وزارة التعليـــــــــم العالـــي والبحـث العلمـــــي
جامعة مولود معمـــــــــري – تيـــزي وزو
كليّـــــة الحقـــوق والعلوم السياسية

مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية

سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون

فرع: قانون الإجراءات الإدارية

إعداد الطالبـــة:
سبكي ربيحة

إشـــــراف الأستاذ:
د/معاشو عمار

لجنـة المناقشـــــة

د/إقلولي محمد ، أستاذ، جامعة مولود معمري تيزي وزو.....رئيسًا
د/معاشو عمار، أستاذ، جامعة مولود معمري تيزي وزو.....مشرفا ومقررًا
د/كايس شريف، أستاذ، جامعة مولود معمري تيزي وزو.....ممتحنـــا

تاريخ المناقشة 2013/05/13

إهـــــــداء

إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله

إلى إخوتي وأخواتي

إلى كل الأصدقاء والزملاء

أهدي هذا العمل

✍ ربيحة

كلمة شكر

أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى الأستاذ الدكتور "عمار معاشو" الذي قبل الإشراف على هذا العمل، وتعهده بالتصويب في جميع مراحل انجازه، وزودني بالنصائح والإرشادات التي أضاءت أمامي سبيل البحث.

فجزاه الله عني كل خير

ريحة ✍

قائمة أهم المختصرات

1-باللغة العربية:

ت.م.ج : التقنين المدني الجزائري

ج.ر : جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية

د.م.ج : ديوان المطبوعات الجامعية

ص ص : من الصفحة إلى الصفحة

ص : الصفحة

ق.إ.م.إ : قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2-باللغة الفرنسية:

AJDA : Actualité Juridique de Droit Administratif

C.E : Conseil d'Etat

Ed. : Edition

Ibid : Même ouvrage précédent.

J.O.R.A : Journal Officiel de la République Algérienne

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

N° : Numéro

O.P.U : Office des Publications Universitaires

Op.cit : Ouvrage précité

P : Page

P.P : de la page à la page

R.D.P : Revue de Droit Public

R.F.D.A : Revue Française de Droit Administratif

مقدمة

تمارس الإدارة نوعين من الأعمال لأداء النشاطات المنوطة بها، تختلف في طبيعتها ووصفها القانوني، وهي الأعمال المادية والأعمال القانونية، وهذه الأخيرة يراد بها تلك الأعمال التي تجريها الإدارة بقصد إحداث آثار قانونية إما إنشاء أو تعديل أو إلغاء لمراكز قانونية قائمة.

تتخذ الأعمال القانونية التي تقوم بها الإدارة مظهرين، يتمثل الأول في تصرفات قانونية تقوم بها الإدارة من جانب واحد وبإرادتها المنفردة وهي القرارات الإدارية التي تعد من أهم الوسائل القانونية التي من خلالها تستطيع أداء واجباتها في إدارة المرفق العام وحماية النظام العام.

يتمثل المظهر الثاني في الأعمال القانونية الصادرة عن الإدارة بناء على اتفاق بينها من جهة وطرف آخر بمقتضى عقد، حيث تتوافق الإرادتان وتتجهان نحو إحداث أثر قانوني معين بغرض تمكينها من تحقيق الأهداف المنوط بها.

تلجأ الإدارة إلى إتباع هذا الأسلوب عندما يعجز أسلوب القرارات الإدارية عن الوفاء ببعض أهدافها في إشباع الحاجات العامة، خاصة بعد إتباع وظيفة الدولة المعاصرة وتحقيق أهداف الدولة في مختلف الميادين.

ومن المعروف أن العقود التي تبرمها الإدارة لا تخضع جميعها لنظام قانوني واحد، فهناك عقود الإدارة الخاضعة لنظام القانون الخاص الذي يحكم عقود الأفراد وتلجأ الإدارة إلى إبرامهذا النوع من العقود عندما تقرر أن ّ إتباعها أسلوب القانون الخاص يكفي لتحقيق

أهدافها، فتظهر بمظهر الشخص العادي في التعاقد مع الأفراد مجردة من امتيازات السلطة العامة.

نجد ما يعرف بالعقود الإدارية أين تظهر الإدارة بوصفها سلطة عامة تخضع لقواعد استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، فتختلف عقودها هذه عن العقود السابقة التي تتم بين الأفراد وتحكمها قواعد القانون الخاص، ومن ثم يظهر الفرق بين عقود الإدارة والعقود الإدارية.

تتضمن عقود الإدارة جميع العقود التي تبرمها الإدارة سواء كانت إدارية أو مدنية في حين لا ينطبق اصطلاح العقود الإدارية إلا على تلك التي تظهر الإدارة فيها كسلطة عامة فتتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، وذلك بقصد تحقيق نفع عام ومن هنا تظهر بجلاء أهمية العقود الإدارية كأداة لأداء نشاطات الإدارة.

لكي تحقق هذه الأداة النتائج المرجوة من إتباعها بأداء نشاطات الإدارة المتعاقدة وضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد، حرصت التشريعات على تنظيم العقود الإدارية عموما والصفقات العمومية خصوصا باعتبارها أهم أنواع العقود الإدارية على الإطلاق، تخضع لتشريع متميز ومستقل هو تشريع الصفقات العمومية الذي عرف منذ الاستقلال تعديلات كثيرة عكست في كل مرة طبيعة النظام السياسي والاقتصادي المتبع فقد ألغى المرسوم الرئاسي رقم10-236[1] مقتضيات المرسوم الرئاسي رقم 02-250[2] كما أن ّ المرسوم الرئاسي السار ي المفعول حاليا شهد عدة تعديلات التي توضح نية المشرع الجزائري ومدى

[1] - مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق 7 أكتوبر سنة 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، العدد58، الصادر في 7 أكتوبر سنة 2010 معدل ومتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 13-03 مؤرخ في أو ّ ل ربيع الأول عام 1434 الموافق 13 يناير سنة 2013، ج.ر، العدد2، الصادر في 13 يناير سنة 2013.

[2] - مرسوم رئاسي رقم 02-250 مؤرخ في 13 جمادي الأولى عام 1423 الموافق 24 يوليو سنة 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، العدد52، الصادر في 28 يوليو سنة 2002 (ملغى).

اهتمامه بالأموال العامة ورغبته في الإصلاح للمحافظة على الاقتصاد بوجه عام وضمان السير الحسن لإبرام الصفقات العمومية.

عرُّفت الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم على أنّها عقود مكتوبة تبرم وفقا للشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد انجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة[1].

تمثل الصفقات العمومية أهم وأبرز طرق وأساليب الإنفاق العام لانجاز المشاريع وتحقيق المصلحة العامة، وتشكل المحور الأساسي الذي يعتمد عليه لتنفيذ مختلف البرامج الاستثمارية، باعتبارها الإطار القانوني الذي وضعه المشرع مبينا كيفيات وشروطوا إجراءات إبرامها والآثار المترتبة عنها.

ولعل أهم هذه الآثار هي منح المصلحة المتعاقدة امتيازات وسلطات مميزة تتجلى في كافة مراحل الصفقة العمومية منذ إبرامهاحتى اكتمال تنفيذها، وقد أقر ت بالأساس لتمكين

---

[1] - أنظر فيما يخص تعريف الصفقات العمومية المادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

- تحدد المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدلة والمتممة بموجب المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 13-03 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المصالح المتعاقدة كالآتي:

- الإدارات العمومية؛
- الهيئات الوطنية المستقلة؛
- الولايات؛
- البلديات؛
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري؛
- مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني والمؤسسات العمو مية ذات الطابع الصناعي والتجاري، عندما تكلف بانجاز عملية ممولة، كليا أو جزئيا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة.

المصلحة المتعاقدة من تحقيق الأهداف المرجوة من وراء تعاقدها وفي تلبية حاجات الأفراد وتحقيق المصلحة العامة.

كرس المشرع الجزائري هذا المفهوم في مختلف قوانين الصفقات العمومية فاعترف للمصلحة المتعاقدة بممارسة جملة من السلطات لا نجد لها مثيلا على مستوى دائرة القانون الخاص رغم أنها جاءت في نصوص متشتتة.

إلاّ أن المجال الأكثر وضوحا لهذه الامتيازات يبرز بعد ابرام الصفقة العمومية، إذ يتقرر للمصلحة المتعاقدة في هذه المرحلة في مواجهة المتعامل المتعاقد معها حقوقا وسلطات خاصة تختلف عن الحقوق التي يقررها القانون الخاص لأي متعاقد قبل الطرف الآخر، وعلة ذلك هو تباين الأهداف عند كل من طرفي الصفقة العمومية.

بالرغم من قدم موضوع سلطات المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية إلاّ أنّه حديث من حيث أهميته المتزايدة من خلال التعديلات المتتالية التي عرفتها المنظومة القانونية للصفقات العمومية التيأدّت في كل مرة إلى رفع هذه السلطات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة، حيث لم تقتصرها في مواجهة المتعامل المتعاقد الوطني فقط وا ذّ ما خول لها سلطات حتى في مواجهة المتعامل المتعاقد الأجنبي[1]، وهذا نظرا لأهمية الصفقات العمومية باعتبارها أداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية وعلاقتها بالخزينة العمومية، فوجب منح المصلحة المتعاقدة سلطات بهدف الحد قدر الإمكان من السلوكات السلبية وهدر المال العام التي قد يقع فيها المتعامل المتعاقد.

يكمن سبب دراسة هذا الموضوع أيضا في الأهمية التي يكتسيها على ثلاث أصعدة، النظري الفقهي والتطبيقي القضائي واتصاله بالقانون، كما يكمن الدافع في معالجته إلى

1 -أنظر المادة 24 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدّلة والمتمّمة بموجب المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 13-03، مرجع سابق

توضيح السلطات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة في مرحلة مهمة من المراحل التي تمر بها الصفقات العمومية وهي مرحلة التنفيذ التي تعتبر مجالا خصبا لممارسة هذه السلطات.

وتجدر الإشارةأنّهورغم ما بذلناه من جهود في ميدان بحث هذا الموضوع، فإنّه قد واجهتنا صعوبات جمّة تمثلت في قلة المراجع ولا سيما الحديثة منها والمتخصصة، مع قلة الدراسات والبحوث في مجال الصفقات العمومية عدا تلك الدراسات التي تعرضت لبعض مسائل العقود الإدارية بصفة عامة. وندرة الاجتهاد القضائي الجزائري في مجال الصفقات العمومية نظرا لتذبذب موقف القاضي الإداري الجزائري في مسائل عدة في هذا المجال.

ونظرا لأنّ المصلحة المتعاقدة تمتاز بمركز أسمى من مركز المتعامل المتعاقد معها من خلال القرارات والأوامر التي تصدر في مواجهته بإرادتها المنفردة، فإنّه يلزم توضيح هذه المكانة من خلال إبراز ***السلطات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها أثناء تنفيذ الصفقة العمومية***.

تستدعي هذه الدراسة، إبراز كل من سلطات المصلحة المتعاقدة في متابعة تنفيذ الصفقة العمومية وسلطة توقيع الجزاءات أثناء التنفيذ، إذ تتمتع المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية بسلطات واسعة يهدف من ورائها متابعة تنفيذها من خلال الأوامر المصلحية التي تصدرها لضمان حسن سيرها وتنفيذها (الفصل الأول)، كما تتمتع أيضا بسلطة توقيع الجزاءات أثناء التنفيذ إذا ما أخل المتعامل المتعاقد بالتزاماته (الفصل الثاني).

غير أنّه يلزم التنويه، بأنّ نطاق تطبيقات سلطات المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، ينحصر في صفقتي الأشغال العامة واللوازم (التوريد) نظرا لأهميتها على الصعيد التطبيقي.

وبغرض توضيح الموضوع، ارتأينا إتباع المنهج التحليلي خاصة فيما يتعلق بالنصوص القانونية والأحكام الخاصة بسلطات المصلحة المتعاقدة المحددة في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 والتعديلات المدخلة عليه، مع الرجوع عند اللزوم إلى القوانين السابقة الخاصة بالصفقات العمومية لتوضيح أي إبهام أو إغفال اكتنف التنظيم الجديد. كما أنّ هذا المنهج سيكون ضروريا لتحليل موقف القضاء الإداري الجزائري، مع الاستعانة أحيانا بالأحكام والقرارات القضائية التي أقرها مجلس الدولة الفرنسي وذلك على سبيل المقارنة بين موقف القضاء الجزائري والقضاء الفرنسي.

الفصل الأوّل:

سلطات المصلحة المتعاقدة في متابعة تنفيذ الصفقة العمومية

ينشأ عند إبرام الصفقة العمومية ودخولها حيز التنفيذ حقوقا والتزامات يتعين على الأطراف احترامها، وفي الوقت نفسه تتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطات واسعة تجاه المتعامل المتعاقد معها وبمركز تعاقدي لا مثيل له في عقود القانون الخاص، حيث تتمتع فيما تبرمه من صفقات بمركز متميز في مواجهة المتعاقد معها، وذلك رغبة في تحقيق المصلحة العامة من خلال الحفاظ على سير المرافق العامة، وفي سبيل تحقيق تلك الغاية يتم تغليب المصلحة العامة على المصلحة الفردية الخاصة للمتعاقد، وا ٍن كان ذلك لا يسوغ للمصلحة المتعاقدة التضحية بتلك المصلحة الفردية كلية.

يقصد بهذه السلطات الوسائل القانونية التي تملكها المصلحة المتعاقدة في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية والتي من خلالها تتمكن من متابعة تنفيذها من البداية حتى النهاية والتي من شأنها أن تجعل تلك الصفقة محققة للغرض الذي أبرمت من أجله.

يحق للمصلحة المتعاقدة من هذا المنطلق متابعة مراحل تنفيذ الصفقة التي أبرمتها من خلال سلطة الرقابة التي يباشرها مهندسيها لضمان سير تنفيذها على النحو المتفق عليه، وحسن سير ذلك التنفيذ (المبحث الأول)، كما يمكنها أن تتدخل بهدف متابعة التنفيذ

لزيادة أو نقص الالتزامات التعاقدية للمتعامل المتعاقد من خلال سلطتها في تعديل شروط الصفقة بما يحقق المصلحة العامة (المبحث الثاني).

تساهم المصلحة المتعاقدة من خلال سلطتي الرقابة والتعديل في متابعة تنفيذ الصفقة العمومية، فهي تسعى دائما إلى إيجاد الطرق والأوضاع التي تكفل حسن تنفيذ تلك الصفقة فقد تتدخل لكي تفرض على المتعاقد أوضاعا أو طرقا للتنفيذ غير منصوص عليها أصلا في الصفقة، كما قد تتدخل في مسألة نظمتها الصفقة تحقيقا للغرض الذي أبرمت من أجله وحرصا على تفادي أي خلل من شأنه أن يعيق سير تنفيذها.

المبحث الأول:

سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية

تتصل الصفقات العمومية بمختلف أنواعها بالخزينة العامة، ولما كان كذلك، فإنه أضحى من الضرورة إخضاعها لصور شتى من الرقابة. فالمشرع الجزائري خصص عدة نصوص[1] تتضمن الرقابة على الصفقات العمومية أعلن فيها أن هذه الرقابة تشمل مختلف مراحل الصفقة أي قبل إبرامها وأثناء التنفيذ وبعد التنفيذ[2] وصنف أنواع الرقابة إلى داخلية وخارجية ورقابة الوصاية.

يتجلى الهدف من تكثيف آليات الرقابة على الصفقات العمومية واضحا في تكريس مبدأ الشفافية في إبرام الصفقات العمومية، وضمان منافسة مشروعة تكفل المساواة بين المتنافسين بما يبعد في النهاية الصفقة عن كل شبهة ويحقق هدف ترشيد النفقات العامة.

إضافة إلى الرقابة التي تمارسها المصلحة المتعاقدة على المتعاقد معها في مرحلة الإبرام والتي تتم بواسطة اللجان المختلفة، فللمصلحة المتعاقدة حق ممارسة الرقابة على المتعامل المتعاقد معها حتى في مرحلة التنفيذ نظرا للطابع التنموي للصفقة كونها تتعلق بمشاريع الدولة.

تملك المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها باعتبارها صاحبة الصفقة حق مراقبة تنفيذ صفقاتها وذلك بقصد الوصول إلى الغايات التي من أجلها تم إبرام الصفقة

---

[1] - خصص المشرع الجزائري الباب الخامس وأدرج فيه مجموعة من الأقسام وفصل من أحكام الرقابة بما لم يفعله مع أحكام أخرى، بما يعكس أهمية الرقابة على مستوى التشريع، وهذا ضمن المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

[2] - تنص المادة 116 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم على أنّه: ***«تخضع الصفقات التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيّز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده»***.

وحيث أنّ هذه الأخيرة يتم تنفيذها عبر مجموعة من الشروط التي يتم الاتفاق عليها، سواء من الناحية الفنية أو التقنية أو المالية، فإن المصلحة المتعاقدة تمارس سلطاتها من خلال الرقابة أثناء انجاز الأعمال وتنفيذ الشروط المتفق عليها، فهي تعمل دوما على مراقبة المتعاقد معها والتحقق من مدى التزامه بتنفيذ شروط الصفقة.

وعليه، تكون الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية أمرا ضروريا، إذ أن تنفيذ المشاريع باختلافها في الوقت المحدد ووفقا لمستلزمات المصلحة العامة يتطلب رقابة ومتابعة المصلحة المتعاقدة وتنفيذ ما تبرمه من صفقات. والهدف من تخويل الإدارة هذه السلطة هو التحقق من أن الصفقة يتم تنفذها وفقا للشروط والقواعد المنظمة لها.

إنّ الاعتراف للمصلحة المتعاقدة بسلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة يستلزم البحث عن الأحكام العامة التي تتعلق بها (المطلب الأول)كما أنّ تعدد أنواع الصفقات العمومية وطبيعتها يؤدي إلى تعدد مظاهر سلطة الرقابة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الأحكام العامة لسلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية

اعترف قانون الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة بسلطة الرقابة عبر مختلف المراحل التي تمر بها الصفقات العمومية سواء قبل إبرامهاو أثناء التنفيذ وبعده لتعلقها بحقوق الخزينة العمومية، وذلك من خلال تفصيل أحكام تطبيقها.

خولت هذه السلطة للمصلحة المتعاقدة للتحققأنّ تنفيذ الصفقة يتم وفقا للشروط التي تضمن تصحيح مسار التنفيذ عن طريق معالجة القصور والانحرافات حتى يمكن علاجها وتجنب أسباب وقوعها مستقبلا.

تمارس المصلحة المتعاقدة هذه السلطة من خلال شتى الصور التي تقتضيها طبيعة كل نوع من الصفقات العمومية (الفرع الأول)، ولكن إذا كانت سلطة الرقابة حقا أصيلا ومقررا للمصلحة المتعاقدة، فإنه من الأهمية ضرورة البحث مع ذلك عن الأساس الذي تستند إليه (الفرع الثاني) وكذلك الضوابط التي تخضع لها المصلحة المتعاقدة ضمانا لسير تنفيذ الصفقة العمومية بما يحقق الغاية من إبرامها (الفرع الثالث).

الفرع الأول

صور سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية

تملك المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقات التي تبرمها، حق الرقابة عليها كونه من السلطات التي تملكها تجاه المتعامل المتعاقد، وواجبا عليها لضمان سلامة تنفيذ الصفقات العمومية وتدارك الأخطاء والأخطار المحتملة قبل وقوعها.

تنحصر سلطة الرقابة التي تباشرها المصلحة المتعاقدة في صورتين، فقد يقصد بها المعنى الضيق الذي يكون مرادفا لحق الإشراف (أولا)، كما يمكن أن تتجاوز سلطة الرقابة مدلولها الضيق فلا تقتصر على مجرد الإشراف على التنفيذ وإنما تتعدى ذلك إلى توجيه أعمال التنفيذ (ثانيا).

أولا- حق الإشراف

تمثل هذه الصورة المعنى الضيق لسلطة الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية، ويكون المقصود بالرقابة هنا هو التحقق من أن المتعامل المتعاقد يباشر تنفيذ الصفقة طبقا للشروط والمواصفات المتفق عليها. ومن ثمفإنّ سلطة الرقابة بهذا المعنى تكون مرادفة لحق الإشراف (Droit de surveillance).

إن الرقابة بهذا المعنى الضيق المتمثل في حق الإشراف تمثل الحد الأدنى لما يمكن الاعتراف به للمصلحة المتعاقدة في مجال رقابتها على تنفيذ الصفقات العمومية. إذ من واجبها أن تتولى الإشراف على المتعاقد معها حتى تتأكد من قيامه بتنفيذ العقد طبقا للبنود و الشروط المتفق عليها[1].

تمارس سلطة الرقابة بمعنى الإشراف عن طريق الأعمال المادية التي تباشرها المصلحة المتعاقدة، كزيارة ورشات العمل والتحقق من سلامة المواد المستعملة وجودتها بواسطة الفحص والاختبار، أو استلام بعض الوثائق للإطلاع عليها وفحصها[2]، أو مراقبة نوعية المستخدمين من حيث الخبرة والتخصص في إنجاز بعض الأشغال التي تتطلب وجود أشخاص لهم دراية وخبرة معينة تتطلبها طبيعة الأعمال موضوع الصفقة، كما تمارس أيضا عن طريق أعمال قانونية، كأن تصدر الإدارة أوامر تنفيذية أو تعليمات أو إنذارات للمتعاقد معها[3].

يفهم من ذلك، أن المصلحة المتعاقدة تمارس الرقابة بهذا المعنى عن طريق إيفاد مهندسيها وتعيين مندوبيها بقصد الإشراف على تنفيذ الصفقة والتحقق من صلاحية المواد التي ينفذ بها المتعاقد التزاماتهإذ ّ ما تهدف إلى التأكد من أن كل شيء يسير وفقا لمقتضيات

---

[1]- د/محمود أبو السعود، **سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري**، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الأول، 1997، ص200.

[2]- عادل بوعمران، **النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية (دراسة تشريعية، فقهية وقضائية)**، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص108.

أنظر: د/خالد خليل الظاهر، **القانون الإداري (دراسة مقارنة)**، دار المسيرة، عمان، 1997، ص285.

[3]- د/عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **الأسس العامة للعقود الإدارية (الإبرام-التنفيذ-المنازعات)**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص256.

الصالح العام. وهذا الحق تتمتع به المصلحة المتعاقدة حتى ولو لم ينص عليه العقد، كما أنّ ها لا تستطيع التنازل عنه مقدما[1]، فهو مقرر كمبدأ عام بالنسبة لكافة الصفقات العمومية.

ثانيا-حق التوجيه

تمثل هذه الصورة المعنى الواسع لسلطة الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية، وطبقا لهذا المعنى تتجاوز سلطة الرقابة مدلولها الضيق السابق تحديده، فلا تقتصر على مجرد التأكد من قيام المتعامل المتعاقد بتنفيذ الصفقة طبقا للشروط المتفق عليها، وا ٍنما تتعدى ذلك بما يسمح للمصلحة المتعاقدة بالتدخل في أوضاع تنفيذ الصفقة وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار أفضل الطرق التي تراها مناسبة لحسن سير المرفق محل التعاقد[2].

تعمل المصلحة المتعاقدة وهي تساهم في التنمية على إنجاز العديد من الأشغال من خلال إبرام صفقات مع متعاملين متعاقدين في مجالات مختلفة، وأثناء تنفيذ بنود الصفقة يمكن لها أن تتدخل من خلال حق التوجيه.

بناء على هذا الحق يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تجبر المقاول أو المورد على احترام مختلف الشروط المنصوص عليها في بنود الصفقة، وبمقتضى ذلك قد ترى أن الأشغال لا تسير وفق ما هو مسطر في الصفقة، عندئذ تتدخل لتطلب من المتعاقد إدخال تغييرات أو تعديلات على الأشغال التي ترى أنها لا تنفذ على الوجه المطلوب.

---

[1]- د/سليمان محمد الطماوي، **الأسس العامة للعقود الإدارية**، الطبعة الخامسة، مطبعة جامعة عين الشمس، مصر، 1991، ص448.

[2]- د/محمود أبو السعود، **سلطة الإدارة في الرقابة...**، مرجع سابق، ص201.

« ***Le pouvoir de direction permet à la personne publique maître d'ouvrage de déterminer les modalités d'exécution du marché dans le cadre de la réalisation de l'ouvrage*** ».

Voir : Christophe LAJOYE, **Droit des marchés publics**, Berti éditions, Alger, 2007, P172.

إنّ الرقابة بهذا المعنى الواسع الذي يجعلها تمتد إلى حد توجيه المتعاقد أثناء تنفيذ العقد، مع ما ينطوي ذلك من تحميله لأعباء إضافية غير منصوص عليها سلفا في العقد تمثل امتيازا هاما وضروريا للإدارة فالرقابة لو اقتصرت على حق الإشراف فإنها تصبح سلطة عادية ومألوفة ومن ثم فإن استعمالها لا يثير أي إشكالات أو نزاعات بين الإدارة والمتعاقد معها. وعلى ذلك فإنّ الفائدة الحقيقية لسلطة الرقابة تبدو حينما يتم الاعتراف للإدارة بتجاوز هذا النظام الضيق بالإشراف على تنفيذ العقد وتبدأ في توجيه المتعاقد في كيفية إتمام ذلك التنفيذ بما يخدم الصالح العام[1].

إنّ حق التوجيه ليس مقرر كمبدأ عام في جميع الصفقات العموميةوإنما يختلف حسب طبيعة الصفقة، فهو مبدأ عام في صفقات الأشغال العامة ولو لم تنص عليه الصفقة بعكس الحال بالنسبة لصفقات اللوازم أو التوريد حيث لا يتقرر للمصلحة المتعاقدة إذا لم تنص عليه الصفقة[2].

يأخذ حق التوجيه مداه في صفقات الأشغال العامة من خلال ما تتمتع به المصلحة المتعاقدة تجاه المقاول من إصدار أوامر مصلحية التي تعد الوسيلة الأساسية للمصلحة المتعاقدة في بسط رقابتها على تنفيذ صفقة الأشغال العامة، ومن ثم التدخل في تحديد كيفية و أوضاع هذا التنفيذ.

يمكن تعريف الأمر المصلحي بأنّه الأمر الذي يصدر عن المصلحة المتعاقدة أو المهندس المكلف بالإشراف على تنفيذ الأشغال بقصد تحديد أوضاع تنفيذ الصفقة ويشترط

[1] - د/محمود أبو السعود، **سلطة الإدارة في الرقابة...**، مرجع سابق، ص201.

[2] - د/محمود خلف الجبوري، **العقود الإدارية**، دار الثقافة، عمان، 2010، ص126.

أن يصدر -كقاعدة عامة- في شكل كتابي[1] باعتباره قرارا إداريا تعبر به الإدارة عن إرادتها فيما يتصل بكيفية تنفيذ العقد طبقا لدواعي المصلحة العامة واحتياجات المرفق العام، وعلى ذلك يتعين على المقاول الالتزام بما يصدر إليه من أوامر مصلحية وإلا انعقدت مسؤوليته أمام المصلحة المتعاقدة في حالة إهماله أو رفضه لتنفيذها[2].

تملك المصلحة المتعاقدة سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة ولو لم تنص عليها صراحة ومن دون اللجوء إلى القضاء لإجبار المتعامل المتعاقد معها على الانصياع للتعليمات والأوامر التي تصدرها بخصوص اختيار طرق التنفيذ، باعتبار سلطة الرقابة بمعنى الإشراف والتوجيه من النظام العام لا يمكن الاتفاق على مخالفتها لأنّ ها قررت للمصلحة العامة، كما لا يمكن لجهة الإدارة التنازل عنها[3].

الفرع الثاني

أساس سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية

تمثل سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية خاصة في معناها المتضمن لحق التدخل في توجيه أوضاع التنفيذ، إحدى السلطات الهامة التي تجسد المبدأ السائد في نظرية العقد الإداري والذي يقضي بأن هذا العقد لا يلزم الإدارة بنفس

---

[1]- Christophe LAJOYE, **Droit des marchés**..., Op.cit. P172.

أنظر: المادة 8/12 من القرار المؤرخ في 16 رجب عام1384 الموافق 21 نوفمبر سنة 1964، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، ج.ر، العدد06، الصادر في 19 يناير سنة 1965.

[2]-« ***Les ordres de service revêtent pour l'entrepreneur un caractère obligatoire. L'absence d'exécution d'un ordre de service est constitutif d'une faute qui expose l'entrepreneur à des sanctions et engage sa responsabilité contractuelle*** ».

Voir : Christophe LAJOYE, **Droit des marchés publics**..., Op.cit, P172.

[3]- د/عمار بوضياف، **الصفقات العمومية في الجزائر (دراسة تشريعية وقضائية وفقهية)**، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص142.

الطريقة التي يلزم بها العقد المدني أحد أطرافه، فإنه من الأهمية ضرورة البحث عن الأساس الذي تستند إليه.

يتوقف تحديد أساس سلطة الرقابة في الواقع على تحديد مصدر هذه السلطة، ففي بعض الأحيان ينص صراحة في العقد الإداري أو الصفقة العمومية أو في دفاتر الشروط على سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذ الصفقة (أولا)، وفي أحيان أخرى تستمد هذه السلطة من القوانين والتشريعات(ثانيا)، أما في غياب النص فإن سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية تجد أساسها في مقتضيات المرفق العام (ثالثا).

أولا-الأساس التعاقدي لسلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية

قد يرد النص صراحة على سلطة الرقابة في الصفقة العمومية ذاتها أو في دفاتر الشروط على نحو يوضح كيفية ممارسة هذه السلطة وما يتبع في مباشرتها من وسائل وما يتوفر للمتعامل المتعاقد من ضمانات في هذا الصدد. وفي مثل هذه الحالة لا جدال أن سلطة الرقابة تجد أساسها في فكرة العقد.

تجسد صفقات الأشغال العامة بوضوح الأساس التعاقدي لسلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذ الصفقة. حيث تحرص الإدارة بوصفها صاحبة المشروع، على تضمين صفقات الأشغال العامة، وكذا الدفاتر الملحقة بها، ما يخولها الحق في ممارسة سلطة الرقابةليس فقط بمعنى الإشر اف على التنفيذ الذي يقتصر على مجرد التأكد من سير العمل وفقا للمواصفات والشروط المنصوص عليها،وا ٍنما أيضا بما يضمن التدخل في تحديد أوضاع أو وسائل التنفيذ عن طريق ما تصدره إلى المقاول من أوامر مصلحيةلأن ّ من مصلحة الإدارة والأفراد معا أن يتم تنفيذ الأشغال العامة بالدقة والمعدل المطلوب.

يتجلى الأساس التعاقدي لسلطة الرقابة في صفقات الأشغال العامة من خلال ما تضمنه دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال العامة[1]، والذي فصل أحكام سلطة الرقابة والتوجيه في مواد متعددة منها المادة 4/12 التي تنص على أنّه: «***على المقاول أن ينفذ بدقة أوامر المصلحة التي تبلغ إليه***»، كما أنّ الفقرة 5 من المادة نفسها تنص على أنّه: «***كما يخضع للتغييرات المفروضة عليه خلال العمل إلاّ أنّ ذلك يتم فقط عندما يأمر بتلك التغييرات مهندس الدائرة أو المهندس المعماري بموجب أمر مصلحة على مسؤوليته ولا تعتبر تلك التغييرات إلاّ إذا أثبت حصولها بموجب ذلك الأمر الصادر عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري***»، وتضيف المادة 2/13 أنّه: «***يحق لمهندس الدائرة أو المهندس المعماري أن يطلب من المقاول تبديل الأعوان والعمال لعصيانهم أو عدم أهليتهم أو عدم أمانتهم***».

يحق لمهندس الدائرة أو المهندس المعماري وهو بصدد ممارسة الرقابة والإشراف على الأدوات قيد العمل، أن يأمر بعدم استخدامها إلا بعد إجراء التدقيقات عليها ثم قبولها من طرفه طبقا لما نصت عليه المادة 21 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

يكون الغرض من ذلك إخضاع المقاول لمهندسي المصلحة المتعاقدة في تحديد خطوات إنجاز العمل وما قد يُجَدُّ من تغيرات أثناء التنفيذ وكذلك التأكد من مطابقة التنفيذ لمقتضيات المصلحة العامة التي يستهدفها إبرام الصفقة.

أما في صفقات اللوازم أو التوريد، فإن المتعامل المتعاقد يلتزم بالخضوع لإشراف وتوجيه المصلحة المتعاقدة على النحو الذي تنظمه هذه الصفقات ودفاتر الشروط الملحقة بها، إلاّ أنّ تنظيم صفقات اللوازم لسلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذ الصفقة ليس بالأهمية التي نصادفها في صفقات الأشغال العامة لأنّ المبدأ العام في صفقات

[1] - المصادق عليه بقرار مؤرخ في 16 رجب عام 1384 الموافق 21 نوفمبر سنة 1964، مرجع سابق.

التوريد هو أن المورد يملك تقدير واختيار طرق التنفيذ[1] وحرية اختيار المصدر الذي يحصل من خلاله على المنقولات المتفق عليها[2]، باعتبار أن جوهر التزامه هو تسليم منقولات مادية للإدارة، والتالي فليس لها سوى حق فحص المنقولات التي تم توريدها للتأكد من مطابقتها للمواصفات المتفق عليها[3].

يمكن القول أن في الحالات التي ينص فيها صراحة في الصفقة، أو في دفاتر الشروط الملحقة بها، على سلطة المصلحة المتعاقدة من حيث مداها ووسائلها، فإن هذه السلطة ترتكز على هذه النصوص التعاقدية.

وتنظيم سلطة الرقابة بالنص عليها صراحة في الصفقة أو في دفاتر الشروط ليس من شأنه أن يغير من هذه السلطة بل هو مجرد تنظيم لها وليس إنشاء لها[4].

ثانيا- الأساس التشريعي لسلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية

تتضمن التشريعات التي تنظم الصفقات العمومية والتي لها علاقة بها، النص على سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة على المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ الصفقات العمومية. وفي هذه الحالة يتم إعمال النصوص وتقوم سلطة الرقابة مرتكزة عليها.

---

[1] -«***Dans les marchés de fournitures, les pouvoirs de surveillance , de contrôle et de direction de l'administration sont beaucoup moins importants que dans les marchés de travaux publics. Alors qu'en ce qui concerne ces derniers, l'idée directrice et que l'administration reste le maître de l'ouvrage, dans les marchés de fournitures, l'idée dominante est que le fournisseur garde l'initiative et le choix des moyens d'exécution».***

Voir : Mohamed KOBTAN, **Le régime juridique des contrats du secteur public**, OPU, Alger, 1984, P57.

[2] - خالد سليمان أسود العنزي، **عقد التوريد الإداري (دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والكويتي)**، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2012، ص24.

[3] - د/محمود أبو السعود، **سلطة الإدارة في الرقابة...**، مرجع سابق، ص210.

[4] - د/عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **الأسس العامة...**، مرجع سابق، ص258.

نظم المشرع الجزائري أحكام سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية في العديد من التشريعات منها القوانين المنظمة للصفقات العمومية وذلك بالنظر لما تحتله الرقابة من مكانة في الحفاظ على المال العام وبما يكفل حسن توظيف تلك الأموال المرصودة للصفقات العمومية، وليس ذلك فحسب بل وضع الأسس التي تحكم أنواع الرقابة التي تتعلق بمرحلة إبرام[1] وتنفيذ هذه الصفقات.

يلاحظ أنّ المشرع خصص الباب الخامس من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية[2]، من أجل تنظيم سلطات المصلحة المتعاقدة في الرقابة على الصفقات التي تبرمها، مدرج تحت عنوان "رقابة الصفقات".

ومن المواد التي نظمت سلطة الرقابة والتي ذات العلاقة بالموضوع نذكر المادة 116 التي تنص على أنّه: «***تخضع الصفقات التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده***». وكذلك ما جاء في نص المادة 118الذي يقضي بأنّه: «***تمارس على الصفقات مختلف أنواع الرقابة المنصوص عليها في هذا المرسوم كيفما كان نوعها وفي حدود معينة، دون المساس بالأحكام القانونية الأخرى التي تطبق عليها***»[3].

---

[1]- بالنسبة إلى أنواع الرقابة التي تفرض على الصفقات العمومية في مرحلة الإبرام والسابقة على التعاقد، راجع: د/عمار بوضياف، الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص177-216. وكذلك: فاطمة الزهرة فرقان، **رقابة الصفقات العمومية في الجزائر**، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع: الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006-2007، ص8-51.

[2] - مرسوم رئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم، مرجع سابق.

[3] - ومن التشريعات الأخرى التي تضمنت أحكام تتعلق بسلطة الرقابة والتوجيه نذكر ما جاء في المرسوم رقم 84-124 مؤرخ في 18 شعبان عام 1404 الموافق 19 مايو سنة 1984، يحدد صلاحيات وزير التجارة وصلاحيات نائب الوزير المكلف بالتجارة الخارجية، ج.ر العدد21، حيث تنص المادة8 على أنّه: «***يضطلع وزير التجارة، في مجال الصفقات العمومية بتطبيق نظام التوجيه والتنسيق والمراقبة لكامل الصفقات العمومية...***».

نجد هذاالمرسوم خول العديد من الصلاحيات لوزير التجارة في مجال الصفقات العمومية، إلاّ أنّه ألغي بموجب المرسوم التنفيذي رقم 94-207 المؤرخ في 07 صفر عام 1415 الموافق 16 يوليو سنة 1994، ج.ر العدد47، والذي ألغي بدوره بموجب المرسوم التنفيذي رقم 02-453 مؤرخ في 17 شوال عام 1423 الموافق 21 ديسمبر سنة 2002 المتضمن تحديد صلاحيات وزير التجارة، ج.ر العدد 85، الصادر في 22 ديسمبر سنة 2002.

يفهم من هذه النصوص أنّ المشرع يتدخل عن طريق التشريع لكي يزود الإدارة بسلطات واسعة في الرقابة على المتعاقد معها أثناء تنفيذ الصفقة مستهدفا بذلك تحقيق النفع العام.

تعتبر ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة الرقابة من قبيل اختصاصاتها التنظيمية بالتالي فإنّ أساسها القانوني نجده في النصوص القانونية التي تحكم نشاط المصلحة المتعاقدة[1].

ثالثا- المرفق العام كأساس لسلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية

إذا لم تتضمن الصفقة العمومية أو دفتر الشروط الملحق بها نصا يتعلق بتنظيم سلطة المصلحة المتعاقد في الرقابة، وا ذا أغفلت النصوص التشريعية تنظيم هذه السلطة، فليس معنى ذلك حرمانها من ممارسة سلطتها في هذا الصدد[2]. فسلطة الإدارة في الرقابة هو حق أصيل مقرر لها، ومن ثم فإنها لا تحتاج إلى نص يقررها أو يمنحها تلك السلطة ودون الاعتراف بأي نص يرد بالصفقة يحضر عليها استعمالها لتعلقها بالنظام العام الأمر الذي لا يجيز للإدارة التنازل عن استعمالها أو الاتفاق على إعفاء المتعامل المتعاقد من الرقابة[3]. وكل نص يرد بالصفقة يحرم المصلحة المتعاقدة من هذه السلطة يقع باطلا بطلانا مطلقا[4]

---

[1] - د/رياض عيسى، **نظرية العقد الإداري في القانون المقارن و الجزائري**، د.م.ج، الجزائر، 1985، ص12.

[2] - د/عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **الأسس العامة...**، مرجع سابق، ص258.

« ***Le pouvoir de contrôle, dans la mesure où il est nécessaire à la bonne exécution du contrat existe même le silence de celui-ci et l'administration ne saurait y renoncer*** ».

Voir : Richer LAURANT, **Les contrats administratifs**, Dalloz, Paris, 1991, P77.

[3] - « ***Les pouvoirs de direction, de contrôle et de surveillance appartiennent à l'administration comme des pouvoirs originaires, inaliénables et imprescriptibles*** ».

Voir : Marc THEWES, **Panorama des marchés publics : le contentieux,** p19, sur : www.droit.lu/wp-content/uploads/contentieux.pdf, le 28/01/2012.

[4] - د/عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما**،منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009، ص32.

وهنا يبرز الفرق الواضح بين العقد الإداري والعقد المدني، إذ أن هذا الأخير لا يخول سلطة للمتعاقد إلا إذا تم النص عليها في العقد أو قررها القانون.

يتجه الرأي الراجح إلى أن سلطة الرقابة غير المنصوص عليها تجد أساسها في فكرة المرفق العام، فاحتياجات المرفق العام وضمان حسن سيره وانتظامه هي التي تبرر ما تتمتع به المصلحة المتعاقدة من سلطات استثنائية في مجال تنفيذ الصفقات العمومية والعقود الإدارية بصفة عامة، بما فيها سلطة الرقابة، وذلك في حالة خلو الصفقة من النص على هذه السلطات[1].

يؤيد هذا الرأي الدكتور "سليمان محمد الطماوي" بقوله: إنّ الطبيعة القانونية للمرفق العام هي الأساس القانوني لسلطة الدولة في الرقابة، ذلك أن المرفق العام ما هو إلا هيئة أو مشروع (Entreprise) يعمل باطراد وانتظام لسد حاجات الجمهور، وحق الرقابة يظل موجودا طالما وجد المرفق العام»[2].

نجد الدكتور "ناصر لباد" أيضا من مؤيدي فكرة المرفق العام كأساس لسلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية فإنّه يؤكد أنّه: «تمارس الإدارة سلطة الرقابة وتوجيه تعليمات للمتعاقد معها حتى في حالة عدم وجود بند صريح في العقد ينص على ذلك، لأنّ هذه السلطة تجد أساسها في مفهوم المرفق العمومي الذي تسهر الإدارة على حسن سيره في كافة الظروف»[3].

---

[1] - د/محمود أبو السعود، **سلطة الإدارة في الرقابة...**، مرجع سابق، ص215-216.

[2] - د/سليمان محمد الطماوي، **الأسس العامة...**، مرجع سابق، ص456.

[3] - د/ناصر لباد، **الوجيز في القانون الإداري (التنظيم الإداري، النشاط الإداري)**، لباد للنشر، الجزائر، 2006، ص284.

تجد إذن سلطة الرقابة أساسها في فكرة المرفق العام، لا النصوص التعاقدية فهي ثابتة للإدارة حتى ولو لم ينص عليها العقد[1].

لكن إذا تم الاتفاق على أن سلطة الرقابة، في حالة عدم النص عليها في العقد، تجد أساسها في احتياجات المرفق العام فإنّه يجب التأكيد على وجوب الوقوف عند هذا الحد بمعنى أن تكون مقتضيات المرفق العام بحصر المعنى هي التي تبرر إشراف الإدارة على تنفيذ العقد والتدخل في تحديد أوضاع وكيفية تنفيذه. وبالتالي لا يجوز للإدارة أن تستند في استعمالها لهذه السلطة إلى فكرة المصلحة العامة بمعناها المطلق، والقول بغير ذلك يؤدي إلى فتح الباب على مصر اعيه أمام احتمالات إساءة استعمال السلطة لأن مصلحة المرفق العام ليست مطابقة تماما لفكرة المصلحةالعامة وا ٍنما هي عنصر من عناصرها، بالتالي فإن الحفاظ على حقوق المتعاقد مع الإدارة يقتضي أن يكون استعمال سلطة الرقابة بهدف تحقيق مقتضيات المرفق العام[2].

الفرع الثالث

ضوابط استعمال سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية

تتمتع المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد معها بحق رقابة تنفيذه لالتزاماته التعاقدية وتوجيهه أثناء تنفيذها.

تمارس هذه السلطة ولو لم ينص عليها بالصفقة العمومية ودون حاجة منها للجوء للقضاء، ذلك لتعلق هذه السلطة بالنظام العام، بالتالي لا يجوز الاتفاق على استبعادها.

---

[1] - د/عمار بوضياف، **الصفقات العمومية...**، مرجع سابق، ص142.

[2] - د/ محمود أبو السعود، **السلطة الإدارة في الرقابة...**، مرجع سابق، ص216-217.

ومع ذلك فإنّ سلطة المصلحة المتعاقدة في فرض رقابتها على المتعاقد معها لضمان حسن تنفيذه لالتزاماتالتعاقدية وا ٍن كانت حقا مقررا لها إلاّأنّ استعماله يخضع لضوابط تشكل في مجملها ضمانات للمتعاقد معها، ضمانا لاستمراره في الوفاء بالتزامه التعاقدي.

يكون بوسع المصلحة المتعاقدة ممارسة سلطتها في الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية في إطار تحقيق المصلحة العامة (أولا)،ووجوب صدور القرارات الخاصة بالرقابة في حدود القواعد العامة للمشروعية (ثانيا)، كما أنه يتعين أن لا ينطوي استعمال المصلحة المتعاقدة لسلطتها في الرقابة على تعديل شروط الصفقة (ثالثا).

أولا-ضرورة أن يكون الهدف من الرقابة تحقيق المصلحة العامة

كون تحقيق المصلحة العامة هو هدف النشاط الإداري بصفة عامة، فإن مباشرة المصلحة المتعاقدة لكافة سلطاتها ومنها الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية يجب أن تكون بدافع تحقيق مصلحة المرفق الذي لأجله أبرمت الصفقة، من خلال أداء العمل المنوط بالمقاول في صفقة الأشغال العامة على نحو ما ينبغي، أو مطابقة الأصناف الموردة للعينات المعتمدة في صفقة التوريد[1]، وعلى ذلك يجب أن تكون المصلحة العامة هي الباعث أو الهدف الذي يجب على الإدارة أن تسعى إلى تحقيقه من وراء كافة ما تقوم به من تصرفات وأعمالوا ٍلا شاب تصرفها عيب الانحراف بالسلطة، كما يجب أن تكون متجسدة في احتياجات ومقتضيات المرفق العام[2].

فإذا اتسمت رقابة المصلحة المتعاقدة على تنفيذ الصفقة العمومية بالتعسف والرغبة في عرقلة تنفيذ الصفقة، فإنّ تصرفاتها تكون منبتة الصلة بالمصلحة العامة.

---

[1] - د/عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **تنفيذ العقد الإداري...**، مرجع سابق، ص34-35.

[2] - د/محمود أبو السعود، **سلطة الإدارة في الرقابة...**، مرجع سابق، ص237.

يمكن القول أنّ تراخي الإدارة في ممارسة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري شأنه في ذلك كشأن التشدد فيها لا يحقق الغاية المبتغاة من منح الإدارة تلك السلطة، وهي بلوغ المصلحة العامة، حيث يؤدي تفريط الإدارة في الرقابة على تنفيذ المتعاقد معها لالتزاماته التعاقدية، إلى جنوحه بهذا التنفيذ لما يخالف شروط التعاقد مما لا يحقق المصلحة المرجوة من إبرام العقد الإداري، كما أنّ إفراط الإدارة بلا موجب في استعمال تلك الرقابة من شأنه عرقلة التنفيذ ودفع المتعاقد ليتخذ سبيل التقاضي مما يوتر علاقته بالإدارة، الأمر الذي ينعكس سلبا على حسن أدائه لالتزامه التعاقدي بعد تحوله من مساعد للإدارة ومشاركا لها في تحقيق المصلحة العامة إلى خصم تجمعه به ساحات القضاء[1].

ثانيا- وجوب صدور القرارات الخاصة بالرقابة في حدود المشروعية

تلتزم المصلحة المتعاقدة أثناء ممارستها لسلطتها في الرقابة، تطبيقا للمبدأ العام للمشروعية بمراعاة النصوص القانونية، وذلك لأنّ القرارات الصادرة بمناسبة ممارسة سلطة الرقابة هي قرارات إدارية بغض النظر عن الأساس الذي ترتكز عليه هذه السلطة لذلك يجب أن تخضع هذه القرارات لما تخضع له القرارات الإدارية عموما من ضرورة صدورها في حدود قواعد المشروعية.

يجب كذلك مراعاة صدور القرارات المتصلة بالرقابة من جانب الجهة التي يحق لها قانونا ممارسة هذه السلطة ووفقا للإجراءات والأشكال المنصوص عليها والتي قد يتطلبها القانون. وفي كل الأحوال يتعين أن يكون الهدف من ممارسة سلطة الرقابة هو تحقيق المصلحة العامة وإلا كان تصرف المصلحة المتعاقدة مشوبا بعيب إساءة استعمال السلطة[2].

[1] - د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **تنفيذ العقد الإداري...**، مرجع سابق، ص35-36.

[2] - د/رياض عيسى، **نظرية العقد الإداري...**، مرجع سابق، ص13.

إذا كانت سلطة الرقابة منصوصا عليها في العقد فلا يمكن استعمالها إلاّ في حدود الاشتراطات التعاقدية، إذ لا يجوز للإدارة تجاهل هذه الاشتراطات دون المساس بمبدأ المشرو عية[1].

ثالثا-أن لا تؤدي ممارسة سلطة الرقابة إلى تغيير مضمون وطبيعة الصفقة

لا يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تتخذ من سلطتها في الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية ستارا لتعديل العقد، بأن تصدر إلى المتعامل المتعاقد معها بعض الأوامر التي من شأنها تغيير طبيعة أو جوهر الصفقة ذاتها أو تتجاوز الحدود الطبيعية المعقولة والمدة المطلوبة للتنفيذ.

فالمصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها قد أبرما صفقة معينة لها موضوع معين بهدف تحقيق غرض محدد، لذلك ليس للمصلحة المتعاقدة أن تفرض أمرا من شأنه تغيير موضوع وطبيعة الصفقة حتى يصبح المتعاقد وكأنه أمام صفقة جديدة.

إن سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة بمعناها المزدوج "الإشراف والتوجيه" سواء كانت مستمدة من القوانين أو نصوص العقد أو دفاتر الشروط أو كانت قائمة بذاتها كسلطة أصيلة خارج نصوص العقد لها نطاق معين، حيث يمثل هذا النطاق الحد الفاصل بين سلطة الرقابة بمعنى التوجيه وبين سلطة تعديل نصوص العقد، فإذا تجاوزت الإدارة في رقابتها هذا النطاق، فإنها تكون قد باشرت سلطة تعديل شروط العقد لا سلطة الرقابة على تنفيذه[2].

---

[1] - د/محمود أبو السعود، **سلطة الإدارة في الرقابة....**، مرجع سابق، ص236.

[2] - د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **الأسس العامة...**، مرجع سابق، ص260.

يحق للمصلحة المتعاقدة في صفقة الأشغال العامة اتخاذ إجراءات من شأنها التأكد من استعمال المقاول ذات المواد المتفق عليها في الصفقة، ولكنها تتجاوز حقها إذا قرر ت إحلال مواد أخرى محل تلك المتفق عليها بالصفقة، حيث تكون بذلك قد عدلت أحد شروطها التي كانت محل اعتبار لدى المتعاقد معها، حين قدر المقابل المادي للتعاقد.

يعد عمل المصلحة المتعاقدة في هذه الحالة غير مشروع الأمر الذي يؤدي إلى قيام مسؤوليتها عما أحدثه تصرفها من ضرر للمتعاقد معها[1].

وا ٍذا كان تجاوز الإدارة في استعمال سلطتها في الرقابة والتوجيه يسيرا فإن ّ ذلك التجاوز لا يشكل خطأ من جانب الإدارة وا ٍن كان يرتب التزامها بتعويض المتعاقد معها عن النفقات الإضافية التي تكبدها بسبب هذا التجاوز ليس على أساسالخطأ وا ٍنما إعمالا لمبدأ التوازن المالي للعقد الإداري، والذي يمثل إحدى صور مسؤولية الإدارة العقدية بلا خطأ[2].

إذن، سلطة الرقابة يتعين أن يكون استعمالها في حدود توقعات العقد وبما لا يتضمن تغييرا في مضمونه أو قلبا لاقتصادياته[3].

المطلب الثاني

مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية

سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية وا ٍن كانت ثابتة بالنسبة لها ومقررة في سائر الصفقات العمومية، إلاّ أن ّ ممارستها تختلف من حيث المدى بين صفقة وأخرى، فسلطة الإشراف والتوجيه تبرز أكثر ويتسع مجالها ومداها في صفقات

---

[1] - د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **المسؤولية الإدارية في مجال العقود والقرارات الإدارية**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص110-111.

[2] - المرجع نفسه، ص111.

[3] - د/ سليمان محمد الطماوي، **الأسس العامة**....مر جع سابق، ص478.

الأشغال العامة بالمقارنة مع صفقات اللوازم أو التوريد أين يكون حق المصلحة المتعاقدة في الرقابة أضعف، مما يبرر تنوع مظاهر الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية بحسب نوع وطبيعة الصفقة، فمظاهر سلطة الرقابة في صفقة الأشغال العامة (الفرع الأول) تختلف عنها في صفقة اللواز م (الفرع الثاني).

الفرع الأول
مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ صفقة الأشغال العامة

تعتبر صفقات الأشغال العامة من أبرز أنواع الصفقات التي تبدو فيها أكثر من غيرها ما تتمتع به المصلحة المتعاقدة من سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة بمختلف معانيها: الإشراف (Surveillance) والتوجيه (Direction).

يرجع ذلك إلى الخصائص الذاتية التي تميز صفقة الأشغال العامة، ويأتي في مقدمتها أن المصلحة المتعاقدة هنا تعتبر هي الصاحب الحقيقي للمشروع الأمر الذي يؤدي إلى اتساع سلطتها في مواجهة المتعامل المتعاقد معها منذ بداية تنفيذ الصفقة حتى تسليم الأعمال المتعاقد عليها[1]، كمأن ّ صفقة الأشغال العامة يكون فيها المقاول في مركز أدنى يلتزم بمقتضاه بالخضوع للأوامر المصلحية التي تصدرها المصلحة المتعاقدة بقصد توجيه تنفيذ الصفقة وفقا لمقتضيات انجاز الأشغال العامة حتى تتأكد من التنفيذ الدقيق لشروط العقد وذلك دون حاجة إلى نص صريح على ذلك.

إن اتساع سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذ صفقة الأشغال العامة باعتبارها صاحبة المشروع يؤدي إلى تعدد مظاهر الرقابة التي تباشرها، فمن حق المصلحة المتعاقدة وهي تقوم بالرقابة أثناء تنفيذ الصفقة أن تأمر بالبدء في تنفيذ المشروع موضوع

[1] - د/سليمان محمد الطماوي، **الأسس العامة....**، مرجع سابق، ص478.

الصفقة (أولا) ولها أن تحدد خطوات سير العمل ومواعيد تسليم الأشغال (ثانيا) كما لها أن تأمر بهدم الأشغال أو وقف العمل بها مؤقتا (ثالثا) وبإمكان المصلحة المتعاقدة أيضا أن تأمر باستبدال عمال المقاول إن اقتضت الضرورة ذلك (رابعا).

أولا-الأمر بالبدء في تنفيذ المشروع

تحدد المصلحة المتعاقدة للمقاول، بوصفها صاحبة المشروع بداية تنفيذ الأشغال[1]. تبدأ مدة تنفيذ الأشغال في السريان من التاريخ المحدد في الصفقة صراحة، أما إذا لم ينص في الصفقة على تحديد موعد البدء في التنفيذ فإن هذا الموعد يحسب من تاريخ إعلان المقاول بالأمر المصلحي بالبدء في تنفيذ الأشغال أو ابتداء من اليوم الموالي لتاريخ تبليغ الأمر بالخدمة للمقاول طبقا لما جاء في نص المادة 1/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة التي تقضي بأنّه: «***يجب على المقاول مباشرة الأشغال في الآجال المحددة في أوامر المصلحة الصادرة عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري***».

يتضح من نص المادة أعلاهأنّ أمر الخدمة أو الأمر المصلحي هو أمر تنفيذي يتعين على المقاول احترامه، والتقيد بما جاء فيه. ورفض الرضوخ لقرارات المصلحة المتعاقدة المتعلقة بآجال مباشرة الأشغال تعد خطأ تعاقديا يعطي للمصلحة المتعاقدة حقا في توقيع الجزاءات عليه.

يلتزم المقاول بالبدء في تنفيذ الأشغالفور تلقيه الأمر المصلحي، غير أنّ المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تمهل المقاول لمدة معينة تختلف بحسب أهمية الأشغال حتى يتمكن من تجميع أدوات العمل وتوظيف العمال اللازمين ثم يبدأ بعد ذلك في تنفيذ الأشغال المطلوبة.

[1] - أنظر الملحق رقم (01)، أمر بخدمة رقم 01 (تبليغ العقد وبداية الأشغال)، ص183.

يبدأ سريان موعد تنفيذ الأشغال كذلك في مواجهة المقاول على إثر عمل مادي من جانب الإدارة المتعاقدة، كقيامها بتسليم المقاول النماذج أو التصميمات أو تسليم موقع العمل[1].

يبدأ سريان مدة البدء في تنفيذ الأشغال أيضا من تاريخ تسليم الإدارة الموقع للمقاول إما تسليما فعليا بحضوره أو حكميا في حالة عدم حضوره في التاريخ الذي عينته الإدارة[2]. فإذا تأخرت الإدارة عن تسليم الموقع مما أدى إلى تعطيل البدء في تنفيذ الأشغال فإنّها تكون مسؤولة عما يترتب على ذلك من نتائج.

ثانيا-تحديد خطوات سير العمل ومواعيد تسليم الأشغال

يعتبر احترام خطوات سير العمل ومدد التنفيذ من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المقاول[3].

وفي الغالب من الحالات تنص صفقات الأشغال العامة أو دفاتر الشروط على تحديد خطوات تنفيذ الأشغال وسيرها بوضع جدول أعمال بالفترات التي تتم فيها تلك الأعمال[4]، وكذلك مواعيد التسليم.

إنّ تحديد الأجل المقرر لإتمام الأشغال في صفقة الأشغال العامة متروك لمحض تقدير الجهات الإدارية حسب ما تقتضيه ظروف العمل، بالتالي فإنّها تملك تعديل الأجل

---

[1] - د/محمود أبو السعود، **سلطة الإدارة في الرقابة...**، مرجع سابق، ص221.

[2] - المرجع نفسه، ص222.

[3] - «***يجب أن ينفذ موضوع الصفقة في الأجل المتفق عليه، ولا يجوز كأصل عام للمتعامل المتعاقد تجاوز هذا الأجل، بل إن تجاوز المدة يعطي للإدارة حق الفسخ الجزائي ويتحمل المتعامل المتعاقد وحده النتائج القانونية المترتبة على ذلك***».

أنظر: د/ عمار بوضياف، **الصفقات العمومية....**، مرجع سابق، ص176.

[4] - د/ نصر الدين محمد بشير، **غرامة التأخير في العقد الإداري وأثارها في تسيير المرفق العام**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص428.

الذي سبق لها أن حددته وذلك بعد موافقة الطرف الآخر في الصفقة، سواء تم هذا التعديل قبل انتهاء الميعاد المتفق عليه أم بعد انقضائه، وبصفة عامة يلتزم المقاول بانجاز العمل في المدة المنصوص عليها في العقد -التي تكون إما مدة عامة يتعين إنجاز الأشغال خلالها تماما، وا ٍما أن تكون عبارة عن مدد جزئية لكل عملية أو شطر من المشروع- أو في المدة المعقولة التي تحددها الإدارة بقر ار منها أي المدة الكافية لإتمام التنفيذ، وتصبح هذه المدة ملزمة للطرفين طالما لم يعترض عليها المقاول[1].

مأ إذا جاء العقد خاليا من تحديد خطوات تنفيذ الأشغال ومواعيد التسليم فإن ّ مندوبي المصلحة المتعاقدة الفنيين هم الذين يحددون تلك الخطوات والمواعيد.

يلتزم المقاول بتنفيذ الأشغال خلال المدة المنصوص عليها حتى ولو تلقى أمرا بتغيير طرق أو وسائل التنفيذ، حيث تضاف في مثل هذه الحالة مدة مناسبة إلى المدة الأصلية لإتمام التنفيذ وذلك متى قدر الفنيون في الجهة الإدارية أو المعين من جانبها للإشراف على التنفيذ، أن ّ المقاول لا يستطيع الانتهاء من التنفيذ في المدة المحددة أصلا[2].

التزام المقاول المتعاقد بانجاز الأشغال في المدة المتفق عليها، أو في المدة المعقولة، هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاما ببذل عناية وبالتالي لا يعفى المقاول من المسؤولية لمجرد عدم كفاية المدةوا ٍنما يلزم قيام السبب الأجنبي وعدم ثبوت خطأ من جانبه عند التأخير في إنهاء الأعمال.

وعلى أيةحال، فإن ّه من حق المقاول في حالة عدم كفاية المدة المحددة لتنفيذ الأشغال، أن يطلب تمديد آجال التنفيذ والحصول على مهلة إضافية، كما يمكن للمصلحة

---

[1] - د/ نصر الدين محمد بشير، **غرامة التأخير في العقد الإداري** ....، مرجع سابق، ص425-426.

[2] - د/محمود أبو السعود، **سلطة الإدارة في الرقابة**....، مرجع سابق، ص223.

المتعاقدة أيضا مد الموعد في حالة تسببها من جانبها في تأخير التنفيذ من جراء استعمالها لسلطتي الإشراف والتوجيه.

أما في حالة تأخر المقاول في تسليم الأعمال موضوع الصفقة يعطي للمصلحة المتعاقدة الحق في أن توقع غرامة في المدة التي يتأخر فيها إنهاء الأعمال.

ثالثا- الأمر بهدم الأشغال أو وقف العمل بها مؤقتا

يحق لمندوبي المصلحة المتعاقدة المكلفون بالإشراف والتوجيه على تنفيذ صفقة الأشغال العامة أن يرفضوا المواد أو الأعمال التي يرون أنها من نوع ردئ أو غير مطابق للمواصفات المتفق عليها.

يجوز لمهندسي المصلحة المتعاقدة في هذا الصدد الأمر بهدم أو إزالة ما تم تنفيذه من أشغال على خلاف المتفق عليه في الصفقة المبرمةوا ٍعادة القيام بها من جديد على حساب المقاول المقصر طبقا لنص المادة 26 من دفتر الشروط الإدارية العامة التي تنص على أنّه: «***إذا حصل لمهندس الدائرة أو المهندس المعماري شك بوجود فساد في أشغال البناء فيجوز له إصدار أمر مصلحة بالخراب سواء كان ذلك أثناء التنفيذ أو قبل الاستلام النهائي أو بالهدم وا ٍعادة بناء الأشغال أو أقسام الأشغال المضنون فسادها.***

إن لم يجر المقاول هذه العملية، فتباشر بحضوره أو دعوته لذلك رسميا.

يتحمل المقاول النفقات الناتجة عن تلك العملية عندما يكون فساد البناء محققا ومعترفا به دون الإخلال بالتعويض الذي يمكن أن تطالب به الدولة».

يؤكد نص هذه المادة سلطة المصلحة المتعاقدة في ممارسة الرقابة أثناء تنفيذ صفقة الأشغال العامة، في مظهر إصدار أوامر بهدم الأشغال في حالة ما إذا شك مهندس الدائرة أو المهندس المعماري بوجود فساد في تلك الأشغال.

يجوز إصدار أمرالمصلحة للمقاول بالهدم وا ٍعادة بناء الأشغال أثناء مرحلة تنفيذ المشروع، فإذا وجد المهندسون المكلفون بالإشراف أن التنفيذ غير مطابق لمقتضيات المصلحة العامة أو كان مخالفا لما هو متفق عليه في الصفقة فبإمكانهم أمر المقاول بإعادة بناء الأشغال المضنون فسادها.

كما يمكن للمصلحة المتعاقدة أيضا إصدار مثل هذه الأوامر للمقاول، قبل الاستلام النهائي للأشغال المنجزة أين يظل المقاول فيها مسؤولا عن الأخطاء الجسيمة التي تشوب التنفيذ وتؤدي إلى الإخلال بسلامة البناء. فالمصلحة المتعاقدة لا يمكن أن تقدم على تسلم الأشغال نهائيا إلاّ بعد فحصها، ومن حقها ألا تتسلم منها إلا ما كان متفقا وشروط الصفقة ومواصفاتها ومطابقا لقواعد حسن التنفيذ وخاليا من المواد المغشوشة.

وا ٍصدار المصلحة المتعاقدة أوامر مصلحة بالخرابوا ٍعادة بناء الأشغال قبل الاستلام النهائي على نحو ما ذكر في المادة أعلاه، معناه خلال الفترة التي تفصل بين مرحلة التسليم المؤقت ومرحلة التسليم النهائي التي تعرف "بفترة الضمان" التي يكون خلالها المقاول مسؤولا عن أشغاله ويتعين عليه صيانتها.

يحدد أجل الضمان في حالة عدم النص الصريح في دفتر الشروط الخصوصية بستة أشهر ابتداء من تاريخ التسليم المؤقت بالنسبة لأشغال الصيانة وحفر الأسس والطرق الحجرية وبسنة واحدة للأشغال الأخرى[1].

وفي حالة ما إذا كانت المصلحة المتعاقدة متأكدة من فساد البناء سواء أثناء التنفيذ أو خلال فترة الضمان، فإن المقاول يتحمل جميع النفقات الناتجة عن عملية الهدم التي

[1] - انظر المادة 47 من دفتر الشروط الإدارية العامة، مرجع سابق.

تباشرها المصلحة المتعاقدة إذا لم يجريها بنفسه، بالإضافة إلى التعويض الذي تطالبه به من جراء الأضرار التي أصابتها.

كما يجوز أيضا الأمر بوقف أو تأجيل تنفيذ الأشغال بصفة مؤقتة[1] لدواعي المصلحة العامة، على أن يكون الوقف لمدة معقولة وإلا كان من حق المقاول المطالبة بفسخ الصفقة والتعويض إذا كان لذلك مقتضى.

وعليه، يحق لمهندسي المصلحة المتعاقدة المكلفون بالإشراف والتوجيه، بموجب أمر مصلحي توقيف الأشغال أو تأجيلها إذا استدعت الظروف ذلك، غير أنّ الأمر بتوقيف الأشغال لا ينبغي أن يكون بصفة مطلقة وإلا فسخت المقاولة فورا تطبيقا للمادة 1/34 من دفتر الشروط الإدارية العامة التي تنص على أنّه: «***عندما تأمر الإدارة بتوقيف الأشغال بصفة مطلقة تفسخ المقاولة فورا***».

وكذلك الحال بالنسبة لتأجيل الأشغال لمدة تزيد على سنة واحدة سواء قبل بدء التنفيذ أو بعده، من حق المقاول في هذه الحالة فسخ صفقته تطبيقا للمادة 2/34 التي تنص على أنّه: «***عندما تقرر الإدارة تأجيل الأشغال لمدة تزيد على سنة واحدة سواء كان ذلك قبل بدء التنفيذ أو بعده، يحق للمقاول فسخ صفقته إذا طلب ذلك كتابيا دون الإخلال بالتعويض الذي يجوز تأديته له إذا اقتضى ذلك في إحدى الحالتين***».

يتبين من هذه المادة أنّه بالإضافة إلى حق المقاول بفسخ الصفقة، يحق له المطالبة بالتعويض عما أصابه من أضرار من جراء هذه الأوامر التي تدخل في إطار استعمال الإدارة سلطتها في الرقابة على تنفيذ صفقة الأشغال العامة سواء قبل بدء التنفيذ أو بعده.

---

[1] - «***يجوز للمصلحة المتعاقدة إصدار أمر بخدمة للمقاول من أجل إيقاف الأشغال بصفة مؤقتة بسبب الأحوال الجوية مثلا، ثم تدعو لاستئنافها بمجرد زوال سبب توقيف الأشغال***».
أنظر: الملحق رقم (02)، أمر بخدمة رقم 02 (إيقاف الأشغال)، ص184.
كذلك: الملحق رقم (03)، أمر بخدمة رقم 03 (استئناف الأشغال)، ص185.

وتضيف أيضا المادة 4/34أنّه: «***كذلك الحال بالنسبة للتأجيلات المتتابعة التي تتجاوز مجموع مدتها سنة واحدة، ولو في الأحوال التي تستأنف خلالها الأشغال***».

كما تترتب مسؤولية المصلحة المتعاقدة إذا نتج عرقلة التنفيذ عما تصدره للمتعامل المتعاقد معها من أوامر بإيقاف أو تأجيل تنفيذ الأشغال لمدة تتجاوز الحد المعقول ودون أن يكون هناك مبرر لذلك[1].

رابعا- الأمر باستبدال عمال المقاول

تمتد سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة لتشمل العمال الذين يستعين بهم المقاول في تنفيذ الأشغال. فالمصلحة المتعاقدة لها، على سبيل المثال أن تطلب تغيير عمال المقاول إما لعدم الكفاءة الفنية أو لنقص في النزاهة أو بسبب تمردهم ورفضهم تنفيذ تعليمات مندوبيها أو إذا شرعوا في الغش أو مخالفة شروط الصفقة[2].

فإذا تضمنت الصفقة على وجوب استعمال عمال أو موظفين على درجة أو كفاءة معينة، تعين على المقاول الالتزام بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه وإلا يبقى هو المسؤول عن أعمال الغش أو الفساد التي يرتكبها العمال.

وفي ذلك تنص المادة 13 من دفتر الشروطالإدارية العامة على أنّه: «***لا يجوز للمقاول اتخاذ معاونين أو رؤساء ورش أو معامل إلا من الأشخاص الأكفاء لمعونته والحلول محله في تسيير الشغل وقياسه.***

يحق لمهندس الدائرة أو المهندس المعماري أن يطلب من المقاول تبديل الأعوان والعمال لعصيانهم أو عدم أهليتهم أو عدم أمانتهم.

يبقى المقاول مسؤولا عن أعمال الغش أو فساد العمل التي يرتكبها المعاونون والعمال من جراء عملهم واستخدامهم المواد».

---

[1] - د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **المسؤولية الإدارية**...، مرجع سابق، ص110.

[2] - د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **الأسس العامة**...، مرجع سابق، ص74.

يحق للمصلحة المتعاقدة أيضا فضلا عن المظاهر السابق إيضاحها التدخل بما لها من سلطة رقابة لضمان احترام المقاول للقوانين ذات الصلة بتنفيذ موضوع الصفقة كاحترام قوانين العمل المتعلقة بشروط التشغيل ومواعيده ومراعاة قوانين التأمين التي تستلزم حماية العمال ضد الإصابة أو حوادث العمل، طبقا لما جاء في نص المادة 17 من دفتر الشروط الإدارية العامة التي تنص على أنّه: «***يقع على عاتق المقاول تمام العبء المتعلق بتطبيق مجموع تشريع ونظام العمل على موظفي المقاولة ولاسيما ما يخص منها الأنظمة الصحية وضمان العمال وكذلك التشريع والنظام الاجتماعي، وتستطيع الإدارة في حال المخالفة تطبيق التدابير الزجرية المنصوص عليها في المادة 35***».

يكون المقاول أيضا مسؤولا عن الحفاظ على النظام في موقع العمل وتنفيذ أوامر المصلحة المتعاقدة بإبعاد كل من يحاول الغش أو يهمل أو يرفض أو يخالف الشروط الواردة في خصوص تنفيذ صفقات الأشغال العامة، ويسأل المقاول مسؤولية مباشرة، عند الإخلال بهذه الالتزامات.

يلتزم المقاول بمراعاة الأصول الفنية لموضوع التعاقد، وعليه في هذا الصدد أن يقوم بعمل الاختبارات اللازمة للكشف والتأكد من صلاحية موقع العمل وسلامة التصميمات المكلف بتنفيذها وإخطار الإدارة بملاحظاته في وقت مناسب وإلا فإنه يعتبر مسؤولا عن الأخطاء الواردة في تلك التصميمات كما لو كانت مقدمة منه[1].

[1] - د/ محمود أبو السعود، **سلطة الإدارة في الرقابة....**، مرجع سابق، ص226.

الفرع الثاني

مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ صفقة اللوازم

تفرض طبيعة صفقة اللوازم أن تتخذ سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذها مظهرا آخر أقل شدة مما تم ملاحظته في صفقة الأشغال العامة. فالأمر يتعلق بمواد أو منقولات يلزم المورد المتعاقد بأن يضعها تحت تصرف المصلحة المتعاقدة وتتحقق الرقابة في هذه الحالة في التأكد من أن المورد يقوم بتسليم الأصناف المتعاقد عليها طبقا للمواصفات والعينات المعتمدة والموقّع عليها منه، وللمصلحة المتعاقدة الحق في رفض صنف أو أكثر من الأصناف الموردةوسحبها وتوريد بدلها.

يجري التمييز في فرنسا بين نوعين من صفقات التوريد: صفقات التوريد العادية (Marchés ordinaires de fournitures) وصفقات التوريد الصناعية (Marchés industriels de fournitures)[1]، على عكس ما يجري به العمل في القانون الجزائري فإن التمييز بين عقود التوريد العادية وعقود التوريد الصناعية غير موجود[2].

يخضع كل نوع من هذين العقدين لنظام قانوني متميز وعلى وجه الخصوص فيما يتعلق بسلطة الرقابة التي تباشرها المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ العقد، حيث تختلف مظاهرها في عقود التوريد العادية (أولا) عنها في عقود التوريد الصناعية (ثانيا).

---

[1] - د/ محمود أبو السعود، **سلطة الإدارة في الرقابة....**، مرجع سابق، ص233.

[2] - « ***En droit algérien, la distinction marchés industriels et marchés de fournitures courantes, n'existe pas*** ».
Voir : Mohamed KOBTAN, **Le régime juridique...,** Op.cit, p64.

أولا- مظاهر سلطة الرقابة في صفقات التوريد العادية

تقوم عقود التوريد العادية على أساس حرية المورد في تحديد واختيار طرق تنفيذ هذا العقد[1]، ومن ثم فإذا خلا عقد التوريد من نص يجيز للإدارةسلطة الرقابة على تنفيذه، فإن هذه السلطة يجب أن تنحصر في مجرد الإشر اف دون التوجيه على خلاف ما سبق بيانه بالنسبة لصفقة الأشغال العامة التي تكون فيها سلطة الرقابة حق أصيل للمصلحة المتعاقدة، حيث أنّها في صفقة التوريد تستمد سلطتها في الرقابة من نصوص الصفقة ذاتها[2].

يكون للمصلحة المتعاقدة مثلا الإشراف على المتعاقد بمناسبة ما يستخدمه من عمال أو معاونين له في التنفيذ وكذلك على المصادر التي يحصل منها على بضائعه كما تحتفظ الإدارة بحق فحص واختبار الأصناف المتفق على توريدها، بهدف التأكد من مطابقتها للأوصاف المحددة في العقد[3] والتوريد في هذه الحالة يكون حسب الاتفاق مع المصلحة المتعاقدة إما دفعة واحدة أو على دفعات، كما قد تشترط الإدارة على المورد أن يقدم شهادة بلد المنشأة أو المصنع للتأكد من سلامة الأصناف الموردة[4].

ومعنى ذلك، أنّ رقابة المصلحة المتعاقدة في عقود التوريد العادية تتمثل أساسا في حق الإشراف ولا تمتد إلى التدخل في أوضاع التنفيذ إلا إذا نص على ذلك صراحة في العقد أو دفتر الشروط.

1- « ***Dans les marchés de fournitures courantes, l'idée dominante est que le fournisseur garde l'initiative et le choix des moyens d'exécution*** ».
Voir : Mohamed KOBTAN, **Le régime juridique...,** Op.cit, p57.

2 - د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **الأسس العامة....**، مرجع سابق، ص97.

3 - د/ محمود أبو السعود، **سلطة الإدارة في الرقابة....**، مرجع سابق، ص233.

4 - خالد سليمان أسود العنزي، **عقد التوريد...**، مرجع سابق، ص24.

ثانيا-مظاهر سلطة الرقابة في صفقات التوريد الصناعية

تتمتع الإدارة في مجال عقود التوريد الصناعية بسلطات رقابية أكثر اتساعا ودائمية وذلك نظرا للطابع الفني الخاص الذي تتميز به هذه الطائفة من عقود التوريد[1] حيث أن نظام الرقابة فيها قريب من نظام الرقابة في عقود الأشغال العامة، إذ أنّ للإدارة الحق في ممارسة سلطة الرقابة بمعناها المزدوج في عقود التوريد الصناعية.

يجوز لمندوبي المصلحة المتعاقدة الدخول إلى أماكن العمل والإطلاع على كافة الوثائق والمستندات اللازمة لمراقبة عمليات التصنيع والتأكد من مطابقتها من الناحية الفنية للمواصفات المتعارف عليها. كما تتمتع الإدارة بسلطة الإشراف على العاملين والموظفين في مصانع ومؤسسات المورد ومراقبة خطوات سير العمل بهدف التأكد من مراعاة مدد التنفيذ المتفق عليها.

يجب على القائم بالتوريد أن يوفر للإدارة كافة الوسائل التي تمكنها من انجاز مهمتها في الرقابة، فالإدارة تستطيع أن تتدخل في طرق ووسائل التنفيذ فتمنع أو توجب استعمال طريقة معينة من طرق التنفيذ، وهي بهذا تباشر سلطة رقابة وتوجيه حقيقية على عقود التوريد الصناعية، ولكنها لا تستطيع ذلك في عقود التوريد العادية، حيث أن المتعاقد حر في أن يلجأ إلى المنشآت التي يريدها لمده بالمواد والآلات والأشياء، طالما لم يوجد نص صريح في العقد يقيّده [2].

[1] - د/سليمان محمد الطماوي، **الأسس العامة...**، مرجع سابق، ص488-489.

[2] - د/نصر الدين محمد بشير، **غرامة التأخير....**، مرجع سابق، ص526.

يكون للإدارة الحق في الرقابة على المورد أثناء عملية التصنيع وتكون الرقابة في هذه الحالة إما رقابة فنية أو مالية أو إدارية، فضلا عن رقابة الجودة على المنتج أثناء عملية الإنتاج[1].

تتمثل الرقابة الفنية في مراقبة عمليات تصنيع الأشياء محل التعاقد ويشمل ذلك التأكد من سلامة المواد المستخدمة في التصنيع ومطابقتها للمواصفات الفنية المتعارف عليها.

تتمثل الرقابة المالية على عقود التوريد الصناعية في الرقابة المحاسبية التي تباشرها الإدارة على المورد بهدف التأكد من سلامة اقتصاديات مشروعة ويتم ذلك بواسطة مندوبي الإدارة والذين يلتزم المورد باطلاعهم على كافة المستندات والدفاتر اللازمة لأداء عملهم[2].

يحق للإدارة أن تقوم بالرقابة الإدارية قبل المتعاقد في عقود التوريد الصناعية وتتمثل في الإشراف عليه وهو بصدد استخدامه لموظفين أو عمال في مصانعه، ومراقبة سير العمل وفقا للخطط السابق الاتفاق عليها بين الإدارة والمورد[3].

يتضح مما تقدم أن الرقابة على عقود التوريد الصناعية-خاصة التي تتضمن توريدات معقدة الصنع ومخصصة لاستعمال الإدارة ذاتها-[4]، يجب أن تتسع لتشمل الإشراف والتوجيه على غرار ما هو معترف به في عقود الأشغال العامة.

---

[1] - خالد سليمان أسود العنزي، **عقد التوريد...**، مرجع سابق، ص26.

[2] - د/عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **الأسس العامة...**، مرجع سابق، ص98.

[3] - المرجع نفسه، ص98.

[4] - مثلا عندما تحتاج الإدارة إلى أجهزة متطورة ومعقدة فنيا كالطائرات الحربية والصواريخ، الغواصات وأجهزة الأقمار الصناعية والفضائيات، لذا يكون التصنيع تحت إشراف وتوجيه الإدارة المتعاقدة.
أنظر: خالد سليمان أسود العنزي، **عقد التوريد...**، المرجع السابق، ص26.

فالرقابة على عقود التوريد الصناعية هي في حقيقتها رقابة وقائية هدفها حماية الإدارة من توريد أصناف فاسدة تم تصنيعها في غيبة عن رقابتها أو التعامل مع مورد مشرف على الإفلاس والتصفية الأمر الذي يهدد استمراره في الوفاء بالتزامه التعاقدي على النحو الأمثل.

المبحث الثاني:

سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل شروط الصفقة العمومية

تمثل سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل شروط الصفقة أو تعديل طريقة تنفيذها الطابع الرئيسي لنظام الصفقات العمومية والعقود الإدارية بصفة عامة، بل هي أبرز الخصائص التي تميز نظام الصفقات العمومية عن عقود القانون الخاص.

يكون بإمكان المصلحة المتعاقدة بمقتضى هذه السلطة وبالنسبة لكافة الصفقات العمومية بما فيها صفقة الأشغال العامة وصفقة اللوازم، أن تقوم بتعديل شروط الصفقة أثناء تنفيذها وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام الصفقة، فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق المتعامل المتعاقد أو تنقصها، ولها أن تتناول الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقص على خلاف ما تنص عليه الصفقة وذلك بإرادتها المنفردة من غير أن يحتج عليها بقاعدة القوة الملزمة للعقد وأن العقد شريعة المتعاقدين[1] المعمول بها في نطاق عقود القانون الخاص، ذلك لأنّ طبيعة الصفقات العمومية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرارية المرافق العامة وقابليتها للتغيير والتبديل،

---

[1] - «***يقصد بالعقد شريعة المتعاقدين أنه إذا انعقد العقد صحيحا فإنه يلزم المتعاقدين ويلتزم كل متعاقد بالقيام بالالتزامات التي يرتبها العقد في ذمته، وعلى كل طرف احترام العقد، في حدود تنظيم العلاقات التي يحكمها كالقانون تماما، ويترتب على ذلك أنه لا يستطيع أحد أطرافه بإرادته المنفردة أن ينقضه أو يتحلل من العقد، ولا يحق له تعديله ما لم يصرح له القانون***».

أنظر: د/محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للالتزامات، العقد والإرادة المنفردة)**، الطبعة الرابعة، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص297-298.

- تنص المادة 106 من الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر، العدد78، الصادر في 30 سبتمبر سنة 1975، المعدل والمتمم،على أنّه: «***العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلاّ باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون***».

تفرض مقدما حدوث تغيير في ظروف الصفقة وطرق تنفيذها تبعا لمقتضيات سير المرفق لمواجهة الظروف المتغيرة بما يحقق المصلحة العامة.

فخروجا على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فإن المصلحة المتعاقدة يكون لها تجاوز سلطة رقابة تنفيذ الصفقة إلى امتلاك الحق في تعديلها بإرادتها المنفردة دون أن يكون للمتعامل المتعاقد الحق في الاعتراض على قرارها في هذا الشأن مادام قد اتخذ في إطار المشروعية.

وسلطة الإدارة في تعديل الصفقة العمومية هي حق ثابت لها بوسعها استعماله ولو خلا العقد من نص بشأنه وحتى ولو انطوى العقد على نص يحظره حيث يبطل النص ويبقى الحق قائما، وحتى لو وجد نص بالعقد يجيز للإدارة تعديل العقد، فإن هذا النص لا يعدو دوره أن يكون كاشفا للحق لا منشئا له[1].

فالمصلحة المتعاقدة تستطيع أن تعيد النظر في موقفها بالنسبة إلى أوضاع تنفيذ الصفقة، إذا اتضح أن الأوضاع المحددة في الصفقة لم تعد تتوافق مع الصالح العام.

أكد هذه السلطة مجلس الدولة الفرنسي دون اشتراط النص على ذلك صراحة في الصفقة[2].

ورجوعا للمرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية[3]، وتحديدا المواد من 102 إلى 106[4]، اعترفت للمصلحة المتعاقدة بممارسة سلطة التعديل عن طريق إبرام ملاحق إذا كان هدفها زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في

---

[1] - د/رياض عيسى، **نظرية العقد الإداري...**، مرجع سابق، ص14.

[2] - اعترف مجلس الدولة الفرنسي بسلطة التعديل في قرار له صادر بتاريخ 11 مارس سنة 1910 في قضية: Compagnie Générale Française des Tramways
حيث أقر بأن من حق لمصلحة المتعاقدة أن تفرض على ملتزم بمرفق النقل بالتزام بأن يزيد من عدد القطارات العاملة على خط معين دون التقيد بعددها المبين في العقد.
وقد سبق للمجلس المذكور أن أقر ذات المبدأ في قرار له بتاريخ 10 يناير سنة 1902 في قضية: Gaz de Deville les-Rouen.
نقلا عن: حمدي ياسين عكاشة، **موسوعة العقود الإدارية والدولية (العقود الإدارية في التطبيق العملي)**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص211.
وكذلك: د/ناصر لباد، **القانون الإداري...**،ج2، مرجع سابق، ص439.

[3] - المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

[4] - تجدر الإشارة أن المواد 103، 106 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المذكور أعلاه معدلة ومتممة بموجب المادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

الصفقة الأصلية هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإنّه بالرجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال العامة، يلاحظ أنّه تضمن العديد من النصوص التي تعطي المصلحة المتعاقدة الحق في التعديل الانفرادي[1]؛ علما أنّه جاء في المرسوم المذكور أعلاه، أنّ للمصلحة المتعاقدة الحق في وضع الشروط التي تنفذ وفقها الصفقات ومنها ما يتعلق بسلطتها في تعديل صفقاتها ضمن دفاتر الشروط باختلافها التي اعتبرها المشرع جزء لا يتجزأ من الصفقة عينها[2].

نجد أنّ المشرع الجزائري بمقتضى هذه الأحكام لم يقف عند حد التعبير عن رغبته بالاعتراف للمصلحة المتعاقدة بهذه السلطة، وإنما قام بتنظيم تفاصيلها وإيراد مبادئها وأحكامها العامة (المطلب الأول)، ولا شك أن سلطة التعديل التي تمارسها الإدارة أكثر خطورة من سلطة الرقابة ويتجلى ذلك في الأوامر المصلحية الصادرة من طرف المصلحة المتعاقدة والتي تنصب مباشرة على تعديل شروط الصفقة المتفق عليها عند إبرامها أو على موضوع تمّ الاتفاق عليها في الصفقة، واستعمال المصلحة المتعاقدة سلطتها في التعديل على هذا النحو لا يقتصر على مظهر واحد، بل تتعدد مظاهر هذه السلطة، كما أن اختلاف أنواع الصفقات العمومية يؤدي إلى اختلاف تطبيقات سلطة التعديل من صفقة إلى أخرى (المطلب الثاني).

---

[1] - أنظر المادة 4/12، 5، المادة 30 والمادة 1/32 من دفتر الشروط الإدارية العامة، مرجع سابق.

[2] - تنص المادة 10 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236المعدل والمتمم، على أنّه: ***توضح دفاتر الشروط، المحيّنة دوريا، الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات، وهي تشمل على الخصوص، ما يأتي:***

1- دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال واللوازم والدراسات والخدمات الموافق عليها، بموجب مرسوم تنفيذي،

2-دفاتر التعليمات المشتركة، التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات المتعلقة بنوع واحد من الأشغال واللوازم والدراسات أو الخدمات، الموافق عليها بقرار من الوزير المعني،

3-دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة».

المطلب الأول

الأحكام العامة لسلطة تعديل شروط الصفقة العمومية

تتمتع المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقات العمومية بسلطة تعديل الالتزامات العقدية المنصوص عليها بالزيادة أو النقصان بإرادتها المنفردة دون حاجة لموافقة المتعامل المتعاقد أو إمكانية الاحتجاج بالقوة الملزمة للعقد.

وأمام خطورة ممارسة المصلحة المتعاقدة لهذه السلطة على مصلحة المتعاقد معها، نجد أن المشرع أولاها اهتماما من خلال التشريعات المنظمة للصفقات العمومية ورصد لها أحكامها، بالإضافة إلى الأحكام التي تضمنتها دفاتر الشروط الإدارية العامة.

فمن خلال القر اءة المتأنية لهذه النصوص، يمكن استنباط العديد من الأحكام، التي من خلالها يمكن القول أن سلطة تعديل شروط الصفقة أثناء التنفيذ ليست مطلقة، بل ترد عليها العديد من الضوابط التي يتعين عليها ممارسة تلك السلطة في إطارها عندما تنوي إجراء أي تعديل على مضمون الصفقة العمومية (الفرع الأول)، كما أن التعديل إذا توفرت مبرراته فإنه لا يتم بطريقة عشوائية وا ٍنما يمارس وفقا لآليات معينة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

ضوابط سلطة تعديل شروط الصفقة العمومية

سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل الصفقات العمومية بإرادتها المنفردة ليست مطلقة، بل تخضع لضوابط لابد من توفرها لإمكان ممارستها، فيجب أن يكون هناك ظروف ومستجدات بعد إبرامالصفقة تستدعي التعديل (أولا)، وا ٍلزامية صدور قرار التعديل في حدود

المبدأ العام للمشروعية الإدارية (ثانيا)، كما يجب على المصلحة المتعاقدة أن تمارس سلطة التعديل أثناء مدة تنفيذ الصفقة (ثالثا) وأن لا يؤدي التعديل إلى الإخلال بالتوازن المالي لها (رابعا) وأن لا يغير من طبيعتها (خامسا).

أولا-أن تطرأ مستجدات بعد إبرام الصفقة

يجب أن تكون هناك ظروف قد استجدت بعد إبرام الصفقة، تبرر إجراء التعديل على مضمونها، وهذه الظروف تكون مغايرة لتلك التي أبرمت الصفقة في كنفها بحيث يكون تنفيذها في ظلها غير محقق للمصلحة العامة أو أقل تحقيقا لها أو متعارضا معها الأمر الذي يجعل من قرار تعديلها بما يتوافق مع المصلحة من إبرامها أمرا تحتمه مصلحة المرفق محل التعاقد.

يكون من الجائز للمصلحة المتعاقدة إذا تغيرت الظروف، تعديل بعض شروط الصفقة العمومية التي قد تعرقل إمكان مسايرتها للتغييرالحادث، بالتالي فإن ّ في ذلك تمكين للصفقة من أن تحقق ما كان تهدف إليه منذ إبرامها وهو تحقيق النفع العام لجهة الإدارة والأفراد[1].

تغير الظروف ليس شرطا لازماللتعديل،ا وإ ّ ما هو شرط يمهد للتعديل الذي إما أن يكون ضروريا أو ليس ضروريا على حسب ما يستجد من تغيرات وبقدر ما تريد الإدارة إدخاله من مواصفات جديدة على العقد من شأنها إحداث تغير على الظرف الاقتصادي للعقد ولهذا تختلف سلطة التعديل من عقد إلى آخر حسب طبيعته وحسب الظروف التي ينفذ فيها. ففي صفقات الأشغال العامة تمارس سلطة التعديل من قبل المصلحة المتعاقدة

[1] - د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **تنفيذ العقد الإداري**....، مرجع سابق، ص52.

باعتبارها صاحبة المشروع، غير أنه لا يجوز إجراء تعديل على الأعمال والشروط المتعاقد عليها إلا عند الضرورة القصوى ومن ذلك:

- إذا كان عدم التغيير أو عدم الإضافة من شأنه أن يسبب تأخيرا في التنفيذ أو ضررا كبيرا به من الناحية الاقتصادية والفنية.
- إذا كان التغيير يؤدي إلى توفير مبالغ كبيرة للإدارة، مع الأخذ بعين الاعتبار الأضرار المترتبة عن التأخير المحتمل بسبب هذا التغيير[1].

أما في صفقات التوريد خاصة ذات المدة الطويلة يكون تغير الظروف أكثر من فرصة بيد الإدارة لإجراء التعديلات على الأسعار وعلى نوعية السلع محل التوريد، بل يؤدي التعديل في بعض الأحيان إلى إعادة تنظيم عمل المرفق الذي انصب عليه التوريد بمواصفات جديدة من ذلك قيام الإدارة باستبدال المدافئ الغازية بالمدافئ النفطية، كجزء من حقها في تقليص كمية الوقود المستخدم[2].

أما إذا لم تتغير الظروف فإنه لا يكون ثمة مبرر لتعديل الصفقة، ويكون من الواجب إلزام المصلحة المتعاقدة باحترام الشروط كما تقررت عند إبرامها.

ثانيا-صدور قرار التعديل في حدود المبدأ العام للمشروعية الإدارية

يعد قرار تعديل الصفقة العمومية قرارا إداريا، وبالتالي يتعين أن تتوفر له مقومات وأركان[3] هذا القرار من حيث صدوره عن سلطة مختصة بإصداره وفقا للشكل والإجراءات المقررة، وفي إطار القواعد القانونية التي تحكم موضوع التعديل، كما يتعين أن يكون الهدف

---

[1] - د/ محمود خلف الجبوري، **العقود الإدارية**، مرجع سابق، ص173-174.

[2] - المرجع نفسه، ص174.

[3] - راجع فيما يخص أركان القرار الإداري: د/عمار بوضياف، **القرار الإداري (دراسة تشريعية قضائية فقهية)**، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص88-170.

من قرار التعديل تحقيق المصلحة العامة[1]، وأن يستند إلى سبب قائم يبرره يتمثل في تغيير الظروف التي أبرمت في ظلها الصفقة، الأمر الذي استوجب التعديل تحقيقا للمصلحة العامة[2]، وعليه، فإن قرار التعديل يجب أن يصدر في حدود المشروعية التي هي الإطار العام الذي يحكم جميع الأعمال الإدارية.

إذا خرج قرار التعديل عن مبدأ المشروعية وقع باطلا، وفي هذه الحالة يكون بوسع المتعامل المتعاقد الطعن عليه بالإلغاء أمام القاضي الإداري إذا أمكن تطبيق نظرية الأعمال المنفصلة، أو باللجوء إلى القضاء الكامل إذا كانت سلطة المصلحة المتعاقدة في التعديل قد تناولها بالتنظيم نصوص صريحة بالصفقة أو دفاتر الشروط الملحقة بها.

يجب على المتعامل المتعاقد في حالة رغبته في إلغاء القرار القاضي بالتعديل إذا كان غير مشروع، أن يثبت العيب الذي انطوى عليه القرار مثل مخالفته لقواعد الاختصاص أو مخالفته للإجراءات والأشكال أو عيب السبب وغيرها.

وقبل أن ينطق القاضي الإداري بإلغاء قرار التعديل ينبغي أن يسبب قراره بتبيان وجه الخرق في القرار الصادر، كأن يشير لمخالفته ركن الاختصاص أو ركن الشكل والإجراءات وغيرها[3].

---

[1] - د/رياض عيسى، **نظرية العقد الإداري...**، مرجع سابق، ص16-17.

[2] - عبد الله بن حمد الوهيبي، **القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية**، فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية، السعودية، 2002، ص221.

راجع كذلك: د/مفتاح خليفة عبد الحميد، **المعيار المميز للعقد الإداري في القانون الليبي**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص194-195.

[3] - تنص المادة 11 من القانون رقم 08-09، مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، العدد21، الصادر في 23 أفريل 2008على أنّه: «***يجب أن تكون الأوامر والأحكام والقرارات مسببة***».

ثالثا- تزامن قرار التعديل مع سريان الصفقة العمومية

يجب أن تمارس سلطة التعديل أثناء مدة تنفيذ الصفقة سواء كانت صفقة أشغال عامة أو صفقة لوازم، ويقصد بفترة سريان الصفقة والتي يتعين صدور قرار التعديل خلالها هي الفترة أو المدة الفعلية وليس المدة الزمنية المحددة في الصفقة، لأن المتعامل المتعاقد قد يتأخر في التنفيذ عن تلك المدة المحددة لتنفيذ الصفقة[1] وبالتالي تملك المصلحة المتعاقدة حق التعديل حتى انتهاء التزامات المتعامل المتعاقد وفقا لما تحدده شروط كل صفقة، إذ أنّ في حالة التأخير يمكن للإدارة تمديد آجال التنفيذ، فيكلف المقاول أو المورد بأعمال زائدة خلال فترة التمديد والتي تعتبر أعمالا إضافية وليست أعمالا جديدة لأنّ التكليف بها قد تمّ خلال فترة تنفيذ الصفقة.

أما إذا انتهت التزامات المتعامل المتعاقد، فيؤدي ذلك بالتبعية إلى انتهاء كافة حقوق المصلحة المتعاقدة حيال المتعاقد معها ومنها حقها في تعديل الصفقة، حيث سيرد هذا التعديل في هذه الحالة على غير محل يستحيل إعمال أثره ويمكن تكييف طلب الإدارة في هذا الشأن بمثابة تعاقد جديد، حيث أن التعديل هو امتداد لصفقة قائمة بزيادة التزامات المتعاقد أو إنقاصها ومن ثم فإن طلب تعديل عقد انقضى هو طلب يرد على غير محل[2].

رابعا- عدم إخلال التعديل بالتوازن المالي للصفقة

تملك المصلحة المتعاقدة تعديل الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة، وإذا كان حقا لها فإنّه يقابلها حق للمتعاقد معها بألاّ يخل هذا التعديل بالتوازن المالي للصفقة، بمعنى أن التعديل يتعين ألا يحدث خللا بهذا التوازن بأن يجعل التزامات المتعامل المتعاقد لا تتناسب

[1] - عبد الله بن حمد الوهيبي، **القواعد المنظمة للعقود....**، مرجع سابق، ص221.

[2] - د/عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **الأسس العامة....**، مرجع سابق، ص267.

بتاتا مع حقوقه[1]، أو أن يلحق به خسائر لم يتوقعها وقت إقدامه على التعاقد مع المصلحة المتعاقدةولاسيما وأنّ تنفيذ التعديل سيكون بذات شروط وأسعار الصفقة الأصلية.

يجب أن تراعي المصلحة المتعاقدة في إطار الحفاظ على التوازن المالي للصفقة عدم مساس التعديل بالشروط المتعلقة بالمزايا المالية للمتعامل المتعاقد معها والمتفق عليها في الصفقة؛[2] لأنّ طبيعة الصفقات العمومية والعقود الإدارية بصفة عامة يجب أن تتجه إلى تحقيق التوازن بين الأعباء التي يتحملها المتعامل المتعاقد وبين المزايا المالية التي ينتفع بها[3]، فإذا ما ترتب على التعديل زيادة في الأعباء المالية للمتعاقد فإنه ليس من العدل أن يتحملها بمفرده، بل يكون له مقابل ذلك أن يطالب بالتوازن المالي للصفقة إلى ما كانت عليه.

وفكرة التوازن المالي للصفقة هي الأساس العام لتقييم التعويض العادل والمناسب للمتعاقد، وأنّ أيتعديل يجب أن يحترم التوازن المالي للصفقة وإلاّ من حق المقاول أو المورد المطالبة بالتعويض متى اختل هذا التوازن بسبب تدخل الإدارة في تعديل شروط العقد[4].

---

[1] - د/عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **الأسس العامة...**، مرجع سابق، ص272.

[2] - عادل بوعمران، **النظرية العامة للقرارات....**، مرجع سابق، ص110.

«***Les modifications ne peuvent porter sur le prix du marché, qui repose sur un accord des parties et qui est intangible*** ».

Voir: Christophe LAJOYE, **Droit des Marchés...**, Op.cit, p186.

[3] - الصفقات العمومية وامتيازات التعديل، أنظر الموقع:

http://www.droit-maroc.blogspot.com/2012/05/blog-post1680.html, le 23/05/2012

[4] - **الصفقات العمومية وامتيازات التعديل**، أنظر الموقع:

http://www.droit-maroc.blogspot.com/2012/05/blog-post1680.html, le 23/05/2012

يؤدي ترك الحرية للإدارة في التعديل دون مراعاة التوازن المالي للصفقة إلى نفور المتعاقدين من التعاقد معها، وتحديدا ما يخص المزايا المالية والتي لولاها لما أقدم على التعاقد[1].

يكون لهذا المتعاقد الحق في طلب تعويض كاف يعيد لاقتصاديات العقد توازنها[2] إذا ترتب على التعديل إخلال بالتوازن المالي للعقد بما يرهق المتعاقد مع الإدارة، وهذا التعويض يشمل ما فات المتعاقد من كسب وما لحقه من خسارة، فإن تحدد قدر التعويض المستحق في العقد يكون هذا التقدير هو الواجب الإتباع[3].

خامسا -ألا يؤدي التعديل إلى تغيير طبيعة الصفقة

لا يجوز أن يؤدي التعديل إلى تغيير طبيعة الصفقة أو تجديد محلها بما يختلف عن المحل الذي انصرفت إليه إرادة أطراف الصفقة، وهذا يعني أن المصلحة المتعاقدة عليها أن تراعي في إصدار قرار التعديل الدقة في مضمونه، بما لا يؤدي إلى انصرافه إلى موضوع جديد يختلف كلية عن الموضوع الأصلي[4].

يجب أن يكون التعديل مرتبطا بمحل الصفقة والغرض منها ولا يتعداه إلى محل آخر أو غرض آخر، فإذا كان محل الصفقة مثلا توريد علف للحيوانات فلا يجوز للمصلحة المتعاقدة تعديل شروطه بإلزام المتعامل المتعاقد معها بتوريد مواد الوقود اللازمة للسيارات

---

[1] - د/محمود خلف الجبوري، **العقود الإدارية**، مرجع سابق، ص171.

أنظر كذلك: يوسف بركات أبو دقة، **امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في النظرية العامة وفي قانون الصفقات العمومية بالجمهورية الجزائرية**، بحث للحصول على شهادة الماجستير في القانون العام، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، الجزائر، 1977، ص75.

[2]- André DE LAUBADERE, Yves GAUDEMET, **Traité de droit administratif**, T1, Droit administratif général, 16eme ed., L.G.D.J, Paris, 2004, p706.

[3] - د/ محمد فؤاد عبد الباسط، **القانون الإداري**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص546.

[4] - د/ عمار بوضياف ، **شرح تنظيم الصفقات العمومية**، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 204.

بحجة أنّ الجيش قد استبدل الخيول بسيارات للنقل، وفي صفقة الأشغال العامة تطلب مثلا تنفيذ مدرسة بدل مسجد، فمثل هذا التعديل فيه تغيير لموضوع الصفقة في جملته وهو أمر غير جائز[1].

تلتزم المصلحة المتعاقدة وهي تمارس سلطة التعديل أن تأخذ بعين الاعتبار إمكانيات المتعامل المتعاقد الفنية والمالية التي روعيت عند إبرامالصفقة وتمّ على أساسها التعاقد معه، وألا تذهب إلى الحد الذي يؤدي إلى قلب اقتصاديات الصفقة رأسا على عقب، أو تغير في طبيعة الصفقة أو جوهرها[2].

ومهما يكن من أمر، فالمصلحة المتعاقدة عندما تلجأ إلى ممارسة حق التعديل في البنود التعاقدية للصفقة فإنها لا يمكن أن تؤثر بصورة أساسية على توازنها، ماعدا في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف، أما إذا أدت بذلك إلى قلب اقتصاديات الصفقة رأسا على عقب فإنها تجعله أمام صفقة جديدة بالتالي يكون على الإدارة ممارسة التعديل وليس قلب اقتصاديات الصفقة.

كمأنّ المتعامل المتعاقد إنما يقبل التعاقد على ضوء إمكانياته المالية والفنية، وعلى المصلحة المتعاقدة أن تحرص عند إجراء التعديل أن تكون تلك الأعباء الجديدة في الحدود المعقولة من حيث نوعيتها وأهميتها، وألا يكون من شأنها فسخ الصفقة أو تغيير موضوعها أو إنشاء محل جديد لها، وألا تؤدي هذه الأعباء الجديدة إلى إرهاق المتعاقد فتتجاوز إمكانياتالفنية أو المالية، وإلاّ جاز له أن يمتنع عن التنفيذ، وله أن يطالب بفسخ العقد[3].

---

[1] - عبد الله بن حمد الوهيبي، **القواعد المنظمة للعقود...**، مرجع سابق، ص220.

أنظر كذلك: د/عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **الأسس العامة...**، مرجع سابق، ص270.

[2] - **حق الدولة في تعديل العقد الإداري مع المتعاقد**، أنظر الموقع:

www.boxiz.net/blogs/5271/htm, le 27/07/2012.

[3] - يوسف بركات أبودقة، **امتيازات الإدارة....**، مرجع سابق، ص74.

حرصت المادة 30 من دفتر الشروط الإدارية العامة على أن ينحصر التعديل في حدود 20% بالنسبة لعقد الأشغال العامة، وهذه المادة تخص حالة الزيادة في جملة الأشغال والتي تنص على أنّه: «***في حالة إجراء الإضافة على جملة الأشغال فلا يجوز للمقاول رفع أية مطالبة، ما دامت الإضافة المقررة بحسب الأسعار الابتدائية لا تتجاوز العشرين بالمائة من مبلغ المقاولة وا إذا تجاوزت الإضافة هذه النسبة المئوية، حق له فسخ صفقته فورا...***»[1].

أما في حالة النقص في جملة الأشغال فإنه نصت المادة 31من نفس الدفتر على أنّه: «***في حالة إجراء نقص في جملة الأشغال وعدا حالة تطبيق المادة 32 التالية، لا يجوز للمقاول رفع أية مطالبة ما دام التخفيض مقدرا على الأسعار الابتدائية ولا يتجاوز العشرين بالمائة من مبلغ المقاولة وا إذا كان النقص أعلى من هذه النسبة المئوية، يجوز للمقاول تقديم طلب تعويض في نهاية الحساب...***».

فإذا زادت أو نقصت الأعباء الجديدة على المتعامل المتعاقد مع الإدارة عن هذه الحدود فإنّه لا يكون ملزما طبقا للعقد بتنفيذها، وا إذا ما قام بتنفيذها له أن يطالب المصلحة المتعاقدة بأسعار أخرى غير التي اتفق عليها في الصفقة، طالما أنه قد اعترض على حق الإدارة في التعديل بهذه الزيادة أو النقصان فوق القدر المشار إليه في الصفقة أو في دفاتر الشروط[2].

---

1 - « ***Lorsque les changements imposés par le pouvoir adjudicateur dépassent 20% de la valeur du marché, l'adjudicataire se voit accordé la faculté de résilier le contrat*** ».
Voir : Marc THEWES, **Panorama des marchés....,** Op.cit, p22.

2 - Christophe LAJOYE, **Droit des marchés...,** Op.cit, pp186-187.

الفرع الثاني
آليات ممارسة سلطة التعديل

تجد سلطة التعديل أساسها في مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد، فالمصلحة العامة وسير المرافق العامة يتطلب أن يستمر العقد أو الصفقة مهما حصل من تغييرات أثناء تنفيذها، فالمصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بتعديلات انفرادية على التزاماتها التعاقدية لمواكبة هذا التغيير.

إن حرص المصلحة المتعاقدة على تأقلم تنفيذ الأشغال والخدمات العمومية مع التغيرات والتحولات التي قد تعرفها الظروف الاقتصادية المحيطة بها، والتي لا تستطيع الالتزامات التعاقدية مواجهتها هو الذي يدفعها إلى استعمال سلطة التعديل عن طريق الآليات المتاحة لها.

خول قانون الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة سلطة تعديل شروط الصفقة في الإطار التعاقدي عن طريق تقنية الملحق (أولا)، كما بمقدورها أيضا أن تساهم بتعديل شروط تنفيذ الصفقة خارج الإطار التعاقدي نتيجة تدابير متخذة من طرفها (ثانيا).

أولا- التعديل عن طريق الملحق

يمكن أن تكون شروط الصفقة العمومية محل تعديل اتفاقي ينتج عن اتفاق جديد للإرادتين المتعاقدتين يطلق عليه اسم "الملحق".

يجسد المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم[1] هذه الآلية في القسم الخامس منه المتضمن المواد 102-106، إذ تنص المادة 102 منه على أنّه:

«يمكن المصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم».

[1] - المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

فما المقصود بالملحق؟ وما هي شروط تطبيقه وأنواعه؟

1-المقصود بالملحق

يقصد بالملحق أنه اتفاق إضافي للصفقة الأولى هدفه تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية قد تضمنتها الصفقة الأصلية، أو زيادة الخدمات أو تقليلها، كما يعرف أيضا بأنه عقد مكتوب يشمل اتفاق إرادة الطرفين في الصفقة ويتضمن تعديل بند أو عدة بنود هذه الأخيرة، وخاصيته التعاقدية تعد من الخصائص الأساسية للملحق[1].

هذا ما تقضي به المادة 1/103 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم التي تنص أنّه: «***يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة***»[2].

إن إبرام ملحق يكون مرده أسباب متعددة مثل:

- زيادة أو نقص الخدمات المتفق عليها.
- زيادة أو إنقاص الآجال.
- تغيير نوعية المواد أو اللوازم المستعملة في تنفيذ الأشغال.
- أحداث طارئة تغير في الأشغال المتفق عليها سلفا.

2-شروط إبرام الملحق

يستدعي تعديل شروط الصفقة عن طريق الملحق توفر عدة شروط أهمها:

1- « ***L'avenant est un contrat écrit constatant l'accord de volonté des parties au marché et portant modification d'une ou plusieurs clauses de ce dernier. Son caractère bilatéral est une caractéristique fondamentale de l'avenant*** ».
Voir : Christophe LAJOYE, **Droit des marchés....**, Op.cit, p183.

2 - عدلت هذه المادة بموجب المادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

- يجب أن يصدر الملحق في صيغة كتابية، مرقم ومؤرخ[1] ومصادق عليه من قبل السلطة المختصة، أيذاً ه لا يقبل أي طلب من المتعامل المتعاقد لتعديل البنود التعاقدية بعد تلقيه وعودا من السلطات غير المؤهلة لذلك.
- يخضع الملحق للشروط الاقتصادية الأساسية للصفقة: إذ تطبق 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 جديدة[2].
- أن يحترم الملحق قواعد المنافسة: حيث يكون الملحق ذو آثار على الصفقة الأصلية سواء بالزيادة أو النقصان، ولكن يجب أن لا يمس بالمنافسة التي يكون ضمانها صعبا عند إبرام الصفقة والحفاظ عليها عند تنفيذ الخدمات أصعب لهذا فإنّ ه يجب منع أي ملحق قد يسيء إليها[3].
- أن يتم اللجوء للملحق في حدود آجال تنفيذ الصفقة وهو شرط مكرس بموجب المادة 105 من المرسوم الرئاسي المعدل والمتمم.
- أن يخضع الملحق كأصل عام للرقابة التي تخضع لها الصفقة الأصلية: وهذا في حدود آجال التنفيذ التعاقدية، ويعرض الملحق الذي أبرم في ظل تأخير الآجال

---

[1]- «***Les avenants sont numérotés et datés***».

Voir : K.AOUDIA, M.LALLEM, M.SABRI, **Guide de gestion...,** Op.cit, p160.

« ***L'avenant est un acte écrit*** »

Voir : Charles DUDOGNON, **« L'avenant au contrat administratif »,** In R.D.P, N°5, L.G.D.J, 2009, p1361.

[2] - أنظر المادة 104 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

[3] - Xavier LIBERT, **«Les modifications du marché au cours d'exécution »,** In AJDA, Numéro spécial,Dalloz, 1994, p65.

«***Son illégaux les avenants qui portent atteinte au principe de publicité et de mise en concurrence*** ».

Voir : Fréderic ALLAIRE, **L'essentiel du droit des marches publics,** 2eme ed., L'extenso éditions, L.G.D.J, Paris, 2009, p101.

التعاقدية الأصلية لأسباب غير متوقعة[1] والملحق الذي أبرم بصورة استثنائية وكان الهدف منه إقفال الصفقة نهائيا[2]، على هيئة الرقابة الخارجية القبلية للجنة الصفقات المختصة طبقا للمادة 4/105 من المرسوم الرئاسي المعدل والمتمم التي تنص على أنّه: «***تعرض الملاحق المنصوص عليها في الفقرة 2 و3 أعلاه مهما يكن من أمر، على هيئة الرقابة الخارجية القبلية للجنة الصفقات المختصة***».

ومع هذا هناك حالات لا يلزم فيها القانون بإخضاع الملحق إلى رقابة هيآت الرقابة الخارجية القبلية إذا استوفت الشروط التالية:

- إذا كان موضوع الملحق لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات التقنية والمالية وأجل التعاقد.
- إذا لم يكن للملحق أثر مالي فلا حاجة لعرضه على لجنة الصفقات المعنية[3].
- إذا كان مبلغ الملحق أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق لا يتجاوز بالزيادة أو بالنقصان النسب التالية:
  - 20% من المبلغ الأصلي للصفقة، إذا كانت الصفقات من اختصاص لجنة الصفقات التابعة للمصلحة المتعاقدة.
  - 10% من المبلغ الأصلي للصفقة، إذا كانت الصفقات من اختصاص اللجان الوطنية واللجان القطاعية للصفقات[4].

---

1 - أنظر المادة 2/105 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

2 - أنظر المادة 3/105 من المرسوم نفسه.

3 - د/ عمار بوضياف، **شرح تنظيم...**، مرجع سابق، ص 208.

- أنظر المادة 1/105 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم، المرجع السابق.

4 - أنظر المادة 106 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدلة بموجب المادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

أما في حالة ما إذا تضمن الملحق عمليات جديدة تتجاوز مبالغها النسب المحددة أعلاه فإنه يخضع لهيئة الرقابة الخارجية[1] لتدرس مشروع الملحق.

ومن البديهي القول أن سلطة التعديل تخضع لرقابة القاضي الإداري الذي إذا رُفعت الدعوى أمامه من طرف المعني صاحب المصلحة سعى إلى التأكد من مدى تناسب موضوع التعديل مع مقتضيات الصفقة، والتأكد من مدى علاقته بالصفقة الأصلية وبالحدود المالية المنصوص عنها تشريعا وتقدير عما إذا هناك تعسف في ممارسة سلطة التعديل من عدمه.[2]

- أن لا يؤدي الملحق إلى إخلال التوازن الاقتصادي للصفقة أو تغيير محلها: حيث أن قانون الصفقات العمومية اعترف بحق إبرام ملحق بهدف تعديل بند أو عدة بنود الصفقة إذا كان لا يؤدي إلى تغيير محلها أو موضوعها ولا يؤثر بصورة أساسية على توازن الصفقة[3].

فالملحق لا يجب أن يؤثر على الصفقة بصفة جوهرية بتعديل محلها وقلب اقتصادياتها رأسا على عقب[4]، وأن كل تعديل يمس بشروط الصفقة الأصلية بصفة جوهرية[5]، وذلك أثناء مدة سريانها يؤدي إلى إنشاء صفقة جديدة [6].

---

1 - أنظر المادة 4/106 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدلة والمتممة، مرجع سابق.

2 - د/ عمار بوضياف، **شرح تنظيم ...**، مرجع سابق، ص 210

3 -المرجع نفسه، ص 207.

- أنظر المادة 3/103 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدلة بموجب المادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23، المرجع السابق.

4- « ***Un avenant ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet*** ».
Voir : Fabrice GARTNER, **« Des rapports entre contrats administratifs et intérêt général »,** In RFDA, N°01, Dalloz, 2006, p22.

5- « ***Une modification du marché initial peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus ou lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat*** ».
Voir : Jean David DREYFUS, **« La modification d'un marché public en cours de validité est-elle possible sans remise en concurrence ? »,** In AJDA, N°36, Dalloz, 2008, p2011.

6- « ***Les modifications apportées aux dispositions d'un marché public pendant la durée de sa validité constituent une nouvelle passation de marché lorsqu'elle présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial*** ».
-Ibid, p2011.

غير أنه في حالة صعوبات تقنية غير متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف، يسمح بإبرام ملحق يغير الشروط الاقتصادية للصفقة أو تعديل محلها[1].

3-أنواع الملاحق

تصنف الملاحق إلى الأنواع التالية:

أ -ملحق الأشغال المضافة أو المنقصة

يمنح قانون الصفقات العمومية للمتعاقدين إمكانية تعديل بنود الصفقة الأولية من خلال "الملحق" في ظل احترام القسم الخامس منه ومبادئ المنافسة، ومع هذا فمن المتكرر في الصفقات العمومية قيام المتعامل المتعاقد بتعديلات على الأشغال دون ترخيص من المصلحة المتعاقدة، وا ٍن لم يتضمن قانون الصفقات هذهالحالة، فإنّ دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964[2]ينص على أنّ هذه التعديلات مقبولة إن لم تكن مخالفة لقواعد الفن أو للذوق السليم وا ٍذا كانت القياسات تحسب على أساس الاتساعات المنصوص عليها في دفتر الشروط الخصوصية، وهذه الوضعية قد تسبب في إشكاليات في التنفيذ ولهذا فإنّه أسلم لتنفيذ الصفقة تضمينها بندا لا يسمح للمتعامل المتعاقد بالقيام بتعديلات في الأشغال واللوازم من تلقاء نفسه، إلاّ إذا اتضح أنها ضرورية ولا يمكن الاستغناء عنها[3].

غير أنّه في العديد من الحالات تثار المنازعات حول تسديد ثمن الأشغال الإضافية من طرف المصلحة المتعاقدة، والتي يراها المتعامل المتعاقد ضرورية للمشروعبحجة أنّها لم تأمره بانجازها، حيث أقر مجلس الدولة الجزائري بهذا الشأن في قرار له أنّ الأشغال الإضافية عندما تكون ضرورية للمشروعومنجزة وفق القواعد المقررة، فإنّ صاحب المشروع

---

[1] - أنظر المادة 103 /4 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدلة والمتممة.

[2] - أنظر المادة 22 من دفتر الشروط الإدارية العامة، مرجع سابق.

[3]- K.AOUDIA, M.LALLEM, M.SABRI, **Guide de gestion....,** Op.cit, p163-164.

ملزم بتسديدها حتى وإن لم يتلقى المقاول أي أمر بانجاز هذه الأشغال من طرف صاحب المشروع ولا صاحب المبنى[1].

يمكن أن يكون موضوع ملحق الأشغال المضافة أو المنقصة إما تعديلات في كمية وطبيعة الأشغال وإما تعديلات في مدد التنفيذ وإما تعديلات تتعلق بسعر الصفقة إذا لم تكن هذه الأخيرة مبرمة بناء على سعر ثابت غير قابل للمراجعة، وتكون هذه التعديلات التي يشملها الملحق بالزيادة أو النقصان.

ب -ملحق التغيير

يتم اللجوء إلى هذا النوع من الملاحق في حالة تغيير إحدى أطراف الصفقة سواء انصب هذا التغيير على المصلحة المتعاقدة أو انصب على المتعامل المتعاقد.

إذا انصب التغيير على المصلحة المتعاقدة فإنّ هذا التغيير لا يتطلب دائما ضرورة إبرام ملحق، لكنه من الضروري صدوره في شكل كتابي، في هذه الحالة يجب تبليغ أمر مصلحة إلى المتعامل المتعاقد.

يستدعي تغيير المصلحة المتعاقدة عن طريق ملحق في حالة التقسيم الذي يحدث للمقاطعات الإدارية مثلا إنشاء عدّة ولايات، هذا الأمر يتطلب نقل الصفقة من مصلحة متعاقدة إلى أخرى ويتم ذلك بإبرام ملحق يشمل هذا التغيير الذي حدث على المصلحة المتعاقدة[2].

---

[1]- مجلس الدولة، قرار رقم 22350، مؤرخ في 12-07-2005، قضية (ق.ع.ب) ضد مدير الشباب والرياضة لولاية البويرة، مجلة مجلس الدولة، العدد7، الجزائر، 2005، ص93.

Voir : Mokhtaria KADI-HANIFI, **L'avenant au marché public,** Mémoire de magister : contrat et responsabilité, Institut de Droit et des Sciences Administratives, Université d'Alger, 1997, p27.

[2] - Ibid, p42.

يكون التغيير أيضا على المتعامل المتعاقد، ففي حالة وفاة المتعامل المتعاقد الأصلي أو عدم أهليته يجب إبرام ملحق تغيير إذا قبلت المصلحة المتعاقدة العروض التي قد يتقدم بها إليها ورثته لتكميل الأشغال[1]، وخلاف ذلك تفسخ الصفقة بحكم القانون وبدون تعويض[2].

الأمر نفسه في حالة الإفلاس والتسوية القضائية

يرتبط إبرام هذا الملحق بالشروط التالية:

- إعداد قفل الحسابات ومحاضر التسليم مع المتعامل المتعاقد السابق.
- أهلية المتعامل المتعاقد الجديد لإبرام الصفقات العمومية خصوصا فيما يتعلق بالتصنيف المهني والالتزامات الضريبية والاجتماعية.
- تحمل المسؤوليات فيما يتعلق بالأشغال المنجزة[3].

ج -ملحق الإقفال النهائي للصفقة

يسمح هذا الملحق بإيقاف وقفل بصفة نهائية الخدمات المنفذة فعلا في الصفقة واللجوء إلى هذا النوع من الملاحق استثنائي ويجب أن يكون مبررا مثلا: التخلي عن المشروع بقرار من الإدارة، القوة القاهرة أو التسوية الودية للنزاع[4]، حيث أن الملحق يكفل تحقيق حلول ودية فتجنب اللجوء إلى القضاء هو هدف تقليدي للإدارات العمومية إلّن ّ الوقاية من النزاع الإداري أصبح اليوم أولوية لضمان مواصلة تنفيذ الصفقة العمومية[5].

---

1 - Mokhtaria KADI HANIFI, **L'avenant ...,** Op.cit, p43.

2 - أنظر المادة 37 من دفتر الشروط الإدارية العامة، مرجع سابق.

3 - ميريام أكرور، **السعر في الصفقات العمومية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع: الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007-2008، ص96.

4 - K.AOUDIA, M.LALLEM, M.SABRI, **Guide de gestion**...., Op.cit, p165.

5- Yves GAUDEMET, **« Le précontentieux : le règlement non juridictionnel des conflits dans les marchés publics »,** In AJDA, Numéro Spécial, Dalloz, 1994, p84.

ثانيا- التعديل خارج الصفقة

يمكن أن يحدث تعديل في شروط الصفقة أثناء تنفيذها وذلك خارج الإطار التعاقدي واتفاق الأطراف المتعاقدة على هذا التعديل، بل نتيجة تدابير متخذة من قبل المصالح المتعاقدة والتي من شأنها أن تؤدي إلى تغيير شروط تنفيذ الصفقة دون أن يكون الهدف منها إحداث تعديلات على الصفقة التي أبرمتها، وترتبط هذه التعديلات بتطبيق نظرية فعل الأمير، كما يمكن أن تنتج التعديلات بسبب ظروف طارئة أثناء تنفيذ الصفقة خارجة عن إرادة الأطراف المتعاقدة.

1-التعديلات المرتبطة بتطبيق نظرية فعل الأمير

تتعلق بانقطاع التوازن المالي في الصفقة العمومية أثناء تنفيذها نتيجة تدابير متخذة من قبل المصالح المتعاقدة باعتبارها سلطة عامة، عندما تصدر أعمالا ذات طبيعة تنظيمية أو تشريعية دون أن يكون الهدف منها إحداث تعديلات على العقد الذي أبرمته، لكنها تحمل تغيرات على شروط تنفيذ الصفقة التي تصبح أكثر صعوبة على المتعامل المتعاقد الذي يتحمل بسببها أعباء إضافية.

تلزم هذه الوضعية المصلحة المتعاقدة بتعويض المتعاقد معها عن الأعباء التي تحملها،وا إصلاح الضرر الذي لحقه بسبب اختلال التوازن المالي، وهذا ما يعرف بنظرية فعل الأمير.

هذا ما يقود إلى التساؤل حول صور الإجراءات التي يتخذها عمل الأمير وتؤدي إلى تعديل في الصفقة وشروط تطبيق هذه النظرية.

أ -الصور التي يتخذها فعل الأمير

يعرف فعل الأمير قضاء على أنّه صدور إجراء خاص أو عام من جانب جهة الإدارة لم يكن متوقعا وقت التعاقد، يترتب عليه إلحاق ضرر خاص بالمتعاقد.

يأخذ عمل الأمير صورة العمل الفردي أو القرار التنظيمي العام[1].

أ1- عمل الأمير في صورة إجراء خاص: الصو ة الغالبة لعمل الأمير أن يتخذ صورة الإجراء الخاص الموجه إلى المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة سواء بطريق مباشر أو غير مباشر.

– ***تعديل مباشر في شروط الصفقة:*** يحق للمصلحة المتعاقدة أن تتدخل مباشرة بقرارات منها و أن تعدل في التزامات المتعامل المتعاقد معها سواء بالنقص أو الزيادة[2].

يشكل هذا الإجراء الإداري الخاص أعباء وتكاليف مالية مرهقة للطرف المتعاقد مع الإدارة لدرجة الإخلال بالتوازن المالي للصفقة العمومية.[3]ومن ثمّ رفإنّ نظرية عمل الأمير تتمثل هنا في أجلى صورها وتهدف إلى ضرورة تعويض المتعاقد تعويضا كاملا عما يلحقه من جراء تعديل شروط العقد[4].

- ***تعديل غير مباشر في شروط الصفقة (تأثير على ظروف التنفيذ):*** قد لا يؤثر الإجراء الخاص بطريقة مباشرة على شروط الصفقة، ولكنه يؤثر على ظروف تنفيذها، ويكون من شأنه تحميل المتعاقد أعباء جديدة غير متوقعة عند التعاقد، حينئذ يتعين تعويض

---

[1] - محمود عبد الحميد المغربي، **المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وآثارها القانونية (دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق)**، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 1998، ص81.

[2] - د/ سليمان محمد الطماوي، **الأسس العامة....**، مرجع سابق، ص626.

[3] - د/عمار عوابدي، **القانون الإداري (النشاط الإداري)**، ج2، الطبعة الثالثة، د.م.ج، الجزائر، 2005، ص225.

[4] - د/سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة...، مرجع سابق، ص626.

المتعاقد تعويضا كاملا على أساس التوازن المالي للعقد[1]كإصدارها قر ار بنقل أسلاك الكهرباء إلى مكان آخر، بدواعي المحافظة على سلامة المواطنين، وكما لو قامت الجهة الإدارية بأشغال عامة تسببت للمتعاقد أضرار.

وقد طبقت ذلك المحكمة الإدارية لمدينة الجزائر في حكمها الصادر في 11 ديسمبر 1964 في قضية كهرباء وغاز الجزائر –بلدية فوكة-وتتمثل وقائع القضية أنّ بلدية فوكة أرادت بناء مدرسة، فطلبت لهذا الغرض من الملتزم نقل الخطوط الكهربائية، وكانت شروط العقد تسمح بذلك على نفقة الملتزم بدواعي الحفاظ على الأمن العام أو في سبيل مصلحة الطرق، إلاّ أنّ حالة بناء مدرسة لم تكن من الأسباب التي تسمح بالنقل على حساب الملتزم، لذا لبد من تعويضه، فنظرا إلى أنّ المدرسة التي لم يكن بناؤها متوقعا حين إبرام العقد بين الإدارة والملتزم، ترتب على ذلك زيادة أعباء تخل بالتوازن المالي للعقد حتى ولو كانت لا تؤثر جذريا على اقتصادياته فإن على الإدارة أن تدفع تعويضا كاملا للمتعاقد[2].

وفي هذا الإطار نص دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال العامة على الحالات التي يتعين فيها على المقاول طلب التعويض الكامل، ليغطي الضرر الحاصل والربح الفائت في المواد 30، 31، ويتم تدخل المصلحة المتعاقدة عن طريق إصدارها أوامر مصلحية التي تعتبر قرارات إدارية، حيث يتعين على المقاول أن يلتزم بالتغييرات التي تعين له طبقا للمادة 5/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

ففي حالة الزيادة أو النقصان في حجم الأشغال وفقا للمادتين 30 و31 من دفتر الشروط الإدارية العامة، فإذا تجاوز هذا التعديل النسب المئوية المحددة قانونا، فإن للمقاول

---

[1] - صدراتي صدراتي، **نظرية التوازن المالي للعقد الإداري**، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في العلوم الإدارية والمالية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 1983-1984، ص47.

[2] - نقلا عن: صدراتي صدراتي، **نظرية التوازن**....، مرجع سابق، ص48.

أن يطلب التعويض على أساس الضرر الذي ألحقته به التعديلات التي أدخلت في هذا الصدد على ما كان مسطرا في المشروع[1].

أ2- عمل الأمير في صورة إجراء عام: نقصد بالإجراء العام صدور قوانين وتشريعات من المصلحة المتعاقدة يكون من شأنها زيادة أعباء المتعاقد مع الإدارة وقد يؤدي الإجراء العام الصادر من السلطة العامة إلى تعديل في شروط العقد أو يؤثر في ظروف التنفيذ الخارجية شأنه في ذلك شأن الإجراء الخاص[2].

- الإجراء العام يؤدي إلى تعديل شروط الصفقة: قد يؤدي تشريع ما أو قانون ما إلى تعديل مباشر في شروط العقد إما بتعطيل بعض شروطه أو بتعديل فحواها، أو بإنهاء العقد قبل الأوان، وبصرف النظر عن مشروعية القوانين الصادرة في هذه الخصوص[3]فإنّه من المتعين تعويض المتعاقد على أساس نظرية عمل الأمير في هذا المجال.

-الإجراء العام يعدل في ظروف التنفيذ الخارجية: الغرض من هذه الحالة ألا يمس الإجراء شرطا من شروط العقد، بل يقتصر أثره على التأثير في ظروف التنفيذ الخارجية بما يجعل التنفيذ أكثر مشقة على المتعاقد دون تعديل في مضمونه الحقيقي[4].

---

[1] - أنيسة سعاد قريشي، **النظام القانوني لعقد الأشغال العامة**، بحث لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، ص142-143.

[2] - سهام بن دعاس، **المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، شعبة القانون الإداري والمؤسسات الدستورية، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2005، ص86.

[3] - د/سليمان محمد الطماوي، **الأسس العامة...**، مرجع سابق، ص634.

[4] - سهام بن دعاس، **المتعامل المتعاقد...**، مرجع سابق، ص87.

يلاحظ بأن مجلس الدولة الفرنسي يرفض التعويض على مثل هذه الإجراءات على أساس نظرية عمل الأمير، إلاّ إذا وجد نص يقضي بذلك سواء في نص القانون أو في شروط العقد، فالأصل في قضاء المجلس هو رفض التعويض والاستثناء هو الحكم به[1].

ولن تتجلى خصوصية فعل الأمير إلا من خلال دراسة شروط تطبيقه والتي تعبر عن تطور الاجتهاد القضائي والفقهي.

ب -شروط تطبيق نظرية فعل الأمير

يشترط لتطبيق نظرية عمل الأمير مجموعة من الشروط يمكن إجمالها في الآتي:

- **أن يكون فعل الأمير عملا مشروعا:** فأعمال الإدارة غير المشروعة لا تعتبر من أفعال الأمير، لأن الأعمال الخاطئة يقرر التعويض بسببها طبقا لقواعد وأسس المسؤولية العقدية أو التقصيرية للإدارة[2].
- **أن ينتج فعل الأمير بسبب إجراء أصدرته المصلحة المتعاقدة:** لا يستطيع المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة الاستناد إلى نظرية فعل الأمير إلاّ إذا كانت الأعباء صادرة من المجموعة التي هي طرف في الصفقة، أما في الحالة العكسية، أي عندما يكون التدخل من طرف شخص عمومي آخر فيمكن الاستناد إلى نظرية الظروف الطارئة، وهذا يعتبر تطور في موقف القضاء الذي كان يعتبر في البداية أن نظرية فعل الأمير تصبح قابلة للتطبيق ما دام أنّ هناك تبعات جديدة تثقل العقد مهما كانت السلطة التي تسببت فيها[3].

---

[1] - صدراتي صدراتي، **نظرية التوازن...**، مرجع سابق، ص50.

[2] - د/عمار عوابدي، **القانون الإداري....**، ج2، مرجع سابق، ص224.

[3] - د/ناصر لباد، **القانون الإداري...**، ج2، مرجع سابق، ص445.

- **أن يكون فعل الأمير غير متوقعا:** يجب أن تكون التدابير التي اتخذتها المصلحة المتعاقدة والتي أدت إلى تغيير شروط تنفيذ الصفقة غير متوقعة أثناء إبرام الصفقة العمومية لكي يستطيع المتعامل المتعاقد طلب التعويض، بمعنى أن المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة وا ٍن كان يعلم أن من حقها تعديل التزاماته إلا أنه لم يكن يتوقع أن يكون التعديل بالمدى والحدود التي تم بها، فالتوقع أو عدمه لا ينصب على حق التعديل في ذاته، لأنه من طبيعة الصفقات العمومية نفسها، بالتالي فهو متوقع منذ لحظة إبرامها إ ّذ ما عدم التوقع هنا يقصد به عدم معرفة التكاليف الزائدة ونطاقها في حالة عدم تحديدها في الصفقة.
- **أن يلحق فعل الأمير أضرار بالمتعامل المتعاقد:** لا يستطيع المتعامل المتعاقد المتضرر الإدعاء بحق التعويض إلا في حالة كون فعل الأمير قد تسبب بإحداث الضرر كما لا يشترط في الضرر أن يكون جسيما أو يسيرا فقد يكون مجرد إنقاص في الربح[1].

فعلى المتعامل المتعاقد أن يثبت أن هذه التدابير عقدت من انجاز الصفقة وجعلت تنفيذه لالتزاماته التعاقدية أكثر تكليفا مما اضطره إلى رصد ميزانية إضافية لمواصلة تنفيذها[2].

يشترط أن يكون الضرر محددا ومباشرا، وأن يسبب الإجراء ضررا فعليا وليس احتماليا للمتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة[3].

---

[1] - محمود عبد المجيد المغربي، **المشكلات التي يواجهها....**، مرجع سابق، ص84.

[2]- André DE LAUBADERE, Yves GAUDEMET, **Traité de droit....,** T1, Op.cit, p711.

[3] - د/عمار عوابدي، **القانون الإداري...**، ج2، مرجع سابق، ص224.

2-التعديلات الناتجة عن الظروف الطارئة

إذا كان فعل الأمير ينتج عن إرادة المصلحة المتعاقدة، فيؤدي إلى تعديل في شروط الصفقة وظروف تنفيذها، فنظرية الظروف الطارئة تعتبر مستقلة عن أطراف الصفقة بحيث قد يحصل أن تحدث خلال تنفيذ الصفقة ظروف اقتصادية غير متوقعة تفرض على المتعامل المتعاقد أعباء باهضة[1]، وتؤدي إلى تعديلات جوهرية في ظروف وشروط التنفيذ مما يضطر المتعاقد إلى تحمل تكاليف إضافية[2]، فتحدث اضطرابا في الشروط المالية المتعلقة بتنفيذ الصفقة، وهذا ما يحدث مثلا في فترة ارتفاع شديد للأسعار أو تخفيض العملة، تؤدي هذه الوضعية إلى ضرورة إبرام الملحق بهدف إعادة التوازن المالي للصفقة[3].

تطبق نظرية الظروف الطارئة على صفقة الأشغال العامة كونها تستغرق مدة طويلة لانجازها والتي في خلالها قد تحدث عدة ظروف استثنائية تؤجل تنفيذها، كما تطبق أيضا على صفقات التوريد وا ٍن كانت شروط انطباق هذه النظرية من النادر جدا أن تجتمع فيها نظرا لأن ّ مدة تنفيذها تكون قصيرة[4].

يستطيع المتعاقد مع الإدارة الحصول على تعويض استنادا إلى نظرية الظروف الطارئة[5] وبالتالي فإنّ ه لا يتحمل لوحده الأعباء غير المتوقعة وا ٍنما تشاركه في تحملها

---

[1] - د/ناصر لباد، **القانون الإداري**....، ج2، مرجع سابق، ص446.

[2] - ميريام أكرور، **السعر في**....، مرجع سابق، ص113.

[3] - Mokhtaria KADI-HANIFI, **L'avenant...,** Op.cit, p39.

[4] - سحر جابر يعقوب، **فسخ العقد الإداري لاستحالة التنفيذ بسبب الظروف الطارئة**، كلية القانون، مجلة جامعة الكوفة، العدد السابع، 2008، ص148، أنظر: www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=29521, le 27/07/2012

[5] - أنشئت نظرية الظروف الطارئة من طرف مجلس الدولة الفرنسي في قرار بتاريخ 30 ماي 1916، في قضية شركة غاز بوردو.
أنظر: د/ناصر لباد، **القانون الإداري**...، ج2، مرجع سابق، ص447.

المصلحة المتعاقدة حتى يتمكن المتعاقد معها من الاستمرار في تنفيذ الصفقة وسرعة انجازها وتحقيق المصلحة العامة[1].

تختلف الظروف الطارئة بذلك عن القوة القاهرة في أنّها لا تصل بتنفيذ الالتزام إلى درجة الاستحالة التي تعفى المتعاقد منه وتؤدي إلى انفساخ العقد، فالتنفيذ مع الظروف الطارئة يظل ممكنا، بل واجبا، وإن أصبح شاقا للمتعامل المتعاقد.

يتطلب لقيام نظرية الظروف الطارئة الشروط التالية:

- أن يحدث الظرف الطارئ خلال مدة تنفيذ الصفقة وليس بعدها، وإذا كان التنفيذ قد امتد عن المدة المحددة في الصفقة بموافقة المصلحة المتعاقدة، فإنّ الظرف الطارئ الذي يحدث أثناء المدة الإضافية يأخذ نفس حكم وقوعه في خلال المدة الأصلية[2].
- أن تحدث ظروف استثنائية عامة غير متوقعة، وهذا يتطلب تحديد فكرة الظروف الاستثنائية، فالحادث الاستثنائي قد يكون سياسي، اقتصادي، طبيعي أو إداري، ولكن صادر من غير جهة الإدارة المتعاقدة، وإلاّ لكنّا أمام إعمال نظرية فعل الأمير، أما إذا كان الظرف الطارئ يعود إلى فعل المتعاقد فتثار أنذاك مسؤولية المتعامل المتعاقد العقدية على أساس الخطأ العقدي[3].

يجب ألا يكون الظرف الطارئ متوقعا وداخلا في حسبان الطرفين عند إبرام الصفقة وألا يكون بالإمكان تداركه[4]. وقد أكد القضاء الجزائري هذا الموقف

---

[1] - د/ عمار عوابدي، **القانون الإداري...**، ج2، مرجع سابق، ص226-227.

[2] - د/محمد فؤاد عبد الباسط، **العقد الإداري (المقومات-الإجراءات-الآثار)**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص427-428.

[3] - سحر جابر يعقوب، **فسخ العقد الإداري....**، مرجع سابق، ص151.

[4] - د/ محمد فؤاد عبد الباسط، **العقد الإداري....**، مرجع سابق، ص429.

في قرار للمحكمة العليا حيث اعتبرت: ***«..من المقرر قانونا أنّه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها. وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وا إن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة المصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ولما ثبت أن السوق محل العقد المبرم بين المستأنف والمستأنف عليه بقي مغلقا بسبب مرض الحمي الذي أصابالمواشي، فإنّ ذلك يعد حادثا استثنائيا غير متوقع، يجب الأخذ به»***[1].

- أن يؤدي الظرف الطارئ إلى جعل تنفيذ الالتزام العقدي أشد إرهاقا وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان، بمعنى أن تقود هذه الظروف إلى قلب التوازن الاقتصادي للصفقة مع استمرار المتعامل المتعاقد بتنفيذ التزامه، مع ملاحظة أن هذه الظروف ينبغي أن تؤدي إلى تجاوز القدر المألوف الذي تحسب له المتعاقد في الظروف العادية[2].

إذا تحققت هذه الشروط تكون نظرية الظروف الطارئة إحدى الأسس القانونية والاقتصادية التي يمكن من خلالها إبرام ملحق لتعديل شروط الصفقة الأصلية لأسباب مستقلة عن إرادة الطرفين[3].

---

[1] - المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 99694، المؤرخ في 10-10-1993، قضية (د.ح) ضد المجلس الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة، المجلة القضائية، العدد1، الجزائر، 1994، ص217.

[2] - سحر جابر يعقوب، **فسخ العقد الإداري...**، المرجع السابق، ص151-152.

[3] - « ***Lorsque ces conditions sont remplies, la théorie de l'imprévision constitue l'un des fondements juridique et économique du recours à l'avenant pour modifier les stipulations du marché initial pour des raisons indépendantes de la volonté des parties*** ».
Voir : Mokhtaria KADI-HANIFI, **L'avenant....,** Op.cit, p39.

لكن التعديل عن طريق تقنية الملحق وتشجيع الملحقات أدى إلى تراجع طلبات التعويض للظروف الطارئة وهذا يتضح من خلال المادة 2/105 من المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية[1] التي تجعل إبرام الملحق ضروريا إذا اختل التوازن الاقتصادي للصفقة دون أن تنص على مصدر أو سبب الاضطراب، بل أكدت فقط على أن تكون هذه الأسباب خارجة عن إرادة الطرفين. وحرصا على مواصلة تنفيذ الصفقة يصبح من الضروري إبرام ملحق من أجل إعادة التوازن المالي للصفقة والملحق الذي يؤسس على نظرية الظروف الطارئة يمكن إبرامه خارج حدود الآجال التعاقدية وفي جميع الحالات يخضع لرقابة لجنة الصفقات المختصة[2].

لكن في غياب الأرقام الحقيقية عن الملحقات المبرمة بسبب الظروف الطارئة وغياب اجتهاد قضائي دائم لا يمكن أن نجزم حول مدى استعمال أو تراجع نظرية الظرف الطارئ في ميدان الصفقات العمومية في الجزائر.

المطلب الثاني
مظاهر وتطبيقات سلطة التعديل

تتدخل المصلحة المتعاقدة بإرادتها المنفردة من أجل تعديل شروط الصفقات العمومية سواء بالزيادة أو بالنقصان بغض النظر عما إذا كانت الصفقة، صفقة أشغال عامة أو صفقة لوازم، على أن لا يتعدى التعديل الحدود المعينة.

[1] - المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

[2]- Voir : Mokhtaria KADI-HANIFI, **L'avenant....,** Op.cit, p40.

تظهر سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل صفقاتها بإرادتها المنفردة في عدة مظاهر (الفرع الأول)ذلك كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك، إلاّ أنّ سلطة التعديل تتراوح قوة وضعفا، حيث يلاحظ أن مدى سلطة الإدارة في التعديل ليست على درجة واحدة، بل تختلف ممارسة هذه السلطة من صفقة إلى أخرى، ونتيجة لذلك تختلف تطبيقات سلطة التعديل باختلاف طبيعة الصفقة (الفرع الثاني).

الفرع الأول
مظاهر سلطة التعديل

تظهر سلطة التعديل عند ممارستها من قبل المصلحة المتعاقدة في أوجه متعددة منها ما يتعلق بتعديل مقدار التزامات المتعامل المتعاقد (أولا)، ومنها ما يتعلق بالتعديل في طرق ووسائل التنفيذ المتفق عليها (ثانيا)، كما يمكن أن ينصب التعديل على مدة تنفيذ الصفقة (ثالثا).

أولا- التعديل في مقدار التزامات المتعاقد

تستطيع المصلحة المتعاقدة أن تعدل في مقدار التزامات المتعامل المتعاقد معها وذلك بزيادتها أو بإنقاصها وهو ما يصطلح عليه بالتعديل الكمي[1].

يرد التعديل على مقدار الالتزامات وليس على نوعها، حيث أن التعديلات لا يجب أن تمس جوهر الصفقة فيتم تغيير محل التعاقد، فالتعديل لا يجب أن يتعدى 20% بالنسبة للزيادة في حجم الأشغال وأن التقليص لا يجب أن يتجاوز كذلك 20% من مبلغ الصفقة طبقا للمواد 30 و31 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال العامة.

[1] - عادل بوعمران، **النظرية العامة للقرارات**....، مرجع سابق، ص109.

والغرض من تحديد معدل التعديلات التي يمكن أن تدخل على الصفقة هوذاّ ه يجب أن تبقى للصفقة قابلة للتطبيق وا ٍلا يكون الأمر يتعلق بصفقة جديدة يجب إبرامها وفق شروط جديدة[1].

يبدو التعديل في كميات الأشغال والتوريدات أثناء تنفيذ صفقات الأشغال العامة وصفقات اللوازم ضرورة لابد منها، نظرا لكون العمل يختلف أثناء التنفيذ عما هو مبين في الصفقة، إذ أن ّ كثيرا من الأمور تكون غير واضحة في المقايسات الوصفية والمخططات والتصاميم، ومن ثم لابد من التعديل إذا ما رأت المصلحة المتعاقدة أن الشروط المتعاقد عليها غير كافية ولا تفي بالغرض المنشود[2].

يضاف إلى ذلك أن التعديلات الطارئة على كميات العمل تبررها عوامل عديدة كأن يكون عدم التغيير أو الإضافة من شأنه أن يؤدي إلى وجود ضرر كبير بالعمل من الناحية الاقتصادية والفنية، أو إذا كان عدم التغيير أو الإضافة يؤدي إلى عدم إمكان الاستفادة من المشروع على الوجه المطلوب عند انجازه، مما يعني أن الأسباب التي تدعو المصلحة المتعاقدة 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 اختلاف بين الكميات الضرورية لإكمال العمل طبقا لشروط الصفقة، وبين الكميات التي قدرت ورسمت في جدول الكميات الملحق بالصفقة، ذلك لأن تلك الجداول تخمن مقادير العمل بصورة مستقلة عن الممارسة العملية فهي تخمينات قد لا تكون دقيقة في معظم الأحيان.

---

[1] - **الصفقات العمومية وامتيازات التعديل**، أنظر الموقع:
http://www.droit-maroc.blogspot.com/2012/05/blog-post1680.html , le 27-07-2012

[2] - **حق الدولة في تعديل العقد الإداري مع المتعاقد**، أنظر الموقع:
www.boxiz.net/blogs/5271/html , le 27-07-2012

يحق للمصلحة المتعاقدة تعديل الكميات سواء بالزيادة أو النقصان في جميع الصفقات العمومية بما فيها صفقات الأشغال العامة واقتناء اللوازم، فمثلا عند تبليط ساحة عمومية أو شارع عمومي تستطيع التحكم في المساحة المقررة زيادة أو نقصانا حسب مقتضيات المصلحة العامة، أما في عقد التوريد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأنه يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تطلب من الموردين زيادة مقدار التوريدات المتفق عليها أو إنقاصها[1].

ثانيا - التعديل في طرق ووسائل التنفيذ

تقتضي الضرورات العملية أو متطلبات الصالح العام، أن تقوم المصلحة المتعاقدة بإدخال تعديلات بإرادتها المنفردة زيادة أو نقصانا فيما يتعلق بالوسائل المتعلقة بتنفيذ الصفقة.

والغاية من إعطاء المصلحة المتعاقدة هذه الإمكانية هي تدارك الأخطاء التي قد تتسبب في انجاز المشروع وا ٍخراجه إلى حيز الوجود، وهو دون المستوى المطلوب وذلك لكون استخدام آليات ووسائل تقليدية عتيقة أثناء تنفيذ الصفقة قد يؤدي إلى الحصول على أشغال فاسدة وقليلة الجودة، مما يعني ذلك من تبذير الأموال العامة والخسائر الاقتصادية.

وحتى تصل المصلحة المتعاقدة إلى الدقة والعناية المطلوبة يبقى أنه بإمكانها التدخل عندما يبدأ المتعامل المتعاقد في تنفيذ الصفقة لتوجيهه والتأكيد عليه بضرورة استخدام الآليات والتكنولوجيا المتطورة التي تسمح ببلوغ نتائج مرضية ترقى إلى المستوى المطلوب[2].

---

[1] - C.E.14 Novembre 1902, Olmer et Hesber , Rec.P.664.

نقلا عن: سعيد عبد الرزاق باخبيره، **سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)**، أطروحة عملية لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007-2008، ص166.

[2] - عبد الله بن حمد الوهيبي، **القواعد المنظمة للعقود...**، مرجع سابق، ص217.

كما أنّ تعديل طرق ووسائل التنفيذ يمكن أن ينصب على نوعية المواد المستعملة سواء كانت مواد بناء أو ترصيص أو أي شيء آخر، لأنّ الغاية تبقى هي استخدام مواد من النوعية الممتازة وتتوفر فيها الجودة المطلوبة، والتي يجب أن تكون مطابقة للمواصفات والمعايير المحددة وطنيا وعالميا، وكذا تستجيب للمتطلبات المسطرة في دفتر الشروط العامة[1].

يفترض أن تكون الطرق ووسائل التنفيذ المستبدلة منصوص عليها في شروط الصفقة، أما إذا لم تكن كذلك فإن المصلحة المتعاقدة عندما تمارس هذه السلطة فإن ذلك يكون من باب سلطة الرقابة وليس سلطة التعديل، لأنّ التعديل ينصب على مسائل أو موضوعات تم الاتفاق عليها في الصفقة، وتقوم المصلحة المتعاقدة مع ذلك بالتدخل لزيادة أو نقص الالتزامات التعاقدية للمتعامل المتعاقد، أي أنها في هذا الصدد تتدخل في مسألة نظمتها الصفقة، وذلك بخلاف سلطتها في الرقابة التي قد تمتد لتشمل توجيه المتعاقد في كيفية التنفيذ عن طريق فرض بعض الأوضاع التي لم تنص عليها صراحة في الصفقة.

ثالثا - التعديل في مدة تنفيذ الصفقة

يمتد حق المصلحة المتعاقدة في التعديل الانفرادي ليشمل مدة التنفيذ المنصوص عليها في الصفقة، فإذا كان تحديد الأجل المقرر للتوريد أو لإتمام الأشغال يخضع لمحض تقدير المصالح المتعاقدة حسبما تقتضيه ظروف انجاز الصفقة، فإنها تملك تعديل الأجل الذي سبق لها أن حددته.

يتم تعديل مدة انجاز الصفقة بالزيادة أو النقصان، ففي حالة الاستعجال تتدخل المصلحة المتعاقدة لتطلب من المورد أو المقاول أن يتم التوريد أو انجاز الأشغال في زمن

---

[1] - **الصفقات العمومية وامتيازات التعديل**، أنظر:
http://www.droit-maroc.blogspot.com/2012/05/blog-post1680.html , le 27-07-2012

قياسي أقل مما هو متفق عليه في الصفقة كأن تتدخل أكاديمية التعليم مثلا لتطلب من مقاول ببناء ابتدائية معينة ضرورة إنهاء الأشغال قبل حلول موسم الدخول المدرسي، أو استعجال مدة التوريد لسيارات ترغب الدولة في وضعها تحت تصرف وفود رسمية أو غير ذلك.

يمكن أن يكون التعديل في الأجل المقرر للتوريد قبل انتهاء الميعاد المتفق عليه أو يكون بعد انقضاء الميعاد الأصلي، ففي هذه الحالة لا يحق لجهة الإدارة توقيع غرامة التأخير عن المدة التي تأخر فيها المورد عن الميعاد الأصلي، فالتعديل هنا يعتبر امتدادا للعقد[1].

يكون التعديل أيضا بإطالة أو تأجيل أمد التنفيذ أو وقف التنفيذ بسبب الظروف المالية أو عدم كفاية اعتمادات الميزانية[2] أو حالات الحرب[3].

وفي جميع الأحوال ليس بإمكان المتعامل المتعاقد الاحتجاج بضعف إمكاناته المالية أو البشرية أو التقنية، لكن هذه التعديلات يجب أن تكون تتماشى وقدرة المقاول على التنفيذ وليس الغاية منها أو من خلالها يتم تعجيز المقاول ووضعه في موقف حرج، لذا فإن التعديلات المكلفة سواء بالزيادة أو النقصان يترتب عليها حق مطالبة المتعامل المتعاقد بالتعويض عن الأضرار التي لحقته[4].

---

[1] - عبد الله بن حمد الوهيبي، **القواعد المنظمة للعقود**....، مرجع سابق، ص217.

[2] - «***لا تستطيع المصلحة المتعاقدة المتمثلة في البلدية التذرع بعدم توفر السيولة المالية للامتناع عن تسديد مبلغ الأشغال التي طلبتها، ولا تستطيع الشروع في أشغال لا تتوفر مسبقا على الاعتمادات الكافية، بالتالي يمكن القول أن المصلحة المتعاقدة لا يمكنها التذرع بعدم كفاية الاعتمادات المالية لتعدل من مدة تنفيذ الصفقة***».

أنظر: مجلس الدولة، قرار رقم 020289، مؤرخ في 12-07-2005، قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية ثنية الأحد ضد (ز.د)، مجلة مجلس الدولة، العدد7، الجزائر، 2005، ص86.

[3] - د/ نصر الدين محمد بشير، **غرامة التأخير**...، مرجع سابق، ص523.

[4] - **الصفقات العمومية وامتيازات التعديل**، أنظر:

http://www.droit-maroc.blogspot.com/2012/05/blog-post1680.html , le 27-07-2012

الفرع الثاني
تطبيقات سلطة التعديل

تعتبر سلطة تعديل شروط الصفقة ثابتة للمصلحة المتعاقدة ومقررة لها في سائر الصفقات العمومية، إلاّ أن تطبيقاتها تختلف بين صفقة وأخرى، فسلطة التعديل تبرز أكثر ويتسع مجالها وتطبيقها في صفقات الأشغال العامة بالنظر لطابعها الخاص كونها تكلف خزينة الدولة مبالغ ضخمة وتستغرق مدة زمنية طويلة (أولا)، بعكس سلطة التعديل في صفقات التوريد، وإن كانت توجد حقا فيها إلاّأنّ تطبيقاتها تختلف عنها في صفقات الأشغال العامة، فإذا كان لحق التعديل أهمية في هذه الأخيرة فالحقيقة أن حق التعديل في صفقات التوريد لا يقل في الأهمية (ثانيا).

أولا- التعديل في صفقات الأشغال العامة

تهدف صفقة الأشغال العامة إلى قيام المقاول ببناء أو صيانة أو تأهيل أو ترميم أو هدم، منشأة أو جزء منها.

تتمتع المصلحة المتعاقدة في هذه الصفقة بسلطات واسعة فيما يتعلق بالتعديل نظرا للعمليات المعقدة التي تتضمنها والطبيعة الخاصة التي تتميز بها كونها تستغرق مدة زمنية طويلة لتنفيذها.

تتضمن دفاتر الشروط، ونصوص الصفقة، تفصيل سلطة المصلحة المتعاقدة في التعديل، إلاّأنّ تلك الشروط والنصوص كاشفة ومنظمة لها وليست منشئة. نظرا لأنّ المصلحة المتعاقدة تسهر على حماية الصالح العام، وهي لا تستطيع التحلل من هذا الواجب الذي يقتضيها البحث عن أفضل الأساليب الفنية والوسائل القانونية التي تساعد على تحقيق

هذا الهدف. ومن هذا قام حق الإدارة في إدخال شروط جديدة تتضمن تعديلات في الشروط الواردة في الصفقة الأصلية.

تبدو سلطة التعديل في أبرز مظاهرها فيما يتعلق بصفقة الأشغال العامة اعتبارا أن جهة الإدارة هي صاحبة المشروع، وهذا ما تؤكده المادة 4/12، 5 من دفتر الشروط الإدارية العامة التي تنص أنّه على المقاول أن ينفذ بدقة أوامر المصلحة التي تبلغ إليه وعليه أن يخضع للتغييرات المفروضة عليه خلال العمل.

وعادة ما تصدر تلك الأوامر من بعض الأعضاء الفنيين في الإدارة وخاصة المهندسين المكلفين بالإشراف على تنفيذ الأشغال العامة بقصد التعديل فيها أو تكملة الناقص منها.

والأمر المصلحي هو قرار إداري ويترتب على ذلك أن هذا الأمر ملزم للمقاول الذي يصدر إليه، ويلزم بتنفيذه ويتعين عليه احترامه، وتنفيذ ما جاء به[1].

تتضمن صفقات الأشغال العامة شروطا تسلم بحق المصلحة المتعاقدة في تعديل شروط الصفقة بالزيادة أو بالنقص، وتحدد مدى هذا التعديل، من خلال ما نص عليه دفتر الشروط الإدارية العامة في المادتان 30 و31 وحددت نسبة التعديل بـ20% من مبلغ الصفقة.

إلاّ أنّ سلطة التعديل في صفقة الأشغال العامة يتعين أن تقف عند حد المحل الذي قبله المتعامل المتعاقد والقبول بغير ذلك يعني التضحية بالمصالح المشروعة للمقاول وليس مجرد تفضيل الصالح العام عليها ومن ثم فإنّ سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي تقتصر على شروط تنفيذ العمل، دون المساس بالمزايا المالية المتفق عليها. ويتعين عليها حين تأمر بالزيادة أو النقصان أن تحترم الحدود الموضحة في الصفقة.

[1] - د/سليمان محمد الطماوي، **الأسس العامة...**، مرجع سابق، ص475.

أما مجلس الدولة الفرنسي قد وضع في هذا المجال بعض الضوابط التي يمكن أن يهتدي بها في تحديد مدى حق المصلحة المتعاقدة في تعديل شروط صفقات الأشغال العامة[1] نوجزها فيما يلي:

1-عدم المساس بجوهر الصفقة

تلزم المصلحة المتعاقدة حين تلجأ إلى ممارسة سلطة تعديل صفقة الأشغال العامة ألا تتمادى في ذلك إلى الحد الذي يؤدي إلى قلب اقتصاديات الصفقة رأسا على عقب وأن تغيّر من طبيعتها أو جوهرها عما كا في الصفقة الأصلية، وا ِلاّ جاز له أن يمتنع عن التنفيذ، وله أن يطالب بفسخ الصفقة تأسيسا على أنّ التعويض الذي تلتزم به الإدارة في مقابل حقه في التعديل لا يكفي لجبر الضرر الناشئ نتيجة هذا التعديل[2].

2-الأعمال الجديدة

لا تستطيع المصلحة المتعاقدة أن تكلف المقاول تنفيذ أعمال يعتبر موضوعها غريبا عن العقد الأصلي، بحيث لا تقوم رابطة بين العمل محل العقد الأصلي وبين العمل الجديد الذي يراد إسناده إلى المقاول أو أن يتطلب تنفيذ العمل الجديد أوضاعا جديدة تختلف اختلافا تاما عن الأوضاع المنصوص عليها في الصفقة الأصلية[3].

يعتبر عملا جديدا حسب مجلس الدولة الفرنسي أن يكلف المقاول المختص بشق القنوات، بأعمال التجفيف أو أن تأمره الإدارة بطريقة جديدة في التنفيذ تخالف الطريقة الأولى، بحيث تقلب له جميع تقديراته الأصلية، أو أنتغيّر مكان العمل الأصلي خاصة

---

[1] - د/ نصر الدين محمد بشير، **غرامة التأخير...**، مرجع سابق، ص432.

[2] - يوسف بركات أبو دقة، **امتيازات الإدارة...**، مرجع سابق، ص88-89.

[3] - حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 08 فبراير سنة 1889 في قضية (CORRE).
أشار إليه: د/سليمان محمد الطماوي، **الأسس العامة...**، مرجع سابق، ص484.

بأنّه من العناصر الأساسية التي يراعيها المتعامل المتعاقد عند إقباله على التعاقد والتي يضعها في حسبانه وتقديره وبالتالي فلا يجوز تناوله بالتعديل.

وترتيبا على ذلك، فإنّ نقل الموقع من مكانه الأصلي إلى مكان آخر يبعد عنه مسافة 40 كيلومتر تقريبا يجعل المتعاقد أمام عقد جديد[1].

3-الأعمال غير المتوقعة

يقصد بها أعمال لم تظهر في الصفقة، لكنها ليست غريبة عنها، وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي من قبيل الأعمال غير المتوقعة تكليف المقاول بنقل الأتربة اللازمة للعمل بسبب رطوبة الأرض[2]، أو إعادة قناة تهدمت بسبب انهيار أحد الجسور، ومثل هذه الأعمال جرى مجلس الدولة الفرنسي على السماح للإدارة بها، وتستطيع تكليف المقاول للقيام بها، ممارسة لحقها في التعديل.

هذا ما تنص عليه المادة 1/27أ-من دفتر الشروط الإدارية العامة حيث تقضي أنّه:

«لا يجوز للمقاول، بغية التنصل من التزامات صفقته أو بغية تقديم أية شكوى، الإدعاء بمطالب قد تكون ناجمة عن: الاستغلال العادي للأملاك العمومية والمصالح العمومية ولاسيما وجود وحفظ شبكات القنوات والمجاري والأسلاك من كل نوع وكذا عن الورشات الضرورية لنقل أو تحويل تلك المنشآت، ما خلا الاستثناءات المنصوص عليها بصفة خصوصية في دفتر الشروط الخاصة».

4-الأعمال الإضافية

تعتبر أعمال لم تظهر في الصفقة، لكن قائمة الأسعار توقعتها ووضعت لها أسعارا ومن هذا القبيل تكليف المقاول بمد السد المتفق عليه في الصفقة مسافة إضافية لأن النهر

---

[1] - د/ نصر الدين محمد بشير، **غرامة التأخير...**، مرجع سابق، ص431-432.

[2] - حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 23 ديسمبر سنة 1932 في قضية (DEP.de l'AISNE).
أشار إليه: د/سليمان محمد الطماوي، **الأسس العامة...**، مرجع سابق، ص485.

غير مجراه على غير المتوقع[1]، ومنها أيضا الأعمال التي تعتبر تكملة طبيعية للصفقة فيجوز للمصلحة المتعاقدة أن تطالب المقاول بانجازها ولو بعد انتهاء الأعمال الأصلية[2].

ليس للإدارة الحق في تحديد ثمن الأشغال الإضافية بإرادتها المنفردة، بل لابد من التشاور مع المتعاقد لإعداد الثمن الجديد، وفي حالة عدم الاتفاق بين الطرفين فإن التعديل الذي اقترحته الإدارة يبقى ساريا مفعوله وللمتعاقد حق اللجوء إلى القضاء لعرض النزاع والتأكد من جدية ودواعي التعديل المقترح[3]، وعموما المصلحة المتعاقدة ملزمة بدفع ثمن الأشغال الإضافية التي أمرت بها المتعاقد بموجب أمر المصلحة حتى في غياب ملحق يحدد ذلك[4].

ثانيا - التعديل في صفقات التوريد

تهدف صفقة اللوازم أو التوريد إلى اقتناء المصلحة المتعاقدة أو إيجار عتاد أو مواد موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد، فهذه الصفقة لا تتصل إلا بالمنقولات كالبضائع المختلفة أو مواد التموين....الخ.

---

[1] - حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 30 يناير 1935 في قضية (ETABLI).
أشار إليه: د/سليمان محمد الطماوي، **الأسس العامة**....، مرجع سابق، ص486.

[2] - يوسف بركات أبودقة، **امتيازات الإدارة**...، مرجع سابق، ص91.

[3] - عبد الغني بولكور، **المنازعات الناشئة بعد إبرام الصفقات العمومية**، مداخلة ألقيت بمناسبة الملتقى الوطني حول أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، ج2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، يومي 30 نوفمبر - 1 ديسمبر 2011، ص242-243.

[4]- « ***Un maître d'ouvrage est tenu de payer un entrepreneur qui a reçu un ordre de service pour exécuter des travaux supplémentaire même en l'absence d'avenant*** ».
- Arrêt de la cour administrative d'appel de Paris, N°04PA02708 du 03 Avril 2007- Société Cegelec : Société Inéo C/Assistance publique- Hôpitaux de Paris.
Voir :http://www.colloc.bercy.gouv.fr/colo.struct-marc-publ/juri-3/exec-marc-2/exec-comp.html#top, le 28/07/2012.

تشمل سلطة التعديلفي صفقات التوريد إما تعديلا لمقدار وكمية التوريدات، وا ٍما أن يكون تعديلا لمدد التوريد وا ٍما أن يكون تعديلا في المواصفات.

رغم أن ّ سلطة التعديل في صفقة التوريد يقرها التشريع والقضاء، وا ٍن كانت توجد حقا في هذه الصفقات، إلاّ أن ّ تطبيقاتها أقل عنها في صفقات الأشغال العامة نظرا لقصر مدة تنفيذ هذه الطائفة من العقود بالمقارنة مع صفقات الأشغال.

يميز الفقه بين سلطة المصلحة المتعاقدة في التعديل بالنسبة إلى عقود التوريد العادية وعقود التوريد الصناعية.

1-التعديل في عقود التوريد العادية

تقوم عقود التوريد العادية على أساس تسليم منقولات للإدارة يتفق على مواصفاتها ويكون المتعاقد معها حر ّ ا في المصدر الذي يحصل عليها، لكن يمكن أن ينصرف التعديل إلى تلك المواصفات إن اقتضت المصلحة العامة ذلك، وهذا يعتبر بمثابة تعديل لشروط هذا العقد تملكه الإدارة المتعاقدة على أن تعوض المتعاقد معها عما لحقه من ضرر نتيجة هذا التعديل.

ينتج عن تعديل المواصفات على خلاف ما اتفق في عقدالتوريد العادي، أن ّ التاريخ المحدد فيه لا يصلح ولذلك يجب أن يعدل ميعاد تسليم التوريدات بما يتناسب والتعديل الجديد في المواصفات[1].

تعود سلطة التعديل في عقود التوريد العادية في الغالب إلى شروط العقد ودفاتر الشروط، فإذا التزم العقد الصمت فإن ّه يترك للمورد حرية التوريد على مسؤوليته، مع التحفظ على حق الإدارة في تعديل كمية البضائع المتفق على توريدها بالنقص أو الزيادة.

[1] - د/ نصر الدين محمد بشير، **غرامة التأخير**...، مرجع سابق، ص222.

إلاّ أنّ مجلس الدولة الفرنسي أعلن صراحة عن حق الإدارة في تعديل شروط عقد التوريد بالنقص أو الزيادة[1].

فعقد التوريد يساهم في معظم العقود الإدارية بشكل مباشر، فإذا كان لحق التعديل أهمية في عقد الأشغال العامة، فالحقيقة أنّ حق التعديل في عقد التوريد لا يقل في الأهمية، فمثلا قد يكون المطلوب في عقد الأشغال مبنى معين وتم تعديل المبنى فلا شك أن كمية الاسمنت والرمل والطوب التي سيتم توريدها طبقا لتعديل الأشغال العامة سوف يتم تعديلها.

يجب أن لا يتعدى التعديل لمقدار وكمية المنقولات الحدود المعينة والمعقولة حتى لا ينقلب العقد إلى عقد آخر.

2-التعديل في عقود التوريد الصناعية

يقوم هذا العقد بالإضافة إلى عنصر تسليم المنقولات المتفق على مواصفاتها مقدما على عنصر آخر وهو تسليم منقولات يصنعها المورد بمعنى أن يلتزم المتعاقد مع الإدارة بتوريد مواد أو منتجات صناعية بعد إنتاجها وفق مواصفات متفق عليها مقدما، فالمتعاقد في هذه الحالة لا يقوبتوريد مواد أو أصناف أيا كان مصدرها، وإنّما يقوم بتصنيعها وفق المواصفات المتفق عليها مع الإدارة المتعاقدة[2].

يكون للإدارة حرية كبيرة في التدخل أثناء إعداد تلك البضائع، ومتابعة المتعاقد أثناء تنفيذ العقد لاسيما إذا انصب موضوع التعاقد على أشياء ذات أهمية خاصة تتعلق بتوريد

---

[1] - يوسف بركات أبودقة، **امتيازات الإدارة...**، مرجع سابق، ص93.

- حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 14 نوفمبر 1902 في قضية (OLMER).

أشار إليه: د/سليمان محمد الطماوي، **الأسس العامة...**، مرجع سابق، ص487.

[2] - خالد سليمان أسود العنزي، **عقد التوريد...**، مرجع سابق، ص26.

الأسلحة مثلا[1].

قضى مجلس الدولة الفرنسي بشأن عقود التوريد الصناعية بحق الإدارة في تعديل وسائل وطرق تنفيذ هذه العقود[2].

[1] - يوسف بركات أبو دقة، **امتيازات الإدارة....**، مرجع سابق، ص93-94.

[2] - سعيد عبد الرزاق باخبيره، **سلطة الإدارة الجزائية...**، مرجع سابق، ص167.

الفصل الثّاني:

سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات أثناء تنفيذ الصفقة

تتمتع المصلحة المتعاقدة إلى جانب سلطتي الرقابةو التعديل بسلطة توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد معها في حالة تقصيره في تنفيذ التزاماته، هذه الجزاءات لا تقف عند نوع واحد، بل تتعدد بالنظر إلى الأسسو المبادئ العامة التي تحكمو تنظم هذه السلطة.

لذلك فإنّ الجزاءات المقررة في القانون الخاص لإجبار الأفراد على تنفيذ التزاماتهم التعاقدية، كالدفع بعدم التنفيذ أو الالتجاء إلى القضاء للحكم بالجزاءات على المتعاقد المقصر، لا تتلاءم في مجال القانون العام وبالأخص في مجال الصفقات العمومية، ومع مقتضيات تسيير المرفق العام، لاختلاف الهدف في كل من النظامين، بالإضافةإلى أنّ قواعد القانون المدني لا تستقيم مع السرعةو الليونة التي يستلزمها حسن سير المرافق العامة.

فالجزاءات التي توقع على المتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العموميةو العقود الإدارية بصفة عامة، تحكمها قواعد خاصة بها تتضمنها التشريعات المنظمة للصفقات العمومية ودفاتر الشروط الإدارية العامة، فضلا عن نصوص الصفقة ذاتها ودفاتر شروطها التي عادة ما ينص فيها على حق الإدارة في اتخاذ الجزاءات في حالة إخلال الطرف الآخر

بتنفيذ التزاماته المنصوص عليها. إلاّأن ّ سكوت الصفقة عن النص على بعض الجزاءات لا يعني بالضرورة أن المصلحة المتعاقدة لا تستطيع توقيع جزاءات لم تنص عليها في الصفقة، إذ أنّ ه يجوز لها أن توقع على المتعامل المتعاقد المقصر أيا من الجزاءات، سواء كان منصوصا عليها في العقد أم لم يكن منصوصا عليهالأن ّ بعض هذه الجزاءات تنتج عن امتياز الإدارة باعتبارها سلطة عامة[1]و هذا بهدف ضمان تنفيذ الصفقات العموميةوإ عادة التوازن بين الالتزامات المتبادلة،وكذلك كفالة حسن سير المرافق العامة.

فللمصلحة المتعاقدة أن توقع جزاءات مؤقتة -لا تنهي الصفقة- منها ما هي ذات طابع مالي لتغطية الضرر الذي لحقها من جراء الإخلال الذي ارتكبه المتعامل المتعاقد معها، كما يمكن أن تصل هذه الجزاءات إلى حد استعمال الضغطو الإكراه بهدف إجباره وإ رغامه على الوفاء بالتزاماته التعاقدية على الوجه الذي يستلزمه المرفق العام(المبحث الأول)،غير أنّ ه في حالة إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته إخلالا جسيما، تستطيع المصلحة المتعاقدة تسليط جزاءات فاسخة لها أن تنهي الرابطة التعاقدية بصفة نهائية،وإ ذا وجدت أنّ ه لا فائدة ترجى من تقويم المتعامل المتعاقد معها (المبحث الثاني).

[1] - ناصر لباد، **القانون الإداري** ...، ج2، مرجع سابق، ص441.

المبحث الأوّل:

سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات المالية والضاغطة

يحق للمصلحة المتعاقدة أن توقع عدة جزاءات أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، فلها أن تفرض جزاءات ذات طابع مالي إذا أخل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية(المطلب الأول)، كما لها أن تلجأ إلى إجراءات أكثر صرامة بهدف إرغام المتعامل المتعاقد على تنفيذ التزاماته التعاقدية عن طريق استعمال وسائل الضغط (المطلب الثاني)،تجدر الإشارة إلى أنّ هذه الوسائل في طبيعتها عبارة عن إجراءات مؤقتة تفترضها اعتبارات الصالح العام بقصد ضمان تنفيذ الصفقة وليس إنهائها.

المطلب الأول

سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات المالية

تعد الجزاءات المالية من الجزاءات الإدارية التي تتمتع المصلحة المتعاقدة بحق تطبيقها على المتعامل المتعاقد معها، إذا قصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية كلها أو بعضها. ويستوي في ذلك أن يكون قد امتنع عن تنفيذ التزاماته بالكامل أو تأخر في تنفيذها، أو يكون قد نفذها على وجه غير مرض، أو أن يكون قد أحل غيره مكانه من دون موافقة المصلحة المتعاقدة.

ومما ينبغي قوله، أنّ الجزاءات المالية في الصفقات العمومية تتمتع كما في جميع العقود الإدارية بخصوصية تميزها عن مثيلتها من الجزاءات المالية المعروفة في قواعد القانون الخاص، التي تطبق في مجال العقود المدنية، فمن مظاهر هذا الاختلاف الغرامات

المالية التي تملك الإدارة المتعاقدة إيقاعها بحق المتعاقد معها إذا خالف أحد الشروط التعاقدية.

و عليه، تمنح الإدارة صلاحية فرض عقوبات مالية بحق المتعاقد معها بغية ضمان تنفيذ عقودها الإدارية وفق الشروطو المواعيد المتفق عليها في العقد[1]. هذا ما قضت به المادة 1/9 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236المعدل والمتمم التي تنص أنّه: «***يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق فرض عقوبات مالية، دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به***».

من خلال هذه المادة يتضح حق المصلحة المتعاقدة في فرض عقوبات مالية التي تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة، نسبة هذه العقوبات وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط[2]. وقد تتخذ هذه العقوبات صورة غرامة تأخيرية (الفرع الأول) يكون الهدف من توقيعها عقاب المتعاقد معها، وقد تتخذ صورة مصادرة التأمين (الفرع الثاني) كما قد تتخذ صورة تعويض مالي يدفع للمصلحة المتعاقدة من طرف المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية لتعويض وتغطية الضرر الحقيقي الذي لحق المصلحة المتعاقدة (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الغرامة التأخيرية

تتعدد وتتنوع صور إخلال المتعامل المتعاقد بالشروط التعاقدية أثناء تنفيذ الصفقة العمومية سواء كانت صفقة أشغال عامة أو صفقة لوازم، فقد يخالف الأحكام الخاصة بمدد

[1] -د/ علي خطار شطناوي، **صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها**، مجلة الحقوق، العدد الأول، جامعة الكويت، 2000، ص67-68.

[2] - أنظر الفقرة 2 من المادة 9 من المرسوم الرئاسي رقم10-236 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

التنفيذ، فلا ينفذ الصفقة في المواعيد المحددة، كما يخالف الشروطو المواصفات المتفق عليها في الصفقة، لذلك يستوجب دراسة الغرامة التأخيرية من جميع النواحي، بالتطرق إلى تعريفها لإبراز طبيعتها ومبرراتها (أولا)، وكذلك إبراز أهم الخصائص التي تتميز بها (ثانيا)، ثم تمييزها عن الشرط الجزائيو الغرامة التهديدية (ثالثا) وأخيرا حالات الإعفاء منها(رابعا).

أولا- تعريف الغرامة التأخيرية

تعددت التعريفات الفقهية للغرامة التأخيرية، لكنها تبرز جميعا طبيعة هذا الجزاء الماليو غايته.

عرفها الدكتور "سليمان محمد الطماوي"بأنّها «***مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مقدما وتنص على توقيعها متى أخل المتعاقد بالتزام معين، لاسيما فيما يتعلق بالتأخير في تنفيذ العقد***»[1].

كما عرفها الدكتور "عمار عوابدي"بأنّها: «***المبالغ المالية التي يجوز للإدارة أن تطالب بها الطرف المتعاقد معها إذا ما أخل بالتزاماته التعاقدية أثناء تنفيذ العقود الإدارية***»[2].

تعرف أيضا بأنّها: «***مبلغ من المال مقدر سلفا في الصفقة أو دفتر الشروط الإدارية العامة، توقعها المصلحة المتعاقدة كجزاء على المتعامل المتعاقد عند تراخيه في تنفيذ الالتزامات محل التعاقد في الأجل المتفق عليه أو في حالة التنفيذ الغير مطابق***»[3].

---

[1]- د/سليمان محمد الطماوي، **الأسس العامة...**، مرجع سابق، ص506.

[2] - د/ عمار عوابدي، **القانون الإداري ...**، ج2مر جع سابق، ص219.

[3]- عبد القادر رحال، **سلطة المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على المقاول المتعاقد معه في القانون الجزائري**، بحث لنيل درجة الماجستير في الإدارة والمالية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة تيزي وزو، 1990، ص138.
أنظر كذلك: د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **المسؤولية الإدارية...**، مرجع سابق، ص122.

خول المشرع الجزائري بموجب المادة 9[1] للمصلحة المتعاقدة حق توقيع عقوبات مالية في شكل غرامة[2]،وحدد حالتين لممارستها بمنطوق النص، دون أن يحدد تعريفا لها بل اكتفى بذكر حالات توقيعها كالآتي:

- **الحالة 1: حالة عدم تنفيذ الالتزامات محل التعاقد في الأجل المتفق عليه:**

تضع المصلحة المتعاقدة عند التعاقد بعين الاعتبار عنصر الزمن الذي ينبغي خلاله تنفيذ العقد، حتى يتسنى لها الانتهاء من عملية تعاقديةو الدخول في علاقة جديدة، أو تنفيذ جزء أو شطر من البرنامج المسطرو الانتقال إلى جزء آخر. فلا يمكن من حيث الأصل إغفال عنصر الزمن. فالغرامة في هذه الحالة تفرض في حالة التأخر في تنفيذ الصفقة[3].

من هذا المنطق وجب تسليط جزاء مالي على كل متعاقد ثبت إخلاله بالمدة المقررة لتنفيذ الصفقة، خاصةأن ّ هذه المدة من اقتراح المتعامل المتعاقد حينما أقبل على إيداع ملف المناقصةوتعهد باحترام المدة المتفق عليها.

- **الحالة2: حالة التنفيذ غير المطابق:** يفترض هنا أن المتعامل المتعاقد قد أخل بالشروط المتفق عليها وكيفيات التنفيذ، فخرج عن الالتزامات التي تعهد بها، فالوضع الطبيعي أيضا في هذه الحالة هو خضوعه لجزاء مالي المتمثل في الغرامة التأخيرية.

ينبغي الإشارة أن ّ العقوبات الماليةوإ ن كانت مقررة بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم (المادة 9منه) إلاأّن ّ لها أيضا أساس عقدي ذلك أن المادة

---

[1] -أنظر المادة 9 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

- كذلك أنظر في نفس المعنى المادة 8 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250، (ملغى)، مرجع سابق.

[2]-«***Les sanctions pécuniaires prennent la forme de pénalités*** ».

Voir : Richer LAURANT, **Les contrats administratifs**, ..., Op.cit, p78.

[3] –Ibid, p78.

-« ***La grande majorité des pénalités prononcées sont des pénalités de retard sanctionnant les retards dans l'exécution des prestations du marché*** ».

Voir : Christophe LAJOYE, **Droit des marchés ...**, Op.cit, p137.

المذكورة أعلاه في فقرتها الثانية ورد فيها أن نسبة العقوبات المالية تحدد في الصفقة[1] و هذا ما أكدته المادة 62[2] من المرسوم الر ئاسي المذكور أعلاه التي أوجبت ذكر نسب العقوبات المالية و كيفيات حسابها و شروط تطبيقها أو النص على حالات الإعفاء منها في الصفقة.

فالغرامة التأخيرية يمكن أن تتضمنها شروط الصفقة وا ٍن لم تحددها تطبق القواعد القانونية المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية[3].

كما أن ّ قضاء الغرفة الإدارية للمحكمة العليا كرس تطبيق الغرامة التأخيرية في القرار الصادر بتاريخ 16-12-1989 إذ جاء فيه: «***من المقرر قانونا أن ّ غرامات التأخير تطبق عند عدم تكملة الأشغال في الآجال على أساس مواجهة بسيطة بين تاريخ انقضاء الأجل المتعاقد عليه وتاريخ الاستلام***»[4].

ثانيا -خصائص الغرامة التأخيرية

تتميز الغرامة التأخيرية بطابع خاص تنفرد به عن غيرها من أنواع الجزاءات المالية الأخر ى، فهي ذات طبيعة اتفاقية، كما تعتبر تلقائية.

1- الطابع الإتفاقي للغرامة التأخيرية

الغرامة التأخيريةذات طبيعة اتفاقية بمعنى أن ّ عملية تطبيقها متوقفة على إر ادة الطرفين[5] و مقدارها يحدد في الصفقة، و تلتزم المصلحة المتعاقدة به فلا تستطيع زيادته حتى

---

[1] - د/عمار بوضياف، **الصفقات العمومية...**، مرجع سابق، ص154.

[2] - أنظر في نفس المعنى المادة 50 من المرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (ملغى)، مرجع سابق.

[3] - عبد الغني بولكور، **المنازعات الناشئة ...**، مرجع سابق، ص248.

[4] - المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 65145، المؤرخ في 16-12-1989، قضية (ع ط) ضد والي ولاية قالمة، المجلة القضائية، العدد1، الجزائر، 1991، ص133.

[5] - عمار معاشو، **الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية في عقود المفتاح والإنتاج في اليد**، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، 1998، ص175.

ولو نتج عن التأخير ضرر يزيد عما حدد في الصفقة، كما لا يجوز لها أن تترك القدر المحدد في العقد وتطبق ما تنص عليه في القوانين لأنّ العبرة هنا بما تواضعت عليه إرادة المتعاقدين المشتركة عند إبرام الصفقة[1].من ثمّ فإنّ النص على الغرامة التأخيرية في الصفقة العمومية أو دفتر الشروط الخاص بها، واجب الإعمال به[2].

نجد التأييد على هذه الفكرة من خلال ما ورد في نص المادة 36 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964التي تقضي بأنّه: «***إذا ورد في عقد الصفقة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير، فيجري تطبيقها دون إنذار سابق بعد التأكد العادي من تاريخ انقضاء الأجل التعاقدي للتنفيذ وتاريخ استلام الأشغال المؤقت...***».

يتضح من خلال هذا النص أن تطبيق هذه الغرامة متوقف على إرادة المتعامل المتعاقد و المصلحة المتعاقدة في إدراجها ضمن شروط صفقة الأشغال العامة أو عدم إدراجها، فإذا نصت عليها الصفقة فللمصلحة المتعاقدة تطبيقها بمجرد توفر شروط استحقاقها سواء كان ذلك في صفقة اللوازم أو صفقة الأشغال العامة. أما إذا لم يرد بها نص ضمن شروط الصفقة، فإنّ تطبيقها يصبح مستبعدا،و هو ما تفيده الأداة الشرطية "إذا" التي ابتدأ بها نص المادة أعلاه. فاعتمادا على أداة الشرط الواردة في النص نستخلص أن المشرع علق تطبيق الغرامة التأخيرية على وجوب النص عليها ضمن شروط الصفقة.

غير أنّ الإشكال يكمن في حالة غياب النص على الغرامة التأخيرية في الصفقة المبرمة؛ فهل يعني تنازل المصلحة المتعاقدة عن حقها في فرضها، على الرغم من توفر النص التشريعي المنظم لها؟

---

[1] - محمد فؤاد عبد الباسط، **العقد الإداري...**، مرجع سابق، ص292.

- راجع كذلك: **غرامات التأخير والتأمين النهائي في التعاقد مع الدولة**، أنظر الموقع:
www.boxiz.com/blogs/5272/html , le 29/07/2012

[2] - سعيد عبد الرزاق باخبيره، **سلطة الإدارة الجزائية...**، مرجع سابق، ص204.

علما أنّ الصفقات العمومية تحكمها قوانين وتشريعات خاصة بها فإنّه من الطبيعي أن تتضمن هذه النصوص القانونية جميع المسائل الخاصة بها سواء المتعلقة بالإبرام أو المتعلقة بالتنفيذ، ومن المؤكد أن تتناول كذلك الجزاءات في حالة الإخلال بالالتزامات التعاقدية، بالتالي فإنّ أطراف العلاقة التعاقدية ملزمون بنصوص القانون والتشريعات، لأنّها وضعت للكافة، وعلمهم بمحتواها مفروض. وهو ما تصرح به المادة 18 من دفتر الشروط الإدارية العامة حيث تنص: «***يجب على المقاول...الإلمام بكل النظم الإدارية التي يجب عليه التقيد بها في تنفيذ الأشغال...***».

باعتبار التعاقد يقع في ظل النظم القانونية، بالتالي فإنّ على المتعامل المتعاقد أن يكون على دراية بهذه النصوص القانونية التي يتعاقد في ظلها حتى يتقيد بها في تنفيذ التزاماته، فإذا أخل بهذه الأحكام حتى ولو لم ينص عليها في العقد طبقت عليه العقوبات المنصوص عليها في هذه النصوص القانونية وكذلك دفاتر الشروط الإدارية العامة ودفاتر التعليمات المشتركة المطبقة على الصفقات التي تشكل جزء لا يتجزأ منها[1].

نجد المشرع الجزائري حسم الأمر بتأكيده على الطبيعة الاتفاقية للغرامة التأخيرية من خلال النص صراحة على ما يأتي: «***تقتطع العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصفقة، من الدفعات التي تتم حسب الشروط والكيفيات المنصوص عليها في الصفقة***»[2].

---

[1] - أنظر المادة 2/62 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

- أنظر كذلك في نفس المعنى المادة 2/50 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 (ملغى)، مرجع سابق.

[2] - أنظر المادة 90 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

وبمقارنة هذه المادة مع المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 الملغى، نجد أنّ المشرع أورد مصطلح الغرامات المالية التعاقدية بدلا من العقوبات المالية التعاقدية التي جاء بها ضمن المادة 90 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم فالمشرع أحسن فعلا بهذا التعديل لأنّ إلحاق الغرامات بكلمة المالية لا قيمة له فعلا، فكل الغرامات هي مالية بطبيعتها، أما مصطلح العقوبات المالية فهو أشمل.

الجدير بالذكر أنّ هذه العقوبات المالية التي تكون عادة في شكل غرامات التأخير لا تطبق فقط على المتعامل المتعاقد الوطني بل يمكن تطبيقها حتى على المتعهد الأجنبي إذا عاينت المصلحة المتعاقدة أنّ الاستثمار لم يتجسد حسب الرزمانة الزمنية والمنهجية المذكورة لخطأ من المتعامل المتعاقد الأجنبي طبقا لنص المادة 14/24[1] التي تنص أنّه:

« إذا عاينت المصلحة المتعاقدة أن الاستثمار لم يتجسد حسب الرزمانة الزمنية والمنهجية المذكورتين أعلاه لخطإ من المتعامل المتعاقد الأجنبي، فإنّها يجب أن تقوم باعذاره حسب الشروط المحددة في المادة 112 من هذا المرسوم. بضرورة تدارك ذلك في أجل يحدد في الإعذار، وذلك تحت طائلة تطبيق عقوبات مالية تحدد حسب الشروط المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 9 أعلاه».

مما لاشك فيه أنّ المشرع خلال هذه التدابير سعى للمحافظة على حقوق الخزينة العمومية، وتشجيع الاستثمار وعدم تعطيل المشاريع التي قد تتقاعس المؤسسات في تنفيذها في الآجال المحددة[2] علما أنّ المدة هي من الدعائم الأساسية التي ترتكز عليها الدول النامية لنقل التكنولوجيا لارتباط المشروع بمشاريع أخرى وعند عدم احترام الطرف الأجنبي المدة المتفق عليها تفرض عليه غرامات تأخيرية تدفع للمؤسسات الجزائرية[3].

---

[1] - المادة 24 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدلة والمتممة بموجب المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 11-98 مؤرخ في 26 ربيع الأول عام 1432 الموافق أول مارس سنة 2011، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر العدد 14، الصادر في 06 مارس سنة 2011.

وتجدر الإشارة أن هذه المادة لم تكن مذكورة في المرسوم الرئاسي رقم 02-250 الملغى، وحسنا فعل المشرع عندما نص عليها في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم لأول مرة ثم عدلت بموجب المرسوم الرئاسي رقم 11-98 وذلك حتى يتمكن المتعهد الأجنبي من احترام التزاماته وعدم الإخلال بها.

[2] - رحمة شكلاط، **الصفقات العمومية: مقاربة تشريعية جديدة**، مداخلة ألقيت بمناسبة الملتقى الوطني حول أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، ج1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، يومي 30 نوفمبر – 1 ديسمبر 2011، ص117.

[3] - عمار معاشو، **الضمانات في العقود الاقتصادية...**، مرجع سابق، ص175-176.

إذن الغرامات التأخيرية في الصفقات العمومية يكون بوسع المصلحة المعاقدة فرضها سواء نص عليها في الصفقة أو لم ينص عليها فيها[1] .

2-الطابع التلقائي للغرامة التأخيرية

تطبق غرامة التأخير بصفة تلقائية بمجرد التأخير[2]، حتى ولو لم يثبت أنّ هذا التأخير قد ألحق ضررا بجهة الإدارة المتعاقدة، فللجهة الإدارية الحق في استيفاء غرامة التأخير دون التزام عليهابإثبات أنّه قد أصابها من التأخير ضرر، كما لا يقبل من المتعاقد إثبات عدم تسبب التأخير في إصابة الإدارة بضرر،حيث أنّ الضرر مفترض افتراضا لا يقبل إثبات العكس بمجرد التأخير، على اعتبار أنّ جهة الإدارة حينما حددت موعدا معينا لتنفيذ الصفقةقدرت أنّ حاجة المرفق العام تستوجب تنفيذه خلال هذا الموعد[3].

يترتب على كون الغرامة التأخيرية تلقائية ما يأتي:

– تطبق [بمجرد التأخير] بمقتضى قرار إداري دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء للحكم بتوقيعها،وهو جزاء تتميز به العقود الإدارية وحدها مما يخرج على ما يجري عليه العمل في ميدان القانون الخاص[4].

---

[1] - د/ محمود خلف الجبوري، **العقود الإدارية**...، مرجع سابق، ص135.

[2] - بمجرد حصول التأخير تكون الغرامة التأخيرية مستحقة، بالتالي يتعين التمييز بين استحقاق الغرامة وبين المطالبة بها. فالاستحقاق في ذاته هو تلقائي بمجرد حصول التأخير في تنفيذ الصفقة، ولا تستطيع المصلحة المتعاقدة التنازل عنه. ولكن المطالبة فعلا بالغرامة هي التي تحتاج إلى تعبير إرادة الإدارة في هذا الشأن، نظرا لأنّها تملك في إطار قوامتها على الصالح العام وتسيير المرفق العام إعفاء المتعامل المتعاقد منها.

- أنظر: د/ محمد فؤاد عبد الباسط، **العقد الإداري**...، مرجع سابق، ص293.

[3] - د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **الأسس العامة** ...، مرجع سابق، ص289-290.

[4] - يوسف بركات أبو دقة، **امتيازات الإدارة** ...، مرجع سابق، ص108.

- أنظر كذلك: د/ محمود خلف الجبوري، **العقود الإدارية**، مرجع سابق، ص137.

- د/ سليمان محمد الطماوي، **الأسس العامة** ...، مرجع سابق، ص510.

ولما كان للإدارة صلاحية توقيع جزاءات على المتعاقد إذا قصر في تنفيذ التزاماته، فإنّه يتعين الإفصاح عن رغبتها في استعمال سلطتها، فلابد من صدور قرار إداري بتوقيع الغرامة التأخيرية التي هي جزاء مالي،وعليه تطبق المصلحة المتعاقدة الغرامات التأخيرية بإجراء إداري صادر عن إرادتها المنفردة دون أن تكون ملزمة بالالتجاء إلى القضاء لإيقاعها،ودون أي تحقيق قضائي مسبق لخطأ المتعاقد أو لتقصيره أو لتراخيه[1].

إنّ المصلحة المتعاقدة تستطيع خصم الغرامة التأخيرية مباشرة من مستحقات[2] المتعامل المتعاقد بعد أن تفصح عن إرادتها باتخاذ الإجراءات القانونية التي تسمح لها بذلك وذلك عن طريق قرار إداري يستند فيه إلى دفتر الشروط الإدارية العامة وإلى قانون الصفقات العمومية[3].

-تستحق الغرامة التأخيرية من جانب المصلحة المتعاقدة دون إثبات أنّ ضرر ما قد لحقها أو أنّ خسارة قد أصابتها، كما لا يقبل من المتعاقد مع الإدارة أن يدفع بعدم حدوث ضرر لكي يفلت منها، فالضرر هنا مفترض بقرينة قاطعة لا تقبل الدليل العكسي[4].

-توقع بمجرد حصول التأخير ومن دون حاجة إلى تنبيه أو إعذار أو أي إجراء آخر.[5]

هذا ما نستقرؤه من خلال المادة 90 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، إذ أنّ المشرع الجزائري لم ينص على ضرورة توجيه أي إعذار قبل فرض الغرامات التأخيرية من قبل المصلحة المتعاقدة، بل تقتطع بصفة مباشرة من مستحقاته

---

[1] - د/ علي خطار شطناوي، **صلاحية الإدارة...**، مرجع سابق، ص84.

[2] - أنظر المادة 90 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

- أنظر في نفس المعنى المادة 78 من المرسوم الرئاسي02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (ملغى)، مرجع سابق.

[3] - عبد القادر رحال، **سلطة المتعامل العمومي...**، مرجع سابق، ص149.

[4] - د/ محمد فؤاد عبد الباسط، **القانون الإداري**، مرجع سابق، ص555.

- أنظر كذلك: حمدي ياسين عكاشة، **موسوعة العقود الإدارية** ...، مرجع سابق، ص381-382.

[5] - د/ محمد فؤاد عبد الباسط، **القانون الإداري**، المرجع السابق، ص554.

بمجرد وقوع التأخير في تنفيذ الصفقة. وكذلك نص المادة 36 من دفتر الشروط الإدارية العامة المتعلق بصفقات الأشغال العامة التي نصت علىذأ ّه إذا وردت في الصفقة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير، فيجري تطبيقها من دون إنذار سابق.

و عليهفإن ّ الغرامة التأخير ية بخلاف بقية أنواع الجزاءات، لا يشترط بالضرورة أن يتم الإعذار[1] المسبق قبل توقيعها، كونها اتفاقية وقد حددت آجال محددة في العقد المبرم لاقتضائها،ومن ثم فإن ّ علم المتعاقد بها قائم لا محالة.

ثالثا- الغرامة التأخيريةوتمييزها عن الشرط الجزائيو الغرامة التهديدية

يتضح من خلال التعرض لخصائص الغرامة التأخيرية مدى تأثير هذه الخصائص على طبيعتها القانونية، الأمر الذي يجعلها تختلف عن الإجراءات المعمول بها في نطاق القانون المدني لإرغام المدين على تنفيذ التزاماته التعاقدية كالشرط الجزائي و الغرامة التهديدية، مما يستلزم توضيح هذه الاختلافات.

1-تمييز الغرامة التأخيرية عن الشرط الجزائي

الشرط الجزائي هو تعويض متفق عليه مقدما يستحق في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه.

غيرأنذ ّه ليس ما يمنع المتعاقدين من وضع هذا الشرط في اتفاق لاحق على إبرام العقد، فيشترط لاستحقاقه ما يشترط لاستحقاق التعويض بوجه عام من خطأ وضرر و علاقة سببية بينهما، فإذا لم يتضرر الدائن، يستبعد هذا الشرط[2].

[1]- يقصد بالإعذار إثبات حالة تأخير المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته إثباتا قانونيا.

[2] - د/ عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام**، ج2، بيروت، 1982، ص857.

وعليه تختلف الغرامة التأخيرية عن الشرط الجزائي حيث أنّ هذا الأخير يحدد من قبل الدائن و المدين مسبقا ضمن شروط العقد أثناء إبرامه أو في وقت لاحق على إبرامه[1] لأجل تجنب تدخل القضاء في تقدير قيمة التعويض وا عفاء الدائن من إثبات الضرر الذي يصيبه[2].

بينما الغرامة التأخيرية هي جزاء مالي و هي مسألة تنظيمية تحددها دفاتر الشروط الإدارية العامة و النظم المتعلقة بالصفقات العمومية، تحدد مسبقا في الصفقة و لا يجوز الاتفاق عليها بعد إبرامها.

إنّ الهدف من الشرط الجزائي هو إصلاح أو تغطية الأضرار الناتجة عن إخلال المتعاقد بالتزاماته، لذلك يشترط لاستحقاقه ذات الشروط المقررة للتعويض من خطأ و ضرر و علاقة سببية[3]، بينما الهدف من غرامة التأخير هو إرغام المتعامل المتعاقد على التنفيذ في الموعد المحدد.

لا يجوز تطبيق الشرط الجزائي من قبل أطراف الاتفاق أي المتعاقدين بالتالي فإنّ الدائن ملزم باللجوء إلى القضاء للحصول على حكم يقضي بتحصيل مبلغ التعويض الجزائي، بينما الغرامة التأخيرية توقع تلقائيا دون اللجوء إلى القضاء.

يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفّذ في جزء منه[4]، بينما لا يجوز تخفيض مبلغ الغرامة.

---

[1] - أنظر المادة 183 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، مرجع سابق.

[2] - د/رياض عيسى، **نظرية العقد الإداري...**، مرجع سابق، ص19.

[3] - حمدي ياسين عكاشة، **موسوعة العقود الإدارية ...**، مرجع سابق، ص380.

[4] - تنص المادة 2/184 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدّل والمتمّم على أنّه: «***ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه***».

أما بالنسبة لإمكانية رفع مبلغ الشرط الجزائي فقد نصت المادة 185 من ت.م.ج أنّه: ***«إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحددة في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلاّ إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا، أو خطأ جسيما»***.

يتضح من هذه المادة أنّه يمكن رفع مبلغ الشرط الجزائي فإذا تحقق الشرط الوارد في المادة، جاز للقاضي رفع قيمة الشرط الجزائي، أما الغرامة فلا يمكن رفع قيمتها ما دامت قيمة الغرامة مقدرة مسبقا في الصفقة و في دفاتر الشروط الخاصة بها كما تقدم بيانه[1].

يعتبر الإعذار شرطا أساسيا لاستحقاق الشرط الجزائي وفقا لأحكام المادة 179 من ت.م.ج[2]، فبدون إخطاره، لا يمكن تطبيق هذا الجزاء، على عكس غرامة التأخير توقع دون سابق إعذار ،و هو ما تصرح به المادة 36 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

يتضح مما تقدم مدى اختلاف طبيعة الغرامة التأخيرية عن الشرط الجزائي في القانون المدني، حيث لا يمكن أن يحل محل الغرامة التأخيرية في مجال الصفقات العمومية.

---

[1] - يكون من الجائز للقاضي الإداري الفرنسي تعديل أو زيادة قيمة الغرامات التأخيرية وذلك بتطبيق المادة 2/1152 من التقنين المدني الفرنسي إذا كانت مفرطة أو ضئيلة جدا بالمقارنة مع مبلغ الصفقة.

Voir : Jean David DREYFUS, «**La résiliation d'un nouveau principe dont s'inspire le code civil : le pouvoir de modulation des pénalités de retard par le juge administratif**», In AJDA, N°05, Dalloz, 2009, p268.

Voir aussi : Marc THEWES, **Panorama des marchés...,** Op.cit, p26-27.

-لكن يجب الإشارة أن مجلس الدولة الفرنسي رفض تطبيق المادة 1152 من القانون المدني فيما يخص الغرامات التأخيرية.

Voir : Marc THEWES, **Panorama des marchés...,** Op.cit, p27.

[2] -التي تنص على أنّه : ***«لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك»***.

- أنظر كذلك: المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 206796، المؤرخ في 12-01-2000، قضية (أ.م) ضد (ش.أ.م. ت.ق)، يتضمن شرط الإعذار، المجلة القضائية، العدد1، الجزائر، 2001، ص110.

2- تمييز الغرامة التأخيرية عن الغرامة التهديدية

عرفت الغرامة التهديدية في القانون الخاص كوسيلة من الوسائل العامة التي تحمل المدين على تنفيذ التزاماته، وهي عبارة عن تهديدات مالية ينطق بها القاضي قصد إلزام الممتنعين عن تنفيذ الالتزام على عاتقهم بموجب سندات تنفيذية، أحكاما قضائية كانت أو عقودا رسمية[1].

عبر المشرع الجزائري عن الغرامة التهديدية ضمن المادة 174 من ت.م.ج التي تنص على أنّه: «***إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين*** نفسه ***جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة إجبارية إن امتنع عن ذلك.وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة***».

يتضح من خلال استقراء المادة أعلاه أنّ الغرامة التهديدية تتطلب لتطبيقها حكم قضائي، للقاضي السلطة التقديرية في تحديد مقدارها، بالتالي فإنّ بإمكانه أن ينقص منها أو يلغيها نهائيا أو يرفع قيمتها لإرغام المدين على تنفيذ التزاماته بعكس الغرامة التأخيرية.

بينما في مجال الصفقات العمومية لا يطبق فيها نظام الغرامة التهديدية نظرا لما يتوفر عليه النظام الخاص بها من إجراءات وتدابير أشد فعالية من الغرامات التهديدية في مواجهة المتعامل المتعاقد[2].

---

[1] - رقية بدرانية، **الغرامة التهديدية وتنفيذ قرارات القضاء الإداري**، مداخلة ألقيت بمناسبة الملتقى الوطني حول التطورات والمستجدات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة وهران، يومي 20-21 جانفي 2009، ص59.
أنظر كذلك: سلوى بزاحي، **رقابة القضاء الإداري على منازعات الصفقات العمومية (دعوى الإلغاء نموذجا)**، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، فرع: قانون إداري ومؤسسات دستورية، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2007، ص171.

[2] - أنظر المادة 9 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم، مرجع سابق.
- وكذلك المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة، مرجع سابق.

وعن مجلس الدولة الجزائري فقد جاء في قرار صادر عنه أنّ الغرامة التهديدية ينطق القاضي بها كعقوبة، بالتالي ينبغي تطبيق مبدأ قانونية الجرائم و العقوبات عليها، أي يجب سنها بقانون و عليه لا يجوز للقاضي الإداري النطق في المسائل الإدارية بالغرامة التهديدية ما دام لا يوجد قانون يرخص بها[1].

كما أنّ هذا القرار لم يستبعد سلطة القاضي الإداري في تقرير الغرامة التهديدية ضد أشخاص القانون العام فحسب بل استبعدها كذلك بالنسبة للمتعاقدين معها، و هذا الموقف الرافض من شأنه الإضرار بمصالح الإدار ة عندما لا تملك الوسائل القانونية اللازمة لإكراه المتعاقدين معها على تنفيذ التزاماتهم [2].

وفي قرار آخر لمجلس الدولة الجزائري أقر فيه بجواز الحكم بالغرامة التهديدية[3]. وبناء على هذا القرار لا يبدو موقف القاضي الإداري الجزائري واضحا من الغرامة التهديدية على غرار ما كان عليه موقف القاضي الإداري الفرنسي الذي قضى في أحكام حديثة له

---

[1] - مجلس الدولة، قرار رقم 014989، المؤرخ في 08-04-2003، قضية (ك.م) ضد وزارة التربية الوطنية، مجلة مجلس الدولة، العدد 3، الجزائر، 2003، ص177.

- مجلس الدولة، قرار رقم 265، المؤرخ في 24-04-2000، قضية رئيس بلدية درڤينة ضد ساعو علي، يتضمن عدم جواز تسليط الغرامة التهديدية على البلدية (غير منشور).

أشار إليه: لحسين بن شيخ أث ملويا، **المنتقى في قضاء مجلس الدولة**، ج1، دار هومه، الجزائر، 2002، ص327-330.

[2] - رمضان غناي، **عن موقف مجلس الدولة من الغرامة التهديدية (تعليق على قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 08-04-2003**، ملف رقم 014989)، مجلة مجلس الدولة، العدد4، الجزائر، 2003، ص160.

[3] - مجلس الدولة، قرار رقم 97، المؤرخ في 03-03-1999، قضية رئيس مندوبية ميلة ضد بوعروج فطيمة (غير منشور).

أشار إليه: لحسين بن شيخ أث ملويا، **المنتقى في قضاء...**، مرجع سابق، ص33-39.

بإمكانية تطبيق الغرامة التهديدية على الإدارة و المتعاقدين معها وبذلك تحرر القاضي الإداري الفرنسي من القيود التي كان قد وضعها على نفسه[1].

أما القانون رقم 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ قد تضمن نصوصا اعترفت للقاضي الإداري بسلطة توقيع الغرامة التهديدية ضد الإدارة تدعيما لمصداقية العمل القضائي وحماية للحقوق.

أصبحت الغرامة التهديدية ممكنة في حالات منها:

- الحالة المنصوص عليها في المادة 946 المتعلقة بقضاء الاستعجال في مادة إبرام العقود الإدارية والصفقات عندما تخطر المحكمة الإدارية بإخلال الإدارة بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود والصفقات العمومية. في هذه الحالة يمكن للقاضي أن يأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته ويحدد له أجل لامتثاله لها[2] ويمكن له أيضا الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد[3].

يحق للقاضي عند تصفية الغرامة أن يقوم بتخفيضها وحتى إلغاؤها عند الاقتضاء[4]، كما يمكنه إعفاء المحكوم عليه من دفع جزء من الغرامة التهديدية إذا تجاوزت قيمة الضرر[5].

---

[1] - رمضان غناي، **عن موقف مجلس** ...، المرجع السابق، ص166-167.

[2] - رمضان غناي، **قراءة أولية لقانون الإجراءات المدنية والإدارية**، مجلة مجلس الدولة، العدد9، الجزائر، 2009، ص47-48.

[3] - أنظر المادة 946 من القانون رقم 08-09، المتضمن ق.إ.م.إ، مرجع سابق.

[4] - أنظر المادة 984 من القانون نفسه.

أنظر كذلك: يوسف بن ناصر، **السلطات الجديدة للقاضي الإداري في تنفيذ قراراته**، مداخلة ألقيت بمناسبة الملتقى الوطني حول التطورات والمستجدات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة وهران، يومي 20-21 جانفي 2009، ص56-57.

[5] - أنظر المادة 985 من القانون رقم 08-09، المرجع السابق.

يتضح مما سبق اختلاف الغرامة التأخيرية كجزاء توقعه المصلحة المتعاقدة في حالة التأخير في تنفيذ الصفقة، والغرامة التهديدية التي تعتبر سلاح جدي في يد القاضي الإداري لضمان تنفيذ قراراته.

رابعا- الإعفاء من الغرامة التأخيرية

يعتبر التأخير في تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزامه التعاقدي هو السبب الأساسي والوحيد لفرض غرامات تأخير بحقه، فإذا كان يبرر فرض هذه الغرامات بحق المتعامل المتعاقد، فقد يجد هذا التأخير أسبابا تبرره، فيعفى المتعاقد من مسؤولية التأخير إذا تبين أن الوفاء بالالتزام قد استحال بسبب أجنبي لا يد للمتعامل المتعاقد فيه[1] .

و هذا ما قضت به المادة 90/ 2، 3 من المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية التي تنص: «***يعود القرار بالإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التأخير إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة، ويطبق هذا الإعفاء عندما لا يكون التأخير قد تسبب فيه المتعامل المتعاقد الذي تسلم له في هذه الحالة أوامر بتوقيف الأشغال أو استئنافها .***

وفي حالة القوة القاهرة، تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير، ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف الأشغال واستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة».

يلاحظ من خلال هاتين الفقرتين من المادة 90أنّالمشرع خوّل المصلحة المتعاقدة حالتين تستطيع من خلالها إعفاء المتعامل المتعاقد من غرامة التأخير هما:

1. **حالة مسؤولية المصلحة المتعاقدة على توقيف الأشغال:** هي الحالة التي تكون المصلحة المتعاقدة مسؤولة عن توقف التنفيذ وبالتالي التأخر فيه، إذ لا ينجر عن

[1] - د/ علي خطار شطناوي، **صلاحية الإدارة** ...، مرجع سابق، ص101.

ذلك غرامة تأخيرية طالما ليس المتعامل المتعاقد من تسبب في التأخير كأن تأمر المصلحة المتعاقدة بتوقيف الأشغال أو استئنافها[1].

2. **حالة القوة القاهرة:** وهي اصطدام المتعامل المتعاقد بظروف خارجية لم تكن متوقعة أثناء إبرام الصفقة، تجعل تنفيذها أكثر إرهاقا كأن تكون الظروف الاقتصادية أدت إلى ارتفاع الأسعار أو ظروف طبيعية تؤدي إلى تعليق آجال التنفيذ مثلا[2].

وفي كلتا الحالتين تقوم المصلحة المتعاقدة بـ:

- تسليم أوامر بتوقيف الأشغالو استئنافها حسب الحالة[3].

- تحرير شهادة إدارية[4].

يعفى أيضا المتعامل المتعاقد من غرامة التأخير في حالة إدخال المصلحة المتعاقدة تعديلات في طبيعة الأشغال أوكمية التوريدات الذي يعد مبرر ا قانونيا لتأخيره.

وعموما إذا كان عدم تنفيذ الصفقة ناشئا عن خطأ المصلحة المتعاقدة أو عن تعديل أساسي قلب اقتصاديات الصفقة ذاتها، فلا يعفى المتعامل المتعاقد من غرامة التأخير فحسب ولكن يكون له الحق في التعويض.

---

[1] - عبد الغني بولكور، **المنازعات الناشئة بعد إبرام...**، مرجع سابق، ص248.

[2] - المرجع نفسه، ص248.

[3] - أنظر الملحق رقم 2، 3، ص184-185.

[4] - تنص الفقرة 4 من المادة 90 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم على أنّه: ***« وفي كلتا الحالتين، يترتب على الإعفاء من العقوبات المالية، بسبب التأخير، تحرير شهادة إدارية...»***.

الفرع الثاني

مصادر ة التأمين

تعتبر مصادرة التأمين كأحد الجزاءات ذات الطابع المالي، التي توقعها المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، على المتعامل المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته في الآجال المتفق عليها و بالشروطو المواصفاتو الكيفيات الواردة في الصفقة.

للوقوف عند مفهوم مصادرة التأمين يستوجب التطرق لتعريفه(أولا)، ثم إلى خصائصه (ثانيا) وا مكانية الجمع بين هذا الجزاء وجزاء التعويض إذا كان الضرر الذي أصاب المصلحة المتعاقدة كبيرا (ثالثا)

أولا- تعريف مصادرة التأمين

تعتبر التأمينات[1] مبالغ مالية تدفع من قبل المتعامل المتعاقد كضمان للمصلحة المتعاقدة تتوقى بها آثار الأخطاء التي قد تصدر منه أثناء مباشرة تنفيذ الصفقة العمومية و قصد ضمان جدية العرض[2] و قدرته على تحمل المسؤوليات الناتجة عن تقصيره من جراء إخلاله بالتنفيذ[3].

بالتالي، فإنّ مصادرة التأمين هو جزاء مالي يتمثل في حجز واستحواذ المصلحة المتعاقدة على هذه التأمينات التي يقدمها المتعامل المتعاقد معها جراء الإخلال بالالتزامات، تملك الإدارة توقيعه بإرادتها المنفردة دون الحاجة إلى صدور حكم قضائي ودون اشتراط تحقق خطر ما.

---

[1] - تتمثل هذه التأمينات في كفالة التعهد، كفالة رد التسبيقات وكفالة حسن التنفيذ.

[2] - عبد القادر رحال، **سلطة المتعامل العمومي...**، مرجع سابق، ص165.

[3] - د/محمود خلف الجبوري، **العقود الإدارية**، مرجع سابق، ص143-144.

يعتبر شرط إيداع التأمين أو الضمان[1] شرطا وجوبيا ملزما للمتعامل المتعاقد و حقا للمصلحة المتعاقدة التي يجب أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين معهاو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة[2].

غير أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعفي المتعامل المتعاقد من شرط تقديم الضمان إذا لم يتعدى أجل تنفيذ الصفقة ثلاثة أشهر أو إذا اعتقدت أنّ طابع الخدمات لا يتطلب ذلك[3].

بالتالي لا يحق لها التنازل عنه،وذلك حرصا على ضمان تنفيذ الصفقةو هو ما يفسر حرص المشرع الجزائري على تأييد شرط الضمان في الصفقات العمومية،و أكدت نصوص المرسوم الرئاسيأنّ كفالة حسن التنفيذ تخص المتعامل المتعاقد الوطني كما تخص المتعامل المتعاقد الأجنبي إذا لم يدعم عن طريق حكومة دولته،وفي هذه الحالة وجب أن

---

[1] - هناك نوعان من التأمين:

– **التأمين المؤقت** [أو كما سماه المشرع الجزائري كفالة التعهد المنصوص عليها في المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم10-236 المعدلة والمتممة بموجب المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق] وهو الذي يشترطه المشرع لقبول العرض وذلك لضمان جدية صاحب العرض، وبدونه لا يقبل عرضه ولا يلتفت إليه ومن ثم استبعاده... ويصادر التأمين المؤقت إذا سحب مقدم العرض عرضه قبل انتهاء فترة سريان العروض أو إذا تخلف عن إيداع التأمين النهائي.

– أما **التأمين النهائي** فهو الذي يقدمه من ترسو عليه الصفقة وهو ضمان لقيامه بتنفيذ التزاماته طبقا لشروط الصفقة بحيث إذا قصر في ذلك كان للمصلحة المتعاقدة مصادرة هذا التأمين.

- أنظر: عبد القادر رحال، **سلطة المتعامل العمومي...**، مرجع سابق، ص165.

كذلك: د/ محمد فؤاد عبد الباسط، **العقد الإداري...**، مرجع سابق، ص317.

سعيد عبد الرزاق باخبير ه، **سلطة الإدارة...**، مرجع سابق، ص221- 223.

[2] - د/مفتاح خليفة عبد الحميد، **المعيار المميز ...**، مرجع سابق، ص202.

- أنظر المادة 92 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

[3] - عمار معاشو، **عقود "المفتاح في اليد" في مجال التصنيع بالجزائر**، بحيث لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1986، ص123.

- أنظر المادة 3/97 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

يعتمد البنك الأجنبي عن تغطيته لمبلغ كفالة مصرفية من قبل البنك الجزائري المختص[1]. أما عن مبلغ الكفالة فحددته المادة 100 من المرسوم الرئاسي بين 5% و10% من مبلغ الصفقة.

يلزم كذلك المتعامل المتعاقد بتقديم كفالة رد التسبيقات المنصوص عليها في المادة 75 من المرسوم السالف الذكر و هي كلها مبالغ يلزم المتعامل المتعاقد بأن يضعها تحت تصرف الإدارة بواسطة بنك لتمارس عن طريقها الجزاء المالي في الإطار الذي حدده القانون[2].

غير أنّ المشرع أعطى للمتعامل المتعاقد الذي التزم بتنفيذ التزاماته، الحق في استرجاع التأمين النهائي الذي يقع عليه جزاء المصادرة (كفالة الضمان) كليا في مدة شهر واحد ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة[3].

أما في حالة عدم تنفيذ فإنّ الضمان لا يرد للمتعامل المتعاقد إلاّ بإكماله كل الالتزامات العقدية، وفي حالة عجزه عن ذلك يفقد هذا الضمان[4].

لما كان الغرض من التأمين النهائي هو ضمان تنفيذ المتعاقد لالتزاماته طبقا لشروط الصفقة، في المواعيد المحددة، فإنه من حق الإدارة إذا ما قصر المتعاقد معها في تنفيذ

---

[1] - أنظر المواد 94، 95 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

[2] - عمار بوضياف، **الصفقات العمومية...**، مرجع سابق، ص155.

- تجدر الإشارة أن المادتين 75 و100 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 معدلتان ومتممتان بموجب المادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

[3] - أنظر: المادة 101 من المرسوم الرئاسي رقم10-236 المعدل والمتمم، المرجع السابق.

- المادة 48 من دفتر الشروط الإدارية العامة، مرجع سابق.

- مجلس الدولة، قرار رقم 6504، المؤرخ في 23-09-2002، قضية بلدية بوقادير ضد خرشي إبراهيم، يتضمن محضر يفيد استلام البلدية الإنجاز النهائي وبدون أي تحفظ، يبرر حق المقاول في استرجاع مبلغ الضمان في مدة شهر من تاريخ التسليم النهائي للصفقة، أنظر: http://mouwazaf.ahlamontada.com/t224-topi, le 26/07/2012

[4] - عمار معاشو، **عقود المفتاح في اليد....**، مرجع سابق، ص123.

التزاماته، أن تصادر التأمين[1] لذلك لا يمكن تصور قيام هذا الضمان ما لم يكن للإدارة حق مصادرته[2].

ثانيا- خصائص مصادرة التأمين

يتميز جزاء مصادرة التأمين بالخصائص الآتية:

- تتمتع المصلحة المتعاقدة بحق مصادرة التأمين عند التقصير في التنفيذ حتى ولو لم ينص عليه صراحة في الصفقة[3].
- توقع المصلحة المتعاقدة جزاء مصادرة التأمين دون حاجة إلى اتخاذ أية إجراءات قضائية ولذلك لزم في توقيع جزاء المصادرة أن يصدر قرار صريح من الجهة الإدارية حاسما نيتها بهذا الخصوص[4].
- تقوم الإدارة بتوقيع هذا الجزاء بغير حاجة إلى إلزامها بإثبات أن ضررا ما قد لحق بها بسبب التقصير، لأنّ الضرر مفترض بفرض غير قابل لإثبات العكس[5] فيكفي بذلك أن يتخلف المتعامل المتعاقد عن تنفيذ التزاماته في المواعيد المحددة طبقا لشروط الصفقة.
- يمثل التأمين المودع لضمان تنفيذ الصفقة الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضاؤه، و لا يمثل الحد الأقصى، فلا يحق للمتعامل المتعاقد أن يثبت أن الضرر

---

[1] - يوسف بركات أبو دقة، **امتيازات الإدارة...**، مرجع سابق، ص112.

[2] - د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **الأسس العامة...**، مرجع سابق، ص293.

[3] - د/ مفتاح خليفة عبد الحميد، **المعيار المميز...**، مرجع سابق، ص203.

[4] - د/ محمد فؤاد عبد الباسط، **العقد الإداري...**، مرجع سابق، ص318.

- أنظر كذلك: د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **المسؤولية الإدارية ...**، مرجع سابق، ص125.

د/ أحمد محمود جمعه، **العقود الإدارية طبقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص352.

[5] - د/خالد خليل الظاهر، **القانون الإداري...**، مرجع سابق، ص264.

الذي لحق المصلحة المتعاقدة يقل عن التأمين.وإذا كانت مصادرة التأمين قد جبرت الضرر اللاحق بالمصلحة المتعاقدة كله، فلا محل للحكم بالتعويض إلا إذا اتفق على غير ذلك.

أما في الحالة المعاكسة فإنه يتعين الحكم بالتعويض الكافي لجبر الضرر،وعندئذ ينبغي عند حساب التعويض المستحق مراعاة خصم التأمين منه[1].

ثالثا- الجمع بين مصادرة التأمينو التعويض

باعتبار التأمين النهائيمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضاؤه، فإنّه يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تثبت وقوع ضرر لها، يفوق مقدار قيمة التأمين. ذلك في حالة الخطأ الجسيم يتطلب الأمر تحديد التعويض وفقا لدرجة هذا الخطأ لتغطية الضرر الناجم عنه، ومن ثم لا ينبغي أن يكون مبلغ التأمين قيدا على المصلحة المتعاقدة من اقتضاء التعويضات المستحقة عن الأضرار الفعلية التي لم يغطيها التأمين.

وبهذا المعنى جاءت الفقرة الثالثة من المادة 112 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 التي تنصعلى أنّه: ***«لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان،والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها»***.

وبناء عليه، فإذا كان المشرع يمنع المتعامل المتعاقد من الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة عند تطبيقها جزاء الفسخ، على تطبيق الجزاءات الأخرى من مصادرة التأمين وتعويض الأضرار، فمن باب أولى عدم الاعتراض عليه في الجمع بين مصادرة التأمينو التعويض لتغطية الضرر الفعلي الذي لم يغطيه مبلغ الضمان.

[1] - د/ محمد فؤاد عبد الباسط، **العقد الإداري...**، مرجع سابق، ص321.

بالتالي يمكن الجمع بين جزاء مصادرة التأمين و التعويض إذا كان الضرر قد تجاوز قيمة التّأمين النهائي المحدد سلفا في العقد أو دفتر الشروط، على أن لا يكون قد حضر على جواز الجمع بين جزائي مصادرة التأمين و التعويض[1]. أما إذا كان مصادرة التأمين النهائي قد جبرت الضرر كله فلا محل للتعويض ما لم يتفق على خلاف ذلك[2].

الفرع الثالث

التعويض

يعتبر التعويض من الجزاءات المالية شأنه في ذلك شأن غرامات التأخير و مصادرة التأمين،و هو «***الجزاء الأصيل للإخلال بالالتزامات التعاقدية، وذلك إذا لم تنص الصفقة على جزاءات مالية لمواجهة هذا الإخلال***»[3]، أو بعبارة أخرى هو «***جزاء يفرض على المتعامل المتعاقد عند إخلاله بالتزاماته التعاقدية بقصد إصلاح الضرر الذي أصاب المصلحة المتعاقدة صاحبة الصفقة من جراء هذا الإخلال***».

يتضح من خلال ذلك أنّ التعويض يتم فرضه على المتعامل المتعاقد بقصد إصلاح الأضرار التي لحقت بالمصلحة المتعاقدة بسبب إخلال المتعاقد معها بالتزاماته،لذلك فإنّ التعويض هو جزاء المسؤولية العقدية التي يتحملها المتعامل المتعاقد و هو الجزاء الأساسي لعدم وفاء المدين في القانون المدني[4].

---

[1] - سعيد عبدالرزاق باخبير ه، **سلطة الإدارة الجزائية...**، مرجع سابق، ص226.

- أنظر كذلك : د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **الأسس العامة...**، مرجع سابق، ص294.

[2] - د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **تنفيذ العقد الإداري...**، مرجع سابق، ص103.

[3] - د/ سليمان محمد الطماوي، **الأسس العامة...**، مرجع سابق، ص503.

[4] - تنص المادة 124 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم،على أنّ ه: «***كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض***».

لذا يمكن القول أن النظام القانوني لهذه التعويضات قريب من النظام المدني لها ومع ذلك فإنّ تقارب أحكام التعويض في العقود الإدارية بصفة عامة وفي الصفقات العمومية بصفة خاصة، مع مثيلتها في عقود القانون الخاص لم تمنع من وجود بعض الاختلافات بين النظامين[1]،مما يستوجب إبر از الخصائص التي ينفرد بها التعويض في الصفقات العمومية (أولا)، وكذا كيفية تحصيله (ثانيا) بالمقارنة مع قواعد القانون الخاص.

أولا- خصائص التعويض

كون التعويض هو جزاء الإخلال بالالتزامات التعاقدية فمن خصائصهأنّه يهدف إلى جبر الضرر الذي تتعرض له المصلحة المتعاقدة، بالتالي فإنّ التعويض في الصفقات العمومية يرمي إلى كفالة حسن سير المرافق العامة، وذلك باقتضاء التعويض من المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته، حيث أن خوف المتعامل المتعاقد من دفع مبلغ مرتفع سيدفعه إلى تنفيذ التزاماته طواعية[2].

كما أنّ التعويض كمبدأ عام لا يكون محددا ومقدرا مقدما في الصفقة[3]،وإلاّ أصبح في حكم الغرامات.

فالنصوص المنظمة للصفقات العمومية وكذلك دفاتر الشروط الإدارية العامة المتعلقة بصفقات الأشغال العامة، لم تتطرق ولم توضح طريقة تحديد مبلغ التعويض، فقد اكتفت

---

[1] - د/ سليمان محمد الطماوي، **الأسس العامة...**، مرجع سابق، ص503.

[2] - عبد القادر رحال، **سلطة المتعامل العمومي...**، مرجع سابق، ص174.

[3] -على عكس القانون الخاص فإنّه يجوز للمتعاقدين أن يحددا قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق، وهذا طبقا لنص المادة 183 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

بالحث على وجوب تعويض المصلحة المتعاقدة عن الأضرار التي تلحقها من جراء الأخطاء التي ارتكبها المتعامل المتعاقد معها لجبر هذه الأضرار[1].

يمكن القول أنّ المصلحة المتعاقدة لا تملك إمكانية تحديد مقدار التعويض بنفسها طالما انعدم وجود النصوص القانونية أو العقدية التي تخول لها ذلك ومن ثم فهي مجبرة على اللجوء إلى القضاء للحصول على التعويض المناسب للأضرار التي لحقت بها من جراء تقصير المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية. وعليهفإنّ القاضي هو الذي يحدد قيمة التعويض الواجب دفعه من قبل المتعامل المتعاقد[2] ويقدر التعويض وفقا لجسامة الضرر الذي تحملته المصلحة المتعاقدة.

لا يجوز للدائن كقاعدة عامة المطالبة بالتعويض إلاّ بعد اعذار المدين بالقيام بالتزاماته[3] غير أنهّ في مجال الصفقات العمومية فإنّ النصوص التي تنظمها تشترط قبل فسخ الصفقة توجيه إعذار إلى المتعامل المتعاقد لتنبيهه. أما فيما يخص التعويض فإن النصوص سكتت عن ذلك، كون التعويض عن الأضرار التي تصيب المصلحة المتعاقدة يتم عن طريق القضاء[4].

---

[1] - تنص الفقرة 3 من المادة 26 من دفتر الشروط الإدارية العامة على أن: «***يتحمل المقاول النفقات الناتجة عن تلك العملية عندما يكون فساد البناء محققا ومعترفا به دون الإخلال بالتعويض الذي يمكن أن تطالب به الدولة***».

[2] - على عكس الأمر في فرنسا فإن الإدارة قد تحررت من قيد اللجوء إلى القضاء في حالة طلب التعويض عن الأضرار. إذ قضت الأحكام بحق الإدارة في تحديد قيمة التعويض الذي تستحقه من المتعاقد المقصر بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بذلك، وهذا لم يكن معترفا قبل صدور حكم مجلس الدولة في قضية(Déplanque) سنة 1907، الذي تأكد بصدور حكم مجلس الدولة في قضية شركة ملاحة جنوب الأطلسي (Compagnie de navigation Sud-Atlantique) سنة 1929. لمزيد من التفاصيل على هذه الأحكام راجع سعيد عبد الرزاق باخبيره، **سلطة الإدارة الجزائية...**، مرجع سابق، ص47 -52.

[3] - أنظر المادة 179 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

[4] - عبد القادر رحال، **سلطة المتعامل العمومي...**، مرجع سابق، ص179.

يجوز للمتعامل المتعاقد مطالبة المصلحة المتعاقدة بالتعويض إذا تسببت في إحداث ضرر له وفي كل الحالات وجب اللجوء للقضاء المختص وأن يثبت المتعامل المتعاقد إما خطأ الإدارة أو تجاوزها لأحد بنود العقد أو حتى القيام بأعمال ثانوية أو تحمل أعباء إضافية و غيرها[1].

ثانيا- كيفية تحصيل التعويض

يشير (DE LAUBADERE)أنّه من المسلم به أن التعويض معترف به كجزاء تملك الإدارة توقيعه على المتعاقد معها بمقتضى عقد من العقود الإدارية ،أنّه من المسلم به في فرنسا أنه يحق للإدارة أن تلجأ إلى تحصيل قيمة التعويض بمقتضى أوامر بالدفع تصدرها بإرادتها المنفردة ، ويقابل ذلك من جانب المتعاقد معها الحق في أن ينازع في هذا التقدير أمام القضاء ، ويجوز للقاضي الحكم بإنقاص قيمة التعويض إذا كان مبالغا في تقديره أو إعفاء المتعاقد منه نهائيا إذا لم يكن لهذا التعويض أساس قانوني[2].

أما بالنسبة للجزائر فإنّ للمصلحة المتعاقدة الحق في الحصول على التعويض المناسب جراء إخلال المتعامل المتعاقد عن تنفيذ التزاماته،و الضرر الذي يصيبها من ذلك، إلاّأنّه لم تشر النصوص المنظمة للصفقات العمومية ودفاتر شروطها إلى كيفية تحصيل التعويض المستحق بصفة واضحة، فبالرجوع إلى المواد 7/35، 36، 48 من دفتر الشروط الإدارية العامة نجد أن التعويض يقتطع من المبالغ التي يستحقها المتعاقد، أو من ضمانه،

---

[1] - د/ عمار بوضياف، **الصفقات العمومية...**، مرجع سابق، ص165-166..

- أنظر: مجلس الدولة، قرار رقم 006052، المؤرخ في 15-04-2003، قضية(ق،ع) ضد بلدية متليلي المتضمن تعويض عن الضرر، مجلة مجلس الدولة، العدد4، الجزائر، 2003، ص71.

- مجلس الدولة، قرار رقم 0011126، المؤرخ في 16-12-2003، قضية حرازي عائشة ضد بلدية أولاد عيش، يتضمن تعويض عن الضرر،(غير منشور).

[2] - سعيد عبد الرزاق باخبيره، **سلطة الإدارة الجزائية...**، مرجع سابق، ص230-231.

و لا يحول ذلك دون ممارسة الإجراءات التي تتخذ بحقه في حالة عدم التسديد. فيفهم مما سبق أن التعويض يمكن أن تقدره وتحصله الإدارة من تلقاء نفسها، على أن ينازع المتعاقد هذا التقدير أمام القضاء إذا أراد ذلك[1].

أما المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي رقم 10-236 في مادته 3/112 التي نص أنّه: «***لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان، والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها***».

أشير من خلال هذه الفقرة إلى التعويض الذي توقعه المصلحة المتعاقدة، ومع ذلك لا ستطيع التأكيد بأنّ رغبة المشرع قد اتجهت إلى النحو الذي سارت عليه تماما الحالة الفرنسية، فيجب على المشرع الجزائري أن يفصح بوضوح عن حق الإدارة في تحصيل التعويض من تلقاء نفسها أو تترك هذا الأمر للقضاء، حتى يزول أي لبس بهذا الصدد.

المطلب الثاني

سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات الضاغطة

تتمتع المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية بسلطة توقيع جملة من الوسائل الضاغطة أو الإجراءات القهرية، يبررها أن العقود الإدارية يجب أن تنفذ بدقة لأن سير المرافق العامة تقتضي ذلك، هذه الوسائل تستهدف إرغام المتعاقد المقصر على الوفاء بالتزاماته، وذلك بأن تحل المصلحة المتعاقدة محله في تنفيذ الصفقة أو أن تعهد إلى غيره ليتولى تنفيذه وعلى مسؤوليته.

[1]- أنيسة سعاد قريشي، **النظام القانوني** ...، مرجع سابق، ص116.

تعتبر الجزاءات الضاغطة التي تلجأ إليها الإدارة بمثابة جزاءات مؤقتة[1]، لا يترتب عنها إنهاء العقد بالنسبة للمتعامل المتعاقد معها، بل يبقى هذا الأخير مسؤولا أمام المصلحة المتعاقدة.

كما أنّ سلطة اتخاذ الإجراءات الضاغطة المؤقتة، لا ينبغي للإدارة التنازل عنها لأنها تعتبر كمبدأ عام من السلطات المقررة للإدارة حتى لو لم ينص عليها في الصفقة أو في دفاتر الشروط، فهي مستمدة من امتيازات السلطة العامة[2]، وتتصف بأنها أشد قسوة إذا ما قورنت بالجزاءات المالية، لهذا لا تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة إلاّ إذا أخل المتعامل المتعاقد معها تنفيذ الصفقة إخلالا خطيرا.

تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى هذه الوسائل في كافة العقود الإدارية والصفقات العمومية خاصة. وتأخذ سلطة توقيع الجزاءات الضاغطة الصور الملائمة لتنفيذ الصفقة ففي صفقة الأشغال العامة يأخذ هذا الجزاء صورة سحب العمل من المقاول والتنفيذ على حسابه وتحت مسؤوليته (الفرع الأول)، وفي صفقة اللوازم (التوريد) يأخذ صورة الشراء على حساب ومسؤولية المورد (الفرع الثاني)، وهكذا نكون قد اقتصرنا الدراسة على صفقتي الأشغال العامة والتوريد، ولا ينبغيفهمها على أساس أنّ المصلحة المتعاقدة لا تستطيع ممارسة هذا الجزاء إلاّ على هذين النوعين فقط، بل هي سلطة مقررة في الصفقات العمومية كافة.

---

[1] - د/محمد جمال الذنيبات، **الوجيز في القانون الإداري**، الطبعة الثانية، دار الثقافة، عمان، 2011، ص269.

[2] - « ***Le pouvoir de sanction coercitive est fondé sur les prérogatives de puissance publique. Ces sanctions peuvent être prononcées même dans le silence du marché*** »
Voir : Christophe LAJOYE, **Droit des marchés...,** Op.cit, p174.

الفرع الأول
سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة

يقصد بسحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة[1] أنّه «جزاء من الجزاءات التي تملك المصلحة المتعاقدة ممارستها، فهو وسيلة ضغط وا ٍجراء قهري بمقتضاه تحل المصلحة المتعاقدة بنفسها أو عن طريق مقاول آخر محل المقاول المتخلف عن تنفيذ التزاماته، لكفالة تنفيذ الأشغال على حساب هذا الأخير وتحت مسؤولية، كما يمكنها الاستيلاء على أدواته وعماله بالقدر الذي يمكنها من إنجاز العمل»[2].

وغنى عن البيان، أنّ حلول المصلحة المتعاقدة أو مقاول آخر محل المتعاقد المقصر، على النحو المتقدم لا ينطوي على إنهاء الصفقة، بل يكفي حرمان المقاول المقصر من فائدتها بصفة مؤقتة[3]لذلك فإنّ هذا الجزاء يهدف إلى إرغام المقاول على تنفيذ الصفقة وليس من شأنه إنهاؤها، بل تستمر منتجة لآثارها، وتظل العلاقة التعاقدية

---

[1] - تعرف صفقة الأشغال العامة على أنّها: «***اتفاق الإدارة مع متعاقد آخر وهو المقاول (Entrepreneur) قصد القيام ببناء أو صيانة أو تأهيل أو ترميم أو هدم، منشأة أو جزء منها***».

أنظر: د/محمد الصغير بعلي، **العقود الإدارية**، دار العلوم، عنابة، 2005، ص22.

كذلك المادة 2/13 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

[2]- « ***La mise en régie est une sanction coercitive prononcée a l'encontre de l'entrepreneur défaillant. Elle consiste à faire gérer la poursuite des travaux directement par un fonctionnaire du maitre d'ouvrage appelé régisseur, aux frais et risque de l'entrepreneur défaillant et par l'utilisation de ses moyens humains et matériels*** ».

Voir : K.AOUDIA, M.LALLEM, M.SABRI, **Guide de gestion ...,** Op.cit, p172.

Voir aussi :- Christophe LAJOYE, **Droit des marchés...,** Op.cit, p175.

-Richer LAURANT, **Les contrats...,** Op.cit, p78.

[3] - حمدي ياسين عكاشة، **موسوعة العقود الإدارية ...**، مرجع سابق، ص233.

« ***La sanction de mise en régie n'a pas pour effet de mettre fin au relation contractuelle entre le maitre de l'ouvrage et son cocontractant*** ».

-CE 23 Janvier 1981, Commune d'Aunay-sur-Odon, Rec, p25.

Voir: les droits et les obligations des parties à un marché public, sur www.lexeek.com/document/307-droits-et-obligations-parties-marche-publ/, le 20/01/2012

قائمة. ومؤدى هذا أنّه يجوز لجهة الإدارة العدول عن سحب العمل من المقاول متى رأت أن الضمانات الجديدة التي قدمها تكفل انجاز العمل موضوع الصفقة عاجلا وعلى نحو يحقق المصلحة العامة[1].

تقرر جزاء سحب العمل من المقاول في الفقرة 3 من المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة التي تنص أنّه: ***«... إذا لم ينفذ المقاول المقتضيات المفروضة، يجوز للمهندس الرئيس، باستثناء حالة الاستعجال بعد عرض المسألة على الوزير، أن يأمر بإجراء النظام المباشر على نفقة المقاول، ذلك النظام الذي يجوز أن يكون جزئيا»***.

يلاحظ من خلال هذه الفقرة من المادة 35 المذكورة أعلاه، أنّ المشرع أطلق على جزاء سحب العمل من المقاول عبارة النظام المباشر على نفقة المقاول وفي الحقيقة أنّ هذا المصطلح لا يعبر بصفة واضحة على جزاء سحب العمل من المقاول لأنّ مصطلح النظام المباشر له مفهوم واسع[2]، على عكس النص باللّغة الفرنسية[3] جاءت الغاية المقصودة منه واضحة.

يكون سحب العمل من المقاول كليا أو جزئيا حسب الأحوال. فإذا امتنع المقاول عن تنفيذ التزاماته كليا، كان سحب العمل كلي، أما إذا رفض المقاول إصلاح ما يظهر من

---

[1] - د/أحمد محمود جمعه، **العقود الإدارية** ...، مرجع سابق، ص361.

-أنظر المادة 6/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة، مرجع سابق.

Voir aussi : Christophe LAJOYE, **Droit des marchés...,** Op.cit, p175.

[2] - يمكن فهمه أنّه الاستغلال المباشر الذي يعتبر أسلوب من أساليب إدارة المرفق العام، أو فهمه على أنّه: التنفيذ المباشر الذي يعتبر مظهر من مظاهر السلطة العامة لذلك يجب على المشرع مراعاة دقة المصطلحات القانونية وا يضاح المعنى الصحيح المقصود.

[3]- Article 35 alinéa 3 de l'arrêté du 21 Novembre 1964 portant approbation du Cahier des Clauses Administratives Générales (CCAG) applicable aux marchés de travaux du ministère de la reconstruction, des travaux publics et des transports, JORA, N°101 du 11 Décembre 1964, dispose : « ***passé ce délai, si l'entrepreneur n'a pas exécuté les dispositions prescrites, l'ingénieur en chef après en avoir, sauf cas d'urgence, référé au ministre, peut ordonner l'établissement d'une régie aux frais de l'entrepreneur. Cette régie peut n'être que partielle*** ».

عيوب في جزء من الأشغال التي تمّ تنفيذها حين يتم تسليمها أو أثناء التنفيذ بعدم امتثاله لأوامر المصلحة، فللمصلحة المتعاقدة حق مباشرتها بنفسها وعلى نفقة المقاول وذلك طبقا لأحكام المادة 26 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

إنّ سحب العمل من المقاول حق معترف للمصلحة المتعاقدة، مرتبط بالنظام العام باعتباره ضمانة هامة لإتمام العمل محل التعاقد، وهذا استنادا إلى النصوص المنظمة للصفقات العموميةعامة ودفتر الشروط الإدارية خاصة. وإن كان هذا الجزاء توقعه المصلحة المتعاقدة بنفسها فإنّه في مجال القانون الخاص يتم خلاف ذلك، حيث تنص المادة 170 من ت.م.ج بأنّه: «***في الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا***»، وهو ما تؤكده المادة 553 من نفس التقنين التي تنص: «***إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب مناف لشروط العقد جاز لرب العمل أن ينذره بأن يصحح من طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له، فإذا انقضى هذا الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة جاز لرب العمل أن يطلب إمّا فسخ العقد وإما أن يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول الأول طبقا لأحكام المادة 170 أعلاه***».

يقضي المعنى الصريح لهذين النصين أنّه رغم التقارب بين سحب العمل في المقاولات الخاصة وسحبه في صفقات الأشغال العامة، فإنّ الفرق يظل قائما حيث في صفقات الأشغال العامة يسحب العمل من المقاول المقصر وينفذ على حسابه مباشرة دون ضرورة الحصول على إذن من القضاء على خلاف عقود المقاولات الخاصة التي تستوجب الحصول على رخصة من القضاء ولرب العمل الخيار بين فسخ العقد أو إسناد العمل إلى مقاول آخر.

ونظرا لخطورة هذا الجزاء المخول للمصلحة المتعاقدة توقيعه على المقاول المتعاقد

معها في حالة تقصيره، فلابد من توفر شروط محددة لممارسته (أولا)، وخصائص تميزه عن غيره من الجزاءات (ثانيا) وذلك حتى يرتب آثاره القانونية (ثالثا)، التي قد تأثر سلبا على المقاول مما يستدعي إخضاع جزاء سحب العمل من المقاول لرقابة القضاء (رابعا).

أولا-شروط إعمال جزاء سحب العمل من المقاول

يتطلب إعمال جزاء سحب العمل من قبل المصلحة المتعاقدة تجاه المقاول المتعاقد بمقتضى صفقة الأشغال العامة، توفر شروط تتلخص في وجود خطأ في تنفيذ الالتزام التعاقدي من قبل المقاول، بالإضافة إلى ضرورة اعذار المتعاقد قبل توقيع هذا الجزاء باعتبار أنّ المصلحة المتعاقدة ملزمة باحترام مصالح المقاول وإلاّ لما كان هذا التعاقد.

1-خطأ المقاول في تنفيذ التزامه التعاقدي

تنص المادة 1/35من دفتر الشروط الإدارية العامة على أنّه: «***إذا لم يتقيد المقاول بشروط الصفقة أو بأوامر المصلحة التي يتلقاها من مهندس الدائرة أو المهندس المعماري، يعمد المهندس الرئيس إلى إنذاره بلزوم التقيد بتلك الشروط والأوامر في أجل يحدد بمقرر يجرى إبلاغه له بموجب أمر المصلحة***».

يتضح من خلال هذه الفقرة أنّ الخطأ التعاقدي[1] الذي يخول للمصلحة المتعاقدة سلطة اتخاذ إجراء سحب العمل من المقاول، يأخذ صورتين أولها عدم التزام المقاول بشروط الصفقة وثانيها عدم امتثاله للأوامر المصلحية.

أ-عدم التزام المقاول بشروط الصفقة

يتمثل عدم التزام المقاول بشروط الصفقة في الحالات التالية:

[1] - إن قانون الصفقات العمومية سكت عن النص على الأخطاء العقدية التي تبرر السحب أو الحالات التي يجوز للمصلحة المتعاقدة فيها سحب العمل من المقاول. فنجد المشرع قد اكتفى بما ذكره في دفتر الشروط الإدارية العامة رغم أن نصوصه ذات عبارات عامة. على خلاف التشريعات الأخرى فنجدها قد ذكرت في نصوصها هذه الأخطاء.
أنظر فيما يخص التشريع المصري: د/سليمان محمد الطماوي، **الأسس العامة...**، مرجع سابق، ص526.

- إخلال المقاول وعدم مراعاته لمدد التنفيذ المنصوص عليها في الصفقة، هذا يبرر تدخل المصلحة المتعاقدة لسحب العمل من المقاول ومباشرته بنفسها أو بواسطة مقاول آخر[1]، ما لم يكن هذا التأخير راجعا إلى سبب أجنبي لا يد للمقاول في وقوعه.
- وقف المقاول للأشغال أو التخلي عنها جزئيا أو كليا يبرر سحب العمل منه ولا يمكنه الاحتجاج بأنّ تعطيل الأشغال كان نتيجة لتأخر المصلحة المتعاقدة في دفع الأقساط المقررة عن قيمة الأشغال المنجزة.

ب -عدم امتثال المقاول للأوامر المصلحية

يلتزم المقاول بمقتضى صفقة الأشغال العامة بالخضوع للأوامر المصلحية الصادرة إليه من طرف المصلحة المتعاقدة، فالأمر المصلحي ذو طابع إلزامي للمقاول الموجه إليه.

استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على أنّ عدم امتثال المقاول للأوامر المصلحية يعتبر من قبيل الخطأ الجسيم الذي يبرر توقيع جزاء شديد يتناسب مع ما قد يحدثه الامتناع عن تنفيذ هذه الأوامر من اضطراب خطير من الناحية الاقتصادية مما يعوق حسن سير المرافق العامة. وعلى ذلك، فإنّ رفض المقاول الإذعان لهذه الأوامر يعطي للإدارة المتعاقدة الحق في أن تسحب العمل منه أو أن تلجأ إلى فسخ الصفقة[2].

لا يقتصر التزام المقاول بالخضوع للأوامر المصلحية على تلك التي تدخل في نطاق التنفيذ الدقيق للصفقة، ولكن يمتد ليشمل التعديلات التي قد تفرضها المصلحة المتعاقدة عن

---

[1] - أنظر المادة 3/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة، مرجع سابق.

- المادة 9 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

[2] - د/محمود أبو السعود، **سلطة الإدارة في الرقابة...**، مرجع سابق، ص251.

طريق مهندسها المكلف بالإشراف على انجاز الصفقة[1]، مثال ذلك أعمال ضرورية تقتضيها قوة قاهرة أو أعمال ذات أهمية بسيطة، فإذا رفض المقاول تنفيذها جاز للمصلحة المتعاقدة سحب العمل منه، أما إذا تضمن الأمر المصلحي أعمالا لا تشملها الصفقة، وتنطوي على مساس بتوازنه المالي، وليس مجرد تعديلات ثانوية أو جزئية فللمقاول الحق في رفضها، ولا يستوجب هذا الرفض سحب العمل منه[2].

كما أنّ مسؤولية المقاول تنتفي في حالة قيامه بتنفيذ أمر مصلحي إجباري صادر إليه من السلطة المختصة. كما لو ألزمته الإدارة باستخدام مواد معينة من نوع رديء[3].

2-وجوب اعذار المقاول

يشترط المشرع لسحب العمل من المقاول المقصر في تنفيذ التزاماته اعذاره بذلك من قبل المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع حتى يكون على علم من أنّها عازمة على توقيع الجزاء عليه، وهذا ما نصت عليه الفقرة 1 من المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

وقبل تسليط الجزاء على المقاول يمنح له أجل بعد اعذاره حتى يتدارك تقصيره فيجب احترام هذه المدة فلا يوقع الجزاء إلاّ بعد نفاذها[4]وإلاّ كان الإجراء غير صحيح من الناحية القانونية. وهذا الأجل لا يجوز أن يقل عن عشرة أيام ابتداء من تبليغ الاعذار[5].

يهدف اشتراط الإعذار قبل توقيع جزاء السحب، إخطار المقاول بما ستقوم به المصلحة المتعاقدة وما ستطبقه من إجراءات زجرية ضده، بالتالي يتدارك أخطاءه فيصلحها

---

[1] - أنظر المادة 4/12، 5 من دفتر الشروط الإدارية العامة، مرجع سابق.

[2] - د/عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **الأسس العامة...**، مرجع سابق، ص305.

[3] - د/محمود أبو السعود، **سلطة الإدارة في الرقابة...**، المرجع السابق، ص249.

[4] - «***Respect du délai séparant la mise en demeure d'exécuter un marché et la mise en régie***».
-C.E, 30 Janvier 2008, AJDA, N°13, Dalloz, 2008, p717.

[5] - أنظر: الفقرة 1 و2 من المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة، مرجع سابق.
المادة 112 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

لأن المصلحة المتعاقدة تسعى إلى انجاز المشروع في الظروف الطبيعية وليس إلى معاقبة المقاول هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ الهدف من الإعذار يتمثل في الإثبات القانوني لتقصير أو إهمال المقاول في تنفيذ التزاماته أي إثبات عدم الوفاء بها[1].

وعليه، فإنّ الإنذار يعتبر شرطا جوهريا، لا يوقع جزاء سحب العمل من المقاول إلاّ بعد صدوره من قبل المصلحة المتعاقدة نفسها، وعدم الالتزام به يعد عيبا في الشكل[2] ومن ثم فهو يعد من الشكليات الجوهرية التي يتعين إتباعها كشرط لمشروعية الجزاءات الضاغطة التي توقعها المصلحة المتعاقدة على المقاول المقصر في تنفيذ الأشغال[3].

غير أنّه في حالة الاستعجال والحالات الخاصة يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تسحب العمل من المقاول المقصر دون إعذاره ويتحمل النفقات المترتبة على هذا الإجر اء رغم عدم وجود إعذار[4]، كما تعفى الإدارة من شرط الإعذار في حالة ما إذا تضمن العقد نصا صريحا بإعفاء المصلحة المتعاقدة من الإعذار[5] وكذلك في حالة عدم جدوى الإعذار[6].

ثانيا-خصائص سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة

يتضح مما سبق أنّ جزاء سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة يتميز بعدة خصائص ندرجها فيما يلي:

---

[1] - عبد القادر رحال، **سلطة المتعامل العمومي...**، مرجع سابق، ص193.

[2]-André DE LAUBADERE, Yves GAUDEMET, **Traité de droit administratif**, Tome2, 11eme ed., L.G.D.J, Paris, 2002, p400.

-« ***La mise en régie ne peut donc prononcée que si elle est précédée d'une mise en demeure*** » .

Voir : K.AOUDIA, M.LALLEM, M.SABRI, **Guide de gestion...,** Op.cit, p172.

[3] - د/محمود أبو السعود، **سلطة الإدارة في الرقابة...**، مرجع سابق، ص256.

[4] - عبد القادر رحال، **سلطة المتعامل العمومي...**، مرجع سابق، ص193.

[5] - حمدي ياسين عكاشة، **موسوعة العقود الإدارية...**، مرجع سابق، ص248.

[6] - حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 29 يونيو 1945 في قضية (Ville de Bressuire) قرر عدم ضرورة الإعذار، نظرا لأنّ المتعاقد قد أعلن من تلقاء نفسه رفضه تنفيذ العقد، باعتباره لاغيا.

نقلا عن: حمدي ياسين عكاشة، **موسوعة العقود الإدارية...**، المرجع السابق، ص248.

- يعد سحب العمل من المقاول المقصر، إجراء مؤقتا لا يترتب عليه إنهاء صفقة الأشغال العامة، وا ٍنما تظل قائمة ويظل المقاول ملتزما أمام المصلحة المتعاقدة بتنفيذ كافة الالتزامات المتولدة عنها[1].

- يرتبط جزاء سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه بالنظام العام باعتباره ضمانة هامة لإتمام المشروع محل الصفقة ضمانا لسير المرفق العام الأمر الذي يبطل معه النص بالصفقة على حرمان المصلحة المتعاقدة من استعماله لكونه يلغي سلطة هامة ممنوحة للإدارة لكفالة سير المرفق العام[2].

وبناء عليه، فإن ّ هذا الجزاء يتواجد بقوة القانون من دون اشتراط أن ينص عليه صراحة في الصفقة، وبغير حاجة إلى صدور حكم من القضاء، فالمصلحة المتعاقدة تباشر هذا الإجراء بمقتضى ما لها من امتياز التنفيذ المباشر.

- يتميز جزاء سحب العمل من المقاول بضرورة إعذاره قبل توقيعه، فلا يجوز للمصلحة المتعاقدة توقيعه دون سابق إعذار كما سبق توضيحه.

- يوقع جزاء سحب العمل من المقاول بواسطة قرار تصدره المصلحة المتعاقدة بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء.

ثالثا-الآثار القانونية لسحب العمل من المقاول

إذا استوفى إجراء سحب العمل من المقاول جميع شروطه، فإنه يرتب آثاره القانونية التي يمكن حصر أهمها فيما يلي:

[1] - د/ محمد فؤاد عبد الباسط، **العقد الإداري...**، مرجع سابق، ص339.

[2] - د/عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **تنفيذ العقد الإداري...**، مرجع سابق، ص93.

- يترتب على سحب العمل من المقاول نتيجة إهماله أو تقصيره في تنفيذ التزاماته تنفيذ الصفقة على حسابه إما عن طريق المصلحة المتعاقدة بنفسها أو بواسطة مقاول آخر تختاره هذه الأخيرة بالطريقة التي تراها مناسبة، وهذا ما قضت به المادة 5/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة التي تنص: «***وعلى كل حال يرفع الأمر المتعلق بهذه العمليات إلى الوزير الذي يمكنه تبعا للظروف أن يأمر بإعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف أو بفسخ الصفقة دون قيد أو بمتابعة النظام المباشر بالإدارة***»، بالتالي يظل المقاول الأصلي مسؤولا عن الأشغال، غير أنّه يستبعد مؤقتا عن تنفيذ العمل الذي عجز عن القيام به مع إمكانه الاحتفاظ بحقه بمتابعة العمليات شريطة أن لا يعرقل تنفيذ أوامر المصلحة[1].
- يترتب عن جزاء السحب حق حصول المصلحة المتعاقدة على النفقات الزائدة من مستحقات المقاول أو من مبلغ التأمين، وهذا ما نصت عليه الفقرة 7 من المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة[2]. أما إذا تحصلت المصلحة المتعاقدة على وفر مالي من جراء التنفيذ المباشر للأشغال بقيمة تقل عن المبلغ الأصلي للصفقة، فإنه لا وجه للمطالبة بها أو بأي جزء منها من قبل المقاول، لأنّ ذلك سيصبح حقا مكتسبا للمصلحة المتعاقدة[3].
- يكون للمصلحة المتعاقدة حق احتجاز كل أو بعض ما يوجد بمحل العمل من منشآت وآلات وأدوات ومواد... ولا يحق للمقاول المبعد المطالبة باستردادها قبل إتمام العمل.

---

[1] - تنص المادة 6/35من دفتر الشروط الإدارية العامة على أنّه: «***في حالة قيام الأشغال على النظام المباشر وخلال مدته، يسمح للمقاول بمتابعة العمليات ولا يجوز له عرقلة تنفيذ أوامر المهندسين،...***».
أنظر كذلك: د/سليمان محمد الطماوي، **الأسس العامة...**، مرجع سابق، ص528.

[2] - يقصد بمصطلح "النظام المباشر" الوارد في نص المادة أعلاه: التنفيذ المباشر للأشغال أي سحبها من المقاول وتنفيذها مباشرة من قبل المصلحة المتعاقدة على نفقة المقاول المتخلف ومسؤوليته.

[3] - أنظر المادة 8/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة، مرجع سابق.

كما يكون لها الحق أيضا في الاحتفاظ بها حتى بعد انتهاء العمل ضمانا لحقوقها[1] على شرط أن تكون صالحة للاستعمال، أما ما يزيد على ذلك فيكلف المقاول بنقلها من موقع الأشغال[2].

-لا يجوز الجمع بين جزاء سحب العمل من المقاول وبين فسخ الصفقة، لأنّ جزاء السحب يفترض بقاء الرابطة العقدية، أما الفسخ فإنه يتضمن إنهاؤها والجمع بينهما يعني انعدام العقد واعتباره كأنه لم يكن ثم استمراره في نفس الوقت منتجا لآثار معينة، وهو ما لا يمكن التسليم به[3].

وباعتبار سحب العمل من المقاول هو إجراءمؤقت، فإنّه يمكن للمقاول أن يطلب إنهاءهوا ٍعادة الأعمال إليه لإتمام تنفيذها، إذا أثبت أنه أصبح يملك من الوسائل الكافية، ما يمكنه من استئناف الأعمال والوصول بها إلى نهاية مرضية وهذا ما تقضي به الفقرة 6 من المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة، كما يمكن أن ينتهي هذا الإجراء المؤقت بفسخ الصفقة.

رابعا-رقابة القضاء على قرار المصلحة المتعاقدة بسحب العمل من المقاول

يحق للمقاول أن ينازع أمام القضاء في صحة إجراء سحب العمل منه، إذ يعد هذا الأخير من الإجراءات التي تخضع فيها المصلحة المتعاقدة لرقابة القضاء، إذا ثبت أن هذا

---

[1] - سعيد عبد الرزاق باخبيره، **سلطة الإدارة الجزائية...**، مرجع سابق، ص259.

[2] - د/محمود أبو السعود، **سلطة الإدارة في الرقابة...**، مرجع سابق، ص260.

أنظر المادة 2/23 من دفتر الشروط الإدارية العامة، مرجع سابق.

[3] - د/محمد فؤاد عبد الباسط، **العقد الإداري...**، مرجع سابق، ص348-349.

كذلك: د/سليمان محمد الطماوي، **الأسس العامة...**، مرجع سابق، ص529-530.

«يجب على الإدارة حين تسحب العمل أن تتوقف عن فرض الغرامات التأخيرية على المقاول وذلك من تاريخ السحب حيث لا يجوز الجمع بين الغرامات التأخيرية وسحب العمل، لأنّ المقاول لم يعد حرا في إكمال العمل والسيطرة عليه».

أنظر: د/ محمود خلف الجبوري، **العقود الإدارية**، مرجع سابق، ص155.

الإجراء صدر معيبا سواء من حيث الشكل، لصدوره من غير السلطة المختصة، أو من حيث الموضوع، لعدم ثبوت خطأ المقاول.

غير أنّه هناك جدال حول مسألة التكييف القانوني لعملية سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه في بيان ما إذا كانت تدخل ضمن القرارات الإدارية، أمأنّها مجرد إجراء من الإجراءات التي تتخذها المصلحة المتعاقدة في منطقة العقد وتنفيذا له. ولتوضيح ذلك يتعين التفرقة بين نوعين من القرارات التي تصدرها المصلحة المتعاقدة في شأن الصفقات العمومية و العقود الإدارية بصفة عامة:

- **النوع الأول** يتضمن القرارات التي تصدرها المصلحة المتعاقدة أثناء المر احل التمهيدية للتعاقد وقبل إبرام الصفقة، والتي يطلق عليها القرارات الإدارية المنفصلة، ومن هذا القبيل القرارات الإدارية المتضمنة الإعلان عن الصفقة العمومية وقرار المنح المؤقت أو قرار استبعاد أي عرض، فهذه القرارات جميعها قرارات منفصلة يجوز الطعن فيها استقلالا بالإلغاء[1] ولا يترتب إلغاؤها بالضرورة إلغاء الصفقة[2]لأنّها قرارات إدارية نهائية يخضع إلغاؤها لاختصاص المحاكم الإدارية باعتبارها جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية[3]، كما يخضع إلغاؤها أيضا لاختصاص مجلس الدولة إذا كانت هذه القرارات الإدارية صادر ة عن سلطات الإدارية المركزية[4].

- **النوع الثاني:** يتضمن القرارات التي تصدرها المصلحة المتعاقدة تنفيذا للصفقة واستنادا إلى نص من نصوصها، وهذه القرارات ترتبط بالصفقة ارتباط الجزء بالكل الأمر

---

[1] - سلوى بزاحي، **رقابة القضاء الإداري ...**، مرجع سابق، ص104-105.

[2]- Alix PERRIN, Laure MARCUS, **« Annulation de l'acte détachable du contrat et distinction des contentieux »,** In Juris classeur-Droit Administratif, N°01, 2006, p5.

[3] - أنظر المواد 800، 801، 804 من القانون رقم 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ، مرجع سابق.

[4] - عبد الغني بولكور، **المنازعات الناشئة ...**، مرجع سابق، ص252-253.

-أنظر المادة 901 من القانون رقم 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ، المرجع السابق.

الذي يجعل الطعن عليها بالإلغاء استقلالا عن العقد غير جائز، مثال ذلك القرار الصادر بمصادرة التأمين أو سحب العمل من المقاول[1]. فالمنازعات الناشئة عن هذه القرارات إذا ما شابها خطأ أو سوء تقدير، تخضع لاختصاص القضاء الإداري على أساس دعوى القضاء الكامل[2]. فالقاضي الإداري هنا لا يحكم بإلغاء القرار الذي يقضي بسحب العمل من المقاول بل يتجه إلى الاكتفاء بالتعويض.

وعلى مقتضى ما تقدم، لا يكون القرار الصادر بسحب العمل من المقاول قرارا إداريا منفصلا، وإنما هو مجرد إجراء تتخذه المصلحة المتعاقدة استنادا إلى نص من نصوص الصفقة المبرمة بينها وبين المقاول، ومثل هذا الإجراء لا ينهي التعاقد لأنه إجراء مؤقت[3].

أما فيما يخص القرارات الإدارية المحصنة من الرقابة القضائية والمتمثلة في أعمال السيادة، فهي قرارات إدارية تحتوي على جميع عناصر القرار الإداري القابل للإلغاء لكن القاضي الإداري المختص لا يستطيع إلغاؤها كونها تتعلق بالسيادة وموضوعاتها تخرج عن مجال اختصاصه النوعي[4].

الفرع الثاني

الشراء على حساب ومسؤولية المورد في صفقة التوريد

يحق للمصلحة المتعاقدة أن توقع جزاءات ضاغطة أخرى بالإضافة إلى جزاء سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة، فبإمكانها توقيع جزاء الشراء على حساب

---

[1] - د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **الأسس العامة...**، مرجع سابق، ص358.

[2] - أنظر المادة 801 من القانون رقم 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ، المرجع السابق.

[3] - د/أحمد محمود جمعه، **العقود الإدارية...**، مرجع سابق، ص360.

[4] - عمور سلامي، **الوجيز في قانون المنازعات الإدارية (نسخة معدلة ومنقحة طبقا لأحكام قانون رقم 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ)**، الجزائر، 2009، ص75.

المورد وتحت مسؤوليته، والذي يمثل صورة الجزاء الضاغط بالنسبة لصفقة اللوازم أو التوريد[1].

يمكن تعريف جزاء الشراء على حساب المورد على أنّه: «إجراء تتخذه المصلحة المتعاقدة تجاه المورد المتعاقد معها، الذي تخلف عن توريده الأصناف المتعاقد عليها بموجب الصفقة المبرمة في المدة المحددة، أو تخلف عن توريدها بالمواصفات المطلوبة والمحددة في العقد، وذلك بشراء هذه الأصناف على نفقته وتحت مسؤوليته»[2].

يعتبر هذا الإجراء من وسائل الضغط المكرسة قضاء والمعتمدة فقها، ذلك أن لموضوع الصفقة صلة وثيقة بفكرة استمرارية المرفق العام وخدمة الجمهور. فلا يمكن التسليم بتوقف نشاط المرفق، بسبب تقصير المورد المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة، بل ينبغي الاعتراف لها ولضمان أداء الخدمة باللجوء لمورد آخر تختاره فيزودها بالمادة موضوع الصفقة ويتحمل الطرف المقصر النتائج المالية الناجمة عن هذا التنفيذ[3].

وعلى هذا الأساس، فإنّ الشراء على حساب المورد من الجزاءات المقررة بقوة القانون والمتعلقة بالنظام العام، فهي قائمة حتى ولو لم تنص عليها الصفقة وهذا ما قرره مجلس الدولة الفرنسي[4].

---

[1] -يعرف عقد التوريد أو صفقة اللوازم بأنّه: «***اتفاق تبرمه المصلحة المتعاقدة مع شخص آخر يسمى المورد (fournisseur) وذلك بقصد تموينها وتزويدها باحتياجات من المنقولات***».

أنظر: د/ محمد الصغير بعلي، **العقود الإدارية**، مرجع سابق، ص23.

كما نص المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم في المادة 4/13على أنّه: «***تهدف صفقة اللوازم إلى اقتناء المصلحة المتعاقدة أو إيجار عتاد أو مواد موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد***».

[2] - سعيد عبد الرزاق باخبيره، **سلطة الإدارة الجزائية...**، مرجع سابق، ص262.

[3] - د/عمار بوضياف، **الصفقات العمومية...**، مرجع سابق، ص155.

[4] - سعيد عبد الرزاق باخبيره، **سلطة الإدارة الجزائية...**، مرجع سابق، ص263.

لم يسبق للمرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، أن نص على جزاء الشراء على حساب ومسؤولية المورد في حالة تخلفه عن توريد الأصناف المتفق عليها في الصفقة.

وعلى غرار جزاء سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة فإنّ الأمر يسير على ذات الوتيرة في صفقة اللوازم، إذ حتى يكون بوسع المصلحة المتعاقدة توقيع هذا الجزاء على المورد، يجب توفر شروط لممارسته (أولا)، وخصائص يتميز بها عن سائر الجزاءات الضاغطة الأخرى (ثانيا) وذلك حتى يرتب آثاره القانونية (ثالثا)،غير أنّه وإن كان هذا الجزاء حق للمصلحة المتعاقدة، توقعه بنفسها إلاّ أنّه يخضع لرقابة القضاء (رابعا).

أولا-شروط جزاء الشراء على حساب ومسؤولية المورد

يشترط لتطبيق جزاء الشراء على حساب ومسؤولية المورد عدة شروط وذلك حتى لا تتعسف المصلحة المتعاقدة في توقيعه، من بينها وجود خطأ يتسم بجسامة معينة من قبل المورد وكذلك ضرورة اعذاره قبل اتخاذ أي إجراء وأن يصدر قرار المصلحة المتعاقدة الذي تتخذه بهذا الشأن مشروعا.

1-وجود خطأ يتسم بجسامة معينة من قبل المورد

يجب أن يكون الفعل الذي يرتكبه المورد أثناء تنفيذه لصفقة اللوازم على درجة من الجسامة، حتى يبرر الشراء على حسابه وتحت مسؤوليته. أما الأفعال التي تكون دون ذلك فإنّها لا تكون خطأ مبررا لاتخاذ هذا الإجراء.

ومن الأخطاء التي تبرر الشراء على حساب ومسؤولية المورد العاجز ما يلي:

- التأخير الجسيم عن تسليم الأصناف المتعاقد عليها.
- الامتناع أو العجز عن تنفيذ التوريد.

- تنفيذ الصفقة على وجه غير مرض كعدم مطابقة الأصناف الموردة للمواصفات المتعاقد عليها، أو إحلال المتعهد لغيره من دون موافقة المصلحة المتعاقدة.
- الإهمال في تنفيذ الالتزامات التي تفرضها عليه الصفقة على وجه يعرض المرفق العام للخطر[1].

ذكرتهذه الأخطاء على سبيل المثال وليس الحصر، رغم أنّ بعض تشريعات الدول الأخرى[2]، أشارت في نصوصها لبعض الأفعال التي بناء عليها يحق للمصلحة المتعاقدة توقيع جزاء الشراء في صفقات اللوازم، أما في غير ذلك، فإنّ للمصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية في تقدير مدى جسامة الفعل الذي بموجبه تقرر جزاء الشراء.

أما المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية فإنّه لم يتطرق للأفعال أو الأخطاء التي تبرر مثل هذا الجزاء.

2-وجوب الإعذار

يجب على المصلحة المتعاقدة التقيّد بشرط الإعذار قبل اتخاذ أي إجراء ضاغط بما فيه الشراء على حساب ومسؤولية المورد العاجز عن التوريد وذلك بمنحه مهلة أولية بإخطاره بوجوب تنفيذ التزامه، مع توقيع غرامة إذا اقتضى الأمر ذلك.

يعتبر شرط الإعذار ضرورة تقتضيها طبيعة هذا الجزاء بالنظر إلى مترتباته القانونية على المورد المستبعد، إضافة إلىذلك، فإنّ مجلس الدولة الفرنسي قد حرص على وجوب اعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه، ولا يوجد أي سبب لاستبعاد هذا المبدأ[3].

---

[1] - سعيد عبد الرزاق باخبيره**سلطة الإدارة الجزائية...**، مرجع سابق، ص265.

[2] - مثلا في مصر لوحظ أن لائحة المناقصات والمزايدات تضمنت بعض النصوص التي أشير فيها لبعض تلك الأفعال التي توجب توقيع جزاء الشراء على حساب المورد.

[3] - سهام بن دعاس، **المتعامل المتعاقد...**، مرجع سابق، ص130.

وفي حالة تخلف الإعذار، فإنّ الشراء على حساب وتحت مسؤولية المورد يعتبر معيبا لا يحتمل نتائجه، لكن ليس ثمة ما يمنع المصلحة المتعاقدة من اشتراط النص في الصفقة أو دفتر الشروط على إعفائها من شرط الإعذار المسبق، قبل تطبيقها لجزاء الشراء على حسابه وتحت مسؤوليته[1].

ثانيا-خصائص جزاء الشراء على حساب ومسؤولية المورد

حتى تتمكن المصلحة المتعاقدة من التفرقة بين جزاء الشراء على حساب ومسؤولية المورد في صفقة اللوازم وغيرها من الجزاءات التي تدخل في طائفتها، لابد من خصائص تميزه ويأتي عرضها فيما يلي:

- يعد الشراء على حساب المورد إجراء مؤقت لا يتضمن إنهاء صفقة اللوازم بل يظل المورد مسؤول أمام المصلحة المتعاقدة[2]، حيث تقوم هذه الأخيرة بشراء المواد والأصناف التي لم يقم المورد العاجز بتوريدها على حسابه وتحت مسؤوليته المالية[3].
- تتخذ المصلحة المتعاقدة جزاء الشراء على حساب ومسؤولية المورد المقصر عن تنفيذ صفقة اللوازم بنفسها، دون وساطة القاضي، ومن دون اشتراط النص على هذا الجزاء في الصفقة[4].

---

[1] - د/ محمود خلف الجبوري، **العقود الإدارية**، مرجع سابق، ص156.

[2] - د/ حسن محمد هند، محمد حسن علي حسن، **الجديد في المشكلات العملية لقانون المناقصات والمزايدات**، دار الكتب القانونية، مصر، 2002، ص421.

[3] - د/ محمود خلف الجبوري، **العقود الإدارية**، المرجع السابق، ص156.

[4] - سعيد عبد الرزاق باخبيره، **سلطة الإدارة الجزائية...**، مرجع سابق، ص267.

- يعتبر الإعذار السابق المقدمة العادية لأي إجراء ضاغط، ولا يوجد هنا أي سبب لاستبعاد هذا المبدأ، فإجراء الشراء على حساب المورد من الجزاءات التي تتميز بخاصية الإعذار قبل توقيعها.

- إن جزاء الشراء على حساب ومسؤولية المورد، من وسائل التنفيذ العيني التي تتلاءم مع السرعة والمرونة، على وفق ما يقتضيها حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد، فهي تهدف إلى إرغام المتعامل المتعاقد على أداء التزاماته التي قصر فيها[1].

ثالثا-الآثار القانونية للشراء على حساب ومسؤولية المورد

يترتب على الجزاء الموقع من طرف المصلحة المتعاقدة بالشراء على حساب ومسؤولية المورد عدة أثار قانونية نذكر أهمها فيما يلي:

- يترتب على جزاء الشراء على حساب المورد المقصر، شراء المصلحة المتعاقدة المواد والأصناف التي لم يقم المورد بتوريدها بنفسها أو بواسطة مورد آخر على نفقة المورد العاجز، ولها أن تختاره بالطريقة التي تراها مناسبة[2]. بالتالي يظل المورد الأصلي مسؤولا أمام المصلحة المتعاقدة مع بقاء العلاقة العقدية بينهما.

- يتحمل المورد الأصلي النتائج المالية كافة، التي تترتب على إجراء الشراء على حسابه بما في ذلك حالة الشراء بأسعار أقل من الأسعار التي تقدم بها المورد المقصر في الصفقة الأصلية، ففي هذه الحالة لا يحق لهذا الأخير المطالبة بهذا

[1] - سعيد عبد الرزاق باخبيره، **سلطة الإدارة الجزائية...**، مرجع سابق، ص264.

[2] - يوسف بركات أبودقة، **امتيازات الإدارة...**، مرجع سابق، ص127-128.

الفرق لأنّه يكون من حق المصلحة المتعاقدة[1].وإذا كان السعر أعلى من السعر المتفق عليه أصلا، فيكون على عاتق المورد العاجز[2].

- تلتزم المصلحة المتعاقدة بشراء الأصناف التي لم يقم المورد بتوريدها وفقا للشروط والمواصفات المتعاقد عليها وليس من حقها أن تشتري أصناف من غير المتعاقد عليها، إلا أنها تستطيع أن تشتري أصنافا مغايرة من حيث درجة الجودة بالزيادة أو النقصان إذا تعذر الحصول على الصنف الأصلي المتعاقد عليه. وفي مثل هذه الحالة يكون من حق المصلحة المتعاقدة أن تحاسب المورد المقصر على فرق السعر إن كان بالزيادة وأيضا فرق الجودة إن اضطرت إلى شراء أصناف أقل من المتعاقد عليها أصلا[3]إذ أن تسيير المرفقالعام في أيّة صورة خير من تعطيله.
- تعدّ المصلحة المتعاقدة في حالة الشراء على حساب المورد المستبعد بمنزلة الوكيل عنه. وترتيبا على ذلك يقع عليها الالتزام ببذل العناية التي تبذلها في أعمالها الخاصة أثناء إجراء عملية الشراء تحت مسؤوليته[4]. وعليه، في هذه الحالة أن تأخذ بعين الاعتبار القواعد العامة لأحكام الوكالة الواردة في التقنين المدني الجزائري[5]. فإذا تسببتتصرفاتها زيادة أعباء المتعاقد المالية، فإنّه لا يتحمل منها إلا الفرق الذي تسبب بخطئه في إحداثه[6].

---

[1] - د/أحمد محمود جمعه، **العقود الإدارية...**، مرجع سابق، ص362.

[2] - د/ناصر لباد، **القانون الإداري...**، ج2، مرجع سابق، ص441.

[3] - د/ محمد فؤاد عبد الباسط، **العقد الإداري...**، مرجع سابق، ص340-341.

[4] - المرجع نفسه، ص347.

أنظر كذلك: د/حسن محمد هند، محمد حسن علي حسن، **الجديد في المشكلات العملية...**، مرجع سابق، ص422.

[5] - أنظر المواد من 571 إلى 589 من الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

[6] -د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **تنفيذ العقد الإداري...**، مرجع سابق، ص95.

أنظر كذلك: د/سليمان محمد الطماوي، **الأسس العامة...**، مرجع سابق، ص534.

– لا يجوز الجمع بين الشراء على نفقة المورد وفسخ الصفقة في نفس الوقت،لأن الجمع بينهما يعني انعدام الصفقة وكأنها لم تكن، إلاّ أنّه يحق للمصلحة المتعاقدة أن تجمع بين جزاءات متعددة طالما تحقق السبب المخول لتوقيع كل منها فغرامة التأخير وسيلة لمنع التأخير في التوريد وجزاء يوقع بسبب التأخير، أما الشراء على نفقة المورد يكون بعد أن تثبت عجزه عن التوريد، بينما إلغاء الصفقة يكون عن تكرار العجز عن التوريد[1].

رابعا - الرقابة القضائية على جزاء الشراء على حساب ومسؤولية المورد

يحق للمورد المستبعد في منازعة صحة قرار الإدارة بتطبيق جزاء الشراء على حسابه وتحت مسؤوليته أمام القضاء المختص إذا كان مشوبا بعيوب المشروعية، غير أن هذا القرار يعتبر من قبيل القرارات التي تتخذها المصلحة المتعاقدة تنفيذا لصفقة اللوازم واستنادا إلى نص من نصوصها، شأنه في ذلك شأن القرار الذي يقضي بجزاء سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة.

لا تخضع المنازعات الخاصة بالشراء على نفقة المورد لدعوى الإلغاء التي محلها هو القرار اتـالإدارية النهائية المستوفية لجميع عناصر القرار الإداري، وا ٍنما منازعاتها تختص بها دعاوى القضاء الكامل فالقاضي الإداري هنا ملتزم بالحكم في منازعة مالية بحتة وتقتصر ولايته فقط على بحث الحق في التعويض عنه وهذا راجع إلى كون المنازعة في العقد الإداري لا تدور حول قرار إداري أصدرته الإدارة بإرادتها المنفردة، بل تدور حول عقد إداري يمثل توافقا لإرادتين إحداهما جهة الإدارة[2].

---

[1] - د/سليمان محمد الطماوي، **الأسس العامة...**، مرجع سابق، ص536.

[2] - **القرار المتصل بالعقد الإداري**، أنظر الموقع: http://www.startimes.com/f.aspx?t=16253729 , le 26/06/2012

المبحث الثاني:

سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات الفاسخة

تتدرج الجزاءات التي تملك المصلحة المتعاقدة توقيعها على المتعامل المتعاقد معها سواء كان مقاولا أو موردا –بمقتضى النصوص المنظمة للصفقات العمومية ودفاتر الشروط الإدارية العامة- حسب درجة الخطأ الذي يرتكبه كل منهما، فكلما كان الخطأ جسيما كلما تدرجت العقوبة إلىدر جة أشد قساوة.

يعد الجزاء الفاسخ من أعنف الجزاءات التي تملك المصلحة المتعاقدة توقيعها، ويعد أيضا الامتياز السلطوي الأخير الذي تلجأ إليه الإدارة عندما تتأكد أن المتعامل المتعاقد معها أصبح غير قادر على الوفاء بالتزاماته اتجاهها وفاء كاملا أو أنه أخل بها إخلالا جسيما، وأمام هذا الوضع، فإن ّ المصلحة المتعاقدة تجد نفسها مضطرة إلى توقيع أخطر جزاء تملكه إذا لم تفلح الجزاءات المالية والضاغطة في تقويم المتعامل المتعاقد معها.

تستمد المصلحة المتعاقدة سلطتها في توقيع الجزاءات الفاسخة استنادا إلى حقها في استعمال امتياز التنفيذ المباشر وهو الأمر الذي لا نجد له نظير في مبادئ القانون الخاص وأساس هذه السلطة هو نفس أساس السلطات الأخرى الممنوحة للمصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية، والمتمثل في مقتضيات سير المرفق العام بانتظام واطراد.

تستهدف سلطة توقيع الجزاءات الفاسخة إنهاء الرابطة التعاقدية وقطع العلاقة بينها وبين المتعامل المتعاقد معها، مما يعني فسخ الصفقة العمومية قبل نهايتها الطبيعية لأخطاء معينة تطرأ أثناء تنفيذها. ولكن ليس كل فسخ توقعه المصلحة المتعاقدة يعتبر بمثابة جزاء بسبب التقصير الجسيم من طرف المتعامل المتعاقد معها، بل بإمكانها أن تتفق مع الطرف

المتعاقد معها على توقيع الفسخ التعاقدي[1] المنصوص عليه في قانون الصفقات العمومية وفي دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقة الأشغال العامة[2]، ودون أي خطأ أو تقصير من المتعامل المتعاقد، بل يتم الفسخ باتفاق مشترك بين الطرفين.

تتمتع كذلك المصلحة المتعاقدة بالإضافة إلى الفسخ التعاقدي، بسلطة فسخ الصفقة بإرادتها المنفردة ووفقا لتقديرها، ومن دون خطأ من جانب المتعاقد معها، إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، وهذا ما يطلق عليه فسخ الصفقة لدواعي المصلحة العامة، وهذه كانت الصورة الأولى لفسخ الصفقة بالإرادة المنفردة، أما الصورة الثانية فهي تتمثل في سلطة إنهاء الصفقة بالإرادة المنفردة لخطأ من المتعامل المتعاقد ويعد الفسخ في هذه الصورة جزاء ر ادعا توقعه المصلحة المتعاقدة على المتعاقد المخل بالتزاماته إخلالا جسيما، وهذا ما يطلق عليه الفسخ الجزائي للصفقة العمومية الذي هو موضوع الدراسة هنا.

لكون الفسخ الجزائي أحد الجزاءات الخطيرة بطبيعتها، فلا تستطيع المصلحة المتعاقدة ممارسته إلاّ في حالة ارتكاب أفعال جسيمة، مما لا يترك لها أي خيار سوى استخدامه كوسيلة لحماية مبدأ استمرار ودوام المرفق العام،ولما كان الهدف كذلك، فإنّه ينبغي الوقوف عند دراسة الأحكام المنظمة للفسخ الجزائي (المطلب الأول) وتوضيح أنواعه وما قد يترتب عنها من آثار (المطلب الثاني).

---

[1] - تنص المادة 113 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم على أنّه: ***«زيادة على الفسخ من جانب واحد...، يمكن القيام بالفسخ التعاقدي للصفقة حسب الشروط المنصوص عليها لهذا الغرض...».***

[2] - أنظر المواد 30، 31، 33، 34 من دفتر الشروط الإدارية العامة، مرجع سابق.

أنظر كذلك:

- K.AOUDIA, M.LALLEM, M.SABRI, **Guide de gestion...,** Op.cit, p.168-170.

المطلب الأول

الأحكام المنظمة للفسخ الجزائي

تنص المادة 112 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم على أنّه: «***إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة اعذار ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد.***

وا ن لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد...».

يتضح من المادة أعلاه أنّ سلطة الفسخ الجزائي أو الفسخ من جانب واحد كما أطلق عليه المشرع الجزائري، تستمد أساسها القانوني من النصوص المنظمة للصفقات العمومية، تفرضها المصلحة المتعاقدة بالإرادة المنفردة على المتعاقد الذي يخل بالتزاماته إخلالا جسيما أثناء تنفيذه الصفقة العمومية، كما تملك حق توقيع هذا الجزاء حتى ولو لم تنطوي الصفقة على نص يقررها ودون حاجة للجوء إلى القضاء، ولا يمكن الاتفاق على استبعادها، وهذا مظهر آخر تميزت به الصفقات العمومية عن العقود المدنية لأن المتعاقد في ظل القانون المدني لا يملك أحقية الفسخ المنفرد بل يلجأ للقاضي. ونظرا للطبيعة المميزة لهذا الجزاء لبد من تحديد مفهومه لتفادي أي التباس مع المفاهيم الأخرى (الفرع الأول)، وكذلك باعتبار الفسخ الجزائي من قمة الجزاءات التي تفرضها المصلحة المتعاقدة وأخطرها ينبغي توضيح الخصائص التي ينفرد بها (الفرع الثاني).

الفرع الأول
مفهوم الفسخ الجزائي

الأصل أن الصفقات العمومية تنقضي بالطرق الطبيعية، سواء بتنفيذ الالتزامات التعاقدية القائمة، أو بانتهاء مدتها القانونية إلا أنها قد تنتهي نهاية مبتسرة في حالة الفسخ الجزائي كأحد الجزاءات التي توقعها المصلحة المتعاقدة بنفسها استنادا إلى النصوص المنظمة للصفقات العمومية ودفتر الشروط الإدارية العامة، فيستوجب ذلك إعطاء تعريف له لفهم المعنى المقصود منه (أولا) وتبيان الشروط الواجب توفرها لتطبيق هذا الجزاء الخطير حتى لا تتعسف المصلحة المتعاقدة في توقيعه (ثانيا)، وباعتبار الفسخ يؤدي إلى قطع العلاقة التعاقدية بين طرفي الصفقة فإنه ينبغي تمييزه عن النظم القانونية المشابهة له (ثالثا).

أولا- تعريف الفسخ الجزائي

يمكن تعريف الفسخ أنّه «**جزاء تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة عندما يثبت لها بصورة قاطعة عجز أو عدم مقدرة المتعاقد في تنفيذ الالتزامات محل التعاقد بصورة مرضية والتي منها عدم مراعاة تنفيذ الأعمال، أو عدم تسليم التوريدات في المواعيد المقررة تنتهي بمقتضاه الرابطة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة وبين المتعاقد معها**»[1].

يأتي الفسخ الجزائي لصفقة الأشغال العامة وصفقة اللوازم غالبا تاليا لجزاء سحب العمل من المقاول والشراء على حساب المورد على التوالي، وذلك حينما تقدر المصلحة المتعاقدة عدم جدوى هذين الجزاءين الأخيرين.

[1] - د/ محمود أبو السعود، **سلطة الإدارة في الرقابة...**، مرجع سابق، ص100.

يمكن تعريف الفسخ الجزائي في صفقة الأشغال العامة على أنّه: «الجزاء الشديد الذي تستطيع المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع أن توقعه على المقاول المقصر في تنفيذ التزاماته الناشئة عن الصفقةو الذي يترتب عليه استبعاد المقاول نهائيا من تنفيذ الأشغال موضوع الصفقة، أو من الاستمرار في تنفيذها».

يقصد به في مجال صفقة اللوازم: «إنهاء صفقة اللوازم بصفة قاطعة، بانقضاء الرابطة التعاقدية القائمة بين المصلحة المتعاقدة والمورد بصفة نهائية، ومن ثم استبعاد المورد عن تنفيذ الأداءات والتوريدات محل الصفقة المبرمة، نتيجة الأخطاء الجسيمة التي يرتكبها»[1].

وتجدر الإشارة أن قانون الصفقات العمومية لم يعط تعريفا للفسخ الجزائي بل اكتفى بالإعلان عنه، إلاّ أنّه يمكن استنتاجه من تفسير المادة[2] التي نصت عليه. فالفسخ الجزائي بصفة عامة لا يعدو عن كونه جزاء إداريا رادعا نهائيا، وا ٍن اختلف نوع الصفقة العمومية.

ثانيا- شروط تطبيق الفسخ الجزائي

يشترط لكي تباشر المصلحة المتعاقدة سلطتها في توقيع الفسخ الجزائي، أن يرتكب المتعاقد خطأ جسيما وأن تقوم بإذاره وا ٍعطائه أجل محدد قبل توقيع هذا الجزاء نظرا لخطورة الآثار المترتبة عنه.

[1] - د/ نصر الدين محمد بشير، **غرامة التأخير** ...، مرجع سابق، ص362.

[2] - أنظر المادة 112 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

1-الخطأ الجسيم

يشترط لتوقيع جزاء الفسخ من جانب واحد، كجزاء رادع تنهى به الصفقة العمومية أن يكون الفعل الذي يصدر من المتعامل المتعاقد أثناء مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية على درجة كبيرة من الجسامة، وا ٍلاّ عدّ إجراء المصلحة المتعاقدة باطلا من الناحية القانونية[1].

يقصد بالخطأ الجسيم في مجال تنفيذ الصفقات العمومية إخلال المتعاقد بالتزام تعاقدي أو قانوني جوهري، إذ يمكن القول أن الأفعال التي تبرر الفسخ الجزائي يجب أن تكون أشد جسامة من تلك المتطلبة لتوقيع الجزاءات الضاغطة أو يمكن اعتبار تكرار هذه الأفعال مبررا كافيا لتوقيع جزاء الفسخ، ويرجع تقدير مدى جسامة الخطأ وكفايته لتقرير جزاء الفسخ، إلى المصلحة المتعاقدة تحت رقابة القضاء.

استقرت أحكامهجلس الدولة الفرنسي على أنّ عدم تنفيذ الأوامر المصلحية التي تصدرها المصلحة المتعاقدة تعد من قبيل الأخطاء الجسيمة التي تبرر فسخ الصفقة[2].

أما فيما يتعلق بمسلك المشرع الجزائري في مرسوم الصفقات العمومية[3] فقد ذكر بعض الأفعال التي تبرر الفسخ الجزائي، بعبارات عامة تخلو من التفصيل، يتضح ذلك في المادة 112من المرسوم الرئاسي المذكور أعلاه التي تنص على أنّه: «***إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة اعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد.***

وا ٍن لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد...».

---

[1] - د/ محمود أبو السعود، **سلطة الإدارة في الرقابة...**، مرجع سابق، ص270.

أنظر كذلك: د/ناصر لباد، **القانون الإداري...**، ج2، مرجع سابق، ص442

[2] - د/ محمود أبو السعود، **سلطة الإدارة في الرقابة...**، المرجع السابق، ص270-271.

[3] - المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

يستنتج من هذه المادة قصد المشرع بصدد أفعال جزاء الفسخ، فجعل من كل إخلال بالالتزامات التعاقدية، أخطاءتبرر توقيع الفسخ، غير أنّه يفضل ذكر الحالات الرئيسية حتى تتبين اتجاهات المشرع في هذا الشأن. ومع ذلك تؤدي دفاتر الشروط الإدارية العامة دورا ملحوظا، إذ أنها تكمل البناء التشريعي، فقد نجدها تضمنت أحكام فسخ الصفقة وأشارت إلى العديد من الأخطاء التي يرتكبها المقاول والتي تعتبر من قبيل الأخطاء التي تبرر الفسخ والمتمثلة فيما يلي:

- عدم مباشرة المقاول للأشغال في الآجال المحددة في أوامر المصلحة الصادرة عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري[1].
- عدم الالتزام الدقيق بتنفيذ أوامر المصلحة[2].
- رفض المقاول للتغييرات المفروضة عليه خلال العمل، كالأوامر الصادرة من المهندس المعماري[3].
- وقوع أعمال التدليس والمخالفات المتكررة لشروط الشغل، أو التقصير الخطير في الالتزامات المتعاقد عليها[4]، ففي هذه الحالة فإن المصلحة المتعاقدة لا تكتفي بتوقيع جزاء الفسخ نظرا لجسامة هذا الفعل بل يتعدى ذلك إلى إقصاء المقاول لوقت محدد أو إقصائه نهائيا من الصفقات التي تجريها إدارتها.
- ترك مواقع العمل وا يقاف تنفيذ الأشغال.

---

[1] - أنظر المادة 1/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة، مرجع سابق.

[2] - أنظر المادة 4/12، المرجع نفسه.

[3] - أنظر المادة 5/12، المرجع نفسه.

[4] - أنظر المادة 11/35، المرجع نفسه.

- التعامل الثانوي من دون موافقة المصلحة المتعاقدة[1].

أما فيما يخص صفقة اللوازم فإنه من الأخطاء الجسيمة التي تبرر الفسخ ما يلي:

- قيام المورد بتسليم أصناف رديئة جدا على غير ما اتفق عليه.
- توقف المورد عن تسليم التوريدات، أو توقفه عن تصنيع البضاعة المتفق عليها فالمصلحة المتعاقدة وحدها التي يحق لها وقف التوريد أو تأجيله.
- عدم تسليم الأصناف المطلوبة في المواعيد المحددة في صفقة اللوازم.
- اذا كان التأخير في التسليم مماثلا لعدم تنفيذ الصفقة.
- الغش والاحتيال الصادر من المورد المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة[2].

يستخلص مما سبق، أنّ جزاء فسخ صفقة الأشغال العامة وصفقة التوريد يستلزم بالضرورة صدور خطأ جسيم من المتعاقد، وإلا عدّ تعسفا من جانب المصلحة المتعاقدة.

ينبغيالتوضيح أنّ الأخطاء الجسيمة المبررة للفسخ[3] التي نص عليها المشرع صراحة، ذكرت على سبيل المثال لا الحصر، ومن ثم يجوز للإدارة اللجوء إلى فرض هذا الجزاء في غير الحالات المنصوص عليها، على أن تخضع في ذلك لرقابة القضاء بصدد

---

[1] - تنص المادة 3/11من دفتر الشروط الإدارية العامة على أنّه: «***إذا قام المقاول دون إذن، بالتعاقد مع مقاول فرعي أو قام بالمشاركة على الصفقة مع شركة أو جماعة يجوز عند ذاك ودون إنذار سابق تطبيق الإجراءات المنصوص عليها بالمادة 35 الواردة فيما بعد***».

- وتنص المادة 3/109 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236المعدل والمتمم على أنّه: «***ينبغي أن يحظى اختيار كل متعامل ثانوي وجوبا بموافقة المصلحة المتعاقد مقدما،...***».

[2] - سعيد عبد الرزاق باخبيره، **سلطة الإدارة الجزائية**....، مرجع سابق، ص331-334.

[3] - بالإضافة إلى الأخطاء التي تبرر توقيع جزاء الفسخ، فإنّ للمصلحة المتعاقدة الحق في فسخ الصفقة بحكم القانون وبدون تعويض وذلك في حالة إفلاس المقاول وفي حالة التسوية القضائية.

- أنظر المادة 2/37 من دفتر الشروط الإدارية العامة، مرجع سابق.

Voir : K.AOUDIA, M.ALLEM, M.SABRI, **Guide de gestion...,** Op.cit, p.171

تقدير ملاءمة الجزاء بعكس الحالات المنصوص عليها، فلا يجوز للقاضي التدخل للحكم على مدى ملاءمة الفسخ، احتراما لإرادة المشرع[1].

2-الإعذار

يشترط كذلك قبل توقيع الفسخ الجزائي ضرورة اعذار المتعاقد مقاولا كان أو موردا، مع تحديد أجل معقول لتنفيذ التزاماته حتى يتدارك المتعاقد أخطاءه وبالتالي محاولة تصليحها. فإذا انقضت مدة الإعذار ولم يستجيب لها كان للمصلحة المتعاقدة توقيع جزاء الفسخ عليه، لأنّه لافائدة من بقاء الصفقة قائمة طالما أنّه لا أمل في تنفيذها، وهو ما قررته المادة 112 المذكورة سابقا[2].

أحسن المشرع الجزائري[3] صنعا عندما نص في المادة أعلاه على وجوب توجيه اعذار للمتعامل المتعاقد بهدف الوفاء بالتزاماته خلال مدة معينة والوفاء بما تعهد به.

تطبيقا لنص هذه المادة صدر قرار[4] يهدف إلى تحديد البيانات التي يتضمنها الإعذار وآجال نشره، وقد نصت المادة 2منه على أنّه: ***«لا يمكن الفسخ من جانب واحد لصفقة من طرف مصلحة متعاقدة لا يتم إلا بعد اعذارين قانونيين للمتعامل المتعاقد العاجز»***.

---

[1] - د/محمود أبو السعود، **سلطة الإدارة في الرقابة...**، مرجع سابق، ص272.

[2] - المادة 112 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

[3] - نص المشرع الفرنسي كذلك على ضرورة الإعذار قبل توقيع جزاء الفسخ مع تحديد مهلة معقولة للمتعاقد لتنفيذ التزاماته، حتى في حالة عدم النص عليه في العقد وحتى في حالة سكوته. وأكدت أحكام مجلس الدولة الفرنسي أن الفسخ الجزائي الغير مسبوق باعذار يكون معيبا ومخالفا للقانون.

أنظر: د/نصر الدين محمد بشير، **غرامة التأخير...**، مرجع سابق، ص375-376.

[4] - قرار مؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1432 الموافق 28 مارس سنة 2011، يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وآجال نشره، ج.ر، العدد 24، الصادر في 20 أبريل سنة 2011.

تحدد المصلحة المتعاقدة الأجل الممنوح لتنفيذ موضوع هذين الإعذارين الذي يعتبر من البيانات الإلزامية التي يتضمنها الإعذار، وهذا الأخير لا يكون عاما وغير محدد بل ينبغي على المصلحة المتعاقدة التقيد بالشكلية المحددة من قبل المشرع[1].

يبلغ الإنذار إلى المتعامل المتعاقد برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام[2] وينشر في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن.ر.ص.م.ع) وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين، موزعتين على المستوى الوطني، كما يحرر باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل، ويسري مفعول هذا الإعذار ابتداء من تاريخ النشر الأول في (ن.ر.ص.م.ع) أو في الصحافة[3].

أما بالنسبة للقضاء الجزائري فثمة أحكام قضائية أشارت إلى ضرورة الإعذار المسبق للمتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ، ومن ذلك ما جاء عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا في قضية (توهامي الطاهر) ضد والي ولاية عنابة الذي جاء في مضمونه، أن الإدارة لم توجه إنذار للمتعامل المتعاقد معها قبل توقيع جزاء الفسخ، لاسيما وأن المادة 6 والمادة 35 من العقد تقتضيان ضرورة الإعذار المسبق قبل توقيع جزاء الفسخ، كما أن نص المادة 102 من المرسوم 82-145[4] المتضمن تنظيم الصفقات العمومية يقضي صراحة بضرورة الإعذار[5].

---

[1] - أنظر المادة 3 من القرار المحدد للبيانات التي يتضمنها الإعذار وآجال نشره، مرجع سابق.

[2] - أنظر المادة 4 من القرار نفسه.

[3] - أنظر المادة 5 من القرار نفسه.

[4] - مرسوم رقم 82-145 مؤرخ في 16 جمادي الثانية عام 1402 الموافق 10 أبريل سنة 1982 ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج. ر، العدد 15 (ملغى).

[5] - المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار مؤرخ في 28-07-1990، قضية (توهامي الطاهر) ضد (والي ولاية عنابة)، نقلا عن: سعيد عبد الرزاق باخبيره، **سلطة الإدارة الجزائية...**، مرجع سابق، ص350.

فالاعذار يعد شرطا أساسيا قبل توقيع جزاء الفسخ، لابد للمصلحة المتعاقدة أن تلتزم به، ومن دونه فالقرار الصادر بتوقيع الفسخ الجزائي يكون غير مشروع ويتعين إعفاء المقاول من النتائج الباهضة المترتبة عليه.

تعفى المصلحة المتعاقدة في بعض الحالات من الالتزام باعذار المتعاقد معها كحالة الاستعجال أو في حالة ما إذا كان جزاء الفسخ لاحقا لجزاء سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة، أو الشراء على حساب المورد في صفقة اللوازم، وكان قد سبقهما اعذار للمتعاقد، بشرط أن يكون جزاء الفسخ قد صدر عن نفس الأخطاء التي استلزمت جزاء السحب وجزاء الشراء، ولا محل للاعذار أيضا إذا أعلن المقاول أو المورد صراحة عن رفضه في تنفيذ الأشغال أو توريد الأصناف المتعاقد عليها أو إذا ثبت من الظروف عدم جدواه نتيجة لإخلال المتعاقد بالتزام جوهري. وفي كل الأحوال لا يكون الإعذار ضروريا إذا نص العقد صراحة على إعفاء الإدارة من هذا الالتزام[1].

ثالثا-تمييز الفسخ الجزائي عن النظم القانونية المشابهة له

يختلف الفسخ كجزاء توقعه المصلحة المتعاقدة على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته بدرجة جسيمة، في مجال الصفقات العمومية مع نظيره في عقود القانون الخاص، كما يختلف أيضا مع فسخ الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة رغم صدوره بالإرادة المنفردة للإدارة ويختلف أيضا عن الجزاءات الضاغطة.

1-تمييز الفسخ الجزائي عن الفسخ في عقود القانون الخاص

يعد الفسخ الجزائي امتياز وسلطة مقررة للمصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية ضمانا لحسن تنفيذها وبذلك تملك حق توقيعه بنفسها وبإرادتها المنفردة ودون حاجة

[1] - د/ محمود أبو السعود، **سلطة الإدارة في الرقابة...**، مرجع سابق، ص273.

اللجوء إلى القضاء، بينما المتعاقد في ظل القانون المدني لا يملك أحقية الفسخ المنفرد بل يلجأ للقاضي للمطالبة بالفسخ والتعويض[1].

لا يملك القاضي منح المتعامل المتعاقد مهلة معينة لتنفيذ التزامه الذي قصر في أدائه، لكونه لا يملك في الأصل تقدير احتياجات المرفق العام، على عكس القاضي المدني فإنّه يجوز له منح المدين أجلا زمنيا للتنفيذ[2].

يعتبر الفسخ الجزائي وسيلة وقائية لحماية المرفق العام، لذلك فإنّ الإدارة لا تهدف منه فقط مجازاة المتعاقد المخل بالتزاماته، إنّما المحافظة على مصالح الجمهور التي يقدمها المرفق العام، بينما يكون الهدف دائما من طلب الفسخ في عقود القانون الخاص هو الحصول على التعويضات من المتعاقد الآخر الذي قصر في تنفيذ التزاماته.

تملك المصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية واسعة في توقيع الفسخ في أي وقت تراه مناسبا، وفي تقدير الأفعال المبررة له، وهو الأمر الذي لا نجد له نظير لأي من المتعاقدين في عقود القانون الخاص.

2-تمييز الفسخ الجزائي عن الفسخ لدواعي المصلحة العامة

رغم التقارب الموجود بين هاتين الصورتين من الفسخ كونهما يصدران من المصلحة المتعاقدة بإرادتها المنفردة، إلا أن هذا لا يمنع من وجود اختلاف بينهما.

توقع المصلحة المتعاقدة الفسخ الجزائي للصفقة العمومية على المتعاقد معها نتيجة ارتكابه خطأ جسيما في تنفيذ التزاماته التعاقدية، بينما الفسخ لدواعي المصلحة العامة لا

[1] - د/عمار بوضياف، **الصفقات العمومية...**، مرجع سابق، ص158.

[2] - أنظر المادة 119 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

يتطلب صدور أي خطأ من جانب المتعامل المتعاقد، وا ٕذ ّ ما تستدعيه دواعي المصلحة العامة ومتطلبات تسيير المرافق العامة فتنتهي الصفقة قبل انتهاء مدتها[1].

لا يستحق المتعامل المتعاقد في الفسخ الجزائي للصفقة العمومية أي تعويض من المصلحة المتعاقدة عند استخدامها لسلطتها في الفسخ الجزائي لأن ّ فسخ الصفقة كان نتيجة لخطئه الجسيم، بينما في حالة الفسخ للمصلحة العامة يستحق المتعامل المتعاقد تعويضا كاملا عما لحقه من خسارة وعما فاته من كسب، حيث إنهاء العقد لم يكن نتيجة أي خطأ من جانب المتعامل المتعاقد بل كان نتيجة توفر أحد أسباب المصلحة العامة التي اقتضت إنهاء العقد[2].

---

[1] - د/مفتاح خليفة عبد الحميد، **المعيار المميز للعقد...**، مرجع سابق، ص209.

أنظر كذلك: د/محمد فؤاد عبد الباسط، **العقد الإداري....**، مرجع سابق، ص378.

- أحمد سويد **حق الإدارة في تعديل وفسخ وا ٕنهاء العقد بالإرادة المنفردة**، أنظر الموقع:
http://www.mohamoon-montada.com/Default.aspx?action=DISPLAY&id=90573&Type=3, le 26/07/2012.

[2] - د/نصر الدين محمد بشير، **غرامة التأخير...**، مرجع سابق، ص361.

-لمزيد من التفاصيل حول سلطة إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة، راجع: د/عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **تنفيذ العقد الإداري...**، مرجع سابق، ص130-139.

« ***La personne publique dispose toujours du droit de résilier unilatéralement le marché pour un motif d'intérêt général et ce, même en l'absence de clause contractuelle en ce sens.***
La contrepartie à ce droit est l'entière indemnisation du titulaire qui, par définition, n'a commis aucune faute ».
Voir : **La résiliation unilatérale des marchés publics par l'administration**, sur :
www.economie.gouv.fr/files/directions-services/daj/marches-publics/conseil-acheteurs/fiches-techniques/execution-marches/resiliation.pdf le 27/07/2012.

« ***Si un marché public est résilié pour un motif d'intérêt général, il est possible pour le titulaire de ce marché d'être indemnisé. Ce n'est pas le cas lorsque la résiliation est intervenue en raison des fautes commises par le titulaire*** ».
-Arrêt C.E N°264422 du 09-11-2007, SARL Gaz technique de France C/centre hospitalier intercommunal d'ElBoeuf .

Voir : **Fin du marché** : résiliation, sur : http://www.colloc.bercy.gouv.fr/colo-struct-marc-publ/juri-3/exec-marc-2/fin_march.html, le 27/07/2012.

3-تمييز الفسخ الجزائي عن الجزاءات الضاغطة

يعتبر كل من الفسخ الجزائي والجزاءات الضاغطة، جزاءات تصدر من قبل المصلحة المتعاقدة بالإرادة المنفردة بسبب الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذه للصفقة العمومية، ومع ذلك فإنّهما يختلفان من عدة جوانب.

يعد كل من جزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة وجزاء الشراء على حساب ومسؤولية المورد في صفقة اللوازم، جزاءات ضاغطة الهدف منها إجبار المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة على تنفيذ التزاماته والتي من خصائصها أنها مؤقتة لا يترتب عليها إنهاء الصفقة إنّما لضمان حسن تنفيذها، ومعنى ذلك،أنّه يمكن للمصلحة المتعاقدة رفع هذا الجزاء إذا ما أثبت المتعامل المتعاقد على مواصلة تنفيذ الصفقة، بينما المؤكد منه أن جزاء الفسخ يؤدي إلى إنهائها بصفة قطعية، بالتالي انقضاء العلاقة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد سواء كان مقاولا أو موردا.

يشمل الجزاء في الجزاءات الضاغطة على الالتزام الذي لم يؤديه المتعاقد، بينما في الفسخ الجزائي يشمل العقد كله ولا يمكن أن يفسخ جزء منه دون الآخر.

الفرع الثاني

خصائص الفسخ الجزائي

ينفرد الفسخ الجزائي الذي توقعه المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد معها إذا أخل بالتزامه التعاقدي إخلالا جسيما، بالعديد من السمات تميزه عن الجزاءات المالية والضاغطة حيث تملك المصلحة المتعاقدة حق توقيع مثل هذا الجزاء بنفسها دون اللجوء إلى القضاء (أولا)، كما أنّ الفسخ الجزائي من الجزاءات التي تتميز بخاصية الإعذار نظرا لخطورتها (ثانيا) ومن خصائصها أيضا خضوع قرار الفسخ للرقابة القضائية (ثالثا).

أولا-حق المصلحة المتعاقدة في توقيع الفسخ الجزائي بنفسها

تطبق المصلحة المتعاقدة جزاء الفسخ في حالة التقصير الجسيم للمتعامل المتعاقد بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء[1] بمقتضى ما تخوله لها النصوص المنظمة للصفقات العمومية[2] ودفاتر الشروط الإدارية العامة، وفضلا عن أنّ طبيعة الصفقة العمومية تقتضي ذلك وكذلك ضمان استمرارية المرافق العامة.

تملك المصلحة المتعاقدة فسخ الصفقة العمومية بنفسها بمقتضى قرار انفرادي صادر عنها، ومن دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء لطلب تقرير ذلك، وعلى ذلك لا يحق للإدارة أن تتنازل عن هذا الحق المخول لها.

يحق للمصلحة المتعاقدة أن تمارس سلطتها في الفسخ الجزائي، وإن لم ينص العقد أو دفتر الشروط صراحة على هذا الحق، مما يعني أنها تستطيع توقيع هذا الجزاء حتى في حالة سكوت العقد أو دفتر الشروط على النص عليه ويرجع هذا إلى السلطات الاستثنائية والواسعة المعترفة لها في مجال تنفيذ العقود الإدارية بصفة عامة وكذلك مراعاة للمصلحة العامة[3]، من خلال تأمين سير وانتظام المرافق العامة في أداء خدماتها.

---

[1] - « ***Par application de la règle selon laquelle l'administration ne peut demander au juge de prendre une mesure à sa place, qu'elle ne peut saisir le juge d'une demande de sanction puisqu'elle a la possibilité de sanctionner elle-même ».***

Voir : Richer LAURANT, **Les Contrats administratifs**, Op.cit, p79.

[2] - تنص المادة 2/112 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم على أنّه: ***"وإن لم يتدارك المتعاقد تقصيره... يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد"***.

[3] - « ***C'est l'intérêt général qui justifie qu'on puisse imposer au cocontractant des sanctions qui ne seraient pas prévues par le contrat*** ».

Voir : Fabrice GARTNER, **«Des rapports entre contrats ...,** Op.cit, p21.

ثانيا - إعذار المتعاقد قبل توقيع الفسخ الجزائي

أشير سلفا أن الإعذار من الشروط الجوهرية التي تعتد بها المصلحة المتعاقدة قبل توقيع جزاء الفسخ. وا ٍن كانت تستطيع بنفسها توقيع هذا الجزاء على المتعاقد معها الذي لا يلتزم بتنفيذ التزاماته التعاقدية في صفقتي الأشغالالعامة والتوريد، إلاّ أنّ ها تكون ملزمة باحترام الإجراءات القانونية والشكليات الجوهرية قبل صدور قرار الفسخ ويأتي الإعذار في مقدمة هذه الشكليات، إذ إن إعطاء المتعاقد فترة زمنية معينة ليتدارك أخطاءه من الخصائص التي يمتاز بها جزاء الفسخ والإعذار المسبق للمورد والمقاول بواسطة المصلحة المتعاقد يعتبر ملزما لها[1]، فإذا لم تقم بذلك فإن الفسخ الجزائي لصفقة التوريد وصفقة الأشغال العامة يكون صادرا بناء على إجراء غير مشروع وهذا يترتب عليه عدم تعويض المصلحة المتعاقدة عن الأضرار التي تصيبها من جراء الفسخ[2].

ثالثا - الرقابة القضائية على قرار الفسخ الجزائي

تخضع سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الفسخ الجزائي لرقابة القضاء لتحقيق نوع من التوازن بين هذه السلطة وحقوق المتعاقد معها.

يكون بذلك القرار الصادر بتوقيع جزاء الفسخ على المتعامل المتعاقد خاضعا لرقابة القضاء، غير أنّ ه لا يكون للمتعاقد الطعن بالإلغاء ضد قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ التعاقد إذا كان غير مشروع، حيثأن ّ مثل هذا القرار ليس من القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد التي هي محل لدعاو ى الإلغاء، إنّ ما هو إجراء متصل بالعقد تتخذه المصلحة

---

[1] - راجع المواد 1، 2، 3، 4، 5 من القرار الذي يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وآجال نشره، مرجع سابق.

[2] - «***Le défaut de mise en demeure préalable à la résiliation du marché constitue une irrégularité entachant la procédure. Dés lors que la résiliation intervient selon une procédure irrégulière, l'entreprise ne peut être condamnée à indemniser la collectivité*** ».
- Arrêt C.E N°244378 du 29 décembre 2004- société Sogea construction.
Voir : **Fin de marché : résiliation**, sur : http://www.colloc.bercy.gouv.fr/colo-struct-marc-publ/juri-3/exec-marc-2/fin-march.html, le 27/07/2012

المتعاقدة تنفيذه، ومن ثم فإنّ المنازعة فيها لا تدخل في ولاية الإلغاء وإنّ ما تدخل في ولاية القضاء الكامل[1]. وتختص بهذه المنازعة المحاكم الإدارية التي تعتبر جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية بما فيها المنازعة الناشئة عن الصفقات العمومية وذلك عن طريق دعوى القضاء الكامل[2].

يملك القاضي الإداري في هذه الحالة سوى الحكم بتعويض المتعامل المتعاقد إذا تعسفت المصلحة المتعاقدة في استعمال سلطة الفسخ دون الإلغاء وهذا هو مسلك القضاء الجزائري من خلال القرارات الصادرة عنه[3] ويتسع نطاق الرقابة القضائية على قرار

---

[1] - د/حسن محمد هند، محمد حسن علي حسن، **الجديد في المشكلات العملية...**، مرجع سابق، ص417.

« ***La décision prise unilatéralement par l'administration de résilier le contrat pour faute ne peut pas être contestée par son cocontractant devant le juge administratif par la voie du recours pour excès de pouvoir. En revanche, le titulaire du marché peut agir devant la juridiction administrative par la voie du recours de pleine juridiction pour engager la responsabilité de l'administration en invoquant l'illégalité de la décision de résilier le marché. Si le cocontractant parvient à démontrer l'illégalité de la décision, l'administration doit lui verser des dommages-intérêts pour réparer le préjudice par cette résiliation illégale*** », Voir : **Les droits et les obligations des parties à un marché public**, sur : www.lexeek.com/document/307-droits-et-obligations-parties-marche-publ/ le 27/01/2012.

[2] - أنظر المواد 800، 801 من القانون رقم 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ، مرجع سابق.

أقرت محكمة التنازع أنّ : «***النزاع القائم بين الطرفين يتعلق بصفقة أبرمت بين بلدية رايس حميدو والمدعي عليه (ص.ج) وأنّ النزاعات الناتجة عن الصفقات العمومية هي من اختصاص الغرفة الإدارية***». بهذا القرار لم يعد هناك مجال للشك بأنّ القضاء الإداري هو المختص بالنظر في المنازعات الناشئة عن الصفقات العمومية الذي يمكن رده بصفة عامة إلى نوعين: القضاء الكامل وقضاء الإلغاء.

أنظر: محكمة التنازع، قرر رقم01، المؤرخ في 08-05-2000، قضية رئيس بلدية رايس حميدو ضد (ص.ج)، مجلة مجلس الدولة، العدد1، الجزائر، 2002، ص155.

[3] - المحكمة العليا، قرار مؤرخ في 2 أفريل 1965، في قضية الآنسة (روكان) (C.A 2 Avril 1965, demoiselle Requin)

وكذلك: مجلس قضاء الجزائر، حكم مؤرخ في 08-11-1967، قضية (خليف) (Cour d'Alger 8 novembre Khelif) يتضمنان الحكم بالتعويض إذا تعسفت الإدارة في استعمال سلطة الفسخ، نقلا عن: د/ناصر لباد، **القانون الإداري...**، ج2، مرجع سابق، ص442.

المصلحة المتعاقدة بالفسخ الجزائي ليشمل رقابة الملاءمة للتأكد من مدى التناسب بين الجزاء الموقع على المتعاقد مع جسامة الخطأ المنسوب إليه.

المطلب الثاني:
أنواع الفسخ الجزائي وآثارها القانونية

يترتب عن فسخ الصفقة في حالة الإخلال الجسيم الصادر من المتعامل المتعاقد إنهاء الرابطة العقدية بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها، إلاّ أن ّ اختلاف درجة جسامة أخطاء المتعامل المتعاقد يؤدي إلى اختلاف أنواع الفسخ الذي يمكن توقيعه من المصلحة المتعاقدة (الفرع الأول) وبالتالي اختلاف الآثار المترتبة على الفسخ الجزائي تبعا لمدى جسامة وخطورة نوعي الفسخ على مركز المتعامل المتعاقد (الفرع لثاني).

الفرع الأول
أنواع الفسخ الجزائي

يفرق الفقه والقضاء في فرنسا بين نوعين من الفسخ الجزائي وذلك تبعا لمدى جسامة وخطورة آثار كل منهما على مركز المتعامل المتعاقد.

ونظرا لأن المصلحة المتعاقدة تملك حق توقيع جزاء الفسخ بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء بالتالي فإنها تملك سلطة تقديرية في تقدير نوع الفسخ الذي توقعه على المتعاقد معها فلها أن توقع الفسخ الجزائي المجرد (أولا)، كما لها في حالة الخطأ الأكبر درجة من الجسامة توقيع الفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المتعاقد (ثانيا).

أولا- الفسخ الجزائي المجرد البسيط

يقصد به إنهاء المصلحة المتعاقدة للرابطة التعاقدية القائمة مع المتعامل المتعاقد

المخل بالتزاماته، بلا قيد أو شرط، معناه دون تحميل المورد أو المقاول الأعباء المترتبة على إعادة طرح الصفقة في مناقصة جديدة لإتمام تنفيذها[1].

تكتفي المصلحة المتعاقدة هنا بفسخ الصفقة الأصلية مع حقها في توقيع غرامات التأخير[2] أو المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تصيبها نتيجة لهذا الفسخ لخطأ المتعامل المتعاقد[3] وهذا ما أكده المشرع الجزائري من خلال المادة 3/112 من المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية[4]التي تنص أنّه: «***لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان، والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها***».

يتضح من نص هذه المادة أن المشرع أكد على عدم قابلية الفسخ للاعتراض إذا لجأت المصلحة المتعاقدة إلى تطبيق البنود الواردة في الصفقة. والحكمة التي أراد المشرع تحقيقها هي الاستمرار في فرض الضغوط على المتعامل المتعاقد حتى يتقيد أكثر بالالتزامات التعاقدية بما يضمن حقوق المصلحة المتعاقدة ويكرس مبدأ حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

تنص المادة 5/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة على أنّه: «***وعلى كل حال يرفع الأمر المتعلق بهذه العمليات إلى الوزير الذي يمكنه تبعا للظروف أن يأمر بإعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف أو بفسخ الصفقة بدون قيد أو بمتابعة النظام المباشر بالإدارة***».

---

[1] - د/ نصر الدين محمد بشير، **غرامة التأخير...**، مرجع سابق، ص363.

[2]- « ***La résiliation d'un marché ne fait pas obstacle à l'application de pénalités de retard*** ».
-C.E 17 Décembre 2008, **Syndicat intercommunal de gestion et d'aménagement de Superbagnères**, AJDA, N°14, Dalloz, 2009, p790.

[3] - د/ سليمان محمد الطماوي، **الأسس العامة...**، مرجع سابق، ص550.

[4] - المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

يلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع عبر عن الفسخ المجرد بعبارة "فسخ الصفقة دون قيد" إذ أنّ تفسير هذه العبارة تتفق مع تعريف الفسخ المجرد ومع المادة 112 المذكورة سابقا، هذا ما يؤكد أخذ المشرع الجزائري به.

تلجأ الإدارة إلى تطبيق هذاالنوع من الفسخ في الحالات التي تقدر فيها أنّ أخطاء المتعاقد لم تبلغ درجة عالية من الجسامة وهنا تبدو المصلحة المتعاقدة أقل صرامة في ممارستها لسلطتها منها في حالة فسخ الصفقة بسبب أخطاء المتعاقد الجسيمة. ومن أمثلة ذلك عدم سداد المتعاقد التأمين في المدة المحددة أو إفلاسه[1].

ثانيا- الفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المتعاقد

يقصد به إنهاء المصلحة المتعاقدة للصفقة القائمة بينها وبين المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية، مع تحميل المتعاقد كافة النفقات والمصروفات الإضافية الناجمة عن إبرام صفقة جديدة مع الغير[2] سواء تعاقدت بصفقة أشغال عامة مع مقاول جديد لتنفيذ المشروع المتفق عليه أو تعاقدت في صفقة جديدة في صفقة التوريد لتوريد المواد المتفق عليها.

يتميز هذا النوع من الفسخنهٌ أشد قسوة من النوع الأول، لأنّ الفسخ في هذه الحالة يكون مصحوبا بإعادة طرح الأشغال في مناقصة لإتمام تنفيذها على حساب المتعاقد المقصر[3]، كما يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى طريقة التراضي مع شرط أن تراعي

---

[1] -د/ محمود أبو السعود**سلطة الإدار ة في الرقابة...**، مرجع سابق، ص268.

Voir : Christophe LAJOYE, **Droit des marchés...,** Op.cit, p175.

[2] - د/ نصر الدين محمد بشير، **غرامة التأخير**، مرجع سابق، ص363.

[3] - د/ محمود أبو السعود، **سلطة الإدارة في الرقابة...**، المرجع السابق، ص268.

عدم الإضرار بالمتعاقد القديم باختيار أفضل الشروط المالية وتخضع الإدارة إلى رقابة القضاء في هذا الصدد[1].

ونظرا لخطورة الفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المقاول والمورد على حد السواء وما يترتب عليه من آثار هامة من الناحيتين القانونية والمالية، فإن الرأي مستقر في الفقه والقضاءفي فرنسا على أنّه لا يجوز للإدارة أن تلجأ إلى هذا الجزاء، إلاّ إذا كان منصوصا عليه صراحة في العقد أو دفاتر الشروط[2].

أمبالنسبة للجزائر، فإنّ المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية[3] لم ينص على الفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المتعاقد، إلا ما ذكر بالنسبة للمتعامل المتعاقد الأجنبي في حالة عدم تجسيده للاستثمار، ففي هذه الحالة تفسخ الصفقة تحت مسؤوليته دون سواه[4]، وقد يتعدى الأمر هذا الجزاء إلى تسجيل المؤسسة الأجنبية التي أخلت بالتزاماتها في قائمة المؤسسات الممنوعة من التعهد في الصفقات العمومية[5]، أما الفسخ من جانب واحد المذكور في المادة 112منه فإنّ أحكامه تتفق مع أحكام الفسخ الجزائي المجرد البسيط، مما يعني أنّ المرسوم الرئاسي المذكور تضمن الفسخ المجرد دون غيره بالنسبة للمتعامل المتعاقد الوطني.

---

[1] - د/ سليمان محمد الطماوي، **الأسس العامة...**، مرجع سابق، ص551.

[2] - د/ نصر الدين محمد بشير، **غرامة التأخير...**، مرجع سابق، ص363.

[3] - المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

[4] - تنص المادة 24 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدلة والمتممة بموجب المادة 02 من المرسوم الرئاسي 11-98 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم في الفقرة 16منها على أنّه: «***يمكن للمصلحة المتعاقدة، إذا رأت ضرورة في ذلك، فسخ الصفقة تحت مسؤولية المتعامل المتعاقد الأجنبي دون سواه، بعد موافقة سلطة المؤسسة الوطنية السيادية في الدولة أو الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني أو مجلس مساهمات الدولة***».

[5] - رحمة شكلاط، **الصفقات العمومية...**، مرجع سابق، ص117.

- أنظر المادة 15/24 من المرسوم الرئاسي رقم 98/11، مرجع سابق.

- أنظر كذلك: المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم، المرجع السابق.

غير أنّ دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العامة تضمنت بعض الإشارات إلى هذا النوع من الفسخ، بمقتضى المادة 5/35التي تنص على أنّه: «***... يرفع الأمر المتعلق بهذه العمليات إلى الوزير الذي يمكنه... أن يأمر بإعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف...***».

تؤكد هذه المادة ومما لاشك فيه أخذ المشرع الجزائري بالفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المتعاقد وعبارة «***إعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف***» تؤكد على ذلك.

مما يحق للمصلحة المتعاقدة أن تمارس بنفسها، ومن دون اللجوء إلى القضاء توقيع الفسخ الجزائي المجرد، أو الفسخ على مسؤولية المتعاقد المقصر.

يتأكد التطبيق العملي للفسخ على مسؤولية المتعاقد المقصر من خلال قرارات الفسخ[1] المنشورة في الجرائد اليومية من طرف المصلحة المتعاقدة والتي تختمها بعبارة «***نظرا للإعذارات المتعددة التي وجهت للمقاولة تفسخ الصفقة على عاتق المقاولة***»، وهذه الأخيرة تؤكد استعمال المصلحة المتعاقدة لهذا الجزاء رغم الآثار الخطيرة التي يرتبها.

الفرع الثاني
الآثار القانونية للفسخ الجزائي

ذكر فيما سبق أن الفسخ الجزائي في صفقتي الأشغال العامة واللوازم نوعين، الفسخ الجزائي المجرد والفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد.

ينتج عن قيام المصلحة المتعاقدة بتقرير الفسخ الجزائي بنوعيه، عدة آثار قانونية تختلف باختلاف نوعي الفسخ وكذلك باختلاف نوع الصفقة ومع ذلك هناك من الآثار ما هو

[1] - أنظر: الملاحق رقم 07، 08، 09، ص189-191.

مشترك بين نوعي الفسخ (أولا)، ومنها ما هو خاص بالفسخ الجزائي المجرد البسيط (ثانيا) ومن الآثار ما هي خاصة بالفسخ الجزائي على حساب المتعامل المتعاقد (ثالثا).

أولا-الآثار المشتركة بين نوعي الفسخ الجزائي

يترتب على قيام المصلحة المتعاقدة بإصدار قرارها بفسخ الصفقة سواء كان فسخا مجردا أم فسخا على مسؤولية المتعاقد عدة آثار قانونية نذكر أهمها:

- إنهاء العلاقة التعاقدية بين طرفي الصفقة بالنسبة للمستقبل[1]، وذلك من تاريخ الإعلان بقرار الفسخ إلى المتعاقد أو ابتداء من التاريخ المحدد في قرار المصلحة المتعاقدة بالفسخ.
- يشمل الفسخ الجزائي سواء المجرد البسيط أو الفسخ على مسؤولية المتعاقد الصفقة كلها، فلا يوجد فسخ جزئي، كما هو عليه الحال في الجزاءات الضاغطة، فإما أن يكون الفسخ كليا أو لا يطبق إطلاقا.
- يترتب عن كلا النوعين استبعاد المتعاقد نهائيا نتيجة لفسخ عقده بالتالي يتحتم عليه إخلاء أماكن العمل في صفقة الأشغال العامة في المواعيد التي تحددها المصلحة المتعاقدة، وإذا تأخر في الإخلاء أو رفض ذلك جاز لهذه الأخيرة إخلاء هذه الأماكن على نفقته ومسؤوليته، وخصم المبالغ المستحقة لها من مبالغ التأمين أو بيع أدواته عن طريق المزاد[2]كما أنّ من حق المصلحة المتعاقدة أن ترفض استلام أي توريدات تالية لقرار الفسخ[3].

---

[1] - « ***La résiliation n'a pas d'effet rétroactif, elle ne vaut que pour l'avenir*** ».
Voir : Christophe LAJOYE, **Droit des marchés publics**, Op.cit, p175.

[2] - أنظر المادة 2/23، 3، 4 من دفتر الشروط الإدارية العامة، مرجع سابق.

[3] - سهام بن دعاس، **المتعامل المتعاقد**....، مرجع سابق، ص135.

– يحق للمصلحة المتعاقدة في حالة الفسخ أن تجمع بين جزاء الفسخ والجزاءات المالية المختلفة.

ثانيا-الآثار الخاصة بالفسخ الجزائي المجرد البسيط

يترتب على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة فسخا مجردا، عدة آثار قانونية أهمها:

–يترتب على الفسخ الجزائي المجرد انقضاء صفقة الأشغال العامة وصفقة اللوازم بلا قيد أو شرطعناه أنّ الرابطة العقدية تنتهي تماما ويعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد.

–يحق للمصلحة المتعاقدة عند توقيع الفسخ الجزائي المجرد البسيط أن تفرض على المتعاقد الجزاءات المالية إذا توفرت أسبابها القانونية، فبالنسبة لغرامة التأخير فإنها تفرض على المتعاقد المفسوخ عقده في الفترة السابقة على صدور جزاء الفسخ لاختلاف السبب في توقيع كلا منهما، كما يمكن الحصول على التعويض للضرر الذي يصيبها قبل صدور قرار الفسخ، سواء كان هذا الضرر ناتجا عن وقف تنفيذ الأشغال العامة، أو عن عدم توريد الأصناف في صفقة التوريد أو كان الضرر ناتجا عن الفسخ ذاته[1].

–يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تجمع بين الفسخ المجرد البسيط ومصادرة التأمين، مع استحقاق التعويض إذا كان التأمين غير كاف لجبر الضرر الذي أصابها على أن لا تحظر الصفقة العمومية صراحة هذا الجمع[2].

[1] - سعيد عبد الرزاق باخبيره، **سلطة الإدارة الجزائية...**، مرجع سابق، ص360.

[2] - د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **الأسس العامة...**، مرجع سابق، ص295.

– تستلم الإدارة الأشغال التي قام المقاول بتنفيذها في الفترة السابقة للفسخ، كذلك يتم تصفية العقد وا ٍقامة كشف حساب للفسخ في صفقة اللوازم[1].

ثالثا-الآثار الخاصة بالفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد

يترتب على هذا النوع من الفسخ الآثار كافة التي تترتب على الفسخ المجرد، إلاّ أنّه في الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد يتحمل المتعاقد كافة المخاطر التي تنتج عن إبرام عقد جديد مع غيره، وأمام هذا الاختلاف مع النو ع الأول يؤدي إلى اختلاف الآثار المترتبة عنه وتكمن أهمها فيما يلي:

– إبرام صفقة جديدة مع متعامل متعاقد آخر لانجاز الالتزامات التي تخلف عنها المتعاقد الأصلي وللمصلحة المتعاقدة أن تختار كيفية الإبرام التي تراها ملائمة[2] فلها أن تلجأ إلى إجراء المناقصة، كما لها أن تلجأ إلى إجراء التراضي[3].

– يتحمل المتعاقد الأصلي النفقات كافة، التي تفرضها عملية التعاقد مع متعاقد جديد بما في ذلك الثمن الناتج عن الصفقة الجديدة، مشمولا بأية زيادات ناتجة عن ارتفاع الثمن الناشئ عن إطالة مدة تنفيذ الأشغال، وهذه الزيادات يمكن خصمها من المبالغ المستحقة له[4].

---

[1] - سعيد عبد الرزاق باخبيره، **سلطة الإدارة الجزائية...**، المرجع السابق، ص361

[2] - تنص المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم على أنّه: «***يحدد البحث عن الشروط الأكثر ملاءمة لتحقيق الأهداف المسطرة للمصلحة المتعاقدة في إطار مهمتها، اختيار كيفية إبرام الصفقات.***

يدخل هذا الاختيار ضمن اختصاصات المصلحة المتعاقدة التي تتصرف طبقا لأحكام هذا المرسوم».

[3] - أنظر المادتان 43، 44 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدلتان بموجب المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

[4] - يوسف بركات أبو دقة، **امتيازات الإدارة...**، مرجع سابق، ص144.

- للمصلحة المتعاقدة الحق بالاحتفاظ بفارق المصروفات إذا كانت الصفقة الجديدة أقل سعرا من الصفقة الأصلية[1].

إلاّ أنّه يجب أن تتوفر عدّة ضمانات يستحقها المتعاقد خاصة في عقد الأشغال العامة لما لها من صلة وثيقة بالخزينة العامة، مقابل الآثار التي يرتبها له جزاء الفسخ على مسؤوليته والتي تتمثل فيما يلي:

- يجب أن تتم الصفقة الجديدة في إطار الصفقة الأصلية، وعلى أساس دفتر الشروط نفسه الذي أبرمت هذه الصفقة بمقتضاه. ومن حق المتعاقد المطالبة بإجراء المناقصة الجديدة دون تعديل مواصفات الأعمال المنصوص عليها أصلا، إلاّ إذا كانت التعديلات لا تؤثر في زيادة الأسعار الجديدة[2].
- تلتزم المصلحة المتعاقدة أثناء إبرام الصفقة الجديدة أن تتم العملية بأقل الأسعار الممكنة، فلا يجوز تحميل المتعاقد المفسوخ عقده أسعار مبالغ فيها.
- حق المتعاقد المستبعد مراقبة المناقصة الجديدة وله أن يطعن فيها أمام القاضي الإداري باعتبار إجراء المناقصة قرارا إداريا منفصلا عن الصفقة العمومية، فيملك القاضي إلغاءها متى تحقق من عدم مشروعيتها.

وعلى المتعاقد المفسوخ عقده، على مسؤوليته أن ينتظر تمام تنفيذ الأعمال عن طريق المتعاقد الجديد وتصفية الحساب كي يحق له المطالبة بسعر الأعمال التي قام بتنفيذها واسترداد ما بقي له من تأمينه[3].

---

[1] - د/محمود أبو السعود، **سلطة الإدارة في الرقابة...**، مرجع سابق، ص275.

[2] - المرجع نفسه، ص275.

[3] - يوسف بركات أبو دقة، **امتيازات الإدارة....**، مرجع سابق، ص145.

خاتمة

بعد دراسة موضوع سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، يمكن استخلاص أهم النتائج التي تم التوصل إليها فضلا عن بعض التوصيات والاقتراحات التي يمكن تقديمها في إطار هذا الموضوع.

اتضح لنا بجلاء مدى حجم السلطات والامتيازات الضخمة الممنوحة للمصلحة المتعاقدة في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية، باعتبارها المشرفة على كل تراتيب إبرام الصفقة وتنفيذها.

تمارس المصلحة المتعاقدة السلطات المخولة لها أثناء تنفيذ الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة من دون وساطة القضاء، وليست بحاجة إلى تضمين الصفقة نصا يسمح بها بممارسة هذه السلطات، فهي تستمدها كافة من الطبيعة والخصائص الذاتية التي تميز الصفقات العمومية والتي يراعى دائما في تنفيذها تغليب الصالح العام على الصالح الخاص.

توصلنا أنّ ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطاتها والمتمثلة في سلطة الرقابة والتعديل وتوقيع الجزاءات حق ثابت ومؤكد لها في كافة الصفقات العمومية، غير أنّ استعمالها يكثر بصدد صفقات اللوازم وصفقات الأشغال العامة، حيث تصل مداها في هذه الأخيرة كونها تتمتع بطبيعة خاصة تميزها عن سائر الصفقات الأخرى، حيث تظل المصلحة المتعاقدة الصاحب الحقيقي للمشروع، وبالتالي يتعين على المقاول ليس فقط الالتزام ببنود وشروط الصفقة، وا ٍنّما أيضا احترام الأوامر المصلحية التي تصدرها إليه المصلحة المتعاقدة بمناسبة ممارستها كل من سلطتي الرقابة والتعديل.

تبدو مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية أكثر أهمية من مرحلة إبرامها، من حيث أنها تبرز بوضوح طبيعتها الذاتية، والامتيازات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في ظلها وهو الأمر الذي نعتقد أنه يتطلب تغطيتها تشريعيا بصورة كاملة لاسيما في تشريعات الصفقات العمومية، إذ لوحظ وجود بعض الثغرات والنواقص فيما يخص مرحلة التنفيذ التي لا تقل أهمية من مرحلة الإبرام، كونها المرحلة التي تبرز فيها العلاقة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد.

تتمتع السلطات الثلاث المخولة للمصلحة المتعاقدة بخصوصيات تعكس استقلال كل منها على حدى، غير أنّها تتداخل فيما بينها من خلال تأثير كل منها بالأخرى.

تتأثر سلطة توقيع الجزاءات باستعمال المصلحة المتعاقدة لسلطتيها في الرقابة وفي تعديل الصفقة، فإذا كان لا يتصور فرض الجزاء على المتعامل المتعاقد بسبب قيام المصلحة المتعاقدة بتعديل شروط الصفقة، فإنّ إخلال المتعامل المتعاقد الجسيم للأوامر المصلحية الصادرة عنها أثناء ممارسة سلطة الرقابة يعد أحد الأفعال التي تبرر للإدارة توقيع الجزاء عليه.

إنّ سلطة توقيع الجزاءات لا تهدف فقط إلى إعادة التوازن بين الالتزامات المتبادلة لأطراف العلاقة التعاقدية، لا تتسم بطابع العقوبات التي توقع على المتعامل المتعاقد وإنّما هدفها الأساسي هو الوصول إلى تنفيذ الصفقة في المواعيد المقررة ووفقا للشروط المتفق عليها، وهي سلطة متدرجة تبدأ بالجزاءات التي لا تواجه الأخطاء الجسيمة كالجزاءات المالية وتنتهي بالجزاءات الفاسخة التي تواجه الأخطاء الجسمية التي يرتكبها المتعامل المتعاقد.

لا تستهدف سلطتي الرقابة والتعديل مجرد متابعة تنفيذ الالتزامات التعاقدية فقط، إنّما هدفهما الأساسي هو ضمان تنفيذ الصفقة بصفة مرضية.

رغم اعتراف المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة بجملة من السلطات في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية من خلال تشريعات الصفقات العمومية، إلاّ أنّ هذه الأخيرة تتخللها بعض النقائص خاصة فيما يتعلق بسلطة توقيع الجزاءات، تتمثل فيما يلي:

- تفادى المشرع تفصيل ما يخص الغرامة التأخيرية على الرغم من أهميتها في الواقع العملي، حيث تكثر حالات تخلف المتعامل المتعاقد عن تنفيذ التزاماته في المدة المنصوص عليها في الصفقات.
- تعد إشكالية اقتضاء المصلحة المتعاقدة للتعويض إحدى المسائل المعقدة والمثيرة للجدل، كون المشرع الجزائري لم يفصح عن رؤيته بشكل واضح فيما يخص مسألة تقدير المصلحة المتعاقدة للتعويض بنفسها كجزاء مالي كما هو مستقر في فرنسا.
- لوحظ وجود بعض الثغرات والنقائص من حيث دراسة مرحلة تنفيذ الصفقة فالمشرع لم يوليها اهتماما أكثر بالمقارنة مع مرحلة الإبرام.
- لم يشر المرسوم الرئاسي إلى الجزاءات الضاغطة كما هو بالنسبة إلى التشريع المقارن، غير بعض الإشارات والتلميحات التي تتطلب جهدا لاستخلاصها.
- خلا تشريع الصفقات العمومية من الإشارة إلى الفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المتعامل المتعاقد، غير أنّ دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 المطبقة على صفقات الأشغال العامة ألمح باقتضاب شديد إلى هذا النوع من الفسخ.
- استمرار العمل بدفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 المطبقة على صفقة الأشغال العامة رغم أنه يحمل في تأشيراته نصوصا فرنسية ملغاة تماما، مما يجعله من الناحية القانونية ملغى، وعلى الرغم من أهميته فإن كثيرا من أحكامه تتعارض مع التنظيم الحالي للصفقات العمومية.

لمواجهة هذه النقائص مستقبلا لابد من تقديم بعض الاقتراحات التي يمكن على المشرع مراعاتها واستيعابها فيما يلي:

- اكتفى المشرع في المادة 90 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم بإحالة موضوع تحديد نسب اقتضاء غرامة التأخير إلى بنود الصفقة وعليه، نقترح بأن يقوم المشرع بوضع النسب التي يراها مناسبة ويفصلها ويحددها في كل نوع من الصفقات على حدى وذلك أسوة بالمشرع المصري.
- نوصي المشرع بتطوير النصوص التشريعية التي لمح فيها إلى مسألة التعويض ويعيد صياغتها بشكل يبيح للمصلحة المتعاقدة بتقدير التعويض بنفسها، كما هو مستقر في فرنسا كما تمّ توضيح ذلك سابقا حيث أنّه من غير المنطقي أن تحرم المصلحة المتعاقدة من اقتضاء التعويض بنفسها طالما اعترف لها مصادرة التأمين من جانب واحد.
- سد الثغرات التشريعية المتعلقة بعملية تنفيذ الصفقة العمومية، خاصة أنها أهم مرحلة أين تبرز فيها سلطات المصلحة المتعاقدة سواء التي تهدف إلى متابعة تنفيذها أو إلى توقيع الجزاءات في حالة الإخلال بالالتزامات التعاقدية، وذلك بأن يحرص المشرع النص على السلطات المخولة للمصلحة المتعاقدة أثناء هذه المرحلة وتخصيص لها قسم خاص بها في قانون الصفقات العمومية.
- كان مستحسنا أن ينص القانون على الجزاءات الضاغطة وضرورة تحديد الأخطاء والأفعال التي تبرر توقيع هذا الجزاء، لتفادي أي تعسف من طرف المصلحة المتعاقدة أثناء توقيعه، حيث يجب عليها أن تراعي التناسب بين الخطأ والجزاء المقرر له.

- يفترض على المشرع استكمال البناء التشريعي لجزاء الفسخ ما دام قد تضمن مرسوم الصفقات العمومية صراحة سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيعه لاسيما في المادة 112 منه وذلك بإضافة فقرات لهذه المادة تتضمن أهم حالات الفسخ الجزائي وكذلك تقنين الأخطاء التي تبرر هذا الجزاء حتى لا تترك لمحض تقدير المصلحة المتعاقدة التي قد تتعسف في تكييفها القانوني مع الأخذ بعين الاعتبار الجزاء المناسب لها بهدف وضع حد للسلطة التقديرية للإدارة في هذا المجال.
- يتعين إصدار دفاتر الشروط المتعلقة بصفقات اللوازم وتعديل دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 بما يتلاءم والمعطيات والحقائق الحالية لتنفيذ الصفقات العمومية خاصة أنّ القانون يتطلب صدور هذه الدفاتر بموجب مرسوم تنفيذي[1].

يجب أن تمارس المصلحة المتعاقدة سلطاتها في الحدود المعقولة حتى يمكن الحفاظ على الحد الأدنى من حقوق ومصالح المتعامل المتعاقد ولكي يتحقق هذا الهدف لابد من:

- أن يكون تدخل المصلحة المتعاقدة في أوضاع وكيفية تنفيذ الصفقة بالقدر المعقول وإلاّ ضاعت حقوق المتعامل المتعاقد وانقلبت سلطات المصلحة المتعاقدة إلى سلطات مستبدة.
- يتعين بسط الرقابة القضائية على كافة القرارات والإجراءات التي تتخذها المصلحة المتعاقدة بمناسبة ممارستها سلطاتها في الرقابة والتعديل وتوقيع الجزاءات، على أن تكون هذه الرقابة شاملة للتعويض والإلغاء معا حتى تمثل

[1] - تنص المادة 1/10 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236المعدل والمتمم على أنّه: «***دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العامة واللوازم والدراسات والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي***».

رادعا للمصلحة المتعاقدة من أجل الالتزام بقواعد المشروعية خاصة أنّ القضاء الإداري يلعب دورا هاما في مكافحة الفساد في إطار الصفقات العمومية نظرا لاختصاصه بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة.

ولذلك فإنّنا لا نقر الاتجاه السائد في القضاء الفرنسي الذي يكتفي بالحكم بالتعويض على قرارات المصلحة المتعاقدة غير المشروعة. فضلا عن عدم وجود مبرر منطقي لاستبعاد رقابة الإلغاء بصدد هذهقرالرات، فإنّ هذا الوضع يمثل بلا شك انتقاصا لضمانات وحقوق المتعامل المتعاقد ويشجع المصلحة المتعاقدة على استخدام سلطاتها على وجه غير مشروع.

وأخيرا، مع التسليم بالاعتبارات التي تبرر تشديد الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية خاصة منها صفقة الأشغال العامة، إلاّ أنّ المصلحة المتعاقدة أو ممثليها مطالبة بعدم الإسراف في إصدار الأوامر المصلحية للمقاول لإجباره على تغيير وسائل وأوضاع التنفيذ. فقد يكفي في بعض الحالات مجرد قيام ممثلي المصلحة المتعاقدة بإسداء النصح والإرشاد إلى المقاول لتحقيق ما تصبو إليه سلطة الرقابة من أهداف.

يجب على المصلحة المتعاقدة احترام القيود المفروضة عليها قبل توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد نتيجة لرفضه تنفيذ أوامرها المصلحية الصادرة إليه من خلال سلطتي الرقابة والتعديل، خاصة وأن الجزاءات الموقعة في هذا الصدد عادة ما تكون شديدة باعتبار أنّ هذا الرفض وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي، يدخل في عداد الأخطاء الجسيمة التي تبرر لجوء المصلحة المتعاقدة إلى الجزاءات الضاغطة أو الفسخ الجزائي للصفقة.

يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تتوخى الموضوعية في تقديرها للخطأ المنسوب إلى المتعامل المتعاقد و أن تقوم كقاعدة عامة، باعذاره على توقيع الجزاء إذ من المحتمل أن يستجيب لهذا الإعذار ويقوم بتنفيذ أوامرها واحترام التزاماته بالتالي لا يكون هناك داعيا للجوء إلى إجراءات القصر أو الفسخ.

الملاحق

ملحق رقم (01): أمر بخدمة رقم 01 (تبليغ العقد وبداية الأشغال)

الجمهوريـــة الجزائريـــة الديمقراطيـــة الشعبيـــة

وزارة الأشغـــال العموميـــة
مديرية الأشغال العموميـــة
لـــولايـــة البويرة

عمليـــة : الميزانية الإضافية للولاية لسنة 2010
المشروع : إعادة تأهيل الطريق ألولائي رقم 05 من النقطة الكيلو مترية 0 +000 إلى النقطة الكيلو مترية 1+000 على خط الطويل 1 كلم .

أمـــر بخـــدمـــة رقم 01

(تبليغ العقد و بداية الأشغال)

رقم ... /م ا ع/2010

السيـــد ، مسير مؤسسة الأشغال العمومية و تهيئة الطرق بعزازقة ولاية تيزي وزو– الحائز على العقد رقم 107/م ا ع/2010 بتاريخ10/12 /2010 المؤشرة من طرف المراقبة المالية تحت رقم 956 بتاريـــخ 2010/10/11
مدعـــو لاستلام نسختين (02) من العقد و الشروع في تنفيذ الأشغـــال ابتـــداءا مـــن اليـــوم الموالي لتاريخ تبليغ هذا الأمر بخدمة .
تـــم تبليـــغ هـــذا الأمـــر بخدمـــة للسيـــد لعقاب موسى من طرف السيد مديـــر الأشغـــال العموميـــة لولايـــة البـــويرة.

التـــاريخ : .....
مدير الأشغال العمومية
ي بوشكوك

وزارة الأشغـــال العموميـــة
مديرية الأشغال العموميـــة
لـــولايـــة البويرة

عمليـــة : الميزانية الإضافية للولاية لسنة 2010
المشروع : إعادة تأهيل الطريق ألولائي رقم 05 من النقطة الكيلو مترية 0 +000 إلى النقطة الكيلو مترية 1+000 على خط الطويل 1 كلم .

مدير الأشغال العمومية
ي بوشكوك

تبليـــغ

يصرح السيد مديـــر الأشغال العمومية لولاية البويـــرة أنـــه توجه بتاريخ.....
إلى مقـــر مؤسسة الأشغال العمومية و تهيئة الطرق بعزازقة ولاية تيزي وزو المسيرة من طرف السيـــد و سلم له نسخـــة من الأمـــر بخدمة رقم...../م أ ع/2010 .

ملحق رقم (02): أمر بخدمة رقم 02 (إيقاف الأشغال)

الجمهوريـــة الجزائريـــة الديمقراطيـــة الشعبيـــة

وزارة الأشغـــال العموميـــة
مديرية الأشغال العموميـــة
لـــولايـــة البويرة

عمليـــة : الميزانية الإضافية للولاية لسنة 2010
المشروع : إعادة تأهيل الطريق ألولائي رقم 05 من النقطة الكيلو مترية 0 +000 إلى النقطة الكيلو مترية 1+000 على خط الطويل 1 كلم .

أمـــر بخـــدمـــة رقم 02

(إيقاف الأشغال)

السيـــد مسير مؤسسة الأشغال العمومية و تهيئة الطرق بعزازقة ولاية تيزي وزو– الحائز على العقد رقم 107/م ا ع/2010 بتاريخ10/12 /2010 المؤشرة من طرف المراقبة المالية تحت رقم 956 بتاريـــخ 2010/10/11 مدعـــو لإيقاف الأشغـــال ابتـــداءا مـــن :2010/12/05

رقم217/م ا ع/2010

السبب: الأحوال الجوية

تـــم تبليـــغ هـــذا الأمـــر بخدمـــة للسيـــد لعقاب موسى من طرف السيد مديـــر الأشغـــال العموميـــة لولايـــة البـــويرة.

البويـــرة في : 2010/12/05

مدير الأشغال العمومية
ي بوشكوك

وزارة الأشغـــال العموميـــة
مديرية الأشغال العموميـــة
لـــولايـــة البويرة

عمليـــة : الميزانية الإضافية للولاية لسنة 2010
المشروع : إعادة تأهيل الطريق ألولائي رقم 05 من النقطة الكيلو مترية 0 +000 إلى النقطة الكيلو مترية 1+000 على خط الطويل 1 كلم .

مدير الأشغال العمومية
ي بوشكوك

تبلـــيـــغ

يصرح السيد مديـــر الأشغال العمومية لولاية البويـــرة أنـــه توجه بتاريخ**2010/12/05** إلى مقـــر مؤسسة الأشغال العمومية و تهيئة الطرق بعزازقة ولاية تيزي وزو المسيرة من طرف السيـــد لعقاب موسى و سلم له نسخـــة من الأمـــر بخدمة رقم217/م أ ع/2010 .

ملحق رقم (03): أمر بخدمة رقم 03 (استئناف الأشغال)

الجمهوريـــة الجزائريـــة الديمقراطيـــة الشعبيـــة

وزارة الأشغـــال العموميـــة
مديرية الأشغال العموميـــة
لـــولايـــة البويرة

عمليـــة : الميزانية الإضافية للولاية لسنة 2010
المشروع : إعادة تأهيل الطريق ألولائي رقم 05 من النقطة الكيلو مترية 0 +000 إلى النقطة الكيلو مترية 1+000 على خط الطويل 1 كلم .

أمـــر بخـــدمـــة رقم 03

(استئناف الأشغال)

رقم/م ا ع/2010

السيـــد مسير مؤسسة الأشغال العمومية و تهيئة الطرق بعزازقة ولاية تيزي وزو– الحائز على العقد رقم 107/م ا ع/2010 بتاريخ10/12 /2010 المؤشرة من طرف المراقبة المالية تحت رقم 956 بتاريـــخ 10/11/ 2010 مدعـــو لاستئناف الأشغـــــال ابتـــــداءا من :2010/12/20

تـــم تبليـــغ هـــذا الأمـــر بخدمـــة للسيـــد لعقاب موسى من طرف السيد مديـــــر الأشغـــــال العموميـــــة لولايـــــة البـــويرة.

البويـــرة في : 2010/12/20

وزارة الأشغـــال العموميـــة
مديرية الأشغال العموميـــة
لـــولايـــة البويرة

عمليـــة : الميزانية الإضافية للولاية لسنة 2010
المشروع : إعادة تأهيل الطريق ألولائي رقم 05 من النقطة الكيلو مترية 0 +000 إلى النقطة الكيلو مترية 1+000 على خط الطويل 1 كلم .

تبـــلـيـــغ

يصرح السيد مديـــر الأشغال العمومية لولاية البويـــرة أنـــه توجه بتاريخ2010/12/20 إلى مقـــر مؤسسة الأشغال العمومية و تهيئة الطرق بعزازقة ولاية تيزي وزو المسيرة من طرف السيـــد ، و سلم له نسخـــة من الأمـــر بخدمة رقم/م أ ع/2010 .

ملحق رقم (04): فسخ

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ولاية الشلف

مديرية السكن والتجهيزات العمومية بالشلف

إعـــذار

يوجه إعذار لمقاولة تواتي عبد القادر الكائن مقرها بسيدي عيسى تاوقريت الشلف، الحائزة على الصفقة رقم 20 / 2010 المؤشر عليها بتاريخ 01 / 04 / 2010 المتعلقة بإنجاز قاعة رياضة بثانوية 1000 / 300 بالظهرة ولاية الشلف، وهذا من أجل تدعيم الورشة بالإمكانيات البشرية والمادية اللازمة وهذا في ظرف 08 ثمانية أيام، إبتداء من تاريخ صدور هذا الإعلان في الصحف وفي النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي BOMOP وفي حالة العكس فإن الصفقة ستفسخ على عاتق المقاولة

المدير

ملحق رقم (05): الإعذار رقم 01

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ولاية البليدة

دائرة بواريك

بلدية بواريك

الإعـذار رقــم 01

إن رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية بوفاريك الكائن مقره بساحة الشهداء بوفاريك بصفته ممثل الهيئة المتعاقدة، يوجه الإعذار رقم 01 لمؤسسة الإنجاز – ترباك SARL TRABEC الممثلة من قبل مسيرها السيد موساوي يوسف، الساكن بفيلا رقم 01 حي بوعقاب بوفاريك، المتحصلة على صفقة إنجاز نافورة عمومية بساحة بوراس بوفاريك، للحضور إلى مكتب الصفقات لبلدية بوفاريك من أجل التوقيع على الصفقة في مدة 04 أيام.

في حالة الرفض سيتم معاقبة المؤسسة المذكورة بإلغاء منح الصفقة تسجيلها (المؤسسة) في القائمة السوداء.

آجال تنفيذ موضوع الإعذار رقم 01 يكون ابتداء من أول صدور في نشرة المتعامل العمومي (BOMOP) أو الصحافة.

رئيس المجلس الشعبي البلدي

ملحق رقم (06): إعذار رقم 03

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ولاية الجزائر

الدائرة الإدارية لبراقي

بلدية براقي

مديرية التعمير و التجهيز

براقي،في :13 مارس 2012

رقم:322/م.ت.ت/2012

إعـــذار

- رقـــم 03 -

السيد:مسير مؤسسة فكـــاني الطـــاهـــر

الساكن:07/507 محمد شعبـــاني- بوسعـــادة

فـــي حـــالة إعـــذار

- التباطئ في وثيرة الأشغال
- الأشغال لم تنجز حسب المقاييس المعمول بها
- اقتراب موعد انتهاء مدة الانجاز و الأشغال لم تنتهي بعد

مشروع:انجاز قنوات التطهير حي مريم الشطر الأول براقي

و هذا **فورا** في أجل لا يتعدى ثمانية (08) أيام إبتداءا من تاريخ نشر هذا الإعذار بالجرائد.

و في حالة عدم تطبيق هذا الإعذار ستتخذ ضدكم الإجراءات المعمول بها وفقا لقانون الصفقات العمومية

رئيس المجلس الشعبي البلدية براقي

ملحق رقم (07): الإعذار الأخير قبل الفسخ

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ولاية البليدة

دائرة بواريك

بلدية بواريك

الإعذار الأخير قبل الفسخ

إن رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية بوفاريك الكائن مقره بساحة الشهداء بوفاريك، بصفته ممثل الهيئة المتعاقدة.

بناء على البرقية المؤرخة في 18 / 09 / 2011

بناء على المراسلة رقم 4469 المؤرخة في 02 / 10 / 2011

يوجه الإعذار الأخير قبل الفسخ لمؤسسة أشغال الري والبناء والأشغال العمومية الممثلة من قبل مسيرها جودة منصف، الكائن مقرها بشارع الإخوة قناز قرواو ولاية البليدة، المتحصلة على الاتفاقية رقم 43 / 2011 المؤرخة في 26 / 05 / 2011 لإنجاز شبكة التطهير (المحلات التجارية طريق بوعنان – حي متيجي وإنهاء الأشغال بسيدي المحفوظ) بلدية بوفاريك، من أجل التوقيع على الأمر بالخدمة والإنطلاق في الأشغال في مدة 04 أيام.

في حالة الرفض سيتم معاقبة المؤسسة المذكورة بفسخ الاتفاقية على عاتق المؤسسة وتسجيلها (المؤسسة) في القائمة السوداء.

آجال تنفيذ موضوع الإعذار الأخير قبل الفسخ يكون ابتداء من أول صدور في نشرة المتعامل العمومي (BOMOP) أو الصحافة.

رئيس المجلس الشعبي البلدي

ملحق رقم (08): قرار الفسخ

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة السكن والعمران
ديوان الترقية والتسيير العقاري للبويرة

قـرار الفسـخ

المدير العام للديوان الترقية والتسيير العقاري بالبويرة
– نظرا للمادة 99 من المرسوم الرئاسي رقم 02 / 250 المؤرخ في 24 / 07 / 2002 المعدل والمتمم المتضمن تنظيم الصفقات العمومية
– نظرا للمواد 12 و 25 من الصفقة رقم 010 بتاريخ 06 / 05 / 2010 المبرمة بين ديوان الترقية والتسيير العقاري بالبويرة ومقاولة ETB PHF IKHARBINE AHMED متضمن انجاز 50 / 1400 / 2000 سكن اجتماعي إيجاري ببودربالة (برنامج RHP) حصة جميع الهياكل ماعدا الطرق والشبكات المختلفة
– الأخذ بعين الاعتبار مدة الإنجاز اثنى عشر (12) شهرا
– نظرا لمحضر تنصيب المقاولة بتاريخ 17 / 05 / 2010
– نظرا للدعوة الموجهة للمقاولة تحت رقم 9769 بتاريخ 07 / 06 / 2010 للحضور إلى مقر ديوان الترقية والتسيير العقاري بالبويرة من أجل إمضاء أمر الخدمة لانطلاق الأشغال رقم 01 في اقرب أجال ممكنة
– نظرا للمراسلة الموجهة إلى المقاولة تحت رقم 21282 بتاريخ 13 / 09 / 2010 ورقم 22110 بتاريخ 12 / 10 / 2010 دعوتها للحضور إلى مقر ديوان الترقية والتسيير العقاري بالبويرة من أجل إمضاء أمر الخدمة لانطلاق الأشغال رقم 01 والشروع في أشغال تنصيب الورشة في مدة لا تتجاوز 48 ساعة
– نظرا لاعذار تاريخ 31 / 10 / 2010 تحت رقم 22592 الصادر في جريدة la Dépêche de kabylie بتاريخ 01 / 11 / 2010 أين تم دعوة المقاولة لإمضاء أمر الخدمة لانطلاق الأشغال في مدة لا تتجاوز عشرة (10) أيام
– الأخذ بعين الاعتبار أن عشرة (10) أيام قد انتهت منذ مدة، وأن مقاولة ETB PHF IKHARBINE AHMED لم تستجب
– نظرا لإخفاق الكلي للمقاولة ETB PHF IKHARBINE AHMED

يقرر

المادة رقم 01: صفقة الأشغال رقم 010 بتاريخ 01 / 04 / 2010 مصادقة من طرف لجنة الصفقات بتاريخ 06 / 05 / 2010 بمبلغ 125 869 467.12 دج المبرمة بين ديوان الترقية والتسيير العقاري بالبويرة ومقاولة ETB PHF IKHARBINE AHMED متضمن انجاز 50 / 1400 / 2000 سكن اجتماعي إيجاري ببودربالة حصة جميع الهياكل ماعدا الطرق والشبكات المختلفة قد تم فسخها وتحميل المقاولة جميع الاعباء

المادة رقم 02: تقويم الأضرار المتسببة لديوان الترقية والتسيير العقاري ستتم بقرار تكميلي

المادة رقم 03: رؤساء دائرة التحكم في المشروع، دائرة المالية والمحاسبة، مساعد المدير المكلف بالمنازعات مكلفون بتقديم الحسابات

المدير العام

ملحق رقم (09): فسخ

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
ولاية الأغواط
مديرية الشباب والرياضة

فســـخ

- بمقتضى المرسوم رقم 10 / 236 المؤرخ في 07 / 10 / 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية
- بمقتضى الصفقة الحائزة عليها مقاولة أشغال البناء ربيعي براهيم الساكن ببلدية قلتة سيدي سعد الأغواط.
- بمقتضى الصفقة رقم 230 / 2008 الخاصة بإنجاز ملعب ببلدية حاسي الرمل (ببليل)
- نضرا لعدم إحترام الإلتزامات المتعاقد عليها لكون التأخر راجع للمؤسسة بالإضافة إلى إخلاء الورشة وعدم الجدية في العمل
- نضرا للإعذارات المتعددة التي وجهت للمقاولة

تفسخ الصفقة التي تم ذكرها أعلاه على عاتق المقاولة

قائمة المراجع

أولا- المراجع باللغة العربية:

1- الكتب:

1. أحمد محمود جمعه، **العقود الإدارية طبقا لقانون المناقصات والمزايدات الجديد** منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
2. حسن محمد هند، محمد حسن علي حسن، **الجديد في المشكلات العملية لقانون المناقصات والمزايدات**، دار الكتب القانونية، مصر، 2002.
3. حمدي ياسين عكاشة، **موسوعة العقود الإدارية والدولية (العقود الإدارية في التطبيق العملي)**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.
4. خالد خليل الظاهر، **القانون الإداري "دراسة مقارنة"**، دار الميسرة، عمان 1997.
5. رياض عيسى، **نظرية العقد الإداري في القانون المقارن الجزائري**، د.م.ج، الجزائر، 1985.
6. سليمان محمد الطماوي، **الأسس العامة للعقود الإدارية**، الطبعة الخامسة، مطبعة جامعة عين الشمس، مصر، 1991.
7. عادل بوعمران، **النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية (دراسة تشريعية فقهية وقضائية)**، دار الهدى، الجزائر، 2010.
8. عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام**، ج2، بيروت، 1982.
9. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **الأسس العامة للعقود الإدارية (الإبرام- التنفيذ- المنازعات)**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.

10. _____، **المسؤولية الإدارية في مجال العقود والقرارات الإدارية**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.

11. _____، **تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009.

12. عبد الله بن حمد الوهيبي، **القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية**، فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية، السعودية، 2002.

13. عمار بوضياف، **الصفقات العمومية في الجزائر (دراسة تشريعية وقضائية وفقهية)**،جسور للنشر و التوزيع، الجزائر 2007.

14. _____، **القرار الإداري (دراسة تشريعية قضائية فقهية)**، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

15. _____، **شرح تنظيم الصفقات العمومية**، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

16. عمار عوابدي، **القانون الإداري (النشاط الإداري)**، ج2، الطبعة الثالثة، د.م.ج الجزائر، 2005.

17. عمور سلامي، **الوجيز في قانون المنازعات الإدارية (نسخة معدلة ومنقحة طبقا لأحكام قانون 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ)**، الجزائر، 2009.

18. لحسين بن شيخ أث ملويا، **المنتقى في قضاء مجلس الدولة**، ج1، دار هومه الجزائر، 2002.

19. محمد الصغير بعلي، **العقود الإدارية**، دار العلوم، عنابة، 2005.

20. محمد جمال الذنيبات، **الوجيز في القانون الإداري**، الطبعة الثانية، دار الثقافة عمان، 2011.

21. محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للالتزامات، العقد والإرادة المنفردة)** لطبعة الرابعة، دار الهدى، الجزائر، 2008.

22. محمد فؤاد عبد الباسط، **العقد الإداري(المقومات-الإجراءات-الآثار)**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.

23. _____، **القانون الإداري**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2006.

24. محمود خلف الجبوري، **العقود الإدارية**، دار الثقافة، عمان، 2010.

25. محمود عبد الحميد المغربي، **المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وآثارها القانونية (دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق)**، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان 1998.

26. مفتاح خليفة عبد الحميد، **المعيار المميز للعقد الإداري في القانون الإداري الليبي**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2007.

27. ناصر لباد، **القانون الإداري (النشاط الإداري)**، ج2، لباد للنشر، الجزائر 2004.

28. _____، **الوجيز في القانون الإداري (التنظيم الإداري، النشاط الإداري)** لباد للنشر، الجزائر، 2006.

29. نصر الدين محمد بشير، **غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2007.

2-الرسائل والمذكرات:

أ-الرسائل:

1. سعيد عبد الرزاق باخبيره، **سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)**، أطروحة عملية لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق الجزائر،2007-2008.

2. عمار معاشو، **الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية في عقود المفتاح والإنتاج في اليد**، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، 1998.

ب-المذكرات:

1. أنيسة سعاد قريشي، **النظام القانوني لعقد الأشغال العامة**، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002.

2. خالد سليمان أسود العنزي، **عقد التوريد الإداري (دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والكويتي)**، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، 2012.

3.سلو ى بزاحي، **رقابة القضاء الإداري على منازعات الصفقات العمومية (دعوى الإلغاء نموذجا)**، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، فرع: قانون إداري ومؤسسات

دستورية، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2007.

4. سهام بن دعاس، **المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية** مذكرة لنيل شهادة الماجستير، شعبة: القانون الإداري والمؤسسات الدستورية، كلية الحقوق جامعة باجي مختار عنابة، 2005.

5. صدراتي صدراتي، **نظرية التوازن المالي للعقد الإداري**، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في العلوم الإدارية والمالية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 1983-1984.

6. عبد القادر رحال، **سلطة المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على المقاول المتعاقد معه في القانون الجزائري**، بحث لنيل درجة الماجستير في الإدارة والمالية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة تيزي وزو، 1990.

7. عمار معاشو، **عقود "المفتاح في اليد" في مجال التصنيع بالجزائر**، بحيث لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1986.

8. فاطمة الزهرة فرقان، **رقابة الصفقات العمومية في الجزائر**، مذكرة من أجل الحصول شهادة الماجستير في القانون، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006-2007.

9. ميريام أكرور، **السعر في الصفقات العمومية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2007-2008.

10. يوسف بركات أبو دقة، **امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في النظرية العامة وفي قانون الصفقات العمومية بالجمهورية الجزائرية**، بحث للحصول على شهادة الماجستير في القانون العام، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، الجزائر، 1977.

3-المقـالات:

1. رحمة شكلاط، **الصفقات العمومية: مقاربة تشريعية جديدة**، مداخلة ألقيت بمناسبة الملتقى الوطني حول أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، ج1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، يومي 30 نوفمبر – 1 ديسمبر 2011، ص ص107-120.

2. رقية بدرانية، **الغرامة التهديدية وتنفيذ قرارات القضاء الإداري**، مداخلة ألقيت بمناسبة الملتقى الوطني حول التطورات والمستجدات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة وهران، يومي 20-21 جانفي 2009، ص ص58-85.

3. رمضان غناي، **عن موقف مجلس الدولة من الغرامة التهديدية** (تعليق على قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 08-04-2003،

ملف رقم014989)، مجلة مجلس الدولة، العدد4، الجزائر، 2003، ص ص145-169.

4. _____، **قراءة أولية لقانون الإجراءات المدنية والإدارية**، مجلة مجلس الدولة، العدد9، الجزائر، 2009، ص ص35-50.

5. سحر جابر يعقوب، **فسخ العقد الإداري لاستحالة التنفيذ بسبب الظروف الطارئة**، مجلة كلية الحقوق جامعة كوفة، العدد السابع،2008، ص ص147-158، انظر:
www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=29521
, le 270/07/2012

6. عبد الغني بولكور، **المنازعات الناشئة بعد إبرام الصفقات العمومية**، مداخلة ألقيت بمناسبة الملتقى الوطني حول أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، ج2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل يومي 30 نوفمبر- 1 ديسمبر 2001، ص ص140-256.

7. علي خطار شطناوي، **صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها**، مجلة الحقوق، العدد الأول، جامعة الكويت، 2000 ص ص67-123.

8. محمود أبو السعود، **سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري**، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الأول، 1997، ص ص 165-279.

9. يوسف بن ناصر، **السلطات الجديدة للقاضي الإداري في تنفيذ قراراته**، مداخلة ألقيت بمناسبة الملتقى الوطني حول التطورات والمستجدات في قانون الإجراءات المدنية

والإدارية، كلية الحقوق، جامعة وهران، يومي 20-21 جانفي 2009، ص ص 50-57.

4-النصوص القانونية:

أ-النصوص التشريعية:

- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، ج.ر، العدد78، الصادر في 30 سبتمبر سنة 1975، المعدل و المتمم.
- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر العدد21، الصادر في 23 أفريل 2008.

ب- النصوص التنظيمية:

- مرسوم رقم 82-145 مؤرخ في 16 جمادي الثانية عام 1402 الموافق 10 أبريل سنة 1982، ينظم الصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي، ج.ر، العدد15 (ملغى).
- مرسوم رقم 84-124مؤر خ في 18 شعبان عام 1404 الموافق 19 مايو سنة 1984 يحدد صلاحيات وزير التجارة وصلاحيات نائب الوزير المكلف بالتجارة الخارجية، ج.ر، العدد 21 الصادر في 22 مايو 1984 (ملغى).
- مرسوم رئاسي رقم 02-250 مؤرخ في 13 جمادي الأولى عام 1423 الموافق 24 يوليو سنة 2002، يتضمن تنظيم الصفقات

العمومية، ج.ر العدد52، الصادر في 28 يوليو سنة 2002 (ملغى).

- مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق 7 أكتوبر سنة 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، العدد58 الصادر في 7 أكتوبر سنة 2010.
- مرسوم رئاسي رقم 11-98 مؤرخ في 26 ربيع الأول عام 1432 الموافق 1 مارس سنة 2011، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق 7 أكتوبر سنة 2010 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، العدد14، الصادر في 6 مارس سنة 2011.
- مرسوم رئاسي رقم 12-23 مؤرخ في 24 صفر عام 1433 الموافق 18 يناير سنة 2012، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق 7 أكتوبر سنة 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، العدد4، الصادر في 26 يناير 2012.
- مرسوم رئاسي رقم 13-03 مؤرّخ في أول ربيع الأول عام 1434 الموافق 13 يناير 2013، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق 7 أكتوبر سنة 2010، المتضمن تنظيم

الصفقات العمومية، ج.ر، العدد 2، الصادر في 13 يناير سنة 2013.

–مرسوم تنفيذي رقم 94-207 مؤرخ في 7 صفر عام 1415 الموافق 16 يوليو سنة 1994 الذي يحدد صلاحيات وزير التجارة ج.ر، العدد 47 الملغى بموجب المرسوم التنفيذي رقم 02-453 مؤرخ في 17 شوال عام 1423 الموافق 21 ديسمبر سنة 2002 ج.ر، العدد 85، الصادر في 22 ديسمبر سنة 2002.

–قرار مؤرخ في 16 رجب عام 1384 الموافق 21 نوفمبر سنة 1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، ج.ر، العدد6، الصادر في 19 يناير سنة 1965.

– قرار مؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1432 الموافق 28 مارس سنة 2011، يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وآجال نشره، ج.ر العدد24، الصادر في 20 أبريل سنة 2011.

6-الاجتهادات القضائية:

1- المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 65145، مؤرخ في 16-12-1989، قضية (ع ط) ضد والي ولاية قالمة، يتضمن غرامات

التأخير، المجلة القضائية، العدد1، الجزائر، 1991، ص ص133-136.

2- المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 99694، مؤرخ في 10-10-1993، قضية (د.ح) ضد المجلس الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة يتضمن الحادث الاستثنائي غير المتوقع كشرط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، المجلة القضائية، العدد1، الجزائر، 1994، ص ص217-220.

3- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 206796، مؤرخ في 12-01-2000، قضية (أ.م) ضد (ش.أ.م. ت.ن)، يتضمن شرط الإعذار، المجلة القضائية، العدد1، الجزائر، 2001، ص ص110-113.

4- محكمة التنازع، قرار رقم 1، مؤرخ في 08-05-2000، قضية رئيس بلدية رايس حميدو ضد (ص.ج)،يتضمن أنّ النزاعات الناتجة عن الصفقات العمومية هي من اختصاص الغرفة الإدارية، مجلة مجلس الدولة، العدد1، الجزائر، 2002، ص ص 153-157.

5- مجلس الدولة، قرار رقم 6504، مؤرخ في 23-09-2002، قضية بلدية بوقادير، ضد خرشي إبراهيم، يتضمن محضر يفيد استلام البلدية الإنجاز النهائي وبدون أي تحفظ، يبرر حق المقاول في استرجاع مبلغ الضمان في مدة شهر من تاريخ التسليم النهائي للصفقة، أنظر:

http://mouwazaf.ahlamontada.com/t224-topi, le 26/07/2012

6- مجلس الدولة، قرار رقم 014989، مؤرخ في 08-04-2003، قضية (ك.م) ضد وزارة التربية الوطنية، يتضمن الغرامة التهديدية، مجلة مجلس الدولة، العدد3، الجزائر، 2003 ص ص177-178.

7- مجلس الدولة، قرار رقم 006052، مؤرخ في 15-04-2003، قضية(ق،ع) ضد بلدية متليلي المتضمن تعويض عن الضرر، مجلة مجلس الدولة، العدد4، الجزائر، 2003، ص ص 71-73.

8- مجلس الدولة، قرار رقم 0011126، مؤرخ في 16-12-2003، قضية حرازي عائشة ضد بلدية أولاد عيش، يتضمن تعويض عن الضرر (غير منشور).

9- مجلس الدولة، قرار رقم 22350، مؤرخ في 12-07-2005، قضية (ق.ع.ب) ضد مدير الشباب والرياضية لولاية البويرة، يتضمن تسديد ثمن الأشغال الإضافية الضرورية لمنشأة ما، مجلة مجلس الدولة العدد7، الجزائر،2005، ص ص92-94.

10- مجلس الدولة، قرار 020289، مؤرخ في 12-07-2005، قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية ثنية الأحد ضد (ز.د)، يتضمن عدم استطاعة البلدية الشروع في الأشغال لا تتوفر مسبقا على الاعتمادات الكافية، مجلة مجلس الدولة، العدد7، الجزائر، 2005، ص ص86-88.

7-الوثائق:

- أحمد سويد**حق الإدارة في تعديل وفسخ وا ٍنهاء العقد بالإرادة المنفردة**، أنظر:

http://www.mohamoon-montada.com/Default.aspx?action=DISPLAY&id=90573&Type=3

le 26 Juillet 2012.

- حق الدولة في تعديل العقد الإداري مع المتعاقد، أنظر:

www.boxiz.net/blogs/5271/htm, le 27/07/2012.

- الصفقات العمومية وامتيازات التعديل، أنظر:

http://www.droit-maroc.blogspot.com/2012/05/blog-post1680.html, le 23/05/2012

- غرامات التأخير والتأمن النهائي في التعاقد مع الدولة، أنظر:

www.boxiz.com/blogs/5272/html , le 29/07/2012

- القرار المتصل بالعقد الإداري، أنظر:

http://www.startimes.com/f.aspx?t=16253729, le 26/06/2012

ثانيا-المراجع باللغة الفرنسية:

1-OUVRAGES

1. André DE LAUBADERE, Yves GAUDEMET, **Traité de droit administratif**, Tome 2, 11eme ed., L.G.D.J, Delta, Paris, 2002.
2. _____, **Traité de droit administratif**, T1, Droit administratif général, 16eme ed., L.G.D.J, Paris, 2004
3. Christophe LAJOYE, **Droit des marchés publics**, Berti éditions, Alger, 2007.
4. Fréderic ALLAIRE, **L'essentiel du droit des marchés publics,** 2eme ed., Lextenso éditions, Paris, 2009.
5. Khaled AOUDIA, Mohamed LALLEM, Mouloud SABRI, **Guide de gestion des marchés publics**, édition du SAHEL, Algérie, 2000.
6. Mohamed KOBTAN, **Le régime juridique des contrats du secteur public**, OPU, Alger, 1984

7. Richer LAURANT, **Les contrats administratifs**, Dalloz, Paris, 1991.

2-MEMOIRE

– Mokhtaria KADI HANIFI, **L'avenant au marché public,** Mémoire de magister : contrat et responsabilité, Institut de Droit et des Sciences Administratives, Université d'Alger, 1997.

3-ARTICLES

1. Alix PERRIN, Laure MARCUS, **« Annulation de l'acte détachable du contrat et distinction des contentieux »,** In Juris classeur-Droit Administratif, N°01, 2006, PP5-12.
2. Charles DUDOGNON, **«L'avenant au contrat administratif »,** In R.D.P, , N°05, L.G.D.J 2009, pp.1353-1379.
3. Fabrice GARTNER, **«Des rapports entre contrats administratifs et intérêt général** », In *RFDA*, N°01, Dalloz, 2006, PP.19-31.
4. Jean-David DREYFUS, **«La modification d'un marché public en cours de validité est-elle possible sans remise en concurrence ? »,** in AJDA, N°36, Dalloz, 2008, pp2008-2013.
5. _____, **«La résiliation d'un nouveau principe dont s'inspire le code civil : le pouvoir de modulation des pénalités de retard par le juge administratif »**, In AJDA, N°5, Dalloz, 2009, pp268-270.
6. Marc THEWES, **Panorama des marchés publics : le contentieux,** pp.1-31, sur : www.droit.lu/wp-content/uploads/contentieux.pdf, le 28/01/2012.

7. Xavier LIBERT, **«Les modifications du marché au cours d'exécution »,** In AJDA, Numéro spécial, Dalloz, 1994, pp.63-71.

8. Yves GAUDEMET, **«Le précontentieux : le règlement non juridictionnel des conflits dans les marchés publics »,** In AJDA, Numéro spécial, Dalloz, 1994, pp.82-96

4-TEXTES JURIDIQUES

– Arrêté du 21 Novembre 1964 portant approbation du Cahier des Clauses Administratives Générales (CCAG) applicable aux marchés de travaux du ministère de la reconstruction, des travaux publics et des transports, JORA, N°101 du 11 Décembre 1964.

5-JURISPRUDENCE

1. Arrêt conseil d'Etat N°264422 du 09 Novembre 2007, SARL Gaz technique de France C/Centre hospitalier intercommunal d'Elboeuf, Voir : **Fin du marché : résiliation,** sur: http://www.colloc.bercy.gouv.fr/colo-struct-marc-publ/juri-3/exec-marc-2/fin-march.html

2. C.E 30 Janvier 2008 : «Respect du délai séparant la mise en demeure d'exécuter un marché et la mise en régie», A.J.D.A, N°13, Dalloz, 2008, p717.

3. C.E 17 Décembre 2008, Syndicat intercommunal de gestion et d'aménagement de Superbagnères, AJDA, N°14, Dalloz, 2009, p790.

4. Arrêt de la cour administrative d'appel de Paris, N°04PA02708 du 03 Avril 2007- Société Cegelec : Société Inéo C/Assistance publique- Hôpitaux de Paris. sur :

http://www.colloc.bercy.gouv.fr/colo.struct-marc-publ/juri-3/exec-marc-2/exec-comp.html#top, le 28/07/2012.

5. Arrêt de la cour administrative d'appel de Paris, N°04 PA02708 du 03 Avril 2007- Société Cegelec : Société Inéo C/Assistance publique- Hôpitaux de Paris, sur : http://www.colloc.bercy.gouv.fr/colo.struct-marc-publ/juri-3/exec-marc-2/exec-comp.html#top, le 28/07/2012.

5-DOCUMENTS

- **Les droits et les obligations des parties à un marché public,** sur : www.lexeek.com/document/307-droits-et-obligations-parties-marche-publ/, le27/01/2012.
- **La résiliation unilatérale des marchés publics par l'administration**, sur : www.economie.gouv.fr/files/directions-services/daj/marches-publics/conseil-acheteurs/fiches-techniques/execution-marches/resiliation.pdf, le 27/07/2012.

فهرس

مقدمة 4

الفصلالأو ّل:

سلطات المصلحة المتعاقدة في متابعة تنفيذ الصفقة العمومية

المبحث الأول: سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية 12

المطلب الأول: الأحكام العامة لسلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية 13

الفرع الأول: صور سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية 14

أولا -حق الإشراف 14

ثانيا -حق التوجيه 16

الفرع الثاني: أساس سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية 18

أولا-الأساس التعاقدي لسلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية 19

ثانيا-الأساس التشريعي لسلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية 21

ثالثا-المرفق العام كأساس لسلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية 23

الفرع الثالث: ضوابط استعمال سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية 25

أولا -ضرورة أن يكون الهدف من الرقابة تحقيق المصلحة العامة 26

ثانيا -وجوب صدور القرارات الخاصة بالرقابة في حدود المشروعية 27

ثالثا -أن لا تؤدي ممارسة سلطة الرقابة إلى تغيير مضمون وطبيعة الصفقة 28

المطلب الثاني: مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية 29

الفرع الأول: مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ صفقة الأشغال العامة 30

أولا -الأمر بالبدء في تنفيذ المشروع 31

ثانيا -تحديد خطوات سير العمل ومواعيد تسليم الأشغال 32

ثالثا - الأمر بهدم الأشغال أو وقف العمل بها مؤقتا 34

رابعا -الأمر باستبدال عمال المقاول 37

الفرع الثاني: مظاهر سلطة الرقابة على تنفيذ صفقة اللوازم 39

أولا - مظاهر سلطة الرقابة في صفقات التوريد العادية 40

ثانيا -مظاهر سلطة الرقابة في صفقات التوريد الصناعية 41

المبحث الثاني: سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل شروط الصفقة العمومية 44

المطلب الأول: الأحكام العامة لسلطة تعديل شروط الصفقة العمومية 47

الفرع الأول: ضوابط سلطة تعديل شروط الصفقة العمومية 47

أولا -أن تطرأ مستجدات بعد إبرام الصفقة 48

ثانيا -صدور قرار التعديل في حدود المبدأ العام للمشروعية الإدارية 49

ثالثا - تزامن قرارا التعديل مع سريان الصفقة العمومية 51

رابعا - عدم إخلال التعديل بالتوازن المالي للصفقة 51

خامسا -ألا يؤدي التعديل إلى تغيير طبيعة الصفقة 53

الفرع الثاني: آليات ممارسة سلطة التعديل 56
أولا -التعديل عن طريق الملحق 56
1-المقصود بالملحق 57
2-شروط إبرام الملحق 57
3-أنواع الملاحق 61
أ-ملحق الأشغال المضافة أو المنقصة 61
ب-ملحق التغيير 62
ج-ملحق الإقفال النهائي للصفقة 63
ثانيا -التعديل خارج الصفقة 64
1-التعديلات المرتبطة بتطبيق نظرية فعل الأمير 64
أ-الصور التي يتخذها فعل الأمير 65
ب-شروط تطبيق نظرية فعل الأمير 68
2-التعديلات الناتجة عن الظروف الطارئة 70
المطلب الثاني: مظاهر وتطبيقات سلطة التعديل 73
الفرع الأول: مظاهر سلطة التعديل 74
أولا -التعديل في مقدار التزامات المتعاقد 74
ثانيا -التعديل في طرق ووسائل التنفيذ 76
ثالثا -التعديل في مدة تنفيذ الصفقة 77

الفرع الثاني: تطبيقات سلطة التعديل 79
أولا -التعديل في صفقات الأشغال العامة 79
1-عدم المساس بجوهر الصفقة..... 81
2-الأعمال الجديدة..... 81
3-الأعمال غير المتوقعة 82
4-الأعمال الإضافية 82
ثانيا -التعديل في صفقات التوريد..... 83
1-التعديل في عقود التوريد العادية..... 84
2-التعديل في عقود التوريد الصناعية 85

الفصل الثاني:

سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات أثناء تنفيذ الصفقة

المبحث الأول: سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات المالية والضاغطة 89
المطلب الأول: سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات المالية..... 89
الفرع الأول: الغرامة التأخيرية..... 90
أولا -تعريف الغرامة التأخيرية 91
ثانيا-خصائص الغرامة التأخيرية 93
1-الطابع الإتفاقي للغرامة التأخيرية 93
2-الطابع التلقائي للغرامة التأخيرية..... 97

ثالثا -الغرامة التأخيرية وتمييزها عن الشرط الجزائي والغرامة التهديدية 99

1-تمييز الغرامة التأخيرية عن الشرط الجزائي 99

2-تمييز الغرامة التأخيرية عن الغرامة التهديدية 102

رابعا -الإعفاء من الغرامة التأخيرية 105

الفرع الثاني: مصادرة التأمين 107

أولا -تعريف مصادرة التأمين 107

ثانيا -خصائص مصادرة التأمين 110

ثالثا -الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض 111

الفرع الثالث: التعويض 112

أولا -خصائص التعويض 113

ثانيا -كيفية تحصيل التعويض 115

المطلب الثاني: سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات الضاغطة 116

الفرع الأول: سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة 118

أولا-شروط إعمال جزاء سحب العمل من المقاول 121

1-خطأ المقاول في تنفيذ التزامه التعاقدي 121

أ-عدم التزام المقاول بشروط الصفقة 121

ب-عدم امتثال المقاول للأوامر المصلحية 122

2-وجوب اعذار المقاول 123

ثانيا -خصائص سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة..... 124

ثالثا -الآثار القانونية لسحب العمل من المقاول 125

رابعا -رقابة القضاء على قرار المصلحة المتعاقدة بسحب العمل من المقاول 127

الفرع الثاني: الشراء على حساب ومسؤولية المورد في صفقة التوريد..... 129

أولا -شروط جزاء الشراء على حساب ومسؤولية المورد 131

1-وجود خطأ يتسم بجسامة معينة من قبل المورد 131

2-وجوب الإعذار 132

ثانيا -خصائص جزاء الشراء على حساب ومسؤولية المورد 133

ثالثا -الآثار القانونية للشراء على حساب ومسؤولية المورد 134

رابعا -الرقابة القضائية على جزاء الشراء على حساب ومسؤولية المورد 136

المبحث الثاني: سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات الفاسخة 137

المطلب الأول: الأحكام المنظمة للفسخ الجزائي..... 139

الفرع الأول: مفهوم الفسخ الجزائي..... 140

أولا- تعريف الفسخ الجزائي..... 140

ثانيا- شروط تطبيق الفسخ الجزائي 141

1-الخطأ الجسيم 142

2-الإعذار 145

ثالثا -تمييز الفسخ الجزائي عن النظم القانونية المشابهة له 147

1-تمييز الفسخ الجزائي عن الفسخ في عقود القانون الخاص 147
2-تمييز الفسخ الجزائي عن الفسخ لدواعي المصلحة العامة 148
3-تمييز الفسخ الجزائي عن الجزاءات الضاغطة 150
الفرع الثاني: خصائص الفسخ الجزائي 150
أولا-حق المصلحة المتعاقدة في توقيع الفسخ الجزائي بنفسها 151
ثانيا-إعذار المتعاقد قبل توقيع الفسخ الجزائي 152
ثالثا-الرقابة القضائية على قرار الفسخ الجزائي 152
المطلب الثاني:أنواع الفسخ الجزائي وآثارها القانونية 154
الفرع الأول: أنواع الفسخ الجزائي 154
أولا-الفسخ الجزائي المجرد البسيط 154
ثانيا-الفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المتعاقد 156
الفرع الثاني: الآثار القانونية للفسخ الجزائي 158
أولا-الآثار المشتركة بين نوعي الفسخ الجزائي 159
ثانيا-الآثار الخاصة بالفسخ الجزائي المجرد البسيط 160
ثالثا-الآثار الخاصة بالفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد 161
خاتمة 163
الملاحق 170
قائمة المراجع 179
الفهرس 195

ملخـــــــص:

اعترف المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة في مختلف قوانين الصفقات العمومية، بممارسة جملة من السلطات تتجلى في كافة مراحل الصفقة العمومية، إلاّ أنّ المجال الخصب لهذه السلطات هو مرحلة التنفيذ، إذ يتقرر للمصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد معها أثناء تنفيذ الصفقة حقوقا وسلطات تختلف عن الحقوق التي يقررها القانون الخاص.

يحق للمصلحة المتعاقدة متابعة تنفيذ الصفقة العمومية من خلال سلطتي الرقابة والتعديل الانفرادي لشروط الصفقة، وذلك لضمان سير تنفيذها على النحو المتفق عليـــه كما بإمكانها أن تمارس سلطة توقيع الجزاءات في حالة إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته، منها ما هي مؤقتة ومنها ما تؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية إذا كان الإخلال جسيما.

Résumé

Le législateur Algérien a, dans ses différentes lois relatives aux marchés publics, reconnu en faveur du service contractant du droit d'exercer un ensemble de pouvoirs dont les caractéristiques font apparition dans toutes les étapes du marché public.

Cependant le domaine fertile de ces pouvoirs est bien l'étape d'exécution, car il est prévu pour le service contractant à l'égard de l'opérateur contractant et lors d'exécution du marché, des droits et des pouvoirs qui se diffèrent des droits prévus par la loi privée.

Le service contractant est dans le droit de suivre l'exécution du marché public à travers des deux pouvoirs, celui du contrôle et celui de la modification unilatérale des clauses du marché aux fins d'assurer son exécution de la manière convenue. Il peut en outre, exercer le pouvoir d'affliger des sanctions en cas de violation de l'opérateur contractant de ses obligations, entre autres, les sanctions provisoires et celles résultant de la résiliation de la relation contractuelle en cas d'une violation grave.