر الشروط العامة للكباري والطرق في فرنسا علىحق المتعاقد في طلب الفسخ إذا تجاوزت الإدارة نطاق التعديل المنصوص عليه في هذه الدفاتر، ونفس الأمر معمول به في مصر ، وهذا ما قرره المادة 87 من لائحة المناقصات والمزايدات ، فقد قررت حدود سلطة الإدارة في تعديل إلتزامات المقاول والمورد بالنقص أو الزيادة ، إلا أنها لم تحول المتعاقد الحق في طلب فسخ العقد إذا تجاوزت الإدارة هذه الحدود ، ولا يتقرر الفسخ إلا اذا كان هذا التعديل يؤدي إلى إرهاق المتعاقد ويفوق إمكانياته المالية وقدراته الفنية أو إذا وصل هذا التعديل إلى حد قلب إقتصاديات العقد

² انظر المادة 113 من المرسوم الرئاسي 336/10 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

³ د.أحمد محمود جمعة:العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، دون طبعة، منشأة المعارف الإسكندرية، 2002، ص 414 و 415.

إمكانياته الفنية ، فإن المتعاقد يكون له الحق في طلب فسخ العقد تأسيساً على أن التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة في مقابل حقها في التعديل لا يكفي لجبر الضرر الذي ينشأ عن هذا التعديل ، فالمتعاقد قد أبرم العقد وفي إعتبره أوضاع معينة تتعلق بإمكانياته وقدراته الفنية ومن ثم فلا يجوز للإدارة أن ترهقه بما يجاوز هذه الإمكانيات والقدرات ، وإلا جاز له طلب فسخ العقد، وعليه لا يمكن إرغام المتعاقد على تقديم خدمات تختلف تماماً عن تلك المقررة عند إبرام العقد¹ .

ومما لا شك فيه أن الإدارة وهي تمارس سلطتها في التعديل تباشره على نحو يراعي موضوع العقد الأصلي وأن لا يتجاوزه ، فلا يجوز لجهة الإدارة أن تتخذ من سلطة التعديل ذريعة أو مطية لتغيير موضوع العقد وإرهاق الطرف المتعاقد معها².

وعليه لا تستطيع الإدارة أن تعدل أحكام العقد على نحو يغير موضوعه ، وإلا كنا أمام عقد جديد ، ذلك أن المتعاقد مع الإدارة عندما قبل التعاقد معها ، والتزم بتنفيذ مضمون العقد في آجال محددة ، فإنه راعى في ذلك قدراته المالية والفنية ، فإن أقبلت الإدارة على التغيير الموضوعي أو الهيكلي للعقد ، فإن ذلك قد لا يناسب المتعاقد معها ومن هنا وجب أن يكون التعديل من حيث المدى والأثر نسبياً بحيث لا يؤثر على العقد الأصلي³ .

الفرع الثالث: قلب اقتصاديات العقد

إذا وصل التعديل إلى درجة يكون من شأنها قلب اقتصاديات العقد فالمتعاقد أن يطلب فسخ العقد مع التعويض إذا تحققت عناصره ، وهذا المعنى عبر عنه القضاء في فرنسا ومصر وفي الجزائر باصطلاحات وعبارات مختلفة ولكنها تؤدي في النهاية إلى نفس المعنى . فإذا كان التعديل الجائر بالزيادة أو بالنقص ، فإن مجلس الدولة الفرنسي يعبر عنه بأن " هذا التعديل يجاوز بدرجة ملحوظة توقعات المتعاقدين "

وفي حالة ما إذا كان التعديل الجائر ينصب على طرق التنفيذ وأوضاعه ، فإن مجلس الدولة الفرنسي يكتفي للحكم بفسخ العقد " بأن يكون أحد الشروط الأساسية والجوهرية التي أبرم العقد بقصد تحقيقها قد عدل " أو يستعمل عبارة " إذا كان التعديل في جوهر العقد " ، أو " إذا كان التعديل في الأوضاع الأساسية للعقد " ، كما يستعمل مجلس الدولة الفرنسي فكرة " الأعمال الجديدة " ، فالإدارة لا تستطيع

¹ علي شفيق: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في المملكة العربية السعودية (دراسة تحليلية مقارنة)، دون طبعة، الإدارة العامة للطباعة والنشر، 2002، ص 246.

² د. عمار بوضياف : المرجع السابق ، ص 146.

³ د. عمار بوضياف : المرجع نفسه، ص 146-147 .

أن تفرض على المتعاقد معها تنفيذ أعمال جديدة ليست لها صلة بالأعمال الأصلية ، وإلا حق للمتعاقد طلب فسخ العقد¹ .

أما في الجزائر فإننا نلمس هذا القيد ونستشفه من التنظيم المقرر للصفقات العمومية عبر مراحلها ، فأحكام المادة 89 من المرسوم التنفيذي رقم 87-98 الذي يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 تنص : "وعلى أية حال لا يمكن أن يعدل الملحق موضوع الصفقة جوهرياً" ، وهذا ما أشارت إليه أيضا المادة 90 من المرسوم الرئاسي 250/02 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وذلك في الفقرة الثالثة " ومهما يكن من أمر لا يمكن أن يعدل الملحق موضوع الصفقة جوهرياً " ، أما التنظيم الجديد للصفقات العمومية من خلال المرسوم الرئاسي رقم 236/10 ، فقد أشارت المادة 103 في الفقرة الثالثة منها : " ومهما يكن من أمر ، فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة " .

وكما أشرنا سابقا أن سلطة الإدارة في تعديل الصفقة العمومية لا يكون إلا بموجب ملحق للصفقة فعند الحديث عن التعديل وقيوده فإن ذلك يسقط مباشرة على الملحق باعتباره آلية أو وسيلة للإدارة تصب فيها التعديلات التي أحدثتها على الصفقة.

فعملية إبرام الملحق تخرج عن دائرة التعديل إلا في حالة إستثناء وحيد يتمثل في إقفال الصفقة نهائيا وهذا في حالة إستحالة تنفيذ الإلتزام التعاقدية ، ويكون مرد ذلك إما نتيجة تخلي الإدارة عن المشروع ، أو نتيجة قوة قاهرة .

ويستخلص من نص المادة أن هناك تأكيد على أن سلطة تعديل الصفقة ليست مطلقة ، بل ترد عليها قيود قضائية تتمثل في عدم وصول التعديل إلى هدم العقد كلية والمساس بجوهره ، وأن لا يؤدي التعديل إلى خلق أعمال جديدة غريبة عن الصفقة وقد تم تأكيد ذلك من خلال المادة 103 من قانون الصفقات العمومية الجديد² .

إذن الإدارة لها سلطة وإمتهياز تعديل الصفقة العمومية ، إلا أنه يشترط أن لا يتجاوز هذا التعديل حدود معينة فإذا تجاوز تلك الحدود بقلب إقتصاديات العقد أو إلى تغيير جوهر أو موضوع العقد بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عقد جديد ما كان ليقبله لو عرض عليه أثناء التعاقد لأول مرة فإن المتعاقد

¹ وفي مصر فإن محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا تستعملان إصطلاحات مماثلة، فالتعديلات التي تفرضها الإدارة لا يصح في رأي محكمة القضاء الإداري " أن تفوق في قيمتها أو نتائجها ما اتفق عليه أصلا في العقد بدرجة كبيرة أو " ان يكون من شأنها أن تقلب العقد رأسا على عقب بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عرض جديد أو تغيير في موضوع العقد ، أو محله ، أو أن يكون من شأنها فسخ العقد الأصلي أو تبديل موضوعه أو إنشاء محل جديد له غير ما تم الإتفاق عليه كما قررت المحكمة الإدارية العليا أنه يشترط في التعديل الذي تفرضه الإدارة " ألا يصل إلى حد فسخ العقد كلية وإلا جاز للطرف الآخر فسخه " .

² انظر المادة 103 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

في هذه الحالة بإمكانه اللجوء إلى القضاء للمطالبة بفسخ العقد والتعويض عن ما لحقه من ضرر وما فاتته من كسب لأن التقصير هنا من جانب الإدارة ناتج عن تعديل العقد ولا دخل لإرادة المتعاقد معها فيه¹.

على الرغم من أن العقد الإداري يجعل للإدارة مركزا فريدا ومتميزا مرده مسؤوليتها عن تنظيم وتسيير المرافق العامة ، فإنه عقد يجب أن تحترم فيه الإدارة ما أتفقت عليه مع المتعاقد معها ولا تتجاوزها إلا للضرورة وتحقيق المصلحة العامة ، فإذا ما ثبت أن هذا التجاوز كان إنحرافا بالسلطة العامة، يكون للمتعاقد معها في هذه الحالة أن يلجا إلى القاضي طالبا منه فسخ العقد الإداري كجزء لتجاوز الإدارة لسلطتها .

وقد يحكم القاضي بالفسخ متى كان الثابت أنه قد حال بين المتعاقد والبدأ في تنفيذ العملية ظرف خارج عن إرادته ، كأن يعرض رجال الإصلاح الزراعي عليه الأمر الذي ترتب عليه وقف تنفيذ هذه العملية لمدة جاوزت السنة بعد صدور أمر التشغيل و دون أن تقوم الهيئة المتعاقدة بتنفيذ التزاماتها بتسليم الطاعن مواقع العمل وتمكنه من البدء في التنفيذ زمن ثم فانه لاحظ أن المدة التي حددت لتنفيذ العملية هي شهران فقط فان عدم قيام الهيئة المذكورة بتسليم مواقع العمل إلى الطاعن طيلة عام هو ما يحقق معه القول بأنه إذا أخلت إخلالا جسيما بواجبها نحو الطاعن بعدم تمكينه من العمل وأنها تأخرت في تنفيذ إلتزاماتها هذا مدة كبيرة تجاوزت القدر المعقول مما يقوم سببا مبررا لفسخ العقد المبرم بينهما وتعويض الطاعن عما أصابه من ضرر بسبب ذلك .

وفسخ الصفقة العمومية كموازنة لحق الإدارة في التعديل يترتب عليه أولا نهاية الصفقة بأثر رجعي يمتد إلى تاريخ رفع الدعوى كما يترتب عليه التعويض عن ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاتته من كسب بسبب هذا الفسخ² .

وتجدر الإشارة أن حق المتعاقد في طلب الفسخ لعدم مراعاة الإدارة للقيود الثلاثة السابق ذكرها يختلف عن حقه في طلب إلغاء قرار التعديل إذا صدر مخالفا لشروط المشروعية ، إذ أن الحكم بإلغاء قرار التعديل يتضمن حق المتعاقد في الإستمرار في تنفيذ عقده الأصلي مع عدم تنفيذ قرار التعديل ، وذلك على عكس حالة الفسخ الذي يترتب على الحكم به إلغاء العقد كلية واعتباره كأن لم يكن³ .

¹ عليوات ياقوتة : تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري ، الصفقات العمومية في الجزائر ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة منتوري ، قسنطينة ، 2010 ، ص 263 .

² عليوات ياقوتة : الرسالة السابقة ، ص 264 .

³ ويلاحظ أن أحكام القضاء الإداري في مصر تجيز للمتعاقد في حالة عدم مراعاة الإدارة لقيود التعديل الإمتناع عن تنفيذ التعديلات التي تفرضها الإدارة والمطالبة بفسخ العقد إلا ان المحكمة الإدارية العليا لم تؤيد صراحة حق المتعاقد في الإمتناع عن تنفيذ العقد وإنما أجازت للمتعاقد في هذه الحالة المطالبة بفسخ العقد وبالتعويضات إن كان لها وجه.

من كل ما سبق نخلص إلى أن الملحق هو آلية تستخدمها الإدارة المتعاقدة بهدف تعديل الصفقة العمومية ولما كانت سلطة التعديل هي الدافع الجوهرى لإبرام الملحق يمكن القول أن مشروعية الملحق تتحقق من مشروعية التعديل الصادر من المصلحة المتعاقدة.

إن سلطة الإدارة المتعاقدة في تعديل الصفقة ليست مطلقة ، فلا تمارس بالقياس إلى جميع نصوص الصفقة بل تقتصر على بعضها وهي تلك التي تتصل بسير المرفق العام وتمس مقتضياته ، فيجوز للإدارة دائما أن تزيد في الأعباء الملقاة على عاتق المتعاقد معها في سبيل تحقيق مصلحة المرفق العام ، حيث إذا تجاوزت تلك الأعباء الحدود الطبيعية العادية في نوعها وفي أهميتها¹ ، كأن يكون من شأنها تبديل موضوع العقد تبديلا شاملا ، أو حين تتجاوز إمكانيات المتعاقد الفنية أو الإقتصادية ، جاز للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد وللقاضي سلطة تقدير ما إذا كان طلب الفسخ له ما يبرره، ذلك لأن الإدارة لا تملك تعديل النصوص المنظمة للروابط المالية الناشئة بين المتعاقدين ، كئتمن الخدمات ، أو المزايا المالية² .

فالملاحق يكون ذو آثار مالية على الصفقة بتغيير أجر المتعامل المتعاقد سواء بالزيادة أو النقصان ، ولكن يجب أن لا يمس بالمنافسة التي يكون ضمانها صعبا عند إبرام الصفقة والحفاظ عليها عند تنفيذ الخدمات أصعب لهذا فإنه يجب منع أي ملحق قد يسيء إليها³ .

المبحث الثالث: دوافع إبرام ملحق الصفقة العمومية

يتعين لصحة قيام الإدارة بتعديل العقد الإداري أن تستجد ظروف لاحقة لإبرامه تستوجب ممارسة الإدارة لتلك السلطة ولذلك فإن بقاء الظروف التي أبرم في ظلها العقد على حالها يحول بين الإدارة وبين القيام بالتعديل⁴ .

بمعنى أنه في حالة ظهور ظروف تبرر اللجوء للتعديل يتقرر في هذه الحالة حق الإدارة في ممارسة إمتيازها المتمثل في سلطة تعديل العقد الإداري المخول لها قانونا باعتبارها سلطة عامة. ومن المبادئ الأساسية المستقرة أن الجهة الإدارية المتعاقدة تملك من جانبها وحدها وبارادتها المنفردة وعلى خلاف المؤلف في معاملات الأفراد فيما بينهم حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد⁵ .

¹ د. خميس السيد اسماعيل : المرجع السابق ، ص 85 .

² د. خميس السيد اسماعيل ، المرجع نفسه ، ص 85 .

³ Liber Xavier : " les Modifications du marché au cour d'exécution " , A.J.D.A, Numéro Spécial 1994, P65.

⁴ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: المرجع السابق، ص 249.

⁵ حمدي ياسين عكاشة: المرجع السابق، ص 214.

وبمقتضى هذه السلطة يكون بإمكان الجهة الإدارية أن تقوم بتعديل شروط العقد وطريقة تنفيذه بما يتضمن زيادة أو إنقاص إلتزامات المتعاقد معها أو تعديل الجدول الزمني لمعدلات التنفيذ بصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، دون أن يكون للمتعاقد معها الإحتجاج بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة القوة الملزمة للعقد وأن العقد شريعة المتعاقدين المعمول بها في نطاق عقود القانون الخاص، ويجد هذا الحق المقرر للإدارة سنده وأساسه في قواعد تنظيم وتسيير المرفق العام بانتظام و اضطراد وقابليته للتعديل والتغيير¹ ، وسلطة الإدارة المتعاقدة في تعديل الصفقة العمومية تمارسها عن طريق الملحق² ، كما أوضحنا سابقا، إذ أن الإدارة لا تستطيع إجراء أي تعديل إلا باللجوء إلى الملحق . ويتضح مما سبق أن لجوء الإدارة لإبرام ملحق أو ملاحق للصفقة العمومية تبرره الحاجة لتعديل الإلتزامات التعاقدية بناء على ظروف طرأت بعد إبرام الصفقة وأثناء تنفيذها.

فالدافع لإبرام المصلحة المتعاقدة ملحق للصفقة يجد أساسه القانوني في فكرة تعديل شروط الصفقة العمومية ويكون ذلك بتعديل إلتزامات المتعاقد معها من حيث مقدارها، أو من حيث طرق ووسائل التنفيذ أو من حيث مدد التنفيذ ذاتها ، إذ يحق للإدارة بارادتها المنفردة تعديل شروط التنفيذ المتفق عليها في العقد في جميع الحالات³.

وتجدر الإشارة أن المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ورد فيه بصريح العبارة على إمكانية إعادة التوازن المالي للصفقة العمومية في إطار الملحق ، فقانون الصفقات العمومية أجاز إعادة الإعتبار المالي للمتعاقد في إطار حل ودي يتجسد في إبرام ملحق للصفقة الأصلية⁴ وذلك نتيجة لإرهاقه المالي ولمجابهة الظروف الطارئ والوضع الجديد . من كل ما سبق نخلص إلى أن إبرام المصلحة المتعاقدة لملحق الصفقة الأصلية يكون مرده للأسباب التالية:

- 1- زيادة أو نقص الخدمات المتفق عليها أوليا.
- 2- زيادة أو إنقاص الأجال.
- 3- تغيير نوعية المواد أو اللوازم المستعملة في تنفيذ الأشغال.
- 4- أحداث طارئة تغير في الأشغال المتفق عليها.

¹ د. محمود فؤاد عبد الباسط: المرجع السابق، ص 253.

² أنيسة سعاد قريشي: النظام القانوني لعقد الأشغال العامة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، 2002، ص 124 .

³ André de L'aubadair : "du pouvoir de l'administration d'imposer unilateralement des changements aux dispositions des contrats administratifs".R.D.P, 1954.p103

⁴ د. عمار بوضياف: المرجع السابق ، ص174 .

إن التعديل هنا يظهر بصورة أكثر وضوح في صفقات الأشغال العامة مقارنة بصفقات اقتناء اللوازم ، إذ أن الإدارة صاحبة الإختصاص الأول والأصيل فيما يتعلق بالأشغال العامة أما فيما يخص النوع الثاني من الصفقات تبدو سلطة الإدارة بالتعديل في حدود أضيق ، وذلك لكون سلطة الإدارة في التعديل ليست إلا نتيجة مترتبة على سلطتها على المرفق العام ، فكلما كانت صلة العقد بالمرفق العام أوثق كانت سلطة التعديل أوضح وتبدو هذه السلطة في حدود أضيق حين لا يكون موضوع العقد مساهمة مباشرة للمتعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق العام كما هو الحال بالقياس إلى عقود التوريد حيث أن إلتزامات المتعهد بالتوريد تشركه في تسيير المرفق العام ولكن بطريق غير مباشر¹ .

سنعالج دوافع إبرام ملحق الصفقة العمومية من طرف المصلحة المختصة بإبرامه وذلك بتسليط الضوء على سلطتها في تعديل شروط التنفيذ المتفق عليها، بالإضافة إلى فكرة إعادة التوازن المالي للصفقة.

وسنتناول هذه الدراسة من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعديل شروط تنفيذ الصفقة العمومية

المطلب الثاني: إعادة التوازن المالي للصفقة

المطلب الأول: تعديل شروط تنفيذ الصفقة العمومية

للإدارة الحق في تعديل ما تقوم بإبرامه مع الغير من عقود إدارية ، وحقها في ذلك تفرضه المصلحة العامة التي قد تتطلب تغييرا في شروط العقد ليكون أكثر تحقيقا لها ، في ضوء ما طرأ من متغيرات لم تكن قائمة حال إبرام العقد² .

إن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة إستمرار المرافق العامة ، تفترض مقدما حدوث تغيير في ظروف العقد وملايساته وطرق تنفيذه تبعا لمقتضيات سير المرفق، وأن التعاقد فيها يتم على أساس أن نية الطرفين انصرفت عند التعاقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة³ مما يترتب عليه أن الإدارة وهي صاحبة الإختصاص الأصيل في تنظيم المرفق وتحديد قواعد سيره تملك حق تعديل العقد بما يوائم هذه الضرورة وتحقيق تلك المصلحة.

فمن المبادئ الأساسية المستقرة أن الجهة الإدارية المتعاقدة تملك من جانبها وحدها وإرادتها المنفردة وعلى خلاف المألوف في معاملات الأفراد فيما بينهم حق تعديل العقد أثناء تنفيذه⁴ .

¹ د. إسماعيل السيد إسماعيل: المرجع السابق، ص85.

² د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: المرجع السابق، ص243.

³ د. سليمان محمد الطماوي: المرجع السابق، ص441 .

⁴ د. حمدي ياسين عكاشة: المرجع السابق، ص219.

وينصب حق الإدارة في التعديل على شروط العقد المتعلقة باشتراطات التنفيذ المتفق عليها من حيث كم ونوع الأشياء محل التعاقد ومدة التنفيذ وطرق التنفيذ، ولا تتعدى تلك الحدود¹. من كل ماسبق نخلص إلى أن سلطة الإدارة المتعاقدة في تعديل شروط تنفيذ الصفقة العمومية تتجلى في عدة صور ، الأمر الذي يطرح التساؤل الآتي : ماهي شروط التنفيذ التي تكون محلا للتعديل من جانب الإدارة ؟ .

سنحاول معالجة هذه الإشكالية من خلال الفروع التالية :

الفرع الأول : التعديل في مقدار الإلتزامات

الفرع الثاني: التعديل في مدد وطرق ووسائل التنفيذ

الفرع الأول: التعديل في مقدار الإلتزامات

تستطيع الإدارة أن تعدل في مقدار التزامات المتعاقد معها بزيادتها أو بإنقاصها، والتعديل هنا يرد على مقدار الإلتزامات وليس على نوعها ، حيث تكون الزيادة أو الإنقاص المطلوبة من نفس طبيعة الإلتزامات المزادة أو المنقوصة.

وهذا الحق ثابت للإدارة في كل العقود الإدارية فلها أن تأمر بزيادة أو إنقاص حجم الأشغال المتفق عليها في العقد أو كمية التوريدات المتفق على تسليمها .

وسنحاول من خلال هذه الدراسة تسليط الضوء على أسباب التعديل في مقدار الإلتزامات المتفق عليها مسبقا مروراً إلى توضيح صور هذا التعديل ، وذلك بالتطرق إلى تطبيقاته العملية على كل من صفقات الأشغال العامة وكذلك صفقات إقتناء اللوازم أو التوريد.

وبجدر بالذكر أن التعديل يظهر بصورة أكثر وضوح في صفقات الأشغال العامة مقارنة بصفقات إقتناء اللوازم ، إذ أن الإدارة صاحبة الإختصاص الأول والأصيل فيما يتعلق بالأشغال العامة أما فيما يخص النوع الثاني من الصفقات تبدو سلطة الإدارة بالتعديل في حدود أضيق وذلك لكون سلطة الإدارة في التعديل ليست إلا نتيجة مترتبة على سلطتها على المرفق العام² ، فكلما كانت صلة العقد بالمرفق العام أوثق كانت سلطة التعديل أوضح .

وفيما يخص سلطة الإدارة في تعديل مقدار التزامات المتعاقد معا سواءا بالزيادة أو بالنقصان قضى مجلس الدولة الفرنسي أحقية الإدارة باستخدام امتيازها السالف الذكر وأقر حقها في زيادة الإلتزامات المنصوص عليها في عقود التوريد الإدارية وفي عقود الأشغال العامة كما أقر سلطتها

¹ د. عبد الغني بسيوني عبد الله : القانون الإداري ، المرجع السابق ، ص 186.

² د. أحمد عثمان عياد: المرجع السابق، ص 223 .

في إنفاص الإلتزامات المنصوص عليها في هذه العقود¹.

أما المشرع الجزائري فأخذ بسلطة التعديل في إلتزامات المتعاقد مع الإدارة ، في كل القوانين المنظمة للصفات العمومية ، وأيضا من خلال التنظيم ، كالمرسوم التنفيذي رقم 91-434 وكذلك في دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العامة، وسيأتي تفصيل ذلك في بقية البحث. سنعالج مسألة التعديل في مقدار إلتزامات المتعاقد من خلال التقصي حول تبريرات التعديل في مقدار الإلتزامات المتفق عليها مسبقا، وأيضا التطبيق العملي لهذا التعديل في كل من صفقات الأشغال العامة و صفقات إقتناء اللوازم ، وهي التسمية التي أطلقها عليه المرسوم الرئاسي 250/02، والتعديلات التي لحقت به ، وسنوضح فكرة تعديل مقدار إلتزامات المتعاقد مع الإدارة فيما يلي:

أولا: تبريرات التعديل في مقدار الإلتزامات

ثانيا: تطبيقات التعديل في مقدار الإلتزامات.

أولا: تبريرات التعديل في مقدار الإلتزامات

إن التعديل في كميات العمل أثناء تنفيذ الصفة ضرورة لا بد منها، نظرا لكون العمل يختلف في أثناء التنفيذ عما هو مقررا مسبقا في الصفة الأولى مع المتعامل المتعاقد، فالإدارة تلجأ إلى تعديل الصفة العمومية كلما إقتضت حاجة المرفق هذا التعديل، ومن غير أن يحتج عليها المتعاقد بقاعدة الحق المكتسب، أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز تعديله إلا باتفاق الطرفين.

هذا الأمر يستدعي إلى التساؤل حول أسباب التعديل في مقدار الإلتزامات:

فماهي المبررات التي تلجا إليها المصلحة المتعاقدة عند تعديلها لمقدار الإلتزامات المتعامل المتعاقد معها؟.

إن التعديلات الطارئة على كميات العمل تبررها عوامل عديدة²:

1- إذا كان عدم التغيير أو عدم الإضافة من شأنه أن يسبب تأخيرا في العمل أو ضررا كبيرا من الناحية الإقتصادية والفنية.

2- إذا كان عدم التغيير يؤدي إلى عدم إمكانية الإستفادة من أعمال المقاول على الوجه المطلوب عند إنجازها.

¹ قضى مجلس الدولة الفرنسي في عقود التوريد بأنه يجوز للإدارة أن تطلب من الموردين زيادة مقدار التوريدات المتفق عليها أو إنفاصها ، وفي عقد الأشغال العامة قضى مجلس الدولة بأن من حق الإدارة أن تفرض على المقاول زيادة الأشغال المعهود إليه القيام بها. وفي هذا السياق فضت محكمة القضاء الإداري في مصر بأن للإدارة الحق في تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل مدى إلتزامات المتعاقد معها ، فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتقه أو تنقصها وتتاول الأعمال والكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقص ، كما أن هذه السلطة مقررة تشريعا للإدارة في مصر بنص المادة 87 من لائحة المناقصات والمزايدات .

² د. محمود خلف الجبوري : المرجع السابق ، ص 140.

3- إذا كان التغيير يؤدي إلى توفير مبالغ كبيرة للإدارة مع الأخذ بعين الاعتبار الأضرار المترتبة على التأخير المحتمل بسبب هذا التغيير.

4- إذا لم يترتب على التغيير تبديل أساسي في الخدمات أو السلعة الإنتاجية المقررة للمشروع.

5- حالة قيام ظروف ملحة تستدعي التعديل، كإلغاء المرفق العام أو إعادة تنظيمه بشكل يجعل ظروفه الجديدة لا تتفق مع شروط عقد التوريد¹.

مما يعني أن الأسباب التي تدعو الإدارة إلى تعديل مقادير العمل وكمياته عديدة منها ما يتعلق باختلاف الكميات الحقيقية عن تلك التي رسمت في جدول الكميات ، إذ يحدث في كثير من الأحيان إختلاف بين الكميات الحقيقية والضرورية لإكمال العمل طبقاً لشروط المقاوله ، وبين الكميات التي قدرت ورسمت في جدول الكميات الملحق بالمقاوله ، وذلك لأن تلك الجداول تخمن مقادير العمل بصورة مستقلة عن الممارسة العملية فهي تخمينات قد لا تكون دقيقة في معظم الأحيان² ، لذلك يلاحظ أن الإدارة كثيراً ما تلجأ إلى حماية نفسها عن طريق النص في دفاتر الشروط على اعتبار الكميات المدونة في جداول الكميات هي كميات تقديرية للعمل ولا تعتبر الكميات الحقيقية والصحيحة للأعمال الواجب تنفيذها من المقاول لغرض الوفاء بالتزاماته بموجب المقاوله.

ويجدر بالذكر، أن المشرع المقارن كافة، قد نظم حق الإدارة في تعديل الكميات سواء بالزيادة أو النقصان ولم يرد الإختلاف في هذا الصدد، إلا من حيث مقدار وحدود النسب المسموح للإدارة إعمالها بالزيادة أو النقصان³.

ثانياً: تطبيقات التعديل في مقدار الإلتزامات

سنوضح التطبيقات العملية للتعديل في مقدار إلتزامات المتعاقد مع الإدارة وذلك بالتركيز على صور التعديل في كل من عقد الأشغال العامة ، وعقد التوريد، إذ أن سلطة الإدارة في التعديل تظهر بوضوح وبصورة أدق في عقد الأشغال العامة على اعتبار أن الإدارة صاحبة الاختصاص الأصلي فيها مقارنة بعقد التوريد التي تكون فيها سلطة التعديل في أضيق الحدود وهذا كما أوضحناه ، ونفس الأمر يطبق على كل من عقود تقديم الخدمات وإنجاز الدراسات، وذلك لوجود مساهمة غير مباشرة للمتعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق العام ، مقارنة بعقد الأشغال العامة ، أما إلتزام المرافق العامة خارج مجال الدراسة فقد خصه المشرع بقواعد خاصة كما أنه يخرج من مجال الصفقات .

1- صور التعديل في عقد الأشغال العامة :

¹ د. محمد سليمان الطماوي : المرجع السابق ، ص 472 .

² سعيد عبد الرزاق بالخبيزة : الرسالة السابقة، ص 162.

³ سعيد عبد الرزاق بالخبيزة : الرسالة السابقة ، ص 163 .

إن عقد الأشغال العامة يتميز بطابع خاص ، حيث يرتبط إرتباطا وثيقا بتسيير المرافق العامة بانتظام واضطراد ، وتعتبر سلطة التعديل من أهم خصائص عقد الأشغال العامة كعقد إداري وإن كان الغالب أن تتضمن عقود الأشغال العامة شروطا تسلم بحق الإدارة في تعديل شروط العقد بالزيادة أو النقصان ، فهو لا يتناول إلا الشروط التي تتعلق بالمرفق ، وبالتالي لا يمكن أن يمتد إلى باقي الشروط ، ومن ثم فإن المسلم به أن التعديل في عقد الأشغال العامة لا يمكن أن يتناول الثمن بأي حال ، وتظهر سلطة التعديل كلما زاد اتصال محل التعديل بالمرفق العام ، إلا أن هذا التعديل له حدود وضوابط تتعلق بمداه وبحقوق المتعاقد مع الإدارة حيال ذلك التعديل¹ ، حيث تمارس الإدارة هذه السلطة باعتبارها (صاحب العمل) فتحتفظ دائما بصلاحيات تنظيم المرفق ، غير أنه لا يجوز إجراء تعديل على الأعمال المتعاقد عليها إلا عند الضرورة القصوى² ، كما بينا ذلك من خلال تبريرات التعديل في مقدار الإلتزامات المتعاقد عليها ، ويتم تدخل الإدارة في هذا المجال بمقتضى أوامر مصلحيه، كما تم توضيحه مسبقا .

وليس من حق الإدارة تعديل شروط عقد الأشغال العامة تعديلا يقلب إقتصاديات العقد رأسا على عقب فيجب أن تكون الأعباء التي تفرضها الإدارة مع المتعاقد معها في الحدود الطبيعية 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 أو أن تؤدي الأعباء التي أوجدها التعديل إلى إرهاب المتعاقد بالتزامات تجاوز إمكاناته الفنية أو الاقتصادية كما لا يعني حق الجهة الإدارية في تعديل شروط العقد أن تفرض على المتعاقد معها القيام بأعمال جديدة غريبة عن العقد الأصلي لا تربطها به أية صلة³ .

إن موضوع تعديل كميات العمل في عقود الأشغال العامة يمكن أن ينصب على التعديل الذي تدخله الإدارة المتعاقدة على مقادير العمل كما قد يتناول الأعمال الإضافية، وسنوضح كل حالة على حدي⁴.

1-1 التعديل على مقادير العمل: لقد نص دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العامة على نسب محددة تلتزم بها الإدارة أثناء قيامها بإجراء التعديل على مقادير العمل في صفقة الأشغال العامة وتشمل هذه الصورة من التعديل كل من:

- حجم الأشغال .

- طبائع المنشآت .

¹ أنيسة سعاد قريشي: المذكرة السابقة ، ص 121 .

² د. محمود خلف الجبوري : المرجع السابق ، ص 140 .

³ د. محمود حلمي : العقد الإداري ، دون طبعة ، دار الفكر العربي ، 1974 ، ص 68 .

⁴ د. رياض عيسى : "أحكام الأعمال الإضافية في عقود الأشغال العامة"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق جامعة تيزي وزو ، السنة الأولى، العدد الأول ، 1986 ، ص 19 .

- أسعار المنشآت غير المدفوعة .

وسنقوم بتوضيح كل حالة على حدى :

أ- التعديل المتعلق بحجم الأشغال

لقد تناولت المادتين 30 و 31 من دفتر الشروط الإدارية العامة النسب المقررة قانونا للإدارة فيما يخص تعديلها لحجم الأشغال ، وذلك بان لا يتجاوز التعديل المفروض في حالة الزيادة أو النقصان المقام نسبة 20% من قيمة الصفقة الإجمالية بالأسعار الأولية ، 50% بالنسبة لأشغال الصيانة والتصليح في حالة زيادة حجم الأشغال ، و 35% في حالة نقصان حجم الأشغال¹ .

إذا تجاوزت الزيادة أو النقصان النسب المئوية المحددة ، يظل المقاول ملزما بتنفيذ الأشغال التي شرع فيها حسب شروط العقد ، ويمكن أن يرفع المقاول طلبا لتعويضه على أساس الضرر الذي ألحقته به التعديلات التي أدخلت في هذا الصدد على ما كان مسطرا في المشروع وفي حالة إنعدام إتفاق ودي يحدد التعويض على يد الجهة القضائية الإدارية.

ب- التعديل المتعلق بالتغيير في أهمية الطابع المختلفة للمنشآت

نصت على ذلك المادة 32 من دفتر الشروط الإدارية العامة ، عندما تتضمن الصفقة مهلة تقديرية تبين أهمية مختلف طابع المنشآت وعندما تعدل التغييرات التي تأمر بها الإدارة أو الناتجة من ظروف ليست من خطأ ولا من فعل المقاول ، طبيعة بعض طابع المنشآت بحيث تصبح الكميات مختلفة بما يزيد عن 35% زيادة أو نقصانا بالنسبة للكميات الواردة في التفصيل التقديرى² ، فانه في هذه الحالة: يجوز للمقاول أن يقدم في النهاية طلبا لتعويضه يؤسس على الضرر الذي ألحقته به التعديلات التي أدخلت في هذا الصدد على المشروع الأولي ، غير أنه لا يجوز للمقاول أن يطالب بأي تعويض عن تنفيذ طابع منشآت لم يرد ذكرها في التفصيل التقديرى والتي ورد النص على أسعارها مع ذلك في الصفقة .

ج- التعديل المتعلق بأسعار المنشآت غير المدفوعة

طبقا لنص المادة 29 من دفتر الشروط الإدارية العامة ، عندما تظهر ضرورة إنجاز منشآت لم يرد ذكرها في الجدول ، ولا في المجموعة أو ضرورة تعديل مصدر مواد البناء مثلما ورد بيان ذلك في دفتر التعليمات دون تغيير موضوع الصفقة يتقيد المقاول على الفور بالأوامر المصلحية التي يتلقاها في هذا الموضوع ويتم دون تأخير إعداد أسعار جديدة حسب أسعار السوق أو يتم تشبيه المنشآت بمثيلاتها ، وفي حالة ما إذا تعذر تماما تشبيهها تتم للمقارنة اعتمادا على الأسعار الجارية في المنطقة حيث تتم الأشغال .

¹ انظر المادة 30 ، 31 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

² انظر المادة 32 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

يتم حساب الأسعار الجديدة بنفس الشروط الاقتصادية لأسعار السوق وبصورة يجعل بالإمكان الزيادة أو النقصان فيها إذا سمحت السوق بذلك ، وبعد مناقشتها من طرف المهندسين أو المهندس المعماري والمقاول تطرح لموافقة السلطة المختصة وتبلغ للمقاول عن طريق أمر مصلي¹.

أما في حالة عدم الاتفاق يختص القضاء الإداري بالفصل فيها ، وفي انتظار موافقة السلطة المختصة على حل النزاع تدفع للمقاول مؤقتا الأسعار التي يحددها المهندسين.

وبالنسبة للأشغال التي تتم تسويتها المالية على السعر الإجمالي والجزافي يمكن إعتداد تفصيل الأسعار في تحديد أسعار المنشآت المأمور بانجازها زيادة أو نقصانا وفقا للشروط السابق ذكرها أعلاه .

بخصوص هذه الفئة يمكن أن يحدد دفتر التعليمات الخاصة الحدود، والحالات والظروف التي تتم فيها تعديلات الصفة الأولية بموجب ملحق قبل إنجاز أي تعديل.

1-2 الأعمال الإضافية : يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملحق أثناء تنفيذ الصفة لتنظيم أشغال إضافية طرأت أثناء التنفيذ، فما المقصود بالأعمال الإضافية ؟ ، وماهي معايير تمييزها عن غيرها من الأعمال التي تظهر عند تنفيذ الصفة؟ .

أ- مفهوم الأعمال الإضافية: من الفقهاء من يعرف الأعمال الإضافية ، بأنها الأعمال التي لم تدرج صراحة أو ضمنا في مواصفات وخطة العمل المتفق عليها في العقد ، وذهب آخرون إلى أن الأعمال الإضافية في المقاولات ذات الكلفة المقطوعة هي التي لم تدرج صراحة أو ضمنا في كلفة العقد الإجمالية.

في الواقع للأعمال الإضافية مفهومين، مفهوم واسع و آخر ضيقا:

• **المفهوم الواسع :** يشمل الأعمال المتوقعة وقت إبرام العقد والتي لم تدرج في العقد ابتداء كما يشمل الأعمال غير المتوقعة وهي أعمال لم تظهر في العقد ولكنها ليست غريبة عنه كطلب إعادة ترميم قناة تهدمت بسبب إنهيار أحد الجسور أثناء إنشاء السكك الحديدية غير المتوقعة، أي تلك الأعمال التي لا تدخل ضمن توقعات المتعاقدين وقت إبرام العقد ولم تدرج في العقد ابتداء أيضا وعلى هذا الأساس تعتبر الأعمال غير المتوقعة جزءا من الأعمال الإضافية طبقا لهذا المفهوم².

• **المفهوم الضيق :** فيقصد به الأعمال التي لم تدرج في العقد ابتداء بل تنفذ خلال المراحل التي يتم بها تنفيذ هذا العقد ، وهي من نفس طبيعة الأعمال الأصلية المتفق على إجرائها³ ، كما لو طلب من

¹ انظر المادة 29 من دفتر البنود الإدارية العامة .

² وهذا ما ذهب إليه الفقيه الانجليزي GILL عند تعريفه للعمل الإضافي والذي يرى فيه " أن العمل الإضافي هو الذي لا يدرج صراحة أو ضمنا في منهاج المتفق عليه" .

³ د. رياض عيسى: المقال السابق، ص 19.

المقاول مد الطريق المراد إنشاؤه مسافة أطول عن تلك المتفق عليها في العقد ، أو طلب إليه بتعميق أسس المشروع أكثر من العمق المتفق عليه، أو غلق بعض فتحات الشبائيك المتفق على إنشائها . إن المفهوم الضيق للأعمال الإضافية يتطلب أن تكون هذه الأعمال من طبيعة العمل الأصلي المدرج في العقد وهو يستبعد عن نطاقه الأعمال التي لم تدرج في العقد ابتداءً وأتفق عليها بعد التنفيذ والتي تختلف عن طبيعة الأعمال الأصلية لأن ذلك يكون اتفاقاً جديداً.

ب- التمييز بين الأعمال الإضافية والأعمال غير المتوقعة: لقد ميز الفقه بين الأعمال الإضافية والأعمال غير المتوقعة وسنحلل هذا التمييز في مايلي :

1- من حيث الطبيعة:

إن الأعمال غير المتوقعة هي أعمال لم تظهر في العقد ولم تدرج فيه وقت إبرامه ، وتختلف في طبيعتها عن الأعمال المدرجة في هذا العقد غير أنها ليست غريبة عنه ، كطلب إعادة ترميم قناة هدمت بسبب انهيار أحد الجسور أثناء إنشاء السكك الحديدية أو نقل بعض المواد اللازمة للعمل بسبب رطوبة الأرض و كما هو الحال في تصليح مجاري المياه القريبة من المشروع المراد إنشاؤه بسبب الأضرار التي حدثت من جراء تنفيذ ذلك المشروع .

أما الأعمال الإضافية فهي أعمال لم تظهر في العقد ولكن قائمة الأسعار توقعتها وحددت أسعارها كطلب مد السد المتفق عليه في العقد مسافة إضافية لأن النهر غير مجراه على غير المتوقع وكذلك الأعمال التكميلية التي يجوز للإدارة أن تطالب المقاول بانجازها بعد انتهاء الأعمال الأصلية.

2- من حيث تحديد الثمن (السعر):

إن الهدف من تمييز الأعمال الإضافية عن الأعمال غير المتوقعة يكمن في اختلاف تحديد سعر كل منهما، ففي حالة الأعمال غير المتوقعة يحدد الثمن إستقلاً عن الثمن المتفق عليه في العقد ، فيحدد الثمن على أساس السعر الجديد الذي يتفق عليه بين المقاول والإدارة صاحبة العمل .

أما في حالة الأعمال الإضافية فإن الثمن لهذه الأعمال يقدر على أساس السعر الوارد في العقد وليس كما يرى أصحاب التمييز السابق بأن قائمة الأسعار تتوقع الأعمال الإضافية فتحدد لها سعراً وإنما يقدر ثمنها على أساس السعر الوارد في العقد بالنسبة للأعمال الأصلية¹.

نخلص مما تقدم أن طبيعة العمل المطلوب إجراؤه من قبل المقاول هو المعيار المميز بين الأعمال غير المتوقعة والأعمال الإضافية بالمعنى الضيق ، فإذا كان العمل المطلوب إجراؤه من نفس طبيعة العمل الأصلي المتفق عليه في العقد فيكون من قبيل الأعمال الإضافية ، وإذا كان يختلف في طبيعة هذا العمل الأصلي فهو يدخل في نطاق الأعمال غير المتوقعة، ولما كان العمل غير المتوقع حصل

¹ د. سليمان محمد الطماوي : المرجع السابق ، ص 486 .

على الدوام بسبب تنفيذ العمل الأصلي فمن المستحسن أن يصطلح على مثل هذه الأعمال (الأعمال الحادثة) أي التي تحدث بسبب تنفيذ العمل الأصلي، وتعتبر مسألة تمييز طبيعة العمل المطلوب إجراؤه عن طبيعة العمل الأصلي مسألة تفسيرية تخضع إلى القواعد العامة في التفسير وتستقل بها محكمة الموضوع.

ج- تمييز الأعمال الإضافية والأعمال الحادثة عن الأعمال الجديدة :

إن الأعمال الإضافية والأعمال غير المتوقعة (الحادثة) تختلفان عن الأعمال الجديدة، وسنبين أوجه التمييز في الآتي:

1- من حيث الطبيعة:

الأعمال الإضافية والحادثة أعمال لها وشيجة اتصال بالعمل الأصلي الذي ينظمه العقد، والعمل الإضافي يعتبر من طبيعة العمل الأصلي وإن الأعمال الحادثة تنتج بسبب تنفيذ هذا العمل الأصلي. بينما تعتبر الأعمال الجديدة أعمالاً غريبة على العمل الأصلي المتفق عليه بين الإدارة والمقاول بموجب عقد المقاولة المعقود بينهما أو هي أعمال تنفذ في أوضاع جديدة وشروط غير تلك التي أتفق عليها في العقد وينعت مجلس الدولة الفرنسي هذا النوع من العمل، بالعمل الغريب عن موضوع العقد.

وعلى هذا الأساس يذهب المجلس في أحكامه إلى أنه لا يجوز للإدارة أن تفرض هذه الأعمال على مقاول الأشغال العامة، كما لو أمرت الإدارة المقاول بإجراء أعمال مختلفة تماماً عن الأعمال الأصلية موضوع المقاولة، فإذا كان العمل الأصلي المتفق عليه هو إنشاء شبكات للري فلا يجوز للإدارة صاحبة العمل أن تأمر المقاول بإنشاء دور سكن لموظفيها لأن ذلك يخرج عن موضوع العقد الأصلي وعليه لا يلتزم المقاول بتنفيذ الأعمال الجديدة وإلا جاز له أن يطلب فسخ العقد¹.

2- من حيث الأثر:

إن إلزام مقاول الأشغال العامة بتنفيذ الأعمال الإضافية أو الأعمال الحادثة لا يترتب عليه إبطال العقد بينما يؤدي إلزام مقاول الأشغال العامة بالقيام بأعمال جديدة إلى طلب فسخ عقد الأشغال العامة². وما يمكن إثارته في هذا المجال، هو شروط دفع الأثمان وأسعار الإضافات التي قام بها المقاول، فالإدارة المتعاقدة مسؤولة عن دفع أثمان وكلفة الإضافات إلى المقاول، غير أن دفع هذه الأثمان يلزمه توفر عدة شروط منها:

¹ وهو ما يأخذ به القضاء الإداري المصري، فبموجب أحكام هذا الأخير يتمكن المقاول من الإمتناع عن تنفيذ الأعمال الجديدة التي تفرضها عليه الإدارة والتي تخرج عن موضوع العقد الأصلي، كما يستطيع المطالبة بفسخ العقد ذلك تأسيساً على أن التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة في مقابل حقها في التعديل لا يكفي لجبر الضرر الذي ينشأ عن هذا التعديل.

² د . رياض عيسى: المقال السابق، ص 22.

❖ ضرورة تحرير أوامر التعديل:

إن دفاتر الشروط المتعلقة بالأشغال العامة تنص على تلك الإضافات بصورة كتابية وتحريرية وإن الهدف من فرض تحرير هذه الأوامر هو تجنب المنازعات التي قد تنشأ بين الإدارة المتعاقدة والمقاول¹.

وهذا ما أكدته المادة 30 من دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال لوزارة إعادة البناء و الأشغال العمومية و النقل ، من ضرورة إصدار أوامر المصلحة المتعاقدة للمقاول بإنجاز أشغال إضافية وبالتالي فإن شرط أن تصدر أوامر التعديل بشكل تحريري يعتبر شرطاً لازماً وهو شرط سابق لدفع هذه الكلفة ، وحتى يستطيع المقاول أن يحصل على أثمان الأعمال الإضافية يجب عليه أن يثبت وجود أمر تحريري بأعمال إضافية صادرة إليه من الإدارة المتعاقدة².

وفي هذا الصدد قالت إحدى المحاكم الإنجليزية: "بأن المقاول لا يستطيع الحصول على كلفة الإضافات عند غياب الأمر التحريري بشأن إجراء العمل الإضافي". وكذلك محكمة التمييز العراقية سلكت نفس المسلك حيث قالت "يجب إثبات الإضافات زيادة عن العقد التحريري ببينة تحريرية".

إذن الأصل هو ضرورة صدور أوامر الأعمال الإضافية كتابية³ ، و بالإضافة للشكل الكتابي لأمر التعديل ينبغي أن يكون الأمر مسبباً ومعللاً أي لا بد للإدارة المتعاقدة أن توضح الأسباب التي جعلتها تلجأ إلى الأعمال الإضافية⁴.

❖ عدم إدراج كلفة و ثمن الأعمال الإضافية في العقد الأصلي:

إن إدراج الأعمال الإضافية في العقد الأصلي يعتبر خروجاً عن نطاق الأعمال الإضافية فالأعمال الإضافية لا تدرج أصلاً في العقد الأصلي وهذا حتى لا نكون أمام دفع كلفتين للأعمال الإضافية.

❖ إصدار أمر التعديل قبل إكمال الأعمال الأصلية وقبل مباشرة العمل الإضافي:

¹ عادل قرانة : المذكرة السابقة ، ص 49 .

² د. رياض عيسى: المقال السابق، ص 23.

³ إن دفتر الشروط العامة العراقية أورد استثناءاً في نص المادة 52 فقرة ثانية فيما يخص الشكل الكتابي لأمر التعديل حيث نصت المادة على أنه: "... إذا رأى المهندس لسبب كان بأن من المرغوب فيه إصدار مثل هذا الأمر (أمراً لتعديل) بصورة شفهوية فعلى المقاول الامتثال لذلك الأمر ، وأن أي تأييد تحريري لمثل ذلك الأمر الشفهي الصادر من المهندس سواء قبل تنفيذ الأوامر أو بعده يجب أن يعتبر بمثابة أمر تحريري صدر حسب مفهوم هذه المادة، كذلك إذا أيد المقاول تحريراً على ذلك التأييد خلال 14 يوماً فيجب أن يعتبر ذلك بمثابة أمر تحريري صادر من المهندس...".

⁴ د. رياض عيسى : "أحكام الأعمال الإضافية في عقود الأشغال العامة"، مجلة الحقوق الكويتية ، كلية الحقوق ، الكويت ، السنة 11 ، العدد الرابع ، سبتمبر 1987 ، من 123 إلى 125.

الأصل أن يصدر أمر العمل بالأعمال الإضافية قبل الإنتهاء من الأعمال الأصلية المدرجة في العقد ويجب أن يصدر قبل بداية إجراء الأعمال الإضافية¹.

❖ عدم تنفيذ المقاول للعمل الإضافي من تلقاء نفسه:

لا بد للمقاول أن يحصل على أمر تحريري صادر عن الإدارة المتعاقدة ، تأمره بالقيام بالأعمال الإضافية وبالتالي عند قيام المقاول بأعمال إضافية من تلقاء نفسه فإن الإدارة صاحبة الأشغال غير ملزمة بدفع كلفة الإضافات، ولكن مجلس الدولة الفرنسي أجاز حصول المقاول على ثمن و كلفة لهذه الأعمال الإضافية رغم عدم حصوله على أمر تحريري من الإدارة في الحالات الآتية:

■ **الأعمال الضرورية :** وهي الأعمال غير المنصوص عليها في العقد ولكنها ضرورية لحسن سير وسلامة الأعمال الأصلية ، أي أن هذه الأعمال ضرورية للعمل الأساسي وبالتالي يكون ثمن وكلفة هذه الأعمال الإضافية هو السعر المتفق عليه في العقد بالنسبة للأعمال الأصلية ، ومجلس الدولة الفرنسي يشترط حالة الضرورة لإضافة هذه الأعمال².

■ **الأعمال النافعة:** إن الأعمال النافعة هي تلك الأعمال التي تعود بالفائدة على الإدارة صاحبة الأشغال، أي أنها أعمال ذات فائدة ونفع للمصلحة المتعاقدة³.

ومن خلال المادة 30 من دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال لوزارة إعادة البناء و الأشغال العمومية و النقل ، فإن المشرع الجزائري يأخذ بسلطة التعديل على عقد الأشغال العامة ، وذلك من خلال الأعمال الإضافية التي تأمر بها المصلحة المتعاقدة المقاول القيام بها ، ويتم في هذه الحالة إبرام ملحق أو ملاحق لصفقة الأشغال العامة وتبرير ذلك الأشغال الإضافية التي إستجبت أثناء تنفيذ الصفقة .

وتمارس هذه السلطة من قبل الإدارة المتعاقدة عن طريق ما تصدره من أوامر مصلحيه موجهة إلى المقاول، وهذا حسب ما تم توضيحه سالفاً.

من بين الأسباب الجوهرية التي تجعلنا نركز على سلطة التعديل في عقد الأشغال العامة مقارنة بالعقود الأخرى ، كون أن هذا العقد يعد مجال خصب لعملية إبرام الملاحق في الصفقة، وذلك للارتباط الوثيق لهذا العقد بالمرفق العام ، ونظراً للمبالغ الضخمة التي تنفقها الدولة على الأشغال العامة مقارنة بالعقود الأخرى، بالإضافة إلى أن كل من عقد الدراسات واللوازم والخدمات له علاقة

¹ عادل قرانة : المذكرة السابقة ، ص 50 .

² وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1967/11/17 في قضية شركة (nicon) بان من حق مقاول الأشغال العامة أن يطالب بالتعويض عن الأعمال التي يقوم بها زيادة عن المنصوص عليه في العقد متى كانت ضرورية لازمة لتنفيذ الأعمال المتفق عليها طبقاً للأصول الفنية وذلك حتى لو لم يصدر إليه أمر العمل بها من الإدارة أو المشرف على الأعمال.

³ د. رياض عيسى: المقال السابق، ص 125 إلى 127.

مباشرة بعقد الأشغال العامة وقد نص المرسوم الرئاسي 236/10 على حالة إرتباط عقد الدراسات بعقد الأشغال العامة ، من خلال نص المادة 18 "يمكن للمصلحة المتعاقدة ، بصفة إستثنائية ، أن تلجأ إلى إجراء دراسة نضج وإنجاز عندما تقتضي أسباب ذات طابع تقني ضرورة إشراك المقاول في الدراسات الخاصة بالمشروع" وقد أشارت في الفقرة الثانية من نفس المادة "ويسمح هذا الإجراء للمصلحة المتعاقدة بأن تعهد بإنجاز مشروع ما إلى متعامل واحد في إطار صفقة أشغال ، وهي مهمة تتضمن في آن واحد إعداد الدراسات لإنجاز الأشغال " .

2- صور التعديل في عقد التوريد (إقتناء اللوازم):

للإدارة في عقود التوريد تعديل مقدار التزامات المتعاقد معها متى إقتضت حاجة المرفق أو المصلحة العامة هذا التعديل ، فمن حق الإدارة أن تلزم المورد بزيادة كمية التوريدات أو إنقاصها¹ .
تقوم عقود التوريد على أسس تسليم منقولات للإدارة، ولما كانت سلطة التعديل تستند أساسا إلى صلة العقد بالمرفق العام، وكانت صلة التوريد بالمرفق ليست بدرجة وضوح عقد الأشغال العامة، فإن سلطة التعديل في عقود التوريد إنما تمارس في أضيق الحدود² .

والفقه الحديث يميز في نطاق عقود التوريد الإدارية بين نوعين منها عقود التوريد العادية وعقود التوريد الصناعية ، مما يدفعنا إلى التساؤل الآتي : مامدى سلطة الإدارة في تعديل عقود التوريد؟ ، وسيتم تحليل ذلك في الآتي :

أ- عقود التوريد العادية : إن رقابة الإدارة تتجلى بشكل واضح فيما يتعلق بفحص البضائع تمهيدا لتسليمها نهائيا ، أما فيما يتعلق بالإشراف والتوجيه أو التعديل قبل التسليم فإن الأصل أن يرجع بالخصوص إلى شروط العقد ودفاتر الشروط ، فإذا التزم الصمت فإن الأصل أن يترك للمورد حرية التوريد على مسؤوليته³ .

ولكن نظرا لضعف صلة عقود التوريد العادية بالمرفق العام فإن بعض الفقهاء ينازعون في حق الإدارة في تعديل كمية البضائع المتفق على توريدها بالنقص أو الزيادة، وأحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال قليلة ، ولكنه أعلن صراحة عن حق الإدارة في تعديل شروط عقد التوريد بالنقص أو الزيادة⁴ .

¹ وقد أقرت المادة 87 من لائحة المناقصات والمزايدات في مصر، على حق الجهة الإدارية في تعديل كميات و حجم عقودها بالزيادة أو النقص في حدود 25 % بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار دون حق في المطالبة بتعويض على ما تقدم.

² د. محمود عاطف البنا : المرجع السابق ، ص 232 .

³ د. سليمان محمد الطماوي : المرجع السابق ، ص 471 .

⁴ د. سليمان محمد الطماوي : المرجع نفسه ، ص 472 .

ولهذا وقف الفقيه دي لوبادير موقفا وسطا في هذا الصدد ، فسلم بحق الإدارة في تعديل شروط عقود التوريد ولكنه يرى أن سلطة الإدارة في هذا الصدد هي سلطة مقيدة منوطة بقيام ظروف ملحة تستدعي هذا التعديل كإلغاء المرفق أو إعادة تنظيمه بشكل يجعل ظروفه الجديدة لا تتفق مع شروط عقد التوريد¹.

ب- عقود التوريد الصناعية:

إن الوضع في هذه العقود مختلف ، لأن الإدارة لا تتفق على مجرد التوريد ولكن على نوع الصناعة أيضا لا سيما إذا انصب موضوع التعاقد على أشياء ذات أهمية خاصة تتعلق بالجهود الحربية مثلا ، فحينئذ لا تقتصر رقابة الإدارة على مجرد التسليم ، ولكن يكون لها متابعة المتعاقد أثناء تنفيذ العقد ، وهذا ما نظمته دفاतर الشروط الخاصة في فرنسا².

الفرع الثاني: التعديل في مدد وطرق ووسائل التنفيذ

إن استعمال الإدارة لسلطتها بتعديل عقودها الإدارية لا يقتصر على صورة واحدة فقط بل تتعدد مظاهر هذه السلطة أيضا ، بمعنى آخر لا يقتصر التعديل على مقدار الإلتزامات المتعاقد عليها فقط سواء بزيادة الكميات أو إنقاصها ، بل يمتد أيضا إلى آجال تنفيذ العقد وإلى آليات تنفيذه، وهذا بحسب ما تقتضيه ظروف وملابسات التنفيذ ، مما يدفعنا إلى التساؤل : مالذافع من لجوء المصلحة المتعاقدة إلى تعديل الآجال المتفق عليها وكذا آليات التنفيذ التي تم التعاقد عليها مسبقا؟

سنحاول تسليط الضوء على مظاهر التعديل في كل حالة على حدى ، موضحين دوافع الإدارة أثناء اتخاذها هذا الإجراء في كل حالة :

أولا: التعديل في طرق ووسائل التنفيذ

إذا كان للإدارة أن تعدل بارادتها المنفردة في مقدار إلتزامات المتعاقد من حيث الزيادة أو النقصان فلها أيضا أن تعدل في طرق ووسائل التنفيذ كلما تبين لها أثناء تنفيذ العقد ما يستوجب إصلاح الأخطاء التي تضمنتها المشروعات الأصلية ، أو لمواجهة ومسايرة الإكتشافات الحديثة التي تقتضي إستعمال وسائل وطرق فنية أكثر إقتصادا أو أكثر تقدما من تلك المنصوص عليها في المشروعات

¹ André de L'aubadair : " traité de droit administratif " , Tome 2, paris, 1999, P40.

² وفي مصر قد تناولت هذه المسألة المادة 87 من لائحة المناقصات والملغاة التنفيذية تحتفظ للوزارة اوالمصلحة بالحق في تعديل العقد بالزيادة أو النقص غي حدود 15 % في عقود التوريد و30% في عقود توريد الأغذية، وليس من الضروري أن يقتصر التعديل في عقد التوريد على الكمية فقد ينصرف إلى المواصفات، وهذا ما كشف عنه حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 11 ماي 1968 ، حيث نص العقد على توريد دجاج وأرناب حية ، ولكن الإدارة طالبت بتوريدها مذبوحة ومنزوعة الأحشاء، فقالت المحكمة أن هذا الذي طلبته الإدارة في حقيقته تعديل لشروط العقد تملكه الإدارة المتعاقدة، على أن تعوض المتعاقد معها عما لحقه من ضرر نتيجة التعديل .

الأصلية¹ ، أي في العقد أو دفتر الشروط ومن تطبيقات هذه الصورة على أهم العقود الإدارية محل دراستنا :

1- عقد الأشغال العامة:

تستطيع الإدارة أن تأمر بتعديل المشروعات الأصلية بشرط عدم تغيير موضوع العقد ، وهو ما أقر به مجلس الدولة الفرنسي في قضية بارني Barnay² بقوله: " إن من حق الإدارة أن تأمر بإحلال كوبري بخمسة قناطر محل كوبري بقنطرة واحدة" ، أو بإجراء تعديلات على أنواع المواد المستعملة وعلى أماكن استخراجها ، كما تستطيع الإدارة أن تفرض تعديلات على أماكن العمل .
أو إجراء تعديلات على أنواع المواد المستعملة، وعلى أماكن استخراجها كما أن تفرض تعديلات على أماكن العمل وفي إحلال شغل محل آخر³.

2- عقد التوريد :

إن التعديل في طرق ووسائل التنفيذ في هذا النوع من العقود يبدو أقل إعمالاً ، مما هو في عقد الأشغال العامة، لا سيما في عقود التوريد العادية أو الجارية ، حيث أن التعديل في هذا النوع من العقود ليست له أهمية مقارنة بعقود التوريد ذات الحجم الكبير ، كعقود التوريد الصناعية كتصنيع الأسلحة أو بناء السفن .

ويجدر بالملاحظة أن موقع التنفيذ لا يعتبر داخلاً في نطاق الخدمة أو العمل كما أنه لا يعد من وسائل أو طرق التنفيذ ومن ثم سلطة الإدارة في التعديل لا تمتد إليه لخروجه عن النطاق الجائز لها قانوناً وبهذه المثابة يكون من العناصر الأساسية التي يراعيها المتعاقد عند إقباله على التعاقد والتي يضعها في حسبانها وتقديره وإن كان على هذا النحو فإنه لا يجوز تناوله بالتعديل بعد تمام العقد⁴ .

ثانياً: التعديل في مدة تنفيذ العقد

من المسلم به كذلك أن حق الإدارة في التعديل يمتد ليشمل مدة التنفيذ المنصوص عليها في العقد أو دفتر الشروط، وذلك بتقصيرها، أو تمديدتها متى اقتضى الصالح العام ذلك⁵ . فحاجات المرفق العام التي تبرر التعديل في مدى وكيفية أداء الالتزامات بواسطة المتعاقد تبرر أيضاً التعديل في مدد التنفيذ ، فالإدارة تستطيع أن تفرض تعديلات على تنفيذ الأعمال والتوريدات سواء باستعجالها (تقصير مدد التنفيذ) ، أو بتأخيرها (مدد التنفيذ) .

¹ عبد الرزاق باخبييرة : الرسالة السابقة ، ص 163 .

² حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Barnay وذلك في 20 جويلية 1877 .

³ د. أحمد عثمان عياد : المرجع السابق ، ص 199 .

⁴ حمدي ياسين عكاشة: المرجع السابق، ص 223.

⁵ سعيد عبد الرزاق باخبييرة : الرسالة السابقة ، ص 164.

فإذا اقتضت الحاجة العاجلة للمرفق أن يتم التوريد ، أو أن تتم الأشغال في مدة أقصر من المدة المتفق عليها في العقد ، فإن الإدارة تستطيع أن تأمر باتخاذ الإجراءات اللازمة للإسراع في التنفيذ وعلى العكس من ذلك قد تستوجب الظروف ، ومصحة المرفق العام وقف الأعمال أو تأخير تنفيذها عن المدد المتفق عليها في العقد.

فتستطيع الإدارة أن تطلب من المورد أو المقاول أن يتم التوريد أو تتم الأشغال في مدة أقصر من المدة المتفق عليها، كما تستطيع أن تطلب وقف الأعمال أو تمديد مدة تنفيذها وبنوضح ذلك في الحالات التالية:

1- حالة إنقاص مدة التنفيذ :

إذا رأت المصلحة المتعاقدة أن حاجات الجماعة تستوجب إنجاز المشاريع بأقصر مدة ممكنة فعندئذ تطلب من المقاول إنقاص مدة التنفيذ بما يتفق ذلك مع حاجات الجمهور كما لو حصلت أزمة في إحدى المواد الإستهلاكية ، وكان هناك مشروع لإنتاج تلك المادة تحت الإنشاء وقد حددت له فترة ثلاث سنوات لغرض انجازه من قبل المقاول ، ففي هذه الحالة وبسبب حاجة الجمهور لهذه المادة يمكن للإدارة تقصير مدة التنفيذ إلى الحد المعقول .

2- حالة تمديد مدة التنفيذ أو توقيفها :

قد تطرأ ظروف أثناء تنفيذ العقد تستوجب وقف الأعمال أو تأخير تنفيذها عن المدد المتفق عليها في العقد فالإدارة بسبب ظروف الحرب مثلا تستطيع أن تأمر بتأخير تنفيذ الأعمال أو بوقف تنفيذها، كما تستطيع ذلك أيضا بسبب عدم كفاية إعمادات الميزانية¹ .

المطلب الثاني: إعادة التوازن المالي للصفقة

بالرجوع إلى المادة 115 من المرسوم الرئاسي 10 / 236 والتي تقابل المادة 102 من المرسوم الرئاسي السابق 250/02 المنظم للصفقات العمومية، نجد المشرع الجزائري حرص على حل الإشكالات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية بالتراضي بين الطرفين لإتمام العملية على أكمل وجه² ، وهذا في إطار ما يعرف بالتسوية الودية للنزاعات التي تطرأ أثناء تنفيذ الصفقة حيث تضمنت المادة ما يلي: " تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها .

¹ سعيد عبد الرزاق باخيرة : الرسالة السابقة ، ص 165.

² سهام بن دعاس : المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية ، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق ، جامعة عنابة ، 2005 ، ص 114 .

غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة ، دون المساس بتطبيق هذه الأحكام ، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي :

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين .
 - التوصل إلى أسرع انجاز لموضوع الصفقة .
 - الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة" .
- من خلال المادة يتضح أن المشرع جنب الإدارة اللجوء إلى الحل القضائي أولاً ، وذلك قبل مباشرة حقها في الحل الرضائي أو الودي للنزاع .

وتجدر الإشارة إلى أن فكرة إعادة التوازن المالي للصفقة تعد من أهم دوافع وأسباب قيام الإدارة بإبرام الملحق في الصفقة العمومية ، وذلك في إطار ما يسمى بملحق التسوية أو الإقفال النهائي للصفقة ، مع العلم أن هذا الملحق يبرم بصفة إستثنائية ، بمعنى يكون مبرراً حيث يبرم إما بدافع التسوية الودية للصفقة وإما بسبب القوة القاهرة ، أو في حالة تخلي الإدارة عن المشروع .

إذن من خلال نص المادة 115 السالفة الذكر ورد فيها بصريح العبارة إمكانية إعادة التوازن المالي في إطار الملحق ودون حاجة للخضوع لهيئات الرقابة الخارجية ، بما يعني أن قانون الصفقات العمومية راعى الظروف الطارئة والوضع الجديد والإرهاق المالي للمتعاقد ، فأجاز إعادة الاعتبار المالي له في إطار حل ودي يتجسد في ملحق للصفقة العمومية¹.

إن فكرة التوازن المالي للعقد من المبادئ الأساسية في نظرية العقد الإداري ، وهي تقييم إرتباكا وتناسبا بين حقوق المتعاقد والتزاماته ، وهي ليست بعيدة عن مجالات القانون المدني إذ تترد في الحالتين إلى اعتبارات العدالة ، حيث يقبل المتعاقد على الدخول في العلاقة التعاقدية لما تحققه له من عائد مرض ، وهو ما يقتضي إستمرار نوع من التناسب بين حقوق المتعاقد والتزاماته في حالة تغير تلك الإلتزامات والأعباء بالزيادة أو النقص.

قد تزيد الأعباء والإلتزامات الملقاة على عاتق المتعاقد مع الإدارة فيختل التوازن المالي للعقد إما بفعل الإدارة مباشرة حين تمارس سلطتها في تعديل العقد ، وإما نتيجة لإجراءات عامة لا يقصد بها المتعاقد نفسه لكنها تؤثر على التزاماته (المخاطر الإدارية) أو بفعل ظروف إقتصادية خارجية (المخاطر الإقتصادية) في مثل هذه الأحوال لا ترتكب الإدارة خطأ ما ولكن العدالة وصالح المرفق العام معا يقضيان بتعويض المتعاقد عما يناله من ضرر² ، وإما أن يرجع سبب الإخلال بالتوازن إلى الافتقار الذي لحق بالمتعاقد والثراء الذي أصاب الإدارة من جراء تنفيذ المتعاقد أعمالاً إضافية مفيدة للمشروع المتعاقد بشأنه بالشروط التي سترد فيما بعد ، وفي كل الأحوال فإن إعادة التوازن المالي

¹ د.عمار بوضياف : المرجع السابق ، ص 174.

² د. محمود عاطف البنا : المرجع السابق ، ص 291 .

تعني حصول المضرور على التعويض بالقدر الذي يزيل أسباب الخلل الحاصل بتوازن العقد¹ ، وسيتم التفصيل في مسألة التعويض من خلال الفصل الثاني .

أما من خلال هذا المطلب سنركز على مسألة الحفاظ على التوازن المالي للعقد (المعادلة المالية). إذا ما طرأت أحداث ووقائع أثناء تنفيذ الصفقة بصورة تكون معها مواصلة إنجاز الصفقة واتمامها مرهقا كثيرا بالنسبة للمتعاقل المتعاقد ، كأن ترفع أسعار مواد البناء (اسمنت حديد) بصورة كبيرة وغير متوقعة مما يجعل المقاول في عقد الأشغال العامة في صعوبات مالية تهدد التوازن المالي للصفقة ، فإن الأمر يستلزم تدخل الإدارة المتعاقدة لتدعم ماليا المتعاقد معها². وقد إستقر الفقه والقضاء الإداري على أن هذا الوضع يتطلب إيجاد توافق وتوازن ومعادلة بين عاملين:

1- إلتزام المتعاقل المتعاقد بمواصلة تنفيذ الصفقة لما لها من أثر على المصلحة العامة واحتياجات الجمهور ذلك أن توقفه عن تنفيذ الصفقة من شأنه الإخلال بمبدأ إستمرارية المرافق العامة، من جهة. 2- ضرورة تدخل الإدارة أو المصلحة المتعاقدة لسد ومنع أي اختلال في التوازن المالي للعقد، من خلال تحمل الأعباء المالية المترتبة عن الأحداث المستجدة، نظير ما تتمتع به من حقوق وسلطات، من جهة أخرى³.

وتعتبر نظرية التوازن المالي نظرية قضائية يعود للقضاء الفرنسي الفضل في إظهارها إلى حيز الوجود من خلال القضايا المعروضة عليه⁴.

إن تطبيق هذا المبدأ (التوازن المالي للصفقة) ، أدى إلى ظهور نظريتين وهما نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة⁵ ، وهناك نظرية أخرى من صنع الفقه والقضاء أيضا يطلق عليها نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة التي تثار بشكل واسع أثناء تنفيذ صفقة الأشغال العامة ، الأمر الذي يستدعي بنا إلى التساؤل حول: ما المقصود بنظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ؟ ، وما مدى تطبيق كل منها ؟ ، وسنجيب عن هذه الإشكالات من خلال ما يلي:

الفرع الأول: نظرية فعل الأمير.

الفرع الثاني : نظرية الظروف الطارئة .

¹ حمدي ياسين عكاشة: المرجع السابق، ص 314.

² د. محمد الصغير بعللي: العقود الإدارية، المرجع السابق، ص88.

³ د. محمد الصغير بعللي: المرجع نفسه ، ص89.

⁴ عثمان بوشكيوة : التوازن المالي للصفقات العمومية ، مذكرة ماجستير ، المركز الجامعي سوق أهراس ، 2005 ، ص48 .

⁵ ناصر لباد : الوجيز في القانون الإداري ، ط2 ، الناشر لباد ، 2008 ، ص 297 .

الفرع الثالث: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

الفرع الأول: نظرية فعل الأمير (la théorie du fait de prince)

إن نظرية فعل الأمير نظرية قديمة ومن خلق الاجتهاد الفرنسي ، وهي كثيرة الإستعمال في القانون الإداري وإن قدمها يترك إنطبعا في ذهن بأنها بناء قانوني أختبر في التطبيق وأعطى نتائج مؤكدة. والواقع أكد غير ذلك فإنها لا تزال غير واضحة الحدود بل قد تكون من أكثر النظريات غموضا في قانون العقود الإدارية ، وكثيرا ما يتداخل مفهومها مع مفهوم نظرية عدم التوقع (الظروف الطارئة) التي إبتدعها مجلس الدولة الفرنسي لمعالجة حالات قد لا تتوافر فيها شروط تطبيق نظرية فعل الأمير¹.

إن سبب هذا الغموض في الأساس هو أن لاصطلاح " فعل الأمير " معنيان مختلفان أحدهما واسع وآخر ضيق، وفي الحالتين تبدو النتائج مترددة وغير مؤكدة، وقد حاولت دراسات كثيرة توضيح معالمها.

وحتى نعطي صورة واضحة ودقيقة لهذه النظرية سنحاول بالدراسة تسليط الضوء على مفهوم النظرية وتحديد أساسها القانوني، وأيضا شروط تطبيقها وهذا على النحو الآتي:

أولا : مفهوم نظرية فعل الأمير

يرجع مفهوم النظرية إلى استطلاع المعنيين للنظرية التي سبق الإشارة إليهما، وكذا إلى المفهوم الذي جاء به كل من الفقه والقضاء.

1- المعنى الواسع لمفهوم فعل الأمير:

يفيد المعنى الواسع لإصطلاح فعل الأمير " كل تدخل من السلطات العامة تكون نتيجته التأثير بشكل أو بآخر في الآثار القانونية أو في الشروط الفعلية حين يقوم المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ العقد"². إن لتدخل الإدارة أنماطا مختلفة ليس فقط بالنسبة لموضوع العقد(إتخاذ تدابير عامة أو تدابير خاصة أو قرارات قانونية أو تصرفات مادية ، أو تدخلات من شأنها تعديل شروط العقد ، أو فقط شروط خارجية ينفذ العقد في ظلها ويتأثر بانعكاساتها) ، ولكن أيضا بالنسبة لأنواع واختلاف وتعدد الأجهزة والسلطات في الدولة الحديثة (المشروع أو الحكومة في ممارستها بسلطتها التنظيمية أو السلطة الإدارية المتعاقدة أو سلطة إدارية أخرى غير تلك التي أبرمت العقد).

¹ صدراتي صدراتي : نظرية التوازن المالي للعقد الإداري ، مذكرة ماجستير ، معهد الحقوق والعلوم الادارية ، جامعة الجزائر ، 1984 ، ص 22 .

² د. محمود عبد المجيد المغربي: المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وآثارها القانونية، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، 1998، ص79.

يظهر هذا النمط من التدخل ، والقانون الوضعي يرى ذلك أن الآثار القانونية له إذا ما أعتدنا المعنى الواسع لاصطلاح فعل الأمير ، أنه لا يعكس في الواقع نظرية متجانسة ما دام يطال أوضاعا متعددة تفرز حلولاً قانونية هي نفسها متغايرة وليست واحدة ، ولذا يرى الفقه من الأفضل المبادرة إلى دراسة خصوصيات هذه الحالات والمختلطة¹.

2- المعنى الضيق لمفهوم فعل الأمير :

يمكن تحديد معنى فعل الأمير بآثاره القانونية ، ففعل الأمير أو كما يطلق عليه الإجهاد فعل الإدارة يولد لمصلحة المتعاقد مع الإدارة تعويضات شاملة ومن هذه الزاوية تتعارض نظرية فعل الأمير مع نظرية عدم التوقع ، فعدم التوقع يجبر الإدارة أن تأخذ على عاتقها جزءاً من الخسائر التي يصاب بها المتعاقد معها فيما تفتح نظرية فعل الأمير المجال أمام المتعاقد مع الإدارة للحصول على تعويض كامل عن الأضرار التي أصابته طالما هذه الأضرار تسبب بوجودها الفعل المثار .

في الواقع ، أن هذا المعنى لا ينسجم مع ما ذكر عن المعنى الواسع لفعل الأمير ، لا لشيء إلا لأن ليس من شأن أنماط التدخلات من الإدارة تفسح المجال أمام المتعاقد للحصول على الحق ذاته في التعويض ففي بعض حالات التدخل قد ينشأ هذا الحق وليس في جميع الحالات وهنا تتضح معالم البحث حول تحديد أي نوع من حالات تدخل السلطات العامة ، حسب الإجهاد القضائي يولد الحق بالتعويض الشامل ، إذ لا بد من إعادة النظر بمختلف أنواع التدخل وإلا لا تخرج أن تكون هذه التدخلات أفعالاً جديدة وظروفاً مستجدة أثناء تنفيذ العقد تؤثر في تنفيذه ، بالإضافة إلى التدخلات ذاتها ومشروعيتها في آن واحد ، أي معرفة نوعية التدابير التي يحق للسلطات العامة القيام بها وعمّا إذا كانت تستند إلى سبب قانوني أم لا يمس أحكام العقود الإدارية ومن الطبيعي أننا نفترض شرعية كل التدابير التي يضطر المتعاقد إلى طلب التعويض عنها ، وإلا فالحق بالتعويض عن آثار تلك التدابير لا يعود إلى أعمال نظرية فعل الأمير بل إلى إثارة مبدأ المسؤولية بسبب الخطأ².

3- تعريف فعل الأمير في القضاء و الفقه:

لقد تناول كل من الفقه والقضاء تعريف فعل الأمير، وسنتطرق إلى التعريف القضائي و الفقهي لفعل الأمير على النحو الآتي :

أ- التعريف القضائي:

¹ د. محمود عبد المجيد المغربي: المرجع نفسه، ص 79.

² د. محمود عبد المجيد المغربي: المرجع السابق، ص 80.

إن فعل الأمير هو كل إجراء مشروع تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد¹ أو في الإلتزامات التي ينص عليها العقد ، مما يطلق عليه بصفة عامة المخاطر الإدارية.

ب- التعريف الفقهي : يعرف فعل الأمير بصفة عامة بأنه عمل يصدر عن سلطة عامة دون خطأ من جانبها ينجم عنه تسوية مركز المتعاقد في عقد إداري ويؤدي إلى إلتزام جهة الإدارة المتعاقدة

بتعويض المتعاقد المتضرر عن كافة الأضرار التي تلحقه مما يعيد التوازن المالي إلى العقد².
على أن نظرية عمل الأمير صارت تنصرف إلى إجراءات تصدر من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد والإجراءات التي تصدرها هذه الجهة تتخذ شكل قرار فردي خاص ، أو قواعد تنظيمية عامة وقد تؤثر على العقد تأثيرا مباشرا أو تأثيرا غير مباشر ، ويحدث التأثير المباشر عادة عندما تستعمل الإدارة سلطتها في تعديل العقد³.

ومن كل ما سبق نخلص إلى التعريف النهائي لنظرية عمل الأمير ، ويتلخص مضمونه كالاتي :
"فعل الأمير هو كل إجراء تتخذه جهة الإدارة المتعاقدة بقرار فردي خاص تصدره بقواعد تنظيمية عامة ، يكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة ، بحيث يترتب على ذلك جعل تنفيذ المتعاقد للإلتزاماته التعاقدية أكثر كلفة مما يلحق به ضررا يستوجب التعويض⁴."

ثانيا : الأساس القانوني لنظرية فعل الأمير

1- يمكن القول أن نظرية فعل الأمير تستند وفق قانون الصفقات العمومية في المادة 102 من المرسوم الرئاسي رقم 250/02⁵ ، والتي تقابلها المادة 115 من المرسوم الرئاسي 236/10 المنظم للصفقات العمومية التي سبق النص عليها ، وبالتحديد في الفقرة الآتية "غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة ، دون المساس بتطبيق هذه الأحكام ، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي : "إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل الطرفين" .
وهكذا قنن المشرع الجزائري هذه النظرية ذات المصدر القضائي كما بينا⁶، وتأثر بها القضاء الجزائري منذ فجر الإستقلال⁷ .

¹André de L'aubadair, Moderne Frank, Delvolve Pierr : " traité des contrats administratifs", Tome second, L.G.D.J, Paris, 1984 .P515 .

² .د. سليمان محمد الطماوي : المرجع السابق ، ص 598 .

³ .د. محمود عاطف البنا : المرجع السابق ، ص 291- 292 .

⁴ .د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: المرجع السابق، ص 193.

⁵ .د. محمد الصغير بعلي: المرجع السابق، ص 89.

⁶ .د. عمار بوضياف : المرجع السابق ، ص 168 .

⁷ عثمان بوشكيوة: المذكرة السابقة ، ص 63 .

2- كما يمكن القول أن نظرية فعل الأمير تستند أيضا على مبدأ عام من المبادئ الأساسية التي تحكم المرافق العامة ألا وهو مبدأ الإستمرارية *le principe de Continuité* ، أي ضرورة سير المرفق العام بانتظام وباضطراد تلبية للإحتياجات العامة¹.

ثالثا : شروط تطبيق نظرية فعل الأمير

من مفهوم النظرية يتضح أن تطبيقها يتطلب توافر شروط عدة ، تتمثل في ضرورة صدور الإجراء من جهة الإدارة المتعاقدة، وأن يؤدي هذا الإجراء الصادر من جهة الإدارة إلى قلب إقتصاديات العقد والتأثير عليها بصورة أساسية محدثا ضررا يصيب المتعاقد بصفة خاصة وأن لا ينطوي هذا الإجراء على خطأ ينسب للإدارة² ، بمعنى أن يكون التصرف الإداري مشروعاً ، وسوف نوضح تفاصيل كل شرط على النحو التالي :

1- صدور الإجراء من جهة الإدارة المتعاقدة :

يتعين أن يصدر الإجراء الذي تطبق على أساسه نظرية عمل الأمير عن الشخص المعنوي العام الذي أبرم التعاقد ، فإن صدر العمل أو القرار عن جهة إدارية أخرى فلا يمكن في هذه الحالة أعمال وتطبيق نظرية فعل الأمير ، فإذا مارست الإدارة حقها في تعديل العقد ونجم عن ذلك آثار مالية ، عاد للمتعاقد حق المطالبة بإعادة التوازن المالي³ .

حيث يتخذ إجراء الإدارة هنا صورة إجراء فردي خاص لحمل المتعاقد خسائر فادحة لم تكن في حسبانها وقت إبرام العقد ، وهنا يتعين تعويضه عن آثارها الضارة حفاظا على التوازن المالي للعقد نظرا لما خلفه الإجراء الفردي من تأثير مباشر على التوازن المالي للصفقة .

وتجدر الإشارة أن هناك إجماع بين الفقهاء بأن يكون هذا الإجراء صادرا من جهة الإدارة بإرادتها المنفردة أي أنه يجب أن يكون العمل الضار صادرا عن المصلحة المتعاقدة كجزء من ممارستها لاختصاصاتها القانونية⁴ ، كما يمكن أن يظهر الإجراء المشروع الصادر من الإدارة في صورة قرارات لها تأثير غير مباشر على التوازن المالي للصفقة، كالقرارات التنظيمية في مجال الضبط الإداري.

¹ د. محمد الصغير بعللي: القانون الإداري (التنظيم الإداري ، النشاط الإداري) ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، 2004 ، ص 225 ومايليها .

² د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: المرجع السابق، ص 193.

³ د. سليمان محمد الطماوي : المرجع السابق ، ص 393 و 394 .

⁴ Francis Paul Benoit : " le droit administratif français", Dalloz, paris, 1968. p637.

2- أن يكون الإجراء مشروعاً : لا بد أن يصدر التصرف أو العمل القانوني من طرف الإدارة العامة مشروعاً إذ الأمر لا يتعلق بمسؤولية تقوم على أساس الخطأ¹ ، وبالتالي لا بد من صدور عمل الأمير مطابقاً للنظام القانوني السائد بالدولة ، المتكون من مختلف مصادر المشروعية المكتوبة منها وغير المكتوبة ، أما إذا كان فعل أو عمل الأمير غير مشروع (قرارات غير مشروعة) ، من حيث مخالفته للتشريع ، أو إخلاله بالالتزامات التعاقدية ، فإن الأمر يقتضي إعمال نظريات وقواعد أخرى لترتيب المسؤولية على أساس الخطأ.

3- قلب إقتصديات العقد :

حتى يتم إعمال وتطبيق نظرية فعل الأمير ، لا بد أن يترتب على التصرف المشروع للمصلحة المتعاقدة زيادة أو ارتفاع تكاليف الصفقة بصورة كبيرة يجعل تنفيذها أمراً مرهقاً بحيث يسبب الإجراء للمتعاقد ضرراً حقيقياً وليس إحتالياً من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للصفقة ، ولو لم يكن الضرر فيه جانب كبير من الجسامة² ، ويشترط في الضرر أن يكون محدداً ومباشراً وخاصة بالنسبة للمتعاقد المتعاقد ، فإذا نتج مثلاً عن تعديل الصفقة الزيادة الكبيرة في تحمل الأعباء المالية بالنسبة للمتعاقد المتعاقد جاز له المطالبة بحقه في التوازن المالي ، لذا فإن الإدارة عادة وهي تمارس سلطتها في التعديل تطلب من المتعاقد المتعاقد تقديم كشف مالي عن الأعباء الجديدة وتصل معه على الوضع الغالب لحل توافقي ودي وهو ما حرص عليه تنظيم الصفقات العمومية السابق في المادة 102 منه³ ، وكذلك التنظيم الجديد للصفقات العمومية رقم 236/10 من خلال المادة 115 السالفة الذكر.

ومن أمثلة القرارات التي تؤدي إلى قلب إقتصديات العقد رأساً على عقب ، أن يؤدي قرار المصلحة المتعاقدة إلى زيادة كبيرة في أسعار مواد البناء (حديد، اسمنت) ، مما يجعل تنفيذ عقد أشغال عامة (بناء سد) مرهقاً وفي غاية الصعوبة بالنسبة للمقاول ، حيث يكون من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للعقد ، مما يقتضي تدخل الإدارة المتعاقدة وتعويضه ، ومدته مالياً من أجل مواصلة تنفيذ الصفقة واستمرارية المرفق العام ، ومن ثم فإن الزيادة العادية في الأسعار والتي لا تؤثر على التوازن المالي للعقد لا تستدعي الدعم المالي والتعويض طبقاً لنظرية فعل الأمير⁴ .

4- أن يكون الإجراء غير متوقع:

¹ بحري اسماعيل : الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009 ، ص 86 .

² د- راغب ماجد الطو: المرجع السابق، ص 498.

³ د.عمار بوضياف : المرجع السابق ، ص 169 .

⁴ د.محمد الصغير بعلي: العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 91-92.

بمعنى أن المتعاقد مع الإدارة وإن كان يعلم أنه من حق هذه الأخيرة تعديل إلتزاماته ، إلا أنه لم يكن يتوقع أن يكون هذا التعديل بالمدى والحدود التي تم بها ، كما يقصد بعدم التوقع في مجال تنفيذ الصفقة العمومية عدم معرفة التكاليف الزائدة ونطاقها في حالة عدم تحديدها في العقد¹ .

ملاحظة هامة : يترتب عن تطبيق نظرية فعل الأمير أثر هام يتمثل في إلتزام الإدارة المتعاقدة بإعادة التوازن المالي للصفقة ، وذلك عن طريق تعويض المتعامل المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به من جراء ذلك العمل ويكون التعويض كاملا عن الربح والخسارة² وسيتم توضيح مسألة التعويض كضمانة للمتعامل المتعاقد بدقة في الفصل الثاني من الدراسة.

الفرع الثاني : نظرية الظروف الطارئة (la théorie de l'imprevision)

قد يحصل أن تطرأ ظروف مستقلة عن إرادة المتعاقد مع الإدارة وغير متوقعة عند إبرام العقد الإداري من شأنها أن تخل باقتصاديات العقد دون أن تؤدي إلى جعل تنفيذه لالتزاماته مستحيلا ، ولكنها توقع المتعاقد في خسارة نتيجة بقاءه ملتزما بمتابعة التنفيذ ، ذلك لأن الظرف الطارئ لا يحرر المتعاقد من التزاماته لأن هذا الإلتزام اذا كان مرهقا فانه ممكن³ مع حقه في أن تبادر الإدارة المتعاقدة إلى مد يد العون له ومساعدته لتخطي الصعوبات الطارئة ، وأن تتحمل الإدارة جزء من الخسارة التي سببتها له تلك الظروف ، وسنحاول دراسة النظرية من خلال تسليط الضوء على كل من ، مفهوم النظرية ، شروط تطبيقها، والآثار المترتبة عليها .

أولا : مفهوم نظرية الظروف الطارئة

إن نظرية الظروف الطارئة هي بأصلها من صنع الإجتهد الإداري الفرنسي ، وبالتحديد حكم مجلس الدولة الفرنسي في قراره الشهير في قضية "غاز بوردو" بتاريخ 1916/03/30، وقد إعتبر بعض الفقهاء أن هذا الحكم الرئيسي هو دستور هذه النظرية⁴ ، ومن خلاصة هذه القضية : أنه نتيجة إرتفاع أسعار الفحم الحجري إبان الحرب العالمية الأولى أثر ذلك تأثيرا فادحا على الوضع المالي للشركة التي طلبت السماح لها برفع تعريفه الأسعار ، فرفضت مدينة بوردو طلبها ، ومن ثم طلبت التعويض من جراء إبقاء التعريف القديمة على حالها فرد طلبها أيضا، لجأت الشركة إلى القضاء ، حيث أقر لها مجلس الدولة الفرنسي بتعويض غير كامل معتبرا أنه يجب أن تتحمل الشركة جزءا من الخسارة يوازي القدر المعقول المفروض حصوله في كل عقد وفي ظروف طبيعية .

¹ بحري اسماعيل : المذكرة السابقة ، ص 87 .

² د. محمود خلف الجبوري : المرجع السابق ، ص 196 .

³ صدراتي صدراتي : المذكرة السابقة ، ص 107 .

⁴ د. محمود عبد المجيد المغربي: المرجع السابق، ص 126.

وسنحاول في الآتي تحديد تعريف النظرية، وكذا تحديد الأساس القانوني الذي تستند عليه في التشريع الجزائي.

1- تعريف النظرية:

ويقصد بها ، أن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية أو إقتصادية أو من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة ، أو من عمل إنسان آخر لم تكن في حساب المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعا وأن يكون من شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها إقتصاديات العقد إختلالا جسيما¹ ، وأثر ذلك إلزام المتعاقد معها في تحمل نصيب من الخسارة التي لحقت به طوال فترة قيام الظرف الطارئ².

2- الأساس القانوني للنظرية : تجد نظرية الظروف الطارئة أساسها القانوني في القانون والتنظيم³:

أ- القانون: ويتضح أساس النظرية في هذه الحالة من خلال ما ورد صراحة في أحكام القانون المدني حيث تنص المادة 107 من القانون المدني على ما يأتي:

" يجب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه وبحسن نية.

غير أنه إذا طرات حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدية وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك "

يتضح من نص المادة ان نظرية الظروف الطارئة تجد أساسها حتى في المعاملات المدنية الخاصة هذا على غرار نظرية عمل الأمير التي يكون مجالها العقود الإدارية ، وذلك بتدخل سلطة إدارية عامة .

ب- التنظيم:

من خلال التنظيم تجد النظرية أساسها من خلال الماد 115 من المرسوم الرئاسي الجديد رقم 236/10 المنظم للصفقات العمومية، التي سبق وأن أشرنا إليها ، والتي تقابلها المادة 102 من التنظيم السابق في المرسوم الرئاسي 250/02 .

¹ د. أحمد محمود جمعة: المرجع السابق، ص 306.

² حمدي ياسين عكاشة: المرجع السابق، ص 331.

³ د. محمد الصغير بعلي: المرجع السابق، ص 93.

نلمس أساس النظرية أيضا من خلال المادة 104 فقرة 02 من المرسوم الرئاسي 236/10 " وفي حالة تعذر الأخذ بالأسعار التعاقدية المحددة للصفقة ، بالنسبة للعمليات الجديدة الواردة في الملحق ، فإنه يمكن أن تحدد أسعار جديدة عند الإقتضاء" .

ويمكن إرجاع هذه الحالة إلى الصعوبات المادية التي قد تعترض تنفيذ الصفقة العمومية مما يلزم بالضرورة تغيير الأسعار المتفق عليها في الصفقة ، وكذلك ما ورد في المادة 103 من المرسوم الرئاسي 236/10 في الفقرة 03 " 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".

وتتجلى نظرة القضاء الجزائري حول نظرية الظروف الطارئة من خلال قرار المحكمة العليا الغرفة الإدارية وذلك بتاريخ 10 أكتوبر 1993 في قضية (د.ح) ضد المجلس الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة، فمن شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، أن تكون هناك ظروف غير متوقعة، وجاء في القرار: "... من المقرر قانونا أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم تكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها، أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي إن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين ، بحيث يصدر بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول.

ولما ثبت أن السوق محل العقد المبرم بين المستأنف والمستأنف عليه (رئيس بلدية عين الباردة) بقي مغلقا بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي، فإن ذلك يعد حادثا استثنائيا غير متوقع، يجب الأخذ به"¹.

وكما أوضحنا سابقا أن المجال الخصب لنظرية الظروف الطارئة هو عقد الأشغال العامة فمن المفروض أن تنفذ الصفقة بالسعر المتفق عليه ، لكن نتيجة لحدوث ظروف إقتصادية غير متوقعة ، فإن من مصلحة الإدارة أن تسهر على الحفاظ على التوازن المالي للصفقات حتى لا تخسر المتعاملين معها ، خاصة وأن تغيرات الظروف الإقتصادية تؤدي إلى توقف إنجاز الصفقات وعرقلة سير الإدارات العمومية ، فتلجأ الإدارة إلى تعديل سعر الصفقة .

وقد تدخل المشرع الجزائري بموجب التعليمات الوزارية المشتركة المؤرخة في 26 نوفمبر 1990² للسماح بمراجعة أسعار الصفقات التي أبرمت بسعر ثابت والتي لا تتضمن إمكانية تعديل أسعارها ، وأمام الغلاء الذي عرفته أسعار مواد البناء وإعادة هيكلة الأجور وإعمالا لمبدأ العدالة ، تم إبرام

¹ قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، ملف رقم 99694 ، بتاريخ 10/10/1993، في قضية (د.ح) ضد المجلس الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة ، المجلة القضائية الجزائرية ، العدد الأول ، 1994 ، ص 217.

²Instruction interministérielle du 26 novembre 1990, inreglementation des marchés publics, 1998, P179.

عقود في شكل ملحقات تحت رقابة لجنة ولائية خاصة تعد لهذا الغرض ، ثم ألغيت هذه التعليمات بموجب التعليمات الوزارية المشتركة المؤرخة في 18 أوت 1993 وذلك بعد مرور سنتين ونصف ، وهي فترة كافية للسماح لجميع المتعاملين والمؤسسات للحصول على تعويضات المراجعة لجميع الصفقات المعنية ، مما يعني أن الطرف الذي استدعى تطبيق التعليمات قد إنتهى ، خصوصا أن الصفقات المبرمة لاحقا تضمنت صيغ تغييرات الأسعار طبقا لقانون الصفقات العمومية .

وتهدف المراجعة إلى تعديل السعر المبدئي بتطبيق صيغة حسابية تعبر عن تطورات أثمان المواد المختلفة لتنفيذ الصفقة.

وتهدف قواعد المراجعة نظريا إلى التغيير بالزيادة عادة وبالنقصان أحيانا أسعار الصفقات لتجنب التقلبات المستمرة للأسعار¹ ، ولقد كانت صفقات الأشغال العامة النوع الذي أدى إلى ازدهار تقنيات الأسعار القابلة للتعديل ، فلقد كان واضحا منذ البداية أن صفقات الأشغال العامة تتميز بخصوصية مقارنة مع باقي العقود الإدارية².

ثانيا : شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

لإعمال نظرية الظروف الطارئة فإنه يتعين حدوث ظرف طارئ ، وأن يكون هذا الظرف غير متوقع وأجنبي عن إرادة المتعاقدين وأن يقع خلال فترة تنفيذ العقد ، وأن يكون من شأنه قلب إقتصاديات العقد رأسا على عقب ، وذلك بأن يلحق بالمتعاقدين مع الإدارة خسائر فادحة³.

1- وقوع حوادث استثنائية غير متوقعة أثناء التنفيذ:

وتعد من قبيل الظروف الإستثنائية غير المتوقعة ،⁴ إرتفاع أسعار بعض المواد المستعملة في تنفيذ المشروع إرتفاعا غير عادي ، ذلك أن الإرتفاع البسيط والطبيعي أمر يقدره أطراف العقد ويضعونه بعين الإعتبار ساعة التعاقد ، أما لو كان الإرتفاع يسير بوتيرة متسارعة ومرتفعة فإن ذلك يعد ظرفا إستثنائيا وطارئا موجبا لإعادة الإعتبار المالي شريطة حدوثه أثناء تنفيذ الصفقة وليس قبل التوقيع أو بعد الإنتهاء.

2- أن يكون الحادث الطارئ أجنبيا عن إرادة المتعاقدين :

يتعين لإعمال نظرية الظروف الطارئة أن لا يكون لإرادة طرفي العقد دخلا في إحداثه أو تفاقم آثاره الضارة أو إمتداد تلك الآثار إلى العقد .

¹ مريام أكرور : المذكرة السابقة ، ص 63 .

² André de L'aubadair : op.cit. , P127.

³ د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة: المرجع السابق، ص 201.

⁴ كما هو الحال في قضية المعروضة على مجلس الدولة الفرنسي " قضية بورردو" ، حيث إرتفع سعر الفحم من 23 فرنك فرنسي إلى 73 فرنك فرنسي .

فإذا وقع الظرف الطارىء بإرادة الإدارة هنا لا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة حيث تطبق في هذه الحالة نظرية عمل الأمير، كما لا يستفيد المتعامل المتعاقد من إعادة التوازن المالي إذا تسبب هو في إحداث السبب أو الظرف الطارىء.

3- أن يكون الحادث الطارىء غير متوقع :

أي لا يكون بوسع أطراف العقد توقعه كحدوث أزمة إقتصادية، أو صدور نصوص قانونية أو تنظيمية جديدة وغيرها بما يسمح للمتعامل المتعاقد المطالبة بحقه في التوازن المالي .
ويطرح السؤال هل يؤخذ عند تطبيق نظرية الظروف الطارئة بأن يكون الحادث الذي أدى إلى قلب إقتصاديات العقد غير متوقع بذاته ؟ أو هل تكفي نتائجه أن تكون غير متوقعة ؟ .
وقد إتجه مجلس الدولة الفرنسي بسبب ظروف الحرب الأولى نحو الحل القاضي إلى أن يكون الإحتجاج بصدد العقود المبرمة قبل الإعتداءات أي إشتراك عدم التوقع ذاته(لاالحرب) وأهمل فكرة عدم توقع آثاره أو مدى هذه الآثار ، وقبل إستثنائيا حالة كون ملاحق للعقد قد أبرمت منذ بدء الحرب. ولكن يلاحظ أن مجلس الدولة عاد عن تشدده واكتفى في قرارات كثيرة أن تكون نتائج عدم التوقع هي التي لم يكن بالإمكان توقعها، أي قبل بالإحتجاج بعدم التوقع بسبب نتائجه وآثاره غير القابلة للتوقع¹ .

4- أن يؤدي الظرف الطارىء إلى قلب إقتصاديات العقد :

بمعنى أن يترتب على تنفيذ العقد خسائر تجاوز في جسامتها الخسارة العادية المألوفة التي يتحملها أي متعاقد أثناء التنفيذ وينظر في ذلك إلى جميع عناصر العقد التي تؤثر في إقتصادياته ومنها مايتعلق بقيمته ومدته² .

5- أن يحصل الحادث الطارىء لدى مرحلة تنفيذ الصفقة:

في حالة ما إذا وقع الحادث الطارىء قبل إبرام الصفقة فلا يعتد بالنظرية لأن الظرف الطارىء هنا يكون تحت نظر المقدم على التعاقد ليضعه في حساباته عند تقديره لأسعار التعاقد³ ، ونفس الأمر إذا وقع الطارىء بعد إنقضاء الصفقة ، لأنه لا يلحق هنا بالمتعاقد ضررا يتيح له حق المطالبة بتعويض لجبره خاصة إذا كان التأخير في التنفيذ ناجما عن المتعاقد ، فهنا يتحمل بمفرده تبعة هذا الظرف الذي كان بوسعه توقي آثاره الضارة لو أنه أوفى بالتزامه في الموعد المحدد ، أما إذا كان التمديد بفعل الإدارة ، ففي هذه الحالة يعتد بنظرية حالة الطوارئ⁴ .

¹ د. عبد المجيد المغربي: المرجع السابق، ص 152 و 153.

² د. محمود عاطف البنا : المرجع السابق ، ص 304 .

³ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: المرجع السابق، ص 207.

⁴ د. محمد الصغيربعللي : المرجع السابق ، ص 94 .

ثالثا: آثار نظرية الظروف الطارئة

إذا توافرت شروطاً نظرية الظروف الطارئة ، فإن ذلك لا يعطي للمتعاقد مع الإدارة مبرراً للتوقف عن الوفاء بالتزامه التعاقدى إستناداً إلى ان من شأن الإستمرار في التنفيذ إصابته بضرر فادح ، حيث أن الإدارة سوف تشاركه في تحمل جزء من هذا الضرر ومن ثم يمكننا القول بأن نظرية الظروف الطارئة يتولد عنها إلتزامات متبادلة بين طرفي التعاقد ، تتمثل في إلتزام المتعاقد مع الإدارة بالاستمرار في تنفيذ العقد ، مع إلتزام الإدارة المتعاقدة في تحمل جزء من خسارته طوال فترة وجود ظرف الطارىء.

1- إستمرارية التزمات المتعاقد في تنفيذ العقد:

أنشأت نظرية الظروف الطارئة لضمان سير المرافق العامة باستمرار وانتظام ولأجل ذلك فإن توافر شروطها لا يعطي للمتعاقد مع الإدارة مبرراً للتخلل من إلتزاماته التعاقدية لما في ذلك من تعارض مع غاية النظرية ، وإن جعلت تنفيذ الإلتزام مرهقاً، إلا أنه لا يكون مستحيلاً، ولذا فإن العقد يظل قائماً وموجوداً ويتعين على المتعاقد أن يواصل تنفيذه¹ ، ومن ثم فإن المتعاقد المتوقف عن تنفيذ العقد إذا ما طرأت أثناء هذا التنفيذ ظرف طارىء جعله أكثر إرهاقاً، لا يستطيع المطالبة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة للإستفادة بمشاركة الإدارة له في تحمل جزء من الخسارة بل إن الإدارة بوسعها أن توقع على هذا المتعاقد جزاءات إدارية على أساس أن هذا التوقف يشكل خطأ عقدياً².

2- حق المتعاقد في الحصول على تعويض : يترتب على أعمال نظرية الظروف الطارئة إستحقاق المتعامل المتعاقد مع الإدارة لتعويض جزئي ، ففي حالة عدم الإلتفاق الودي على تقاسم الأعباء المالية المنجزة على الحالة الطارئة إعمالاً وتطبيقاً للفقرة 03 من المادة 102 من المرسوم الرئاسي 250/02 السابق والمادة 115 من المرسوم الرئاسي الحالي والتي تنص على ضرورة : "إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين"³ .

وفيما يخص مسألة التعويض سيتم مناقشتها بأكثر تفصيل من خلال الفصل الثاني من المعالجة البحثية وذلك نظراً لحساسية وأهمية الموضوع لما له من تأثير مباشر على المركز القانوني للمتعاقد المتعاقد.

الفرع الثالث: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة (théorie des sujétions imprévues)

¹ د. محمود عاطف البنا : المرجع السابق ، ص 304 .

² د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: المرجع السابق، ص 214.

³ د. محمد الصغير بعلي: المرجع السابق، ص 95.

إن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هي من النظريات التي خلفها قضاء مجلس الدولة الفرنسي بغية تصحيح وضع المتعاقد مع الإدارة أثناء تعرضه لمخاطر تعوق تنفيذ التزاماته التعاقدية¹ ، وحتى تتضح هوية هذه النظرية لابد من الإجابة على التساؤلات التي تطرح حولها : ما المقصود بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة؟ ، وماهي شروط تطبيقها؟ وماهي النتائج القانونية المترتبة عليها؟.

أولاً : مفهوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

يتضح مفهوم النظرية، وذلك من خلال تحديد تعريفها و الأساس القانوني الذي تقوم عليه، وسيتم تبيان ذلك في الآتي:

1- تعريف النظرية:

عندما يصادف المتعاقد مع الإدارة وخاصة في مجال عقود الأشغال العامة صعوبات مادية إستثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد ، فتجعل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة وأكثر كلفة² ، الأمر الذي يلزم جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد معها تعويضاً كاملاً لجبر ما حدثته له تلك الصعوبات من أضرار³ .

إذن يجب ان تعوض الإدارة المتعامل المتعاقد معها عن الضرر الذي لحق به وذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع الأعباء والتكاليف التي تحملها⁴ .

والمجال الخصب لتطبيق النظرية نجده في عقود الأشغال العامة، لما يكتنف تنفيذ تلك العقود من صعوبات مادية وهذا ماذهب إليه الفقيه " لوبادير " مؤكداً أنه لا توجد تطبيقات قضائية لهذه النظرية خارج نطاق عقود الأشغال العامة ، لكنه لم ير مانعاً متى توافرت شروطها من تطبيقها في مجال العقود الادارية الأخرى⁵.

2- الأساس القانوني للنظرية :

سنحاول تقديم الأساس الذي تقوم عليه النظرية في كل من الفقه والقانون، وهذا على النحو الآتي:

أ- **الفقه** : إن الأساس الذي تقوم عليه النظرية في رأي الفقهاء ، يكمن في الإرادة الضمنية المشتركة للأطراف المتعاقدة على أساس أن السعر المتفق عليه في العقد إنما قصد به مواجهة التنفيذ في الظروف العادية المتوقعة ، أما بالنسبة للصعوبات المادية غير المتوقعة والتي لم تخطر في ذهن

¹ د. محمود عبد المجيد المغربي: المرجع السابق، ص 47.

² حمدي ياسين عكاشة: المرجع السابق، ص 338.

³ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: المرجع السابق، ص 219.

⁴ د. محمود عاطف البنا: المرجع السابق ، ص 311 .

⁵ André deL'aubadair : " traité théorique des contrats administratifs", Tome 3. Paris, 1956, p9.

المتعاقدين فيفترض أنهما قصدا ضمنا أن يقدر ما يقابلها بطريقة خاصة خارج السعر العقدي¹ ، وأيضا أن أساس هذه النظرية هي إعتبرات العدالة وطبيعة العقود الإدارية واتصالها بالمرافق العامة التي يجب أن تسير باضراد وانتظام².

ب- القانون: تجد هذه النظرية أساسها القانوني من خلال تنظيم الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي رقم 236/10، وذلك بموجب المادة 115 منه "إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل من الطرفين".

ثانيا : شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

لإعمال نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وترتيب آثارها ، فانه يتعين أن يعترض تنفيذ المتعاقد لالتزامه صعوبة مادية إستثنائية لم يكن بوسعه توقع حدوثها ، إضافة إلى ضرورة أن يصيبه من جراء ذلك ضرر يتمثل في زيادة تكاليف التنفيذ بصورة تجاوز الأسعار المتفق عليها .
ومن ثم فانه ينبغي لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة توافر الشروط الآتية:

1- أن تعترض تنفيذ العقد صعوبة مادية إستثنائية :

بموجب هذا الشرط فإن إعمال نظرية الصعوبات المادية يتطلب أن تعترض تنفيذ العقد صعوبة ذات طابع مادي بحت كزيادة الطبقات الصخرية في أرض الموقع محل تنفيذ عقد الأشغال العامة ، مما يجعل أعمال الحفر أكثر كلفة ، أو إرتفاع منسوب المياه الجوفية في أعمال الحفر بصورة لا يتمكن معها المتعاقد مع الإدارة من سحبها دون زيادة في التكاليف .

ولا يكفي لكي تطبق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أن تواجه تنفيذ العقد صعوبة مادية ، بل يجب أن تكون تلك الصعوبة ذات طبيعة إستثنائية تجاوز كل ما كان متوقعا من المتعاقد وقت التعاقد ، فإذا ما صادف تنفيذ العقد صعوبة مادية بسيطة أو عادية فإن ذلك يدخل في إطار المخاطر العادية للتعاقد ، التي من المفترض توقع المتعاقد لها ووضعها في حساباته مما يحمله وحده بعبئها³
ويجب أن تكون الصعوبة المادية خارجة عن إرادة طرفي التعاقد ، فإذا إعترض تنفيذ العقد صعوبة مادية كان بوسع المتعاقد تبينها لولا خطئه أو إهماله فلا يكون هناك محل لتطبيق النظرية، كما ينبغي ألا تكون الصعوبة مرجعها الإدارة حيث أنه لو حدث ذلك لانطبقت نظرية عمل الأمير إذا توافرت شروطها دون نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة .

¹ د. عبد المجيد المغربي: المرجع السابق، ص50.

² د. محمود عاطف البناء: المرجع السابق ، ص 311 .

³ وتأكيذا لذلك ذهبت محكمة القضاء الإداري في مصر إلى أن : " شرط الصعوبة المادية الإستثنائية لا يتوافر لمجرد أن الطبقة التي صادفها المدعي، بل يجب أن تكون لهذه الطبقة إمتداد غير عادي أيضا بأن تكون لمساحات واسعة ، أو بنسبة كبيرة من مجموع المنطقة محل العقد، وبهذا وحده يتحقق المراد من إعتبار الصعوبة غير عادية أو إستثنائية .

2- أن تكون الصعوبة المادية غير متوقعة وقت التعاقد:

لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فإنه يتعين أن تكون الصعوبة المادية التي واجهت تنفيذ العقد لم تكن متوقعة الحدوث من المتعاقد ولم يكن بوسعها توقع حدوثها في الظروف التي أبرم فيها العقد حيث أنه لو كان قد توقعها ورغم ذلك أقدم على التعاقد ودون أن يبدي للإدارة تحفظاته الفنية بشأنها فإن عليه أن يتحمل وحده نتيجة خطاه، لأن المتعاقد ينبغي عليه أن يبذل وقت التعاقد كل جهد ممكن للإحاطة بظروفه، وما يتصل به من صعوبات، وعليه أن يتحرى بنفسه أو بواسطة من ينوبه قانوناً عن طبيعة الأعمال والقيام بكل ما يلزم من إختبارات للتأكد من صلاحية المواصفات والتصميمات المعتمدة، وعلى الإدارة أن تتمكن من ذلك كلما كان ذلك ممكناً، فإذا لم يقم المتعاقد بواجبه في هذا الشأن، فلا مجال لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، حتى ولو اعترض تنفيذ العقد صعوبات جسام.

ومن هذا المنطلق فإن الإدارة تلتزم بمعاونة الراغب في التعاقد معها على تحري الصعوبات المادية التي قد تعترض تنفيذ العقد وذلك بأن تضع تحت تصرفه كافة ما لديها من معلومات من شأنها معاونته في الوصول إلى تلك الغاية، وذلك إعمالاً لمبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود عملية التعاقد¹.

3- أن تلحق الصعوبة المادية ضرراً بالمتعاقد:

إذا ألحقت الصعوبة المادية غير المتوقعة ضرراً بالمتعاقد مع الإدارة في صورة إرتفاع تكاليف العملة مثلاً فإن بوسعها التمسك بتطبيق نظرية الصعوبات المادية، حيث أن جبر الضرر الناجم عن الصعوبة المادية هو سند تطبيق النظرية.

ومن ثم يمكن القول بأن النظرية لا تطبق بشكل تلقائي بمجرد إعتراض تنفيذ العقد الإداري صعوبة مادية إستثنائية غير متوقعة، بل يجب أن يتولد عن تلك الصعوبة ضرراً، فإذا استطاع المتعاقد التغلب على الصعوبة المادية التي واجهته دون تكاليف إضافية فلا مجال إذن لتطبيق النظرية، ويستوي أن يكون الضرر الذي أصاب المتعاقد بسيطاً أو جسيماً لإعمال النظرية. وفي ذلك تتفق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة مع نظرية عمل الأمير وتخالف نظرية الظروف الطارئة.

حيث يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن تكون الخسارة التي مني بها المتعاقد فادحة لدرجة تنقلب معها اقتصاديات العقد رأساً على عقب².

¹ د. سليمان محمد الطماوي : المرجع السابق ، ص 696 .

² د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: المرجع السابق، ص 226.

وفي هذا المجال تثار إشكالية فحواها كالآتي: "هل العقود الجزافية تكون محل إعمال وتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة؟".

إن العقود الجزافية هي تلك العقود التي تتضمن تحديدا لكمية الأعمال في مقابل ثمن إجمالي تؤديه الإدارة لقاء تنفيذها ، ويطلق على العقد الجزافي أيضا بالعقد ذي السعر الثابت . ففي مثل هذه العقود يتطلب تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أن يكون من شأن الضرر قلب إقتصاديات العقد ، أي أن تجاوز الخسائر في الموضوع محل التعاقد الحد الأقصى للأسعار ، وهو الحد الإحتمالي لارتفاع الأسعار ، الذي كان يمكن توقعه عند إبرام العقد¹ . وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي دائما بصورة لا تدعو إلى الشك بأن صفة هذا النوع من العقود لا تقف حائلا دون إمكان المتعهد الحصول على تعويض بسبب الصعوبات الإستثنائية وغير المتوقعة التي يصادفها أثناء الأعمال ، ولكن مجلس الدولة نفسه قضى في حالة العقد ذي السعر الثابت ، فان الصعوبات غير المتوقعة لا تؤدي إلى التعويض إلا إذا أدت إلى قلب إقتصاديات العقد ، هذا ويقدر قلب إقتصاديات العقد بالنظر إلى أهمية النفقات الإضافية التي أثارته الصعوبات مع أهمية العقد في هذا المجال بالذات².

ثالثا : آثار نظرية الظروف المادية غير المتوقعة

إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فإن ذلك لا يرتب إعفاء المتعاقد مع الإدارة من أداء إلتزامه التعاقدي ، حيث يتعين عليه الإستمرار في هذا التنفيذ رغم ما يؤدي إليه ذلك من إرتفاع لتكاليف المشروع في ظل وجود الصعوبة المادية ، وفي مقابل ذلك فان الإدارة تلتزم بتعويضه تعويضا كاملا عن الأضرار التي لحقت به . إذن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من شأنها أن تبقي الإلتزام بالتنفيذ قائما من جهة وتفسح للمتعاقد المجال بحق التعويض من جهة ثانية.

1- إستمرار المتعاقد في تنفيذ العقد : إن الصعوبات المادية غير المتوقعة لا تحرر المتعاقد من الإلتزام بالتنفيذ ، بل يجب عليه الإستمرار في تنفيذ إلتزامه التعاقدي رغم وجود الصعوبة المادية مادام أثرها يقف عند حد جعل التنفيذ أكثر تكلفة وليس مستحيلا ، حيث أن إستحالة التنفيذ تؤدي إلى تطبيق نظرية القوة القاهرة³ والتي بموجبها يعفى المتعاقد من تنفيذ إلتزاماته التعاقدية ، مما يبرر لجوء الإدارة إلى فسخ الصفقة بدعوى وجود قوة القاهرة.

¹ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: المرجع السابق، ص 227.

² د. محمود عبد المجيد المغربي: المرجع السابق، ص 70.

³ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: المرجع السابق، ص 228.

ويبقى تقدير ذلك للقاضي ، فإذا إرتأى عدم وجود سبب مشروع لهذا الفسخ لعدم توافر شروط تطبيق هذه النظرية فالأصل أن القاضي يتعين عليه أن يحكم بعدم مشروعية قرار الفسخ¹ .

2- حق المتعاقد في الحصول على تعويض : ترتب نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة للمتعاقد مع الإدارة الذي واجه تنفيذه للعقد صعوبة مادية لم يتوقعها ولم يكن بإمكانه ذلك ومع ذلك إستمر في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية ، مع حقه في الحصول على تعويض كامل عن كافة الأضرار التي إعتضت تنفيذ العقد².

وسيتم توضيح مسألة التعويض بأكثر تفصيل من خلال الفصل الثاني من المعالجة ، وذلك نظرا لما يثار حوله من نزاعات بين الأطراف المتعاقدة .

من كل ما سبق نخلص إلى أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة بموجب إمتيازها المخول لها قانونا أن تبرم ملحق أو ملاحق للصفقة محل التنفيذ، إذ أن إستخدامها لهذا الحق له دوافعه ومن أهمها سلطة تعديل الصفقة العمومية ، فالإدارة لا تستطيع إجراء أي تعديل إلا باللجوء إلى الملحق ، وقد استنبطنا هذا الدافع من النص الصريح للمادة 103 من المرسوم الرئاسي 236/10 : "يبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة" ، إذن فالدافع الجوهري لإبرام الملحق هو التعديل في الإلتزامات التعاقدية وذلك على نحو ما فصلناه .

وقد ينجم عن تنفيذ الصفقة أحداث ووقائع من شأنها إرهاق المتعاقد والتأثير البالغ على مركزه المالي بما يعطي له حق المطالبة بإعادة التوازن المالي للصفقة³.

مما يستدعي هنا بالمصلحة المتعاقدة إلى الإسراع في إعادة الاعتبار المالي للمتعاقد معها نتيجة الإرهاق المالي الذي إعترضه من جراء صعوبة تنفيذ الإلتزام التعاقدية ، ويكون ذلك في إطار حل ودي يتجسد في ملحق للصفقة الأصلية ، فمن مبررات إبرام الإدارة للملحق كذلك هو فكرة إعادة التوازن المالي للصفقة، إذ أن الملحق في الصفقة يكفل تحقيق حلولا ودية ، فتجنب اللجوء إلى القضاء هو هدف تقليدي للإدارات العمومية ، إلا أن الوقاية من النزاع الإداري أصبح اليوم أولوية لضمان مواصلة تنفيذ الصفقة العمومية⁴ كما يمكن إعتبار الملحق أيضا وسيلة بديلة لبنود المراجعة والتحيين المبعدة في كثير من الصفقات العمومية¹.

¹ د. عادل الطبطباني : "مدى إيقضاء العقود الإدارية بالقوة القاهرة الناتجة عن الإحتلال العراقي للكويت" ، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق الكويتية ، جامعة الكويت ، العدد الثالث والرابع ، سبتمبر ، ديسمبر ، 1992 ، ص 54 .

² د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: المرجع السابق، ص 228.

³ صدراتي صدراتي : المذكرة السابقة ، ص 11 .

⁴Gaudmetyves le precontentieux : " le règlement non juridictionnel des conflits dans les marchés publics", A.J.D.A, numéro special, 1994, P84.

خلاصة الفصل الأول :

نظرا للأهمية التي تكتسبها الصفقات العمومية فقد إهتم بها المشرع منذ الإستقلال وتجسد ذلك كله بظهور مجموعة كبيرة من النصوص القانونية والتنظيمية .

كما أن الإرتباط الوثيق بين قانون الصفقات والواقع الإقتصادي للبلاد والذي يشهد تحولات جذرية جعل من المشرع الجزائري يضطرب ويتردد في معالجة هذا الموضوع وذلك في كم هائل من التعديلات وفي فترة زمنية وجيزة وبنصوص قانونية مختلفة .

إن المشرع الجزائري أقر للإدارة المتعاقدة وذلك من خلال التنظيم المتعلق بالصفقات سلطة تعديل صفقاتها العمومية وهي سلطة مفترضة لا تحتاج إلى النص عليها في الصفقة.

إن سلطة التعديل المقررة للإدارة تمارسها بواسطة آلية الملحق الذي يعد وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة والملحق في الصفقة العمومية على الرغم من أنه يمثل وثيقة تعاقدية تابعة للتعاقد الأصلي إلا أن له ما يميزه عن الصفقة العمومية وعناصرها المتمثلة في دفاتر الشروط .

وهذا الإجراء حتى يضمن عليه طابع المشروعية، لا بد من مطابقته للشروط المحددة قانونا وعدم تجاوزه لحدود المشروعية القانونية المقررة.

كما أن عملية إبرام ملاحق للصفقة لها مبررات ودوافع ، ولعل أبرز دافع يدفع بالإدارة المتعاقدة لإبرام ملاحق لصفقاتها هو التعديل في الإلتزامات التعاقدية إن كانت ظروف و مقتضيات المصلحة العامة تقتضي ذلك.

والمصلحة المتعاقدة لاتلجأ لمثل هذا الإجراء إن لم يكن هناك سبب يدفعها إلى القيام بذلك.

كما تلزم الإدارة بالحفاظ على التوازن المالي للصفقة وذلك لتحقيق نوع من التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للمتعاقد معها.

¹Elfassi fatma–Zohra : "le regime juridique de la remuneration dans les marchés publics de fournitures en droit algerien", Tese pour le doctorat en droit public de l'entreprise, Universite Mmontpelleir Soutenue le, 13-07-1991, page 270-27.

الفصل الثاني

القواعد القانونية الإجرائية المطبقة على ملحق الصفقة العمومية

رأينا في الفصل الأول من هذه الدراسة، ماهية ملحق الصفقة العمومية، وقد عالجنا من خلاله الصفقة العمومية على ضوء القانون الجديد المنظم للصفقات العمومية.

كما تم تحديد مفهوم ملحق الصفقة العمومية والقيود الواردة على عملية إبرامه حتى يكتسي طابع المشروعية، وقد توصلنا من خلال الفصل الأول من الدراسة إلى أن المصلحة المتعاقدة لا تلجأ إلى استخدام آلية الملحق إلا إذا كان هناك ما يبررها.

فعلى الرغم من أن هذا الحق مخول للإدارة نظرا لما تتمتع به من امتيازات غير مألوفة في القانون الخاص ، إلا أن هذه السلطة تحكمها اعتبارات ومقتضيات المصلحة العامة وحسن سير المرافق العامة ، فالتساؤل الذي يمكن أن يطرح هل الملحق يخضع لنفس الأحكام القانونية المطبقة على الصفقة الأصلية ؟ .

وسنحاول من خلال هذا الفصل تحديد أهم القواعد القانونية والإجرائية التي يخضع لها الملحق في الصفقة العمومية، وذلك بتسليط الضوء على أحكام الرقابة التي يخضع لها الملحق، فما نوع الرقابة التي تسلط على الملحق ؟ .

وقد رأينا سابقا أن من دوافع إبرام المصلحة المتعاقدة للملحق هو فكرة إعادة التوازن المالي للصفقة في إطار ما يعرف بالتسوية الودية ، إلا أنه في حالة ما إذا كان تنفيذ الالتزامات الجديدة محل الملحق تتعارض مع إمكانيات المتعاقد الفنية والمالية مما يؤدي إلى إرهاقه ، وبالتالي سيؤدي ذلك حتما إلى حدوث نزاع بين الطرفين، الأمر الذي يؤدي بنا إلى البحث عن أهم المنازعات الناتجة عن ممارسة سلطة التعديل وما يترتب عنها من ضمانات ممنوحة للمتعاقد للمحافظة على مركزه القانوني مع الإدارة التي تعاقدها .

فيا ترى ماهي المنازعات الناجمة عن سلطة التعديل؟ ، وما هي الضمانات المقررة للمتعاقد المتعاقد؟ كما سنحاول تحديد أهم آليات الحماية المقررة للملحق حتى لا يستعمل لأغراض شخصية من جانب المصلحة المتعاقدة وحتى لا يحيد عن الهدف المسطر قانونا لإبرامه، فما هي آليات الحماية المقررة لملاحق الصفقة العمومية ؟ .

كما سنبين من خلال هذا الفصل أيضا حالات انتهاء آثار الملحق ، فالملاحق وكأي تصرف قانوني له نهاية معينة ، فما هي طرق نهاية الملحق في الصفقة العمومية؟ .

وسنحاول الإجابة عن جميع هذه الإشكالات من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: الرقابة على ملحق الصفقة العمومية.

المبحث الثاني: ضمانات المنازعات الناتجة عن ممارسة سلطة التعديل.

المبحث الثالث: آليات حماية ملحق الصفقة و نهاية آثاره.

المبحث الأول: الرقابة على الملحق في الصفقة العمومية

إن المشرع حتى يبعث بساطة ومرونة على سلطة تعديل الصفقة نص في المادة 105 في الفقرة الأولى والمادة 106 من التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية رقم 10-236 على عدم إخضاع الملحق لفحص هيئات الرقابة الخارجية القبلية، وذلك في الحالات التالية:

- عندما يكون الملحق عديم الأثر المالي ويتعلق بإدخال و/ أو تعديل بند تعاقدي أو أكثر غير البنود المتعلقة بأجال التنفيذ .

- إذا كان موضوعه لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات التقنية والمالية وأجل التعاقد.

- إذا كان مبلغه أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق ، لا يتجاوز زيادة أو نقصانا النسب الآتية:

• 20% من المبلغ الأصلي للصفقة بالنسبة للصفقات التي هي من اختصاص لجنة الصفقات التابعة للمصلحة المتعاقدة .

• 10 % من المبلغ الأصلي للصفقة بالنسبة إلى الصفقات التي هي من اختصاص اللجان الوطنية للصفقات .

إذن فالأصل عدم خضوع الملحق لأي نوع من الرقابة المقررة للصفقة الأصلية واستثناء هناك حالات يخضع فيها الملحق للرقابة الخارجية القبلية للجان الصفقات المختصة :

• إذا تضمن عمليات جديدة في مفهوم المادة 103 تتجاوز مبالغها النسب المحددة أعلاه 1 .

• إذا ترتب على أسباب استثنائية ، وغير متوقعة وخارجة عن إرادة الطرفين اختلال التوازن الاقتصادي للعقد اختلالا معتبرا أو أدى إلى تأخير الأجل التعاقدية الأصلي 2 .

• إذا كان الغرض من الملحق ، بصفة استثنائية إقفال الصفقة نهائيا 3 .

إن الرقابة الخارجية تم تنظيمها لأول مرة⁴ بموجب المرسوم رقم 82-145 من خلال المادة 115 منه ، وقد حددت المادة 126 من المرسوم الرئاسي 10-236 الهدف من الرقابة الخارجية والمتمثل في 5 :

¹ انظر المادة 106 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

² انظر المادة 105 من نفس المرسوم الرئاسي.

³ انظر المادة 105 من نفس المرسوم الرئاسي.

⁴ فاطمة الزهراء فرقان : رقابة الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006-2007، ص 26.

⁵ انظر المادة 126 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

- التحقق من مطابقة الصفقات المعروضة على الهيئات الخارجية للتشريع والتنظيم المعمول بهما .
- التحقق من مطابقة التزام المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بكيفية نظامية.
- وتمارس هذا النوع من الرقابة هيئات يطلق عليها اسم لجان الصفقات.
- فماهي اللجان المختصة بالرقابة على الملحق ؟ ، وما هو الأثر المترتب على هذه الرقابة ؟ سنعالج الإشكال من خلال المطالب الآتية :
- المطلب الأول: لجان المصلحة المتعاقدة.
- المطلب الثاني: اللجان الوطنية للصفقات.
- المطلب الثالث: الأثر المترتب على رقابة لجان الصفقات.
- المطلب الأول: لجان المصلحة المتعاقدة**

تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة لجنة صفقات تختص بالرقابة الخارجية القبلية للصفقات¹ ، فقد تضمن أول نص للصفقات العمومية لسنة 1967 المعدل بموجب الأمر المؤرخ في 30-07-1974 ثلاث لجان، ويتعلق الأمر باللجنة الولائية للصفقات واللجنة الوزارية للصفقات ولجنة صفقات المؤسسات الاشتراكية ، هذه اللجان كانت تصدر رأي مطابق فيما يخص الصفقات التي تعرض عليها .

أما المرسوم 82-145 المتضمن صفقات المتعامل العمومي فقد احتفظ بنفس اللجان مع تعديل في أعضائها وإضافة لجان أخرى والمتمثلة في : لجنة كتابات الدولة ، لجنة وحدة المؤسسة الاشتراكية لجنة صفقات المؤسسة التي جل رأسمالها عمومي ، لجنة صفقات المؤسسات الاشتراكية الولائية اللجنة البلدية للصفقات ، لجنة صفقات المؤسسات الاشتراكية البلدية.

وفي إطار الاتجاه الجديد الذي بدأت الجزائر في انتهاجه منذ 1989 ، جاء المرسوم التنفيذي 61-434 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الذي ألغى لجنة صفقات المؤسسات الاشتراكية، وفي مجال الرقابة الخارجية نص على اللجان التالية:

- لجنة صفقات الوزارة، لجنة الصفقات الخاصة بالمؤسسات ذات الطابع الإداري لجنة الصفقات البلدية.

هذا المرسوم جاء بتقوية تركيبة لجان الصفقات ، فنظرا للأهمية التي تستحقها خاصة فيما يتعلق بفحص الملاحق المبرمة خارج الأجال التعاقدية .

¹ انظر المادة 128 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

أما المرسوم الرئاسي 02 - 250 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 03-301 ، ف جاء بثلاث لجان ويتعلق الأمر باللجنة الوزارية للصفقات ، اللجنة الولائية للصفقات ، اللجنة البلدية للصفقات¹.

أما المرسوم الرئاسي 08-338 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 02-250 ، فقد جاء بلجنتين جديدتين للصفقات العمومية ويتعلق الأمر بكل من لجنة صفقات المؤسسات العمومية ومراكز البحث والتنمية ، ولجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية².

أما التنظيم الجديد للصفقات العمومية المتمثل في المرسوم الرئاسي 10-236 بالإضافة للجان السابقة الذكر ، فقد جاء بلجنة جديدة وهي لجنة الهيئة الوطنية المستقلة.

ويجدر بالذكر أن المشرع ، أقر للهياكل غير المركزية صلاحية إبرام صفقات وبالتالي الخضوع للجان الرقابة .

الفرع الأول: اللجنة الوزارية للصفقات

لقد حدد تنظيم الصفقات العمومية تشكيلة هذه اللجنة ، وكذلك الاختصاص المخول لها وهذا ما سنتطرق إليه بالدراسة .

أولا : تشكيلة اللجنة الوزارية

تتشكل اللجنة الوزارية للصفقات من³ :

- الوزير المعني أو ممثله، رئيسا .
- ممثل المصلحة المتعاقدة .
- ممثلين اثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة).
- ممثل الوزير المكلف بالتجارة .

ثانيا : اختصاص اللجنة الوزارية للصفقات

لقد نص المرسوم الرئاسي 08-338 والمرسوم الرئاسي 10-236 على اختصاص اللجنة الوزارية للصفقات:

حيث تختص هذه الأخيرة بدراسة مشاريع صفقات الإدارة المركزية⁴.

¹ انظر المواد من 119 و 122 من المرسوم الرئاسي 02-250 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 03-301.

² انظر المادة 119 مكرر والمادة 122 مكرر من المرسوم الرئاسي 08-338 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 02-250.

³ انظر المادة 133 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

⁴ انظر المادة 23 من المرسوم الرئاسي 08-338 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 02-250، والمادة 133 من المرسوم الرئاسي 10-236.

وما يلاحظ من خلال المادتين أنه لم تعد اللجنة الوزارة تختص بدراسة صفقات المبرمة من الهيئات المذكورة في المادة 119 من المرسوم الرئاسي 02-250.

ويتعلق الأمر بكل من المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري تحت الوصاية مراكز البحث والتنمية، المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.

والسبب في ذلك يرجع إلى أن هذه الهيئات بحكم التنظيم الجديد لها لجان مختصة بها تنظر في مدى مشروعية صفقاتها وملاحقتها المبرمة.

وكان من الأجدر بالمشروع ذكر هيئات الإدارة المركزية ذلك لان المؤسسات العمومية الوطنية تدخل ضمن الإدارة المركزية ومع ذلك التنظيم خصها بلجان مستقلة .

ملاحظة هامة : إن اختصاص لجنة صفقات الهيئة الوطنية المستقلة هو نفس الاختصاص المقرر للجنة الوزارية ، أما تشكيلة اللجنة فيتم تحديدها من طرف : مسؤل الهيئة الوطنية المستقلة¹.

الفرع الثاني : اللجنة الولائية للصفقات

لقد حدد تنظيم الصفقات العمومية تشكيلة واختصاص اللجنة الولائية على النحو الآتي:

أولا : تشكيلة اللجنة الولائية

تتشكل لجنة الصفقات الولائية من:

- الوالي أو ممثله ، رئيسا ،
- ثلاثة (3) ممثلين عن المجلس الشعبي الولائي ،
- ممثلين اثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة).
- مدير التخطيط وتهيئة الإقليم للولاية .
- مدير الري للولاية .
- مدير الأشغال العمومية للولاية .
- مدير التجارة للولاية .
- مدير السكن والتجهيزات العمومية للولاية .
- مدير المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية .

ثانيا : اختصاص اللجنة الولائية

¹ انظر المادة 128 فقرة 03 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

إن اختصاص اللجنة الولائية للصفقات مر بعدة تعديلات جاءت بها مختلف النصوص المنظمة للصفقات العمومية¹ ، والتنظيم الجديد 10-236 المتعلق بالمتعلق بالصفقات العمومية حدد أهم الاختصاصات المقررة لهذه اللجنة على النحو الآتي :

تختص اللجنة الولائية للصفقات بدراسة مشاريع :

- دفاتر شروط المناقصات² .

- الصفقات التي تبرمها الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة التي يساوي مبلغها أو يقل عن³:

• ستمائة مليون دينار (600.000.000) بالنسبة لصفقة الأشغال العامة⁴ .

• مائة وخمسين مليون دينار (150.000.000) بالنسبة لصفقة اللوازم⁵ .

• مائة مليون دينار (100.000.000) بالنسبة لصفقة الخدمات⁶ .

• ستين مليون دينار (60.000.000) بالنسبة لصفقة الدراسات⁷ .

- الصفقات التي تبرمها البلدية والمؤسسات العمومية المحلية والتي يساوي مبلغها أو يفوق:

• خمسين مليون دينار (50.000.000) بالنسبة لصفقات انجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم .

• وعشرين مليون دينار (20.000.000) بالنسبة لصفقات الدراسات أو الخدمات.

وتجدر الملاحظة أن في التنظيم الجديد للصفقات، اختلفت العتبة المالية التي تعقد الاختصاص بالرقابة إلى لجان الصفقات وذلك من صفقة إلى أخرى، مقارنة بما كان مقررا في السابق.

إن القانون رقم 09-90 المؤرخ في 07-04-1990 المتضمن قانون الولاية ، منح الاختصاص للوالي في ظل هذا القانون بمراقبة مصالح الولاية وكل المؤسسات العمومية الواقعة تحت وصايتها ويتولى تنشيط أعمالها دون الإخلال بالتشريع والتنظيم المعمول بهما⁸ ، كما يتولى إبرام العقود باسمها⁹ (إبرام صفقات الولاية) .

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 114 من القانون 09-90 تعد ملغاة ضمنا بنصها:

¹ انظر المادة 121 من المرسوم الرئاسي 02-250 المعدلة بموجب أحكام المادة 25 من المرسوم الرئاسي 08-338.

² انظر المادة 132 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

³ انظر المادة 136 من نفس المرسوم الرئاسي.

⁴ انظر المادة 146 من نفس المرسوم الرئاسي.

⁵ انظر المادة 147 من نفس المرسوم الرئاسي.

⁶ انظر المادة 148 من نفس المرسوم الرئاسي.

⁷ انظر المادة 148 من نفس المرسوم الرئاسي.

⁸ المادة 90 من القانون 09-90 المتضمن قانون الولاية .

⁹ د.عمار بوضياف : الوجيز في القانون الإداري ، الطبعة الثانية ، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007 ص 263 .

" إذا أبرمت صفقة عمومية لحساب الولاية فان الموظف الذي يجريها يساعده 03 أعضاء منتخبين يعينهم المجلس الشعبي الولائي ، ويحضرها المحاسب المعين أو ممثله بصفة استشارية ويحرر محضرا لهذه الصفقة " ، وذلك لان القانون 10-236 أحال هذا الاختصاص إلى اللجنة الولائية للصفقات العمومية وهذا كما رأينا .

كما أن الإلغاء أيضا ينصرف إلى نص المادة 115 من القانون 90-09 لتعارضه مع أحكام المادة 02 من المرسوم الرئاسي 10-236¹ .

وبصدور المرسوم 10-236 تصبح المواد 90، 113، 114، 115 من القانون 90-09 المتضمن قانون الولاية تعد لاغيه حكما لتعارضها مع نصوص هذا المرسوم.

وكان من الأجدر بالمشرع أن يقوم بتعديل قانون الإدارة المحلية في ما يتعلق بالمواد التي لها علاقة بالصفقات العمومية حتى يكون هناك نوع من التوافق والتوازن بين هذا القانون وتنظيم الصفقات العمومية ، ذلك أنه وطبقا لقاعدة توازي الأشكال لا يجوز لنص تنظيمي (مرسوم رئاسي) أن يعدل قانونا أو يلغيه.

الفرع الثالث: اللجنة البلدية للصفقات

لقد حدد تنظيم الصفقات العمومية تشكيلة واختصاص اللجنة وهذا ما سيتم توضيحه في الآتي :

أولا : تشكيلة اللجنة البلدية²

تتكون اللجنة البلدية للصفقات من :

- رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله رئيسا ،
- ممثل المصلحة المتعاقدة ،
- منتخبين اثنين (2) يمثلان المجلس الشعبي البلدي،
- ممثلين اثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة)،
- ممثل المصلحة التقنية المعنية.

ثانيا: اختصاص اللجنة البلدية³

تختص اللجنة بدراسة مشاريع الصفقات التي تبرمها البلدية، والتي يساوي مبلغها أو يفوق عن:

- خمسين مليون دينار (50.000.000) بالنسبة لصفقات انجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم
- عشرين مليون دينار (20.000.000) بالنسبة لصفقات الدراسات أو الخدمات.

¹ انظر المادة 115 من القانون 90-09 المتعلق بالولاية والمادة من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

² انظر المادة 137 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

³ انظر المادة 136 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

ويلاحظ أن التنظيم الجديد للصفقات منح الاختصاص لهذه اللجان بدراسة مشاريع صفقات البلدية فقط مقارنة بالتنظيم السابق الذي أوكل لها أيضا النظر في مشاريع صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري¹.

تجدر الإشارة إلى أن رئيس المجلس الشعبي البلدي هو صاحب الاختصاص بإبرام العقود باسم البلدية (صفقات البلدية)² ، وكذا مراقبتها وهذا ما أكدته المادة 60 من القانون رقم 90-08 المؤرخ في 07-04-1990 المتعلق بالبلدية: "رئيس المجلس الشعبي البلدي يقوم باسم البلدية وتحت مراقبة المجلس بجميع الأعمال الخاصة بالمحافظة على الأموال والحقوق التي تتكون منها ثروة البلدية لاسيما إبرام المناقصات أو المزايدات الخاصة بأشغال البلدية وحسن مراقبتها" ، وبما أن الملحق يصدر من الجهة المختصة بإبرام الصفقة الأصلية ، فإن الملحق يبرم في هذه الحالة من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي .

نلاحظ أن هناك تجانس تام بين نص المادة 60 من قانون البلدية ونصوص قوانين الصفقات العمومية التي تجعل من رئيس المجلس الشعبي صاحب الاختصاص بإبرام الصفقات وملاحقتها وكذا مراقبتها ، لكن الإشكال يثور في نص المادة 66 التي نصت على أنه : " عندما تتعارض مصالح المجلس الشعبي البلدي مع مصالح البلدية يعين المجلس الشعبي البلدي أحد أعضائه لتمثيل البلدية سواء أمام القضاء أو في إبرام العقود".

فالمشرع خول للمجلس الشعبي البلدي صلاحية سحب سلطة إبرام العقود من رئيس المجلس الشعبي البلدي ، وسلطة السحب هنا ضرورية للمحافظة على المال العام وحتى لا يسيء رئيس المجلس الشعبي البلدي استعمال سلطته وصفة التعاقد لتحقيق مصالح خاصة ، والإشكال هنا يثور من خلال:

1- تعارض مضمون المادة 66 من القانون 90-08 مع نص المادة 08 من المرسوم الرئاسي 10-236 والتي قطعت بصفة نهائية " لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة³ ، وهنا تتمثل في رئيس المجلس الشعبي البلدي " وبالتالي هناك فقدان لموضوع المادة 66.

2- الغموض الذي تركته المادة 66 فيما يخص الحالات التي تتعارض فيها مصالح رئيس المجلس الشعبي البلدي مع مصالح البلدية.

هل يمكن أن تكون هذه المصالح مصالح شخصية ، مثل إبرام العقود بالتراضي مع مقاوله تابعة لرئيس المجلس الشعبي البلدي أم أن الأمر يتعلق بمصالح حزبية مثلما هو الحال للتحالفات الجارية

¹ أنظر المادة 122 من المرسوم الرئاسي 02-250 والمادة 26 من المرسوم الرئاسي 08-338 المعدل والمتمم للمرسوم 02-250.

² د.عمار بوضياف : المرجع السابق ، ص 297 .

³ انظر المادة 08 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

في بعض البلديات وإجراءات سحب الثقة المتواصلة أم أن الأمر يتعلق بكل ما من شأنه أن يفقد رئيس المجلس الشعبي البلدي موضوعيته¹.

الفرع الرابع: لجان صفقات المؤسسات العمومية

المرسوم الرئاسي 10-236 قد أحدث لجنتين لصفقات المؤسسات العمومية خلافا لما كانت عليه التنظيمات السابقة المقررة للصفقات العمومية، حيث كانت لجنة واحدة مخصصة لصفقات المؤسسات العمومية تتمثل في لجنة صفقات المؤسسة العمومية المحلية².

أولاً: لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية ومركز البحث والتنمية الوطني والهيكل غير الممرکز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري والمؤسسة العمومية الاقتصادية سندرس هذه اللجنة من خلال تحديد تشكيلتها وكذا اختصاصها على النحو الآتي :

1- تشكيلة اللجنة : و تتكون من³ :

- ممثل السلطة الوصية، رئيساً،
- المدير العام أو مدير المؤسسة أو الشركة،
- ممثلين اثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة)
- ممثل وزير الموارد المائية .
- ممثل وزير الأشغال العمومية .
- ممثل وزير التجارة .
- ممثل وزير السكن والعمران.

2- اختصاص اللجنة:

تختص هذه اللجنة بدراسة مشاريع الصفقات وذلك ضمن الحدود المرسومة في المواد 146-147-148 من المرسوم الرئاسي 10-236 السالفة الذكر.

ثانياً: لجنة صفقات المؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير الممرکز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري

1- تشكيلة اللجنة : تتكون هذه اللجنة من

- ممثل السلطة الوصية، رئيساً،
- المدير العام أو مدير المؤسسة،
- ممثل منتخب يمثل مجلس الجماعة الإقليمية المعنية

¹ عبد الوهاب علاق : المذكرة السابقة، ص 62 .

² المادة 122 مكرر من المرسوم الرئاسي 02-250 المحدثه بموجب أحكام المادة 27 من المرسوم الرئاسي 08-338.

³ انظر المادة 134 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

- ممثلين اثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة).
- ممثل المصلحة التقنية المعنية بالخدمة .

2-اختصاص اللجنة:

تختص هذه اللجنة بدراسة مشاريع الصفقات ضمن حدود المستويات المنصوص عليها في المادة 136 التي سبق الإشارة إليها.

المطلب الثاني: اللجان الوطنية للصفقات

وقد نص تنظيم الصفقات العمومية على اللجان الوطنية للصفقات بنصه الآتي "تحدث اللجان الوطنية للصفقات الآتية¹ :

- اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال ،
- اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم ،
- اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات .

وتجدر الإشارة أن التنظيم الجديد قد أحدث ثلاث لجان وطنية للصفقات ، وهذا ما يميزه عن القوانين السابقة للصفقات العمومية ، حيث كانت هناك لجنة وطنية واحدة للصفقات² ، وفي التعديل اللاحق لقانون الصفقات أحدثت لجتان وطنيتان للصفقات وهما اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال واللجنة الوطنية لصفقات اللوازم والدراسات والخدمات³ .

وتتمثل صلاحيات اللجان الوطنية للصفقات فيما يأتي⁴ :

- تساهم في إعداد تنظيم الصفقات العمومية .
 - تراقب صحة إجراءات إبرام الصفقات العمومية .
- وتتولى اللجان في مجال رقابة مدى قانونية إجراء إبرام الصفقات العمومية ما يأتي⁵ :

- تدرس مشاريع دفاتر الشروط التي تدرج ضمن اختصاصها .
- تدرس مشاريع الصفقات والملاحق التي تدرج ضمن اختصاصها.
- تدرس الطعون التي تدرج ضمن اختصاصها والتي يرفعها المتعهدون الذين يعارضون الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة في إطار مناقصة أو التراضي بعد الاستشارة.

¹ انظر المادة 142 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

² انظر المادة 126 من المرسوم الرئاسي 02-250 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

³ انظر المادة 28 من المرسوم الرئاسي 08-338 المعدلة لأحكام المادة 126 من المرسوم الرئاسي 02-250.

⁴ انظر المادة 143 من المرسوم 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

⁵ انظر المادة 144 من نفس المرسوم الرئاسي.

- تدرس الطعون التي يرفعها المتعاملون المتعاقدون قبل أي دعوى قضائية بشأن النزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقة.
- تخطر بالصعوبات الناجمة عن تطبيق قراراتها .
- تسهر على التطبيق الموحد للقواعد المقررة في هذا المرسوم .
- وتتولى اللجان الوطنية للصفقات في مجال التنظيم ما يأتي 1 :
- تقترح أي إجراء من شأنه أن يحسن ظروف إبرام الصفقات العمومية.
- تعد وتقترح نظاما داخليا نموذجيا يحكم عمل لجان المذكور في المادتين 140 و 156 من هذا المرسوم.

وسندرس اللجان الوطنية للصفقات في الفروع التالية :

الفرع الأول: اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال

الفرع الثاني: اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم

الفرع الثالث: اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات

الفرع الأول: اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال

لقد حدد التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية تشكيلة واختصاص اللجنة وهذا ما سيتم بيانه في الآتي:

أولا : تشكيلة اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال

تتكون اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال كما يأتي²:

- وزير المالية أو ممثله ، رئيسا
- ممثل وزير المالية (قسم الصفقات العمومية)، نائب للرئيس
- ممثل وزير الدفاع الوطني
- ممثل وزير الداخلية والجماعات المحلية
- ممثل وزير الشؤون الخارجية
- ممثلان (2) عن وزير المالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة)
- ممثل وزير العدل
- ممثل وزير الموارد المائية
- ممثل وزير النقل
- ممثل وزير الأشغال العمومية

¹ انظر المادة 145 من المرسوم الرئاسي 10-236.

² انظر المادة 149 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وأيضا المادة 34 من المرسوم الرئاسي 08-338 المعدلة لأحكام المادة 131 من المرسوم الرئاسي 02-250.

- ممثل وزير التجارة
 - ممثل وزير السكن والعمران
 - ممثل وزير الصناعة والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة وترقية الاستثمار
 - ممثل الوزير الوصي عن المصلحة المتعاقدة عندما تكون هذه المصلحة غير ممثلة في اللجنة.
- وفي حالة ما إذا تم إدماج دوائر وزارية ، يعين الوزير المعني ممثلاً واحداً .

ثانياً: اختصاص لجنة صفقات الأشغال¹

- تفصل اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال ، في مجال الرقابة في كل مشروع:
- صفقة أشغال يفوق مبلغها ستمائة مليون دينار (600. 000.000) ، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة ، في حدود المستوى المبين في المادة 106 من هذا المرسوم (كل ملحق يزيد مبلغه عن نسبة 10% من المبلغ الأصلي للصفقة).

- صفقة تحتوي على البند المنصوص عليه في المادة 106 من هذا المرسوم
 - ملحق يرفع المبلغ الأصلي للصفقة إلى المستوى المحدد أعلاه أو أكثر من ذلك.
- يلاحظ أن التنظيم الجديد للصفقات قد رفع السقف المالي لصفقات الأشغال التي تكون محل رقابة هذه اللجان مقارنة بالتنظيم السابق حيث كانت الصفقات التي يفوق مبلغها 400.000.000 دج بالإضافة إلى كل ملحق بهذه الصفقة يعهد فيها الاختصاص للجنة الوطنية لصفقات الأشغال².

الفرع الثاني: اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم

لقد حدد تنظيم الصفقات العمومية تشكيلة واختصاص لجنة صفقات اللوازم كالاتي:

أولاً : تشكيلة اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم

تتكون اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم كما يأتي³ :

- وزير المالية أو ممثله ، رئيساً
- ممثل وزير المالية (قسم الصفقات العمومية)
- نائب للرئيس
- ممثل وزير الدفاع الوطني
- ممثل وزير الداخلية والجماعات المحلية
- ممثل وزير الشؤون الخارجية
- ممثلان (2) عن وزير المالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة)

¹ انظر المادة 146 من المرسوم الرئاسي 10-236.

² انظر المادة 32 من المرسوم الرئاسي 08-338 المعدلة لأحكام المادة 130 من المرسوم الرئاسي 02-250.

³ انظر المادة 150 من المرسوم الرئاسي 10-236.

- ممثل وزير التربية الوطنية
- ممثل وزير العدل
- ممثل وزير التجارة
- ممثل وزير التعليم العالي والبحث العلمي
- ممثل وزير التكوين والتعليم المهنيين
- ممثل وزير الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات
- ممثل وزير الصناعة والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة وترقية الاستثمار
- ممثل الوزير الوصي عن المصلحة المتعاقدة عندما تكون هذه المصلحة غير ممثلة في اللجنة وفي حالة ما إذا تم إدماج دوائر وزارية ، يعين الوزير المعني ممثلاً واحداً .

ثانياً : اختصاص اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم¹

- تفصل اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم في مجال الرقابة ، في كل مشروع :
- صفقة لوازم يفوق مبلغها مائة وخمسين مليون دينار (150. 000.000) ، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود المستوى المبين في المادة 106 من هذا المرسوم.
 - صفقة تحتوي على البند الوارد في المادة 106 من هذا المرسوم يمكن أن يرفع تطبيقه المبلغ الأصلي إلى مقدار المبلغ المحدد أعلاه أو أكثر من ذلك.
 - ملحق يرفع المبلغ الأصلي للصفقة إلى المستوى المحدد أعلاه أو أكثر.

الفرع الثالث: اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات

وقد حدد تنظيم الصفقات العمومية تشكيلاتها والاختصاص المعهود لها كما سيتم توضيحه في الآتي:

أولاً : تشكيل اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات²

- تتكون اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات كما يأتي :
- وزير المالية أو ممثله ، رئيساً
 - ممثل وزير المالية (قسم الصفقات العمومية)
 - نائب للرئيس
 - ممثل وزير الدفاع الوطني
 - ممثل وزير الداخلية والجماعات المحلية
 - ممثل وزير الشؤون الخارجية

¹ انظر المادة 147 من المرسوم الرئاسي 10-236.

² انظر المادة 151 من المرسوم الرئاسي 10-236.

- ممثلان (2) عن وزير المالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة)
 - ممثل وزير الموارد المائية
 - ممثل وزير النقل
 - ممثل وزير الأشغال العمومية
 - ممثل وزير التجارة
 - ممثل وزير التعليم العالي والبحث العلمي
 - ممثل وزير السكن والعمران
 - ممثل وزير الصناعة والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة وترقية الاستثمار
 - ممثل الوزير الوصي عن المصلحة المتعاقدة عندما تكون هذه المصلحة غير ممثلة في اللجنة.
- وفي حالة ما إذا تم إدماج دوائر وزارية ، يعين الوزير المعني ممثلاً واحداً.
- ثانياً : اختصاص اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات¹**
- تفصل اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات في مجال الرقابة ، في كل مشروع:
- صفقة خدمات يفوق مبلغها مائة مليون دينار (100. 000.000) ، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة ، في حدود المستوى المبين في المادة 106 من هذا المرسوم .
 - صفقة دراسات يفوق مبلغها ستين مليون دينار (60. 000.000) وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود المستوى المبين في المادة 106 من هذا المرسوم.
 - صفقة تحتوي على البند الوارد في المادة 106 من هذا المرسوم يمكن أن يرفع تطبيقه المبلغ الأصلي إلى مقدار المبلغ المحدد أعلاه أو أكثر من ذلك.
 - ملحق يرفع المبلغ الأصلي للصفقة إلى المستوى المحدد أعلاه أو أكثر.
- ومن المفيد الإشارة أن التنظيم السابق للصفقات أحدث لجننتين للصفقات وهما اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال واللجنة الوطنية لصفقات اللوازم والدراسات والخدمات وهذا كما بيناه سابقاً.
- وتتولى اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم والدراسات والخدمات في مجال الرقابة البث في كل صفقة²:
- اللوازم التي يفوق مبلغها مائة مليون دينار (100. 000. 000) بالإضافة إلى كل ملحق بهذه الصفقة.
 - الدراسات والخدمات التي يفوق مبلغها ستين مليون دينار (60. 000.000) بالإضافة إلى كل ملحق بهذه الصفقة.

¹ انظر المادة 148 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

² انظر المادة 33 من المرسوم الرئاسي 08-338 المحدث للامادة 130 مكرر في المرسوم الرئاسي 02-250.

ملاحظة هامة: هناك اختصاص مشترك للجان الوطنية للصفقات، يتمثل في المصادقة على النظام الداخلي النموذجي والذي تتم الموافقة عليه بموجب مرسوم تنفيذي¹. وتجدر الإشارة أن النظام الداخلي للجنة الوطنية للصفقات في إطار المرسوم الرئاسي 02-250 قد صدر بموجب قرار وزاري رقم 332 الصادر عن وزير المالية المؤرخ في 09-09-2002 مقارنة بالنظام الداخلي للجان الوطنية للصفقات في إطار المرسوم الرئاسي 10-236 فيصدر بموجب مرسوم تنفيذي.

إن اللجان الوطنية للصفقات في حالة غياب رؤسائها أو حدوث مانع لهم، فإن في هذه الحالة يترأسها نواب الرؤساء المذكورين في المواد 149، 150، 151².

كما منح تعويضات لأعضاء لجان الصفقات (المصلحة المتعاقدة، اللجان الوطنية) والمقررين والمسؤولين المكلفين بكتابات لجان الصفقات³.

ملاحظة هامة: لقد صدر القانون الجديد للصفقات المتمثل في المرسوم الرئاسي رقم 12-23 المؤرخ في 18/01/2012 وقد أحدث هذا المرسوم بموجب أحكام المادة 142 مكرّمه لجنة جديدة يطلق عليها اللجنة القطاعية للصفقات، حيث أن تنصيب هذه اللجنة يكون مانعا لاختصاص اللجنة الوطنية للصفقات المختصة وهذا ما أقرته المادة 148 مكرّمه هذا القانون ولعل السبب يرجع للاختصاص المزدوج للجان القطاعية إلى جانب الاختصاص المخول للجان الوطنية فهي تنظر في النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات وهذا ما أقرته المادة 148 مكرّمه 1 من قانون الصفقات الجديد.

المطلب الثالث: الأثر المترتب على رقابة لجان الصفقات

تتوج الرقابة التي تمارسها لجان الصفقات بإصدار التأشيرة، حيث تتوج الرقابة التي تمارسها لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة، بمنح التأشيرة أو رفضها خلال عشرين يوما ابتداء من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابة هذه اللجنة، أما الرقابة التي تمارسها اللجان الوطنية للصفقات فتتوج بإصدار تأشيرة في غضون خمسة وأربعين (45) يوما على الأكثر ابتداء من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابات هذه اللجان.

الفرع الأول: منح التأشيرة

¹ انظر المادة 156 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

² انظر المادة 152 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

³ انظر المادة 161 من المرسوم الرئاسي 10-236 والرسوم التنفيذية 92-238 المؤرخ في 06-06-1992 المتعلق بالتعويضات الممنوحة لأعضاء لجان الصفقات ومقرريها.

على الرغم من أن التأشيرة تتمتع بجميع خصائص القرار الإداري ، حيث أنها لا تحدث أثرا وأذى بذاتها ، من حيث عدم تمتعها بالطابع التنفيذي ، فإنها تقوم كتصرف قانوني على مجموعة من الأركان والشروط ، تتمثل في ما يأتي¹ :

1- التسبب :

يتمثل سبب منح التأشيرة من طرف لجنة الصفقات المختصة في حالة قانونية هي الطلب المقدم من المصلحة المتعاقدة (الإدارة) وهذا ما يتضح في نص المرسوم الرئاسي 10-236: " يجب على المصلحة المتعاقدة أن تطلب إجباريا التأشيرة"² .

2- الاختصاص:

حتى تكون التأشيرة قانونية، يجب أن تراعي قواعد الاختصاص التالية:

أ- الاختصاص الشخصي:

اللجنة هي مركز اتخاذ القرار فيما يخص رقابة الصفقات الداخلة ضمن اختصاصها وتسلم لهذا الغرض:

"تأشيرة في إطار تنفيذ الصفقة"³ ، وعليه فإن الاختصاص بمنح التأشيرة يؤول إلى لجنة الصفقات المختصة ، تبعا لقواعد توزيع الاختصاص التي أشرنا إليها سابقا بالنسبة لكل لجنة ، إذ أن صدور التأشيرة عن لجنة صفقات غير مختصة يجعلها باطلة وغير مشروعة⁴ ، لأن الأصل في الاختصاص أنه شخصي وهو ما يعني أنه يلزم صاحبه بأن يمارسه بنفسه وليس له حقا يسوغ له أن يعهد به إلى سواه⁵ .

ب- الاختصاص الزمني:

إن الاختصاص الزمني بمنح التأشيرة محدد بمدة عشرين (20) يوما تبدأ من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابة لجنة الصفقات المصلحة المتعاقدة ، أما فيما يخص اللجان الوطنية للصفقات فالاختصاص الزمني بمنح التأشيرة محدد بخمسة وأربعين (45) يوما تبدأ من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابة اللجنة.

¹ د. محمد الصغير بعلي: المرجع السابق، ص 65.

² انظر المادة 166 من المرسوم الرئاسي 10-236.

³ انظر المادة 164 من نفس المرسوم الرئاسي.

⁴ د. محمد الصغير بعلي: المرجع السابق، ص 65.

⁵ د. عمار بوضياف : القرار الإداري (دراسة تشريعية قضائية فقهية) ، المرجع السابق ، ص 114 .

وإذا لم تصدر التأشيرة في الآجال المحددة، تخطر المصلحة المتعاقدة الرئيس، الذي يجمع لجنة الصفقات المختصة في غضون الثمانية أيام الموالية لهذا الإخطار، ويجب على هذه اللجنة أن تبث في الأمر حال انعقاد الجلسة بالأغلبية البسيطة للأعضاء الحاضرين¹.

3- المحل:

إن الأثر القانوني المترتب على منح التأشيرة هو التنفيذ، إذ يجب تنفيذ الصفقة أو الملحق المؤشرين من قبل اللجنة المختصة خلال الثلاثة (3) أشهر على الأكثر الموالية لتاريخ تسليم التأشيرة وإذا انقضت هذه المهلة، تقدم الصفقة أو الملحق من جديد إلى اللجنة المختصة قصد الدراسة². ومع ذلك فإن تشريع الصفقات العمومية يسمح للجنة الصفقات منح تأشيرة مرفقة إما³.

- بتحفظات غير موقفة (عندما تتصل بشكل الصفقة).

- أو بتحفظات موقفة (عندما تتصل بموضوع الصفقة)، حيث يجب رفعها قبل البدء في تنفيذ الصفقة. ومن جهة أخرى، فإن منح التأشيرة ليس له أثر ملزم على المصلحة المتعاقدة، حيث يمكن لهذه الأخيرة أن تعدل تماما عن إبرام الصفقة وتنفيذها بما لها من سلطة تقديرية، ومراعاة لمقتضيات المصلحة العامة ومستجدات وتطورات العمل والنشاط الإداري⁴.

فإذا عدلت المصلحة المتعاقدة عن إبرام إحدى الصفقات التي كانت موضوع تأشيرة من قبل فإنها يجب أن تعلم اللجنة المختصة بذلك⁵، وينطبق أمر العدول أيضا على الملحق في الصفقة.

4- الشكل والإجراءات :

يخضع منح التأشيرة للأشكال والإجراءات التالية :

أ- التبليغ: يجب تبليغ قرار لجنة الصفقات إلى المصلحة المتعاقدة خلال 08 أيام من تاريخ انعقاد اللجنة⁶.

ب- الكتابة: يجب أن تفرغ التأشيرة في شكل كتابي وهذا طبقا للمادة 169 من المرسوم الرئاسي.

5- الهدف (الغاية) :

يدخل منح التأشيرة في المسعى الرامي إلى توسيع دائرة الرقابة على استعمال الأموال العمومية حفاظا على المصلحة العامة، وعدم استفحال الفساد الإداري.

¹ انظر المادة 168 من المرسوم الرئاسي 10-236.

² انظر المادة 165 فقرة 05 من المرسوم الرئاسي 10-236.

³ انظر المادة 165 فقرة 02 من نفس المرسوم الرئاسي.

⁴ د. محمد الصغير بعلي: المرجع السابق، ص 67.

⁵ انظر المادة 166 فقرة 02 من المرسوم الرئاسي 10-236.

⁶ انظر المادة 165 فقرة 04 من المرسوم الرئاسي 10-236.

ويشكل مجال الصفقات العمومية، نظرا للمبالغ المالية الضخمة المعتمدة له ميدانا خصبا للرشوة والثراء غير المشروع، وخاصة من خلال إبرام الإدارة ملاحق للصفقة التي تتميز بعدم خضوعها للرقابة المقررة للصفقة الأصلية.

الفرع الثاني: رفض التأشيرة

يمكن للجنة أن تمنح التأشيرة أو ترفضها¹ ، و كما هو الحال بالنسبة لمنح التأشيرة يقوم رفض منح التأشيرة ، على مجموعة من الأركان والشروط تتمثل فيما يلي:

1- السبب:

يعود سبب رفض منح التأشيرة إلى قيام حالة قانونية تعاينها اللجنة من حيث وجود مخالفة للتشريع أو التنظيم المعمول بهما²، أي خرق مبدأ المشروعية كصدور الملحق مخالفا لقواعد المشروعية .

2- الاختصاص:

حتى يكون رفض التأشيرة مؤسسا، يجب أن يراعي قواعد الاختصاص التالية:

أ- الاختصاص الشخصي:

كما هو الحال بالنسبة لمنح التأشيرة ، تختص برفض التأشيرة لجنة الصفقات المختصة، تبعا لقواعد توزيع الاختصاص الخاصة بكل لجنة ، فمثلا صفقات الأشغال العامة التي تجاوزت فيها المبالغ المذكورة سابقا ، ففي هذه الحالة يعهد الاختصاص بالرقابة إلى اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال وعليه فقرار رفض التأشيرة يصدر من طرفها ، فمن غير المنطقي أن يعقد الاختصاص برفض التأشيرة مثلا للجنة الوطنية لصفقات اللوازم أو للجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات.

ب- الاختصاص الزمني:

كما هو الشأن بالنسبة لمنح التأشيرة ، فإن الاختصاص الزمني برفض منح التأشيرة محدد بمدة عشرين (20) يوما تبدأ من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابة لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة أما فيما يخص اللجان الوطنية للصفقات فالاختصاص الزمني بمنح التأشيرة أو رفضها محدد بخمسة وأربعين (45) يوما تبدأ من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابة اللجنة.

3- المحل:

يتمثل الأثر المترتب على رفض منح التأشيرة أساسا في عدم تنفيذ الصفقة أو ملحقها. ولما كانت رقابة لجان الصفقات بمنح التأشيرة أو رفضها ليست اختصاصا بإبرام الصفقات العمومية وإنما تمثل فقط رقابة خارجية لاحقة ، فإن المرسوم الرئاسي 10-236 يخول لكل من رئيس المجلس

¹ انظر المادة 165 فقرة 01 من نفس المرسوم الرئاسي.

² المادة 165 من المرسوم الرئاسي 10-236 : " ... فان كل مخالفة للتشريع أو التنظيم المعمول بهما قد تعاينه اللجنة، تكون سببا لرفض التأشيرة " .

الشعبي البلدي ، الوالي ، الوزير ، مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة حق " تجاوز رفض التأشيرة " ، إذا أملت اعتبارات ومعطيات وضرورات المصلحة العامة والتسيير الإداري الحسن¹ .

ونظرا لخطورة مقررات التجاوز على مبدأ المشروعية ، فقد أحاطه المرسوم الرئاسي 10-236 بجملة من الحدود ، تتمثل في مايلي :

• لا يمكن اللجوء إلى مقرر التجاوز إلا في حال رفض التأشيرة المعلل لعدم مطابقة الأحكام التنظيمية² ، وهكذا فإن تجاوز رفض التأشيرة إنما يقتصر فقط على حالة رفض التأشيرة نظرا لعدم مطابقة الملحق للأحكام التنظيمية .

• يشترط لصحة مقرر التجاوز أن ينبني على تقرير من المصلحة المتعاقدة وأن يكون معللا ومسببا³ .

حيث يجب أن يشار ويذكر في صلب المقرر السبب الدافع إلى عدم الاعتداد بقرار رفض التأشيرة ومن ثم الانتقال إلى تنفيذ ملحق الصفقة.

• لا يمكن اتخاذ مقرر التجاوز إلا بعد تسعين (90) يوما ابتداء من تاريخ تبليغ رفض التأشيرة⁴.

• ضرورة إعلام الجهات المعنية وذات العلاقة :

* الوزير المسؤول أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة المعني يعلم الوزير المكلف بالمالية .

* الوالي يعلم وزير الداخلية والجماعات المحلية ووزير المالية.

* رئيس المجلس الشعبي البلدي يعلم الوالي المختص بذلك .

4- الشكل والإجراءات :

أ- **التبليغ:** يستلزم تبليغ قرار لجنة الصفقات برفض التأشيرة إلى المصلحة المتعاقدة خلال 08 أيام من تاريخ انعقاد اللجنة.

ب- **التسبب:** تشترط المادة 165 من المرسوم الرئاسي 10-236 أن يكون رفض التأشيرة معللا وذلك من حيث تضمينها بالسبب أو الأسباب التي يقوم عليها الرفض.

ج- **الكتابة:** قياسا على منح التأشيرة الذي يجب أن يكون مكتوبا حسب نص المادة 169، فإن رفضها يقتضي عمليا الكتابة أيضا.

5- الهدف (الغاية):

¹ د. محمد الصغير بعلبي: المرجع السابق، ص 69.

² المادة 172 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلقة بتنظيم الصفقات العمومية.

³ انظر المادة 170 فقرة 1، 2، 3، من المرسوم الرئاسي 10-236.

⁴ المادة 172 فقرة 02 من المرسوم الرئاسي 10-236 .

بالرجوع إلى أسباب رفض التأشيرة فإن الهدف من رفض منح التأشيرة إنما يتمثل في الحفاظ على مبدأ المشروعية واحترامه من طرف المصلحة المتعاقدة¹ ، فالإدارة عند إبرامها لملاحق للصفقة مقيدة باحترام قواعد المشروعية.

إذن تتوج الرقابة الخارجية القبلية على الصفقة أو ملحقها بإصدار تأشيرة على نحو ما رأيناه ، وفي هذه الحالة تودع المصلحة المتعاقدة نسخة من مقرر التأشيرة على الصفقة أو على الملحق وجوبا مقابل وصل استلام في غضون الخمسة عشر (15) يوما الموالية لإصدارها لدى المصالح المختصة إقليميا في الإدارة الجبائية والضمان الاجتماعي².

ملاحظة هامة : تختص بالمراقبة الخارجية القبلية للصفقات التي تبرمها وزارة الدفاع الوطني حصريا لجنة أو لجان موضوعة لدى وزارة الدفاع الوطني التي تحدد تشكيلها وصلاحياتها³.

المبحث الثاني: ضمانات المنازعات الناتجة عن ممارسة سلطة التعديل

إن عملية إبرام الملاحق من جانب الإدارة وتنفيذها قد ينجم عنه بعض النزاعات الحاصلة بينها وبين المتعامل المتعاقد معها .

فقد تتجاوز الإدارة من خلال استخدامها لآلية الملحق حدود التعديل المقررة قانونا فيترتب على ذلك إخلال بتوازن الصفقة وقلب اقتصادياتها مما يؤدي إلى إرهاب المتعامل المتعاقد معها .
والمشرع قد وازن الكفة بين مصلحة الإدارة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها، فمن جهة منح للإدارة سلطة تعديل صفقاتها بموجب ملحق وفي المقابل رتب للمتعاقد ضمانات في حالة تجاوز الإدارة استعمال هذا الحق وذلك لتسوية مركزه مع الإدارة.

ولذا سنحاول دراسة هذا المبحث من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: ضمانات تسوية النزاعات الناجمة عن تنفيذ الأشغال الإضافية

المطلب الثاني: ضمانات مراعاة التوازن المالي للصفقة.

المطلب الأول: ضمانات تسوية النزاعات الناجمة عن تنفيذ الأشغال الإضافية

ضمانا لحسن تنفيذ الصفقة العمومية، وكذلك حفاظا على حقوق كل طرف من الأطراف، لم يغفل قانون الصفقات العمومية مسألة هامة وهي تسوية المنازعات الناجمة عن عملية التنفيذ⁴ ، وقد كرس المرسوم الرئاسي 10-236 أليتين أساسيتين لضمان حل النزاعات التي قد تطرأ لسبب معين وهو ما سيتم توضيحه في الفروع الآتية :

¹ د. محمد الصغير بعلبي: المرجع السابق، ص 70.

² انظر المادة 166 فقرة 03 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

³ المادة 129 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

⁴ إسماعيل بحري: المذكرة السابقة ، ص 131 .

الفرع الأول: التسوية الودية للنزاع.

الفرع الثاني: تسوية النزاع باللجوء إلى القضاء.

الفرع الأول: التسوية الودية للنزاع

إن التسوية الودية للنزاع تعد آلية من آليات فض النزاعات الحاصلة بين طرفي الصفقة بطريقة رضائية دون اللجوء إلى القضاء ، وفي نفس الوقت تمثل ضمانا لكلا الطرفين المتعاقدين . وحرصا من المشرع الجزائري على حل الإشكالات المتعلقة بتنفيذ الصفقات العمومية وملاحقتها لا سيما وضع ميكانيزمات لفض مختلف النزاعات القائمة بين الطرفين في الصفقة تم تكريس مبدأ حل النزاعات وتسويتها بالتراضي أولا¹ .

وتجدر الإشارة أن الملحق في حد ذاته هو آلية من آليات التسوية الودية للنزاعات الطارئة أثناء التنفيذ حيث تبرمه المصلحة المتعاقدة بدافع إعادة التوازن المالي للصفقة، فعند إبرام المصلحة المتعاقدة ملحق أو ملاحق للصفقة متجاوزة في ذلك حدود سلطتها في التعديل ، بما يؤدي إلى إرهاب المتعامل معها في تنفيذ الصفقة الأمر الذي يؤدي معه حتما إلى وقوع نزاع بينها وبين المتعامل المتعاقد معها، لذلك تدخل قانون الصفقات العمومية وأرسى قاعدة الحل الودي الرضائي للنزاع الناتج عن التنفيذ .

أولا : الأساس القانوني للتسوية الودية

إن التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية قد أكد صراحة على الحل الودي الرضائي للنزاعات التي تطرأ أثناء تنفيذ الصفقات العمومية ، ويتجلى ذلك من خلال المادة 115 من المرسوم الرئاسي 10-236 وذلك بنصها الآتي :

" تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها. غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة ، دون المساس بتطبيق هذه الأحكام ، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها ... "

يبدو من النص : أن المرسوم الرئاسي أرسى قاعدة الحل الودي للنزاع الناتج عن التنفيذ ، وهذا تفاديا لفكرة اللجوء إلى القضاء الإداري الذي يكلف أطرافه طول الإجراءات وثقلها .

وحسنا فعل المشرع الجزائري حينما تبنى مبدأ الحسم الودي لنزاعات الصفقات العمومية وملاحقتها في مرحلة التنفيذ حتى لا تتعطل المشاريع العمومية وحتى يمكن أطراف النزاع من إيجاد حل يناسبهم يضعون به حدا لمنازعة طرأت أثناء التنفيذ وحتى يتم بهذا الحسم في أمر المنازعة مواصلة التنفيذ

¹ إسماعيل بحري: المذكرة نفسها، ص 131 .

بما يضمن في¹ النهاية استلام المشروع في آجاله ، وهو ما يتماشى وهدف خطة الصفقات العمومية في القطاعات المختلفة للدولة² .

ثانيا: ضوابط وحدود التسوية الودية

إن التنظيم الجديد المتعلق بالصفقات العمومية أعلن صراحة من خلال المادة 115 منه عن ضوابط الحل الودي وحدوده وأحكامه، وقد أشارت المادة إلى ضرورة مراعاة الأحكام الآتية:

1- احترام التشريع والتنظيم:

على الإدارة المتعاقدة المعنية أن تحترم التشريع والتنظيم الجاري به العمل وأن لا تخالفه، فكل اتفاق لحسم نزاع ودي يتعارض مع أحكام التشريع أو التنظيم يقع باطلا ولا يرتب أي أثر بالنسبة لأطرافه.

2- الحرص على إيجاد التوازن في تحمل التكاليف بين الطرفين المتعاقدين:

قد تظهر أثناء التنفيذ ظروف تفرض على المتعامل المتعاقد تحمل نفقات أكثر وهذا عند تنفيذ الملحق أي بعد تعديل الالتزامات التعاقدية ، فحين مطالبة المتعامل المتعاقد بها ، يجب على الإدارة المعنية أن تأخذ بعين الاعتبار هذه الظروف الجديدة وتتصف المتعامل المتعاقد وتحاول أن تحسم الأمر وديا دون أن ترهقه باللجوء للقضاء للمطالبة بحقه في التوازن المالي مثلا³.

3- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة :

ألح المشرع الجزائري في المادة 115 على ضرورة إعطاء عامل الزمن في الصفقة الأهمية التي تليق به ، وهذا الأمر يفرض بلا شك الحسم الودي للنزاع الذي يثور أثناء التنفيذ ، فكلما تم التوصل إلى حل ودي وضبط الاتفاق في وثائق رسمية كان ذلك أنفع بالنسبة لزمن تنفيذ العمل موضوع الصفقة .

4- البحث عن تسوية نهائية في أسرع وقت وبأقل تكلفة:

نظرا للأهمية الكبرى لمعيار الزمن في تنفيذ العمل موضوع الصفقات العمومية وحتى لا يتسبب النزاع الناتج عن التنفيذ في زعزعة استمرارية الصفقة ، فرض المشرع البحث عن حل ودي في أسرع وقت بما يكفل ضمان مواصلة العمل وتنفيذ موضوع الصفقة في آجالها المحددة في العقد. وإذا لم يحدث الاتفاق بين طرفي النزاع وحسمه وديا فان المشرع كفل للمتعامل المتعاقد أحقية اللجوء للقضاء⁴ .

¹ د. عمار بوضياف : الصفقات العمومية في الجزائر ، المرجع السابق ، ص 119 .

² د. عمار بوضياف : المرجع نفسه، ص 220 .

³ د. عمار بوضياف : المرجع السابق ، ص 220 .

⁴ د. عمار بوضياف : المرجع نفسه ، ص 221 .

غير أنه أجاز أولاً قبل كل مقاضاة أمام العدالة رفع طعن أمام اللجنة الوطنية للصفقات المختصة وهذا ما أكدته المادة 115 في فقرتها الخامسة¹ ، حيث تصدر في هذا الشأن مقررًا خلال ثلاثين (30) يوماً ابتداءً من تاريخ إيداع الطعن .

ويسري هذا المقرر على المصلحة المتعاقدة بغض النظر عن غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية² ، وحسب الشروط المحددة في أحكام المرسوم التنفيذي³ رقم 91-312 المؤرخ في 07-09-1991.

ويتضح من نص المادة أن المشرع فرض على اللجنة الوطنية للصفقات المختصة أن تحسم في النزاع المعروض عليها خلال 30 يوماً بدءاً من إيداع التظلم أو الطعن وهو ما يعني أن المشرع حاول بهذا القيد الزمني أن يلزم اللجنة الوطنية المختصة بضرورة عقد اجتماعاتها لمعرفة مصير الطعن ، وعلماً إذا كانت ستصل إلى حل يرضي المتعامل المتعاقد أو أن يدخل النزاع في مرحلة جديدة هي مرحلة التقاضي بعد أن استجاب المدعي للمادة 115 من المرسوم ورفع طعنه أمام اللجنة الوطنية المختصة للصفقات .

وتسجل نقطة إيجابية من المشرع عندما ألزم الإدارة المتعاقدة بموجب المادة 115 بالتقيد بالنتيجة التي وصلت إليها اللجنة الوطنية للصفقات المختصة بقولها "يسري هذا المقرر على المصلحة المتعاقدة بغض النظر عن غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية" ، وهو ما يضيفي على قرار اللجنة الوطنية للصفقات المعنية حجية النفاذ اتجاه الإدارات المعنية .

وبفرض الطعن أمام اللجنة الوطنية للصفقات يكون المشرع الجزائي قد خص منازعات الصفقات العمومية بأحكام خاصة وإجراءات مميزة ، وإذا لم يجد النزاع حلاً له على مستوى اللجنة الوطنية للصفقات المختصة فإنه بإمكان المتعامل المتعاقد رفع دعواه أمام الجهة القضائية المختصة .

ويتعين علينا تسجيل ملاحظة هامة حول ماورد في نص المادة 115 فقرة 05 فالنص وردت فيه عبارة " يمكن للمتعامل المتعاقد أن يرفع طعناً قبل كل مقاضاة أمام العدالة" . وعبارة يمكن تفيد الجواز لا الوجوب بما يعني أن إجراء الطعن أمام اللجنة الوطنية للصفقات المختصة أصبح اختيارياً وهو ما يوصلنا إلى نتيجة أنه بإمكان المتعامل المتعاقد أن يتجاوز إجراء التظلم ويرفع دعواه أمام

¹ المادة 115 ف05 من المرسوم الرئاسي 10-236: " يمكن للمتعامل المتعاقد أن يرفع طعناً قبل كل مقاضاة أمام العدالة، أمام اللجنة الوطنية للصفقات المختصة." .

² المادة 115 فقرة 06 من نفس المرسوم الرئاسي 10-236.

³ انظر المرسوم التنفيذي رقم 91-312 ، المؤرخ في 07-09-1991 المحدد لشروط الأخذ بمسؤولية المحاسبين العموميين .

الجهة القضائية المختصة مقارنة بالتنظيم السابق للصفقات العمومية الذي يؤكد على إلزامية التظلم من خلال عبارة " وذلك قبل رفع أي دعوى قضائية"¹.

الفرع الثاني: تسوية النزاع بالجوء إلى القضاء

بناء على نص المادة 115 من المرسوم الرئاسي 10-236، إذا فشل المتعاقد في تسوية نزاعاته مع المصلحة المتعاقدة بالطريق الودي له أن يلجأ إلى القضاء لأن هذا الطريق الأنجع غالباً في هذا الصدد.

إن السبب الغالب في منازعات الصفقات العمومية هو مخالفة نص أو بند من بنود الصفقة أو إلى أي خطأ يرتكبه أحد المتعاقدين نتيجة أعماله المادية ، كما يمكن أن يكون الطعن القضائي مؤسسا عند قيام أي عارض من عوارض تنفيذ الصفقة العمومية مثل حالة القوة القاهرة أو الظروف الطارئة وهو ما طبقه القضاء الجزائري في كثير من أحكامه².

وتجدر الإشارة أن منازعات الصفقات العمومية هي من اختصاص القضاء الإداري سواء فيما يتعلق بإعدادها وتكوينها وكذا تنفيذها، وحتى في حالة فسخها³.

وهذا ما تأكد من خلال قرار محكمة التنازع الصادر بتاريخ 08-05-2000 وكذا من خلال قضاء المحكمة العليا الغرفة الإدارية سابقا ، فقد ورد في قرارها الصادر بتاريخ 13-01-1990 في قضية (ب.م.ب) ضد وزير المالية ، والي ولاية المسيلة أن : "... حيث أنه نتيجة لذلك فإن إخلال أحد طرفي الصفقة لا يمكن أن يعاقب عليه إلا من قبل القاضي الإداري، وهو القاضي الطبيعي للإدارة خاصة في مثل هذه الحالات"⁴.

كما نسجل من خلال نص المادة المركزية الشديدة في إحالة كل النزاعات على مستوى التراب الوطني وفي كل القطاعات على اللجان الوطنية للصفقات ، وكان من الأفضل لو أسند المشرع ولاية الفصل في النزاعات الناتجة عن التنفيذ للجان صفقات المصلحة المتعاقدة وزارية و ولائية وبلدية حسب طبيعة الصفقة بما يخفف من وجه المركزية .

وتصنف منازعات الصفقات العمومية وملاحقها إما تحت عنوان القضاء الكامل أو قضاء الإلغاء.

أولاً : دعوى القضاء الكامل

¹ انظر المادة 102 فقرة 05 من المرسوم الرئاسي 02-250 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

² انظر قرار مجلس الدولة الجزائري ، الغرفة الثالثة ، قضية بلارة توفيق ضد رئيس المندوبية لبلدية سكيكدة في 08-03-1993 - لحسين بن الشيخ آث ملويا : المنتقى في قضاء مجلس الدولة ، الجزء الأول ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، 2003 ، ص 73 .

³ سهام بن دعاس : المذكرة السابقة ، ص 116.

⁴ مسعود شيهوب : المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ، الجزء الثالث : نظرية الاختصاص ، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1998 ، ص 398 .

من المسلم به أن قضاء العقود الإدارية هو المجال الأصيل للقضاء الكامل وبالتالي فإن مجال قضاء الإلغاء في نطاق العقود الإدارية محدود، لهذا فالمتتبع لقضاء مجلس الدولة الفرنسي يجد أن ذلك القضاء يقوم على مبدأ ، أن دعوى الإلغاء لا يمكن أن توجه إلى العقود الإدارية¹ .

وعلى هذا الأساس فالقاعدة العامة أن كافة المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية تدخل في ولاية القضاء الإداري الكامل ولا يخرج عن هذه القاعدة سوى الاستثناء الضيق في المجال العملي وهو القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية.

ويستمد القضاء الإداري اختصاصه بمنازعات العقود الإدارية من طبيعة القضاء الكامل والتي تنسجم وتعبر عن الطبيعة الذاتية لمنازعات العقود الإدارية.

ومن ثم يكون مجال حماية الحقوق المتولدة عن العقد الإداري هو القضاء الكامل بما يضمنه من حماية للحقوق² .

1- تعريف دعوى القضاء الكامل:

هي الدعوى التي يرفعها المدعي أمام الجهة القضائية الإدارية المختصة للمطالبة بالتعويض ومراجعة أو إعادة التقدير.

وسميت بدعوى القضاء الكامل نظرا لتعدد واتساع سلطات القضاء المختص في هذه الدعوى مقارنة بسلطاته المحدودة في الدعاوى الأخرى ، الإلغاء و التفسير و فحص المشروعية، ومن أهم وأشهر دعاوي القضاء الكامل دعوى التعويض أو المسؤولية الإجراءات المدنية، دعوى العقود الإدارية³ .

2- شروط اختصاص القضاء الكامل:

وتتلخص شروط اختصاص القضاء الكامل في ما يلي:

أ- أن تصدر القرارات عن الإدارة بوصفها جهة تعاقدية:

بمعنى يجب أن يصدر القرار عن الإدارة باعتبارها السلطة المختصة بإصدار هذا القرار وأن مصدر سلطاتها هو العقد، وأن تصدر في مواجهة المتعاقد بوصفها طرفا في العقد، لتستجد ما تصدره الإدارة من قرارات بوصفها سلطة عامة.

ب- أن يتصل القرار بالصفقة:

¹ علي الدين زيدان ومحمد السيد : المرجع السابق ، ص 68 .

² سلوى بزاحي :المذكورة السابقة ، ص 88 .

³ سهام عبدلي: مفهوم دعوى القضاء الكامل في الجزائر، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 2007-2008 ، ص212 .

ويقصد بذلك القرارات المركبة المتصلة بالعمليات الإدارية العقدية في مرحلة إبرام وتنفيذ العقد والداخلية في تكوين العقود، فالأصل أنها قرارات إدارية مركبة متصلة بالعقد وليست منفصلة عنه وبالتالي يختص بمنازعاتها قاضي العقد.

وحتى يخضع القرار لأولوية القضاء الكامل يجب أن تتصل بالصفقة انعقاداً أو تنفيذاً أو انقضاء دون أن تصدر في مواجهة المتعاقد مع الإدارة، وعليه يخرج من ولاية القضاء الكامل القرارات الصادرة للتمهيد لانعقاد العقد الإداري والتي تصدر عن دعوى القضاء الكامل التي تنتهي لقضاء الحقوق وبالتالي يلجأ إلى قضاء الإلغاء¹.

3- صور دعوى القضاء الكامل:

تأخذ منازعات العقود الإدارية في مجال القضاء الكامل صوراً متعددة² :

أ- دعوى بطلان العقد الإداري:

وهي دعوى تتصل بانعقاد العقد وصحته ، سواء لعييب في الإجراءات السابقة أو في إبرام العقد والذي يملك إقامة دعوى بطلان العقد هو أحد المتعاقدين .

ودعوى بطلان العقد الإداري تعد من أهم صور القضاء الكامل ، فليس للمتعاقد الذي يريد أن يتوصل إلى إلغاء العقد إلا سبيل القضاء الكامل³ ، لأن القاعدة المسلم بها تقوم على أن دعوى الإلغاء لا توجه إلى العقود الإدارية ،⁴ وهذه الدعوى لا يمكن لغير المتعاقد أن يرفعها فالغير ليس له أن يقيم دعوى بطلان العقد لأنه ليس طرفاً فيه⁵.

ب- دعوى الحصول على مبالغ مالية استناداً للعقد:

إن دعوى الحصول على مبالغ مالية يكون إما في صورة ثمن أو أجر متفق عليه في العقد أو تعويض عن أضرار تسبب فيها الطرف المتعاقد ، أو لأي سبب من الأسباب التي ترد في مجال العقود الإدارية ، والتي تؤدي إلى الحكم بمبلغ من المال⁶ . والدعوى المتعلقة بالحصول على مبالغ مالية معينة كثيرة جداً تكاد أن تطغى على بقية المنازعات الأخرى⁷ .

ومن بين القضايا في هذا المجال التي نظر فيها مجلس الدولة الجزائري:

¹ سهام عبدلي : المذكرة نفسها ، ص 215 .

² د. محمود عاطف البنا : المرجع السابق ، ص 328 .

³ سهام بن دعاس : المذكرة السابقة ، ص 43 .

⁴ د- محمود عاطف البنا : المرجع السابق ، ص 329 .

⁵ انظر في هذا المجال قرار مجلس الدولة الصادر في 19-02-2001 في قضية ورثة سوامية محمد ضد والي ولاية قسنطينة ومن معه والمتعلقة بإبطال العقد الإداري ، (قرار غير منشور) .

⁶ د. سليمان محمد الطماوي : القضاء الإداري - قضاء الإلغاء ، المرجع السابق ، 1976، ص 253 .

⁷ د.عمار بوضياف : المرجع السابق ، ص 229 .

- قضية المعهد الوطني للوقود والكيمياء ضد مكتب الدراسات العمرانية ببرج منايل في القرار !
- لمؤرخ في 03-05-1999¹ .
- حيث قضى مجلس الدولة بإلزام المعهد الوطني للمحروقات والكيمياء ببومرداس أن يدفع للمدعي المتمثل في " مكتب الدراسات " مبلغ مالي .
- قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية ثنية الأحد ضد (زد) ، ملف رقم 020289 ، فهرس رقم 870 ، في قراره المؤرخ في 12-07-2005 المتعلق بتسديد مبلغ الأشغال .
- حيث قضى المجلس أن البلدية لا تستطيع التذرع بعدم توفر السيولة المالية للامتناع عن تسديد مبلغ الأشغال التي طلبتها، ولا تستطيع البلدية الشروع في أشغال لا تتوفر مسبقا على الاعتمادات الكافية طبقا لمقتضيات المادة 58 من القانون رقم 90-21 المؤرخ في 15-08-1990 المتعلق بالمحاسبة العمومية وللمواد 09،07،06،05 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المؤرخ في 14-11-1992 المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها² .
- قضية مدير التربية لولاية تيارت ضد (ب ل) ، ملف رقم 016150 ، فهرس رقم 659 ، في قراره المؤرخ في 21-09-2004 ، المتعلق بأشغال صيانة المدارس³ .
- ومن أهم الدعاوى أيضا التي ترفع من أجل الحصول على مبالغ مالية، تلك المتعلقة بشأن المنازعات الناتجة عن تنفيذ الأشغال الإضافية، ومن أهم النزاعات التي عرضت في هذا المجال على مجلس الدولة الجزائري، نذكر على سبيل المثال:
- قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، ملف رقم 006052 بتاريخ 2003 في قضية (ق.ع) ضد بلدية متليلي وموقفه من الجمع بين مبلغ الأشغال الإضافية والمطالبة بفوائد التأخير⁴ .
- قرار مجلس الدولة المؤرخ في 12-07-2005، الغرفة الأولى، فهرس 927 ملف رقم 22350، في قضية (ق.ع.ب) ضد مدير الشباب والرياضة لولاية البويرة⁵ .
- إن التعويض في هذه الدعوى يختلف عن الغرامة ، فالغرامة هي مبلغ من المال يحدد جزافا في العقد كجزء إخلال المتعاقد بشرط معين من شروط العقد ، أما التعويض فهو المبلغ الذي يلزم المتعاقد

¹ حسين بن شيخ آث ملويا : مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية ، دون طبعة ، دار هومة ، 2002 ، ص 86 .

² مجلة مجلس الدولة الجزائري، العدد السابع (07)، السنة 2005، ص 86.

³ انظر الملحق رقم 04، ص 204.

⁴ مجلة مجلس الدولة الجزائري، العدد الرابع (04)، السنة 2004.

⁵ حيث قضى مجلس الدولة في هذه القضية ، بأن تسديد ثمن الأشغال الإضافية يكون مستوجبا للدفع للمؤسسة حتى في حالة انعدام طلب من صاحب المشروع مبلغ الأشغال الإضافية عندما تكون ضرورية للمشروع ومنجزة وفق القواعد المقررة - وفي هذا الصدد انظر الملحق رقم 04 ، ص 194.

بدفعه نظير إخلاله بالتزاماته التعاقدية دون أن يكون محددا مسبقا في العقود، ولا يلزم المتعاقد بالتعويض إلا إذا نتج عن فعله ضرر ، أما الغرامة فلا يشترط فيها تحقق الضرر¹ .

ج- دعوى إبطال بعض التصرفات الصادرة من الإدارة على خلاف التزاماتها التعاقدية

إذا صدر عن الإدارة تصرف على خلاف التزاماتها التعاقدية، فإن للمتعاقد الآخر أن يحصل على حكم بإبطال تلك التصرفات عن طريق القضاء الكامل² ، لأنه لا يستطيع أن يلجا إلى قضاء الإلغاء. وتحفظ دعوى المتعاقد في هذه الحالة بصفقتها تلك من حيث أنها تنتمي إلى القضاء الكامل حتى ولو اقتصر على طلب إلغاء قرار إداري أصدرته الإدارة بصفقتها متعاقدة:

ثانيا: دعوى قضاء الإلغاء

المبدأ أن المنازعات المتعلقة بالإجراءات التي تتخذها جهة الإدارة قبل المتعاقد معها تندرج تحت ولاية القضاء الكامل حتى ولو انصب النزاع على طلب إلغاء قرار إداري اتخذته الإدارة قبله ، لذا سنلقي الضوء على هذه الدعوى³ .

1- تعريف دعوى قضاء الإلغاء:

هي الدعوى التي يلتمس فيها كل شخص طبيعي أو معنوي ذي صفة ومصلحة من القاضي الإداري التصريح بعدم شرعية قرار إداري والحكم بإلغائه.

فإن حدث ذلك فإن دور القاضي يقتصر على فحص مشروعية القرار الإداري وإلغائه متى لاحظ مخالفته للقانون دون أن يحكم بتعديله أو استبداله⁴.

ومن أهم شروط دعوى الإلغاء أن يتعلق النزاع بقرارات منفصلة ويقصد بها تلك القرارات الإدارية الناتجة عن عمليات مركبة تتعلق بعمليات وإجراءات تحضير عملية إبرام وانعقاد الصفقة العمومية مثل: قرارات إرساء العطاءات أو ترخيص للسلطة المعنية بالتعاقد وقرار إعلان المناقصات والمزايدات العامة والقرارات المتعلقة بتحديد ميعاد المداولات السابقة ، فهذه القرارات منفصلة عن الصفقة العمومية.

غير أنها تساهم في تكوينها وتستهدف إتمامها فهي لا تدخل في نطاق الرابطة التعاقدية مما يجيز الطعن فيها بالإلغاء، استقلالاً عن العقد وهي ليست غاية في ذاتها لكنها تندرج في العملية التعاقدية .

¹ د. محمد فؤاد مهنا: مبادئ وأحكام القانون الإداري، دون طبعة وتاريخ نشر، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، ص 776.

² انظر على سبيل المثال قرار مجلس الدولة المؤرخ في 15-04-2003 ، في قضية مقابلة الأشغال العمومية لزعر ميلود ضد بلدية التنس ، ملف رقم 008072 ، فهرس 272 ، الغرفة الأولى ، (غير منشور)

³ سهام عبدلي : المذكرة السابقة ، ص 118 .

⁴ سهام عبدلي : المذكرة السابقة، ص 217 .

وتأخذ القرارات المنفصلة عدة صور¹ ، بحسب المراحل التي تمر بها العملية التعاقدية، حيث يصدر في كل منها قرار يشكل بذاته قرار إداري منفصل على العقد الإداري يجوز الطعن فيه بالإلغاء استقلالا عن العقد، ومنها مثال قرار لجنة البث بإرساء المناقصة حيث يجوز لصاحب العطاء المرفوض إقامة دعوى إلغاء فهذا القرار صادر عن لجنة البث لرفض عطائه.

والقرار الصادر بإبرام العقد ففي الواقع هو في حد ذاته قرار منفصل يختص بنظره قضاء الإلغاء باعتبار أن العقد لم ينعقد بعد ، الأمر الذي يجعل منه قرارا إداريا منفصل عن العقد الإداري يجوز معه الطعن بالإلغاء لأن الإدارة أصدرته بوصفها سلطة عامة وليس جهة متعاقدة فالعقد لم يتم بعد².

2- الاختلاف بين دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل :

أ- من حيث سلطة القاضي:

تختلف دعوى الإلغاء عن دعوى القضاء الكامل من حيث حجم سلطات القاضي في كل منها حيث أن سلطات القاضي المختص محدودة وضيقة في دعوى الإلغاء، بالرغم من شدة فاعلية وقوة هذه الدعوى في القضاء على الأعمال الإدارية غير المشروعة وإنهاء آثارها القانونية نهائيا وإلى الأبد.

ولكن سلطات القاضي في دعاوى القضاء الكامل واسعة ومتعددة ولذلك سميت بدعاوى القضاء الكامل، فهكذا ونظرا لكون كل من دعوى التعويض والمسؤولية الإدارية ودعاوى العقود الإدارية من دعاوى قضاء الحقوق ونظرا لطبيعتها الشخصية والذاتية تتسع فيها سلطة القاضي الإداري³.

حيث يجوز للقاضي المختص في دعاوى القضاء الكامل سلطة عن مدى وجود الحقوق الشخصية المكتسبة والاعتراف بوجودها، ثم سلطة البحث والتقدير عن مدى عدم شرعية الأعمال الإدارية الضارة⁴ ، ثم سلطة البحث عن المساس والإضرار بالحقوق الشخصية المكتسبة بفعل الأعمال غير المشروعة والضارة ، وسلطة تقدير التعويض الكامل والعادل واللازم لإصلاح الأضرار المادية أو المعنوية التي أصابت الحقوق الشخصية المكتسبة، وسلطة الحكم بالتعويض الكامل والعادل وسلطة أمر السلطات الإدارية بدفع التعويض المحكوم به.

فسلطة القاضي في دعاوى القضاء الكامل واسعة ، بينما سلطات القاضي في دعوى الإلغاء محدودة وضيقة.

ب- من حيث النظام القانوني:

¹ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: المرجع السابق، ص 341.

² د. عمار عوابدي: النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري ، الجزء الثاني، نظرية الدعوى الإدارية ، ط03 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2004 ، ص 64 .

³ معوض عبد التواب: دعاوى التعويض الإدارية وصيغتها، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، 1997، ص 11.

⁴ د.عمار عوابدي : المرجع السابق . ص 64.

تختلف دعوى الإلغاء عن دعاوي القضاء الكامل من حيث الطبيعة، إذ أنّ دعوى الإلغاء هي دعوى عينية موضوعية وهي من دعاوي قضاء الشرعية.

بينما دعاوي القضاء الكامل هي دعاوي شخصية وذاتية وهي أيضا من دعاوي الحقوق في طبيعتها، يترتب عن ذلك بطبيعة الحال اختلاف النظام القانوني لعملية تطبيق دعوى الإلغاء عن النظام القانوني لدعاوي القضاء الكامل من حيث عدة عناصر وأمور أهمها ما يلي :

• اختلاف مفهوم الصفة والمصلحة في دعوى الإلغاء عن مفهوم شرط الصفة والمصلحة في دعاوي القضاء الكامل.

حيث يتميز مفهوم شرط الصفة والمصلحة في دعوى الإلغاء نظرا لطبيعتها الموضوعية والعينية بالمرونة والسهولة في التطبيق تشجيعا لتحريك ورفع دعوى الإلغاء من الأفراد لحماية شرعية أعمال الدولة العامة.

فيكفي لتحقيق شرط الصفة والمصلحة في دعوى الإلغاء أن يكون للشخص مجرد وضع قانوني أو حالة قانونية وقع عليها اعتداء بفعل قرار إداري غير مشروع فمفهوم شرط الصفة والمصلحة في دعاوي القضاء الكامل يتسم بالتعقيد والصعوبة والجمود.

• إجراءات وشكليات عريضة الإلغاء تمتاز في القضاء الإداري بالبساطة والسهولة والسرعة عكس دعاوي القضاء الكامل حيث أن الإجراءات والشكليات المتعلقة بعريضة الدعوى تتسم بالتعقيد والصعوبة والإطالة في إنجازها وتقديمها.

• الجهة القضائية المختصة بدعوى الإلغاء هي دائما جهة القضاء الإداري، متمثلة في المحاكم الإدارية وهي جهات الولاية العامة للمنازعات الإدارية¹ ، ومجلس الدولة كجهة استئناف في الأحكام والأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية² وكجهة نقض في القرارات الصادرة في آخر درجة عن الجهات القضائية الإدارية³ ، بينما تتقاسم كل من جهات القضاء العادي وجهات القضاء الإداري بالنظر والفصل في دعاوى القضاء الكامل وفقا لقواعد الاختصاص القضائي السائد في كل بلد⁴.

وتجدر الإشارة أن الأمر مختلف في الجزائر حيث أنه قبل إصلاح 18-08-1998 كانت الغرف الإدارية لدى المحكمة العليا هي قاضي الإلغاء الوحيد وكانت الغرف الإدارية المحلية هي صاحبة

¹ انظر المادة 800 من القانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ص 221 .

² انظر المادة 902 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادة 10 من القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق بصلاحيات وتنظيم وتسيير مجلس الدولة .

³ انظر المادة 903 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادة 11 من القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق بصلاحيات وتنظيم وتسيير مجلس الدولة .

⁴ د.عمار عوابدي: المرجع السابق ، ص 239-240 .

الولاية العامة في القضاء الكامل وبعد هذا الإصلاح أصبحت الغرف الإدارية المحلية هي قاضي الولاية العامة الذي يختص بقضاء الإلغاء وبالقضاء الكامل في آن واحد .

أما قانون الإجراءات المدنية والإدارية من خلال المادة 801 ، فقد منح الاختصاص بالنظر في دعاوى القضاء الكامل للمحاكم الإدارية ، فالمشرع أوكل للمحاكم الإدارية النظر في كل من دعاوى الإلغاء كدرجة أولى في التقاضي ، وكذلك دعاوى القضاء الكامل .

الفرع الثالث: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات تعديل الصفقة العمومية

في حالة عدم التوصل إلى حل النزاع وديا ، ولعدم رغبة الأطراف من تحويل النزاع على جهة القضاء المختص ، يمكن الاتفاق إلى اللجوء إلى وسيلة أخرى لتسوية النزاع الحاصل لدى تنفيذ التعديلات التي أحدثتها المصلحة المتعاقدة على الالتزام التعاقدية وتمثل في التحكيم .

للتحكيم بصفة عامة مبررات دعت إلى وجوده كوسيلة سريعة لفض منازعات تقاضي طبيعتها الخاصة سرعة الفصل فيها.

وعلى الرغم من كون التحكيم وسيلة لتسوية المنازعات بحكم ملزم لأطرافها ، إلا أن له ذاتيته الخاصة ، التي ينفرد بها عما سواه من وسائل تسوية المنازعات .

وقد أقر المشرع للأشخاص المعنوية اللجوء إلى آلية التحكيم في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية¹.

أولاً: تعريف التحكيم

1- اصطلاحاً:

يعرف التحكيم في الاصطلاح على أنه:

" تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما والمراد بالخصمين هو الفريقان المتخاصمان² " .

2- الفقه : ويعرفه الفقه كالاتي:

التحكيم هو اتفاق على طرح نزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة³ .

ومن ثم فهو عملية قانونية مركبة تقوم على اتفاق أطراف نزاع معين على عرض خلافهم على محكم أو أكثر للفصل فيه على ضوء قواعد العدالة ، وفقاً لما ينص عليه الاتفاق مع تعهد أطراف النزاع

¹ انظر المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

² د. محمد بن ناصر بن محمد الجاد : التحكيم في المملكة العربية السعودية ، مركز البحوث والدراسات الإدارية ، الرياض ، 1999 ، ص 17 .

³ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 12.

بقبول الحكم الذي يصدر عن المحكمين والذي يحوز حجية الأمر المقضي فيه، ويصدر بتنفيذه أمر من السلطة القضائية في الدولة التي يراد تنفيذه بها¹.

ويعرفه آخرون² "بأنه اتفاق أطراف النزاع اتفاقاً يجيزه القانون على اختيار بعض الأشخاص أو الهيئات للفصل في المنازعة وقبول القرار الصادر فيها.

ثانياً : تمييز التحكيم عن القضاء

هناك العديد من الأوجه التي تميز التحكيم عن قضاء الدولة الرسمي تتمثل في أساس ونطاق كل منهما بالإضافة إلى الصلاحيات التي تملكها المحكمة وهيئة التحكيم والآثار المترتبة على كل منهما³، وسنبرز الاختلاف بين التحكيم والقضاء في الآتي:

1- من حيث الأساس:

أساس اللجوء للتحكيم هو إرادة طرفي النزاع ، ويسمى هذا الاتفاق بشرط التحكيم حيث يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة لعرض النزاعات التي تثار بشأن هذا العقد على التحكيم⁴ ، كما يطلق عليه باتفاق التحكيم حينما يقبل الأطراف على عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم⁵.

وعلى العكس من ذلك ، حيث يكون بوسع كل من يدعي أن له حقا لدى آخر، أن يلجأ إلى القضاء طالبا الحماية القضائية لحقه الذي ينازعه فيه آخر ، وهنا ينشأ لهذا الأخير حق الدفاع عن نفسه أمام القضاء .

ومن ثم فإن الالتجاء إلى القضاء هو بمثابة حق عام للخصم أن يستعمله تلقائيا دون حاجة إلى الحصول على موافقة الخصم الآخر أو الإستناد إلى نص خاص⁶.

وبناء على ماتقدم ، فإنه إذا كان لمبدأ سلطان الإرادة دور في قيام التحكيم ، إلا أن إرادة أطراف النزاع غير كافية لذلك ، حيث يتعين أن يجيز المشرع لهم اللجوء لهذا النظام في تسوية المنازعة وإلا أضحي المختص هو قضاء الدولة التي وقع على أرضها النزاع⁷.

2- من حيث نطاق الاختصاص :

¹ د. يسري محمد العطار: التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دون طبعة، دار النهضة العربية، 2002، ص 14.

² د. ماجد راغب الحلو: العقود الإدارية والتحكيم، دون طبعة، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، 2000، ص 161.

³ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: المرجع السابق، ص 15.

⁴ انظر المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

⁵ انظر المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

⁶ د. محمد شفيق: التحكيم التجاري الدولي، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 15.

⁷ د. محمد شفيق: المرجع نفسه، ص 14 و 15.

نطاق اختصاص القضاء أوسع بالمقارنة بنطاق اختصاص هيئة التحكيم نظرا لما يتمتع به القضاء من ولاية عامة تمكنه من الفصل في جميع المنازعات في حين أن نطاق التحكيم يقتصر على المنازعة المتعلقة بحقوق مالية، من الجائز الصلح والتنازل فيها¹ ، ومن ثم فلا يمتد نطاق اختصاص التحكيم إلى الفصل في المنازعات المتعلقة بمشروعية أعمال الإدارة كدعوى الإلغاء مثلا.

3- من حيث الأثر:

الأصل العام في الأحكام القضائية هو تمتعها بحجية نسبية، حيث تقتصر آثار الحكم على أطراف الدعوى دون أن تمتد لسواهم، ويستثنى من هذا الأصل العام الأحكام الصادرة في الدعوى ذات الطبيعة العينية كدعوى الإلغاء ، حيث تتمتع الأحكام الصادرة فيها بحجية مطلقة تسري في مواجهة الكافة .

وعلى العكس من ذلك فإن حكم التحكيم ليس له في جميع الأحوال سوى حجية نسبية حيث يقتصر أثره على طرفي النزاع وحدهما² .

4- من حيث قابلية الحكم للتنفيذ:

الحكم القضائي يكون واجب التنفيذ بمجرد صدوره وانقضاء مواعيد الطعن عليه مالم يكن قد قضي بوقف تنفيذه .

أما الحكم التحكيمي حتى يكون محل تنفيذ لابد من صدور أمر بذلك من السلطة المختصة ، وقد أقر المشرع ذلك بقوله يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابل للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها³.

ثالثا: شروط التحكيم

التحكيم كإجراء قانوني يستوجب توافر شروط شكلية و موضوعية لازمة لصحته:

1- الشروط الشكلية: تتمثل الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم في ضرورة كتابته وأن يكون عدد المحكين فيه وترا (عدد فردي).

أ – كتابة اتفاق الأطراف:

الكتابة شرطا لازما لصحة كل من شرط التحكيم واتفاق التحكيم ، حيث يقع باطلا كل اتفاق لم يفرغ في شكل مكتوب ، فشرط التحكيم يثبت تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها⁴ ، ويحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا¹.

¹ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: المرجع السابق، ص 16.

² د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: المرجع السابق، ص 17.

³ انظر المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

⁴ انظر المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ب- العدد الوتري للمحكمن :

قد نص المشرع على أن تكون تشكيلة محكمة التحكيم تتكون من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي².
2- الشروط الموضوعية : الاتفاق بين طرفي التعاقد على تسوية نزاعاته عن طريق التحكيم ، ما هو إلا عقد يلقي التزاما على عاتق طرفيه بعدم الالتجاء إلى القضاء لتسوية هذا النزاع ، وهذا يتطلب أن تتوافر في هذا الاتفاق الشروط الواجبة التوافر لصحة الالتزامات بصفة عامة وهي الرضا والمحل والأهلية:

أ- الرضا :

تلعب إرادة طرفي التعاقد دورا بارزا في مجال التحكيم، حيث يتفق على الالتجاء إليه في التعاقد ذاته، أو يبرم اتفاقا خاصا ينطوي على قبول طرفي التعاقد بتسوية نزاعاته من خلال أسلوب التحكيم.

ب- المحل:

محل اتفاق التحكيم هو موضوع النزاع، ويشترط لصحة التحكيم ألا يكون موضوعه "محلّه" مخالفا للنظام العام، وإلا وقع الاتفاق عليه باطلا، وينسحب هذا البطلان إلى قرار التحكيم.
 وحكمة عدم جواز الاتفاق على التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام، أن هذه المسائل خاضعة لرقابة السلطة العامة وإشرافها والتي يعنيه أن تسري عليها قواعد موحدة³ ، وهو الأمر الذي لن يتحقق في حالة اللجوء لنظام التحكيم بصدد تلك المسائل.
 يضاف إلى ما تقدم أنه لا يجوز أن يكون محل التحكيم مسألة من مسائل الأحوال الشخصية ومسائل الجنسية حيث تعد تلك المسائل من النظام العام⁴.

ج- الأهلية:

لأن اتفاق التحكيم لا يصح إلا إذا كان تعبيراً عن إرادة حرة لطرفيه فإن هذا الاتفاق يتعين أن يكون طرفيه من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين ممن يملكون التصرف في حقوقهم، بمعنى أن يكون الشخص متمتعاً بحقوقه المدنية⁵.

رابعاً: أنواع التحكيم

¹ انظر المادة 1012 من نفس القانون.

² انظر المادة 1017 من نفس القانون.

³ د. أحمد أبو الوفا : التحكيم الاختياري والإجباري ، دون طبعة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1978 ، ص 73 .

⁴ د. أحمد أبو الوفا : المرجع نفسه، ص 72 .

⁵ انظر المادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

ينقسم التحكيم من حيث دور إرادة الخصوم في إنشائه إلى تحكيم اختياري وتحكيم إجباري ، وبالنظر إلى النطاق الجغرافي ينقسم التحكيم إلى تحكيم داخلي وتحكيم خارجي ، كما ينقسم من حيث الأساس الذي يستند إليه المحكمون إلى تحكيم بسيط وتحكيم مع التفويض بالصلح .

1- التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري:

الأصل في التحكيم أن يكون اختياريًا ، بحيث يستند في قيامه إلى إرادة أطراف النزاع واختيارية التحكيم تعني ترك الحرية لأطراف النزاع في اللجوء إلى هذا الأسلوب لتسوية النزاع أو العزوف عن ذلك مفضلين رفع الأمر للقضاء ، أو اللجوء لأي طريق آخر لتسوية نزاعهم¹ . وقد يكون التحكيم إجباريًا حينما يفرضه المشرع على الخصوم لتسوية بعض المنازعات نظرا لطبيعتها الخاصة، بحيث لا يستطيع الخصوم اللجوء إلى القضاء لتسوية تلك المنازعات. وفي التحكيم الإجباري قد يكتفي المشرع بفرض التحكيم تاركًا للخصوم حرية اختيار المحكم وتعيين إجراءات التحكيم ، وقد لا يكتفي المشرع بهذا القدر من التدخل فيضع تنظيمًا كاملاً لإجراءات التحكيم ، بحيث لا يكون لإرادة الخصوم أي دور في هذا الشأن² .

2- التحكيم الداخلي والتحكيم الخارجي:

ينصرف تعبير التحكيم الدولي إلى التحكيم الذي يتصل بمصالح التجارة الدولية أما التحكيم الداخلي فيقصد به أساسًا التحكيم الذي تجري إجراءاته أو يصدر الحكم فيه داخل الدولة³ ، بمعنى أن التحكيم الذي يصدر حكمه خارج الدولة يطلق عليه تحكيم خارجي .

3- التحكيم البسيط والتحكيم مع التفويض بالصلح :

التحكيم البسيط هو التحكيم الذي يستند المحكم في إصدار حكمه فيه إلى قواعد القانون بمعناه الواسع والذي يشمل جميع القواعد القانونية مكتوبة كانت أم غير مكتوبة كالمبادئ القانونية العامة والعرف. وإذا كان التحكيم البسيط هو الأصل فإنه استثناء منه يجيء التحكيم مع التفويض وبموجبه يخول طرفي المنازعة هيئة التحكيم سلطة الفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدل والإنصاف دون التقيد بأحكام قانون ما⁴ .

المطلب الثاني: ضمانات مراعاة التوازن المالي للصفقة العمومية

¹ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: المرجع السابق، ص 28.

² د. عصمت عبد الله الشيخ: التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دون طبعة، دار النهضة العربية 2000، ص

30.

³ د. محمود عاطف البنا : المرجع السابق ، ص 351 و 352 .

⁴ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: المرجع السابق ، ص 31.

رأينا مما سبق أن المتعاقد مع الإدارة يتعرض أثناء التنفيذ لتدخل الإدارة ، التي تملك في الحدود التي رسمناها زيادة التزاماته أو إنقاصها ، ولما كانت التزامات المتعاقد في هذه الظروف تتسم بالمرونة فإن من الضروري إضفاء هذه الصفة على حقوقه المستمدة من العقد أيضا ، نظرا للعلاقة الوثيقة بين التزامات المتعاقد وحقوقه فالمتعاقد إنما يقبل أن يلتزم لأنه يضع نصب عينيه حقوقا معينة يعول عليها ومادامت الالتزامات قابلة للزيادة أو النقص فيجب أيضا أن يكون هذا هو شأن الحقوق المقابلة لها وهذا ما يعبر عنه بصفة عامة بفكرة التوازن المالي للعقد الإداري¹ .

فمقابل سلطة الإدارة في تعديل الصفقة عن طريق ملحق لها يتمثل في تحقيق التوازن المالي والذي يركز على حق المتعاقد في التعويض.

القاعدة بالنسبة للتعويض على أساس التوازن المالي للعقد ، أنه إذا لم يكن مقداره متفقا عليه في العقد فإن جهة الإدارة لا تملك أن تستقل بتقديره ، بل يقدره قاضي العقد اعتبارا بأنه ينشأ عن تكاليف غير متوقعة وأن كل ما هو غير متوقع يعتبر خارجا عن النطاق فلا تطبق عليه شروطه ولتعبير عدم التوقع في هذه الخصوصية معنى خاص بها هو أن التكاليف الزائدة التي تلقى على عاتق المتعاقد تعتبر غير متوقعة مادام أنها ليست جزءا من الاتفاق ، بمعنى أنه لا يقابلها في شروط العقد أي تقدير² .

الفرع الأول: التعويض كمقابل لسلطة التعديل

إذا كان من المتفق عليه أن للإدارة سلطة تعديل بعض نصوص العقد فلا يجوز أن يقف المبدأ عند هذا الحد وإلا اشتملت العقود الإدارية على نص منافي للعدالة ولما تقدم أحد للمتعاقد مع الإدارة مادام مهددا بذلك التعديل الذي يزيد من التزاماته .

لذلك تقضي العدالة بضرورة إعادة التوازن المالي الذي أبرم العقد على أساسه وذلك بمنح المتعاقد مع الإدارة تعويضا عن الأضرار التي تكون لحقته في مركزه التعاقدية، على أثر ممارسة سلطة التعديل. إن إثارة ضرورات المرفق العام على المصالح الخاصة للمتعاقد مع الإدارة ليس معناه التضحية بهذه المصالح بحيث يتحمل المتعاقد مع الإدارة وحده جميع الأضرار، بل يجب أن يتساوى الأفراد في تحمل الأعباء العامة³ .

أولاً: مدى التعويض وأوضاعه

¹ د. سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص 584 .

² حمدي ياسين عكاشة: المرجع السابق، ص326.

³ د. خميس السيد إسماعيل: المرجع السابق، ص 147.

المسلم به أن التعويض يجب أن يغطي كل الضرر الذي تحمله المضرور¹ ، حيث يتوجب على الإدارة تعويض المتعاقد التعويض العادل عن الأضرار التي تلحق بمركزه التعاقدية أو تلك التي تقلب الظروف المالية للعقد² .

والتعويض يشمل مافات المتعاقد من كسب وما لحقه من خسارة ، فان تحدد قدر التعويض المستحق في العقد ، يكون هذا التقدير هو الواجب الإلتباع ، وفي كل الأحوال فان الضرر الموجب للتعويض يتعين إثباته في كل حالة على حدى ولا يجوز افتراضه وعلى أساسه يقدر التعويض³ .

والتعويض لا يكون مستحقا إلا إذا كان له موجب⁴ ، بمعنى أن يكون هناك مساس فعلي بمركز المتعامل المتعاقد مع الإدارة .

إن الحق في التعويض عن تعديل العقد بعد إبرامه بإرادة مشتركة سوية لطرفيه معا لا يترتب لأي منهما مثل هذا الحق إلا بقدر ما يثمره اتفاقهما المشترك⁵ .

ثانيا : أساس التعويض

إن الأساس الذي يركز عليه التعويض كأثر لاستعمال الإدارة لحقها في التعديل لا يقوم على خطأ الإدارة وإنما العدالة المجردة والرغبة في استمرار المتعاقد في الوفاء بالتزامه⁶ .

إن القاضي لا ينظر في درجة الخطأ الذي ارتكبه الإدارة في ما يتعلق بتقدير التعويض إذا ما قامت المسؤولية على أساس الخطأ ، فمراعاة درجة الخطأ المنسوب للإدارة ينظر إليه في قضاء مجلس الدولة بمعرفة قيام ركن الخطأ أو عدم قيامه ، وبمعنى آخر إذا لم يكن الخطأ على درجة معينة من الجسامه في الحالات التي يشترط المجلس فيها ذلك يعتبر مفتقرا ، فلا تسأل عنه الإدارة وكأنها لم تخطأ إطلاقا.

أما إذا سلم المجلس بقيام الخطأ الذي يستوجب مسؤولية الإدارة سواء كان جسيما أو غير جسيم حسب الأحوال ، فانه يقدر التعويض حسب جسامه الضرر لا حسب جسامه الخطأ⁷ ، وإذا طبقت نظرية الخطأ فان التعويض غير ممكن إلا إذا أثبت المضرور خطأ الإدارة⁸ .

¹ د. سليمان محمد الطماوي : القضاء الإداري ، الكتاب الثاني ، قضاء التعويض ، دار الفكر العربي ، 2003 ص 420 .

² حمدي ياسين عكاشة : المرجع السابق ، ص 315 .

³ د. محمود فؤاد عبد الباسط : المرجع السابق ، ص 267 و 268 .

⁴ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة : الأسس العامة للعقود الإدارية ، ص 255 .

⁵ حمدي ياسين عكاشة : المرجع السابق ، ص 16 .

⁶ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة : المرجع السابق ، ص 255 .

⁷ د. سليمان محمد الطماوي : المرجع السابق ، ص 420 .

⁸ أحمد محيو : المنازعات الإدارية ، ط 05 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2003 ، ص 222 .

ونخلص إلى أنه كمقابل لاستعمال الإدارة لحقها في تعديل الصفقة يترتب على عاتقها تعويض المتعامل المتعاقد معها تعويضا عادلا عما يصيبه من أضرار ولو لم يكن هناك خطأ من جانبها تأسيسا على أنه ليس من العدل والإنصاف وحسن النية في المعاملات أن يترك مثل هذا المتعاقد فريسة لظروف سيئة لا دخل له فيها وبدون أي تعويض استنادا إلى نصوص العقد الحرفية¹. وتجدر الإشارة إلى أن التوازن المالي للعقد أمر مفروض في كل عقد إداري ومن حق المتعاقد مع الإدارة أن يعرض على مقتضاه دون الحاجة إلى النص على ذلك في العقد ومعنى ذلك أن العقود الإدارية قائمة على وجود تناسب بين الالتزامات التي تفرضها والفوائد التي يجنيها المتعاقدون منها².

وعليه فإن الأساس القانوني لضمان تعويض المتعامل المتعاقد يكمن في المبدأ الدستوري القاضي بوجود مساواة الجميع أمام التكاليف والأعباء العامة ، لأن الضرر الخاص الذي يتحملة المتعاقد والذي يصيب موضوعا جوهريا في العقد يشكل عبء استثنائيا ، ويجب على الإدارة إعادة التوازن المختل بدفع مبالغ التعويض الكامل³.

كما أن القاعدة العامة في تقدير القاضي للتعويض في القضاء العادي أو في القضاء الإداري هي أن التعويض يكون بقدر ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب⁴.

الفرع الثاني: صور التعويض كأثر لإعادة التوازن المالي للصفقة

كما أوضحنا سابقا أن للمتعاقد الحق في المطالبة بالتعويضات عن خطأ الإدارة كما يكون له الحق في تعويضه عن خسائره الناجمة عن التعديل ، ولو كان ذلك بغير خطأ من الإدارة ، بناء على حق المتعاقد في حفظ التوازن المالي للعقد من خلال نظرية عمل الأمير ، أوفي حالة الاختلال الناتج عن حدث طارئ بتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، أو الاختلال الناجم عن صعوبات مادية غير متوقعة بإعمال النظرية المنسوبة لهذا الطرف (نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة)⁵، كما يترتب للمتعاقد نفس الحق في حالة قيامه بأعمال مفيدة وضرورية لإتمام تنفيذ الصفقة .

¹ د. سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص 592 .

² د. محمد رفعت عبد الوهاب وحسين عثمان محمد عثمان: مبادئ القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2001 ص 688.

³ إسماعيل بحري : المذكرة السابقة ، ص 84 .

⁴ د. محمد رفعت عبد الوهاب : أصول القضاء الإداري (قضاء الإلغاء - قضاء التعويض - إجراءات القضاء الإداري في الفقه الإسلامي) ، الدار الجامعية الجديدة ، الإسكندرية ، 2007 ، ص 257 .

⁵ د. نذير بن محمد الطيب: المرجع السابق، ص 96.

وعليه إذا طرأت أثناء التنفيذ أحداث جديدة أحدثت خلافاً في التوازن المالي والاقتصادي للعقد فإنه يترتب للمقاول تعويضات متفاوتة بين حالة وأخرى¹ ، ويتقرر للمقاول المطالبة بالتعويض بسبب التكاليف الإضافية التي يتحملها² ، وهذا ما سوف نوضحه في الآتي :

أولاً : حق التعويض عن فعل الأمير

حق المتعاقد مع الإدارة في الحصول على تعويض لجبر الضرر اللاحق به نتيجة المساس بالتوازن المالي للعقد لا يكون في حالة اتجاه الإدارة إلى تعديل العقد فقط وإنما يتم أيضاً عندما تستخدم الإدارة بوصفها سلطة عامة وليس بصفقتها التعاقدية سلطتها في اتخاذ إجراءات من شأنها أن يسوء مركز المتعاقد معها .

ولقد حددت أحكام القضاء الإداري شروط نظرية فعل الأمير وهذا ما رأيناه سابقاً إذ أن شروط تطبيق نظرية فعل الأمير هي مناط الحكم بالتعويض ، كما تعرضت لأسس التعويض المترتب عن اتخاذ الإدارة للإجراءات المؤثرة على التوازن المالي للعقد .

وكما لاحظنا سابقاً بالنسبة لأثار تطبيق نظرية فعل الأمير أن الأثر الأساسي هو إعادة التوازن المالي للعقد عن طريق منح المتعاقد تعويضاً كاملاً عما أصابه من خسارة وما فاتته من كسب³ .

ويتم تقدير هذا التعويض طبقاً للقواعد المقررة في القانون الإداري في هذا الشأن والتعويض عن عمل الأمير يشمل عنصرين :

1- ما لحق المتعاقد من خسارة :

ويتضمن هذا العنصر المصروفات الفعلية التي أنفقها المتعاقد وهذه المصروفات الفعلية التي أنفقها المتعاقد تختلف باختلاف الأحوال وطبيعة التعديل ونتائجه ، ومثل ذلك ما إذا طلبت الإدارة سرعة إنجاز الأعمال ، فإن ذلك قد يؤدي إلى زيادة التكاليف على المتعاقد بدفع أثمان مرتفعة أو زيادة في أجور الأيدي العاملة علاوة على ما يترتب على تعديل العقد أثناء تنفيذه خسائر متنوعة وفي هذه الحالة يجب تعويض هذه الخسائر مادامت علاقة السببية قائمة بينها وبين الإجراء الذي طلبت جهة الإدارة من المتعاقد معها اتخاذه⁴ .

2- ما فات المتعاقد مع الإدارة من كسب :

¹ د. يوسف سعد الله الخوري : القانون الإداري العام ، الجزء الأول ، (تنظيم إداري- أعمال وعقود إدارية) ، الطبعة الثالثة 2002 ، ص 485 .

² ناصر لباد: المرجع السابق، ص 297 .

³ د. محمود عاطف البنا : المرجع السابق ، ص 300 .

⁴ حمدي ياسين عكاشة: المرجع السابق، ص 326 و 327.

وهذا اعتباراً أنه من حق المتعامل المتعاقد من الإدارة أن يعرض على ربحه الحلال عن عمله ورأس ماله ، وبذلك يتميز التعويض على أساس نظرية فعل الأمير عن التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة في أن الأول تعويض شامل وغير جزئي كما هو الشأن في التعويض الثاني¹. ونخلص إلى أن أساس التعويض عن فعل الأمير يكمن في فكرتين أساسيتين:

- فكرة التوازن المالي للصفقة وهذا ما تم توضيحه مسبقاً .
- المسؤولية التعاقدية للإدارة: حيث أن مسؤولية الإدارة في هذه الحالة مسؤولية بلا خطأ ، لأن عمل الأمير يفترض أن الإدارة لم تخطأ حين تصرفت وإلا قامت المسؤولية على أساس آخر². وتجدر الإشارة أن مجلس الدولة الفرنسي لا يحكم بتعويض كامل للمتعاقد إذا كان قد ساهم بخطئه في إحداث بعض الأضرار المترتبة على عمل الأمير ، أو ساعد على زيادة تلك الأضرار ، فحينئذ يستتزل المجلس من التعويض المقدار المناسب لخطأ المتعاقد³.

ثانياً : حق التعويض عن الظروف الطارئة

إذا ما طرأت خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية كانت أو اقتصادية ولم تكن في حسابان المتعاقد عند إبرام العقد أو ملحقه ولا يملك لها دفع ، وكان من شأن تلك الحوادث أو الظروف أن تنزل بالمتعاقد خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً فإن المتعاقد يكون له الحق في التعويض، بأن تشاركه جهة الإدارة في تحمل نصيب من الخسارة ، وذلك بإبرامها ملحق للصفقة كمبرر لإعادة التوازن المالي للصفقة وذلك بتسوية النزاع ودياً .

فالإدارة المتعاقدة تلتزم بمشاركة المتعاقد في احتمال نصيب من الخسارة التي أحاققت به طوال فترة الطرف الطارئ وذلك ضماناً لتنفيذ العقد الإداري واستدامة لسير المرفق العام الذي يخدمه. ويقتصر دور القاضي على الحكم بالتعويض المناسب دون أن يكون له تعديل الالتزامات العقدية⁴. حيث ينحصر حكم القاضي بالتعويض فقط ولا يجوز له تعديل العقد لأن هذا التعديل من اختصاص الأطراف المتعاقدة⁵.

والتعويض عن نظرية الظروف الطارئ يتميز بما يلي:

- 1- يتسم التعويض كأثر لتطبيق نظرية الطارئة بأنه مؤقت يرتبط بالطرف الطارئ وجوداً وعدمًا حيث يتوقف بزوال هذا الطرف¹.

¹ د. حمدي ياسين عكاشة: المرجع نفسه، ص 327.

² د. سليمان محمد الطماوي : المرجع السابق ، ص 628 .

وأيضاً- د راغب ماجد الحلو: العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 182 و 183.

³ د. سليمان محمد الطماوي : المرجع السابق ، ص 631 .

⁴ د. حمدي ياسين عكاشة: المرجع السابق، ص 331.

⁵ صدراتي صدراتي : المذكرة السابقة ، ص 110 و 111 .

2- إن التعويض الذي يدفع طبقاً لهذه النظرية لا يمثل الخسارة كلها ولا يغطي إلا جزءاً من الأضرار التي تصيب المتعاقد الذي ليس له المطالبة بالتعويض لمجرد نقص أرباحه ، ولما كان التعويض الذي يدفع طبقاً لهذه النظرية لا يمثل الخسارة كلها ولا يغطي إلا جزءاً من الأضرار التي تصيب المتعاقد فإن المدين ليس له أن يطالب بالتعويض بدعوى أن أرباحه قد نقصت أو لفوات كسب ضاع عليه ، كما أنه يجب أن تكون الخسارة واضحة متميزة .

ومن ثم يجب لانقلاب اقتصاديات العقد واعتبارها قائمة أن يدخل في الحساب جميع عناصر العقد التي تؤثر في اقتصادياته واعتبار العقد في ذلك وحدة واحدة ، ويفحص في مجموعة لا أن ينظر إلى أحد عناصره فقط ، بل يكون ذلك بمراعاة جميع العناصر التي يتألف منها .

وقد اشترط مجلس الدولة الفرنسي أن تكون الخسارة جسيمة ويقدرها القاضي وليس مجرد نقص في الربح، فهذا النقص ليس من شأنه قلب اقتصاديات العقد وهذا في حكمه² الصادر في 8 نوفمبر 1944 في قضية "compagnie du chemin de fer D'Enghien"

ثالثاً : حق التعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة

وكما تم توضيحه سابقاً أن المجال الخصب لتطبيق نظرية الصعوبات غير المتوقعة هو مجال الأشغال العامة وبالتحديد تنفيذ صفقة الأشغال العامة ، ومفاد النظرية أنه عند تنفيذ العقود الإدارية – صفقة الأشغال العامة – قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد ، فتجعل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة ، وأكثر كلفة .

وعلى ذلك من باب العدالة يجب تعويض المتعاقد مع الإدارة بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع الأعباء والتكاليف التي تحملها³ ، اعتباراً بأن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط⁴ .

بناء على ما تقدم ، تفتح الصعوبات غير المتوقعة أمام المتعاقد الحق بالتعويض تحت شكل رفع السعر المنصوص عنه في العقد ، وهذا ما يؤدي إلى خرق مبدأ ثبات الأسعار، فإذا كان الأمر كذلك ما هو أساس هذا التعويض⁵ ؟ .

إن التعويض المقرر كأثر لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يتميز بما يلي:

¹ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: المرجع السابق، ص 215.

² د. عبد المجيد فياض: المرجع السابق، ص 294.

³ حمدي ياسين عكاشة: المرجع السابق، ص 338.

⁴ د. أحمد محمود جمعة: المرجع السابق، ص 297.

⁵ د. محمود عبد المجيد المغربي: المرجع السابق، ص 72.

- 1- التعويض على نحو ما تكلفه نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لا يتمثل في معاونة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها على نحو ما تكلفه نظرية الظروف الطارئة¹ .
- 2- التعويض عن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يتعين أن يكون تعويضا كاملا عن جميع الأضرار التي يتحملها المقاول² ، والتي حاقت به على أن تتحقق كافة شروط النظرية الموجبة للتعويض³ .

وعليه إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة كان من حق المتعاقد في التعويض الكامل عن كل ما تحمله من نفقات إضافية لمواجهة تلك الصعوبات ، على أن ذلك لا يحول دون تحمله قيمة ما يكون قد تسبب فيه بخطئه من زيادة في الآثار الضارة للصعوبات المادية غير المتوقعة ، وقد يترتب عليها آثار أخرى ، كطلب فسخ العقد إذا زادت أعباؤه بدرجة كبيرة ، وعدم توقيع غرامة التأخير إذا كانت تلك الصعوبات هي السبب في تأخير التنفيذ⁴ ، وغرامات التأخير في العقود الإدارية هي من قبيل الجزاءات المالية وليس تعويضا جزافيا⁵ .

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه بوجود أن يكون التعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة شاملا كاملا لجبر الخسارة التي تلحق بالمتعاقد.

ومن قضاء مجلس الدولة الفرنسي الذي أقر للمقاول بالحق في التعويض الكامل عن الأضرار التي تصيبه نتيجة للأعباء والتكاليف التي يتحملها عن الصعوبات المادية غير المتوقعة الأحكام التالية⁶ :

• حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 30 جوان سنة 1947 في قضية Min de. la guerre ص 359.

• حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 27 جوان سنة 1969 في قضية Min . des armées AJDA, سنة 1969 ، ص 705.

• حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 05 ماي سنة 1971 في قضية Soc .Dodin AJDA سنة 1971 ، ص 288.

• حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 22 جويلية سنة 1977 في قضية Soc "NOR Océan Poir sos et Cie ، ص 347 .

¹ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: المرجع السابق، ص 228 و 229.

² د. أحمد محمود جمعة: المرجع السابق، ص 297.

³ حمدي ياسين عكاشة: المرجع السابق، ص 338.

⁴ د. محمود عاطف البنا : المرجع السابق ، ص 314-315 .

⁵ د. علي خاطر شطناوي : " صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير في العقود الإدارية" ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت العدد الأول ، السنة الرابعة والعشرون ، مارس 2000 ، ص 85 .

⁶ د. حمدي ياسين عكاشة: المرجع السابق، ص 339 و 340.

رابعاً: حق التعويض عن الأشغال الضرورية¹ (Théorie des travaux Nécessaires)

وهو ما يطلق عليه أيضاً نظرية الأشغال المفيدة

(Théorie des travaux Utiles à l'administration)

قد ترجع زيادة الأعباء إلى فعل المتعاقد نفسه لقيامه بأداء خدمات غير متفق عليها في العقد ولكنها ضرورية أو مفيدة في تنفيذه ويحدث ذلك على وجه الخصوص في عقود الأشغال العامة ويقوم التعويض في هذه الحالة على أساس الإثراء بلا سبب².

إذا قام المقاول بتنفيذ أشغال غير داخلة أصلاً في التزاماته التعاقدية ولم تطلبها منه الإدارة، فمتى ثبت أن هذه الأعمال كانت لازمة حتماً للإدارة، أو متى أثبت المتعاقد أنها كانت مفيدة لضمان حسن تنفيذ الأشغال المطلوبة، فإن على هذه الأخيرة تعويضه عنها³.

وتجدر الإشارة أن الأعمال الضرورية أو ما يسمى بالأعمال المفيدة تعتبر أشغال إضافية يقوم بها المتعامل المتعاقد بإرادته من دون تدخل الإدارة.

المبحث الثالث: آليات حماية ملحق الصفقة ونهاية آثاره

كما تم توضيحه مسبقاً أن الملحق في الصفقة العمومية له أحكام مشتركة بينه وبين الصفقة الأصلية هذا الأمر يستدعي بنا إلى إسقاط بعض الأحكام القانونية المطبقة على الصفقة الأصلية عليه باعتباره وثيقة تعاقدية تابعة للأصل.

حيث ما يلاحظ على المشرع الجزائري من خلال التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية أنه لم يخصص نظام قانوني محدد للملحق، فدائماً نجد عبارة صفقة وكل ملحق بها وهذا ما يفهم منه أن النظام القانوني للصفقة سيطبق بصورة حتمية على الملحق واستثناءً من ذلك فقط الأحكام الواردة في القسم الخامس من هذا التنظيم تحت عنوان الملحق والذي خصص له المشرع المواد من 103 إلى 106.

ولعل أبرز هذه الأحكام القانونية ما يتعلق بآليات الحماية المقرر للملحق في الصفقة العمومية بالإضافة إلى حالات انتهاء الملحق، وهذا من منطلق أن لكل تصرف قانوني بداية ونهاية.

وعليه فالإشكال الذي يمكن إثارته من خلال هذا المبحث يتمحور حول التساؤلات التالية: ما هي آليات الحماية المقررة للملحق؟، وماهي حالات إنهاء آثاره؟.

وسنحاول تقسيم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: آليات حماية الملحق في الصفقة العمومية.

المطلب الثاني: نهاية ملحق الصفقة العمومية.

¹ انظر الملحق رقم 04، ص 204.

² د. راغب ماجد الحلو: العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 176.

³ أنيسة سعاد قريشي: المذكرة السابقة، ص 139.

المطلب الأول: آليات حماية الملحق في الصفقة العمومية

في ظل مكافحة جرائم الفساد نص المشرع الجزائري من خلال القانون 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته على مختلف الجرائم المتعلقة بالفساد وقد جاء ذلك في الباب الرابع من هذا القانون والمعنون:

" التجريم والعقاب وأساليب التحري "

ولما كانت الصفقات العمومية تشكل أهم مسار تتحرك فيه الأموال العامة والوسيلة القانونية التي وضعها المشرع في يد الإدارة العمومية من أجل تسيير هذه الأموال فإنها تعد بذلك المجال الخصب للفساد بكل صوره.

وقد نص قانون مكافحة الفساد على مختلف صور الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية وملاحقتها، وسنحاول أن نقدم من خلال هذه الدراسة هذه الصور وذلك في الفروع التالية:

الفرع الأول: الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية (جنحة المحاباة)

الفرع الثاني: الرشوة في مجال الصفقات العمومية

الفرع الأول : الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية (جنحة المحاباة)

لقد تناول قانون مكافحة الفساد على هذه الحالة وذلك بنصه الآتي: " يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 2000.000 دج إلى 1000.000 دج كل موظف عمومي يقوم بإبرام عقد أو يؤشر أو يراجع عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحقا مخالفا بذلك للأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير"¹.

ويتضح من خلال النص القانوني أن المشرع قد خصص حماية لملحق الصفقة العمومية وذلك بتقريره للعقوبات السالفة الذكر.

أولا: أركان الجريمة

تقوم جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات على الأركان الآتية :

1- صفة الجاني : يفترض أن يكون الجاني في جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات وفقا لنص المادة 26 من القانون 06-01 موظفا عموميا وهذه الصفة تمثل الركن المفترض في هذه الجريمة .

2- الركن المادي:

¹ انظر المادة 26 فقرة 01 من القانون 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته وهي المادة التي حلت محل المادة 128 مكرر فقرة 10 من قانون العقوبات الملغاة بموجب قانون الفساد.

يتحقق الركن المادي لجريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية بقيام الجاني بإبرام عقد أو اتفاقية أو صفقة أو مراجعة أو تأشيرة مخالفة للإجراءات التشريعية والتنظيمية المعمول بها ، بغرض منح امتيازات غير مبررة للغير وعلى هذا الأساس يمكن تقسيم الركن المادي بهذه الجريمة إلى عنصرين أساسيين :

أ- السلوك الإجرامي:

يتمثل السلوك المجرم في جنحة المحاباة في القيام الجاني وهو الموظف العمومي بإبرام عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق أو مراجعة أو تأشيرة مخالفة للتشريعات والتنظيمات المعمول بها.

ب- الغرض من السلوك الإجرامي :

لا يكفي لتحقيق الركن المادي لجريمة جنحة المحاباة في مجال الصفقات العمومية السلوك الذي قام به الموظف العمومي ، وإنما يشترط أن يكون الغرض من هذا الفعل هو إفادة الغير بامتيازات غير مبررة ، كما يشترط أن يكون الغير هو المستفيد من هذه الامتيازات وليس الجاني وإلا عد الفعل رشوة وهي جريمة قائمة بذاتها .

3- الركن المعنوي:

جنحة المحاباة هي جريمة عمدية تتطلب توافر القصد الجنائي العام المتمثل في العلم والإرادة كما تتطلب القصد الخاص وهو إعطاء امتيازات للغير مع العلم أنها غير مبررة، ويمكن التأكد من توافر القصد الجنائي هنا في حالة تكرار العملية والوعي التام لمخالفة القواعد الإجرائية .

ثانيا : الجزاء المقرر لجنحة المحاباة

سنسلط الضوء على كل من العقوبات المقررة للشخص الطبيعي والشخص المعنوي:

1- العقوبات المقررة للشخص الطبيعي: تتمثل هذه العقوبات في العقوبات الأصلية والعقوبات التكميلية، والمصادرة.

أ- **العقوبات الأصلية:** تنص المادة 26 من القانون 06-01 على الجزاء المقرر لجريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية وهي :

"الحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1000.000 دج"، على أن تشدد هذه العقوبة لتصبح مدتها من عشر (10) سنوات إلى عشرون (20) سنة دون تشديد هذه الغرامة ، إذا ارتكبت الجريمة من أحد الأشخاص التالية¹:

● القضاة

● الموظف الذي يمارس وظيفة عليا في الدولة.

¹ انظر المادة 48 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

- الضباط العموميين (المحضرين القضائيين، الموثقين...) .
- أعضاء الهيئة، ويقصد بهم أعضاء هيئة مكافحة الفساد المحدد بنص المادة 02 من القانون 01-06.
- ضباط وأعوان الشرطة القضائية .
- من يمارس بعض صلاحيات الشرطة القضائية.
- موظفو أمانة الضبط.

* **الإعفاء من العقوبة** : يستفيد من الأعدار المعنية من العقوبة المنصوص عليها في قانون مكافحة الفساد، كل من ارتكب أو شارك في جريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون وقام من قبل مباشرة إجراءات المتابعة بإبلاغ السلطات القضائية والإدارية أو الجهات المعنية عن الجريمة وساعد على معرفة مرتكبيها¹ .

* **التخفيف من العقوبة** : تخفض العقوبة بالنسبة لجرائم الفساد بما فيها جنحة المحاباة لكل شخص ارتكب أو شارك في إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون والذي بعد مباشرة إجراءات المتابعة ساعد في القبض على شخص أو أكثر من الأشخاص الضالعين في ارتكابها².

ب- العقوبات التكميلية:

قد نصت المادة الخامسة (05) من قانون الفساد بإمكانية معاقبة الجاني في حالة إدانته بجريمة أو أكثر من جرائم الفساد بوجه عام بإحدى العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات وتشمل هذه العقوبات³ :

- المنع من الإقامة .
- تحديد الإقامة.
- الحرمان من ممارسة الحقوق المدنية والوطنية.
- سحب جواز السفر .
- نشر أو تعليق حكم الإدانة.
- ج- مصادرة العائدات والأموال غير المشروعة⁴ .

2- العقوبات المقررة للشخص المعنوي:

قد أحالت المادة 53 من قانون مكافحة الفساد بخصوص مسؤولية الشخص المعنوي عند ارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المادة 26 منه على أحكام قانون العقوبات ، فقد نص قانون

¹ انظر المادة 49 فقرة 01 من القانون 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

² انظر المادة 49 فقرة 02 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

³ انظر المادة 09 من القانون 06-23 قانون العقوبات المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

⁴ انظر المادة 51 فقرة 02 من القانون 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

العقوبات على أن تطبق على الشخص المعنوي في مواد الجنايات والجرح غرامة تساوي من مرة (01) إلى خمس (05) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي ، وبالإسقاط على عقوبة جنحة المحاباة في مجال الصفقات العمومية ، تصبح عقوبة الغرامة فيها بالنسبة للشخص المعنوي تساوي من 1000.000 دج الحد الأقصى للغرامة إلى 5000.000 دج¹ .

كما نص القانون على العقوبات التكميلية التي توقع على الشخص المعنوي، فنص على تطبيق واحد أو أكثر من العقوبات الآتية:

- حل الشخص المعنوي .
- غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات.
- الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس (05) سنوات .
- المنع من مزاولة نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر، نهائياً أو لمدة لا تتجاوز خمس (05) سنوات.
- مصادرة الشيء الذي أستعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها.

الفرع الثاني: الرشوة في مجال الصفقات العمومية

لقد نص قانون مكافحة الفساد على أن يعاقب بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرون (20) سنة أو بغرامة من 100.000 دج إلى 2000.000 دج كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة أجرة أو منفعة مهما يكن نوعها بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي أو التجاري أو المؤسسات العمومية الاقتصادية² .

وتجدر الإشارة أن هذا النص يحتاج إلى تعديل خاصة بعد صدور المادة 02 من المرسوم الرئاسي 10-236 التي جاءت بهيئات جديدة وهذا ما أشرنا إليه سابقاً .

ويطلق على هذه الجريمة كذلك تسمية قبض العمولات من الصفقات العمومية وهي الجريمة التي كان ينص عليها قانون العقوبات والملغاة بموجب قانون الفساد.

أولاً: أركان الجريمة

تقوم جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية على الأركان التالية :

1- صفة الجاني :

¹ انظر المادة 18 مكرر من القانون 06-23 المتضمن قانون العقوبات.

² انظر المادة 27 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

وحسب نص المادة 27 من قانون مكافحة الفساد، أن يكون الجاني في جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية موظف عمومي.

2- الركن المادي:

يقوم الركن المادي لهذه الجريمة وفقا لنص المادة 27 على قيام الجاني بقبض أو محاولة قبض أجرة أو منفعة مهما كان نوعها سواء لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة وذلك بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية الاقتصادية .

لكن حسب قانون الصفقات العمومية الجديد لا بد في هذه الحالة من إدخال الهيئات التي نص عليها هذا القانون من خلال نص المادة 02 منه.

ويقوم الركن المادي على عنصرين :

أ- السلوك الإجرامي:

يتمثل في قيام الجاني بقبض أو محاولة قبض أجرة أو منفعة مهما كان نوعها سواء لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة¹ ، وعملية تحضير الصفقات والعقود أو الملاحق وإجراء المفاوضات بشأنها يقوم بها عادة الموظفون الذين لهم صلة مباشرة بهذه العمليات .

ب- الغرض من السلوك الإجرامي:

يكتمل تحقق الركن المادي لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية بقبض أو محاولة قبض الجاني لأجرة أو فائدة بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو إحدى المؤسسات العمومية المذكورة في نص المادة 27 وبذلك تكون مناسبة قبض العمولة في هذه الجريمة محددة في تحضير أو إجراء مفاوضات بشأن صفقة أو عقد أو ملحق.

3- الركن المعنوي:

يشترط لقيام جريمة الرشوة توافر القصد الجنائي العام المتمثل في العلم والإرادة ويتحقق باتجاه إرادة الجاني إلى قبض أو محاولة قبض الأجرة أو المنفعة مع علمه بأنها غير مبررة وغير مشروعة.

ثانيا : قمع الجريمة

ويقصد بذلك العقوبة المقررة للشخص الطبيعي والعقوبة المقررة للشخص المعنوي:

1- العقوبة المقررة للشخص الطبيعي :

¹ فيصل نسيخة : المقال السابق ، ص 128 .

إن العقوبة التي قررها قانون مكافحة الفساد على الشخص الطبيعي أشارت إليها المادة 27 منه ويعاقب بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرون (20) سنة أو بغرامة من 100.000-دج إلى 2000.000 دج .

2- العقوبة المقررة للشخص المعنوي :

لقد أحال قانون مكافحة الفساد فيما يخص العقوبة المقررة للشخص المعنوي على أحكام قانون العقوبات¹ ، والتي أشارت إليها المادة 18 مكرر منه ونصت على أن تكون عقوبة الشخص المعنوي في مواد الجنايات والجناح بغرامة تساوي من مرة (01) إلى خمس (05) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي ، وبما أن جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية تأخذ وصف الجنحة فإن عقوبة الشخص المعنوي فيها تكون غرامة من 2000.000 دج إلى 10.000.000 دج.

وتمثل هذه الأحكام العقوبات الأصلية لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية المقررة للشخص الطبيعي أو المعنوي ، ويلاحظ عليها أنها تمثل أقصى عقوبات الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة الفساد سواء بالنسبة لعقوبة الحبس أو الغرامة ، إذ أصبحت عقوبة الحبس المقدرة من 10 سنوات إلى 20 سنة مساوية للعقوبة المقررة لباقي جرائم الفساد في حالة تطبيق الظروف المشددة المنصوص عليها بالمادة 48 .

كما أن عقوبة الغرامة في هذه الجريمة رفعت إلى الضعف سواء في حدها الأدنى أو الأقصى مقارنة بباقي عقوبات الغرامة المقررة بجرائم الفساد الأخرى.

وتطبق على جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية نفس الأحكام المطبقة على جنحة المحاباة فيما يتعلق بالإعفاء أو التخفيض من العقوبات ، والعقوبات التكميلية ومصادرة العائدات الجرمية .

وتجدر الإشارة أن المشرع وحتى يضيف طابع الشفافية على عمل الإدارة في ما يتعلق بالرشوة قد أصدر المرسوم الرئاسي رقم 96 - 233 المؤرخ في 02 جوان 1996 المتضمن إنشاء المرصد الوطني لمراقبة الرشوة والوقاية منها ، حيث يساهم المرصد الوطني لمراقبة الرشوة والوقاية منها في إضفاء الشفافية على الحياة الاقتصادية والإجراءات العمومية ، وكذلك الوقاية من الرشوة ومحاربتها² ما يلاحظ على النصوص القانونية المذكورة أعلاه أن كل شخص يرتكب الأفعال الواردة فيها يكون قد خرق المبادئ الأساسية للصفقات العمومية والتي تضمن نزاهتها وشفافيتها³.

والتي نص عليها المشرع من خلال قانون مكافحة الفساد رقم 06-01 ، بقوله¹ :

¹ انظر المادة 53 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

² المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 96-233 المؤرخ في 02 جوان 1996 المتضمن إنشاء المرصد الوطني لمراقبة الرشوة والوقاية منها .

³ فيصل نسيخة : المقال السابق ، ص 130 .

"يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة ويجب أن تركز على وجه الخصوص :

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

المطلب الثاني: نهاية ملحق الصفقة العمومية

بما أن الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة فان نهاية الصفقة وزوال آثار الالتزام التعاقدية يؤدي حتما إلى زوال الملحق التابع لها ، كما أن نهاية الملحق في الصفقة قد تكون نهاية طبيعية وذلك بانتهاء الغرض من وجوده ، بمعنى آخر تنفيذ موضوع الملحق ، أو بانتهاء المدة المتفق عليها لتنفيذ الأشغال الإضافية محل الملحق .

كما قد ينتهي الملحق نهاية غير طبيعية أو ما يعرف أيضا بالنهاية المبسرة والتي تأخذ أشكالا مختلفة منها ما يقترب من عقود القانون الخاص كالفسخ الاتقائي والفسخ بقوة القانون ، وهناك شكل آخر غير مألوف في القانون الخاص يتمثل في الفسخ من جانب الإدارة أو ما يعرف بالفسخ الإداري والذي يمثل امتياز مقرر للإدارة باعتبارها سلطة عامة .

وسنحاول تفصيل هذه الحالة في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: النهاية الطبيعية للملحق في الصفقة العمومية.

الفرع الثاني: النهاية غير الطبيعية لملحق الصفقة العمومية.

الفرع الأول: النهاية الطبيعية للملحق في الصفقة العمومية.

ينتهي الملحق نهاية طبيعية في الحالتين الآتيتين :

أولا: تنفيذ موضوع الملحق

ينتهي الملحق نهاية طبيعية بتنفيذ موضوعه ، وعليه ينتهي التزام المتعامل المتعاقد مع الإدارة بتنفيذه مضمون الملحق ، فإذا كان الالتزام التعاقدية الأصلي المتمثل في الصفقة يحتاج إلى ملحق واحد لانجاز موضوع الصفقة ، فإنه بمجرد التنفيذ تنحل الرابطة التعاقدية بوفاء كل طرف بالتزاماته التعاقدية ، حيث أن المشرع منح الحق للإدارة بإبرام ملاحق للصفقة² ، ففي عقد الخدمات ينتهي العقد بقيام كل طرف بما في ذمته من التزام كان يقوم المتعهد بالخدمة موضوع العقد و الخدمة الملحقة بها وتقوم الإدارة بالتسوية المالية للصفقة ، أو أن يقوم المتعامل المتعاقد في عقد الدراسات

¹ انظر المادة 09 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

² انظر المادة 103 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

بانجاز الدراسة موضوع الصفقة¹ والدراسة الملحقة بها ، ويكون ذلك طبعاً عن طريق تنفيذ الخدمة موضوع الملحق ، فالأصل العام أن أي اتفاق قانوني ينتهي وينقضي بتمام تنفيذه، أي ترتيب جميع آثاره وهذا ما يطبق بالقياس على الملحق في الصفقة باعتباره يمثل اتفاق تعاقدي.

لكن بالنسبة لعقد الأشغال العامة الأمر يختلف بالنسبة لهذه الحالة ، حيث أن المتعامل المتعاقد على الرغم من الوفاء بالتزاماته كاملة وفي الموعد المحدد وتسليمه المشروع جاهزاً للإدارة المعنية تظل مسؤوليته قائمة وهذا ما أوضحه المرسوم الرئاسي 10-236 بنصه :

" ... لا يترتب على دفع ما يحتمل من تسبيقات و / أو دفع على الحساب أي أثر من شأنه أن يخفف مسؤولية المتعامل المتعاقد من حيث التنفيذ الكامل والمطابق الوفي للخدمات المتعاقد عليها"².

ونميز في هذا الصدد بين حالتين :

1- التسليم المؤقت:

عند إتمام الأشغال موضوع الصفقة يتولى المتعامل المتعاقد تسليم المشروع للإدارة وتبادر هذه الأخيرة إلى الاحتفاظ بمبلغ الضمان للتأكد من حسن تنفيذ الصفقة طبقاً لما تم الاتفاق عليه في عقد الصفقة³.

2- التسليم النهائي:

في حال تسجيل تحفظات على كيفية التنفيذ أثناء مرحلة التسليم المؤقت للمشروع يتولى المتعامل المتعاقد الامتثال إليها ومحاولة رفعها والاستجابة لمضمونها، وفي حالة إتمام ذلك يتم تسليم المشروع نهائياً حيث يترتب عندها ما يلي⁴ :

- يتحرر المتعامل المتعاقد - مبدئياً - من جميع الالتزامات .
- يسترجع الضمانات والكفالات المتعلقة بحسن التنفيذ .

وبهذا الصدد قضى مجلس الدولة الجزائري بأن الحساب العام النهائي الموقع عليه من طرفي

الصفقة العمومية قابل للاحتجاج به على الطرفين الموقعين اللذين لا يستطيعان المنازعة لاحقاً¹.

¹ د. عمار بوضياف : المرجع السابق ، ص 232 .

² انظر المادة 73 فقرة 02 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

³ د. عمار بوضياف : المرجع السابق ، ص 233 .

⁴ د. محمد الصغير بعلي: المرجع السابق، ص 102.

ثانيا: انتهاء المدة

الملحق كالصفقة الأصلية يتضمن مدة محددة لتنفيذه ، بحيث يلتزم المتعامل المتعاقد بها فعند انتهاء تلك المدة فان ذلك يؤدي حتما إلى انتهاء زوال آثاره بصورة طبيعية وهذا ما يتضح من خلال الملحق رقم 02 للاتفاقية رقم 13-2009 المتعلقة بمتابعة ومراقبة أشغال التهيئة بالعيادة المتعددة الخدمات عين شرشار ، المبرمة بين مديرية الصحة والسكان لولاية سكيكدة (صاحب المشروع) ومكتب الدراسات بوقاعة فتحي(المتعامل المتعاقد) عزابة ، حيث حددت آجال التنفيذ للملحق رقم (01) بأربعة أشهر، وحددت آجال التنفيذ للملحق رقم (02) بشهرين² .

الفرع الثاني: النهاية غير الطبيعية لملحق الصفقة العمومية(النهاية المبسترة)

إذا كان الملحق ينتهي كأصل عام بتنفيذ موضوعه كما هو الحال المقرر للصفقة وهو الوضع الطبيعي والمألوف ، فإنه قد ينتهي قبل إتمام عملية التنفيذ وهذه الحالة بذاتها تأخذ أشكالا متعددة³ .

أولا: الفسخ الإتفاقي

تجدر الملاحظة أن الملحق وثيقة تابعة للصفقة الأصلية ، ففسخ الصفقة أي الالتزام التعاقدية الأصلي سيؤدي حتما إلى فسخ الالتزام الملحق به ، فبالقياس على الحكم المطبق في هذه الحالة على الصفقة فإن ذلك سيطبق حتما على مايتبعها من ملاحق وهذه نتيجة حتمية تستنتج حتى وإن لم ينظمها المشرع بنص.

ويجد الفسخ الاتفاقي أساسه القانوني في التشريع الجزائري في النص الآتي: "زيادة على الفسخ من جانب واحد المنصوص عليه في المادة 112 أعلاه .

يمكن القيام بالفسخ التعاقدية للصفقة حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض"⁴ . يتضح من خلال النص أن المشرع أجاز للإدارة بعد الاتفاق مع المتعامل المتعاقد أن تلجأ للفسخ الاتفاقي ، وفي حالة فسخ صفقة جارية التنفيذ باتفاق مشترك ، يوقع الطرفان وثيقة الفسخ التي يجب أن تنص على تقديم الحسابات المعدة تبعا للأشغال المنجزة والأشغال الباقي تنفيذها وكذلك تطبيق مجموع بنود الصفقة بصفة عامة⁵.

¹ عن مجلس الدولة: القرار رقم 6504 الصادر بتاريخ 23-09-2002 في قضية بلدية بوقا دير ضد (خ.أ) قرار غير منشور: "انه بموجب محضر مؤرخ في 13-05-1998 ، استلمت البلدية المستأنفة نهائيا الأشغال وذكر فيه بأن الأشغال انتهت بدون إيداء أية تحفظات ، و أنه يتم استرجاع مبلغ ضمان حسن تنفيذ الصفقة ومبلغ الضمان ولاحقا مقتطعات الضمان في أجل شهر ابتداء من تاريخ الاستلام النهائي للأشغال .."

² انظر الملحق رقم 01، ص155.

³ د. عمار بوضياف : المرجع السابق ، ص 235 .

⁴ انظر المادة 113 فقرة 01 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

⁵ انظر المادة 113 فقرة 02 من نفس المرسوم الرئاسي.

ويتميز الفسخ الإتفاقي عن باقي أنواع الفسخ الأخرى ، أنه نابع من إرادة الأطراف المتعاقدة وأنها انساققت إليه طوعا وإرادة فهو بمثابة العقد الجديد الذي يضع حدا أو نهاية لعقد قديم ، ولا شيء يمنع في أن ينص في العقد الفاسخ (الجديد) على أحقية المتعامل المتعاقد في الحصول على تعويض لتغطية الضرر الذي قد يصيبه جراء اللجوء إلى الفسخ الإتفاقي¹.

ثانيا : الفسخ القضائي

حق التقاضي مكفول للجميع ، فمن هذا المنطلق يمكن لكل من طرفي الرابطة التعاقدية اللجوء للقضاء الإداري المختص ممثلا في المحاكم الإدارية² ، طالبا فسخ الصفقة وهذا في حال الإخلال بالالتزامات التعاقدية ، ويتحقق الفسخ بصدور حكم³ ، أي الحكم القضائي الذي يقرر حالة الفسخ ، فبمجرد صدوره تنتهي آثار الصفقة وملحقها التابع لها .

ومن الطبيعي أن يستند رافع الدعوى (إدارة أو متعامل متعاقد) لسبب جدي يوجب الفسخ القضائي ويبرر استجابة القاضي الإداري لموضوع الدعوى⁴.

ثالثا: الفسخ الإداري⁵

نظرا لما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة ، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تقوم بإنهاء الصفقة أو ملحقها بإرادتها المنفردة وهذا في حالتين :

1- مراعاة مبدأ الملائمة والتكيف الذي يحكم المرافق العامة⁶ ، دون أي تقصير من المتعامل المتعاقد، المتعاقد، إذا ما قدرت أن ذلك تقتضيه المصلحة العامة⁷ ، وهذا ما يطلق عليه بالفسخ التقديري⁸ .

2- حالة إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته التعاقدية وتأسيس هذه الحالة يتضح من خلال النص الذي حدده المرسوم 10- 236 الآتي : "إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة إعدار ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد .

وان لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار المنصوص عليه أعلاه :

¹ د. عمار بوضياف : المرجع السابق ، ص 236 .

² لقد تم إنشاء المحاكم الإدارية وتحديد صلاحياتها وتنظيمها وتسييرها بموجب القانون رقم 98-02 المؤرخ في 30 ماي 1990 ، وهنا نلمس مخالفة لأحكام الدستور خاصة المادة 123 من دستور 1996 ، بنصها على أن التنظيم القضائي يصدر بموجب قانون عضوي ، وكان من الواجب أن يتم إنشاء المحاكم الإدارية بموجب قانون عضوي ، والأمر المطروح هنا مسألة دستورية هذا القانون .

³ د. علي خاطر شطناوي : المقال السابق ، ص 726 .

⁴ د. عمار بوضياف : المرجع السابق ، ص 237 .

⁵ انظر الملحق رقم 03، ص 196.

⁶ د. محمد الصغير بعلي: القانون الإداري، المرجع السابق، ص 235 وما بعدها.

⁷ د. محمد الصغير بعلي: العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 103.

⁸ André de l'aubadair : op .cit., p 828

" يمكن المصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد " ¹ .

إن الفسخ الإداري يمثل أيضا شكلا من أشكال انتهاء الصفقة وملحقها وهذا من جانب الإدارة وحدها وحتى يكتسي هذا الفسخ شرعيته فقد قيده المشرع بإجراء جوهري متمثل في إعدار المتعاقد لتدارك الوضعية ، ويعد هذا الأخير بمثابة حجة للإدارة ضد المتعاقد معها ، ومتى ثبت عدم استجابة من جانبه جاز لها اتخاذ هذا الإجراء .

إن الإعدار يكفل حماية للمتعاقد ، فلا فسخ دون إعدار ، حتى لا تكون الإدارة في وضعية تعسف استعمال السلطة والخروج عن القانون .

تجدر الإشارة أن سلطة الفسخ معترف بها للإدارة لمواجهة وضعيات الإخلال الكبير بما يضمن السير الحسن للمشروعات محل الصفقة ، وفي المقابل تلتزم الإدارة بتبرير موقفها عند ممارسة الرقابة من قبل الجهات المخولة قانونا .

رابعا: الفسخ بقوة القانون

ينتهي العقد الإداري (الصفقة العمومية) والملحق التابع لها بقوة القانون في عدة حالات نذكر منها القوة القاهرة، نص القانون، وفاة المقاول أو المتعهد، هلاك موضوع العقد² والذي يطلق عليه أيضا بمحل العقد .

وتدخل تحت هذه الحالة من حالات فسخ الصفقة أو ملحقها صورتين تمثلان أبرز حالات إنهاء الصفقة أو ملحقها:

1- حالة القوة القاهرة :

إن القوة القاهرة هي حادث مستقل عن إرادة الأطراف المتعاقدة وغير ممكن توقعه وهو يحول بصورة مطلقة دون تنفيذ مجموع الالتزامات العقدية أو أحد هذه الالتزامات³ ، بين المصلحة المتعاقدة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها .

فإذا كنا أمام عقد أشغال عامة ، وأنجز المقاول جزءا من العمل ثم هلك محل العقد نتيجة كارثة طبيعية كزلزال أو فيضان مثلا أو نتيجة سبب خارجي كالحرب ، ففي هذه الحالة فإن العقد ينقضي دون أن يتحمل أي من الطرفين تعويض بسبب هذا الانقضاء⁴.

2- حالة نص القانون

¹ انظر المادة 112 فقرة 01 و 02 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

² د. محمد الصغير بعلي: المرجع السابق، ص 104.

³ د. محمود عبد المجيد المغربي: المرجع السابق، ص 14.

⁴ د. سليمان محمد الطماوي : المرجع السابق ، ص 738 .

تنقضي الصفقة العمومية أو الملحق التابع لها بقوة القانون إذا صدر نص يقضي بذلك سواء كان النص قانون أو تنظيم، ولعل أبرز مثال على ذلك ما ورد في التنظيم الجديد للصفقات العمومية بموجب المرسوم الرئاسي 10-236 في الباب الثالث وبالتحديد في القسم السادس منه تحت عنوان مكافحة الفساد ، وقد تضمن النص القانوني ما يلي:

"دون الإخلال بالمتابعات الجزائية ، كل من يقوم بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص بصفة مباشرة أو غير مباشرة إما لنفسه أو لكيان آخر ، مكافأة أو امتياز مهما كانت طبيعته ، بمناسبة تحضير صفقة أو عقد أو ملحق أو التفاوض بشأن ذلك أو إبرامه أو تنفيذه ، من شأنه أن يشكل سببا كافيا لإلغاء الصفقة أو العقد أو الملحق المعني ، ومن شأنه أيضا أن يكون سببا كافيا لاتخاذ أي تدبير ردعي آخر ، يمكن أن يصل حد التسجيل في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من تقديم عروض للصفقات العمومية وفسخ الصفقة"¹.

ويتضح من خلال نص المادة الصريح أن الصفقة أو ملحقها يكونان محل فسخ أو إلغاء بقوة القانون، إذا تم إبرامهما بطرق غير مشروعة، وهذا ما يظهر جليا في النص القانوني المذكور.

3- إذا تحققت شروط معينة منصوص عليها في العقد:

فتمت تحققت تلك الشروط يفسخ العقد بقوة القانون من تاريخ تحققها وهذا ما ورد في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 27-أكتوبر 1944 في قضية: (Soc. D'état à la défense)². وفي جميع الحالات يتم الفسخ بقوة القانون من تاريخ تحقق أسبابه³.

خلاصة الفصل الثاني:

وخلاصة القول أنه و كأصل عام عدم خضوع الملحق في الصفقة العمومية لفحص هيئات الرقابة الخارجية القبلية ، وهذا ما قرره المشرع من خلال التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية ، وذلك حتى يبعث المشرع مرونة على سلطة تعديل الصفقات العمومية ، واستثناء من ذلك ، هناك حالات محددة على سبيل الحصر والتي أقرها تنظيم الصفقات العمومية توجب خضوع الملحق للرقابة الخارجية

¹ انظر المادة 61 من المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 07-أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

² د. محمد سليمان الطماوي : المرجع السابق ، ص 739 .

³ د. محمد سليمان الطماوي : المرجع نفسه ، ص 739 .

للصفقات العمومية وهذا للحد من تجاوزات الإدارة في استعمالها لسلطة التعديل ، مع العلم عدم خضوع هذا الأخير لأنواع الرقابة الأخرى التي تخضع لها الصفقة الأصلية .
 إن المشرع قد عمل على تحقيق نوع من التوازن بين مصلحة الإدارة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها ، فمن جهة منح للإدارة سلطة تعديل صفقاتها عن طريق إبرامها لملاحق تابعة لها ، ومن جهة أخرى رتب للمتعامل المتعاقد معها ضمانات في حالة تجاوز الإدارة استعمال هذا الحق وذلك عن طريق تسوية مركزه مع الإدارة ولعل أبرز ضمانات ممنوحة للمتعاقد مع الإدارة حقه في إعادة التوازن المالي للصفقة نتيجة استعمال الإدارة لحقها في التعديل ، وذلك بتعويضه تعويضا كاملا يجبر كل الأضرار التي لحقت به ويشمل هذا التعويض أيضا ما فات المتعاقد من كسب نتيجة هذا الإجراء المخول للإدارة .

والملاحق باعتباره وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة فإنه يخضع لنفس آليات الحماية المقررة للصفقة الأصلية وتأسيس ذلك ماورد صراحة في أحكام قانون مكافحة الفساد ، وعليه يمكن القول أن المشرع قرر للملاحق نفس الحماية التي أقرها للصفقة الأصلية ولعل السبب يرجع في ذلك إلى حماية المتعامل المتعاقد من تعسف الإدارة في استعمال حقها في التعديل هذا من ناحية ، وحتى لا يستعمل الملاحق كآلية لانتشار الفساد الإداري من ناحية أخرى ، والملاحق في الصفقة العمومية وككل تصرف قانوني تنتهي آثاره إما بنهاية طبيعية أو نهاية مبسترة، وتأسيس ذلك هو إسقاط أحكام نهاية الصفقة الأصلية عليه باعتباره وثيقة تابعة لها.

الخاتمة

إن عملية إبراز النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية أمر لا بد منه فالملحق وعلى الرغم من كونه وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة الأصلية إلا أن هناك ما يميزه عن التعاقد الأصلي سواء من حيث عملية الإبرام أو من حيث الرقابة المفروضة عليه .

لذلك فقد عمدت من خلال هذه الدراسة بالاعتماد طبعاً على قانون الصفقات العمومية إلى تحليل جميع المواد القانونية واستنباط منها أهم الأحكام والقواعد التي تناولت الجزئية المتعلقة بالملحق وقد حاولت جمع هذه الأحكام والقواعد ووضعها في قالب ممنهج يتفق والخطة المعتمدة لهذه الدراسة .

وحتى تتضح هوية الملحق في الصفقة العمومية، عمدت إلى تحديد مفهومه بوضع تعريف له وتحديد أهم الملاحق التي تبرمها المصلحة المتعاقدة وكذا تمييزها عن الصفقة الأصلية وعن دفاتر شروطها باعتبارها عناصر لا تتجزأ منها .

ومن خلال هذه المعالجة البحثية حاولت توضيح قواعد مشروعية آلية الملحق وذلك بالتركيز على أهم القيود التي تضبط عملية إبرامه، حتى يكتسي هذا الإجراء طابع المشروعية، خاصة وأن المصلحة المتعاقدة تسعى دائماً لتحقيق المصلحة العامة التي تمثل أساس اعتراف المشرع لها بأهلية التعاقد، ومنحها سلطات استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

كما تم التطرق في هذه الدراسة إلى أهم الدوافع والأسباب التي تؤدي بالإدارة المتعاقدة إلى إبرام ملاحق لصفقاتها، ولعل الدافع الجوهرى لإبرام الملحق أو ملاحق للصفقة هو تعديل العقد بالزيادة والنقصان نتيجة أحداث وظروف استجبت أثناء التنفيذ أو بعد إبرام الصفقة .

وخلال هذه الدراسة تعرضنا كذلك إلى الرقابة المفروضة على الملحق، وإلى ضمانات المنازعات الناجمة عن ممارسة سلطة التعديل والمقررة للمتعاقد نتيجة استعمال الإدارة لحقها في التعديل عن طريق إبرامها لملاحق للصفقة.

كما تم التطرق إلى آليات الحماية المقررة للملحق في الصفقة، وهذا طبقاً لما ورد في القانون المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية 10-236 في القسم السادس من الباب الثالث منه، ووفقاً لما ورد في قانون مكافحة الفساد رقم 06-01.

إن الملحق وكأي تصرف قانوني آخر تزول آثاره نتيجة عدة عوامل طبيعية وأخرى غير طبيعية وهذا ما تم معالجته تحت عنوان نهاية ملحق الصفقة العمومية.

وختاماً لما ناقشناه في هذه المذكرة فاني أمل أن تكون النتائج التي سأوردها والتي تم استنباطها من هذه الدراسة التحليلية الإنعكاس والصدى الطيب لخدمة المصلحة العامة، ولقد أثرت أن أورد النتائج بالتوازي مع المقترحات التي تهيئ بكل باحث في حقل القانون، ومن أهم هذه النتائج :

- خضوع كل الهيئات العامة لنصوص قانون الصفقات العمومية يعد انجاز هام في المرسوم الرئاسي 10-236 وهذا ما يعطي نوع من الشفافية على العمل التعاقدى .
- الملحق اتفاق تعاقدى لاحق وتابع للتعاقد الأصلي ولا يمثل عقدا جديدا.
- للمصلحة المتعاقدة سلطة تعديل صفقاتها بإبرام ملاحق لها، وهذه السلطة نسبية تملئها اعتبارات ومقتضيات الصالح العام وحسن سير المرافق العامة واحترام لمبدأ المشروعية.
- الدافع الجوهرى لإبرام ملحق أو ملاحق للصفقة العمومية يتجلى في تعديل شروط تنفيذ الصفقة سواء بالزيادة أو النقصان أو بالتغيير والتبديل.
- صفقة الأشغال العامة تمثل المجال الخصب لسلطة التعديل عن طريق إبرام ملاحق للصفقة.
- الملحق في الصفقة قد يفرض نفسه بنفسه بحكم ظروف خارج نطاق الإدارة المتعاقدة أو المتعامل المتعاقد معها.
- يعتبر الملحق وسيلة بديلة لبنود المراجعة والتحيين المبعدة في كثير من الصفقات العمومية.
- تعارض بعض مواد قانون الإدارة المحلية (قانون البلدية وقانون الولاية) مع أحكام المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.
- عدم تفريق المشرع بين الأعمال الإضافية والأشغال التكميلية ، مما يلغى عملية الرقابة عليها ، خاصة وأن الأشغال الإضافية لا يوجد تأصيلها في دفتر الشروط فهي أشغال جديدة على عكس الأشغال التكميلية التي يوجد أصلها في دفتر الشروط ولكن تقديرها الكمي غير متوازن .
- الملحق يمثل أداة ووسيلة من وسائل التسوية الودية لمنازعات الصفقة العمومية.
- أن الوقاية من النزاع الإداري أصبح اليوم أولوية لضمان مواصلة تنفيذ الصفقة العمومية.
- غياب التناسق التام بين لجان الصفقات المختصة واللجان الوطنية للصفقات.
- المرور على اللجان الوطنية للصفقات لإجراء التسوية الودية قبل اللجوء إلى القضاء فيه ضغط على عمل اللجان وتضييع لحقوق المتعاقدين.
- للمتعامل المتعاقد تجاوز التظلم أمام اللجنة الوطنية للصفقات المختصة ويرفع دعواه مباشرة أمام الجهة القضائية المختصة.
- تجاوز الإدارة المتعاقدة لتأشير اللجان الوطنية للصفقات بمقرر التجاوز على الرغم من إحاطته بقيود من طرف المشرع من شأنه المساس بمصادقية الرقابة الخارجية القبلية على ملحق الصفقة .
- منح المشرع الاستقلالية والصلاحيات للهيئات الإدارية غير الممركزة بإبرام صفقات وملاحق لها من شأنه أن يشكل تجاوزات من جانبها ، خاصة وأنها لا تخضع لقانون الإدارة المحلية ولا لرقابة وصائية .

- إغفال المشرع لتفاصيل لجوء طرفي الصفقة للقضاء ، إذ لم يخص هذه الضمانة بأي ترتيب تذكر، إذ نلمس الإشارة إليها فقط في نصي المادتين 114 و 115 من المرسوم الرئاسي 10-236 دون توضيح للقضاء المختص ولا نوع الدعاوى المرفوعة ولا لإجراءات التقاضي .
- إن استعمال الإدارة لحقها في تعديل الصفقة يترتب عليه تعويض المتعامل المتعاقد معها تعويضا عادلا وشاملا عما يصيبه من أضرار ولو لم يكن هناك خطأ من جانبها ، وهو ما يصطلح عليه المسؤولية بدون خطأ .
- إن سلطة القاضي الإداري في مجال العقود الإدارية تقتصر على تقدير التعويض فقط دون أن تتجاوز سلطته في ذلك إلى تعديل العقد لأن التعديل من اختصاص الأطراف المتعاقدة.
- إن تفعيل المشرع في الباب الثالث من قانون الصفقات العمومية في القسم السادس منه لأحكام جديدة تحت عنوان مكافحة الفساد إلى جانب القانون 06-01 المتعلق بمكافحة الفساد من شأنه أن يعطي حماية وشفافية أكثر على عملية إبرام الصفقات العمومية والملاحق التابعة لها .
- ومن جملة التوصيات التي يمكن إفادة المشرع الجزائري بها:
- ضبط المصطلحات القانونية في تنظيم الصفقات العمومية حتى لا تتداخل المفاهيم القانونية بين بعضها ، ومن أبرز ذلك اعتبار المناقصة صفقة أو أنها دعوة إلى المنافسة فهناك اختلاف كبير في هذه المدلولات ، مع محاولة الأخذ في الحسبان تطابق النص الفرنسي مع النص العربي .
- تحديد الطبيعة القانونية للصفقة العمومية بدقة خاصة وأن لها ما يميزها عن عقود الإدارة الأخرى.
- تحديد طبيعة قرارات الإدارة في تعديل صفقاتها، بوضع معلم لنظرية القرارات الإدارية في النصوص القانونية، خاصة وأن قرار تعديل الصفقة مرتبط بالالتزام التعاقدية من ناحية ويكون عرضة للطعن فيه بالإلغاء لعدم مشروعيته من ناحية أخرى.
- توزيع اختصاص إجراء التسوية الودية على كل اللجان المختصة على المستوى المحلي وعدم قصرها على اللجان الوطنية للصفقات فقط بما يضمن أكثر حقوق المتعاملين المتعاقدين.
- إعادة النظر في مواد قانون الإدارة المحلية التي لها علاقة بالصفقات العمومية وجعلها أكثر ملائمة واتفقا مع التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية للتعارض الكبير بينها وبين المرسوم الرئاسي 10-236 ، وبالتحديد المواد (66، 118 ، 119 ، 120) قانون البلدية ، والمواد (90، 113، 114، 115)، قانون الولاية والتي يحسن بالمشرع فعلا نقلها لقانون الصفقات العمومية فطبقا لقاعدة توازي الأشكال لا يجوز لنص تنظيمي أن يعدل قانونا أو يلغيه .

- ضرورة تدارك المشرع مخالفته للمبدأ الدستوري الذي يقضي بأن التنظيم القضائي يصدر بموجب قانون عضوي، عند إصداره للقانون 98-02 المتعلق بالمحاكم الإدارية لأن التساؤل يطرح حول مدى دستورية هذا القانون.
- إعادة النظر في أحكام القانون 06-01 المتعلق بمكافحة الفساد بما يتوافق مع التنظيم الجديد المتعلق بالصفقات العمومية، خاصة مع مضمون المادة 02 منه.
- التوسيع من دائرة الرقابة على ملاحق الصفقات ، وذلك بضرورة فرض الرقابة على الأشغال الإضافية في كل ملاحق الصفقات وإن لم تتعدى النسب القانونية المقررة مسبقا ، حتى لا يتخذ من الملحق وسيلة لتنفيذ أغراض شخصية بما يؤدي إلى تفشي وانتشار الفساد الإداري وإهدار للمال العام.
- تحديد نظام قانوني للملحق واضح المعالم، خاصة وأن الأحكام المقررة للملحق في القسم الخامس من الباب الرابع من قانون الصفقات غير محددة على سبيل التفصيل، وينتابها نوع من الغموض، مما صعب من مهمة البحث في هذه الجزئية.
- وفي الأخير أشير أن هذه الدراسة لا تدعي لنفسها الكمال أو الشمولية وهي نسبية في نتائجها تبقى خاضعة للنقد والإثراء ونأمل أن تكون لبنة من لبنات البحث العلمي في موضوع الصفقات العمومية ، تغني الناحية الأكاديمية بتنوير أصحاب الدراسات المتخصصة من جهة وتغني الناحية العملية بتنوير أصحاب اتخاذ القرار من جهة أخرى في ما يجلب النفع العام ويخدم المصلحة العامة

قائمة المختصرات

L.G.D. j : Librairie Général de droit et de Jurisprudence.

A.J.D.A : Actualité Juridique de droit administratif.

I.S.G.P : Institut Supérieur de Gestion et de Planification.

E.J.A : Ecole Juridique Administratif.

C.P.U : Centre des Publications Universitaires.

R.D.P : Revue de droit Public et Sciences Politique.

المراجع المعتمدة

أولاً: النصوص القانونية

أ.الدساتير:

- دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1989، ج ر 09 .
- دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1996 ، ج ر 67 .

ب.القوانين و الأوامر:

1. قانون رقم: 154-66 المؤرخ في 08 جوان 1966، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، المعدل و المتمم، ج ر 52 .
2. الأمر 90-67 المؤرخ في 17-06-1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية ج ر 52 .
3. الأمر 32-69 المؤرخ في 22-05-1969 المتمم للأمر 67 -90 المتضمن قانون الصفقات العمومية ، ج ر 46 .
4. الأمر 09-74 المؤرخ في 30-01-1974 المتضمن مراجعة الأمر 67-90 المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر 13.
5. الأمر 58-75 المؤرخ 16-01-1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم ج ر 78.
6. القانون 01-88 المؤرخ في 12-01-1988 المتعلق بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية ، ج ر 03 ، 1999 .
7. القانون 08-90 المؤرخ في 07-04-1990 المتضمن قانون البلدية ، ج ر 15 .
8. القانون 09-90 المؤرخ في 07-04-1990 المتضمن قانون الولاية ، ج ر 15 .
9. القانون العضوي 01-98 المؤرخ في 30-05-1998 المتضمن اختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج ر 37 .
10. القانون 02-98 المؤرخ في 30-05-1998 المتضمن المحاكم الإدارية ، ج ر 37 .
11. القانون 01-06 المؤرخ في 20-02-2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ج ر 14 .
12. القانون 23-06 المؤرخ في 20-12-2006 المتضمن قانون العقوبات ، ج ر 84 .
13. القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25-02-1998 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر 21 .

ج. النصوص التنظيمية:

• المراسيم:

1. المرسوم 72-88 المؤرخ في 27-03-1988 المعدل والمتمم للمرسوم 82-145 ، ج ر 13

2. المرسوم 145-82 المؤرخ في 10-04-1982 المنظم للصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي ، ج ر 15 .
3. المرسوم 135-83 المؤرخ في 19-12-1983 المتضمن وجوب تقديم شهادة التأهيل والترتيب المهني في صفقات البناء والأشغال العمومية ، ج ر 28 .
4. المرسوم التنفيذي 434-91 المؤرخ في 09-11-1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ج ر 57 .
5. المرسوم التنفيذي 312-91 المؤرخ في 07-09-1991 المحدد لشروط الأخذ بمسؤولية المحاسبين العموميين ، ج ر 43 .
6. المرسوم التنفيذي 238-92 المؤرخ في 06-06-1992 المتعلق بالتعويضات الممنوحة لأعضاء لجان الصفقات ومقرريها ، ج ر 43 .
7. المرسوم التنفيذي 289-93 المؤرخ في 28-10-1993 المتضمن إلزامية الحصول على شهادة التأهيل والتصنيف المهني بالنسبة لكل المؤسسات المشاركة في تنفيذ الصفقات العمومية للبناء و الأشغال العمومية و الري، ج ر 79 .
8. المرسوم التنفيذي 178-94 المؤرخ في 20-06-1994 المعدل والمتمم للمرسوم 434-91 ج ر 12 .
9. المرسوم التنفيذي 54-96 المؤرخ في 22-01-1996 المعدل والمتمم للمرسوم 434-91 ، ج ر 57
10. المرسوم الرئاسي 233-96 المؤرخ في 02-06-1996 المتضمن إنشاء المرصد الوطني لمراقبة الرشوة والوقاية منها ، ج ر 71 .
11. المرسوم التنفيذي 87- 98 المؤرخ في 07-03-1998 المعدل والمتمم للمرسوم 434-91 ج ر 13 .
12. المرسوم الرئاسي 250-02 المؤرخ في 24-07-2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ج ر 52 .
13. المرسوم الرئاسي 301-03 المؤرخ في 11-09-2003 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ج ر 55 .
14. المرسوم الرئاسي 338-08 المؤرخ في 26-10-2008 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 02-250 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية ، ج ر 62 .
15. المرسوم الرئاسي 192-09 المؤرخ في 16 ماي 2009 المتضمن الموافقة على الملحق رقم 02 بالعقد المؤرخ في 10 جوان 2002 للبحث عن المحروقات في المساحة المسماة توقرت ، ج ر 69 .

16. المرسوم الرئاسي 09-193 المؤرخ في 16 ماي 2009 المتضمن الموافقة على الملحق رقم 02 بالعقد المؤرخ في 10 جوان 2002 للبحث عن المحروقات في المساحة المسماة توات بمدينة، ج ر69 .
17. المرسوم الرئاسي 09-194 المؤرخ في 16 ماي 2009 المتضمن الموافقة على الملحق رقم 02 بالعقد المؤرخ في 10 جوان 2002 للبحث عن المحروقات في المساحة المسماة تيميمون ، ج ر69 .
18. المرسوم الرئاسي 09-195 المؤرخ في 16 ماي 2009 المتضمن الموافقة على الملحق رقم 03 بالعقد المؤرخ في 10 جوان 2002 للبحث عن المحروقات في المساحة المسماة زملة الناقل، ج ر69 .
19. المرسوم الرئاسي 09-196 المؤرخ في 16 ماي 2009 المتضمن الموافقة على الملحق رقم 03 بالعقد المؤرخ في 10 جوان 2002 للبحث عن المحروقات في المساحة المسماة رقان شمال، ج ر69 .
20. المرسوم الرئاسي 09-385 المؤرخ في 17 نوفمبر 2009 المتضمن الموافقة على الملحق رقم 03 بالعقد المؤرخ في 15 ديسمبر 1987 للبحث عن المحروقات السائلة واستغلالها في المساحة المسماة زمول الأكبر، ج ر69 .
21. المرسوم الرئاسي 09-386 المؤرخ في 17 نوفمبر 2009 المتضمن الموافقة على الملحق رقم 03 بالعقد المؤرخ في 13 ماي 1995 للبحث عن المحروقات واستغلالها في المساحة المسماة زمول الأكبر، ج ر69 .
22. المرسوم الرئاسي 09 - 387 المؤرخ في 17 نوفمبر 2009 المتضمن الموافقة على الملاحق 01 بالعقود المؤرخة في 18 سبتمبر 2006 للبحث عن المحروقات والمبرمة بمدينة الجزائر في 21 جوان 2009 بين الوكالة الوطنية لتثمين مواد المحروقات (النفط) وسوناطراك شركة ذات أسهم ، ج ر69 .
23. المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 07-11-2010 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ج ر58.

• القرارات والمقررات والآراء:

أ- باللغة العربية :

1. القرار الوزاري الصادر في 21-11-1964، المتضمن المصادقة على دفتر البنود الإدارية العامة لصفقات أشغال وزارة إعادة البناء و الري و الأشغال و النقل.
2. القرار الوزاري المشترك رقم 02 الصادر 04-07-2001 المعدل للقرار الوزاري الصادر في 15-05-1988 المتضمن كفايات ممارسة تنفيذ الأشغال العامة في ميدان البناء وأجر ذلك .

3. القرار الوزاري رقم 332 الصادر 09-09-2002 المتضمن النظام الداخلي للجنة الوطنية للصفقات.

4. التعليمات الوزارية المشتركة المؤرخة في 18-08-1993 المتعلقة بمراجعة أسعار الصفقات التي أبرمت بسعر ثابت .

ب- باللغة الفرنسية:

1. Instruction interministérielle du 26-11-1990 : in règlementation des marchés publics 1998

2. Circulaire interministérielle N15/MDB92 du 07-01-1992 : réglementation des marchés publics, Ministère des finances, 1998

ثانيا: المؤلفات

أ. باللغة العربية:

1. د- إبراهيم طه الفياض : العقود الإدارية ، الطبعة الأولى ، مكتبة الفلاح الكويت، 1981.
2. د- أحمد محمود جمعة: العقود الإدارية، دون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
3. د- أحمد محيو : محاضرات في المؤسسات الدستورية ، ترجمة محمد عرب صاصيلا الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، دون تاريخ نشر.
4. د- أحمد محيو: المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2003.
5. د- أحمد أبو الوفا : التحكيم الاختياري والإجباري ، دون طبعة ، منشأة المعارف الإسكندرية 1978.
6. د- أحمد عثمان عياد : مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة الفكرية القاهرة، 1973 .
7. د- إعاد علي حمود القيسي: الوجيز في القانون الإداري، دار وائل للنشر عمان، الطبعة الأولى، 1998.
8. حسين بن الشيخ آث ملويا: مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، 2002 .
9. حسين بن الشيخ آث ملويا : المنتقى في قضاء مجلس الدولة ، الجزء الأول ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، 2003 .
10. حمدي ياسين عكاشة: موسوعة العقود الإدارية والدولية، منشأة المعارف الإسكندرية 1998.
11. د- خميس السيد إسماعيل: موسوعة القضاء الإداري، (العقود الإدارية والتعويض)، دار محمود للنشر والتوزيع، 2003-2004.

12. د- سليمان محمد الطماوي: القضاء الإداري (قضاء الإلغاء) ،دار الفكر العربي، 1976 .
13. د- سليمان محمد الطماوي: القضاء الإداري(قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام) دار الفكر العربي ، 2003 .
14. د- سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008.
15. د- عادل عبد الرحمان خليل: عقود الإدارة المدنية والإدارية، مطبعة الإيمان، القاهرة 2004.
16. د- عبد العزيز خليفة : ركن الخطأ في المنازعات الإدارية(مسؤولية الإدارة عن القرارات والعقود الإدارية) ، دار الكتاب الحديث ، 2008 .
17. د- عبد العزيز عبد المنعم خليفة: الأسس العامة للعقود الإدارية:(الإبرام، التنفيذ، المنازعات)، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2005.
18. د- عبد العزيز عبد المنعم خليفة: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2006.
19. د-عبد المجيد المغربي: المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وآثارها القانونية الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، 1988.
20. د-عبد الغني بسيوني عبد الله: القانون الإداري ، دون طبعة ، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1993 .
21. د-عبد الغني بسيوني عبد الله: النظرية العامة في القانون الإداري، دون طبعة ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 2004 .
22. د- عمار بوضياف: الوجيز في القانون الإداري ، الطبعة الثانية ، جسور للنشر والتوزيع الجزائر، 2007 .
23. د- عمار بوضياف : القرار الإداري، دراسة تشريعية قضائية فقهية ، الطبعة الأولى جسور للنشر والتوزيع، الجزائر ، 2007 .
24. د- عمار بوضياف : الصفقات العمومية في الجزائر ، دراسة تشريعية قضائية فقهية الطبعة الأولى ، جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2007 .
25. د-عمار عوابدي : القانون الإداري ، النشاط الإداري ، الجزء الثاني ، دون طبعة ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2002 .
26. د-عمار عوابدي: النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري الجزء الثاني ، الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 2004 .

27. علي الدين زيدان – محمد السيد : الموسوعة الشاملة في القضاء الإداري ، الجزء الرابع نظرية العقود الإدارية ، دون طبعة وتاريخ نشر، دار الفكر العربي الجامعي الإسكندرية.
28. د-علي خاطر شطناوي : موسوعة القضاء الإداري ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2008 .
29. علي شفيق: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في المملكة العربية السعودية، الإدارة العامة للطباعة والنشر، 2002 .
30. د- عصمت عبد الله الشيخ: التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي دون طبعة، دار النهضة العربية، 2000.
31. د- طعيمة الجرف : القانون الإداري ، دون طبعة ، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة 1970
32. قدوح حمامة :عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2006 .
33. د-ماجد راغب الحلو: العقود الإدارية، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2009.
34. د- راغب ماجد الحلو: العقود الإدارية والتحكيم، دون طبعة، الدار الجامعية الجديدة للطباعة والنشر والتوزيع، 2000.
35. د- مازن ليلو راضي: العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، دون طبعة دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.
36. د- مازن ليلو راضي: دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.
37. د- محمد الصغير بعلي: الوجيز في المنازعات الإدارية، دون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2002.
38. د- محمد الصغير بعلي : القانون الإداري (التنظيم الإداري ، النشاط الإداري) ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، عنابة ، الجزائر ، 2004 .
39. د- محمد الصغير بعلي : العقود الإدارية ، دون طبعة وتاريخ نشر ، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة ، الجزائر .
40. محمد جمال مطلق الذنبيات : الوجيز في القانون الإداري ، الطبعة الأولى الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2003 .
41. د- محمد أنس قاسم جعفر: العقود الإدارية، جامعة القاهرة للتعليم المفتوح 1999.

42. د- محمد بن ناصر بن محمد البجاد : التحكيم في المملكة العربية السعودية ، مركز البحوث والدراسات الإدارية ، الرياض ، 1999 .
43. د- محمد شفيق: التحكيم التجاري الدولي، دون طبعة، دار النهضة العربية القاهرة 1997.
44. د- محمد رفعت عبد الوهاب: أصول القضاء الإداري، دون طبعة، الدار الجامعية الجديدة الإسكندرية، 2007.
45. د- محمد رفعت عبد الوهاب وحسين عثمان محمد عثمان: مبادئ القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001.
46. د- محمد فؤاد مهنا: مبادئ وأحكام القانون الإداري، دون طبعة وتاريخ نشر، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية.
47. د- محمود حلمي: العقد الإداري، دون طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة 1974.
48. د- محمود خلف الجبوري : العقود الإدارية ، دون طبعة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ، 1998.
49. د- محمود عاطف البنا :العقود الإدارية ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي القاهرة 2007 .
50. د- محمود فؤاد عبد الباسط: العقد الإداري، دون طبعة، الدار الجامعية الجديدة للنشر والتوزيع، 2006.
51. مسعود شيهوب : المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ، الجزء الثالث ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1998 .
52. معوض عبد التواب: دعاوى التعويض الإدارية وصيغتها، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، 1997.
53. د- مصطفى أبو زيد فهمي: القانون الإداري، الدار الجامعية للطباعة والنشر 1993.
54. د- نذير بن محمد الطيب: نظرية العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دون طبعة الإدارة العامة للطباعة والنشر، 2006.
55. ناصر لباد : الوجيز في القانون الإداري ، الطبعة الثانية ، الناشر لباد ، سطيف 2008
56. د- يسري محمد العطار: التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية دون طبعة دار النهضة العربية، 2002.
57. د- يوسف سعد الله الخوري : القانون الإداري العام ، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ، تنظيم إداري أعمال وعقود إدارية ، المنشورات الحقوقية ، 2002 .

ب. باللغة الفرنسية:

1. André De L'aubader : « *traité théorique des contrats administratifs* », Tome3. Paris 1956.
2. André De L'aubader, Frank Moderne, Pierre Delvolvet, « *Traité des contrats administratifs* », Tome second, L.G.D.J, Paris, 1984.
3. André De L'aubader « *traité de droit administratif* », 3ème édition ,1993.
4. André De L'aubader, Jean Claude Vanezia, Sylve Gaudet, « *Manuel droit administratif* » 15 ème édition, L.G.D.J ,1995.
5. André De L'aubader, « *traité de droit administratif* », Tome2, Paris 1999.
6. Christophe L'ajoye, « *Droit des marchés publics* », 2ème édition, Galino – éditeur, E.J.A, Paris, 2005.
7. Christophe L'ajoye, « *Droit des marchés publics* », Galino- éditeur, L.G.D.J, Paris, 2008.
8. Gaudmetyves le Précontentieux : " *le règlement non juridictionnel des conflits dans les marchés publics* ", A.J.D.A, Numéro Spécial, 1994.
9. Francis Paul Benoit : " *le droit administratif français* ", Dalloz, Paris, 1968.
10. Jacqueline Morand – Dévriller : " *Cours de droit administratif* ", 5ème édition, paris, Montchrestien.
11. Jean David Dreyfus " *le critère permettant de caractériser les sujétions des marchés publics* ", Ministère des finances, 1998.
12. Jean rivero-Jean Valine : " *droit administratif* ", 17eme édition, Dalloz, 1998.
13. Jean- Mari delhay : " *le nouveau code des marchés publics* ", .puits fleur 2004.
14. Khaled Aoudia, LalleM Mohamed, Laouar Rachid, " *Gestion active des marchés publics* ", L.S.G.P, Alger, Avril, 2003.
15. L'IBER Xavier : " *les Modifications du marché à la cour d'exécution* " A.J.D.A, numéro spécial, 1994.
16. Mohamed Kobtan : " *le régime juridique des contrats du secteur public, Etude de droit compare algérien et française* ".
17. Maurice André Flamme : " *Traité théorique et pratique de marchés publics* ", Tome 02, Brulant, 1969.

18. Patrick Schulz : "*Eléments du droit des marchés publics*", 2^{ème} édition, L.G.D.J, 2002.
19. Formation des subdivisionnaires, module 1 : "Réglementation des marchés publics", Ministère de l'habitat et de urbanisme.

ثالثا: المنشورات و المقالات

أ. باللغة العربية:

1. د- رياض عيسى: "أحكام الأعمال الإضافية في عقود الأشغال العامة" ، مجلة العلوم القانونية والإدارية ، جامعة تيزي وزو ، السنة الأولى ، العدد الأول ، 1986.
2. د- رياض عيسى: "أحكام الأعمال الإضافية في عقود الأشغال العامة" ، مجلة الحقوق الكويتية، السنة 11 ، العدد الرابع، ديسمبر ، 1987.
3. د- سعيد بو الشعير: "نظام المتعامل العمومي بين المرونة والفعالية" ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، السنة 14 ، العدد 02 ، جوان 1986 .
4. د- عادل الطبطباني: "مدى انقضاء العقود الإدارية بالقوة القاهرة الناتجة عن الاحتلال العراقي للكويت" ، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق الكويتية، السنة العاشرة، العدد 3-4 ، سبتمبر- ديسمبر 1992.
5. د- علي خاطر شطناوي : "صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير في العقود الإدارية" مجلة الحقوق الكويتية ، الكويت ، السنة الرابعة والعشرون (24) ، العدد الأول مارس 2000 .
6. فيصل نسيغة : "النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها" ، مجلة الإجتهد القضائية العدد الخامس (05) ، 2008 .
7. د- محمود أبو السعود: " سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري" ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الثالث عشر (13)، 1997.
8. مجلة مجلس الدولة الجزائري، العدد الرابع (04) لسنة 2004، والعدد السابع (07) لسنة 2005.
9. المجلة القضائية الجزائرية: العدد الأول، 1994.

ب. باللغة الفرنسية:

1. André De L'aubader : "*Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs*", R.D.P, 1954, p103.
2. Saeid Ali Ben Chenab : "*les infractions relatives aux marches et contrats des organismes D'état Algériens*", revue algérienne des sciences juridiques économique et politiques, N04 Décembre ,1989 .

3. Hamidi Hamidi : "l'économie de marché avec ou sans l'état", la revue maghrébine de droit, C.P.U, 1999, P13.
4. Jean Alfonsi : "La notion de marché public", revue du conseil d'Etat, N°3, année 2003.

رابعاً: الرسائل والمذكرات

• الرسائل:

أ- باللغة العربية:

1. سعيد عبد الرزاق باخبييرة : سلطة الإدارة الجزائرية في أثناء تنفيذ العقود الإدارية (دراسة مقارنة) ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2007-2008 .
2. ياقوتة عليوات: تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري ، الصفقات العمومية في الجزائر رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة منتوري ، قسنطينة ، 2010 .

ب باللغة الفرنسية:

1. Elfassi Fatma – Zohra : "LE régime juridique de la rémunération dans les marchés publics de fournitures en droit algérien", Taise pour le doctorat en droit public de l'entreprise, Université Montpellier Soutenu le, 13-07-1991, page 270-272

• المذكرات:

1. أنيسة سعاد قريشي : النظام القانوني لعقد الأشغال العامة ، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر ، 2002.
2. إسماعيل بحري: الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005.
3. رياض لوز: دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية، المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2006-2007.
4. ريم عبيد : طرق إبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، المركز الجامعي تبسة ، 2006 .
5. سلوى بزاحي : رقابة القضاء الإداري على منازعات الصفقات العمومية ، مذكرة ماجستير كلية الحقوق ، جامعة عنابة ، 2007 .
6. سهام بن دعاس : المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية مذكرة ماجستير، كلية الحقوق ، جامعة عنابة ، 2005 .
7. سهام عبد لي: مفهوم دعوى القضاء الكامل في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2007-2008.

8. عادل قرانه : سلطات الإدارة في العقد الإداري ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة عنابة ، 2005 .
9. عبد الوهاب علاق : الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري مذكرة ماجستير، كلية الحقوق ، جامعة بسكرة ، 2003-2004 .
10. عثمان بوشكيوة : التوازن المالي للصفقات العمومية ، مذكرة ماجستير المركز الجامعي ، سوق أهراس ، 2005 .
11. فاطمة الزهراء فرقان: رقابة الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006-2007.
12. صدراتي صدراتي: نظرية التوازن المالي للعقد الإداري ، مذكرة ماجستير معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، جامعة الجزائر ، 1984 .
13. محمد الصالح فنينش : القيود الواردة على حرية الإدارة لدى تعاقدها ، مذكرة ماجستير كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، دون تاريخ .
14. مختار كاملي: إبرام الصفقات العمومية ونظام مراقبتها في الجزائر، مذكرة ماجستير كلية العلوم الاقتصادية والتسيير، جامعة الجزائر، 2008.
15. مريم أكرور : السعر في الصفقة العمومية ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2007-2008 .
16. كمال خريف : تجربة سوناطراك في مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية مذكرة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، جامعة الجزائر ، 199.

01مقدمة
06الفصل الأول : ماهية ملحق الصفقة العمومية
06المبحث الأول : مفهوم ملحق الصفقة العمومية
07المطلب الأول : الصفقة العمومية
07الفرع الأول : مفهوم الصفقة العمومية
19الفرع الثاني : مراحل تطور الصفقة العمومية
21الفرع الثالث : سلطة تعديل الصفقة العمومية
28المطلب الثاني : ملحق الصفقة العمومية
29الفرع الأول : تعريف الملحق
30الفرع الثاني : أنواع الملحقات
32الفرع الثالث : شروط إبرام الملحق
33المطلب الثالث: تمييز الملحق عن الصفقة وعناصرها
33الفرع الأول : التمييز بين الملحق والصفقة الأصلية
35الفرع الثاني : التمييز بين الملحق ودفاتر الشروط
37المبحث الثاني: مشروعية ملحق الصفقة العمومية
38المطلب الأول: القيود المتعلقة بالمشروعية
39الفرع الأول : اقتصار التعديل على شروط العقد المتصلة بالمرفق العام
40الفرع الثاني : اقتصار التعديل على شروط العقد المتصلة بموضوع العقد
40الفرع الثالث: وجوب احترام قواعد المشروعية الإدارية
45الفرع الرابع : مدى شرط تغير الظروف
46المطلب الثاني: القيود المتعلقة بنطاق التعديل
46الفرع الأول : تجاوز الحد الأقصى للتعديلات المقررة
47الفرع الثاني : فرض أعباء جديدة ترهق المتعاقد وتجاوز إمكانياته
48الفرع الثالث: قلب اقتصاديات العقد
51المبحث الثالث: دوافع إبرام ملحق الصفقة العمومية
53المطلب الأول: تعديل شروط تنفيذ الصفقة
54الفرع الأول: التعديل في مقدار الالتزامات
55أولا: تيريرات التعديل
56ثانيا : تطبيقات التعديل في مقدار الالتزامات

- 65.....**الفرع الثاني: التعديل في مدد وطرق ووسائل التنفيذ.**
- 65 أولا : التعديل في طرق ووسائل التنفيذ.
- 66..... ثانيا : التعديل في مدد التنفيذ.
- 67.....**المطلب الثاني: إعادة التوازن المالي للصفقة.**
- 70..... الفرع الأول: نظرية فعل الأمير.
- 75 الفرع الثاني : نظرية الظروف الطارئة.
- 80..... الفرع الثالث: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.
- 87.....**الفصل الثاني: القواعد القانونية الإجرائية المطبقة على ملحق الصفقة.**
- 88.....**المبحث الأول: الرقابة على ملحق الصفقة العمومية.**
- 89 **المطلب الأول: لجان المصلحة المتعاقدة.**
- 90..... الفرع الأول: اللجنة الوزارية للصفقات.
- 91..... الفرع الثاني : اللجنة الولائية للصفقات.
- 93..... الفرع الثالث: اللجنة البلدية للصفقات.
- 95 الفرع الرابع: لجان صفقات المؤسسات العمومية.
- 96.....**المطلب الثاني: اللجان الوطنية للصفقات.**
- 97 الفرع الأول: اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال.
- 98..... الفرع الثاني: اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم.
- 99..... الفرع الثالث: اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات.
- 101.....**المطلب الثالث: الأثر المترتب على رقابة لجان الصفقات.**
- 101 الفرع الأول: منح التأشيرة.
- 104..... الفرع الثاني: رفض التأشيرة.
- 106.....**المبحث الثاني: ضمانات المنازعات الناتجة عن ممارسة سلطة التعديل.**
- 106.....**المطلب الأول: ضمانات تسوية نزاعات تنفيذ الأشغال الإضافية.**
- 107..... الفرع الأول : التسوية الودية للنزاع.
- 110..... الفرع الثاني : التسوية القضائية للنزاع.
- 117 الفرع الثالث: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات تعديل الصفقة.
- 122**المطلب الثاني : ضمانات مراعاة التوازن المالي للصفقة.**
- 122..... الفرع الأول: التعويض كمقابل لسلطة التعديل.
- 123..... أولا: مدى التعويض وأوضاعه.

123.....	ثانيا: أساس التعويض.....
124.....	الفرع الثاني: صور التعويض كأثر لإعادة التوازن المالي للصفقة.....
125.....	أولا : حق التعويض عن فعل الأمير.....
126	ثانيا : حق التعويض عن الظروف الطارئة.....
127	ثالثا : حق التعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة.....
129.....	رابعا : حق التعويض عن الأشغال الضرورية.....
129	المبحث الثالث: آليات حماية ملحق الصفقة ونهاية آثاره.....
130	المطلب الأول : آليات حماية الملحق في الصفقة العمومية.....
130.....	الفرع الأول :الامتيازات غير المبررة في الصفقات العمومية.....
133.....	الفرع الثاني : الرشوة في مجال الصفقات العمومية.....
136.....	المطلب الثاني:نهاية ملحق الصفقة العمومية.....
136.....	الفرع الأول: لنهاية الطبيعية للملحق في الصفقة.....
138.....	الفرع الثاني:النهاية غير الطبيعية للملحق في الصفقة.....
143.....	خاتمة.....
147.....	الملاحق.....
207.....	المراجع المعتمدة.....