مقدمة

يحتل عقد الأشغال العامة مكانة بارزة ضمن العقود الإدارية إن لم يكن أبرزها على الإطلاق، وذلك للدور الهام الذي يلعبه كوسيلة من وسائل الإدارة في تسيير مرافقها العامة، وما يتطلبه ذلك من تطبيق المبادئ التي تحكم سير المرافق العامة كضمان حسن سيرها بانتظام واطراد.

فعقد الأشغال العامة من العقود الإدارية المسماة التي تبرمها الدولة، وهو فرع من فروع مقاولات الأعمال التي تسعى الدولة من خلاله إلى إبرام العديد من الاتفاقيات و العقود وذلك بوساطة التمويل المباشر من ميزانيتها، أو عن طريق مشاركة القطاع الخاص، حيث تتعلق هذه العقود غالبا بالبنية التحتية و المرافق العامة.

ويقصد بصفقة الأشغال العمومية حسب الهدف منها، ذاك التعريف الذي أورده المشرع في الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15-247، بتلك الصفقة التي تهدف إلى انجاز منشاة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية من طرف مقاول، في ظل احترام الحاجات التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع حيث تشمل على بناء أو تجديد أو صيانة أو تأهيل أو تهيئة أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم منشأة أو جزء منها بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها الضرورية لاستغلالها.

وإذا كانت أغلب الدراسات قد تناولت العقود الأشغال العامة بشكل عام كان التركيز فيها بشكل أساسي على إظهار الدور السلطوي للإدارة، أي إظهار ما تتمتع به الإدارة العامة في مواجهة المتعاقد معها من سلطات وامتيازات وذلك بغرض تأسيسها أو بغرض تبيان خصوصية وميزة العقد الإداري عن العقود المدنية والتي تتسم بالمساواة بين مصالح أطرافها كونا مصالح خاصة لكل منها، عكس مصالح

أطـراف العلاقــة فــي العقــود الإداريــة التــي تتقابـل فيهـا مصــالح عامــة تمثلهـا الإدارة ومصــالح خاصــة يمثلهـا المتعاقـد معهـا، وغنــي عـن البيــان تمييـز وتقـديم المصــلحة العامة عن المصلحة الخاصة وبالتالي تبجيلها عليها.

غيـر أنــه و ممـا لا شـك فيـه أن المتعاقـد مـع الإدارة، وخاصـة فـي مجـال عقـود الأشــغال العامــة يــؤدي دورا جوهريــا وأساســيا فــي تنفيـذ الأشــغال العامــة، بالتــالي دورا أساسـيا وجوهريـا فـي اسـتمرار سـير المرافـق العامـة بانتظـام واطـراد، ممـا يجعلـه يقـوم بـدور المعـاون لــلإدارة العامــة فــي تسـيير مرفـق مـن مرافقهـا العامــة موضــوع عقـد الأشـغال، ممـا يتطلـب منـه الوفـاء بالتزاماتـه التعاقديـة والالتزامـات التـي يفرضـها عليـه ضـمان حسـن اسـتمرار سـير المرفـق العـام بانتظـام، التـي تتمثـل فـي بـذل عنايـة فائقـة وحـرص شـديد والعمـل بأقصــى جهـد قـد يفـوق الالتـزام العـادي المتعـارف عليـه فـي الوفاء بالالتزامات التعاقدية في العقود المدنية.

ومعلـوم أن عقـد الأشـغال العامــة هـو عقـد إداري كسـائر العقـود الأخـرى، لـه طرفـان، أحـدهما بالضـرورة هـو شـخص عـام، أمـا الطـرف الآخـر، فقـد يكـون هـو أيضـا شخصا معنويا عاما، كما قد يكون شخصا خاصا سواء أكان طبيعيا أو معنويا.

ويقصــد بالشــخص العــام فــي هــذه الحالــة مــا نصــت عليــه المــادة 06 مــن المرسـوم الرئاسـي 15-247 علـى انـه "لا تطبـق أحكـام هـذا البـاب إلا علـى الصـفقات العموميــة محــل نفقــات: الدولــة، الجماعــات الإقليميــة، المؤسســات العموميــة ذات الطــابع الإداري، المؤسســات العموميــة الخاضــعة للتشــريع الــذي يحكــم النشــاط التجـاري، عنـدما تكلـف بإنجـاز عمليـة ممولـة كليـا أو جزئيـا بمسـاهمة مؤقتـة أو نهائيـة مــن الدولــة أو مــن الجماعــات الإقليميــة، وتــدعى فــي صــلب الــنص المصــلحة المتعاقدة".

أمـا الطـرف الثـاني الـذي يبـرم العقـد مـع الإدارة فهـو حسـب مـا نصـت عليـه المـادة 3/29 مـن المرسـوم الرئاسـي 15-247 ذاك الـذي ينجـز الصـفقة العموميـة للأشـغال، والـذي أطلـق عليـه المشـرع الجزائـري باعتبـاره متعـاملا مـع الإدارة مصـطلح المقـاول، والـذي قـد يكـون حسـب مـا نصـت عليـه المـادة 37 مـن نفـس المرسـوم شخصـا اعتباريـا وقـد يكـون فـردا طبيعيـا، ويمكـن أن يكـون شخصـا أو عـدة أشـخاص طبيعيـين أو معنـويين يلتزمـون بمقتضـى الصـفقة إمـا فـرادى وإمـا مشـتركين ومتضـامنين، كمـا يمكن لهذا المقاول أن يكون وطنيا أو أجنبيا مقيما بالجزائر أو بالخارج.

و باعتبـار عقـود الأشـغال العامـة مـن العقـود التبادليـة فإنـه كمـا هـو يرتـب آثـار بالنسـبة لـلإدارة صـاحبة المشـروع، فهـو يرتـب آثـار بالنسـبة للمقـاول، فبمجـرد إبـرام العقـد تتولـد عنـه حقـوق والتزامـات للمقـاول باعتبـاره الطـرف الثـاني فـي العقـد، منهـا مـا هـو منصـوص عليـه فـي العقـد، ومنهـا مـا يقـرره لـه القضـاء دون أن تتضـمنه بنـود العقد.

فـالحرص المطلـوب فـي سـلوك المقـاول فـي عقـد الأشـغال العامـة يجـب أن يقابلـه عـدم التفـريط فـي حقوقـه، وإلا لمـا وجـدت المصـلحة المتعاقـدة مـن يتعاقـد معهـا وبالتـالي مـن يعاونـا فـي تسـيير مرافقهـا، لـذا فـإن ذات العقـد تـؤطره أحكـام تتكفـل بمصـالح المتعاقـد مـع الإدارة أهمهـا الباعـث علـى التعاقـد والمتمثـل فـي الجانـب المـادي أي المقابل المالي الذي يتحصل عليه مقابل التزاماته المتعددة.

ويسـتمد الموضـوع أهميتـه مـن أهميـة عقـد الأشـغال العامـة، باعتبـاره مـن أهـم العقـود فـي الدولـة لاتصـاله بتنفيـذ المشـاريع الكبـرى وخطـط التنميـة فـي كـل دولـة، ثـم إن التـوازن فـي هـذا العقـد علـى جانـب كبيـر مـن الأهميـة لأنـه يحفـظ حقـوق المقـاول مـع المصلحة المتعاقدة و حقوق المصلحة المتعاقدة مع المقاول.

فنظـرا لأن عقـد الأشـغال العامـة هـو مـن أكثـر الوسـائل التـي تلجـأ إليهـا الدولـة من أجل تنفيذ سياستها الاقتصادية أيا كان نظامها السياسي.

ونظـرا لأهميـة هـذه العقـود فـي بنـاء الدولـة الحديثـة، ولقلـة المراجـع الجزائريـة التي تناولتها بالدراسة والبحث فقد اخترت أن يكون موضوعا لبحثي.

ولمـا كـان موضـوع عقـد الأشـغال العامـة متشـعبا، فقـد اختـرت أن يكـون جهـدي منصـبا علـى إبـراز آثـاره علـى المقـاول فقـط باعتبـاره الطـرف الضـعيف فـي مواجهـة الإدارة، حيـث يـتم تقـديمها باعتبـار المصـلحة العامـة عـن المصـلحة الخاصـة فـي الكثير من الأحيان.

وتجـدر الإشـارة أنـه ورغـم مـا بـذل مـن جهـود فـي ميـدان بحـث هـذا الموضـوع، فإنـه قـد واجهـت صـعوبات جمـة فـي انجـازي لهـذا الموضـوع كـان أولهـا نـدرة المراجـع المتخصصـة، ولاسـيما الحديثـة المتعلقـة بالمقـاول فـي صـفقات الأشـغال العموميـة، وصـعوبات تجسـدت فـي غمـوض بعـض الأحكـام المرسـوم الرئاسـي 15-247 خاصـة التقنية منها، أو تلك التي تتطلب صدور منشور وزاري ينظمها.

هـذا الأمـر الـذي عسـر علـي الوقـوف علـى المعنـى الحقيقـي المتـوخى مـن قبـل المشـرع، ومـن ذلـك حاولـت التكييـف والموازنـة بـين أحكـام هـذا التنظـيم الجديـد والأنظمـة السـابقة وقلـة الأحكـام القضـائية فـي نفـس المجـال، فضـلا عـن صـعوبة الولـوج فـي مؤسسـات الدولـة، لاسـيما مـا تعلـق منهـا بجهـاز القضـاء، وتحجـج بعـض القـائمين عليـه بواجب التحفظ الذي يفرض عدم الإطلاع على أرشيف الأحكام القضائية.

كمـا أن الواقـع يكشـف لنـا أيضـا عـن كثـرة التعـديلات التـي لحقـت بقـانون الصـفقات العموميـة الجزائـري منـذ صـدوره أول مـرة، حيـث نسـجل مـا لا يقـل عـن سـبع تـدخلات علـى الأقـل للمشـرع، إمـا بتعـديل جزئـي لأحكـام هـذا القـانون أو باسـتبدالها

كلية عن طريق إصدار قانون جديد يلغى العمل كان آخرها المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2015/09/16 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وبالتالي يمكننا صياغة الإشكالية الرئيسية للدراسة كما يلي:

ما مدى توفيق المشرع في ضبط حقوق والتزامات المقاول في صفقة الأشغال العمومية في ضوء قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام؟

ولبحث هذا الموضوع ومحاولة الإجابة على هذه الإشكالية نعتمد في هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي للنصوص والأحكام الخاصة بالمقاول المحددة في المرسوم الرئاسي 15-247 بتناول موقف المشرع و بيان النصوص القانونية وعرض أراء الفقه وأحكام القضاء في الجزائر، مع الاستعانة ببعض المقارنة للتشريعات وأراء الفقهاء في بعض البلدان العربية والأجنبية كلما تطلب الأمر ذلك، من خلال تبيان أوجه القصور أو النقص، و هذا بتحليل جزئيات الموضوع ونقدها في القوانين المقارنة المتعلقة بالعقود الإدارية و بالخصوص عقود الأشغال العامة، وكذا عرض الآراء الفقهية و موقف القضاء.

وترتيبا عما سبق فقد تم تقسيم الدراسة إلى بابين، يشمل الباب الأول على الحقوق التي يسعى المقاول من أجلها من خلال إبرامه لصفقة الأشغال العمومية على أن نقسمه بدوره إلى ثلاث حقوق رئيسية، نتناول في أولها حق المقاول في الحصول على المقابل المادي، وثانيها حق المقاول في ضمان التوازن المالي، وثالثها حق المقاول في التعويض.

فيما يتعرض الباب الثاني إلى الالتزامات التي تقع على عاتق المقاول والواجب عليه تأديتها للحصول على حقوقه المنشودة، والتي إن أخل بها ترتب على ذلك جزاءات، على أن نقسمه بدوره هو الآخر إلى ثلاث فصول، نتناول في أولها

الالتـزام المـالي للمقـاول فـي صـفقة الأشـغال العموميـة، وثانيهـا الالتـزام التقنـي للمقـاول في صفقة الأشغال العمومية وثالثها، جزاءات إخلال المقاول بالتزاماته.

الباب الأول

حقوق المقاول في صفقة الأشغال العمومية

يتمتع المقاول إزاء المصلحة المتعاقدة بجملة من الضمانات في شكل حقوق، وهذا حسب دفتر شروط الصفقة التي تم إبرامها بينهما والتي تتضمن معظمها، وقد اتفق الفقه على أن للمتعاقد حقوقا أوسع مما ينص عليه العقد على أساس تحقيق العدالة في التنفيذ.

وتمثل هذه الحقوق المعترف بها للمقاول المتعاقد التزامات بالنسبة إلى المصلحة المتعاقدة التي تسعى دائما إلى فرض منطقها الخاص، وهو تحقيق المنفعة العامة في مقابل سعي المقاول لتحصيل منفعته الخاصة.

ويعتبر الالتزام بدفع المقابل المادي وإعادة التوازن المالي للصفقة أو التعويض في حالة الإخلال بأحد بنودها أهم التزامات المصلحة المتعاقدة على الإطلاق، وتعد في ذات الوقت حقوقا مكفولة للمتعامل المتعاقد ولا يخلو عقد صفقة من الإشارة إليهما والتعرض لهما بالتفصيل، خاصة وأن طبيعة هذه الالتزامات هي مالية بالدرجة الأولى وإن كانت تختلف صورها وإجراءاتها بين التزام وآخر.

فالمقاول عندما ينفذ التزاماته المتعلقة بموضوع الصفقة صار من حقه الحصول على المقابل المالي بالكيفية التي حددها القانون "فصل أول"، وإذا واجهته أثناء التنفيذ وقائع وعوامل مرهقة لا يمكن معها الاستمرار في تنفيذ الصفقة بات من حقه المطالبة بالتوازن المالي "فصل ثاني"، كما يجوز له أيضا المطالبة بالتعويض إذا لحقت به أضرار " فصل ثالث".

الفصل الأول:

حق المقاول في الحصول على المقابل المالي

إن المتعاقد "المقاول" مع الهيئة العمومية على إثر صفقة عمومية للأشغال يجب عليه أن يعتمد أساسا على إمكانياته الخاصة في تمويل المشروع كما اتفق عليه، والمطالبة بالثمن بعد انتهاء التنفيذ وتسليم الأشغال[1]، فالمقاول إنما يهدف قبل كل شيء إلى تحقيق منفعة مادية تتمثل في الربح الناجم عن الفرق بين كلفة العقد التخمينية وبين ما بذله المتعاقد من جهود فعلية[2].

والأصل في تحديد المقابل المادي "الثمن" وطرق مراجعته ودفعه إنما يتم باتفاق المتعاقدين، وفقا للقواعد المقررة قانونا في المواد من 96 إلى 123 من المرسوم الرئاسي 15-247[3]، ولذا يعتبر شرطا تعاقديا ألزم المشرع ذكره ضمن البيانات التعاقدية بمقتضى بند صريح في الصفقة ذاتها وبطريقة مفصلة.

وهذا ما سنستوضحه من خلال ما يلي.

---

[1] – عبد العالي سمير، الصفقات العمومية والتنمية، الطبعة الأولى، الرباط، مطبعة المعارف، 2010، ص 65.

[2] – محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية،الطبعة الثانية، الأردن، دار الثقافة، 1998، ص 180-181.

[3] – المرسوم الرئاسي 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر رقم 50 من سنة 2015.

المبحث الأول:

مفهوم وطبيعة المقابل المالي في صفقة الأشغال العمومية

يختلف المقابل النقدي باختلاف العقود، وتبعا لنوع الخدمة التي تقابله، فإن كان المتعاقد مع الإدارة يقدم الخدمة للمنتفعين مباشرة، فإن المقابل هو عبارة عن "رسم" يحصل عليه المتعاقد "الملتزم" من قبل الجمهور المنتفع مباشرة[1]، وإن كان المتعاقد يقدم الخدمة مباشرة للإدارة، كان المقابل هو ثمن يحصل عليه وتدفعه له الإدارة كما لو كان العقد مثلا عقد توريد أو عقد أشغال عامة الذي يمثل فيه المقابل ثمن الأشغال المتفق على تنفيذها[2].

ومن حيث المبدأ أن الثمن وهو ما تم الاتفاق عليه عند إبرام العقد وأنه الثابت وغير قابل للتغيير، إلا أنه قد ترد حالة استثنائية على هذا المبدأ تمليها إرادة المتعاقدين أو ظروف خارجية بعد إبرام العقد تقتضي إمكانية أن يكون السعر قابلا للمراجعة أو التحيين وهو ما سيتم التطرق إليه من خلال ما يلي.

المطلب الاول: مفهوم المقابل المادي

يحمل سعر الصفقة العمومية مفاهيم عديدة تختلف من الناحية اللغوية أو من الناحية القانونية أو من الجانب الفقهي، كما يرتبط بمصطلح السعر العديد من المصطلحات المشابهة له في كثير من الجوانب كالأجر والبدل وهو ما سيتم توضيحه من خلال ما يلي.

الفرع الاول: تعريف السعر

---

[1] – بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات الإدارية والعقود الإدارية –دراسة تشريعية فقهية و قضائية–، الجزائر، دار الهدى، 2010، ص 114.

[2] – محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، الجزائر، دار العلوم، 2005، ص 81.

استعمل المشرع الجزائري من خلال أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام مصطلح السعر باللغة العربية والذي يرادفه مصطلح الثمن[1]،وهو ما يلاحظ عند التطرق إلى القسم الثاني وما يليه من الفصل الرابع الذي يندرج تحت عنوان الأسعار، فيمكن التعبير عن السعر لغويا بأنه القيمة المعطاة لخدمة معينة والتي يتم التعبير عنها بشكل نقدي، فهي المقابل للمنفعة التي يتحصل عليها من قام بموضوع الخدمة، ويعتبر أيضا أنه القيمة المدفوعة مقابل أداء مشروع معين[2].

أما السعر من الناحية الفقهية فهو ذلك المقابل النقدي الذي يستحقه المتعاقد مع الإدارة لتغطية نفقات وتكاليف العملية المتعاقد عليها، بالإضافة إلى أرباحه المشروعة[3]، فيجمع الفقه العربي والأجنبي بذلك على أن المقابل النقدي الذي يحصل عليه المقاول هو من الشروط التعاقدية التي تخضع لتفاوض وإرادة طرفي عقد الأشغال العامة أي صاحب المشروع والمقاول[4]، وبالتالي فمن الضروري أن تكون الإدارة على علم بذلك الثمن ولا يجوز إبرام العقد بدون ذكر الثمن وإلا اعتبر ذلك مضيعة للوقت[5].

ويرى أيضا جانب من الفقه أن السعر أو المقابل المادي هو تلك الحصيلة المالية التي يتحصل عليها المتعامل المتعاقد، إذ يعرف السعر من هذه الناحية

---

[1] مريام أكرور، السعر في الصفقات العمومية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2007، ص 07.

[2] عبد اللطيف قطيش، الصفقات العمومية تشريعيا وفقهيا واجتهادا، منشورات الحلبة الحقوقية، بيروت، 2010، ص 154.

[3] مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي المقارن مع شرح لائحة العقود الإدارية رقم (813) لسنة 1994، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2003، ص 132.

[4] سليمان محمد الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الطبعة الرابعة، 1984، ص 237

[5] مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2008، ص 214.

على أنه ذلك المقابل المالي الذي تدفعه المصلحة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد مقابل تنفيذ الخدمات التي يلتزم بإنجازها، ويقصد أيضا بالسعر المقابل النقدي الذي لا تستطيع الإدارة أن تعدل فيه بإرادتها المنفردة[1] أو أنه ذلك الالتزام الذي يقع على عاتق المصلحة المتعاقدة بعد أداء المتعامل المتعاقد لتنفيذ الصفقة العمومية[2].

أما من الناحية القانونية وبعد الإطلاع على أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لم نجد أي نص قانوني صريح ينص بصريح العبارة على تعريف سعر الصفقة الأشغال العمومية، إذ اكتفى مشرع بالتطرق إلى أحكام الأسعار وكيفيات الدفع في القسم الثاني من الفصل الرابع والذي جاء تحت عنوان تنفيذ الصفقات العمومية وأحكام تعاقدية وهو ما يعاب على المرسوم رغم اهتمام المشرع الكبير بهذا الجانب عن طريق تخصيص قسمين من الفصل الرابع إلا أنه أغفل وضع تعريف يوضح المقصود بالسعر من الناحية القانونية.

الفرع الثاني: تمييز السعر عن البدل والأجر

يختلف سعر الصفقة العمومية عن غيره من المصطلحات المشابهة له في كثير من الجوانب، وتشمل هذه المصطلحات أساسا على كل من البدل و الأجر.

أولا: تمييز السعر عن البدل

يعتبر كل من السعر والبدل مقابلان ماليان يتقاضاهما الطرف الآخر في العقد مقابل ما تم تنفيذه في التزاماته التعاقدية، إلا أن الاختلاف بينهما يظهر في عدة جوانب يستوجب الأمر إظهارها فيما يلي:

---

(1) عبد اللطيف قطيش، مرجع سابق، ص 154.

(2) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية، منشأة المعارف للنشر و التوزيع، مصر، 2007، ص 102.

- السعر هو المقابل المالي الذي يتقاضاه المتعامل المتعاقد مقابل ما تم تنفيذه في موضوع الصفقة[1]، أما البدل هو المقابل المالي الذي يتقاضاه الشخص مقابل ما تم استئجاره أو مقابل ما أنتفع من العين المؤجرة[2].
- سعر الصفقة العمومية هو ذلك المقابل المالي الذي تدفعه المصلحة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد معها مقابل الخدمات التي إلتزم بإنجازها، أما البدل هو ذلك المقابل المالي أو العوض الذي يدفع من طرف المستأجر للمؤجر مقابل ما أنتفع به خلال مدة معينة[3].
- بدل الإيجار بمفهوم هذه المادة467 من القانون المدني يكون معلوما ويجوز أن يحدد نقدا أو بتقديم أي عمل آخر أما السعر هو عبارة عن مقابل مالي يدفع للمتعاقد نقدا مقابل تنفيذه لالتزاماته التعاقدية دون القيام بأي عمل آخر، فبالتالي البدل يحدد من طرف المؤجر أما سعر الصفقة العمومية يحدد من طرف المتعامل المتعاقد[4].

ثانيا: تمييز السعر عن الأجر

يعتبر كل من السعر و الأجر أيضا مقابلان ماليان يتقاضاهما الطرف الآخر في العقد مقابل ما تم تنفيذه في التزاماته التعاقدية، إلا أن الاختلاف بينهما يظهر في عدة جوانب يستوجب الأمر إظهارها فيما يلي:

- السعر هو ذلك الحق الذي يتحصل عليه المتعامل المتعاقد من طرف المصلحة المتعاقدة بعد القيام بأداء خدمة معينة لصالح العام، أما

---

(1) ميريام أكرور، مرجع سابق، ص 08.

(2) محمدي فريدة، عقد الايجار وفقا لقانون 05-07 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، كلية الحقوق، الجزائر، 2008، ص 8

(3) المادة 467 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 2007/05/13، ج ر عدد 31 الصادرة في 2007/05/13.

(4) محمد صغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2005، ص 80.

الأجـر هـو ذلـك المقابـل المـالي الـذي يتقاضـاه العامـل مـن طـرف رب العمل مقابل الخدمة التي يؤديها لهذا الأجر.

- السـعر لـم يعرفـه قـانون الصـفقات العموميـة فـي المرسـوم 15-247 أمـا الأجـر نصـت عليـه المـادة 80 مـن القـانون 90-11 المتضـمن علاقـات العمـل المعـدل والمـتمم علـى أنـه: " للعامـل الحـق فـي أجـر مقابـل العمـل المؤدى و يتقاضى بموجبه مرتبا أو دخلا يتناسب ونتائج العمل"[1].
- يعـرف السـعر بأنـه المقابـل المـالي الـذي يـتم التعبيـر عنـه بشـكل نقـدي فهـي المنفعـة التـي يتحصـل عليهـا مـن قـام بالخدمـة، أمـا الأجـر فيعـرف بالمقابـل الـذي يتقاضـاه العامـل الـذي لـه علاقـة بالمنصـب الـذي يعمـل فيـه، إذ يعنـي ترتيـب هـذا المنصـب بجـدول خـاص بـالأجور، و يقصـد بذلك أن الأجر الذي يتقاضاه العامل له علاقة برب العمل[2].

ومنـه فبالنسـبة لسـعر الصـفقة العموميـة لابـد علـى المتعامـل المتعاقـد أن يقـوم بـأداء الخدمـة لحسـابه وباسـمه الشخصـي و لفائـدة و لمصـلحة الدولـة، أمـا بالنسـبة للأجـر فيقـوم العامـل بـأداء الخدمـة باسـم رب العمـل ولحسـاب هـذا الأجيـر أو لحسـابه الشخصـي، أي مـن أجـل الحصـول علـى المنفعـة المتمثلـة فـي الأجـرة الشـهرية وهـذا عكس السعر.

المطلب الثاني: طبيعة السعر في الصفقة العمومية للأشغال

نـص المشـرع مـن خـلال المرسـوم الرئاسـي رقـم 15-247 المتضـمن تنظـيم الصـفقات العموميـة فـي المـادة 97 منـه، أنـه يجـب علـى المتعاقـدين إلزاميـا تحديـد

---

[1] القانون رقم 90-11 المؤرخ في 1990/04/21، يتضمن علاقات العمل، ج ر عدد17، صادر في 1990/04/25، معدل و متمم.

[2] محمد حسن قاسم، قانون التأمين الاجتماعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص 154.

طبيعة السعر وذلك إما أن يكون ثابتا أو قابلا للمراجعة، أو قابلا للتحيين[1]، وهذا ما سنوضحه من خلال ما يلي:

الفرع الأول: صفقة بسعر ثابت:

السعر هو المحور الأساسي في العقد، والمتعاقد عندما يقوم بتقديم عطائه فإن من أهم الشروط أن يوضح الثمن الذي يكون قادرا على أداء العمل بموجبه وأن يذكر ذلك في صلب العطاء إضافة إلى المحتويات العطاء الأخرى.

ولهذا فإن الثمن يحدد في أغلب الأحيان باتفاق بين طرفيه، وذلك قبل البدأ في تنفيذ العقد، وقد يكون ذلك ضمن شروط العقد أو ضمن وثائق ملحقة به، ويشكل جزءا لا يتجزأ من العقد ومكملا لبنوده[2] مما يجعل من العقد مصدرا أساسيا لتحديد الثمن لأن اغلب الشروط الخاصة بتحديد الثمن هي شروط تعاقدية[3].

ومنه فالمقابل المالي في العقد يتسم بطابع الاستقرار والثبات لأن المتعاقد مع الإدارة يحدد عند التعاقد المقابل المالي الذي يطلبه مقابل ما يقدمه للإدارة ويحقق به التوازن للعقد[4]، ولا يعتد بعد ذلك بتقلبات السوق أو العملة أو التعريفة الجمركية وغيرها من المسائل المتوقع حدوثها لدى المتعاقد مع الإدارة، فلا يجوز للمتعاقد المطالبة بفرق سعر مرجعه زيادة سعر العملة عند مراحل التنفيذ باعتبار ذلك يؤدي إلى زيادة قيمة المقابل النقدي للعقد، وهو أمر غير جائز كأصل عام ولا

---

(1) عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الخامسة، 2017، ص38.

(2) نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2010، ص 434.

(3) مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص 214.

(4) ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2004، ص 212.

يـتم الأخـذ بـه إلا اسـتثناء وبـنص تعاقـدي خـاص قـائم علـى الرضـا المشـترك لطرفـي العقد[1].

وبسـبب غيـاب نـص صـريح فـي المرسـوم الرئاسـي 15-247 يبـين مفهـوم السـعر الثابـت فأنـه يتعـين الاسـتعانة بـنص المـادة 26 مـن الأمـر 67-90 المـؤرخ فـي 1967/06/17 المتضـمن قـانون الصـفقات العموميـة[2] باعتبـاره الـنص الوحيـد الـذي أشـار إلـى مفهـوم السـعر الثابـت حـين نـص علـى أنـه: " تكـون الأسـعار نهائيـة أو قابلـة للمراجعـة، فالأسـعار النهائيـة هـي التـي لا يمكـن تعـديلها بسـبب تغيـر الظـروف الاقتصادية وعلى العكس في ذلك تكون الأسعار قابلة للمراجعة".

وعليـه فالسـعر الثابـت هـو ذلـك السـعر غيـر القابـل للتغييـر خـلال مـدة العقـد، مهمـا كانـت المسـببات التقنيـة أو الظـروف الاقتصـادية ويـتم تحديـده فـي بنـود الصـفقة كمـا يـتم ذكـره بالأرقـام والأحـرف إضـافة إلـى عـدم الإشـارة إلـى إمكانيـة المراجعـة لـه، وهو ما تم الاصطلاح عليه في الفقه بمبدأ ثبات الثمن.

ومبـدأ الثبـات هـذا تمليـه اعتبـارات عمليـة وقانونيـة، فلـو أعطيـت لـلإدارة حريـة تعـديل المقابـل المـالي لعقودهـا مـن جانبهـا وبشـكل منفـرد، لعـزف الأفـراد وأحجمـوا عـن التعاقـد معهـا، ولمـا قبـل أحـد بمعاونتهـا فـي تسـيير مرافقهـا، هـذا مـن الناحيـة العمليـة، أمـا مـن الناحيـة القانونيـة فـإن سـلطة الإدارة فـي تعـديل بعـض شـروط عقـدها، إنمـا يسـتند إلـى اتصـال العقـد بـالمرفق العـام ومقتضـيات حسـن سـيره، وأمـا الشـروط المتصـلة بالمقابـل النقـدي أو ثمـن تنفيـذ الأشـغال فـلا صـلة لهـا إطلاقـا بتسـيير المرفـق وبالتالي فلا أساس لتعديلها[3].

---

[1] ماجد راغب الحلو، نفس المرجع، ص 112.

[2] الأمر 67-90 المؤرخ في 1967/06/17 المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر عدد 58، الصادر 1967/06/17 (ملغى).

[3] محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية،دار الثقافة الجامعية، 1990، ص 214

وعليه فإن مبدأ ثبات الثمن له حجية في مواجهة الإدارة ويعتبر قيدا قانونيا عليها لا يحق لها بموجبه المساس بالثمن ولا أن تعيد النظر فيه تحت أي ذريعة، كأن تستند مثلا إلى دراسات أجرتها أثناء التنفيذ بينت أن الثمن كان مبالغا فيه، فلا يجوز لها المساس بالمزايا المالية المتفق عليها في العقد والتي يتمتع بها المتعاقد وهو ما يجمع عليه الفقه والقضاء[1].

ومبدأ ثبات الثمن لا تقتصر حجيته على المصلحة المتعاقدة فقط، بل إن هذه الحجية هي أيضا في مواجهة المقاول وفقا للفقه والقانون" لا يجوز للمقاول فيما عدا الحالات المنصوص عليها بالمادة 33 من هذا النص، التذرع بأية حجة للرجوع عن أسعار الصفقة التي اتفق بذاته عليها....."[2].

فالمقاول إذن لا يستطيع المناقشة في مقدار الثمن المتفق عليه بمناسبة تنفيذه للعقد إلا إذا وجد بالعقد بند يسمح بمراجعة الثمن وهو أمرممكن "يمكن أن يكون السعر ثابتا أو قابلا للمراجعة..."[3].

وتطبيقا لمبدأ "ثبات الثمن" فإنه لا يجوز للمقاول طلب زيادة ثمن الأشغال بدعوى عدم كفاية الثمن للأشغال أو بدعوى سوء تقديره لتكاليف الأشغال ولا حتى على أساس اعتبارات العدالة كالاحتجاج بكون الإدارة دفعت مبلغا أعلى في أشغال مماثلة، إلا أن للمقاول كامل الحرية في إبرام العقد من عدمه، وهذه الصفة التعاقدية

---

[1] عيسى عبد القادر الحسن، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1997، ص 215

[2] المادة 42 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والنقل، منشور بالجريدة الرسمية رقم 46 لعام 1965.

[3] المادة 97 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

لشـرط الـثمن أو المقابـل المـالي للأشـغال، هـو مـا يجعـل مـن الـثمن خاضـعا لمبـدأ "الثبات" فلا يجوز تعديله أو المساس به إلا بموافقة الطرف الآخر[1].

الفرع الثاني: صفقـة بسعر قـابل للمـراجعة:

رغـم مـا روج مـن إيجابيـات تحملهـا تقنيـة السـعر الثابـت للمنافسـة والمتعاقـدين فـي الصـفقات العموميـة، إلا أن الواقـع وضـرورة إشـباع الحاجـات العامـة مـع ضـمان سـير المرافـق العامـة بانتظـام وباضـطراد قـد وضـع علـى المحـك تقنيـة السـعر الثابـت التـي اتضـح أنهـا لا تـتلاءم ومتطلبـات تنفيـذ الصـفقات خاصـة مـع فتـرات التضـخم التـي مر به الاقتصاد العالمي[2].

وعليـه فعنـدما تكـون أسـعار الصـفقة محتملـة التغييـر وذلـك راجـع لظـروف اقتصـادية، فإنـه يـدرج فـي الصـفقة طريقـة مراجعـة الأسـعار وطريقـة تنفيـذ ذلـك، وتكـون مراجعـة أسـعار الصـفقة حسـب الظـروف المنصـوص عليهـا فـي التنظـيم السـاري المفعول، حيث قد يتضمن الاتفاق أو العقد بين الطرفين شرط مراجعة السعر.

فـإرادة طرفـي العقـد فـي شـأن تحديـد الـثمن، ولأنهمـا يتوقعـان حـدوث تطـور أو ظهـور عوامـل ومعطيـات تـؤثر فـي الأسـعار كتقلـب أسـعار مـواد الانجـاز مـثلا، تحـتم وضـع شـرط اسـتباقي حتـى لا يتـأثر تنفيـذ العقـد بتلـك المسـتجدات، هـذا الشـرط هـو إمكانية مراجعة الثمن أو الأسعار المتفق عليها[3].

فتطبيـق صـيغة المراجعـة يعنـي أن السـعر الابتـدائي لـم يعـد صـالحا نتيجـة حـدوث تغيـرات اقتصـادية، لـذلك وجـب مراجعتـه علـى أن تنصـب المراجعـة علـى

---

(1) حسن درويش عبد العال، النظرية العامة في العقود الإدارية، الجزء الثاني، مكتبة الانجلو مصرية، الطبعة الاولى، 1959، ص 116

(2) مريام أكرور، مرجع سابق، ص 61.

(3) علي بن شعبان، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة قسنطينة، 2012، ص 151.

الخدمات المنفذة فعلا، ويكون السعر قابلا للمراجعة ذا كان محل اتفاق يتم النص عليه كبند في بيانات الصفقة وهو ما يعني عدم إمكانية طلب المتعامل المتعاقد مراجعة السعر مهما كانت الظروف إذا لم يتم النص على عملية المراجعة وصيغتها في الصفقة، وهو ما يعني أن الصفقة قد أبرمت بسعر ثابت و غير قابل المراجعة[1].

غير أن وجود شرط إمكانية مراجعة السعر لا يعنى المراجعة الآلية للثمن بمجرد حدوث مستجدات أو ظهور عوامل معينة، وإنما حدوث ذلك يفتح الباب أمام إمكانية المراجعة بعد طلب المقاول ذلك، فيتم الاتفاق على ثمن جديد بين الطرفين أو يرفع الأمر إلى القضاء المختص، بناء على شرط المراجعة.

ونشير إلى أنه في حالة تضمن العقد نصا يسمح بمراجعة السعر، فإن ذات العقد يحدد وجوبا صيغة المراجعة وكيفيات تطبيقها حسب ما نص عليه المشرع الجزائري: "... عندما يكون السعر قابلا للمراجعة يجب أن تحدد صيغة أو صيغ مراجعته وكذلك كيفيات تطبيق هذه الصيغة أو الصيغ الخاصة بالمراجعة ضمن الشروط المحددة في المواد من 101 إلى 105 أدناه..."[2].

فمراجعة السعر هي عملية تهدف إلى أن تساير أسعار الصفقة العمومية للأشغال التغيرات الاقتصادية التي تطرأ منذ الشروع في تنفيذ الخدمات إلى غاية نهايتها، وتتم بواسطة صيغ حسابية مراعاة أهمية الصفقة والأرقام الاستدلالية في مجال الأشغال العمومية والبناء التي تعد من طرف المركز الوطني للمساعدة التقنية، الذي يقوم بإجراء تحقيقات ميدانية حول الأسعار وبعد الرقابة عليها تحسب

---

[1] حمودي محمد، تعديل السعر في الصفقة العمومية – التحيين والمراجعة – دراسة في إطار المرسوم الرئاسي15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مقال منشور، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية، العدد التاسع، المجلد الأول، 2018، ص 173.

[2] المادة 97 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

هذه التطورات وتوضع في فهرس جامع ثم تقدم لوزير المالية الذي يصادق عليها بقرار وزاري ثم تنشر في الجريدة الرسمية[1].

والمراجعة مبدئيا لا تنصب إلا على جزء من الصفقة المنفذة في ظروف جديدة نتيجة لطوارئ وتغيرات اقتصادية غالبا، لكنها يمكن أن تكون شاملة لكامل الصفقة عندما تكون التغيرات مباشرة بعد الأمر بالتنفيذ[2]، ولا يمكن العمل ببند مراجعة السعر إلا بعنوان الخدمات المنفذة فعلا وفي الصفقات التي تتضمن بندا للمراجعة، كما لا يمكن العمل ببند مراجعة السعر في الحالات التالية:

- في الفترة التي تغطيها آجال صلاحية العرض.
- في الفترة التي يغطيها بند تحيين الأسعار عند الاقتضاء.
- أكثر من مرة واحدة كل ثلاثة أشهر[3].

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 33 في فقرتها الثانية من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 والمتعلقة بتبديل الأسعار تجعل من تغير الأسعار بأكثر من النصف سببا كافيا لفسخ الصفقة بصورة تلقائية من طرف الوزير، وللمقاول كذلك الحق في طلب الفسخ إذا لم يتم من طرف المصلحة المتعاقدة، وفي كل الأحوال لا يطبق السعر المراجع إلا في الفترة الممتدة بين طلب الفسخ والفسخ النهائي أو حالة تبقي من الأشغال 10%، حيث على المقاول في هذه الحالة متابعة الأشغال لحين صدور مقرر بالموضوع من الإدارة.

إلا أنه وعلى العموم فإن معظم الصفقات التي تبرمها الدولة عموما تنص في بنودها على أن الأسعار تكون مغلقة وغير قابلة للتحيين ولا للمراجعة، وهو ما

---

(1) مريام أكرور، مرجع سابق، ص 65.

(2) بحري اسماعيل، في مجال الصفقات في الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2009، ص 62.

(3) المادة 101 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

يمثل إجحافا في حق المتعامل المتعاقد وتقليصا للضمانات المقررة له، مما يستوجب على المشرع إعادة ضبط المسألة من خلال إعادة تصنيف للصفقات العمومية التي تكون بسعر ثابت أو قابلة للتحيين أو قابلة للمراجعة، وعدم ترك السلطة التقديرية للإدارة في إدراج البند من عدمه.

الفرع الثالث: صفقة بسعر قابل للتحيين:

يعتبر تحيين سعر العقد عملية يتم فيها إعادة النظر في المقابل المادي للعقد المتفق عليه بغية مراعاة التغييرات الاقتصادية بين تاريخ تحديد السعر وتاريخ معين لاحقا عليه، كتاريخ إيداع عرض المقاول وتعهده وتاريخ صدور الأمر بالشروع في تنفيذ الأشغال[1]، فقد يتفق المقاول والإدارة صاحبة المشروع على أن سعر العقد ثابتا إذا أصدرت الإدارة أمرها بالشروع أو البدء في التنفيذ في خلال شهرين من تقديم المقاول لعرضه، وإلا فإن العرض الذي قدمه يخضع للتحيين.[2]

وقد أجاز المشرع الجزائري صراحة الخروج عن مبدأ ثبات الأسعار حتى ولو كان العقد ينص على أن الأسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة، وذلك في حالة حدوث تأخير في تنفيذ الصفقة، دون أن يكون المقاول هو المتسبب في ذلك حيث نصت المادة 100 من المرسوم الرئاسي 15-247 على :"... يمكن السماح بتحيين الأسعار في حالة التأخر في بداية تنفيذ الصفقة إذا لم يتسبب في ذلك المتعامل المتعاقد..."، وموقف المشرع هذا هو ما تقتضيه العدالة، إذ لا يعقل أن يحمل المقاول مسؤولية عمل لا يد له فيه.

فالمشرع الجزائري يلزم الإدارة حين تعلن عن صفقة ما أن تعلن عن كافة الوثائق والبيانات المتعلقة بها حتى تضمن المساواة بين كافة العارضين، ومن هذه

---

(1) حمودي محمد، مرجع سابق، ص 171.

(2) علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 165.

البيانات التي ستلزمها المشرع هو ضرورة إعلان الإدارة صاحبة المشروع عن مدة صلاحية العروض التي يتقدم بها المتنافسون، حيث لا يمكن للمقاول في مثل هذه الحالة أن يتكلم عن تحيين الأسعار ولا على مراجعتها خلال فترة صلاحية العرض[1].

تجدر الإشارة إلى أن أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 لم تحددا مدة صلاحية العروض بل تركت لتقدير ومبادرة صاحب العمل الذي من واجبه إدراج هذه المادة ضمن ملف الإعلان عن المنافسة على عكس الأمر 67-90 المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم وخاصة المواد 40 و30 الذي قدر مدة صلاحية العروض ب 90 يوما[2].

أما عن طريقة تحيين السعر فقد أجاز المشرع أكثر من طريقة، فقد تكون بطريقة جزافية إجمالية باتفاق الطرفين، وإما بطريقة تطبيق صيغة المراجعة، لأنه كما أسلفنا فالمشرع أوجب في حال نص العقد على مراجعة الأسعار، أن ينص أيضا على طريقة وصيغة المراجعة[3].

وهنا لابد أن نميز بين قابلية السعر للمراجعة وقابليته للتحيين، فالأولى تتعلق بفترة تنفيذ الصفقة، أما الثانية فتتعلق فقط بالفترة ما بين التاريخ المحدد لإيداع العروض وتاريخ الأمر بالشروع.

وقد نصت كلا من المواد 97، 98 و 100 من المرسوم الرئاسي 15-247 على شروط تطبيق عملية تحيين السعر والتي يمكن إيجازها فيما يلي:

---

[1] علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 166.

[2] حمودي محمد، مرجع سابق، ص 171.

[3] المادة 97 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

- لا يمكن أن تكون محل تحيين الأسعار الصفقات العمومية التي تقل مبالغها عن الحد المنصوص عليه في المادة 13 (اثني عشر مليون دينار 12.000.000 دج لصفقات الأشغال)، والملاحظ هنا أن التنظيم استعمل مصطلح صفقة وبذلك لم يكن موفقا باعتبار أن الصفقة هي من تجاوز المبلغ فيها الحدود الواردة في المادة 13 والتي لم تتجاوز الحد المذكور سابقا تسمى طلبية.
- إذا كان يفصل بين التاريخ المحدد لإيداع العروض وتاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة أجل يفوق مدة تحضير العرض زائد ثلاثة أشهر وإذا تطلبت الظروف الاقتصادية ذلك.
- يحدد مبلغ التحيين بتطبيق صيغة مراجعة الأسعار دون الجزء الثابت التي ينبغي أن تستعمل كمرجع، باستثناء الحالات المبررة كما ينبغي حتى وإن كانت الأسعار غير قابلة للمراجعة.
- لا يمكن تطبيق تحيين الأسعار إلا في على الفترة التي تتراوح بين تاريخ آخر أجل لصلاحية العرض وتاريخ تبليغ الأمر بالشروع في الخدمات التعاقدية.
- الأرقام الاستدلالية القاعدية التي يجب مراعاتها هي أرقام شهر نهاية صلاحية العرض.
- لا يمكن ان تكون محل تحيين الأسعار الصفقات التي يقل اجل انجازها عن ثلاثة أشهر أو تلك المبرمة وفق التراضي البسيط.

يتبين لنا من خلال ما سبق أن موضوع التحيين ينصب على مراجعة السعر الابتدائي المتفق عليه في صفقة الأشغال عمومية التي تحملت مرور مدة زمنية تفوق أجل صلاحية العرض والمحصورة بين التاريخ المحدد لإيداع العرض، وتاريخ

الأمـر بالبـدء فـي تنفيـذ الخـدمات والأشـغال، شـريطة أن يحـدث خـلال هـذه الفتـرة تغيرات في الظروف الاقتصادية حتمت ذلك.

وعلـى العمـوم فـإن مـا يمكـن الوقـوف عليـه مـن خـلال احتكاكنـا بالعديـد مـن الإدارات العموميـة فـإن هـذه الأخيـرة تفضـل السـعر الثابـت وغيـر القابـل للمراجعـة، رغبـة منهـا فـي الحفـاظ علـى المـال العـام مـن جهـة، ومـن جهـة أخـرى تفـادي النزاعـات أثنـاء تطبيـق بنـود التحيـين أو مراجعـة السـعر ومـا فيهـا مـن تـأخير فـي الإجـراءات، سـواء فـي الحصـول علـى الاعتمـادات الماليـة مـن الخزينـة العموميـة، أو فـي إنجـاز الأشغال موضع الصفقة رغم ما فيها من انعكاسات سلبية على المقاول.

فالسـعر الابتـدائي الـذي تقـدم بـه المقـاول فـي عرضـه، هـو حصـيلة توقعـات فـي فتـرة معينـة ولا يمكـن أن يظـل قائمـا لفتـرة طويلـة، خاصـة فـي مجـالات ذات تحـولات مختلفـة وسـريعة، وخاصـة فـي ظـل اقتصـاد يتسـم بـالتطور السـريع، ولهـذا فيجـب علـى الإدارات العموميـة اسـتعمال مبـدأ ثبـات السـعر بحـذر شـديد[1] حتـى لا يتحـول إلـى نقمة من خلال نفور المقاول من التعامل معها.

المبحث الثاني

آليات تحديد السعر وكيفيات تسويته في الصفقـة الأشغال العمومية

باعتبـار أن المقابـل المـادي المتفـق عليـه فـي الصـفقة هـو الحـق الأول والأساسـي للمقـاول، والغالـب أن يسـتحق المقابـل بعـد تقـديم الأداء مـن جانـب المتعاقـد، إلا أن المصـلحة المتعاقـدة قـد تـدفع جانبـا مـن هـذا المقابـل مقـدما أو فـي أثنـاء التنفيـذ، خاصـة إذا كـان التنفيـذ يتطلـب كثيـرا مـن النفقـات ومتسـعا مـن الوقـت، وذلـك لمسـاعدة المتعاقد معها على أداء التزاماته.

---

[1] مريام أكرور، مرجع سابق، ص 61.

وكفالة منه لهذا الحق، فقد نص قانون الصفقات العمومية في المواد من 96 إلى 123 على وضع آليات لتحديد السعر وكيفيات تسويته، وكذا لآجال تحقيق هذه العملية ضمانا من المشرع لحقوق المقاول وهذا ما يعكس أيضا الاهتمام البالغ بهذه المسألة نظرا لخطورتها خاصة في عقد الأشغال أين تتعدد المهام ويرتفع مبلغ الصفقة، وهو ما سيتم توضيحه من خلال ما يلي.

المطلب الأول: آليات تحديد السعر

الأصل أن السعر في الصفقة العمومية يحدد باتفاق الإرادتين، إلا أن الطبيعة التنظيمية للصفقة ووجود دفاتر شروط كعناصر مكونة لها تفرض نفسها فإن دور إرادة الطرفين في وضع الأسعار في الصفقات العمومية يتناسب وكيفية إبرام الصفقة، ومما لا شك فيه أن دور الإدارة في تحديد السعر يكون أكثر عندما تعقد الصفقة بأسلوب التراضي ويتقلص هذا الدور إلى حد كبير عندما تعقد بطريقة المناقصة أو المزايدة[1].

وتختلف أساليب تحديد الثمن التي تلجأ إليها الإدارة والمقاول في عقد الأشغال العامة، وهي بحسب المشرع قد يتفقان على ثمن جزافي محدد العمل إجمالي معين، وقد يتفقان على تحديد ثمن الوحدة التي يتكون منها الشغل، وقد يكون الاتفاق على أساس تحديد الثمن بناء على مراقبة الأشغال.

وأخيرا قد يكون تحديد الثمن بناء على أسلوب مختلط أي يجمع بين أكثر من أسلوب من بين هذه الأساليب، وهي الأساليب التي وردت بدفتر الشروط العامة الإدارية[2].

---

[1] مراد زوايد، النظام القانوني للوفاء بالمقابل المالي بقانون الصفقات العمومية الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة بومرداس، 2012، ص 11.

[2] المادة 01 فقرة ب من دفتر الشروط الادارية العامة، مرجع سابق.

فـالحق المـالي المضـمون للمتعامـل المتعاقـد يمـنح لـه علـى شـكل قـيم وأسـعار يـتم تحديـدها فـي مـتن الصـفقة المبرمـة وهـي القـيم التـي تحـدد بصـفة إجماليـة أو بنـاء علـى قائمـة سـعر الوحـدة أو بنـاء علـى نفقـات المراقبـة أو بصـفة مختلطـة[1] وهـو مـا نصـت عليـه المـادة 96 مـن المرسـوم الرئاسـي 15-247 حيـث نجـد المشـرع الجزائـري قد حدد أربعة أشكال يدفع من خلالها أجر المتعامل المتعاقد جراء تنفيذه الصفقة.

وطبعـا فـإن اختيـار أسـلوب تحديـد السـعر لا يـتم اعتباطيـا وإنمـا ذلـك يـتم بنـاء علـى ضـوابط وأحكـام، بحيـث يكـون للأسـلوب المختـار آثـاره التـي تتجلـى خاصـة فـي وصـف الصـفقة وتسـميتها بـذلك الأسـلوب، لـذلك نجـد تسـمية: صـفقة بسـعر الجزافـي، صفقة على أساس قائمة سعر الوحدة وغيرها وهو ما سنحاول تبيانه فيما يلي.

الفرع الأول: السعر الإجمـالي أو الجزافـي.

طبقـا لـنص المـادة 96 مـن المرسـوم الرئاسـي 15-247 المتضـمن تنظـيم الصـفقات العموميـة فإنـه يـدفع أجـر المتعامـل المتعاقـد إجماليـا أو جزافيـا، لكنـه لـم يتعـرض إلـى تعريـف السـعر الإجمـالي أو الجزافـي، وتـرك بيـان ذلـك للنصـوص التطبيقية.

وقـد ورد تعريـف السـعر الإجمـالي أو الجزافـي فـي دفتـر الشـروط العامـة لسـنة 1964 وذلـك فـي المـادة الأولـى التـي تـنص علـى: " إن صـفقة السـعر الإجمـالي الشـامل هـي الصـفقة التـي حـدد فيهـا علـى التمـام الشـغل المطلـوب مـن المقـاول والـذي يجري تحديد سعره جملة ومسبقا".

ويفهم من هذا أن صفة السعر الجزافي تتضمن أمرين[2]:

---

[1] عادل بوعمران، النظرية العامة للقرارات والعقود الادارية، الجزائر، دار الهدى، 2010، ص114.

[2] مراد زوايد، مرجع سابق، ص 29.

- الأول: هو الاتفاق على تحديد العمل المطلوب انجازه.
- الثاني: هو السعر الذي سيدفع جملة ومسبقا وبصفة نهائية.

وهـذان الأمـران مرتبطـان مـع بعضـهما الـبعض، إذ لا يمكـن بـأي حـال مـن الأحـوال أن تقـوم المصـلحة المتعاقـدة بـدفع السـعر جملـة واحـدة ومسـبقا للمتعامـل المتعاقد معها إلا بعد تحديد العمل المطلوب انجازه بصفة دقيقة.

ومـن ثـم فقـد كـرس هـذا الـنص المفهـوم المطلـق للسـعر الجزافـي المنصـوص عليـه فـي المـادة 561 مـن القـانون المـدني والتـي تـنص علـى أنـه :" إذا أبـرم العقـد بـأجر جزافـي علـى أسـاس تصـميم اتفـق عليـه مـع رب العمـل، فلـيس للمقـاول أن يطالـب بـأي زيـادة فـي الأجـر ولـو حـدث فـي هـذا التصـميم تعـديل أو إضـافة إلا أن يكـون ذلـك راجعـا إلـى خطـأ مـن رب العمـل أو يكـون مأذونـا بـه منـه واتفـق مـع المقـاول على الأجرة".

فحـين يـتم الاتفـاق بـين المقـاول و الإدارة علـى ثمـن إجمـالي مـوع الأشـغال التـي سـينفذها المقـاول، أي مبلـغ إجمـالي لعمـل كلـي، مـن غيـر تفاصـيل توزيـع الـثمن وتخصـيص كـل جـزء منـه لنـوع معـين مـن الأشـغال موضـوع المشـروع فهنـاك إذن عـاملان متقـابلان فـي هـذا العقـد، مـن جهـة مبلـغ محـدد مـن المـال ككتلـة واحـدة، ومـن الجانـب الآخـر شـغل معـين يقـوم بـه المقـاول، ولا يسـتوجب هـذا أن يكـون الشـغل عبـارة عـن نـوع واحـد أو وحـدة واحـدة بـل قـد تكـون هنـاك تفصـيلات فـي مكونـات هـذا الشـغل وكذلك تحليل الثمن الجزافي.

وهـذا يعنـي أن المقـاول ينفـذ عمـلا إجماليـا أو شـاملا لكـل مكوناتـه مقابـل ثمـن يدفع له عن مجمل ما نفذه ويوصف الثمن في هذه الحالة بأنه جزافي[1].

[1] علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 157.

ويكون السعر إجماليا وجزافيا في حالة النص في الصفقة على مبلغ جزافي يشتمل على كافة المستحقات المالية التي يتقاضاها المتعاقد نظير تنفيذه للصفقة، دون الاعتماد على حساب الوحدات المنجزة أو إذا تعلق بمقابل إنجاز أشغال أو تأدية خدمات بصفة عامة كما تكون الصفقة جزافية إذا تضمنت اتفاقا يعطي لصاحب المشروع الحق في بعض التغييرات الطفيفة للأعمال المتفق عليها، وعادة لا تأخذ الأعمال الصعبة كمياتها أو نوعية إنجازها بدقة بسبب الاحتمالات التي تنتج عنها ويضاف عادة فيها بند يتعلق بمتغيرات الأسعار[1].

ويترتب على الطابع الجزافي لثمن العقد عدم إمكانية حصول المقاول على مبالغ إضافية في حالة ما إذا واجهته صعوبات في التنفيذ بحسب ما هو متفق عليه [2]، فالمقاول لا يستحق التعويض عما نفذه من أشغال إضافية فيحال العقد الجزافي، ما لم يكن قد قام بذلك تنفيذا لأمر مصلحي أصدرته الإدارة[3].

فإذا كان العقد إجمالي بثمن جزافي فحتى وإن احتوى على تفصيلات الأشغال وتحليل للثمن الجزافي فإن" .. الاختلافات الملحوظة عرضيا أثناء الانجاز بالنسبة للكميات المذكورة في المستند، والتي لم تكن ناتجة عن أوامر إدارية مصلحية، و كذا الأغلاط التي يمكن العثور عليها في الحسابات التي حدد السعر الإجمالي بموجبها لا يمكن أن يترتب عليها بأي حال من الأحوال أي تعديل لهذا السعر..."[4].

---

[1] محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 81.

[2] عيسى عبد القادر الحسن، مرجع سابق، ص 204

[3] علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 158.

[4] المادة 38 فقرة ب من دفتر الشروط الإدارية العامة، مرجع سابق.

فـاختلاف حجـم الأشـغال المنفـذة فعـلا عـن حجمهـا المبـين فـي قائمـة تفصـيل الـثمن الجزافـي لا يـؤدي إلـى تعـديل هـذا الـثمن وهـو أمـر متفـق عليـه بـين الفقـه والتشريع و القضاء[1].

ونلاحـظ ممـا سـبق اسـتبعاد أي أجـرة إضـافية للمقـاول الـذي يلتـزم بتنفيـذ الصـفقة علـى حسـابه مهمـا كانـت الظـروف التـي ستعترضـه، غيـر أن هـذا لا يحـرم المقـاول مـن حقـه فـي المطالبـة بالتعويضـات لأسـباب أخـرى إلا أنـه بـالرجوع إلـى مـواد دفتـر الشـروط الإداريـة لسـنة 1964 والمتعلقـة بالسـعر الجزافـي نجـد أن هنـاك حـالات يمكـن للمقاول أن يطلب سعرا إضافيا[2] والتي يمكن أن نجملها في النقاط التالية:

- حالة وجود قوة قاهرة[3].
- حالـة القيـام بالأشـغال غيـر المقـررة وغيـر المنصـوص عليهـا فـي دفتـر التعليمات الخاصة[4].
- حالـة القيـام بالأشـغال الإضـافية الضـرورية لحسـن تنفيـذ الصـفقة وأن تصـدر عن أمر من المصلحة المتعاقدة[5].
- حالـة إخضـاعه لصـيغة المراجعـة المحـددة فـي دفتـر الشـروط الخصوصية[6].

وعلـى العمـوم إذا كانـت طريقـة الأسـعار الإجماليـة والجزافيـة تعـود بالفائـدة علـى طرفـي صـفقة الأشـغال العموميـة القصـيرة الأمـد كونهـا تتضـمن أشـغالا قليلـة يمكـن التنبـؤ إلـى حـد مـا فـي اقتصـادياتها بالنسـبة للمقـاول وتمثـل اسـتقرارا وتأمينـا ماليـا ضـد

---

(1) عيسى عبد القادر الحسن، مرجع سابق، ص 205

(2) مراد زوايد، مرجع سابق، ص 30.

(3) المادة 27 من دفتر الشروط الإدارية العامة، مرجع سابق.

(4) المادة 29 فقرة 1 من دفتر الشروط الإدارية العامة، مرجع سابق.

(5) المادة 30 من دفتر الشروط الإدارية العامة، مرجع سابق.

(6) المادة 33 من دفتر الشروط الإدارية العامة، مرجع سابق.

التحولات التي تطرأ أثناء إنجاز الأشغال بالنسبة للمصلحة المتعاقدة، إلا أنها تتعقد حينما يتعلق الأمر بصفقات أشغال كبرى ويمتد انجازها لسنوات خاصة في عصر يتميز بعدم الاستقرار الاقتصادي.

ورغم ذلك يكشف الواقع العملي عن تفضيل هذا الأسلوب في تحديد المقابل المالي الذي يتلقاه المقاول خاصة أن الفقرة الأخيرة من نص المادة 96 تفيد بأن "يمكن المصلحة المتعاقدة مراعاة احترام الأسعار تفضيل دفع مستحقات الصفقة وفق صيغة السعر الإجمالي والجزافي" وهو ما كرسه أيضا مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 2004/04/15 والذي جاء في حيثياته:

"إن الحساب العام النهائي هو الحساب الأخير لتحديد المبلغ الإجمالي للصفقة، حيث أن الحساب العام النهائي ثابت وغير قابل للمساس به مادامت الشكاوي اللاحقة غير مقبولة، حيث أنه ينبغي التذكير مرة أخرى بأن المقاولة المستأنفة كانت مقيدة بالحساب العام والنهائي الذي أمضته ولا يمكنها المطالبة إلا بما تم تحديده في هذا الحساب"[1].

الفرع الثاني: السعر بناء على قائمة الوحدة.

من المستقر عليه فقها وقضاء أن العقد الإداري هو اتفاق يكون أحد أطرافه شخصا معنويا عاما بقصد إدارة أو تسيير أحد المرافق العامة، وتظهر فيه نية الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك من خلال تضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في تعاملات الأفراد[2]، فالمتعامل المتعاقد باعتباره طرف في الصفقة العمومية إلى جانب الإدارة المتعاقد معها عندما ينفذ التزاماته المتعلقة بموضوع

---

[1] قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، الصادر بتاريخ 2003/04/15، ملف رقم 8072، مجلة مجلس الدولة العدد 4، 2003، ص 82.

[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية (الداخلية والدولية)، الطبعة الأولى، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2006، ص 48.

الصفقة صار من حقه الحصول على المقابل المالي، ويكون ذلك بالكيفية التي حددها القانون، حيث إنه يمكن أن يدفع أجر المتعامل المتعاقد في شكل سعر الوحدة[1].

ويكون سعر الوحدة في حالة تحديد سعر الصفقة بناء على وحدات القياس مثل تحديد سعر شق طريق عام، في إطار تنفيذ صفقة أشغال عامة بناء على سعر المتر المربع، فبناء على قائمة سعر الوحدة يتم تحديد السعر على أساس الوحدة وفيها تعيين الأعمال المطلوبة على المتعامل المتعاقد للقيام بها مع تحديد مقدارها وتحديد سعر مستقل لكل نوع من أنواع السلع[2].

ويضع المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية طريقة تحديد السعر بناء على قائمة الوحدة ثانية بعد السعر الإجمالي والجزافي في ترتيبه لطرق تحديد الأسعار دون أن يقدم لها تعريفا، على خلاف دفتر الشروط الإدارية العامة الذي أوضح في المادة الأولى على أن: "إن صفقات أسعار الوحدات هي الصفقات التي يجرى تسديدها على أسعار الوحدات وفقا للمقادير المنفذة فعليا ويجوز بصورة خاصة إعداد أسعار الوحدات على الصفقة المعتبرة (الجدول) أو إعدادها على أسعار النشرة المتداولة (المتسلسلة)...." [3]

فتحديد السعر على أساس قائمة سعر الوحدة يكون بضرب ثمن الوحدة في عدد الوحدات المشابهة لها، وإن تضمنت الصفقة أكثر من صنف للوحدات فتحدد ثمن كل صنف من الوحدات المماثلة أو المشابهة، ثم نقوم بجمع أثمان هذه الأصناف المتشابهة لنحصل على سعر الصفقة الكامل.

---

[1] كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزائر، دار جيطلي، 2012، ص 5.

[2] محمد الصغير بعلي، مرجع السابق، ص 82.

[3] الجزء ب من الفقرة ب من المادة 1 من دفتر الشروط الادارية العامة، مرجع سابق.

ومنه فإن الثمن النهائي في هذه الحالة لا يعرف مسبقا، والمعروف أنه عند إبرام العقد هو أن سعر الوحدة يكون ثابتا، وما هو متغير فهو السعر الإجمالي لأنه مرتبط بالقيمة المنجزة فعليا.

أما التشريع الفرنسي فقد عرفه بأنه كل ثمن لا يكون جزافيا بالمعني المحدد سابقا، أو كل ثمن ينطبق على نوع من الأشغال لا تكون كمياتها محددة في العقد إلا بصفة مؤقتة[1]، فالتعاقد على أساس سعر الوحدة في صفقة الأشغال العمومية يتم تحديد السعر فيه بإتباع أحد أسلوبين الجدول أو التسلسل[2]، ويتميز كلا هما بأن ثمن الصفقة لا يمكن تحديده بدقة مسبقا.

أولا: تحديد الثمن على أساس الجدول:

ويتبع هذا الأسلوب خاصة في عقود الأشغال التي يصعب تحديد حجمها أو كمياتها مسبقا، كأشغال الحفر و أشغال الصيانة عموما وفي هذه الحالة يكتفي الطرفان الإدارة والمقاول بتحديد ثمن لكل نوع من الأشغال التي سيتم تنفيذها دون تحديد لكميتها أو تعيين حجمهما[3]، حيث تعد الإدارة في هذه الحالة كشفا بناء عليه يقدم المتنافسون عروضهم لوضع جدول أسعار الوحدات من خلال وضع أسعارهم المقترحة للخدمات على الجداول.

ثانيا: تحديد الثمن على أساس سلسلة الأسعار:

ويحدد السعر بناء على كشف وصفي معد من قبل الإدارة وعروض المتنافسين، فخاصية هذا النوع هو غياب تحديد الكمية التي ستنفذ عند إبرام

---

[1] المادة 2.10 من قرار 08 سبتمبر 2009 المتضمن الموافقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال الفرنسي.

[2] عيسى عبد القادر الحسن، مرجع سابق، ص 207

[3] علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 159.

الصفقة والتي يكتفي فيها بتحديد سعر يطبق على كل وحدة متماثلة وينتج السعر النهائي من تطبيق أسعار الوحدات في سلسلة أسعار على الكميات المنفذة فعلا[1].

وعلى العموم فإن صفقة الأشغال التي تتضمن سلسلة أسعار أو جدول أسعار فإن تحديد السعر فيها وفقا لدفتر الشروط الإدارية العامة يكون بعد الإطلاع و تحديد كمية الأشغال المنجزة فعليا: "...الصفقة التي تتضمن عدة أسعار أو جدول أسعار... يعد الحساب طبقا لمقادير الأشغال المنجزة فعليا و الواقعة مشاهدتها رسميا وفقا لنص المادة 39 التالية، ولأسعار الوحدات المبينة في النشرة أو الجدول والمعدلة عند الاقتضاء طبق الشروط مراجعة الأسعار التي يمكن أن تتطلبها الصفقة والتابعة عند اللزوم للتخفيض (أو الإضافة) الواردة في المشاركة..."[2].

والملاحظ أن ثمن العقد المحدد على أساس سعر الوحدة يتميز بكونه ثمنا نهائيا لا يقبل المساس به (طبعا ماعدا وجود شرط مراجعة العقد)، بحيث أن المقاول يتحمل جميع مصاريف ونفقات الشغل، ولا يملك الاحتجاج بعدم كفاية الثمن وهذا طبق الأحكام التشريع.

إلا أنه في حالة ما تكون قيمة الأشغال المنفذة أغلى من قيمة الأشغال المقررة بدفتر الشروط الخصوصية أو أوامر المصلحة، فتعد الحسابات على أساس الأشغال الأخيرة، والأشغال الأخيرة هنا هي الأشغال المقررة في دفتر الشروط الذي هو طبعا جزء من العقد[3].

---

[1] عباد صوفية، المركز القانوني للمتعامل المتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، رسالة ماجستير، عنابة، 2011، ص 15.

[2] المادة 2/38 من دفتر الشروط الإدارية العامة، مرجع سابق.

[3] علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 160.

حيث نصت المادة 3/22 على ما يلي:"... عند ما يعترف المهندسون أو المهندس المعماري أن التغييرات المحدثة من قبل المقاول ليست مخالفة لقواعد الفن أو الذوق السليم، فيجوز في هذه الحال الأخذ بالمقتضيات الجديدة دون أن يحق للمقاول طلب أية زيادة في السعر بسبب الاتساعات الأكثر قوة أو بسبب القيمة الأكثر ارتفاعا في الأدوات أو الأشغال، وفي هذه الأحوال تجرى القياسات على أساس الاتساعات المنصوص عليها بدفتر الشروط الخصوصية أو بأوامر المصلحة وإذا حدث العكس وكانت الاتساعات أكثر ضآلة أو كانت الأدوات أقل قيمة فيعمد بنتيجة ذلك إلى تنقيص القياسات و الأسعار"[1].

الفرع الثالث: السعر بناء على نفقات المراقبة.

إن السعر بناء على نفقات المراقبة هي كيفية لتحديد الأسعار يكرسها المشرع الجزائري من خلال نص المادة 96 من المرسوم الرئاسي 15-247 في الترتيب الثالث دون أن يقدم لها تعريفا على غرار كيفيات تحديد السعر التي سبقت دراستها والنص الوحيد الذي يتضمن تعريفات هو دفتر الشروط الإدارية العامة.

فبمقتضى المادة الأولى منه: " إن صفقة النفقات المراقبة هي الصفقات التي تكون نفقات المقاول فيها حقيقية ومراقبة (اليد العاملة والأدوات والمواد المستهلكة وكراء الآلات والنقل وما إلى ذلك..) والتي تستهدف تنفيذ شغل محدود، ويجري تسديدها إليه مع إضافة زيادة في مقابل النفقات العامة والربح"[2].

فهذا النوع من الصفقات يتم تسديد الثمن بحسب تقدم الأشغال المنجزة والمثبتة من طرف المتعامل المتعاقد وذلك بحسب مصاريف النفقات المخصصة

---

[1] المادة 3/22 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والنقل، مرجع سابق.

[2] الجزء ج من الفقرة ب من المادة 1 من دفتر الشروط الإدارية العامة، مرجع سابق.

للإنجاز سواء بخصوص العتاد أو اليد العاملة أو المصاريف الضريبية أو تكلفة السلع مع تحديد هامش الربح، ويعتمد في ذلك على النفقات والتكاليف التي قام بها المتعامل المتعاقد بناء على وثائق ثبوتية مثل الفواتير مع إضافة هامش ونسبة معينة للفائدة والربح 15% مثلا[1].

إلا أن إبرام الصفقة بناء على كيفية النفقات المراقبة يجب أن يتضمن طبيعة جميع العناصر التي تساعد في تحديد السعر وهو ما قضت به المادة 106 من المرسوم الرئاسي 15-247على أنه: " يجب أن تبين الصفقة التي تؤخذ خدماتها في شكل نفقات مراقبة، طبيعة مختلف العناصر التي تساعد على تحديد السعر الواجب دفعه، وكيفية حسابها وقيمتها".

أي أنه يجب أن تتضمن الصفقة عند إبرامها عناصر دفع النفقات وأن تقدر طبيعة العناصر بطريقة تفصيلية وكذا كيفية حسابها وقيمة مختلف العناصر التي تحدد السعر الواجب دفعه مثل الحجم الساعي وكل المصاريف العامة ووع حد أقصى للنفقات أو الفوائد[2].

فمعرفة السعر إذن ينتج من الكشوف والوثائق التي يقدمها المقاول وتراقبها الإدارة صاحب الأشغال، وسعر العقد لا يعرف بدقة مسبقا ولا يعرف كم سيتقاضى المقاول مقابل هذا المشروع وإنما كل ذلك يتحدد عندما يحين تسديده.

فالإدارة تدفع الثمن المقابل بعد أن تقوم بالزيادة حسب النفقات التي تحملها المقاول بمناسبة تنفيذ الأشغال، وتأخذ بعين الاعتبار في ذلك كل النفقات التي يقدم بشأنها ثبوتا من المقاول وتضيف إليها نسبة معينة كأرباح المشروع، لأنه لا يعقل لأن يبادل المقاول نقودا بنقود، وتشمل هذه النفقات ما يكون المقاول قد دفعه مقابل

---

[1] محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 81.

[2] مريام أكرور، مرجع سابق، ص 53.

الأجـور، والمـواد الأوليـة واسـتهلاك للعتـاد، والضـرائب والرسـوم التـي لهـا صـلة بالمشروع موضوع العقد[1].

فمـن إجمـالي هـذه النفقـات لمختلـف العناصـر التـي تراقبهـا وتـدفعها الإدارة، يتشكل الثمن مع ما يحصل عليه المقاول من هامش الربح ومجهوده الشخصي.

ويـرى الـبعض بـأن مثـل هـذا الأسـلوب فـي تحديـد ثمـن العقـد يشـكل خطـرا علـى الميزانيـة العامـة، لـذلك يجـب عـدم اللجـوء إليـه إلا بشـكل اسـتثنائي مـن قبـل الإدارة[2]، وهـو مـا يمكـن ملاحظتـه جليـا فـي الواقـع، حيـث تسـتبعده فـي الغالـب الإدارة بسـبب تعقيداتـه والصـعوبات الماليـة التـي يطرحهـا، باعتبارهـا لا تتضـمن سـعرا أوليـا ولـن يعـرف إلا فـي نهايـة الصـفقة، فهـو يحمـل بعـض مـن الخطـورة علـى النفقـات العموميـة إذ يمكـن أن يصـل إلـى سـعر يتجـاوز توقعـات الأطـراف وهـذا مـا يضـع الماليـة العمومية في مأزق بسبب تعارضه مع سياسة ترشيد الإنفاق العمومي.

كمـا أن أسـلوب تحديـد السـعر بنـاء علـى نفقـات المراقبـة يتطلـب امـتلاك الغـدارة لقـدرات تقنيـة عاليـة تمكنهـا مـن مراقبـة السـعر الحقيقـي وتجنـب أيـة محاولـة مـن المتعامـل المتعاقـد للتلاعـب فـي النفقـات، فهـذه الطريقـة علـى عكـس الطـرق الأخـرى قـد تضع الإدارة في مواجهة مخاطر عديدة[3].

وعلـى الـرغم مـن هـذه المخـاطر إلا أن المشـرع الجزائـري فـي المرسـوم 15-247 المتضـمن تنظـيم الصـفقات العموميـة لـم يشـر إلـى الطـابع الاسـتثنائي لهـذا الأسـلوب فـي تحديـد السـعر، ممـا يجعلـه أسـلوبا عاديـا يمكنـا للجـوء إليـه متـى رأت الإدارة أنـه الأسـلوب الأمثـل نظـرا لطبيعـة الأشـغال[4] تاركـا ذلـك لـدفتر الشـروط

---

[1] علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 162.

[2] عيسى عبد القادر الحسن، مرجع سابق، ص 209.

[3] مريام أكرور، مرجع سابق، ص 53.

[4] عيسى عبد القادر الحسن، مرجع سابق، ص 209.

الإدارية العامة الذي ينص في المادة الأولى : "يجوز إبرام الصفقات بسعر إجمالي شامل أو بأسعار الوحدات أو بصورة استثنائية على أساس النفقات المراقبة".

الفرع الرابع: السعر المختلط.

طبقا لنص المادة 96 من المرسوم الرئاسي15-247 يعد السعر المختلط أحد أساليب تحديد المقابل المالي الذي يأخذه المتعامل المتعاقد لقاء تنفيذه الصفقة، وقد أغفل التنظيم الأخير تعريفه كما أغفلته التنظيمات السابقة، إلا أنه يستخلص من مصطلح " مختلط"، أن هذا الأسلوب يفترض منه أن يكون جامعا بين أسلوبين من أساليب تحديد السعر كأن يجمع بين السعر بناء على قائمة سعر الوحدة وكذلك السعر بناء على النفقات المراقبة.

أي أن تحديد ثمن العقد أو الصفقة، يكون باستعمال مختلط للأساليب السابقة أي اعتماد معايير مختلطة، وذلك مثلا بمراعاة تكلفة سعر الوحدة، ومراقبة النفقات، وهامش الربح وغيرها، فالسعر المختلط هو السعر الذي يحدد بناء على عدة معايير(تكلفة وسعر الوحدة مع مراعاة نفقات المراقبة، نسبة الربح....الخ)[1].

وعليه فإن السعر يكون مختلطا عندما يتم تقييم جزء من الخدمات المنفذة في الصفقة بسعر جزافي والجزء الآخر بسعر بناء على قائمة سعر الوحدة.

تجدر الإشارة إلى أن دفتر الشروط الإدارية العامة لم يتناول بالذكر هذا الأسلوب باعتبار حداثته (تم النص عليه لأول مرة في المرسوم الرئاسي رقم 02-250)، وعمليا يجد هذا النوع من السعر مجاله في صفقات الأشغال العمومية، بحيث يتم الحساب بطريق أو سعر إجمالي جزافي للبنية القاعدية بالنسبة للكميات المنجزة فعليا، أما بالنسبة للبنية الفوقية للانجازات يتم تقييمها على أساس على

[1] محمد صغير بعلي، العقود الإدارية، الجزائر، دار العلوم، 2005، ص 81 و 82.

قائمة الوحدة أو بناء على النفقات المراقبة بالنسبة للأجزاء غير القابلة للتحديد مسبقا[1].

المطلب الثاني: كيفيات دفع المقابل المادي للمقاول

نظرا للصلة الوثيقة بين الصفقة العمومية و فكرة المال العام وكذا حقوق الخزينة العامة، وجب التأكد من حسن التنفيذ وأداء الخدمة قبل اتخاذ إجراء تحويل المال ووضعه في حساب المتعاقد، فالقاعدة في المحاسبة العمومية أن الدفع يكون بعد إنجاز الخدمة، أي التسوية المالية بعد الإنجاز الفعلي للأشغال العامة.

غير أن المشرع الجزائري كغيره يدرك ما يترتب على تطبيق هذه القاعدة من سلبيات كما أسلفنا، ومنها صعوبات التمويل التي يتعرض لها المقاول خاصة في المشاريع الكبيرة والتي يستغرق إنجازها مدة طويلة[2].

ولذلك فمن بين الحلول التي تبناها المشرع لذلك، هو خروجه من هذه القاعدة، وذلك بتخويل الإدارة إمكانية صرف مبالغ على شكل سلفة، أو دفع تحت الحساب قبل إتمام تنفيذ المشروع، بل وحتى قبل الشروع في التنفيذ، وذلك حتى يمكن للمقاول الانطلاق في تجسيد المشروع، لما يمثله ذلك التمويل من زيادة في القدرة المالية للمقاول، التي بها يستطيع التغلب على كثير من الصعوبات التي تواجهه قبل وبعد الشروع في التنفيذ[3].

ولقد فصلت المواد من 108 إلى 123 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، كيفيات الدفع بما يعكس اهتمام المشرع بهذه المسألة نظرا لخطورتها خاصة في عقد الأشغال، أين تتعدد

---

[1] مريام أكرور، مرجع سابق، ص 55.

[2] محمد صغير بعلي، مرجع سابق، ص 83.

[3] علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 179.

المهـام وأيـن يرتفـع مبلـغ الصـفقة، إذ لا عجـب أن يخصـص المشـرع 16 مـادة لكيفيـات الـدفع، فـالأمر يتعلـق بحقـوق الخزينـة مـن جهـة وحـق المقـاول مـع الإدارة مـن جهـة أخرى.

ولقـد بينـت المـادة 108 ومـا بعـدها مـن نفـس المرسـوم الرئاسـي، أن التسـوية الماليـة للصـفقة تـتم بـدفع قسـطا للمتعامـل المتعاقـد[1]، والـذي يأخـذ أحـد الآليـات التـي سيتم توضيحها من خلال الفروع الثلاث الآتية:

الفرع الأول: التسبيقـات.

الأصـل أنـه لا يجـوز دفـع المقابـل المـالي للمتعاقـد مـع الإدارة إلا بعـد تمـام تنفيـذ العقـد، أي أن الـدفع لا يكـون إلا بعـد أداء الخدمـة، ولكـن هـذا يتطلـب مـن المتعاقـد مـع الإدارة أن يكـون ملـيء ماليـا لدرجـة تكفـي لإتمـام المشـروع كليـة بكامـل مصـاريفه ومـواده الخـام وأجـور عمالـه ثـم بعـد ذلـك يسـلمه لـلإدارة ويحصـل علـى المقابـل المـالي، وهـذا أمـر يصـعب تحقيقـه مـن الناحيـة الواقعيـة، إذ أن هنـاك مـن العقـود مـا تجـاوز قيمتـه الملايـين بـل والمليـارات ومنهـا مـا يسـتمر فتـرة طويلـة فـي تنفيذه[2].

لـذلك نجـد المشـرع قـد تنبـه إلـى مثـل هـذه الصـعوبات وعالجهـا مـن خـلال إصـداره للعديـد مـن القـوانين فـي مجـال الصـفقات العموميـة، وهـذا لأجـل مسـاعدة المتعاقـد مـع الإدارة وتنفيـذه الحسـن للصـفقة، وذلـك مـن خـلال مبـادرة الإدارة المعنيـة بدفع تسبيق في رقم الحساب الجاري للمتعامل المتعاقد.

اولا: تعريـف التسبيـق:

---

[1] بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 115.

[2] ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 214.

وقد عرفه المرسوم الرئاسي 15-247 في المادة 109 بأنه:" هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة"، بما يعني أن المتعامل المتعاقد لم يباشر بعد الخدمة موضوع الصفقة، ورغم ذلك تبادر الإدارة المعنية بالتعاقد بدفع تسبيق في رقم الحساب الجاري للمتعامل المتعاقد، وهذا بهدف مساعدته على مباشرة الأعمال والوفاء بالأعباء المالية، ويمكنه هذا التسبيق من توفير المواد التي يتطلبها تنفيذ الصفقة[1].

وما تجدر الإشارة إليه هو أنه لا يمكن دفع التسبيقات في رقم الحساب الجاري للمتعاقد معها، إلا إذا قدم هذا الأخير مسبقا كفالة بقيمة معادلة بإرجاع تسبيقات يصدرها إما بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية وهذا بالنسبة للمتعهدين الجزائريين، أما إذا كان المتعاقد أجنبي، فإنه تصدر كفالة من بنك خاضع للقانون الجزائري، يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى.

وتحرر كفالة إرجاع التسبيقات حسب نموذج يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية، وللتوضيح أكثر نجد القانون المنظم لصندوق ضمان الصفقات العمومية[2]، قد حدد في نصوص مواده 2 و3 و4 و5 منه على كيفية منح هذا الصندوق على الضمانة أو الكفالة الرامية إلى تسهيل تنفيذ الصفقات العمومية.

ثانيا: أشكال التسبيق:

---

[1] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 41.

[2] مرسوم تنفيذي رقم 98-67، مؤرخ في 21 فبراير سنة 1998، يتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية وتنظيمه وسيره، العدد رقم 11 لسنة 1998.

ويتخذ التسبيق أحد الشكلين، وذلك بحسب ما نصت عليه المادة 111 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام:

1: التسبيق الجزافي:

هو عبارة عن مبلغ من المال يوضع تحت تصرف المتعامل المتعاقد قبل بدأ تنفيذ الصفقة، فهو لا يتحدد بناء على اعتبارات معينة مسبقا على أن لا تتجاوز قيمته كحد أقصى 15% من السعر الأولي للصفقة، خلافا للمشرع الفرنسي الذي حدده ب 5% [1]، يدفع للمقاول كتمويل من أجل الانطلاق في الأشغال، وهو لا يتعلق بنوع معين أو محدد من الأشغال موضوع العقد[2].

ولقد أوردت المادة 111 من نفس المرسوم استثناء على القاعدة العامة فأجازت للمصلحة المتعاقدة أن تدفع تسبيقا جزافيا أكبر من 15% من السعر الأولي شريطة توافر ما يلي:

- إذا رأت المصلحة المتعاقدة أثناء مرحلة التفاوض أن رفضها لقواعد الدفع و/أو التمويل المقرر على الصعيد الدولي سينجم عنه تحقيق ضرر أكيد، وهو يعني أن الضرر ثابت ومؤكد وليس احتماليا، فهنا يجوز الخروج عن القاعدة ومنح تسبيق أكثر من النسبة المذكورة، علما أن نص المادة 111 لم يضع سقفا محددا بل أجاز مخالفة الحد بصورة مطلقة.

---

[1] المادة 5/11 من دفتر الشروط الإدارية العامة الفرنسي، مرجع سابق.

[2] محمد صغير بعلي، مرجع سابق، ص 84.

- ضـــرورة الحصـــول علـــى الموافقـــة الصـــريحة مـــن الـــوزير الوصـــي أو مسؤول الهيئة العمومية أو الوالي حسب الحالة[1].
- ضرورة استشارة لجنة الصفقات العمومية المعنية[2].

و يـدفع مبلـغ التسـبيق أمـا دفعـه واحـدة أو علـى دفعـات فـي شـكل أقسـاط يحـددها العقـد مـن حيـث قيمتهـا و الفاصـل الزمنـي بينهـا حسـب نـص المـادة 112 مـن المرسوم الرئاسي 15-247.

2: التسبيـق على التمويـن:

وهـو عبـارة عـن مبلـغ مـن المـال يخـص صـفقات الأشـغال والتوريـد[3] يوضـع تحـت تصـرف المتعامـل المتعاقـد قبـل التنفيـذ إذا أثبـت لجهـة الإدارة بموجـب وثـائق وعقـود تؤكـد ارتباطـه القـانوني مـع الغيـر بهـدف تـوفير المـواد أو المنتجـات الضـرورية لتنفيـذ الصـفقة مثـل وصـول وسـندات شـراء مـواد البنـاء فـي حالـة صـفقة الأشـغال العامة[4].

ويسـتمد هـذا النـوع مـن التسـبيق أساسـه القـانوني مـن الفقـرة الأولـى للمـادة 113 مـن المرسـوم الرئاسـي 15-247 التـي تـنص علـى أنـه : " يمكـن أصـحاب صـفقات عموميـة للأشـغال واللـوازم أن يحصـلوا بالإضـافة إلـى التسـبيق الجزافـي علـى تمـوين إذا أثبتـوا حيـازتهم عقـودا أو طلبـات مؤكـدة للمـواد أو المنتجـات الضـرورية لتنفيـذ الصـفقة"، بمـا يعنـي أن المسـألة جوازيـة وليسـت إجباريـة بالنسـبة للمتعامـل المتعاقـد، وأنهـا تتعلـق بنـوعين مـن الصـفقات تـم تحديـدها حصـرا، وهمـا صـفقة الأشـغال وصـفقة اللـوازم، فجـواز الجمـع بـين التسـبيق الجزافـي والتسـبيق علـى التمـوين مـن بـاب افتـراض

---

[1] بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 116.

[2] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 42.

[3] بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 116.

[4] محمد صغير بعلي، مرجع سابق، ص 84.

حسن النية من جانب الإدارة في المتعامل المتعاقد فإن ثبت لها خلاف ذلك جاز لها اتخاذ الإجراءات المالية اللازمة[1].

وفي حالة منح المصلحة المتعاقدة تسبيق على التموين، فلها طبقا للفقرة الثانية من المادة 113 من نفس المرسوم أن تطلب من المتعامل المتعاقد معها التزاما صريحا بإيداع المواد أو المنتجات المعنية في الورشة أو في مكان التسليم خلال أجل يلائم الرزنامة التعاقدية تحت طائلة إرجاع التسبيق، وهذا شرط معقول إذ لولاه لأصبح بإمكان المتعامل المتعاقد الاستفادة من تسبيق على التموين ثم تحويل هذه المواد لخدمة مشروع آخر[2].

ويمتد عدم جواز التصرف في هذه المواد الممولة من قبل الإدارة والمودعة في ورشة الأشغال أو في مخازن التسليم حين تكون المواد قابلة للتلف حتى بعد تنفيذ الخدمة، وهو ما نصت عليه المادة 45 من دفتر الشروط الإدارية العامة حي بينت انه: "...إن التموينات التي نتج عنها تأدية دفعات ما، تبقى ملكا للمقاول، بيد أنه لا يجوز لهذا الأخير رفعها من الورشة قبل استحصاله على إذن مسبق من مهندس الدائرة أو المهندس المعماري وإعادة الدفعات المقبوضة بشأنها"[3].

إلا أنه في حالة الجمع بين التسبيق الجزافي والتسبيق على التموين، فقد حدد المشرع من خلال المادة 115 من نفس المرسوم أن لا تتجاوز نسبة 50% من المبلغ الإجمالي للصفقة، حيث يبدو هذا الشرط في غاية من الموضوعية، فلا يمكن وقبل البدء في التنفيذ أن يحصل المتعامل المتعاقد على أكثر من 50 % من القيمة المالية للصفقة.

---

[1] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 42.

[2] بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 116.

[3] المادة 3/45 من دفتر الشروط الإدارية العامة، مرجع سابق.

ومـن الطبيعـي فـي هـذه الحالـة القـول أن المبـالغ المدفوعـة بعنـوان التسـبيقات يـتم اقتطاعهـا مـن المبلـغ الإجمـالي للصـفقة، وهـو مـا تـم تبيانـه فـي المـادة 116 مـن نفـس المرسـوم علـى التسـبيقات الجزافيـة والتسـبيقات علـى التمـوين يـتم اسـتعادتها عـن طريـق اقتطاعـات مـن المبـالغ المدفوعـة فـي شـكل دفـع علـى الحسـاب أو تسـوية علـى رصيد الحساب تقوم بها المصلحة المتعاقدة.

حيـث تـتم فـي هـذه الحالـة حسـب نفـس المـادة مـن نفـس المرسـوم اسـترداد التسـبيقات بخصـم المبـالغ التـي يسـتحقها صـاحب الصـفقة العموميـة علـى أبعـد تقـدير عنـدما يبلـغ مجمـوع المبـالغ المدفوعـة نسـبة 35% مـن المبلـغ الأصـلي ويجـب أن ينتهـي اسـترداد التسـبيقات عنـدما يبلـغ مجمـوع المبـالغ المدفوعـة نسـبة 80% مـن المبلغ الأصلي للصفقة[1].

بالإضـافة الـى مـا سـبق ومـن بـاب الحفـاظ علـى المـال العـام، أصـاب المشـرع الجزائـري عنـدما نـص علـى وجـوب اسـترداد المبـالغ المدفوعـة علـى شـكل التسـبيقات جزافيـة أو علـى التمـوين فـي أقـرب أجـل وفـي أول فرصـة تتـاح لـلإدارة، وذلـك بمناسـبة صـرف تلـك المبـالغ الماليـة تحـت الحسـاب للمقـاول عـن التنفيـذ الجزافـي للأشـغال موضـوع العقـد لمـا لهـذا الإجـراء مـن تـأثير علـى ميـزان الضـمانات الماليـة "الكفـالات" والتـي يـتم مـن خلالهـا ضـبط المقـاول لانجـاز الأشـغال وإتمامهـا حسـب الشـروط المتفـق عليها.

الفرع الثـاني: الدفـع على الحسـاب.

عرفـه المرسـوم الرئاسـي 15-247 فـي المـادة 109 بأنـه:" هـو كـل دفـع تقـوم بـه المصـلحة المتعاقـدة مقابـل تنفيـذ جزئـي لموضـوع الصـفقة" فهـو بـذلك يختلـف عـن التسـبيق، فـإذا كـان الثـاني كمـا بينـا سـابقا هـو عبـارة عـن قسـط مـن المـال يـدفع قبـل بـدء

[1] محمد صغير بعلي، مرجع سابق، ص 84 و 85.

الأعمال موضوع الصفقة فإن الدفع على الحساب ذلك، حيث يكون مقابل التنفيذ الجزئي للصفقة كقيام المقاول فعلا بإنجاز جزء من الأشغال، ببناء بعض المساكن مثلا[1]، أو مثلا كأن نتصور أن المتعامل المتعاقد نفذ 30% من موضوع الصفقة ويطالب بالدفع على الحساب لهذه القيمة.

ومنه فالدفع على الحساب هو تسوية جزئية لمبلغ الصفقة تتم قبل التنفيذ الكامل لها، وهذا نظير تنفيذ جزئي للخدمة محل الاتفاق في الصفقة، ويتم ذلك وفقا لنسب ومعدلات تضبط باتفاق مشترك بين طرفي الصفقة، لأن الدفع على الحساب يكتسي طابعا اختياريا وليس إلزاميا، لذا ينبغي أن يكون محل بند صريح بالصفقة.

بالجمع بين مقتضيات المادتين 117 و118 من نفس المرسوم، نستنتج أن الدفع على الحساب ينقسم إلى نوعين أساسيين:

أولا: الدفع على الحساب عند التموين بالمنتجات:

إن التدقيق في مضمون المادة 117 الفقرة 2 يجعلنا نقتنع أن الدفع على الحساب يخص فقط عقد الأشغال، والدليل نص المادة المذكورة أعلاه وردت بالشكل التالي:" يجوز لأصحاب صفقات عمومية للأشغال أن يستفيدوا من دفعات على الحساب عند التموين بالمنتجات المسلمة في الورشة والتي لم تكن محل دفع عن طريق التسبيقات على التموين حتى نسبة ثمانين بالمائة 80% من مبلغها المحسوب بتطبيق الأسعار بالوحدة للتموين المعدة خصيصا للصفقة المقصودة على أساس كميات المعاينة". فمتى أثبت المتعاقد مع الإدارة أنه وضع تحت ذمة المشروع منتجات معينة وتم استلامها في الورشة، بإمكانه الحصول على دفع على الحساب بقدر 80% من مبلغ هذه المنتجات.

---

[1] محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 85.

وفي نفس الفقرة من المادة المذكورة أعلاه، نجد أن المشرع الجزائري قد اشترط لإتمام الدفع على الحساب، ألا يكون المتعاقد قد حصل على تسبيق بالتموين وهذا شرط معقول حتى لا يؤدي الأمر إلى إهدار المال العام، كما أضافت الفقرة الثالثة من نفس المادة، أن يكون مصدر المنتجات من الجزائر، وهو ما يعني عدم إمكانية الاستفادة من هذا النوع من الدفع لو تعلق الأمر بمنتجات تم جلبها من الخارج لإتمام المشروع[1]، رغبة من المشرع في ترشيد النفقات بالحفاظ على العملة الصعبة من جهة ودعم الاقتصاد الوطني من جهة أخرى.

ثانيا: الدفع على الحساب الشهري:

نصت المادة 118 من المرسوم الرئاسي 15-247على أن :" يكون الدفع على الحساب شهريا، غير أنه يمكن أن تنص الصفقة على فترة أطول تتلاءم مع طبيعة الخدمات ويتوقف هذا الدفع على تقديم الوثائق المنصوص عليها في دفتر الشروط حسب الحالة" والتي تتكون في الغالب من الوثائق التالية:

- محاضر أو كشوف حضورية أو وجاهية أو ميدانية خاصة بالأشغال المنجزة ومصاريفها.
- جدول تفصيلي للوازم موافق عليه من المصلحة المتعاقدة.
- جدول الأجور المطابق للتنظيم المعمول به وجدول تكاليف الضمان الاجتماعي مؤشر عليه من صندوق الضمان الاجتماعي المختص.

وهذه خطوة نوعية من جانب المشرع لدفع المتعاملين على تطبيق التشريعات ذات الطابع الاجتماعي[2].

---

[1] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 46

[2] عمار بوضياف، نفس المرجع، ص 46.

ويجب أن تدفع أو تصرف الدفعات على الحساب أو التسوية النهائية في أجل لا يتجاوز 30 يوما ابتداء من استلام الكشف أو الفاتورة، ويحدد الأجل في الصفقة، ويجوز تحديد أجل أطول لتسوية بعض أنواع الصفقات التي تحدد بقرار من وزير المالية، ولا يمكن بأي حال أن يفوق أجل شهرين آخذا بعين الاعتبار الأجل الأول أو الأجل العادي، وتعلم المصلحة المتعاقدة المتعامل المتعاقد بتاريخ الدفع وإصدار الحوالة[1].

كما خول القانون للمتعامل المتعاقد الحق في اقتضاء فوائد التأخير دون اللجوء إلى القضاء وبدون إجراء آخر بما فيه الإعذار، تحسب الفوائد على أساس نسبة الفائدة المطبقة على القروض قصيرة المدى ابتداء من اليوم الموالي لنهاية الأجل المحدد للدفع إلى غاية اليوم 15 محسوبا بتقدير الفائدة، التي تلي تاريخ صرف الدفعات على الحساب.

غير أنه في حالة ما إذا تم صرف الدفعات على الحساب بعد أجل 15 يوما، وإذا لم يتم صرف فوائد التأخير في نفس الوقت مع صرف الحساب، ولم يتم إعلام المتعامل المتعاقد بتاريخ صرف الدفعات، يتم بتسديد الفوائد على التأخير إلى حين تمكين المتعامل المتعاقد من المبالغ المستحقة. وأن عدم دفع كل الفوائد التأخيرية أو جزء منها يؤدي إلى زيادة نسبة2% من هذه الفوائد على كل شهر تأخير إلى غاية صرف هذه المبالغ ويقدر التأخير الذي تحسب على أساسه هذه النسبة بشهر كامل محسوبا يوما بيوم، وتحسب كل فترة تقل عن شهر كامل كشهر كامل.

كما يمكن وقف أجل 30 يوما ابتداء من استلام الكشف أو الفاتورة مرة واحدة فقط بواسطة خطاب موصى عليه مع طلب إشعار بالاستلام في أجل ثمانية

[1] – المادة 122 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

أيام على الأقل، قبل انقضاء أجل ثلاثين يوما لاطلاعه على أسباب رفض صرف الدفعات والوثائق الواجب تقديمها أو استكمالها، ويوقف أجل صرف الدفعات إلى غاية تقديم المتعامل المتعاقد جميع المبررات والوثائق التي طلبت منه عن طريق رسالة موصى عليها بعلم الوصول مع طلب إشعار بالاستلام يتضمن جدول الوثائق المستلمة.

كما يجب على المصلحة المتعاقدة صرف الدفعات خلال 15 يوما كحد أقصى ابتداء من تاريخ نهاية التوقيف، وفي حالة عدم الاتفاق على مبلغ الدفع على الحساب أو على الرصيد تصرف الدفعات على أساس مؤقت من مبالغ مقبولة من المصلحة المتعاقدة. وإذا كانت المبالغ المدفوعة تقل عن المبالغ المستحقة في النهاية للمستفيد الذي يستحق فوائد تأخيرية تحسب على أساس الفرق المسجل كما يمكن إعادة التنازل عن الفوائد على تأخير لحساب صندوق ضمان الصفقات العمومية، عندما يطلب من هذا الصندوق رصد الدين المتولد والمعاين[1].

ولا يعفى الإدارة من هذه العقوبة إلا حالة القوة القاهرة التي تعلق الآجال[2].

و يقتطع من مبالغ الدفعات على الحساب كما أسلفنا مبالغ التسبيقات التي حصل عليها المقاول من قبل الإدارة.

إلا أنه تطبيقا لأحكام المادة 123 من ذات المرسوم فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة وبصفة استثنائية أن تمنح تسبيقا على دفع الحساب ويكون ذلك حسب شروط الصريحة التي حددتها كما يلي: "

- إذا انقضى الأجل التعاقدي لتسوية طلب الدفع على الحساب الذي قدمه المتعامل المتعاقد.

---

[1] المادة 122 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

[2] علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 183.

- يجب ألا يتجاوز مبلغ التسبيق، بأي حال من الأحوال نسبة 80% من مبلغ الدفع على الحساب.
- لا يجوز أن يتجاوز الاستفادة من هذا التسبيق الإضافي لدى جمعها مع التسبيقات الممنوحة بأي حال من الأحوال، نسبة 70 % من المبلغ الإجمالي للصفقة".

الفرع الثالث: التسوية على رصيد الحساب.

عرفه المرسوم الرئاسي 15-247 في المادة 109 بأنها :" الدفع المؤقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل والمرضي لموضوعها" وهي بذلك تتخذ في الواقع صورتين:

أولا: التسوية على رصيد الحساب المؤقت:

بينت أحكام المادة 119 من المرسوم الرئاسي15-247 كيفية التسوية المؤقتة لرصيد الحساب حين تضمنت ما يلي: " تستهدف التسوية على رصيد الحساب المؤقت إذا نصت عليها الصفقة، دفع المبالغ المستحقة للمتعاقد بعنوان التنفيذ العادي للخدمات المتعاقد عليها، مع اقتطاع ما يأتي:

- اقتطاع الضمان المحتمل.
- الغرامات المالية التي تبقى على عاتق المتعامل عند الاقتضاء.
- الدفعات بعنوان التسبيقات والدفع على الحساب، على اختلاف أنواعها، التي لم تسترجعها المصلحة المتعاقدة بعد".

فبالإضافة إلى كونها تتم بعد تسليم المشروع أو أداء الخدمة، على الإدارة أن تبادر إلى اقتطاع الضمان المحتمل، والغرامات المالية عند الاقتضاء، والدفعات بعنوان التسبيقات والدفع على الحساب، على اختلاف أنواعها التي لم تسترجعها

المصلحة المتعاقدة بعد حيث يعد قيام الإدارة بالاحتفاظ بمبلغ الضمان، دلالة أكيدة على حرصها الشديد في الحفاظ على المصلحة العامة والمال العام، وذلك من خلال تأكدها من حسن تنفيذ الصفقة طبقا لما تم الاتفاق عليه في عقد الصفقة[1].

ثانيا: التسوية النهائية:

و تتم هذه التسوية بعد إعداد الحساب التفصيلي الإجمالي والنهائي والذي يقوم بإعداده صاحب الأشغال (مكتب الدراسات) بعد أن يكون قد سهر على حسن تنفيذ المقاول لالتزاماته التعاقدية و عاين حسن التنفيذ عبر مراحله.

ثم يقدم هذا الحساب الإجمالي للمقاول في المواعيد التي حددها المشرع مرفقا بتفاصيل الأشغال المنفذة والمبالغ المستحقة للمقاول على الإدارة صاحبة المشروع مقابل ذلك، وتكون هذه التفاصيل والبيانات مستمدة من كشوف البيانات Situations واللوائح Attachements المقدمة سابقا والتي وافقت عليها الإدارة سابقا[2].

وحتى تتم التسوية الإجمالية والنهائية لرصيد الحساب، يجب أن تكون كل الاقتطاعات قد تمت، وأن يسترد المقاول كل المبالغ التي أودعها في شكل كفالات حيث نصت المادة 120 من المرسوم الرئاسي 15-247على ما يلي: " يترتب على تسوية حساب الرصيد النهائي رد الاقتطاعات الضمان ورفع اليد عن الكفالات كونها المتعامل المتعاقد عند الاقتضاء".

فالتسوية النهائية لرصيد حساب المتعامل المتعاقد، تكون برد الاقتطاعات بعنوان الضمان للمتعامل المتعاقد، وشطب الكفالات التي قدمها ولا يتم ذلك إلا بعد التأكد من حسن تنفيذ المشروع وبعد تقديم الوثائق القانونية المثبتة لذلك.

---

[1] محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 86.

[2] علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 184.

والتسوية على رصيد الحساب النهائي تكون بعد إتمام عملية التسليم النهائي للأشغال على النحو السابق التطرق إليه، وهنا تبدأ فترة الضمان العشري في السريان و تصدر الإدارة قرارا بإنهاء أو غلق العملية، وعلى الإدارة أن تقوم بصرف مبالغ التسوية النهائية في أجل " لا يمكن أن يتجاوز ثلاثين 30 يوما ابتداء من تسليم الكشف أو الفاتورة، غير أنه يمكن تحديد أجل أطول لتسوية بعض أنواع الصفقات بقرار من الوزير المكلف بالمالية ولا يمكن أن يتجاوز هذا الأجل شهرين..."[1].

ومما سبق عرضه، يمكن القول إن السبب وراء لجوء الأفراد إلى التعاقد مع الإدارة وتقديم عروض على ذلك هو الحصول على مقابل ما يقومون به، وبذلك يكون المقابل المالي هو الحق الأول والأساسي بالنسبة للمتعامل المتعاقد[2]، ويعتبر هذا الحق من أهم التزامات الإدارة إزاء المتعاقد معها ومن أهم الحقوق الممنوحة للطرف المتعاقد مع الإدارة، وكما يتخذ هذا المقابل المالي صورا متعددة (ثمن، رسم،...الخ)، وكما قد يكون الدفع مرة واحدة، كما أنه يمكن أن يكون وفق نظام الأقساط التي تدفع كل منها بعد إنجاز مرحلة من العمل المطلوب[3].

وتجدر الإشارة أيضا أن التنظيم الأخير للصفقات العمومية قد كان حريصا على تحديد التزامات المصلحة المتعاقدة خصوصا مسألة احترام آجال الدفع حيث يلاحظ في الواقع العملي، تأخر هام في هذه العملية الحساسة وهو ما لا يشجع المقاولين الذين لا يملكون إمكانيات أو لا تسمح لهم إمكانياتهم المالية المحدودة بتحمل تأخر الدفع لمدة طويلة.

---

[1] المادة 122 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

[2] علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، الجزء الأول، الجزائر، دار الهدى، 2010، ص149.

[3] طاهري حسين، القانون الإداري و المؤسسات الإدارية، الطبعة الأولى، الجزائر، دار الخلدونية، 2007، ص 122-123.

كمـا أن إقـرار المشـرع بـدفع فوائـد عـن التـأخير فـي حالـة عـدم احتـرام مهلـة الـدفع المنصـوص عليهـا هـو ضـمان حقيقـي لحقـوق المقـاول المتعاقـد، حيـث تـدخل فـي ضرورة توفير الجو المناسب لتنفيذ الصفقة من طرف المصلحة المتعاقدة.

الفصل الثاني:

حق المقاول في إعادة التوازن المالي لصفقة الأشغال العمومية

إن التوازن المالي للعقد الإداري يعني ضرورة وجود تناسب بين التزامات المتعاقد وحقوقه حتى يمكنه تنفيذ العقد على النحو المتفق عليه، والحفاظ على التوازن المالي للعقد مرجعه اعتبارات العدالة[1].

فإذا كان عقد الأشغال العامة يحتل مكانة بارزة ضمن العقود الإدارية إن لم يكن أبرزها على الإطلاق، وذلك للدور الهام الذي يلعبه كوسيلة من وسائل الإدارة في تسيير مرافقها العامة وما يتطلبه ذلك من تطبيق المبادئ التي تحكم سير المرافق العامة كضمان حسن سيرها بانتظام واطراد، وإذا كان المقاول قد قبل بمعاونة الإدارة في تسيير مرفقها العام موضوع العقد وضمان تحقيق ذلك بانتظام واستمرار فإن ذلك يجب أن لا يكون على حساب حقوقه الأساسية، وأهمها ما يتعلق بالجانب المادي بشكل خاص، وأن لا يتحمل تبعة تحقيق المصلحة العامة لوحده لأنه عندما قبل التعاقد مع الإدارة كان بالمقابل يعول على الحصول على حقوق مقابلة.

وإذا كانت التزامات المقاول قابلة للتغير بالزيادة أو بالنقصان فإن حقوقه يجب أن تكون كذلك، إذ يجب أن يكون هنالك توازن بين الحقوق والالتزامات المتعاقد عليها لأن العقود الإدارية بطبيعتها تتضمن هذا التوازن وهو ما يعبر عنه بالتوازن المالي للعقد.

---

[1] عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري دراسة مقارنة الأسس والمبادئ وتطبيقاتها في لبنان، مصر، الدار الجامعية، 1987، ص 563.

والمدخل الطبيعي لدراسة الحق المقاول في التوازن المالي لصفقة الأشغال العمومية هو تحديد مفهوم فكرة التوازن في حد ذاتها ثم التطرق إلى أساليب تحقيق هذا التوازن المالي.

المبحث الأول:

ماهية فكرة التوازن المالي

إن الحديث عن حق المقاول في ضمان التوازن المالي لصفقة الأشغال العمومية التي ابرمها يتطلب توضيح المقصود بفكرة التوازن المالي، وموقف الفقه منه، ثم بيان أسلوب تحقيقه، وهو ما سيتم معالجته خلال ما يلي.

المطلب الأول: مفهوم فكرة التوازن المالي

قد ينجم عن تنفيذ العقد أو الصفقة وقائع أو أحداث قد تؤدي إلى إرهاق المتقاعد مع الإدارة والتأثير الكبير على مركزه المالي، وهذا ما قد يعطيه حق المطالبة بالتعويض عما أصابه من تكاليف إضافية، فإذا كانت مراكز الأطراف في عقود القانون الخاص متساوية ومتكافئة فإنه على العكس من ذلك في العقود الإدارية كالصفقات، حيث قد يتصادف المتعاقد أو المتعامل مع أعباء مالية لم تكن في الحسبان ساعة التعاقد مما يفرض على الإدارة مراعاة هذا الطارئ الجديد والاعتراف له بالحقوق المالية، تشجيعا له على الوفاء وتنفيذ التزاماته، وهذا ما يسمى بإعادة التوازن المالي للعقد[1].

وسنقوم في هذا المطلب بالتطرق لموضوع التوازن المالي في فرعين، حيث سنتناول من خلالهما نشأة ومضمون التوازن المالي للعقد.

---

[1] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 49.

الفرع الأول: نشأة فكرة التوازن المالي للعقد

تعتبر نظرية التوازن المالي نظرية قضائية النشأة، كان للقضاء الإداري الفرنسي ممثلا في مجلس الدولة الفضل في إظهارها إلى حيز الوجود بمناسبة قضية مشهورة عرضت عليه، تعرف باسم قضية العربات الكهربائية بتاريخ 11 مارس 1910[1] حيث تتلخص وقائع هذه القضية الشهيرة في أن الشركة الفرنسية العامة للعربات الكهربائية أبرمت عقد امتياز لاستغلال خطوط النقل بالعربات الكهربائية مع الدولة وقد تم تحديد ساعات الخدمة التي تؤديها الشركة، وعدد العربات التي تلتزم كذلك بتوفيرها.

و قد حدث أن تزايد عدد سكان المدينة، مما أحدث ظروفا خاصة سببت عجزا في مرفق النقل الأمر الذي دفع بحاكم مقاطعة "بوش دي رون" إلى إصدار قرار بتاريخ23 جوان 1903، لما له من سلطة الحفاظ على الأمن العام، حيث تضمن ذات القرار تحديد ساعات خدمة العربات الكهربائية صيفا، مما ألزم الشركة زيادة عدد العربات الموضوعة تحت الخدمة لإشباع حاجات الجمهور المتزايدة[2].

غير أن هذا الوضع لم تتقبله الشركة الفرنسية العامة للعربات الكهربائية، مما دفعها إلى اعتبار هذا القرار باطل غير مشروع لمخالفته شروط العقد المبرم وطالبت أمام القضاء الإداري بإلغائه، وقد تطور النزاع إلى أن عرض الأمر على مجلس الدولة الفرنسي.

و قد دفعت الشركة الفرنسية، أن قرار حاكم مقاطعة "بوش دي رون" مخالف للمادة 11 من الاتفاق المبرم، إضافة لمخالفته لنص المادة 14 من دفتر الأعباء.

---

(1) عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 50.

(2) محمد سعيد حسين أمين، دراسة وجيزة في فكرة العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار الثقافة الجامعية، الجزائر، 1992، ص 263.

وفـي مقابـل دفـاع الشـركة الفرنسـية العامـة للعربـات الكهربائيـة، ومراعـاة للمـادة 33 مـن لائحـة الإدارة العامـة فـي06 أوت1881، فـالوالي يحـدد بـاقتراح مـن المتعهـد جـدول خدمـة العربـات الكهربائيـة ممـا أدى بـالوزير المكلـف بالأشـغال العموميـة إلـى أن يـدفع أمـام مجلـس الدولـة الفرنسـي، بـأن عبـارة "جـدول الخدمـة" لا تتعلـق فقـط بسـاعات خدمة القطارات بل بعددها أيضا.

لكـن الشـركة الفرنسـية العامـة للعربـات الكهربائيـة، دفعـت هـي الأخـرى بـأن إدراج شـرط ضـمن دفتـر الأعبـاء يبـين فيـه الحـد الأدنـى لعـدد القطـارات المطلـوب تـوفيره مـن قبـل المتعهـد، يحـدد مـن طـرف الدولـة فـي الإطـار التعاقـدي، ولا تسـتطيع بعد ذلك تعديل هذا الحد إلا عن طريق إبرام ملحق.

وأمـام دفـوع كـل مـن الشـركة المتعهـدة، ودفـوع الـوزير المكلـف بالأشـغال العموميـة ممـثلا عـن المصـلحة المتعاقـدة، ورد فـي تقريـر مفـوض الدولـة ليـون بلـوم أن: "مـن أسـس كـل عقـد امتيـاز أن نبحـث قـدر الإمكـان مسـاواة المزايـا التـي تمـنح للمتعاقـد، والالتزامـات التـي يتحملهـا، والتـي تتطلـب أن يكـون هنـاك توازنـا بـين الأربـاح المحتملـة والخسائر المرتقبة والتي قد يتعرض لها"[1].

الفرع الثاني: مضمون فكرة التوازن المالي للعقد

إن فكـرة التـوازن المـالي للعقـود الإداريـة مسـلم بهـا بصـفة عامـة، إلا أن الصـعوبة تكمـن فـي تحديـد مـدلولها وشـروط تطبيقهـا، شـأنها فـي ذلـك شـأن فكـرة التـوازن ذاتهـا، ذلـك أن مجلـس الدولـة الفرنسـي لـم يكلـف نفسـه عنـاء تحديـد مـدلول فكـرة التوازن المالي للعقود الإدارية، ولا توضيح شروط استعمالها.

(1) سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 610.

وهـو الأمـر الـذي أدى إلـى اخـتلاف الآراء بشـأن تحديـد المفهـوم القـانوني للفكـرة، فـذهب جانـب مـن الفقـه الفرنسـي يتزعمـه الأسـتاذ "بيكينيـو" بـأن المقصـود بـالتوازن المـالي للعقـد هـو وجـوب التسـاوي بـين حقـوق المتعاقـد (المقـاول) و التزاماتـه، وهـو يخضـع لعمليـة حسـابية إذا مـا أدخلـت الإدارة تعـديل علـى العقـد، فحقـوق المقـاول والتزاماتـه وقـت إبـرام العقـد يجـب ان تبقـى مسـاوية لحقوقـه و التزاماتـه بعـد التعـديل، وقـد سـاق لـذلك معادلـة حسـابية كـالآتي إذا كانـت حقـوق المتعاقـد مـع الإدارة عنـد إبـرام العقـد هـي : (أ) تسـاوي التزاماتـه وهـي (ب) فإنـه بعـد التعـديل يجـب أن تكـون حقوقـه (أ) تسـاوي التزاماتـه الجديـدة (ب)، أي أن النسـبة بـين حقوقـه والتزاماتـه لا تتغيـر ب/أ قبل التعديل = ب/أ بعد التعديل[1].

حيـث يـرى هـذا الفقيـه أنـه فـي العقـود الإداريـة يوجـد نـوع مـن التناسـق بـين التزامـات المتعاقـد والكسـب المـادي الـذي ينتظـره فـي حالـة اخـتلال هـذا التـوازن، يتعـين إرجاعه إلى ما كان عليه تحقيقا للعدالة ذلك من خلال تلك المعادلة الحسابية.

أمـا الـدكتور سـليمان الطمـاوي يـرى أن التـوازن المـالي للعقـد الإداري لا يعنـي وضـع نسـبة حسـابية صـارمة بـين الحقـوق والالتزامـات، كمـا مثـل لـه الفقيـه "بيكينـو" فـي معادلتـه الحسـابية، وإنمـا يقصـد بـه أن مرونـة التزامـات المتعاقـد تقتضـي مرونـة حقوقـه فـي مواجهـة الإدارة، فمـا دامـت الالتزامـات قابلـة للزيـادة أن النقصـان، فيجـب أيضـا أن يكـون هـذا هـو شـأن الحقـوق المقابلـة لهـا وهـذا مـا يعبـر عنـه بـالتوازن الشـريف بـين الالتزامات و الحقوق[2].

بينمـا يـرى آخـرون بـأن فكـرة التـوازن المـالي للعقـد هـي فكـرة ملازمـة و مقابلـة لسـلطة التعـديل المنفـرد التـي تملكهـا الإدارة فـي عقودهـا الإداريـة، وبالتـالي فهـي ليسـت

---

(1) سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 555

(2) سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 587.

فكـرة عامـة تبنـى أو تؤسـس عليهـا النظريـات القانونيـة لتعـويض المتعاقـد كنظريـة الصعوبات المادية و نظرية الظروف الطارئة[1].

ممـا جعـل فقهـاء آخـرون أيضـا يقولـون بـأن فكـرة التـوازن المـالي للعقـد الإداري هـي فقـط فكـرة لتفسـير التعـويض الـذي يحكـم بـه القاضـي للمتعاقـد مـع الإدارة، ثـم يختلـف هـؤلاء الفقهـاء، ففـي حـين يقصـرها الـبعض علـى تفسـير التعـويض فـي نطـاق نظريـة فعـل الأميـر أمـا خارجهـا فـلا تكفـي وحـدها كسـبب لاسـتحقاق التعـويض،[2] بينمـا الـبعض الآخـر يعتبرهـا أساسـا عامـا يفسـر حـق التعـويض سـواء فـي فعـل الأميـر أم في نظرية الظروف الطارئة[3].

و عمومـا بغـض النظـر عمـا إذا كانـت فكـرة التـوازن المـالي و نظريـة فعـل الأميـر فكرتـان مسـتقلتان عـن بعضـهما الـبعض، وأن نظريـة فعـل الأميـر نظريـة قائمـة بـذاتها، والتـوازن المـالي للعقـد نظريـة موازيـة، وبغـض النظـر أيضـا عمـا إذا كانـت فكـرة التـوازن المـالي للعقـد أساسـا عامـا للتعـويض الـذي يتلقـاه المقـاول بنـاء علـى أي مـن النظريـات القانونيـة، أو أنهـا أسـاس فقـط لتعـويض مقابـل سـلطة التعـديل الانفـرادي مـن قبـل الإدارة، فالنتيجـة فـي النهايـة و أيـا كـان الأسـاس هـو تعـويض المقـاول و إزالـة الاختلال الاقتصادي للعقد الذي يبقى من حق المقاول[4].

ومنـه فـإن فكـرة التـوازن المـالي للعقـد هـي مـن المبـادئ الأساسـية فـي نظريـة العقـد الإداري، وهـي تقـيم ارتباطـا وتناسـبا بـين حقـوق المتقاعـد والتزاماتـه وهـي ليسـت ببعيـدة عـن مجـالات القـانون المـدني، إذ تسـتند فـي النطـاقين إلـى اعتبـارات العدالـة، حيـث يسـعى المتعاقـد ويقبـل الـدخول فـي علاقـة تعاقديـة لمـا تحققـه لـه مـن عائـد وربـح

---

[1] محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 88.

[2] سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص557

[3] ANDRE DE LAUBADERE. Traite Elémentaire de droit Administratif. Op.cit. P 314

[4] علي بن شعبان. مرجع سابق . ص 204.

مرضي، وهو ما يقتضي نوع من التناسب بين حقوق المتعاقد والتزاماته في حال تغيرت الأعباء الملقاة عليه، وبالإضافة إلى مقتضيات العدالة، هناك أهمية أخرى نؤكد عليها وهي كفالة سير المرفق العام بانتظام وباستمرار من إرهاق المتعاقد وخسارته قد تؤثر سلبا على إنشاء المرافق وتسييرها.

وبالتالي فأهمية التوازن المالي للعقد الإداري تبرز في كونه يحدد كيفية تقاسم المخاطر التي بموجبها تتم المحافظة على التوازن الكلي للعقد، فلا يمكن أن يتحمل الطرف المتعاقد مخاطر إدارية اقتصادية مرهقة له بشكل يخل بقاعدة التوازن والتكافؤ بين الالتزامات والحقوق المتبادلة بين الطرفين.

المطلب الثاني: القواعد التي تحكم التوازن المالي للعقد

إن تدخل الإدارة أثناء تنفيذ العقد مما قد يزيد من الأعباء والالتزامات الملقاة على عاتق المتعاقد، وذلك وفق السلطات والامتيازات الممنوحة لها، فلا بد أن يقابل ذلك إضفاء هذه الصفة على حقوقه وامتيازاته المرجوة من تعاقده، لذلك فكرة التوازن المالي للعقد هي فكرة مسلم بها بصفة عامة، وإن اختلف الفقهاء في تحديد مضمونها، وسنحاول الوقوف في هذا المطلب على الأسس والقواعد الأساسية التي تقوم عليها فكرة التوازن المالي للعقد، من خلال الفرعين الآتيين.

الفرع الأول: التوازن المالي لا يعني التوازن الحسابي

إن الحفاظ على التوازن المالي للعقد مرجعه وأساسه اعتبارات العدالة، وما يتعين أن يكتنف تنفيذ العقود الإدارية من حسن نية لما يؤدي إليه هذا الحفاظ من تحقيق للمصلحة العامة من خلال استمرار سير المرافق العامة بانتظام في أداء خدماتها للمنتفعين بها.

فـالرأي الغالـب فـي الفقـه هـو الـذي يـتكلم عـن التـوازن المـالي باعتبـاره "التـوازن الشـريف" L'équivalence Honnête بـين الالتزامـات و الحقـوق فـي العقـد الإداري، وهـي الفكـرة التـي ظهـرت بمناسـبة تنفيـذ عقـد التـزام المرفـق مـن قبـل الشـركة الفرنسـية "للترمـواي"، حيـث صـاغها مفـوض الدولـة "ليـون بلـوم" فـي التقريـر السـابق الإشارة إليه.

و مـن تـاريخ تلـك الوقـائع وفقهـاء القـانون الإداري يـرددون هـذه العبـارات لتوضـيح فكـرة التـوازن المـالي للعقـد الإداري و تحديـد مضـمونها، ومـن المبـادئ التـي نتجـت عـن هـذا الحكـم أن التـوازن المـالي للعقـد الإداري هـو التـوازن الشـريف بـين الحقـوق و الالتزامـات بالنسـبة للمتعاقـد مـع الإدارة، ولا تعنـي بـأي حـال مـن الأحـوال التـوازن الحسـابي بينهمـا تجسـده معادلـة حسـابية بصـورة صـارمة تعنـي التسـاوي، كمـا أن فكـرة التـوازن المـالي للعقـد الإداري تعـد سـببا لاسـتحقاق التعـويض للمقـاول نظـرا للارتبـاط الوثيـق بـين حقوقـه والتزاماتـه كمتعاقـد فـي جميـع مراحـل العقـد سـواء فـي مرحلة التكوين أم بعدها[1].

فالقاعـدة لا تعنـي التـوازن المـالي الحسـابي الـدقيق والجامـد بـين مـا هـو علـى عـاتق المتعاقـد مـن التزامـات، ومالـه مـن حقـوق مترتبـة عليهـا، بـل هـو تـوازن يهـدف إلـى إقامـة تعـادل نسـبي شـريف بـين الالتزامـات المتبادلـة بـين الإدارة والمتعاقـد معهـا، لتمكـين هـذا المتعاقـد مـن تنفيـذ الالتزامـات المترتبـة عـن العقـد بشـكل يسـير، وإعـادة الاطمئنـان إلـى نفسـه فـي تحقيـق الـربح الـذي يعتبـر هـو الهـدف والـدافع الأساسـي مـن وراء تعاقـده مـع الإدارة، وكـذلك حتـى لا تـؤثر هـذه الإجـراءات تـأثيرا مباشـرا أو غيـر

[1] علي بن شعبان. مرجع سابق. ص 206.

مباشر في خدمات المرفق العام محل التعاقد وتشغيله وضمان استمراره باضطراد وانتظام[1]

الفرع الثاني: التوازن المالي لا يعني التوازن الحسابي

وهنا يكون النص صراحة في العقد المبرم بين الطرفين، حيث تكون فكرة التوازن للعقد بين التزامات وحقوق المتقاعد على أساس نية مشتركة، وإن لم يكن هناك نص في العقد على ذلك، فيكون أساس ذلك هو العدالة، ومصلحة المرفق العام، الذي ومن أجله قد تسعى الإدارة إلى التعديل في بنود العقد لالتزامات المتعاقد، وذلك زيادة أو نقصانا، ومن العدالة تعويض المتعاقد عن كل ضرر يلحقه جراء ذلك، وهذا ما يشجع الأفراد على التعاقد مع الإدارة[2].

ويجدر الإشارة إلى أن فكرة التوازن المالي للعقد هي أساس عام ولا يكفي التسليم بها لتقدير التعويض الذي يستحقه المتعاقد مباشرة، بل يجب دراسة تطبيقات حالات التعويض التي جرى القضاء الإداري على العمل بها في غير حالة الخطأ المنسوب إلى الإدارة، والتي يحكم على أساسها بالتعويض، فتكليف الملتزم بأعباء جديدة من أجل السير الحسن للمرفق العام ودوامه لا يشكل خطأ من الإدارة، بل ضرورة مصلحة بتطلبها الاقتناع بخدمات هذا المرفق العام بشكله الأفضل وتأمين سير المصلحة العامة.

فحينما يتعاقد المتعاقد مع الإدارة فهو يضع في حساباته مقدار ما سيتكلفه وما سيعود عليه من ربح، متخذا من الأسعار والظروف الاقتصادية السائدة أثناء مرحلة الإبرام أساسا لتقديراته، فإذا ما ارتفعت الأسعار أو تغيرت الظروف الاقتصادية، نتيجة عمل إداري أو سيادي، أو بفعل ظروف طبيعية أو غير ذلك

---

[1] لمياء هاشم وسالم قبع، اختلال التوازن المالي للعقد الإداري، دار الكتب القانونية، مصر، 2013، ص 41.

[2] سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 604.

مما يترتب عليه قلب اقتصاديات العقد، ويتعرض لخسائر قد تكون كبيرة وفادحة، هنا يملك المتعاقد طلب الإدارة بتغيير بنود العقد المالية بما يزيل عنه الإرهاق والتكاليف الباهظة ومد العون له ارتكازا على تحقيق العدالة وحسن النية المشترك بين الطرفين من أجل إعادة التوازن للعقد ومواصلة التنفيذ رغم الصعوبات من جانب المتعاقد، فالتزام الإدارة بتحقيق التوازن المالي للعقد الإداري ليس مرده مصلحة المتعاقد الخاصة، بل مقتضاه ضرورات العدالة وكذلك النية الحسنة والصالح العام الذي قد يصاب بضرر نتيجة توقف المتعاقد عن العمل جراء ما أصابه من إرهاق وتكاليف حالت دون مواصلة التنفيذ[1].

المبحث الثاني:

أساليب تحقيق التوازن المالي في عقد الأشغال العامة

يجد مبدأ التوازن المالي أساسه القانوني في التشريع الجزائري في نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 في القسم الحادي عشر منه والوارد بعنوان التسوية الودية للنزاعات، والتي جاء فيها:

" تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

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

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.
- التوصل الى أسرع انجاز لموضوع الصفقة.

---

[1] لمياء هاشم وسالم قبع، مرجع سابق، ص 43.

- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة..."

ومنه فإن الاعتراف للمقاول المتعاقد بحقه في أن تبحث المصلحة المتعاقدة عن حل ودي يدخل في إطار حقه في التوازن المالي إما تحت نظرية فعل الأمير أو نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أو نظرية الظروف الطارئة [1]، وهو ما سنوضحه من خلال ما يلي:

المطلب الأول: نظرية فعل الأمير

تعد نظرية فعل الأمير واحدة من أقدم النظريات التي ابتكرها مجلس الدولة الفرنسي بهدف المحافظة على التوازن المالي للعقد الإداري[2]، حيث تقوم فكرة هذه النظرية على ضمان التوازن المالي للعقد الإداري من خلال تعويض المتعاقد مع الإدارة عن الأضرار التي تصيبه بسبب الإجراءات الإدارية وهو ما سيتم دراسته في هذا المطلب من خلال تحديد مضمون النظرية وشروط تطبيقها وكذا آثارها.

الفرع الأول: مفهوم نظرية فعل الأمير

تعددت تعريفات الفقه لنظرية فعل الأمير، فيقال أن المقصود بعبارة "فعل الأمير" هو كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد مما يطلق عليه بصفة عامة "المخاطر الإدارية"، وهذه الإجراءات قد تكون من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد، وقد تتخذ شكل قرار فردي خاص أو تكون بقواعد تنظيمية عامة، وكما قد يصدر عمل الأمير في صورة إجراء عام كقانون أو لائحة وقد يؤدي المساس بشروط العقد أو إلى التأثير في ظروف تنفيذه، ويشترط أن يكون الإجراء أو التشريع الجديد غير

---

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية (في مجال العقود الإدارية والقرارات الإدارية: دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة)، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2007، ص 191.

[2] نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 696.

متوقع الصدور وقت التعاقد، فإذا توقعته نصوص العقد، فإن المتعاقد مع الإدارة يكون قد أبرم العقد وهو مقدر لهذه الظروف الأمر الذي يترتب عليه تعذر الاستناد إلى تلك النظرية[1].

بينما ذهب آخرون إلى الأخذ بالمفهوم الواسع لفعل الأمير، وعلى رأسهم الفقيه ANDRE DE LAUBADERE حينما قال "يسمى بفعل الأمير كل إجراء تصدره السلطة العامة، و يترتب عليه أن يكون من الصعب بل من المكلِف أن يقوم المتعاقد بتنفيذ العقد، ومن هذه الإجراءات التدخل في التنفيذ، والذي يسمى بالمخاطر الإدارية و التي تقابل المخاطر الاقتصادية التي تعالجها نظرية الظروف الطارئة"[2].

فتعريفات نظرية فعل الأمير عديدة و متشابهة تخلص في كونها فعل يصدر من سلطة عامة دون خطأ من جانبها، وينجم عنه ضرر في مركز المتعاقد في العقد الإداري، ويؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقد معها بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك بما يعيد التوازن المالي للعقد[3].

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية فعل الأمير

لتحقيق التوازن المالي في عقود الإدارية بصفة عامة وفي عقود الأشغال العامة بصفة خاصة عن طريق نظرية فعل الأمير يستلزم توافر جملة من الشروط والضوابط يمكن حصرها فيما يلي:

---

[1] أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية(طبقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديدة)، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2002، ص 292.

[2] مصطفى الحبشي، التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية، دار الكتب القانونية، مصر، 2008. ص 462.

[3] سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص598

أولا: أن نكون أمام عقد ذو طبيعة إدارية "عقد الأشغال العامة":

وهو شرط طبيعي لأن الأمر يتعلق بنظرية من نظريات القانون الإداري المتصلة بعقد متميز عن عقود القانون الخاص[1]، وبالتالي لا مجال لتطبيق نظرية فعل الأمير على عقود الإدارة المدنية التي لا تظهر فيها بوصفها سلطة عامة[2].

ثانيا: أن يكون الفعل صادرا عن المصلحة المتعاقدة:

ومفاده صدور الإجراء عن المصلحة المتعاقدة أي الشخص المعنوي العام الذي أبرم العقد[3]، وإن كان في بداية ظهور هذه النظرية لم يكن القضاء يشترط هذا الشرط، بل يكتفي بصدور الإجراء من سلطة عامة أيا كانت ثم تطور وأصبح يتطلب لتطبيق نظرية فعل الأمير صدور الإجراء الضار عن المصلحة المتعاقدة، دون سواها من السلطات الأخرى[4].

فينبغي بذلك أن يصدر الإجراء الذي يطبق على أساسه نظرية فعل الأمير، عن الشخص المعنوي العام الذي أبرم العقد، بحيث يستحق المتعاقد معها تعويضا عن آثارها الناتجة عن تلك الإجراءات[5].

ثالثا: أن يكون الفعل مشروعا[6]:

يقصد به مشروعية الإجراء الصادر عن المصلحة المتعاقدة الذي أحدث ضررا للمقاول المتعاقد، فالمقصود به هو أن النظرية تفترض عدم خطأ المصلحة

---

(1) علي بن شعبان. مرجع سابق. ص 221.

(2) سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 569

(3) شيرين عبد الكريم القهيوي. اثر نظرية عمل الأمير في التوازن المالي للعقد الإداري في القانون الأردني"دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة الإسراء، 2012. ص 27.

(4) سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 570 و ما بعدها.

(5) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 190.

(6) علي بن شعبان. مرجع سابق. ص 222.

المتعاقدة بقيامها بذلك التصرف أو الإجراء، ذلك أن ثبوت خطأ الإدارة في هذه الحالة يترتب عليه قيام المسؤولية أيضا ولكن مسؤولية على أساس الخطأ، أما شرط نظرية فعل الأمير فهو افتراض أن المصلحة المتعاقدة لم تخطئ حين قامت بفعلها الضار فمسؤوليتها بلا خطأ[1]، ففعل الأمير يجب أن يكون مشروعا لأن الأعمال الإدارية غير المشروعة أو الخاطئة تقرر التعويض بسببها طبقا لقواعد و أسس المسؤولية الإدارية العقدية أو المسؤولية الإدارية التقصيرية[2].

فإذا انطوى الإجراء الذي اتخذته الإدارة وأضر بالمتعاقد معها على خطأ ما، فلا يكون هناك مجالا لتطبيق نظرية عمل الأمير، حيث نكون في إطار المسؤولية العقدية التي تستند في أساسها إلى الخطأ، في حين تقوم مسؤولية الإدارة عن التعويض في نطاق نظرية عمل الأمير بلا خطأ[3].

رابعا: أن يكون الفعل غير متوقع :

يتعين لصحة تمسك المتعاقد مع الإدارة بأعمال نظرية عمل الأمير حيال ما اتخذته قبله من إجراءات أضرت بمركزه المالي في التعاقد، ألا تكون تلك الإجراءات متوقعة من المتعاقد ولم يكون في وسعه توقع إتيان الإدارة لها.

فلتطبيق النظرية يجب أن يكون الإجراء الضار الصادر عن المصلحة المتعاقدة إجراء لا يمكن توقعه من طرف الشخص المتبصر، لأنه إذا كان بالوسع توقعه وجب أخذ الحيطة من ذلك ووضعه في الحسبان، وإلا كان المقاول مقصرا ويتحمل مسؤوليته في ذلك، كما أن معيار عدم التوقع هو معيار موضوعي بالنظر

---

(1) سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 571

(2) قريشي أنيسة. النظام القانوني لعقد الاشغال العامة. رسالة ماجستير. جامعة الجزائر. الجزائر. 2002. ص 140

(3) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 195.

للشخص العادي المتبصر وقت إبرام العقد، ومن ثم فالمسألة متروكة لقاضي الموضوع الذي يقدرها بمراعاة كل الظروف المحيطة بالتعاقد.

فشرط عدم التوقع لا ينصرف إلى أصل الحق، و ذلك لأن حق الإدارة في التعديل هو أمر متوقع دائما، إذ أنه من طبيعة العقد لذا فهو متوقع منذ لحظة ابرام العقد حتى ولو لم ينص العقد على ذلك فهي تستخدم حق أصيل لها مقرر في مجال العقود الإدارية[1].

خامسا: أن يترتب على فعل الإدارة ضررا خاصا بالمتعاقد معها:

يشترط لتطبيق النظرية أن يترتب على تصرف الإدارة ضررا يلحق بالمتعاقد معها "المقاول"، ولكن دون اشتراط درجة معينة من الجسامة، فيكفي أن يكون الضرر يتمثل في نقص الأرباح التي كان المقاول قد تعاقد على أساسها، أي يعول على تحصليها، غير أنه يشترط في الضرر أن يكون خاصا بالمتعاقد يصيبه لوحده أو يصيبه بشكل أشد جسامة من غيره من الأفراد الذين يشملهم[2].

حيث يكون من خلال العمل المشروع الصادر عن المصلحة المتعاقدة المؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد والتأثير عليه بصورة أساسية، بما يؤثر على المركز المالي للمتعامل المتعاقد فيسبب له ضررا ماليا.

---

[1] سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 572.

[2] سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 571. انظر لمزيد من التفاصيل:

شيرين عبد الكريم القهيوي. مرجع سابق. ص 35

علي بن شعبان. مرجع سابق. ص 222.

عمار عوابدي. القانون الاداري(النشاط الاداري). الجزء الثاني. الطبعة الثالثة. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر. 2005. ص 224

وعـادة مـا تلجـأ الإدارة وهـي تمـارس سـلطتها فـي تعـديل الصـفقة تطلـب مـن المتعامـل المتعاقـد تقـديم كشـف مـالي عـن الأعبـاء الجديـدة وتصـل معـه علـى الوضـع الغالب لحل توافقي ودي[1].

الفرع الثالث: آثار نظرية فعل الأمير

تخلـص الآثـار المترتبـة علـى تـوافر شـروط تطبيـق نظريـة فعـل الأميـر فـي نتيجـة رئيسـية هامـة، وهـي مـنح المتعاقـد المضـار مـن جـراء الفعـل الصـادر مـن السـلطات العامـة تعويضـا كـاملا، و لكـن قـد يتولـد عـن فعـل الأميـر بجانـب هـذه النتيجة عدة نتائج فرعية منها:

1- تحـرر المتعاقـد مـن الالتـزام بالتنفيـذ إذا ترتـب علـى فعـل الأميـر اسـتحالة التنفيـذ، كصـدور تشـريع يحـرم الاسـتيراد بالنسـبة إلـى سـلعة لا يمكـن الحصول عليها إلا من الخارج[2].

2- إعفـاء المتعاقـد مـع الإدارة مـن غرامـات التـأخير إذا ثبـت أن التـأخر بسـبب فعـل الأميـر،[3] ولـو لـم يـؤد إلـى اسـتحالة التنفيـذ بـل جعلـه عسـيرا، وهو ما يبرر التأخر في التنفيذ.

3- فسـخ العقـد إذا كـان مـن شـأن فعـل الأميـر أن يجعـل تنفيـذ المتعاقـد لالتزاماتـه التعاقديـة مسـتحيلا، حيـث يجـوز لجهـة المصـلحة المتعاقـدة فسـخ العقـد و يكـون للمتعاقـد أيضـا الحـق فـي طلـب فسـخ العقـد مـن الإدارة[4].

---

[1] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 50.

[2] سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 595.

[3] مصطفى الحبشي، مرجع سابق، ص 490 و ما بعدها.

[4] عزيزة الشريف، دراسة في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981. ص182

4-إذا توافرت جميع الشروط السابقة أنتجت نظرية فعل الأمير أثرها المتمثل في تعويض المقاول تعويضا كاملا يغطى جميع الأضرار التي لحقته بسبب تدخل الإدارة، وذلك بما يكفل إعادة التوازن المالي للعقد[1]، سواء ما لحقه من خسارة، أو ما فاته من كسب[2]، ويدخل ضمن العنصر الأول النفقات الإضافية نتيجة فرق السعر، أو الرسوم الجديدة والأجور وغيرها، أما العنصر الثاني، أي ما فاته من كسب، فيشمل المبالغ المالية التي كان من حق المقاول الحصول عليها لو لم تتدخل الإدارة بتصرفها المشروع[3].

و ما تجدر الإشارة إليه أن المتعاقد مع الإدارة لا يحق له أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته التعاقدية التي ترتب ضررا بالنسبة له، إنما يجب عليه السير في التنفيذ بالرغم من الضرر الحاصل، لأن المصلحة العامة تسمو على المصلحة الخاصة كأصل عام في القانون الإداري ثم يقوم بالمطالبة بالتعويض، وبطبيعة الأمر إلا إذا وصل الضرر إلى درجة القوة التي ترفع معها التكاليف و تنقضي الالتزامات[4].

الفرع الرابع: التعويض الكامل وفقا لنظرية فعل الأمير:

يختلف التعويض الكامل وفقا لنظرية فعل الأمير من حيث طرق تحديده ويقيد في الغالب بجملة من الشروط تضبطه وتحدد حالات التخلي عنه.

أولا: طرق تحديد التعويض الكامل وفقا لنظرية فعل الأمير:

---

[1] علي بن شعبان. مرجع سابق. ص 222.

[2] مصطفى الحبشي. مرجع سابق. ص 487.

[3] سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 597 و ما بعدها.

[4] شيرين عبد الكريم القهيوي. مرجع سابق. ص 36

1- تحديد التعويض في العقد، إذ قد يتفق الطرفان "الإدارة والمقاول سلفا عند إبرام العقد على مبلغ التعويض الذي يدفع للمقاول عن الأضرار التي تكون قد لحقت به،[1] ولا يشترط أن يكون التعويض في هذه الحالة كليا، بل يجوز لهما أن يتفقا على قصر التعويض على جزء من الضرر بحسب ما يحقق مصالحهما، غير أنه لا يجوز للإدارة أن تشترط في العقد إعفاءها كليا من جميع الأضرار الناتجة عن فعل الأمير، فمثل هذا الشرط إن وجد وقع باطلا لأنه مخالف للنظام العام، ولأنه يتعارض مع المبادئ العامة المقررة في القانون الإداري من ثبوت حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض طبقا للنظريات السائدة في نظام العقود الإدارية التي تضمن حقه في التوازن المالي للعقد[2].

2- قد يتحدد التعويض الكامل عن طريق التشريع، وذلك حين يكون فعل الأمير صادرا عنه، كما حدث في سنة 1940 حين أصدر المشرع الفرنسي قانونان يتعلقان بفسخ العقود المبرمة لاحتياجات الدفاع الوطني، ونص في كل منهما على كيفية تعويض المتعاقدين الذين لحقهم ضرر بسبب فسخ عقودهم طبقا للقانون[3].

3- إذا لم ينص على التعويض لا في العقد ولا في القانون ولم يتفق الطرفان حول مبلغ محدد تولى القضاء هذه المهمة، وهو عندما يقوم بذلك يراعي ما لحق المقاول من خسائر فعلية بصرفه نفقات غير متوقعة ما كان ليدفعها لولا حدوث الإجراء الإداري المشروع، كما يراعي القضاء في ذلك ما فات المتعاقد من كسب كان يستحقه طبقا لشروط العقد قبل التصرف المشروع الذي قامت به المصلحة المتعاقدة[4].

---

[1] مصطفى الحبشي. مرجع سابق. ص 488.

[2] علي بن شعبان. مرجع سابق. ص 224.

[3] مصطفى الحبشي. مرجع سابق. ص 488.

[4] علي بن شعبان. مرجع سابق. ص 224.

ثانيا: شروط المطالبة بالتعويض و حالات التخلي عنه

1: شـروط المطالبـة بـالتعويض: اسـتقر الفقـه و القضـاء الإداريـين علـى تـوافر ثلاثـة شـروط مكتملـة حتـى يتحصـل المتعاقـد مـع الإدارة فـي الحصـول علـى التعـويض الكامل تطبيقا لنظرية فعل الأمير، وهي كل مما يلي:

أ. ألا يسـاهم المتعاقـد مـع الإدارة بخطئـه فـي إحـداث بعـض الأضـرار المترتبة على فعل الأمير، أو المساعدة في زيادتها.

ب. عـدم اتفاقـه مـع الإدارة علـى إعفائهـا مـن المسـؤولية عـن إجـراء معـين تصدره مستقبلا.

ج. وجـوب اسـتمرار المتعاقـد مـع الإدارة فـي تنفيـذ التزاماتـه التعاقديـة مـادام ذلك في استطاعته.

2: حـالات التخلـي عـن قاعـدة مـنح التعـويض: اسـتبعد مجلـس الدولـة الفرنسـي مبـدأ التعـويض الكلـي عـن فعـل الأميـر فـي حـالات اسـتثنائية محـدودة حسـب الفقـه، وهي[1]:

1. حالـة إنهـاء المصـلحة المتعاقـدة لعقودهـا نتيجـة ظـرف الحـرب، أو بسـبب وقـف القتـال، إذا اكتفـى المجلـس فـي هـذه الحالـة بـالتعويض عـن الضـرر الفعلـي الـذي ترتـب عـن الفسـخ، ودون اعتبـار لمـا فـات المتعاقـد مـن كسب لو استمر في التنفيذ.
2. حالـة الخطـأ المشـترك، فـإذا كـان المتعاقـد مسـاهما بخطئـه فـي إحـداث الضـرر، أو الزيـادة فيـه فـإن قاضـي مجلـس الدولـة يـنقص مـن مقـدار التعويض بما يناسب مساهمة المتعاقد في الضرر.

---

[1] سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 598 و ما بعدها.

المطلب الثاني: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

لدراسة هذه النظرية لابد من تحديد مضمونها و تحديد شروط تطبيقها، ثم التعرض لمختلف الآثار المترتبة عنها.

الفرع الأول: مفهوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

يقصد بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة مصادفة المقاول عند تنفيذ الأشغال موضوع العقد، لصعوبات مادية، لم يتوقعها، ولم يكن من الممكن توقعها عند إبرام العقد، يكون من شأنها زيادة التكاليف عن الحد المقرر، مما يجعل تنفيذ العقد مرهقا[1].

أو هي تلك الصعوبات التي تظهر أثناء تنفيذ العقد، وتكون ذات طابع استثنائي بحيث لم يتوقعه المتعاقدان أثناء إبرام العقد ويكون من نتيجتها جعل التنفيذ أكثر تكلفة ومن ثم فإنها تفتح أمام المتعاقد الحق في أن يحصل على تعويض كامل في شكل زيادة حقوقه المالية مقابل التزاماته العقدية[2].

تتلخص نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في أنه إذا صادفت المتعاقد مع الإدارة عند تنفيذه للعقد صعوبات مادية واستثنائية والتي لم يكن على علم بها وقت التعاقد مما تؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقا، فإن لهذا المتعاقد الحق في مطالبة المصلحة المتعاقدة معه بتعويض كامل عما سببته له الصعوبات المادية من أضرار[3].

---

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009، ص 203 وما بعدها.

[2] سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2003، ص 541

[3] علاء الدين عشي، مرجع سابق، ص 151.

ومثال الصعوبات المادية التي تصادف المتعاقد أثناء تنفيذ العقد، حدوث زلزال شديد، وأساس تعويض الطرف المتعاقد مع الإدارة في هذه النظرية، هو اعتبارات العدالة المجردة فقط وفقا لما يقرره الرأي الراجح في الفقه[1].

فإطار تطبيق هذه النظرية إذن هو مواجهة المقاول أثناء تنفيذ الأشغال محل العقد لصعوبات مادية بحته (غير اقتصادية) وذات طابع استثنائي مما لا يمكن توقعه، ويكون من شأنها أن تجعل تنفيذه للعقد مرهقا لزيادة تكلفته بشكل كبير الشيء الذي يستدعى تدخل المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع، لجبر تلك الأضرار وذلك بتعويضه تعويضا كاملا حتى يستمر في تنفيذ التزاماته، ويستمر بالتالي المرفق العام في السير بانتظام وعلى وجه حسن.

ويعود أصل هذه النظرية كأغلب نظريات القانون الإداري إلى القضاء الإداري الفرنسي، وهي من أقدم النظريات التي استخلصها مجلس الدولة الفرنسي في النصف الأول من القرن التاسع عشر وتجد مجال تطبيقها في عقود الأشغال العامة على وجه الخصوص غير أنه لا يوجد مانع من تطبيقها في كافة العقود الإدارية الأخرى متى توافرت شروطها[2].

فتنفيذ عقد الأشغال العامة، قد تطرأ عليه صعوبات مادية استثنائية لم يكن بالإمكان توقعها وبالتالي تقديرها وتجعل التنفيذ أكثر إرهاقا على المقاول، ويصبح من العدالة أن تعوضه الإدارة صاحبة المشروع عن الفرق بين السعر المتفق عليه في العقد والذي يعتبر السعر العادي، وبين السعر الذي تحمله فعلا.

وقد طبق القضاء الإداري هذا المبدأ في البداية على أساس أن تلك هي النية المشتركة لطرفي العقد، وبالتالي فأساس النظرية هي نيتهما، إلا أن القضاء

---

[1] عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 228.

[2] علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 208.

تخلى عن هذا الأساس وجعل تطبيقها جزءا لا يتجزأ من النظام القانوني للعقود الإدارية يطبقها في جميع الحالات التي تتوفر فيها شروطها دون الاستناد إلى أساس اتفاقي مسبق.

بل وطبقها بالرغم من احتواء العقد على شرط صريح باستبعادها، أي شرط يقضي بتحمل المقاول مخاطر التنفيذ أيا كانت طبيعة الأرض أو الصعوبات التي يصادفها أثناء التنفيذ وفسر مجلس الدولة ذلك بأن الصعوبات المقصودة في العقد هي الصعوبات العادية، أما بالنسبة للصعوبات الغير عادية أو الاستثنائية فإن للمقاول الحق في المطالبة بالتعويض عنها رغم الشرط الموجود في العقد[1].

لذلك فإن الرأي الراجح في الفقه بخصوص أساس التعويض بناء على نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هو ذلك الذي يرجعه إلى اعتبارات العدالة، والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية وما تمليه المصلحة العامة من ضرورة استمرار سير المرفق العام من واجب تعويض المقاول المتعاقد مع الإدارة إذا صادفته صعوبات مادية غير متوقعة، وأصبح معها استمراره بتسيير المرفق العام مرهقا.

فالتعويض هنا يصبح لازما لمواجهة النتائج التي تترتب عن تلك الصعوبات غير المتوقعة، ونحن نؤيد هذا الرأي لأنه ليس من العدل ترك المقاول لوحده في مواجهة الصعوبات الاستثنائية الغير متوقعة، لما في ذلك من خطورة على حسن واستمرار سير المرفق العام، وتدخل الإدارة أمام مواجهة المقاول لصعوبات مادية غير متوقعة، لا يكون بالمساهمة فقط في تحمل الأعباء الناجمة عنها، بل يكون تدخلها بالتكفل كلية بتحمل تلك الأعباء، وذلك بأن تدفع الإدارة صاحبة المشروع

[1] أنس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص 277 وما بعدها.

إلـى المقـاول مبلغـا إضـافيا عـن المتفـق عليـه يغطـى كـل التكـاليف التـي أنتجتهـا تلـك الصعوبات.[1]

وهـذا مـا يجعـل هـذه النظريـة تختلـف عـن نظريـات متشـابهة أنشـأها القضـاء الإداري ويطبقهـا لاسـتعادة التـوازن المـالي للعقـد الإداري، فسـببها المتمثـل فـي الصـعوبات الماديـة يختلـف عـن سـبب نظريـة الظـروف الطارئـة الـذي هـو الصـعوبات الاقتصـادية والسياسـية كمـا يختلـف مـن حيـث نتائجهـا التـى لا تقتصـر الإدارة علـى المسـاهمة فـي تحمـل الأعبـاء وإنمـا فـي تعويضـها كاملـة، كمـا تختلـف عـن نظريـة فعـل الأميـر هـذه الأخيـر التـي تشـترط أن تكـون الإدارة صـاحبة المشـروع هـي المتسـببة فـي الإجـراء الـذي قلـب اقتصـاديات العقـد، وتختلـف أخيـر عـن نظريـة القـوة القـاهرة التـي يشـترط لتطبيقهـا أن يكـون مـن شـأن الظـرف القـاهر أن يجعـل مـن تنفيـذ العقـد عمـلا مسـتحيلا، أمـا نظريـة الصـعوبات الماديـة غيـر المتوقعـة فـإن المضـي والاسـتمرار فـي تنفيذ الالتزامات العقدية يبقى ممكنا، ولكنه مرهقا ومكلفا[2].

الفرع الثاني: شروط تطبيـق نظريـة الصعوبات المادية غير المتوقعة:

مـن أجـل تطبيـق نظريـة الصـعوبات الماديـة غيـر المتوقعـة بمـنح الحـق للمقـاول المتعاقـد مـع الإدارة الحـق فـي المطالبـة بـالتعويض الكامـل عـن الأعبـاء التـي لحقـت به، ينبغي توفر جملة من الشروط يمكن حصرها فيما يلي:

أولا: أن تكون الصعوبة مادية:

يجـب أن تكـون الصـعوبة التـي تواجـه المتعاقـد ذات طـابع مـادي حيـث تخـرج عـن إطـار النظريـة إذا كانـت الصـعوبة ذات طبيعـة إداريـة أو اقتصـادية، كمـا يجـب أن تكون ذات طابع استثنائي.

---

[1] علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 210.

[2] سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 651.

فلكي تطبق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لا بد أن تكون هذه الصعوبات راجعة إلى ظواهر طبيعية مثل عدم صلاحية الأرض محل الأشغال العامة كأن تكون صخرية أو غير صالحة للبناء عليها أو تحتاج إلى تجهيزات أكثر كلفة مما قدره المتعاقدين وقت إبرام العقد أو وجود طبقة غزيرة من المياه أثناء تنفيذ عقد بناء وتحتاج إلى سحبها وتجفيفها، أو سقوط أمطار غزيرة مصحوبة ببرودة شديدة أدت إلى استحالة الوصول إلى مكان العمل..إلخ، ويفترض فيها أن لا تكون من عمل الإدارة، فإن كانت بفعل الإدارة يستبعد تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة مع ذلك تتحمل الإدارة المسؤولية وتلتزم بتعويض المتعاقد معها[1].

ثانيا: عدم توقع الصعوبة المادية وقت التعاقد:

يتعين أن تكون الصعوبة مفاجأة للمتعاقد، بحيث لم يتوقع مصادفتها له أثناء التنفيذ ولم يكن بوسعه توقع ذلك في ضوء ما قام به هو ومن ينوب عنه من تحريات واختبارات لطبيعة الأعمال في محل التعاقد ويتعين على الإدارة تمكينه من ذلك كلما أمكن.

فحتى يمكن للمقاول طلب التعويض الكامل طبقا لهذه النظرية، يجب أن يكون ما صادفه من صعوبات مادية، أمر غير متوقع ليس بالنسبة له بالذات، وإنما بالنسبة للرجل العادي المتبصر الذي يكون في موقعه.

فإذا كان هناك ما يدفع لتوقع مصادفه التنفيذ لهذه العقبة التي صادفت المقاول، إلا أنه هو بالذات لم يتبادر لذهنه ذلك، فإن ذلك يعد تقصيرا منه وإهمالا وعدم تبصر يتحمل مسؤوليته لوحده، إذ كان عليه أن يتحرى الأمر جيدا، ما دامت

[1] سليمان محمد الطماوي، نفس المرجع، ص 725.

الإدارة قد قامت بالتزامها بتمكينه من كل ما يمكن أن يساعده على معرفة ظروف تنفيذ العقد بشكل تام.

أما إذا كان عدم توقعه لما حدث يعود إلى الإدارة صاحبة المشروع التي لم تمكنه مما يساعده على اكتشاف ذلك، كما لو لم تسلم له مثلا كافة الوثائق المتعلقة بالمشروع، كما يلزمها بذلك المشرع، حيث عليها أن تسلمه كل الخرائط والرسومات والتصاميم المتعلقة بالمشروع، ففي مثل هذه الحالة يعتبر شرط عدم التوقع متوفرا وبالتالي تطبق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة[1].

ثالثا: إصابة الصعوبة المادية المتعاقد بضرر:

إن مصادفة صعوبات مادية استثنائية غير متوقعة من قبل المقاول أثناء تنفيذه للعقد لا يؤدي وبشكل آلي أو تلقائي إلى استحقاق التعويض، وتطبيق النظرية، بل يجب أن يترتب عن هذه الصعوبات ضرر يلحق بالمقاول.

فيتعين أن تؤدي الصعوبة التي اعترضت سبل تنفيذ العقد، إلى إصابة المتعاقد بضرر يستوي في ذلك أن يكون هذا الضرر بسيطا أو جسيما.

أما إذا لم يلحق أي ضرر نتيجة هذه الصعوبات، أو أمكنه تفادي هذا الضرر، أو واجهه دون أية تكاليف فإنه في كل هذه الحالات لا مجال لتطبيق نظرية الصعوبات المادية الاستثنائية[2].

فأساس استحقاق التعويض هو الضرر الذي يصيب المقاول، وذلك بغض النظر عما إذا كان ضررا بسيطا أو ضررا جسيما. باستثناء العقود الجزافية التي كما أسلفنا يتحدد فيها الثمن بشكل إجمالي مقابل العمل المطلوب أو المحدد، ففي

---

[1] علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 215.

[2] علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 216.

هـذه العقـود فإنــه يشـترط لتطبيـق النظريــة وبالتــالي الحـق فــي التعـويض الكامـل، أن يكـون الضـرر الـذي لحـق بالمقـاول ضـررا جسـيما يـؤدي إلــى قلـب اقتصـاديات العقـد، وهي النقطة التي تلتقي فيها هذه النظرية مع نظرية الظروف الطارئة.

وبالتــالي لتطبيــق النظريــة يشــترط أن تــؤدي الصــعوبات الماديــة إلــى قلــب اقتصــاديات العقـد، بحيـث تـؤدي إلــى ارتفـاع تكـاليف العملـة أو زيـادة فــي الأسـعار بصـورة لـم تكـن متوقعـة، يترتـب عليهـا زيـادة النفقـات وبالتـالي زيـادة أعبـاء المتعاقـد معها[1].

الفرع الثالث: آثار تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

يترتــب علــى تــوافر شــروط تطبيــق نظريــة الصــعوبات الماديــة غيــر المتوقعــة العديد من النتائج تتمثل أساسا في:

1- بقـاء واسـتمرار المقـاول رغـم هـذه الصـعوبات فـى تنفيـذ العقـد، وذلـك كمـا هـو الشـأن فـي حـال نظريتـي فعـل الأميـر والظـروف الطارئـة التـي لا تجيـز للمقـاول التحلـل مـن التزاماتـه العقديـة، لأن التوقـف عـن التنفيـذ تجعـل مـن المقـاول مخـلا بمبـدأ مـن المبـادئ التـي تحكـم سـير المرافـق العامـة والمتمثـل فـي ضـمان اسـتمرار وحسـن سـير المرفـق العـام ممـا يعرضــه للمسـاءلة ويحرمــه مــن التعـويض الـذي هـو مقـرر أصلا لحماية هذا المبدأ ولتحقيق لمصلحة العامة.

2- وإذا كــان التوقــف عــن تنفيــذ الأشــغال لســبب الصــعوبات الماديــة غيــر المتوقعـة، يعـرض المقـاول للجـزاءات فـإن مجـرد التـأخير فـي التنفيـذ الـذي يترتـب عنـه توقيــع الغرامــات التأخيريــة، قــد يكــون مصــادفة هــذه الصــعوبات الغيــر متوقعــة ســببا لإعفاء المقاول من هذه الغرامات متى تجاوز المدة الزمنية المحددة للتسليم.

---

[1] سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 725

يتضح مما سبق أن على المتعامل المتعاقد أن يتابع تنفيذ التزاماته التعاقدية، على الرغم من الظروف الغير المتوقعة، التي تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، وفي حال توقف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته التعاقدية عند تحقق شروط نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، فإنه يحرم من التعويض المستحق، كما يجوز للإدارة توقيع الجزاءات عليه، ولكن وجود هذه الصعوبات يمكن أن يؤدي إلى تأخير تنفيذ الالتزامات التعاقدية وفي هذه الحالة فإن اعتراض الصعوبات لعملية التنفيذ وتأخير هذه العملية يمكن أن يؤدي إلى إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير إذا تعدى الحدود الزمنية المقررة للالتزامات التعاقدية[1].

3- بالإضافة إلى ما سبق من آثار لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يبرز أهم أثر لهذه النظرية وهو حق المقاول في الحصول على تعويض كامل مقابل ما تحمله من نفقات لمواجهة تلك الصعوبات ولجبر كافة الأضرار التي تكبدها نتيجة ذلك، ولا يجزئ مجرد مساعدة أو مساهمة جزئية من الإدارة للمقاول، بل يجب أن تدفع للمقاول مبلغا إضافيا عن المبلغ المتفق عليه، وذلك تحقيقا لحقه في التوازن المالي للعقد في إطار استعمال نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة[2].

المطلب الثالث: نظرية الظروف الطارئة

لدراسة هذه النظرية كنموذج لتعديل التعديل خارج الإطار التعاقدي يقتضي الأمر التطرق إلى مفهومها و تحديد شروط تطبيقها و الآثار المترتبة عن تطبيقها.

---

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية(القرارات الإدارية والعقود الإدارية)، منشأة المعارف للنشر و التوزيع، مصر، 2007، ص 153.

[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية (في مجال العقود الإدارية والقرارات الإدارية: دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة)، مرجع سابق، ص 154.

الفرع الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة:

تعود نشأة نظرية الظروف الطارئة إلى فرنسا وبالضبط إلى مجلس الدولة الفرنسي الذي أقرها في حكمه الصادر بتاريخ 1916/03/30 بشأن قضية إنارة مدينة "بوردو" وتتلخص وقائع القضية في أن الشركة الملتزمة بتوريد الغاز لمدينة بوردو، أثناء تنفيذها للعقد، وجدت أن الأسعار التي تتقاضاها أبعد كثيرا من أن تغطي النفقات بعد الارتفاع في أسعار الفحم المستخرج منه الغاز ارتفاعا كبيرا، عقب نشوب الحرب العالمية الأولى، بحيث ارتفع سعر الفحم إلى أكثر من ثلاثة أمثاله، فقد كان ثمن طن الفحم عند إبرام العقد في عام 1904 " 23 فرنكا"، وارتفع في عام 1916 إلى أكثر من 73 فرنكا "مما أصبح معه تنفيذ الشركة لالتزاماتها مرهقا.

وقد طالبت الشركة من بلدية المدينة المتعاقدة معها رفع الأسعار المفروضة على المنتفعين، فرفضت البلدية ذلك وتمسكت بشروط العقد استنادا إلى قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" المتبعة في عقود القانون الخاص.

وقد عرض النزاع على مجلس الدولة الذي أقر بدوره نظرية الظروف الطارئة كسبب لإعادة التوازن المالي للعقد، وفي ذلك ورد في الحكم "... من حيث أنه نتيجة لاحتلال العدو الجزء الأكبر من مناطق إنتاج الفحم في قارة أوروبا، ولصعوبة النقل بالبحر التي تتزايد خطورة أكثر فأكثر سواء بسبب الاستيلاء على البواخر أو بسبب طبيعة أعمال الحرب البحرية ومدتها، فإن الارتفاع الطارئ خلال الحرب العالمية في أسعار الفحم، وهو المادة الأولية في صناعة الغاز.... أدى كذلك إلى ارتفاع في تكلفة صناعة الغاز لدرجة أخلت بكل الحسابات، وجاوز أقصى حدود الزيادات التي كان يمكن للطرفين توقعها عند إبرام عقد الالتزام وأنه نتيجة لاجتماع كل الظروف السابق بيانها انقلب اقتصاد العقد بصورة مطلقة، وإن

الشـركة إذن علـى حـق فـي التمسـك بأنهـا لا تسـتطيع كفالـة تشـغيل المرفـق بـذات الشروط المتفق عليها أصلا طالما استمر الموقف غير العادي المذكور أعلاه ...".

وخلـص المجلـس فـي ذلـك إلـى قولـه "بـالتزام الشـركة بضـمان المرفـق محـل الالتـزام، ومـن ناحيـة أخـرى بـأن عليهـا أن تتحمـل فقـط خـلال هـذه الفتـرة الوقتيـة جـزء من النتائج .... الذي يسمح بالتفسير المتزن للعقد..."[1].

فنظريـة الظـروف الطارئـة تـتلخص فيمـا قـد يصـيب المتعامـل المتعاقـد مـن إرهـاق فـي تنفيـذ للعقـد ولـم يكـن فـي الإمكـان توقعهـا آنـذاك، ومثـال هـذه الظـروف، الأزمـات الاقتصـادية والحـروب وعمومـا كـل ظـرف مـن شـأنه إلحـاق خسـائر فادحـة تحتـل معهـا التزامـات الطـرفين فـي العقـد فيكـون مبـررا لطلـب المتعاقـد مـن جهـة الإدارة المشـاركة فـي تحمـل الأعبـاء الإضـافية، أي لا يكـون التعـويض المقـرر فـي هـذه الحالـة شـاملا ومغطيـا لكافـة الخسـائر الناتجـة، بـل يكـون جزئيـا يجعـل الضـرر مـوزع بـين طرفي العقد بشكل متوازن[2].

فيحـدث بعـد إبـرام العقـد وأثنـاء تنفيـذه أن تطـرأ ظـروف أو أحـداث طبيعيـة أو اقتصـادية أو سياسـية مـن صـنع الجهـة الإداريـة، ولـو مـن غيـر تلـك المتعاقـدة أو مـن عمـل الغيـر، لـم تكـن متوقعـة عنـد إبـرام العقـد، ومسـتقلة عـن إرادة كـلا المتعاقـدين ولـم تكـن فـي حسـبان المقـاول ولا فـي وسـعه توقعهـا أثنـاء إبـرام العقـد، ولا يملـك لهـا دفعـا ولا علاجـا، وتكـون هـذه الظـروف أو الحـوادث اسـتثنائية وعامـة، تـؤدي إلـى قلـب اقتصـاديات العقـد، ممـا يجعـل تنفيـذه أثقـل عبئـا وأكثـر تكلفـة ممـا قـدره الطرفـان، ممـا يجعـل تنفيـذه يلحـق بالمقـاول خسـارة فادحـة أكثـر مـن الحـد المعقـول والمـألوف فـي مثـل تلك الحالة.

---

[1] سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 612.

[2] صدراتي صدراتي، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1984، ص 120.

فإن وقع مثل هذا الظرف كنا أمام الظرف الطارئ وأصبح من حق المقاول أن يطلب من الإدارة مشاركته في تحمل هذه الخسارة وذلك بتعويضه تعويضا جزئيا طوال قيام هذا الظرف[1].

وإن كان أصل هذه النظرية هو القانون الإداري أو القاضي الإداري الذي أوجدها لمعالجة حالة وسطى تقع بين إمكانية تنفيذ الالتزام واستحالة تنفيذه والمتمثلة في إمكانية التنفيذ ولكن بصعوبة ومشقة كبيرة لا تصل إلى حد الاستحالة التي كان القانون المدني يطبق فيها نظرية القوة القاهرة والتي تعفى من التنفيذ الذي يصبح مستحيلا.

أما الوضعية المتوسطة أين يكون التنفيذ ممكنا ومهما كان شاقا، فهو يطبق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

فجاءت نظرية الظروف الطارئة التي فرضتها العدالة المجردة وضرورة استمرار حسن سير المرفق العام والتي انتقلت إلى القانون المدني لما تمثله من عدالة[2] وقد تبناها المشرع الجزائري في القانون المدني الذي ينص على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية ... غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعده مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق خلاف ذلك"[3].

---

(1) سمير صادق، العقد الإداري في مبادئ الإدارة العليا، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1991، ص 253

(2) محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، 2007، ص 72

(3) المادة 107 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

ولقد اهتم المشرع الجزائري بنظرية الظروف الطارئة، وذلك من خلال نص المادة 107 من القانون المدني والتي جاء فيها:" يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل وبحسن نية. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام، غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

وهكذا قنن المشرع الجزائري نظرية الظروف الطارئة، لأنها فكرة تتماشى ومبادئ العدالة، فليس من العدل في شيء أن يترك المتعامل المتعاقد يتحمل ولوحده الأعباء المالية بحجة أن الإدارة ليست في هذه الظروف الجديدة.

وإذا كنا نسجل أن المادة 107 من القانون المدني جاءت واضحة وأبلغ، فلا مانع أن يهتدي بها القاضي الإداري وهو يطبق المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 المشار إليها سابقا.

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

يتعلق تطبيق نظرية الظروف الطارئة بضوابط خاصة بالظرف الطارئ، تشمل طبيعته، ووقت وقوعه، ومدى إمكانية توقعه وإمكانية دفعة، ومدى علاقته بإرادة المتعاقدين، ثم الأثر المترتب عنه وذلك كما يلي:

أولا: أن يكون الظرف الطارئ من الحوادث الاستثنائية العامة:

لتطبيق هذه النظرية يشترط في الظرف أن يكون طارئا وأن يكون من الحوادث الاستثنائية العامة.

وقد كان الفقه في السابق يضيف إليها شرط أن يكون الظرف اقتصاديا، وذلك تميزا لهذه النظرية عن نظرتي الصعوبات المادية غير المتوقعة ونظرية فعل الأمير، لأن فعلا هذه النظريات الثلاث متقاربة جدا لدرجة التداخل أحيانا بينها، غير أن المستقر عليه هو أن نطاق الظرف الطارئ متسع جدا فقد يكون طبيعيا كالزلزال وقد يكون اقتصاديا كارتفاع الأسعار، وقد يكون من فعل الجهة الإدارية غير المتعاقدة[1].

وباختصار فحتى تطبق النظرية يجب أن يكون الحادث الطارئ استثنائيا مما يندر وقوعه ولا يمكن توقعه من الشخص العادي، وأن يتصف بالعمومية أي شاملا لطائفة من الأشخاص وليس خاصا بالمتعاقد، ولا تعني العمومية الشمول بل يكفي أن يصيب عددا كبيرا من الناس[2]، كصدور قوانين مثلا تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، كما لو كانت تتعلق بالجانب الاجتماعي كرفع الأجور مثلا...

ثانيا: وقوع حوادث استثنائية غير متوقعة أثناء التنفيذ:

وتعد من قبيل الظروف الاستثنائية غير المتوقعة، ارتفاع أسعار بعض المواد المستعملة في تنفيذ المشروع ارتفاعا غير عادي، ذلك أن الارتفاع البسيط والطبيعي أمر يقدره أطراف العقد، ويضعونه بعين الاعتبار ساعة التعاقد، أما لو كان الارتفاع يسير بوتيرة متسارعة ومرتفعة، فإن ذلك يعد ظرفا استثنائيا وطارئا

(1) سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 612.

(2) علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 198.

لإعادة الاعتبار المالي، شريطة حدوثه أثناء تنفيذ الصفقة وليس قبل التوقيع أو بعد الانتهاء[1]

فوقت وقوع الظرف الطارئ يعتبر عنصر مهم للقول بتطبيق النظرية التي لا تشمل إلا الظرف الطارئ الذي يقع بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه وقبل تمام التنفيذ لأن الحكمة من تطبيق نظرية الظروف الطارئة تنعدم خارج هذا التوقيت فهي من أجل استمرار التنفيذ وسير المرفق العام بانتظام فإذا وقع الحادث قبل الشروع في التنفيذ فإنه تم العلم به ولم يعد مفاجئا وإذا وقع بعد تماما التنفيذ فإننا لا نحتاج إلى الاستمرار في التنفيذ الذي هو منتهي أصلا.

فإذا وقع الحادث الطارئ بعد إنهاء مدة التنفيذ ولكن دون إنهاء الأشغال فعلا ووقع تأخير في ذلك بخطأ من المقاول فهنا على المقاول تحمل مسؤولية تأخره في التنفيذ ولا يمكن المطالبة بالتعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة[2].

ثالثا: أن يكون الحادث الطارئ خارجا عن إرادة المقاول:

لا يستفيد المتعامل المتعاقد من هذه النظرية، إذا كان متسببا بإحداث الظرف الذي جعل تنفيذ التزامه مرهقا، كذلك يلزم أن لا تكون الإدارة هي التي تسببت في إحداث هذا الظرف بخطئها أو بفعلها فتكون ملزمة في هذه الحالة بتعويض المتعاقد عما لحقه من ضرر وفق قواعد المسؤولية[3].

ففي البداية كان مجال تطبيق النظرية هو تلك الظروف الطارئة التي لا علاقة لها بإرادة الطرفين (الإدارة والمقاول) أي أنه يشترط استقلال وقوع الحادث عن إرادة المتعاقدين، والإدارة بالخصوص.

---

[1] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 54.

[2] علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 199.

[3] عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 56.

فكـان مجلـس الدولـة يـرفض مـنح التعـويض علـى أسـاس نظريـة الظـروف الطارئـة، متـى كـان الحـادث الطـارئ بسـبب المتعاقـد أي نتيجـة خطـأ منـه، لأنـه مـن يتحمل المسؤولية.

أمـا إذا كانـت المصـلحة المتعاقـدة هـي مـن تسـببت فـي وقـوع الحـادث الطـارئ فهـي ملزمـة بـالتعويض علـى أسـاس الفعـل الضـار متـى كـان ذلـك بخطـأ منهـا، وإلا فعلـى أسـاس نظريـة فعـل الأميـر متـى تـوفرت شـروطها، ولكـن إذا تسـببت المصـلحة المتعاقـدة فـي وقـوع الحـادث الطـارئ وبـدون خطـأ منهـا وفـي نفـس الوقـت لـم تتـوفر شروط تطبيق "نظرية فعل الأمير" فما هو الحل.[1]

هنـا تخلـى مجلـس الدولـة الفرنسـي عـن التشـدد فـي شـرط اسـتقلال الحـادث عـن إرادة الطـرفين المتعاقـدين وأقـر بـالتعويض فـي حـال كانـت المصـلحة المتعاقـدة هـي مـن تسـببت فـي وقـوع الحـادث الفجـائي ولـم يكـن تصـرفها يشـكل خطـأ عقـديا وذلـك بالاستناد إلى نظرية الظروف الطارئة.

وهكـذا بقـى الشـرط لتطبيـق نظريـة الظـروف الطارئـة هـو أن لا يكـون للمتعاقد(المقاول) يد في حدوث الحادث الطارئ[2].

رابعـا: ينبغـي أن يـنجم عـن الحـادث الطـارئ خسـائر غيـر مألوفـة "ارهـاق المقاول":

يقصـد بالخسـائر غيـر المألوفـة، أن الظـروف الطارئـة أدت إلـى قلـب الوضـع الاقتصـادي للمتعامـل المتعاقـد رأسـا علـى عقـب، حيـث ألحقـت بـه خسـائر كبيـرة غيـر طبيعيـة وغيـر متوقعـة كـأن تقبـل السـلطة المختصـة علـى زيـادة الضـرائب أو تقبـل علـى

---

[1] علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 200.

[2] سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 620.

استحداث رسوم جديدة ونسب عالية تتعلق بالمواد المستعملة في تنفيذ المشروع ...الخ[1].

فحتى يكون الظرف الطارئ سببا للتعويض، يجب أن يكون من شأنه أن يلحق بالمقاول خسائر فادحة تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد.

فشرط الإرهاق المالي من أهم الشروط الواجب توافرها لتطبيق نظرية الظروف الطارئة فلا يكفي للمطالبة بالتعويض على أساس هذه النظرية فقدان المتعاقد لأرباحه أو فوات الكسب عليه، لأن شرط الإرهاق "هو الذي يضع النظرية موضع التنفيذ وينقلها من الميدان النظري إلى الميدان العملي التطبيقي.

ومهما كانت درجة خطورة الحوادث الطارئة ودرجة عدم توقع حدوثها فإنها تكون عديمة الأثر على العقد ما لم ينتج عن حدوثها إرهاق في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن هذا العقد[2]

والإرهاق الذي يبرر تطبيق نظرية الظروف الطارئة هو ذلك الذي يجعل من الالتزام صعب التنفيذ وفيه مشقة كبرى للمتعاقد تمثل خسارة فادحة إلى درجة أن اقتصاديات العقد تنقلب رأسا على عقب.

أما إذا كان ما ترتب عن هذا الظرف الطارئ مجرد نقص في الأرباح مهما كانت درجته فإن ذلك يعتبر من الخسائر العادية المتوقعة لا يتولد عنها تطبيق النظرية[3].

ولتحديد ما إذا وصل الإرهاق إلى درجة قلب اقتصاديات العقد، هناك عدة نقاط تؤخذ بعين الاعتبار لأن المسألة نسبية، كمراعاة قيمة العقد ومدته والتسهيلات

---

[1] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 55.

[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، مرجع سابق، ص 198.

[3] علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 202.

المقدمة للمتعاقد لتحديد مدى استفادته من مراجعة الأسعار والقيمة التي حصل عليها بناء على ذلك...الخ.

خامسا: ينبغي أن يكون الحادث الطارئ غير متوقع:

أي لا يكون بوسع أطراف العقد توقعه كحدوث أزمة اقتصادية أو صدور نصوص قانونية أو تنظيمية جديدة وغيرها، بما يشفع للمتعامل المتعاقد المطالبة بحقه في التوازن المالي[1].

يعتبر شرط عدم توقع الظرف الطارئ من أهم شروط تطبيق النظرية، ومنه استمدت اسمها، نظرية الحوادث الطارئة أو الظروف غير المتوقعة.

ولذلك فإنه لإعمال النظرية يجب أن يكون ما حدث طارئا وغير متوقع لأن كل عقد يحتوى على بعض المخاطر الذي يمكن توقعها وأخذها في الحسبان من قبل المتعاقدين فإذا أغفل المقاول عنها ولم يراعيها أثناء تقديم عرضه وجب عليه تحمل مسؤوليته بعد ذلك، وتحمل ما يترتب عنها من أعباء إضافية.

وعدم التوقع هو شيء نسبي فلا شيء يمكن استبعاد وقوعه كليا من حيث المبدأ، ولذلك فإن عدم التوقع يقدر في إطار الظروف المحيطة وقت إبرام العقد.

أما معيار عدم التوقع فهو موضوعيا وليس شخصيا أي أنه لا يكون في إمكان الشخص العادي لو كان محل المتعاقد وقت إبرام العقد توقع وقوع الحادث،

---

[1] محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري (المقومات، الإجراءات، الآثار)، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2006، ص 471.

وعموما فإن مسألة التوقع مسألة موضوعية تخضع لتقدير القاضي الذي يضع في عين الاعتبار الشخص العادي وليس شخص المقاول بالذات[1].

الفرع الثالث: الآثار المترتبة على نظرية الظروف الطارئة:

إن معالجة آثار نظرية الظروف الطارئة يستلزم معاونة الإدارة للمقاول المتعاقد معها، على أن يستمر هو في تنفيذ التزاماته.

ففكرة نظرية الظروف الطارئة تحتل موقعا وسطا بين الحالة العادية، أين يمكن للمقاول تنفيذ التزاماته العقدية، وبين حالة القوة القاهرة التي تستحيل معها مواصلة التنفيذ، وبالتالي إنهاء الالتزام.

وهذه الفكرة هي التي تحكم الآثار المترتبة عن نظرية الظروف الطارئة كما صاغها القضاء الإداري فإذا توفرت شروط تطبيق هذه النظرية ترتبت آثارها المتمثلة في:

أولا: التزام المتعاقد مع الإدارة بالاستمرار في التنفيذ:

إن أول ما يلتزم به المتعاقد مع الإدارة، كي يستطيع الاحتجاج بهذه النظرية هو الاستمرار في تنفيذ العقد، ذلك أن هذه النظرية هي من النظريات التي دخلت القانون الإداري مستندة على مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

فتوفر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة لا يعفى المقاول من الالتزام بالاستمرار في الوفاء بالتزاماته ومواصلة تنفيذ الأشغال المتعاقد عليها، لأن التنفيذ مع الظرف الطارئ يبقى ممكنا ولو أنه شاق ومكلف وهو ما يميز هذه النظرية كما أسلفنا، عن نظرية مشابهة هي نظرية القوة القاهرة، التي تجعل من التنفيذ مستحيلا

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في نظرية الالتزام، المجلد الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1981، ص 945 وما بعدها.

وبالتالي فالمتعاقد مع الإدارة يتحلل من التنفيذ لأن معها ينقضي الالتزام، أما في حالة الظرف الطارئ فالالتزام يصبح مرهقا وشاقا ولكن يبقى ممكنا ولا يصل إلى درجة الاستحالة[1].

ويرجع أساس هذا الأثر لنظرية الظروف الطارئة المتمثل في واجب استمرار المقاول في تنفيذ التزاماته العقدية، إلى فكرة المرفق العام الذي هو محل العقد والمبادئ التي تحكمه والتي من أهمها ضرورة استمرار سير المرفق العام، لذلك فإنه في حالة توقف المقاول على الاستمرار في تنفيذ التزاماته فإنه بذلك يفقد حقه في المطالبة بالتعويض كما أنه يكون عرضه لتسليط العقوبات عليه، بتوقيع الجزاء المناسب كفرض غرامات تأخيرية مثلا[2].

ثانيا: يجب على الإدارة أن تساهم مع المتعاقد معها في تحمل الخسائر الناتجة أثناء الفترة غير العقدية عن الأعباء الخارجة عن العقد:

إن المتعامل المتعاقد له الحق في التعويض، وهذا التعويض لا يكون عن الأرباح التي فات عليها كسبها، وإنما فقط عن الخسائر التي لحقت به، وليس عن كل هذه الخسائر، وإنما عن جزء منها فقط، هذا التعويض تدفعه له الإدارة بالطريقة التي تحلو لها، ولا يستطيع إجبارها بأن يكون ذلك برفع أسعار الخدمات التي يقدمها المرفق العام، بل تحتفظ الإدارة بحريتها المطلقة، فلها أن توافق على هذا ولها أن تدفع له تعويضا من الخزينة العمومية.

فمع توافر شروط تطبيق النظرية واستمرار المقاول في التنفيذ يحق لهذا الأخير المطالبة بمساعدة الإدارة له لتجاوز نتائج ذلك الظرف الطارئ وما ترتب عنه من زيادة أعباء المالية واختلال اقتصاديات العقد، مما جعله يواجه صعوبات

---

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 150

[2] علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 203.

جمة في تنفيذ التزاماته حيث تكون الإدارة في هذه الحالة ملزمة على مشاركته في تحمل هذه الأعباء ومساعدته على تخطي هذه الظروف[1].

والقول بوجوب مشاركة الإدارة لمن يعاونها في تسيير مرفقها العام يعني أن تعوضه جزئيا عن الخسارة التي لحقت به، لأن هدف نظرية الظروف الطارئة هو توزيع عبء الخسارة المترتبة عن الظرف الطارئ بين المتعاقد)المقاول(والإدارة، مما يمكن المقاول من الاستمرار في التنفيذ وتسير المرفق حتى لا يتأثر حسن سير المرفق العام وبالتالي المساس بالمصلحة العامة.

لذلك فإن طبيعة هذا التعويض الموصوف بالجزئي، أنه تعويض مؤقت يرتبط بوجود الظرف الطارئ، تساهم به لإدارة الظرف المؤقت إلى حين استعادة التوازن المالي للعقد، بالتغلب عن الظرف الاستثنائي الذي أدى إلى الاختلال الحاصل.

وعودة التوازن المالي للعقد يحدث بزوال سببه المتمثل في الظرف الطارئ، كأن تزول الظروف الطبيعية أو الاقتصادية التي كانت وراء زيادة أعباء ومشقة المتعاقد فتنخفض الأسعار مثلا إلى مستواها بعد أن قفزت إلى الأعلى فجأة[2].

وقد تتعامل الإدارة مع الظرف الطارئ بشكل ينهي اختلال التوازن المالي لعقد المقاول وذلك بأن تعيد النظر مثلا في شروط العقد بما يتماشى والظروف الاستثنائية المستجدة، ولكن إذا تبين أن استعادة التوازن المالي للعقد لا يكن تحقيقه بسبب استمرار الظروف الطارئة فالحل هو في معالجة طرفي العقد للأمر باتفاق ما بينهما، وإن كان الأمر يبدو صعبا لأنه لا المقاول يرضى بالاستمرار في تنفيذ عقد

---

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، مرجع سابق، ص 197 وما بعدها.

[2] علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 204.

لا ينال منه ربحا، ولا الإدارة تستطيع أن تستمر في الإنفاق على عقد ثبت عدم إمكانية تقويمه.

فالحل هو رفع دعوى فسخ العقد من أحد الطرفين اللذان يملكان هذا الحق، وفي هذه الحالة، حالة عجز الطرفين في الوصول إلى اتفاق جديد يسايران به استمرار الظرف الطارئ وبالتالي اللجوء إلى القاضي من أحدهما بطلب الفسخ فإن هذا الأخير يحكم بالفسخ الذي قد يكون مصحوب بالتعويض لمصلحة أحد الطرفين إذا ثبت أن تعنت الطرف الآخر كان هو السبب في عدم التوصل إلى اتفاق جديد بدل الفسخ[1].

لأن القاضي الإداري لا يملك أن يعدل في شروط العقد ونصوصه وهو كالقاضي الخاص، لا يملك إلا استخلاص إرادة الطرفين الصريحة واستنتاج إرادتهما الضمنية وتطبيقها على النزاع القائم بينهما، باعتبار أن ذلك قانونهما، فحكم القاضي ينبغي ألا يعدل شروط العقد لهذه المبادئ فإن سلطة القاضي الإداري تنحصر في الحكم بالتعويض المناسب في حالة الظرف الطارئ ويفسح العقد إذا طلبه أحد الطرفين.

وعلى العموم، حسنا فعل المشرع حين أقر مبدأ الحل الودي لحسم النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات الأشغال العمومية والصفقات العامة بوجه عام، وكذلك عندما رخص للطرفين المتعاقدين إعادة النظر في الأحكام المالية للصفقة بما يعيد الاعتبار المالي للمقاول المتعاقد، ويدفعه أكثر للوفاء بالتزاماته وبمواصلة التنفيذ[2]، فما كانت الصفقات العمومية يوما مجالا لدفع المتعامل المتعاقد على تحمل خسائر

---

[1] سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 705.

[2] عثمان بوشكيوة، التوازن المالي للصفقات العمومية، رسالة ماجستير، المركز الجامعي سوق أهراس، 2005، ص 58-60.

لـم تكـن متوقعـة سـاعة إبـرام الصـفقة، ثـم إن المتسـبب فـي إحـداثها هـي المصـلحة المتعاقدة نفسها.

فبـالنظر لسـلطة الإدارة فـي تعـديل العقـد، ومـا قـد يطـرأ مـن أحـداث أثنـاء تنفيـذه، تقـرر لمصـلحة المقـاول الحـق فـي طلـب إعـادة التـوازن المـالي لصـفقة الأشـغال، طالمـا أنهـا تقـوم علـى أسـاس فكـرة التكـافؤ فـي الأعبـاء، فـلا يجـوز تحميـل المقـول أعبـاء لـم يكـن يـدركها وقـت التعاقـد، بـل يحـق لـه طلـب زيـادة المقابـل المـالي لتنفيـذ العقـد دون إرهاق[1].

[1] علاء الدين عشي، مرجع سابق، ص 150.

الفصل الثالث:

حق المقاول في الحصول على التعويضات في صفقة الأشغال العمومية

من حق المتعاقد مع الإدارة طلب التعويض عن الأضرار التي تصيبه نتيجة لإخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية، أو لممارسة حقها في تعديل شروط العقد. ولا يستطيع المتعاقد إجبار الإدارة على دفع التعويض إلا عن طريق القضاء. كما أنه لا يستطيع إجبار الإدارة على الوفاء بالتزاماتها، لأن ذلك يتنافى مع قاعدة دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد[1].

فإضافة الى حق المقاول في اقتضاء المقابل المالي المتمثل في سعر الصفقة، يحق له أيضا الحصول على التعويض، فطبقا لقواعد القانون المدني إذا تسببت في إحداث ضرر للمتعامل المتعاقد جاز لهذا الأخير مطالبتها بالتعويض ولا يتأتى له ذلك إلا بإعمال المسؤولية المدنية للإدارة المتعاقدة[2]، فالتجاوز أو الخرق قد يحدث من جانب المصلحة المتعاقدة بمناسبة تنفيذ بنود العقد فتلزم عندئذ بالتعويض وفي كل الحالات وجب اللجوء للقضاء المختص وأن يثبت المعامل المتعاقد وقوع الخطأ من جهة المصلحة المتعاقدة أو تجاوزها لأحد بنود العقد لأجل المطالبة بالتعويض أو حتى عند القيام بأعمال قانونية أو تحمل أعباء إضافية وغيرها من حالات التعويض[3].

ومنه فالتزام المصلحة المتعاقدة بدفع التعويضات للمتعامل المتعاقد إما على أساس المسؤولية التعاقدية "التعويض على أساس خطأ المصلحة المتعاقدة" أو على أساس الأشغال التي نفذها خارج نطاق الإطار التعاقدي ولكنها أعمال نافعة

---

(1) مصلح ممدوح الصرايرة، القانون الإداري، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، الأردن، دار الثقافة، 2012، ص352-353.

(2) محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 87

(3) عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 49.

وضـرورية لا غنـى عنهـا مـن الناحيـة الفنيـة لتنفيـذ العقـد "التعـويض دون الخطـأ مـن المصلحة المتعاقدة".

المبحث الأول

التعويض المقاول في صفقة الأشغال العمومية في إطار المسؤولية العقدية

المسـؤولية لغـة هـي " كـل مـا يتحملـه مسـئول تنـاط بعهدتـه أعمـال تكـون تبعـة نجاحهـا أو إخفاقهـا عليـه"، فيـراد عمومـا بالمسـؤولية الجـزاء الـذي يترتـب علـى المـرء عنـد إخلالـه بقاعـدة مـن قواعـد السـلوك، فتكـون المسـؤولية جزائيـة ويتمثـل الجـزاء فـي العقوبـة الحـبس أو الغرامـة مـثلا و قـد تكـون القاعـدة المخـل بهـا مدنيـة بحيـث تكـون المسـؤولية مدنيـة، ويتمثـل الجـزاء حينئـذ فـي الالتـزام بـالتعويض كمـا بـين المشـرع بدقـة فـي نـص المـادة 124 مـن القـانون المـدني الجزائـري "كـل فعـل أيـا كـان يرتكبـه الشخص بخطئه، و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

ولدراسـة ذلـك سنوضـح مفهـوم التعـويض النـاتج عـن المسـؤولية العقديـة فـي المطلـب الأول ثـم نتطـرق إلـى صـور إخـلال المصـلحة المتعاقـدة بالتزاماتهـا العقديـة في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم التعويض في إطار المسؤولية العقدية

مـن المتفـق عليـه فقهـا و قضـاء أن التعـويض جـزاء يواجـه الخطـأ فـي تنفيـذ الالتـزام بوجـه عـام والالتـزام العقـدي بصـفة خاصـة، لـذا سـنعرض تعريـف التعـويض فـي الفرع الأول ثم نتطرق إلى شروطه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف التعويض

طبقا للقواعد العامة المقررة في القانون المدني[1] يعتبر التعويض حق للمقاول، فالإدارة إذا تسببت في إحداث ضرر للمتعامل المتعاقد جاز لهذا الأخير مطالبتها بالتعويض، ولا يتأتى له ذلك إلا بإعمال المسؤولية المدنية للإدارة المتعاقدة فالتجاوز أو الخرق قد يحدث من جانب المصلحة المتعاقدة بمناسبة تنفيذ بنود العقد، فتلتزم عندئذ بالتعويض[2].

فهو بذلك وسيلة قانونية مناسبة لجبر الضرر الذي مس المقاول في صفقة الأشغال العمومية[3]، وغالباً ما يتم هذا التعويض بمقابل مالي أو نقدي، أو ما يقابله مع اشتراط أن يكون مساو لمقدار الضرر الذي لحق بالدائن، فالثابت هنا أنه متى أخلت المصلحة المتعاقدة بالتزامها فيحق للمقاول التنفيذ بمقابل أو طلب فسخ العقد.

ويتحدد التعويض بطرق مختلفة نوجزها فيما يلي:

- تحديد التعويض في العقد، إذ قد يتفق الطرفان "الإدارة والمقاول سلفا عند إبرام العقد على مبلغ التعويض الذي يدفع للمقاول عن الأضرار التي تكون قد لحقت به،[4] ولا يشترط أن يكون التعويض في هذه الحالة كليا، بل يجوز لهما أن يتفقا على قصر التعويض على جزء من الضرر بحسب ما يحقق مصالحهما، غير أنه لا يجوز للإدارة أن تشترط في العقد إعفاءها كليا من جميع الأضرار، فمثل هذا الشرط إن

---

[1] المادة 124 من القانون المدني، مرجع سابق.

[2] بن عبد المالك بوفلجة، النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية "قراءة في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 15-247"، مقال منشور، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 17، جوان 2017، ص 120.

[3] مسعودي يوسف، التعويض عن الضرر الناتج عن الإخلال بتنفيذ عقود نقل التكنولوجيا، مقال منشور، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد 3، المجلد 10، ص 277.

[4] مصطفى الحبشي. مرجع سابق. ص 488.

وجد وقع باطلا لأنه مخالف للنظام العام، ولأنه يتعارض مع المبادئ العامة المقررة في القانون المدني[1].

- قد يتحدد التعويض عن طريق التشريع، وذلك حين يكون الخطأ صادرا عن المصلحة المتعاقدة، حيث يتم النص على كيفية تعويض المقاول الذي لحقه ضرر بسبب ذلك الخطأ طبقا للقانون[2].
- إذا لم ينص على التعويض لا في العقد ولا في القانون ولم يتفق الطرفان حول مبلغ محدد يتولى القضاء هذه المهمة، وهو عندما يقوم بذلك يراعي ما لحق المقاول من خسائر فعلية بصرفه نفقات غير متوقعة ما كان ليدفعها لولا حدوث الإجراء الإداري غير المتوقع وغير المتفق عليه، كما يراعي القضاء في ذلك ما فات المتعاقد من كسب كان يستحقه طبقا لشروط العقد[3].

وفي كل الحالات يمكن اللجوء للقضاء المختص، وعلى المتعامل المتعاقد أن يثبت وقوع الخطأ من جهة المصلحة المتعاقدة، أو تجاوز ما لأحد بنود العقد لأجل المطالبة بالتعويض أو حتى عند القيام بأعمال قانونية، أو تحمل أعباء إضافية وغيرها من حالات التعويض.

الفرع الثاني: شروط استحقاق التعويض عند خطأ الإدارة

إن مسؤولية المصلحة المتعاقدة تقوم على فكرة الخطأ، فلا يمكن تحميلها المسؤولية وإلزامها بدفع تعويض معين للمتضرر دون ثبوت ارتكابها للخطأ من جهة ومن جهة أخرى فإن مجرد وقوع خطأ من جانب المصلحة المتعاقدة لا يترتب

---

(1) علي بن شعبان. مرجع سابق. ص 224.

(2) مصطفى الحبشي. مرجع سابق. ص 488.

(3) مصطفى الحبشي. مرجع سابق. ص 489.

عليه مسؤوليتها ما لم ينتج عن هذا الخطأ حدوث ضرر للمقاول، وعليه فلا يمكن للمقاول الحصول على التعويض إلا بعد توافر شروط أساسية نوجزها فيما يلي:

اولا: وجود الخطأ:

يقصد به ذلك الإهمال الذي ينتج عنه عدم قدرة المدين على تأدية مهمته التعاقدية، وهذا الإهمال يسبب أضرار تقاس بحسب خطورتها على تنفيذ العقد.

إن المسؤولية التعاقدية في العقود الإدارية تتحقق عندما يكون هنالك نقص في الالتزامات المستوجبة على الإدارة، فلا تستطيع الإدارة أن تشترط في العقد بعدم تحمل المسؤولية في حال الخطأ، والخطأ الإداري التعاقدي الجسيم لا يرتب فقط بحث المسؤولية التعاقدية بل يضعها مباشرة موضوع التنفيذ[1].

ثانيا: وجود الضرر:

يشترط لإثارة مسؤولية الإدارة عن أعمالها التعاقدية بطريق الخطأ، وجود ضرر معين يرتبط بعلاقة سببية بالخطأ الذي ترتكبه الإدارة، ويفترض بهذا الضرر الذي يبرر التعويض أن يكون شخصيا ومباشرا وأكيدا بالنسبة للمقاول، حيث يساهم في إلحاق الغبن أو الخسارة المادية به.

والضرر بصفة عامة يقع نتيجة الإخلال بمصلحة المضرور، سواء كانت تلك المصلحة مادية أو أدبية، ولكي يؤدي ثبوت تحقق الضرر إلى نشوء التزام بتعويض من طرف المصلحة المتعاقدة فإنه ينبغي أن يكون مباشرا ومحققا وأن يصيب حقا مشروعا لصاحب الشأن، مع خصوصيته وقابليته للتقدير بالنقود.

---

(1) نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 535.

والضـرر المحقـق هـو الـذي وقـع بالفعـل أو كـان وشـيك الوقـوع بصـورة مؤكـدة، وللتعـويض عـن الضـرر فإنـه يتعـين أن يكـون قـد أصـاب حقـا أو مصـلحة يحميهـا القـانون، حيـث لا يجـوز التعـويض عـن ضـرر أصـاب مصـلحة غيـر مشـروعة، ذلـك لأن تلك المصلحة غير جديرة بالحماية[1].

وعلـى العمـوم فـان انتفـاء الضـرر يحـول دون قبـول دعـوى المسـؤولية وذلـك طبقـا لقاعـدة "لا دعـوى دون مصـلحة " والحقيقـة أن الضـرر لـيس بـركن فقـط بـل هـو مقياس مقدار التعويض[2].

ثالثا: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر:

حتـى تسـال المصـلحة المتعاقـدة وتلـزم بـدفع التعـويض وجـب إلـى جانـب تـوفر الخطـأ والضـرر وجـوب تـوافر العلاقـة السـببية بـين فعـل الإدارة سـواء كـان بالتبـاطؤ فـي تقـديم الخدمـة أو الامتنـاع عـن تقـديم الخدمـة أو القيـام بهـا علـى وجـه مخـالف والضـرر المحقـق، وعلـى المقـاول فـي هـذه الحالـة إثبـات أن فعـل المصـلحة المتعاقـدة أو أحـد وسائلها قد تسبب في حدوث الضرر[3].

رابعا: عـدم التنـازل عن المطـالبة بالتعـويض:

يقتضـي إعمـال التنـازل عـن الضـرر ضـمن موضـوعه ومـداه الزمنـي فقـط، حيـث إن تنـازل المتعاقـد مـع الإدارة عـن مطالبتهـا بـأي تعـويض أو حـق أو دعـوى- عـن الأشـغال المنجـزة- مـن شـأنه إسـقاط كـل حـق حـول أيـة مطالـب يكـون قـد تقـدم بهـا قبـل

---

(1) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 217.

(2) بن عبد المالك بوفلجة، مرجع سابق، ص

(3) سليمان حاج عزام، المسؤولية الإدارية للمستشفيات، رسالة الدكتوراه، جامعة بسكرة، 2010، ص 162

تـاريخ تنازلـه، أمـا الأشـغال موضـوع الالتـزام التـي ينجزهـا بعـد تـاريخ التنـازل فـلا يشـملها هذا التنازل، وبالتالي يمكنه مطالبة الإدارة بقيمة الأضرار الناشئة عن خطئها[1].

المطلب الثاني: صور إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها

بمجـرد المصـادقة علـى صـفقة الأشـغال العموميـة مـن السـلطة المختصـة، وبعـد التبليـغ بواسـطة أمـر الشـروع فـي تنفيـذ خدمـة موضـوع العقـد، تلتـزم المصـلحة المتعاقـدة بـاحترام بنـود الصـفقة وكـل مـا تتضـمنه مـن شـروط والتـي وافقـت عليهـا المصـلحة المتعاقدة.

أمـا إذا خالفـت المصـلحة المتعاقـدة لالتزاماتهـا التعاقديـة، فمـن واجـب المتعامـل المتعاقـد أن لا يتعامـل معهـا بالمثـل بالامتنـاع عـن تنفيـذ التزاماتـه، بـل عليـه أن يتـابع تنفيـذها ويطالـب بـالتعويض الـذي تسـببت بـه الإدارة جـراء عـدم تنفيـذ التزاماتهـا، ولـه الحـق أن يطالـب بفسـخ العقـد أمـام القضـاء المخـتص، وفـي كـل الأحـوال يجـب علـى المتعامـل المتعاقـد أن يثبـت خطـأ الإدارة أو تجاوزهـا لأحـد بنـود العقـد، وسـيتم مـن خـلال مـا يلـي التعـرض لأهـم الحـالات التـي يسـتحق فيهـا المقـاول تعويضـا مـن جهـة المصلحة المتعاقدة باعتبارها صورا للخطأ الذي يترتب عليه التعويض.

الفرع الأول: الإخلال الإدارة بالشروط التقنية

بموجـب عقـد صـفقة الأشـغال العموميـة تلتـزم الإدارة بتنفيـذ التزاماتهـا الناشـئة عـن هـذا العقـد، والتـي يقابلهـا التـزام المقـاول بتنفيـذ التزاماتـه التعاقديـة، ومـن بـين الاخـلالات التعاقديـة المرتبـة للتعـويض نجـد تلـك المتعلقـة بالجانـب التقنـي والتـي تتمثـل أهمها في:

أولا: عدم تنفيذ الإدارة لالتزاماتها الفنية على نحو سليم.

---

[1] نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 544.

أقـر المشـرع الجزائـري للمصـلحة المتعاقـدة كسـلطة عامـة جملـة مـن السـلطات والامتيـازات لا يتمتـع بمثلهـا المتعاقـد معهـا، و ذلـك بقصـد تحقيـق المصـلحة العامـة، وفـي هـذا الإطـار نشـير إلـى أنـه لا يمكـن للمصـلحة المتعاقـدة فـي هـذا الإطـار الـتملص مـن الالتزامـات التـي يفرضـها عليهـا العقـد إلا عنـد ممارسـتها لـبعض الامتيـازات التـي قررها لها القانون، وضمن الشروط التي رسمها لها في ذلك.

فـإخلال الإدارة لالتزاماتهـا التعاقديـة، أو اسـتعمالها لسـلطاتها علـى نحـو غيـر مشـروع يشـكل خطـأ عقـدي يرتـب مسـؤولية الإدارة ويولـد معـه حـق المتعاقـد فـي التعـويض[1]. ومثـال ذلـك مـثلا، ألا تقـدم لـه بعـض التسـهيلات التـي التزمـت بتقـديمها إليـه مـن شـغل عقـارات مملوكـة لهـا لتخـزين المـواد والمعـدات اللازمـة لتنفيـذ عقـد الأشـغال العامـة، أو عـدم تسـليمه مواقـع العمـل ليبـدأ عملـه، أو عـدم تسـليمه فـي الوقـت المقـرر المسـتندات الواجبـة للحصـول علـى المـواد اللازمـة لتنفيـذ العقـد أو بيعـه أصـنافا فاسدة دون مراعاة لمبدأ حسن النية في التعامل[2].

وإذا كانـت المصـلحة المتعاقـدة ملزمـة بتنفيـذ التزاماتهـا العقديـة كاملـة فـإن الأمـر لا يقـف عنـد هـذا الحـد بـل يتعـين عليهـا أن تنفـذ هـذه الالتزامـات بطريقـة صـحيحة، تتفـق مـع مـا يوجبـه مبـدأ حسـن النيـة، وهـو مـا اسـتقر عليـه مجلـس الدولـة المصـري حيـث ذهبـت المحكمـة الإداريـة العليـا بمصـر فـي حكمهـا الصـادر فـي 1999/2/23، إلـى أنـه: " مـن المبـادئ المسـلمة أن العقـود تخضـع لأصـل عـام مـن أصـول القـانون يقضـي بـأن يكـون تنفيـذها بطريقـة تتفـق مـع مـا يوجبـه حسـن النيـة، وهـذا الأصـل مطبـق فـي العقـود الإداريـة شـأنها فـي ذلـك شـأن العقـود المدنيـة، وبمقتضـاه يلتـزم كـل طـرف

---

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية، (القرارات الإدارية والعقود الإدارية)، مرجع سابق، ص 93.

[2] محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص403- 404.

من طرفي العقد بتنفيذ ما اتفق عليه، فإن حاد أحدهما عن هذا السبيل كان مسؤولا عن إخلاله بالتزامه العقدي، ووجب حمله على الوفاء بهذا الالتزام"[1].

وعلى هذا الأساس فإن التقيد بالمبدأ المشار إليه سابقا "مبدأ حسن النية"، في العقود الإدارية، أولى وأوجب لارتباطها بوجه المصلحة العامة الذي تتطبع به هذه العقود ولا تنفك عنها، ومقتضى ذلك أنه يتعين على طرفي الصفقة العمومية أن يقوما بتنفيذ التزاماتهما على نحو يتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية، وبالتالي فإذا كانت المصلحة المتعاقدة قد أعطت وعدا للمتعاقد معها عند إبرام الصفقة، وتعاقد على هذا الأساس، فإن ذلك الوعد يغدو من الالتزامات العقدية ويتعين على المصلحة المتعاقدة الوفاء به والإخلال به يثير مسؤوليتها العقدية، ومن جهة أخرى قد تخطئ المصلحة المتعاقدة في إعداد الصفقة بوجود أخطاء فنية في الرسومات المقدمة منها، أو في تقدير حجم الأشغال المتعاقد عليها، والأكثر خطورة هو مخالفة الإدارة في فهم المشروع ذاته، أو عدم كفاية تحديد التزامات المتعاقد معها[2].

كما قد يتمثل خطأ الإدارة أيضا في تنفيذ الصفقة في مكان آخر غير المتفق عليه وقد يلحق بالمتعاقد ضرر ينشئ له الحق في التعويض، وفي هذا الصدد انتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمصر إلى أن" :موقع التنفيذ لا يعتبر داخلا في نطاق الخدمة أو العمل، كما أنه لا يعد من وسائل أو طرق التنفيذ ومن ثم فإن سلطة الإدارة في التعديل لا تمتد إليه لخروجه عن النطاق الجائز لها قانونا وبهذه المثابة فإنه يكون من العناصر الأساسية التي يراعيها المتعاقد عند إقباله على التعاقد والتي يضعها في حسبانه وتقديره وإذا كان الأمر على هذا النحو

---

[1] حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، الطبعة الأولى، دون دار نشر، مصر، 2002، ص 295.

[2] حمدي حسن الحلفاوي، مرجع سابق، ص 297.

فـإن موقـع التنفيـذ لا يجـوز تناولـه بالتعـديل بعـد تمـام التعاقـد"، بيـد أنـه إذا اضـطرت الإدارة لتغييـر موقـع العمـل وثبـت عـدم صـلاحية الموقـع الجديـد ثـم عـادت إلـى الموقـع الأصـلي، وقامـت الإدارة مقابـل ذلـك بمـنح المتعاقـد معهـا مهلـة إضـافية جديـدة بسـبب تغيـر الموقـع والعـودة إلـى الموقـع الأصـلي وتمنحـه المقابـل المـالي لمـا تكبـده مـن جـراء ذلـك، فإنـه لا يكـون لـه الحـق فـي المطالبـة بـالتعويض عـن نقـل الموقـع ثـم العـودة للموقع الأصلي[1].

وبالتـالي فـإن المصـلحة المتعاقـدة تلتـزم بتمكـين المتعاقـد معهـا مـن تنفيـذ التزامـه التعاقـدي وذلـك عـن طريـق تسـليمه الموقـع المتفـق عليـه فـي الصـفقة، إذ لا يكفـي لإعفـاء الإدارة مـن التزامهـا بتسـليم موقـع العمـل مجـرد القيـام بـذلك، بـل يجـب أن يكـون هـذا الموقـع خاليـا مـن الموانـع التـي تحـول دون قيـام المتعاقـد مـع الإدارة مـن البـدء فـي التنفيـذ سـواء كانـت تلـك الموانـع قانونيـة أو ماديـة، ويعـين علـى الإدارة تسـليم موقـع العمل في الموعد المحدد حتى لا يؤثر على زمن تنفيذها[2].

وعنـدما يشـرع المتعاقـد فـي التنفيـذ فإنـه يكـون هنـاك ثمـة التـزام علـى عـاتق الإدارة يتمثـل فـي قيامهـا بتقـديم المـواد الضـرورية اللازمـة لقيـام المتعاقـد بتنفيـذ الصـفقة، ففـي هـذه الحالـة يتعـين أن تكـون هـذه المـواد مطابقـة لمواصـفات العقـد، وأن تكـون ملائمـة لتنفيـذ الأداء المطالـب بـه المتعاقـد، ويـدخل فـي هـذا الالتـزام قيـام الإدارة بمـنح المتعاقـد معهـا التصـاريح أو التـراخيص اللازمـة لتنفيـذ الصـفقة، ومـن ثـم فـإن امتناعهـا عـن ذلـك يشـكل فـي جانبهـا خطـأ عقـديا، يثيـر مسـؤوليتها العقديـة، كمـا أن المصـلحة المتعاقـدة يقـع عليهـا التـزام آخـر ألا وهـو تسـليم العمـل طبقـا لنصـوص العقـد وبصورة تسمح للمتعاقد أن يؤدي التزاماته العقدية بطريقة سليمة.

---

(1) حمدي حسن الحلفاوي، مرجع سابق، ص 297.

(2) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود والقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 96.

وقد يظهر خطأ المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة في عدم تسليم بيانات صحيحة للمتعاقد معها، إلا أن مجرد المعلومات البسيطة لا ترتب مسؤوليتها العقدية، ويتعين على المتعاقد أن يتحرى من المعلومات والبيانات المطلوبة والمتعلقة بتنفيذ الصفقة، ومن ثم فلا تثور مسؤولية الإدارة العقدية إلا بالنسبة للخطأ الجسيم في هذا الخصوص[1].

ومنه، على الإدارة تأمين تنفيذ المتعاقد لالتزاماته من دون أية عوائق، وعليها إزالة هذه العوائق وعلى المتعاقد خلال التنفيذ وحفاظا على حقوقه أن يلفت نظر الإدارة في حالة اكتشافه أي خطأ من قبلها فإذا لم تقتنع لوجهة نظره، لا يبقى أمامه إلا أمرين، إما الرضوخ لوجهة نظر الإدارة، وإما اللجوء إلى القضاء الإداري إثباتا لحصول أخطاء وذلك صونا لحقوقه من الضياع.

فكل حيلولة بين المتعاقد وبين تنفيذ التزاماته من قبل المصلحة المتعاقدة يجب أن يكون هدفه المصلحة العامة فقط، على أنه تكون المصلحة المتعاقدة ملزمة بالإفصاح عن ذلك صراحة بواسطة أداة قانونية قرار إداري[2].

ثانيا: تأخر الإدارة في تنفيذ التزاماتها الفنية.

تعتبر المدة في تنفيذ الصفقة شرطا أساسيا وجوهريا وذلك سواء بالنسبة للمصلحة المتعاقدة أو المتعاقد معها، على أساس أن الصفقة العمومية ترتبط ارتباطا وثيقا بسير المرفق العام، بل إن الهدف من إبرامها هو الحفاظ على سير

---

(1) حمدي حسن الحلفاوي، مرجع سابق، ص 298.

(2) بودالي محمد و عروس فوزية، اخلال المصلحة المتعاقدة بتنفيذ التزاماتها ذات الطبيعة الفنية، مقال منشور، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد الرابع، العدد 02، جوان 2018، ص 308.

المرفق العام بانتظام واطراد، ومن ثم فإن أي خلل في تنفيذ الصفقة ينعكس بدوره على المرفق الذي أبرم العقد من أجله[1].

وتبعا لذلك فإنه ولئن كان يتعين على المتعاقد مع الإدارة احترام المدد الواردة في العقد وإلا تعرض لجزاءات توقعها المصلحة المتعاقدة مباشرة عليه، ودون حاجة إلى اللجوء للقضاء الإداري، فإنه في مقابل ذلك تلتزم الإدارة هي الأخرى باحترام المدد المحددة للتنفيذ، وعلى ذلك فإن مدة التنفيذ واحترامها في نطاق العقد الإداري إنما يعد الترجمة الفعلية لمبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وذلك بغرض تحقيق خدمة دائمة ومنتظمة للمنتفعين بخدمات تلك المرافق العامة.

وباستقراء أحكام القضاء الإداري يتبين أن الصور التي يأخذها تأخر الإدارة في تنفيذ الصفقة العمومية متنوعة، وكثيرا ما يعبر عنه بتأخير الإدارة أو تراخيها ويستعمل مجلس الدولة الفرنسي تعبيرات مختلفة لتكييفها، فقد ترد بعبارة تأخير أو نقص وأحيانا ترد بعبارة بطء الإدارة في تنفيذها لالتزاماتها العقدية، ولهذا قضى مجلس الدولة الفرنسي بتوافر ركن الخطأ في جانب الإدارة عندما تأخرت في تسليم المقاول الرسومات الخاصة بالمبنى المُعاد بناؤه وفي حالة تأخرها في تسليم الموقع، وكذلك في تأخيرها تسليم تصاريح مواد البناء واللازمة لإنجاز المقاول لالتزاماته العقدية[2].

وفي تحديد إطار مسؤولية المصلحة المتعاقدة في هذا الشأن ذهبت المحكمة الإدارية العليا بمصر إلى أن: "... العقد الإداري يولد في مواجهة الإدارة التزامات عقدية أهمها أن تمكن المتعاقد معها من البدء في العمل فإذا لم تقم بهذا الالتزام وتراخت عنه، فإن هذا يشكل خطأ عقدي في جانبها يخول للمتعاقد معها الحق في

---

(1) حمدي حسن الحلفاوي، مرجع سابق، ص 304.

(2) حمدي حسن الحلفاوي، مرجع سابق، ص 305.

طلب فسخ العقد، فضلا عن استحقاقه للتعويض الجابر مما أصابه من أضرار"، ويكون تقدير القاضي لتأخر الإدارة في الوفاء بالتزامها تسليم الموقع حسب مقتضيات القضية المعروضة أمامه والمدة المحددة الواجب التنفيذ خلالها من قبل المتعاقد معها[1].

كما أن تراخي المصلحة المتعاقدة في اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في الصفقة في الوقت المناسب ضمانا لحسن سير المرفق العام بانتظام يعد خطأ تتحمل المصلحة المتعاقدة تبعته، أما إذا لم تتضمن نصا يحدد مدة معينة لالتزام معين أو تنفيذه، في هذه الحالة يتدخل القاضي الإداري مقررا مدة مناسبة أو معقولة لتنفيذ الصفقة العمومية[2].

معنى ذلك أن المصلحة المتعاقدة يقع عليها التزام بإعطاء الأمر بالشروع في التنفيذ فعدم إصدارها لهذا الأمر يعد إخلالا بالالتزام التعاقدي وكذلك لو تأخرت في تسليمه موقع العمل أو الأجهزة والمواد وغيرها، فكل تأخير في ذلك والذي يترتب عنه وقف العملية لمدة تتجاوز الحد المعقول يعد إخلالا بالتزامات المصلحة المتعاقدة التعاقدية، وتستوجب مسؤوليتها أمام المتعاقد بخصوص ما قد يلحق به من أضرار وتطبيق ذات الحكم لو تأخرت في تسليمه الرسومات الهندسية والمخططات البيانية أو رخص الحصول على مواد البناء[3].

الفرع الثاني: إخلال الإدارة بالتزاماتها المالية

إلى جانب الاخلالات العقدية المتعلقة بالجانب التقني يكون الخطأ في كثير من الأحيان ذو طبيعة مالية، ويكون بعدم دفع الإدارة للثمن المتفق عليه في الوقت

---

(1) حورية بن أحمد، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، رسالة ماجستير، جامعة تلمسان، 2011، ص 98.

(2) حمدي حسن الحلفاوي، مرجع سابق، ص 306.

(3) بودالي محمد و عروس فوزية، مرجع سابق، ص 312.

المحدد في العقد بذريعة عدم كفاية الأموال الموجودة وقد نص صراحة على استفادة المتعاقد مع الإدارة من فوائد تأخيرية نتيجة لعدم قيام الإدارة بإصدار الدفعات على الحساب والتسوية الختامية في الوقت المحدد قانونا، وهذا يعتبر كأحد صور تعويض المتعاقد مع الإدارة أما في حالة عدم النص على الغرامات التأخيرية في حق المصلحة المتعاقدة فعلى المقاول في هذه الحالة اللجوء الى القضاء المختص للمطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية وهو ما سيتم التطرق اليه من خلال ما يلي.

أولا: إخلال الإدارة بالتزام أداء المقابل المادي للعقد:

المقابل المادي للعقد هو الثمن المستحق للمتعاقد مع الإدارة، فبمجرد الانتهاء من الأشغال والوفاء بالالتزامات التعاقدية تلتزم الإدارة بأدائه للمتعاقد معها، و ذلك شريطة تتطابق الأشغال المنجزة مع الشروط التي تم التعاقد على أساسها، والمقابل المادي للعقد المستحق من المتعاقد لا يمكن تعديله بالإرادة المنفردة للإدارة فهو التزام غير قابل للتعديل و هو بمثابة شرط تم الاتفاق عليه في بنود العقد، فكل إخلال بهذا الالتزام من شأنه أن يرتب مسؤولية الإدارة تجاه المتعاقد معها[1].

ثانيا: تأخر الإدارة في الوفاء بالتزاماتها بأداء المقابل المادي للعقد:

التأخر في تسديد مستحقات الصفقة تشكل و تخلق منازعة من شأنها أن تثير عدة إشكالات ومنازعات بين الطرفين المتعاقدين، فالصفقة العمومية بمثابة عقد معاوضة ترتب لكلا الطرفين التزامات وحقوق، فنجد أن المتعامل المتعاقد مع الإدارة ملزم بتنفيذ الأشغال أو الخدمات موضوع الصفقة حسب الأشكال والمواصفات المتفق عليها.

(1) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 227.

و بالمقابل نجد الإدارة ملزمة بدفع المقابل المادي و ذلك حسب الطرق التي حددها القانون، ونجد في هذا الصدد نص المادة 108 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الذي نص على أن التسوية المالية لصفقة تتم بدفع التسبيقات أو الدفع على الحساب، أو بالتسوية على رصيد الحساب، و في حالة ما إذا أخلت المصلحة المتعاقدة بهذا الالتزام فمن حق المتعاقد معها مطالبة الإدارة بتنفيذه، فتقاعس الإدارة بالوفاء بالتزاماتها من شأنه أن يثير منازعات بين الطرفين المتعاقدين.

ثالثا: إخلال الإدارة بالتزاماتها برد التأمين النهائي:

يلتزم المتعاقد مع الإدارة بأداء تأمين نهائي كضمان للوفاء بالتزاماته التعاقدية تحتفظ به الإدارة لحين تمام عملية تنفيذ الصفقة، و في حالة إخلال المتعامل المتعاقد بتنفيذ تلك الأشغال على النحو المنصوص عليه في العقد يحق للإدارة مصادرته، و تثور مسؤولية الإدارة التعاقدية إذا امتنعت عن الإفراج عن التأمين النهائي رغم وفاء المتعاقد بالتزاماته التعاقدية[1].

وعند التسليم النهائي لمشروع الصفقة فالإدارة ملزمة بالقيام بعملية التسوية على حساب الرصيد النهائي و يترتب عن ذلك رد اقتطاعات الضمان، وشطب الكفالات التي كونها المتعامل المتعاقد عند الاقتضاء[2]، كما يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تقوم بصرف الدفعات على الحساب أو التسوية النهائية في أجل لا يمكن أن يتجاوز ثلاثين (30) يوما ابتداء من تاريخ استلام الكشف أو الفاتورة[3]،

---

(1) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 231.

(2) المادة 120 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

(3) المادة 1/122 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

ولا يمكن أن يتجاوز هذا الأجل شهرين[1] و هذه التسوية تأتي بعد التنفيذ الكامل والمرضي للأشغال حسب الأشكال والكيفيات المتفق عليها في الصفقة.

رابعا: الإخلال بالشروط المتعلقة بالفوائد التأخيرية :

يقصد بالفوائد التأخيرية تلك المبالغ المالية والقيم المستحقة للمتعاقد مع الإدارة و ذلك في حالة عدم حصوله على مبلغ الدفع على الحساب، و يتم حسابها ابتداء من اليوم الذي يلي تاريخ نهاية الثلاثين يوم، فلقد خول المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في المادة 122 منه للمتعامل المتعاقد الحق في اقتضاء فوائد التأخير دون اللجوء إلى القضاء وبدون إجراء آخر بما فيه الإعذار، تحسب الفوائد على أساس نسبة الفائدة التوجيهية لبنك الجزائر زائد نقطة واحدة ابتداء من اليوم الموالي لنهاية الأجل المحدد للدفع إلى غاية اليوم 15 الذي يلي تاريخ صرف الدفعات على الحساب[2].

غير أنه في حالة ما إذا تم صرف الدفعات على الحساب بعد أجل 15 يوما، وإذا لم يتم صرف فوائد التأخير في نفس الوقت مع صرف الحساب، ولم يتم إعلام المتعامل المتعاقد بتاريخ صرف الدفعات، يتم بتسديد الفوائد على التأخير إلى حين تمكين المتعامل المتعاقد من المبالغ المستحقة[3]، اما في حالة عدم دفع كل الفوائد التأخيرية أو جزء منها فإنه يؤدي إلى زيادة نسبة 2% من هذه الفوائد على كل شهر تأخير إلى غاية صرف هذه المبالغ ويقدر التأخير الذي تحسب على أساسه هذه النسبة بشهر كامل محسوبا يوما بيوم، وتحسب كل فترة تقل عن شهر كامل كشهر كامل[4].

---

(1) المادة 2/122 من نفس المرجع.

(2) المادة 4/122 من نفس المرجع.

(3) المادة 5/122 من نفس المرجع.

(4) المادة 6/122 من نفس المرجع.

كما يمكن وقف أجل 30 يوما ابتداء من استلام الكشف أو الفاتورة مرة واحدة فقط بواسطة خطاب موصى عليه مع طلب إشعار بالاستلام في أجل ثمانية أيام على الأقل، قبل انقضاء أجل ثلاثين يوما لاطلاعه على أسباب رفض صرف الدفعات والوثائق الواجب تقديمها أو استكمالها، ويوقف أجل صرف الدفعات إلى غاية تقديم المتعامل المتعاقد جميع المبررات والوثائق التي طلبت منه عن طريق رسالة موصى عليها بعلم الوصول مع طلب إشعار بالاستلام يتضمن جدول الوثائق المستلمة[1].

كما يجب على المصلحة المتعاقدة صرف الدفعات خلال 15 يوما كحد أقصى ابتداء من تاريخ نهاية التوقيف، وفي حالة عدم الاتفاق على مبلغ الدفع على الحساب أو على الرصيد تصرف الدفعات على أساس مؤقت من مبالغ مقبولة من المصلحة المتعاقدة. وإذا كانت المبالغ المدفوعة تقل عن المبالغ المستحقة في النهاية للمستفيد الذي يستحق فوائد تأخيرية تحسب على أساس الفرق المسجل كما يمكن إعادة التنازل عن الفوائد على تأخير لحساب صندوق ضمان الصفقات العمومية، عندما يطلب من هذا الصندوق رصد الدين المتولد والمعاين[2].

تجدر الإشارة أن المصلحة المتعاقدة لا تعفى من هذه العقوبة إلا في حالة القوة القاهرة التي تعلق الآجال[3].

---

(1) المادة 7/122 من نفس المرجع.

(2) المادة 10/9/8/122 من نفس المرجع.

(3) علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 183.

المبحث الثاني

التعويض المقاول في صفقة الأشغال العمومية على أساس الأشغال الإضافية

يتوقف الاعتراف بالحق في التعويض على شروط مرتبطة بما كانت عليه وضعية المتعاقد مع الإدارة أثناء حدوث الضرر[1]، ولأن الأصل المقرر في تنفيذ الالتزامات التعاقدية أن يقتصر المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ الأشغال المطلوبة منه دون سواها، ولا يجوز له أن يضيف إليها أعمالا أخرى فإنه إذا أخل بهذا الالتزام كان عليه أن يتحمل نتيجة مخالفته[2].

إلا انه قد تكون الأشغال الإضافية التي نفذها المتعامل المتعاقد مفيدة أو ضرورية، مما يؤدي إلى إثراء الإدارة وإفقار المتعاقد، في هذه الحالة يمكن للمتعامل المتعاقد مطالبة الإدارة بتعويضه عما تكلفه في هذه الأشغال والخدمات، وللبحث في مسألة التعويض عن الأشغال الإضافية للمتعامل المتعاقد لابد من البحث في مبدأ الإثراء بلا سبب، لأنه يمثل الأساس القانوني للتعويض (المطلب الأول) ثم التطرق بعد ذلك لأحكام التعويض على أساس للإثراء بلا سبب في صفقة الأشغال العامة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تطبيق أحكام مبدأ الإثراء بلا سبب على الاشغال الاضافية للمقاول

تعتبر قاعدة الإثراء بلا سبب من بديهيات القواعد القانونية التي تستند إليها قواعد العدالة ويقضي بها القانون الطبيعي، ولتبيان أحكام التعويض عن طريق هذا المبدأ سنتطرق من خلال ما يلي إلى كل من مفهومه وشروط تطبيقه.

---

(1) حسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، الكتاب الثالث، الطبعة الأولى، الجزائر، دار الخلدونية، 2007، ص53.

(2) سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 595.

الفرع الأول: مفهوم الإثراء بلا سبب.

تعني قاعدة الإثراء بلا سبب أن كل من أثرى على حساب غيره دون سبب قانوني يلتزم بأن يرد لهذا الغير الذي افتقر قدر ما أثرى به في حدود ما لحق المفتقر من خسارة فيجب على المثرى أن يرد أقل القيمتين، وهما مقدار ما أثرى به ومقدار ما افتقر به الغير[1].

ويعتبر الإثراء بلا سبب في حد ذاته واقعة قانونية، إذ من خلالها يجب أن يثري شخص ما فتزداد ذمته المالية على حساب شخص آخر، فهي إما أن تكون مبنية على أساس ويكون لها سبب مشروع، كما في إثراء الموهوب الذي يتسلم هدية أو في إثراء البائع الذي يقبض لقاء ثمن البيع مبلغا من المال دون وجه حق مثل الشخص الذي يأخذ مال الغير باعتباره دائنا لهذا الأخير إلا أنه ليس كذلك.

وعلى هذا الأساس، فالأشغال الإضافية التي ينفذها المتعاقد مع الإدارة والتي لم تدرج ضمن بنود العقد وأيضا الأشغال التي ينفذها مع عدم استمرار العقد أو حتى وجوده وتؤدي إلى تحقيق منافع للإدارة، فإن ذلك يعني أن الإدارة حققت إثراء بدون سبب وبالتالي يعود للمتعاقد معها مطالبتها على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب [2].

تجدر الإشارة إلى أن عبء الإثبات يقع على المتعامل المتعاقد من وقوع الضرر الناتج عن الخطأ ارتكبته المصلحة المتعاقدة وهو ما أقرته الغرفة الإدارية للمحكمة العليا في قرارها بتاريخ 1990/05/05 قضية: (ب.م) ضد (ب.ش) حيث استأنف رئيس المجلس الشعبي البلدي بالمغير القرار الصادر في

---

(1) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية(في مجال العقود الإدارية والقرارات الإدارية)، مرجع سابق، ص140.

(2) عباد صوفية، مرجع سابق، ص 49

1988/01/02 الـذي حكـم عليـه بـأن يـدفع مبلـغ 200.000 دج الـذي يمثـل قيمـة مضـخة موضـوع الكشـف رقـم 18 والـذي أيـده قـرار غرفـة المحكمـة العليـا الـذي جـاء في موضوعه :

"... حيـث أنـه يسـتخلص مـن الوثـائق المودعـة بـالملف وغيـر المنـازع فيهـا مـن قبـل رئـيس المجلـس الشـعبي البلـدي المسـتأنف بـأن المقـاول بعـد أن ركـب المضـخة الأولـى طلـب مـن صـاحب المشـروع أو حـذره أنـه لا يمكـن أن تبقـى هـذه الأخيـرة داخـل المياه دون أن يؤدي ذلك إلى إتلافها.

حيـث أنـه حينئـذ فـإن إهمـال البلديـة قـد أدى إلـى وجـود تركيـب مضـخة ثانيـة كانت محل الكشف المؤرخ في 1986/11/26.

حيـث أن رفـض البلديـة دفـع تكـاليف هـذه المضـخة الثانيـة يشـكل إثـراء بـلا سبب"[1].

الفرع الثاني: شروط تطبيق مبدأ الإثراء بلا سبب

اسـتنادا لقاعـدة الإثـراء بـلا سـبب يتقـرر التعـويض بنـاء علـى عناصـر أساسـية هي:

أولا: وجوب تحقق إثراء الإدارة:

يقصـد بـالإثراء كـل منفعـة ماديـة أو معنويـة يجنيهـا المـدين أي كـل فائـدة يمكـن تقويمهـا بالمـال كاكتسـاب مـال جديـد، أو انقضـاء ديـن أو تجنـب خسـارة محققـة أو إشباع حاجة مادية أو أدبية ما دام يمكن تقدير هذه الحاجة في ذاتها(1).

---

[1] المحكمة العليا، الغرفة الادارية، قرار منشور رقم 66148 بتاريخ 1990/05/05، منشور في المجلة القضائية، العدد الثالث، سنة 1993، ص 199.

إن شـرط الإثـراء هـو أيضـا مـا عبـر عنـه المشـرع الجزائـري بالمنفعـة حيـث اعتبـر كـل مـن نـال عـن حسـن نيـة مـن عمـل الغيـر أو مـن شـيء لـه منفعـة لـيس لهـا مـا يبررهـا يلـزم بتعـويض مـن وقـع الإثـراء علـى حسـابه بقـدر مـا اسـتفادة مـن العمـل أو الشيء[2].

واعتبـره أيضـا بعـض الفقهـاء أنـه إغنـاء للمـدين مـن خـلال دخـول قيمـة مـا يثـرى بـه فـي ذمتـه الماليـة، ويعنـي زيـادة فـي الجانـب الإيجـابي للذمـة الماليـة، سـواء أكانـت هـذه الزيـادة حقيقيـة وذلـك مـن خـلال إضـافة عنصـر إيجـابي جديـد أو بتحسـين عنصـر قائمـا فيهـا، أم كانـت هـذه الزيـادة حكميـة بتفـادي الـنقص فـي أحـد العناصـر الإيجابيـة القائمـة، وكـذلك فـإن كـل نقـص فـي ناحيـة الذمـة السـلبية يعتبـر إثـراء، سـواء أكـان ذلـك بقضاء دين قائما، أو تفادي نشوء دين جديد[3].

فقـد يكـون الإثـراء مـرتبط بالذمـة الماليـة، ولكـن يمكـن تقـديره بالمـال ويكـون علـى سـبيل المثـال بـالربح أو المكسـب النـافع لـلإدارة والـذي تحصـل عليـه عـن طريـق الأشـغال التـي يقـوم بهـا أحـد المقـاولين مـن خـلال تحسـينات النسـق الجمـالي التـي أجريـت لمبنـى عـام، وغالبـا تثـور نزاعـات متعلقـة بـالإثراء المعنـوي بـين مصـممي الأشغال (أصحاب الأعمال، المهندسون المعماريون، ...الخ) وبين جهة الإدارة.

ثانيا: وجوب تحقق افتقار المقاول:

الافتقـار هـو الوجـه المقابـل للإثـراء، فـلا يكفـي تحقـق الإثـراء لـلإدارة، بـل يشـترط أيضـا وجـود افتقـار فـي ذمـة المقـاول، والافتقـار هـو الخسـارة اللاحقـة بالمـدعي، فـإذا لـم

---

(1) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 453.

(2) المادة 141 من القانون المدني، مرجع سابق.

(3) عبد القادر الفار، مصادر الالتزام مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، الطبعة الرابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص 241.

يتحقق الافتقار كوجه مقابل للإثراء فلا يكون هناك مجال لإعمال دعوى الإثراء بلا سبب.

فلكي يمكن الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب فإنه يجب أن يقابل إثراء شخص افتقار في جانب الشخص الآخر، فلا التزام على المثرى بالتعويض إذا لم يتحقق الافتقار فعلا، وقد اعتبرت محكمة النقض المصرية بأن "شرط افتقار المدعي هو شرط جوهري لدعوى الرجوع استنادا لقاعدة الإثراء بلا سبب ولما كان الملتزم في دعوى الإثراء يدفع تعويضه أدنى قيمتي الإثراء والافتقار، فإنه إذا انعدم معه الإثراء إذ أن هناك علاقة سببية تربطها"[1].

ثالثا: الارتباط بين الإثراء المصلحة المتعاقدة والافتقار المقاول:

لا يكفي لتطبيق قاعدة الإثراء بلا سبب أن يتحقق الإثراء والافتقار بل يجب أن تربطهما علاقة سببية مباشرة، فيكون افتقار الدائن هو الذي أدى مباشرة إلى إثراء المدين، فقيام المقاول مثلا: بترميمات لمبنى موضوع صفقة أشغال عمومية تكون واجبة على المصلحة المتعاقدة، تعد واقعة ينشأ عنها إثراء المصلحة المتعاقدة بزيادة قيمة المبنى وافتقار المقاول بسبب ما أنفقه من مال، فتقوم عندئذ علاقة سببية مباشرة بين الافتقار والإثراء والسببية في هذه الحالة هي سببية مباشرة.

لأن الافتقار والإثراء يردان على واقعة واحدة وهي القيام بترميمات غير واجبة كما ذكرنا وكذلك الشأن بالنسبة لواقعة دفع الدين فهي واقعة واحدة تؤدي إلى نشوء افتقار الدائن وإثراء للمدين ومع ذلك ليس ضروريا أن تكون واقعة واحدة هي السبب المباشر في الإثراء والافتقار، بل يكفي أن يثبت أن إثراء المدين لم يكن ليحصل لولا افتقار الدائن ويرجع ذلك لتقدير قاضي الموضوع، حيث قررت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1970.12.16 بأنه :" لا يكفي للرجوع

(1) محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام، الطبعة الاولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 447.

بدعوى الإثراء بلا سبب أن يتحقق الإثراء في ذمة الافتقار وفي ذمة آخر بل يجب أن تكون هناك علاقة سببية مباشرة بين الإثراء والافتقار وعليه فإنه لا تقوم علاقة سببية في حالة التغير الطارئ في الظروف الاقتصادية أدت إلى اختلال التوازن في الالتزامات بين الطرفين"[1].

وعليه فيشترط لإقرار التعويض للمتعاقد مع الإدارة، تحقق رابطة السببية بين الافتقار وإثراء الإدارة، ويشترط في هذه الحالة أن لا يصدر عن المتعاقد أية أخطاء تساهم في هذا الافتقار، حيث يتم تحديد التعويض على أساس ما عادت هذه العروض بالفائدة على المصلحة المتعاقدة، وليس على أساس ما جرى إنفاقه من مصاريف نتيجة ذلك، أي أن تتوفر علاقة مباشرة بين الإثراء والافتقار، وقد يكون الارتباط بين الإثراء والافتقار غير مباشر ويحدث ذلك عندما تدخل ذمة مالية وسيطة بين المفتقر والمثري، أي عن طريق وساطة ذمة ثالثة، وفي الواقع يجوز انتقال الذمم المالية، في أعقاب ظروف مادية، أو وقوع أحداث قانونية[2] ولقد ضرب القانون الخاص أمثلة كثيرة لتلك الحالات[3].

رابعا: انعدام السبب القانوني للإثراء:

يشترط للرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب أن لا يستند الإثراء إلى أي سبب يجعله مبررا فوجود مثل هذا السبب يجعل للشخص الحق في الاحتفاظ بما تحقق له من الإثراء، ويقصد بالسبب المصدر القانوني الذي يولد حقا لمن استفاد من الإثراء للاحتفاظ بما أثرى به وهذا هو الرأي السائد في الفقه والقضاء، وأخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 141من القانون المدني، حيث جعل شرط قيام الالتزام الناشئ عن الإثراء هو أن يقوم هذا الأخير بغير سبب مشروع، ومن ثمة فلا يمكن

---

(1) عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 245.

(2) نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 554.

(3) المواد 141 و142 من القانون المدني، مرجع سابق.

قانونا للمفتقر مطالبة المثرى بأي تعويض طالما لهذا الأخير حق بموجب سند قانوني يخوله هذا الكسب ويبرره، كما أنه متى انعدم السبب القانوني للإثراء جاز للمفتقر الرجوع على المثرى بدعوى الإثراء وأن السبب الأصلي يجعل الإثراء مبررا يعد مفترضا وجوده وعلى من يدعي العكس إقامة الدليل أمام القضاء على صحة ما يدعيه[1].

وعليه ففي حالة وجود عقد صحيح عن طريق صفقة أشغال عمومية مكتملة العناصر بين المقاول والمصلحة المتعاقدة فإنه لا مجال لإعمال نظرية الإثراء بلا سبب متى وضع العقد موضع التنفيذ وكانت الأشغال موضوع النزاع في صميم موضوع صفقة الأشغال العمومية، أما في حالة عدم وجود التزام قانوني أو لائحي سواء عن طريق دفتر الشروط الخصوصية للصفقة أو الأوامر المصلحية الصادرة من المصلحة المتعاقدة في نطاق موضوع الصفقة، فإنه يجوز للمقاول المفتقر في هذه الحالة ملاحقة المصلحة المتعاقدة المُثراة نتيجة افتقاره بدعوى الإثراء بلا سبب.

المطلب الثاني: أحكام التعويض على أساس للإثراء بلا سبب في صفقة الأشغال العامة

ليس الخطأ هو الأساس الوحيد لالتزام الإدارة بتعويض المقاول المتعاقد معها، بل قد تلتزم الإدارة بتعويضه دون أن تكون قد أخلت بالتزاماتها العقدية، وهو ما يسمى بالمسؤولية دون خطأ، وتتمثل في مسؤولية الإدارة في تعويض المقاول بناء على مبدأ " الإثراء بلا سبب"، فكثيرا ما يقوم المقاول ومن تلقاء نفسه دون أمر من الإدارة بأداء أعمال غير منصوص عليها في العقد، يراها بأنها ذات فائدة للمرفق العام ولازمة في تنفيذ الأشغال.

---

[1] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 459.

فهنا يقوم التزام الإدارة بتعويض المقاول عما أفادت به من عمل قام به، وهو ما يقتضيه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود.

فإذا قام المقاول بتنفيذ أشغال داخلة أصلا في التزاماته التعاقدية ولم تطلبها منه الإدارة، فمتى ثبت أن هذه الأشغال كانت لازمة حتما للإدارة أو متى أثبت المتعاقد أنها كانت مفيدة لضمان حسن تنفيذ الأشغال المطلوبة، فإن على هذه الأخيرة تعويضه عنها[1].

وفي هذا الإطار فإن القضاء يلزم الإدارة تطبيقا لقاعدة " الإثراء بلا سبب" التي تعد تطبيقا للعدالة، بأن تؤدي للمقاول قيمة ما نفذه من أشغال طالما استفادت بها الإدارة، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية" ...إن قيام المتعاقد مع الإدارة ودون تكليف منها بأداء أعمال أو خدمات إضافية غير منصوص عليها بالعقد، يمنحه الحق في مطالبة الإدارة بتعويض عما أنفقه للقيام بتلك الأشغال أو أداء تلك الخدمات شريطة أن تكون هذه الأشغال أو الخدمات الإضافية ذات فائدة ولازمة للمرفق العام وذلك على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب"[2].

فإذا قام المتعاقد مع الإدارة من تلقاء نفسه وبدون تكليف منها بأداء أعمال أو خدمات إضافية غير منصوص عليها في الصفقة، فمن حق المقاول في هذه الحالة المطالبة بالتعويض، ويقصد بالأشغال الإضافية تلك التي لم تدرج صراحة أو ضمنيا في مواصفات وخطة العمل المتفق عليها في العقد [3].

---

[1] _قريشي أنيسة، مرجع سابق، ص 138 وما بعدها.

[2] راجع حكم المحكمة الإدارية العليا سنة 1978 الذي أورده عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقود، مرجع سابق، ص 232.

[3] رياض عيسى، أحكام الأعمال الإضافية في عقود الأشغال العمومية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 4، ديسمبر 1987، ص 118.

وقد ميز الفقه بين الأشغال الإضافية والأشغال غير المتوقعة، باعتبار أن الأشغال غير المتوقعة هي أعمال لم تظهر في العقد ولكنها ليست غريبة عنه كطلب إعادة ترميم قناة تهدمت بسبب انهيار أحد الجسور أثناء إنشاء السكك الحديدية أو نقل بعض المواد اللازمة للعمل بسبب رطوبة الأرض[1].

أما الأشغال الإضافية فهي أعمال لم تظهر في العقد ولكن قائمة الأسعار توقعتها وحددت أسعارها كتكليف المقاول بمد السد المتفق عليه في العقد مسافة إضافية لأن النهر غير مجراه على غير المتوقع[2]، حيث يتعين أن تكون الأشغال الإضافية من ذات نوع وجنس الأشغال الأصلية وأن تكون الزيادة في الكمية أو حجم العقد قابلة للتنفيذ والمحاسبة ماليا مع المتعاقد الأصلي[3].

وعلى العموم التعويض الناتج عن الأشغال الإضافية يترتب في الحالتين الآتيتين:

الفرع الأول: حالة الأشغال الضرورية: Les Travaux Nécessaires

و هي الأشغال التي لا يتضمنها العقد و لكن تظهر أهميتها أثناء تنفيذ العقد بحيث يصبح انجازها ضروريا حسب قواعد الفن و حسب تنفيذ الأشغال المطلوبة، في هذه الحالة وإزاء تلك الضرورة الملحة أجاز مجلس الدولة الفرنسي للمتعاقد الذي يقوم بأداء تلك الأشغال الضرورية الحق في الحصول على ثمن إضافي نظير تلك الأشغال التي قام بها المتعاقد من تلقاء نفسه لمصلحة جهة المصلحة المتعاقدة، ومثال ذلك كبناء جدار دعم ضروري لتفادي انزلاق التربة، وهنا تؤكد أحكام القضاء

---

(1) سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 559

(2) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1935/01/30 في قضية ETABLI أورده سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة..، مرجع سابق، ص 486

(3) كمال العطراوي، سلطة الإدارة في تعديل عقد الأشغال العامة أثناء مرحلة التنفيذ، مقال منشور، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 17، جانفي 2018، ص 514

الإداري انـه إذا كانـت تلـك الأشـغال ضـرورية طبقـا لقواعـد المهنـة و أسـس الفـن وحتـى دون الحصول على موافقة الإدارة فإنه يحق للمقاول مطالبة الإدارة به[1].

و قـد ذهـب القضـاء الفرنسـي إلـى أن تكـون الأشـغال الإضـافية لا غنـى عنهـا، أو أنهـا تمثـل ضـرورة حتميـة، فـإذا انتفـت حالـة الضـرورة فـي تلـك الأشـغال فـإن المجلس لا يحكم بدفع الزيادة عنها[2].

فـإذا قـام المقـاول بتنفيـذ أعمـال إضـافية مـن تلقـاء نفسـه دون أمـر مـن الإدارة و كانـت تلـك الأشـغال ضـرورية لإنجـاز موضـوع العقـد علـى أفضـل وجـه تلتـزم الإدارة بـدفع ثمـن الأشـغال، فقـد أرسـى مجلـس الدولـة الفرنسـي مبـدأ مـؤداه أن المقـاول لا يسـتطيع المطالبـة بـثمن إضـافي عـن الأشـغال التـي نفـذها بمبادرتـه الخاصـة، ومـع ذلـك يجـوز لـه اسـتثناء علـى هـذا المبـدأ أن يطالـب بـثمن إضـافي مقابـل هـذه الأشـغال متـى كانت ضرورية لإنجاز الأشغال موضوع العقد[3].

أمـا بخصـوص كيفيـة تحديـد ثمـن هـذه الأشـغال الإضـافية فإنـه يكـون علـى أسـاس السـعر المتفـق عليـه فـي العقـد للأعمـال الأصـلية[4]، و ذلـك بالحسـبان أن الأشغال الضرورية تعد من قبيل الامتداد للعقد المبرم بين الإدارة و المتعاقد[5].

---

(1) محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص 291.

(2) قضى مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1967/11/17 في قضية شركة NICON أن من حق مقاول الأشغال العامة أن يطالب بالتعويض عن الأعمال التي يقوم بها زيادة عن المنصوص عليه في العقد متى كانت ضرورية ولازمة لتنفيذ الأعمال المتفق عليها طبقا للأصول الفنية وذلك حتى ولو لم يصدر إليه أمر خدمة من الإدارة أو المشرف على الأعمال، نشر هذا الحكم في مجلة إدارة قضايا الحكومة المصرية، العدد الرابع، 1970، ص 995.

(3) وفاء محمود أحمد الببواتي، المقابل المالي في العقود الادارية، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، 2016، ص142

(4) حكم مجلس الدولة الفرنسي في 1943/06/11 في قضية Grands Traraude Marseille، أشار اليه سليمان محمد الطماوي، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 205.

(5) محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص 295.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن الأساس القانوني لنظرية الأشغال الإضافية الضرورية التي تبرر التزام الإدارة بتعويض المقاول على الرغم من عدم إصدارها أوامر التغيير بشأنها، تكمن على أساس النية المفترضة للطرفين لأن قصد الطرفين قد انصرف عند إبرام العقد إلى تنفيذ جميع الأشغال الضرورية أو اللازمة لإنجاز موضوع العقد على الوجه الأكمل إذ لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه إنما يتناول أيضا ما هو من مستلزماته طبقا للقانون و العدالة بحسب طبيعة الالتزام، كذلك تقوم تلك النظرية على مقتضيات الصالح العام و حسن سير المرافق العامة[1].

الفرع الثاني: حالة الأشغال المفيدة Les Travaux Utiles à L'Administration

و هي تلك الأشغال الإضافية التي يؤديها المتعاقد أثناء تنفيذ العقد رغم عدم ضرورتها الملحة، إلا أن تنفيذها يعود على الإدارة بالنفع والفائدة، فيبادر المتعاقد بالقيام بتنفيذها من تلقاء نفسه، وعليه إذا تقررت صفة النفع للأعمال الزائدة فإن مجلس الدولة الفرنسي يعوض عنها على أساس ما عاد للإدارة من فائدة و تقوم مسؤولية الإدارة هنا على أساس فكرة الإثراء بلا سبب[2].

و كذلك يوجب مجلس الدولة الفرنسي للتعويض عن الأشغال المفيدة ضرورة ألا تكون جهة المصلحة المتعاقدة قد اعترضت عليها[3].

و تستند فكرة الأشغال المفيدة في جوهرها على المبادرة التلقائية من جانب المقاول دون انتظار لصدور أمر من المصلحة المتعاقدة للقيام بها، وعليه فإن المنطق و العدالة تقضي أن يحصل المقاول على تعويض على هذه الأشغال وعلى

---

(1) سليمان محمد الطماوي، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 223.

(2) وفاء محمود أحمد البيواتي، مرجع سابق، ص 143.

(3) حكم مجلس الدولة الصادر في 1944/03/10 في قضية PELOU المشار اليه في سليمان محمد الطماوي، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 541.

وجه الخصوص أنها عادت بالنفع على المصلحة المتعاقدة و أنها لم تعترض على تنفيذها[1].

نستنتج مما سبق بأن هناك تشابه بين فكرة الأشغال النافعة أو المفيدة وفكرة الأشغال الضرورية و ذلك لأن المقاول نجده في كلاهما يقوم بتنفيذ هذه الأشغال دون صدور أمر من المصلحة المتعاقدة تلزم المقاول بالقيام بتلك الأشغال و كذلك يظهر التشابه في كلا الحالتين في التزام الإدارة بالتعويض عن هذه الأشغال الإضافية.

و على الرغم من هذا التشابه إلا أن هناك اختلاف في كلا الحالتين، فإذا كانت الأشغال الضرورية تعود بالنفع على المصلحة المتعاقدة إلا أنها تتطلب لتنفيذ هذه الأشغال أن تكون ضرورية، بخلاف الأشغال النافعة التي لا يتطلب فيها ضرورة ملحة، وهذه الضرورة ومدة تحققها من عدمه من الأمور الموضوعية التي تخضع لتقدير قاضي الموضوع في كل حالة على حدة[2].

---

[1] محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص 294.

[2] وفاء محمود أحمد البيواتي، مرجع سابق، ص 144.

الباب الثاني:

التزامات المقاول في صفقة الأشغال العمومية وجزاءات الإخلال بها

يلتـزم المتعاقـد مـع الإدارة، ككـل طـرف فـي صـفقة مـا بـأن يـوفي بالتزاماتـه التعاقدية ووفقا لشروط الصفقة وحسب القواعد العامة المقررة في هذا الصدد.

وبعـدما تمـت دراسـة أهـم حقـوق المتعامـل المتعاقـد، إزاء المصـلحة المتعاقـدة نتنـاول ضـمن هـذا البـاب الالتزامـات المفروضـة علـى المقـاول بغـرض معرفـة المركـز القـانوني لهـذا الأخيـر مـن خـلال التطـرق لصـنفين مـن هـذه الالتزامـات حسـب طبيعتهـا ومضـمونها والمتمثلـة فـي الالتـزام بالتنفيـذ المـالي وكـذا الالتـزام بالتنفيـذ التقنـي، حيـث يتوجـب علـى المقـاول أن يفـي بهـا بكـل دقـة وأمانـة لأنـه فـي حالـة الإخـلال بهـا أو بإحـداها أو التقصـير فـي أدائهـا تقـوم المصـلحة المتعاقـدة بتوقيـع أحـد الجـزاءات المقـررة لـذلك الإخـلال وهـذا كفالـة مـن المشـرع فـي مجـال الصـفقات العموميـة لحقـوق المصلحة المتعاقدة.

الفصل الأول:

الالتزام بالتنفيذ المالي لصفقة الأشغال العمومية

تحـرص المصـلحة المتعاقـدة فـي إبـرام الصـفقة العموميـة منـذ البدايـة وفـي المقـام الأول علـى مـنح الصـفقة للمتعامـل المتعاقـد المقتـدر ماليـا أي صـاحب الكفايـة الماليـة ومـن هنـا فـإن المتعاقـدين مـع الإدارة ملزمـون بتقـديم ضـمانات ماليـة تحمـي المصـلحة

المتعاقدة من الأخطار المالية التي يمكن أن تواجهها في حالة إخلالهم بالتزاماتهم[1].

وقد نصت المادة 124 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على هذه الضمانات من خلال ما يلي:" يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين معها و \ أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة.

تحدد الضمانات المذكورة أعلاه وكذا كيفيات استرجاعها حسب الحالة في دفتر الشروط أو في الأحكام التعاقدية استنادا إلى الأحكام القانونية أو التنظيمية المعمول بها".

فالضمانات تعتبر إحدى الشروط العقدية الهامة التي ينبغي على المصلحة المتعاقدة السهر على إيجادها والاستناد إليها من أجل الوصول إلى الاختيار الملائم للمتعامل المتعاقد، وللتنفيذ الجيد للصفقات تؤدى الضمانات نقدا بموجب إيصال أو شيكات على المصاريف ومن أهم هذه الضمانات كفالة التسبيقات، كفالة حسن التنفيذ وكفالة الضمان، وتبعا لذلك سوف نعرض هذه المسائل من خلال مبحثين بالتطرق إلى الطابع الإلزامي لتقديم الكفالة في المبحث الأول ثم أدوات تنفيذ نظام الكفالة في المبحث الثاني.

---

[1] المادة 53 من المرسوم الرئاسي 15-247: " لا يمكن أن تخصص المصلحة المتعاقدة الصفقة إلا لمؤسسة يعتقد أنها قادرة على تنفيذها، كيفما كانت كيفية الإبرام المقررة"، مرجع سابق.

المبحث الأول

الالتزام بتقديم الضمانات

حسب ما جاءت به المادة 124 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المشار إليها سابقا فإنه على المصلحة المتعاقدة أن تحرص في إبرام الصفقة العمومية منذ البداية وفي المقام الأول على منح الصفقة للمتعامل المتعاقد المقتدر ماليا أي صاحب الكفاية المالية.

ومن هنا فإن المتعاقدين مع الإدارة ملزمون بتقديم ضمانات مالية تحمي المصلحة المتعاقدة من الأخطار المالية التي يمكن أن تواجهها في حالة إخلالهم بالتزاماتهم.

وقبل الحديث عن أصناف الضمانات المالية التي تستند أكثر إلى قواعد القانون الخاص بالنظر إلى طبيعتها والأهداف المرجوة منها فإنه ينبغي إعطاء تعريف للضمانات بوجه عام، حيث ورجوعا إلى أحكام القانون المدني فإن مؤدى نظرية الضمان هو وجوب تعويض الشخص الذي وقع عليه الاعتداء على أمواله أو نفسه مما أدى إلى هلاكها أو تلفها وذلك حفاظا على حقوقها، فالضمان التزام بتعويض الغير لما لحقه من ضرر[1].

والضمان في مجال الصفقات العمومية هو ذلك الحق الذي يتمتع به أحد الأطراف اتجاه الطرف الآخر حتى يؤمن سداد ديونه، وهو ما تم الاصطلاح عليه بالكفالة في القسم الرابع من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية والوارد تحت عنوان الضمانات مثل: كفالة التعهد أو كفالة حسن التنفيذ أو كفالة رد التسبيقات، وقد نص قانون الصفقات العمومية على مثل هذه الضمانات

[1] بحري إسماعيل، مرجع سابق، ص 85.

وأحاطها بعناية كبيرة نظرا لأهميتها البالغة في حسن انجاز موضوع الصفقة وحفاظا على حقوق الأطراف المتعاقدة.

المطلب الأول: مفهوم الضمان

باعتبار أن الضمان في مجال الصفقات العمومية هو ذلك الحق الذي تتمتع به السلطة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد حتى يؤمن سداد ديونه، وهو ما تم الاصطلاح عليه بالكفالة في القسم الرابع من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية والوارد تحت عنوان الضمانات لا بد من تبيان تعريف الكفالة[1] وكذا أحكامها وهو ما سيتم من خلال ما يلي.

الفرع الأول: تعريف الكفالة

رغم نص المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية على أشكال مختلفة للكفالات التي يتوجب على المتعامل المتعاقد تقديمها للمصلحة المتعاقدة كضمانات إلا أنه لم يتعرض لتعريف الكفالات مثلما فعل المشرع بنص المادة 644 من التقنين المدني بقوله:" الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه".

وفقا لهذا النص فإن الكفالة طبيعتها عقدية، طرفاها هما الدائن والكفيل الذي يضمن وفاء دين المدين، أما المدين ليس طرفًا في عقد الكفالة فيصح أن تتم الكفالة دون علمه ورغم إرادته مع أنها لا تتصور بغير الالتزام الذي يقع على عاتق هذا المدين، والملاحظ أيضا أنه لا يشترط أن يكون الدين الأصلي قد نشأ وقت

---

[1] تجدر الاشارة أن المشرع لم يحسن الترجمة من اللغة الفرنسية الى اللغة العربية لمصطلح Cautions المقصود به الضمانات والذي تم الاصطلاح عليه في المواد 125، 130، 131، 132، 133 و 134 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بمصطلح الكفالة والذي سيتم الاعتماد عليه في دراستنا استنادا للنصوص القانونية السالفة الذكر.

إبـرام عقـد الكفالـة فيجـوز عقـد الكفالـة للالتزامـات المسـتقبلة، والالتزامـات المعلقـة علـى شرط[1].

ومـا يلاحـظ أيضـا مـن نـص المـادة 644 مـن القـانون المـدني أن فالكفالـة لهـا عنصـران أحـدهما، مـادي يـتم بواسـطته ضـمان الـدين مـن خـلال مبلـغ مـالي أو أيـة قيمـة أخـرى، والآخـر عنصـر الشـخص الكفيـل الـذي يمثـل بحـد ذاتـه الضـمان لتنفيـذ الالتزام من طرف شخص آخر وهو ما يعرف بالكفالة الشخصية والتضامنية[2].

وفـي مجـال الصـفقات العموميـة يمكـن تحديـد الفـاعلين فـي هـذه العلاقـة كالأتي:

- الـدائن: وهـو المصـلحة المتعاقـدة التـي تضـمن بواسـطة عقـد الكفالـة، تنفيذ الصفقة العمومية أو حسن اختيار المتعاقد معها.
- المـدين أو المكفـول: ويكـون حسـب الحالـة إمـا المتعهـد أو المتعامـل المتعاقـد أو المتعامـل الثـانوي، وهـو الشـخص الملـزم بتنفيـذ الخدمـة موضوع الصفقة، أو الذي يتعهد بالقيام بتنفيذها.
- الكفيـل: وهـو هنـا المؤسسـة الماليـة المتمثلـة فـي الصـندوق الصـفقات العموميـة[3] أو البنـك[4]، وبموجـب هـذا العقـد يلتـزم الكفيـل إلـى المصـلحة المتعاقـدة بـأن يفـي الالتـزام الملقـى علـى عـاتق المـدين، وبـذلك فإنـه وفـي حالـة عـدم تنفيـذ المتعامـل المتعاقـد بالتزاماتـه يحـل الصـندوق أو البنـك

---

(1) عباد صوفية، مرجع سابق، ص 105.

(2) بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص 83.

(3) المرسوم التنفيذي رقم 98-67 المؤرخ في 21 فيفري 1998 المتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية وتنظيمه وسيره، ج ر رقم 11، الصادرة في 28 فيفري 1998

(4) المادة 125 من المرسوم الرئاسي 15-247, مرجع سابق.

محلـه ويتحمـل بـذلك نتـائج وأثـار الكفالـة والضـمانات التـي قبلهـا فـي مواجهة صاحب المشروع.

وباعتبـار أن الكفالـة فـي مجـال الصـفقات العموميـة عبـارة عـن التـزام مكتـوب مـن طـرف صـندوق الصـفقات العموميـة أو البنـوك يتعهـد بموجبـه بتسـديد الـدين الموجـود علـى عـاتق الزبـون "المقـاول فـي حالـة الأشـغال العموميـة" تطبيقـا لـنص المـادة 125 مـن المرسـوم الرئاسـي 15-247 فـي حالـة عـدم قدرتـه علـى الوفـاء بالتزاماتـه فقـد نظـم المرسـوم التنفيـذي رقـم 98-67 المـؤرخ فـي 21 فيفـري 1998 المتضـمن إنشـاء صـندوق ضـمان الصـفقات العموميـة وتنظيمـه وسـيره علـى سـبيل المثـال اتفاقيـة الكفالة التي يوقعها من حيث الشروط و المضمون والأحكام.

وعلـى العمـوم تحـدد هـذه الاتفاقيـة الحقـوق والالتزامـات الملقـاة علـى عـاتق الطـرفين "الصـندوق أو البنـك والمـدين"، كمـا تكـون موقعـة مـن كليهمـا كمـا أن هـذه الاتفاقيـة، تؤكـد أن صـندوق ضـمان الصـفقات العموميـة عليـه أن يتـدخل بموجـب عقـد الكفالـة أو الضـمان بهـدف تسـهيل تمويـل الصـفقات العموميـة المبرمـة، وفقـا للقـوانين والتنظيمات السارية المفعول.

ونجـد أيضـا بـأن اتفاقيـة الكفالـة تقضـي بـأن المتعامـل المتعاقـد أو المتعهـد ملـزم بـأن يـدفع للصـندوق، عـن كـل عقـد كفالـة مبـرم معـه، العمـولات والرسـوم والمصـاريف أو التكـاليف الأخـرى الإضـافية حسـب الكيفيـات المتعامـل بهـا، علـى مسـتوي المؤسسـة المالية[1].

[1] عباد صوفية، مرجع سابق، ص 106.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للكفالـة بين المرسوم الرئاسي 15-247 والقانون المدني.

نظـم المشـرع فـي قـانون الصـفقات العموميـة الكفـالات بالإشـارة فـي القسـم الرابـع منـه الـذي عنونـه بالضـمانات علـى النحـو يـوحي بـأن الكفـالات ليسـت سـوى جـزء مـن هـذه الضـمانات بينمـا نظـم إحـدى هـذه الكفـالات فـي المـادة 110 مـن المرسـوم الرئاسـي 15-247 المتضـمن تنظـيم الصـفقات العموميـة وهـي كفالـة رد تسـبيقات وهـي المـادة التـي تنـدرج فـي القسـم الثالـث مـن قـانون الصـفقات العموميـة المعنـون بكيفيـات الـدفع ليعيـد فقـط الإحالـة عليهـا بالإضـافة عنـد التعـرض لكفالـة حسـن تنفيـذ بـنص المـادة 130 من ذات المرسوم الرئاسي.

مـا يمكـن ملاحظتـه أن المشـرع فـي المرسـوم الرئاسـي السـابق الـذكر، اسـتعمل كلمـة كفالـة عنـد تناولـه الجـزء مـن الضـمانات الماليـة التـي تقـدمها البنـوك للمتعـاملين المتعاقـدين بـالرغم مـن أن مجـرد مقارنـة بسـيطة بـين مـدلول كلمـه كفالـة المسـتعمل فـي مجـال الصـفقات العموميـة بمختلـف أنواعهـا وبـين مـدلول كلمـة كفالـة المحـددة بـنص المـادة 644 مـن التقنـين المـدني يثبـت بأنهمـا مختلفـين جـذريا فـي مسـألة أساسـية تتعلـق بالتحديد الدقيق الذي اورده المشرع.

ومـدلول هـذا التنـاقض يسـتمد أساسـا مـن أن المشـرع فـي القواعـد العامـة المحـددة بالمـادة 644 مـن التقنـين المـدني اعتبـر بـأن دور الكفيـل هـو الوفـاء بـذات الالتـزام الـذي لـم يـوف بـه المـدين نفسـه وهـو الأمـر المستشـف مـن اسـتعمال المشـرع تعبيـر "...بـان يفـي بهـذا الالتـزام.." وبالتـالي فـان محـل التـزام الكفيـل هـو ذاتـه محـل التـزام المـدين مـن حيـث الطبيعـة -أداء عمـل أو الامتنـاع عـن عمـل أو إعطـاء شـيء-، فـي

حين انه الأمر مختلف جذريا في مجال الصفقات العمومية في هذه المسألة بالذات[1].

ففي مجال الصفقات العمومية يمكن أن يكون محل التزام المتعامل المتعاقد أما انجاز أشغال لفائدة المصلحة المتعاقدة أو التموين باللوازم أو أداء خدمات أو دراسات لفائدتها على النحو ما هو محدد بصريح نص المادة 02 من المرسوم الرئاسي السابق الذكر، بينما الكفالات التي أشار إليها المشرع في المادتين 110 و130 من ذات المرسوم هي عبارة دائما وأبدا عن ضمانات مالية مقدمة من طرف بنك الجزائري، وبالتالي فان البنك الكفيل يلتزم ويتعهد بان يؤدي للمصلحة المتعاقدة مبلغ الكفالة لمجرد ثبوت السبب المنشأ لذلك ولا يلتزم أبدا البنك الكفيل لا بانجاز الأشغال ولا بتوفير اللوازم ولا بأداء الخدمات والدراسات التي عجز المتعامل المتعاقد عن ادائها[2].

ومن ثمة يتبين أن طبيعة التزام المدين الذي هو المتعامل المتعاقد خاصة إذا لاحظنا جيدا وان نص المادة 02 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي حدده مواضيع الصفقات على سبيل الحصر لم تجعل من بينها أداء مبلغ من المال، ومن هنا وجب القول بان استعمال المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي لكلمة كفالة عند الحديث عن الضمانات المالية لم يكن موفقا باعتبار أن سن هذا القانون جاء لاحقا لسن القانون المدني ذلك أن استعمال المصطلحات القانونية في إطار قانون

---

[1] بن بوزيد دغبار نورة، التنظيم القانوني للكفالة وتطبيقاته في قانون الصفقات العمومية، مقال منشور، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الثامن، 2019، ص 51.

[2] بن بوزيد دغبار نورة، نفس المرجع، ص 52.

لاحق لقانون كان قد عرفها ولم يشر إلى خصائصها فقط يجب أن يكون استعمالا حذرا يتطابق قدر الإمكان مع مدلولات القانون[1].

المطلب الثاني: أنواع الكفالة في تنفيذ الصفقات العمومية

نص قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على عدة أشكال من الكفالة بوصفها ضمانات ملزمة يؤديها المتعامل المتعاقد اتجاه المصلحة المتعاقدة وهي الطرف الدائن بواسطة البنوك أو صندوق ضمان الصفقات العمومية على غرار كفالة تعهد وكفالة حسن التنفيذ وكفالة استرجاع التسبيقات وهو ما سيتم تناوله فيما يلي.

الفرع الأول: كفالة التعهد Caution de Soumission

لضمان جدية التقدم للمناقصة، تشترط القوانين عادة أن يتضمن العرض تأمينا مؤقتا أو كفالة تبعث على اطمئنان الإدارة لملائمة مقدمه ومقدرته على تنفيذ التزاماته التعاقدية في حال رسو الصفقة عليه.

ويعبر عنها بملغ مالي يدفعه المقاول الذي قدم عرضا في إطار المنافسة، من أجل الفوز بالصفقة المطروحة للتعاقد، وهذا كضمان لجديته في دخول المنافسة وإثباتا لحسن نيته في ذلك ومن ثم يبقى عرض المتعهد قائما لحين إتمام إجراءات إبرام صفقة الأشغال العمومية[2].

ولقد نصت المادة 125 من الرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على ضرورة كفالة التعهد، وميزت صفقة الأشغال واللوازم عن غيرها من الصفقات فيما يخص هذه الكفالة حيث

---

[1] بن بوزيد دغبار نورة، التنظيم التعاقدي للكفالة بين القواعد العامة وقانون الصفقات العمومية، مقال منشور، مجلة العلوم الإنسانية- جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 43، 2016، ص 177

[2] فتيحة حابي، مرجع سابق، ص 240.

فرضت على المقاول تقديمها حين نصت على: " يجب على المتعهدين فيما يخص الصفقات العمومية للأشغال و اللوازم التي تتجاوز مبالغها الحدود المنصوص عليها في المطتين الأولى والثانية على التوالي من المادة 184 من هذا المرسوم، تقديم كفالة تعهد تفوق واحدا في المائة من مبلغ العرض، ويجب النص على هذا المطلب في دفتر الشروط للدعوة للمنافسة، وتعد الكفالة بالرجوع لمبلغ العرض" [1].

والهدف من اشتراط المصلحة المتعاقدة تقديم كفالة التعهد، من طرف المتعهدين الراغبين في التعاقد معها ترمي من خلاله إلى تحقيق عدة أهداف:

- فهي تضمن ملاءة المتنافس المالية، حيث بواسطتها يمكن للمتعهد أن يثبت للمصلحة المتعاقدة من خلاله قدرته المالية ومصداقية عرضه.
- تضمن نية العارض في تنفيذ الصفقة لو رست المناقصة عليه، لأنه لو تم الإرساء عليه ولو لم يقم بالتنفيذ وجب مصادرة الكفالة لصالح خزينة المصلحة المتعاقدة[2].

وتختلف جهة إصدار كفالة تعهد حسب القانون الذي يخضع له المتعاقد، حيث نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أن: "...تصدر كفالة تعهد المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري من طرف بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية وتصدر كفالة تعهد المتعهدين الأجانب من طرف بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى...".

---

[1] المادة 184 من الرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام:"...-دفتر شروط أو صفقة أشغال يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة مليار دينار(1.000.000.000 دج) وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.

-دفتر شروط أو صفقة أشغال يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة ثلاثمائة مليون دينار300.000.000 دج) وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم" مرجع سابق.

[2] عباد صوفية، مرجع سابق، ص 111.

وترد كفالة المقاول الذي لم يقبل عرضه، والذي لم يقدم طعنا بعد يوم واحد من تاريخ انقضاء أجل الطعن، وذلك ما قضت به أحكام الفقرة الثالثة وما يليها من المادة 125 حيث نصت على: "ترد كفالة المتعهد الذي لم يقبل، والذي لم يقدم طعنا، بعد يوم واحد من تاريخ انقضاء أجل الطعن كما هو محدد في المادة 82 أعلاه. ترد كفالة المتعهد الذي لم يقبل، والذي قدم طعنا، عند تبليغ قرار رفض الطعن، من طرف لجنة الصفقات المختصة"[1].

أما بالنسبة للمتعهد الذي منح الصفقة فترد إليه كفالة التعهد عند تاريخ وضعه لكفالة حسن التنفيذ، ويعد هذا الإجراء حماية لمصلحة المتعاقدة وضمان منها لجدية العرض المقدم، من المتعهد وحسن نيته في تنفيذ الخدمة موضوع الصفقة وعدم تراجعه عن ذلك عندما يمنح الصفقة، وهو ما نصت عليه الفقرة الخامسة من المادة 125: " ترد كفالة الحاصل على صفقة عمومية بعد وضع كفالة حسن التنفيذ".

تجدر الإشارة أن كفالة التعهد حسب الفقرة الأخيرة من المادة 125 من الرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تحرر حسب نموذج يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية.

أما بالنسبة لجزاء تخلف كفالة التعهد، فالمشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذه النقطة صراحة، إلا أنه مما سبق عرضه فإننا نميل إلى القول بعدم قبول هذا العرض باعتباره المسلك الأكثر اتفاقا مع نية المشرع، حيث أنه تم النص على

---

[1] المادة 82 من الرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام:"...يرفع الطعن في أجل عشرة (10) أيام ابتداء من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمي لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة أو في بوابة الصفقات العمومية في حدود المبالغ القصوى المحددة في المادتين 173 و184 ....إذا كان الأمر يتعلق بإطلاق للإجراء، بعد إلغاء الإجراء أو بعد إعلان عدم جدواه، ويرفع الطعن في أجل عشرة (10) أيام ابتداء من تاريخ استلام رسالة إعلام المرشحين أو المتعهدين..."

تقديم الكفالة بصفة الإلزام والوجوب حسب ما ذهبت إليه المادة 125 من الرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مما لا يدع مجالا للشك في أن تخلف أحد هذه العناصر يؤدي إلى البطلان، واستبعاد هذا العرض حيث وأن قبول المصلحة المتعاقدة أحد العروض غير المرفوقة بكفالة التعهد سيؤدي إلى خرق صارخ لمبدأ المساواة، أحد أهم المبادئ التي تقوم عليها الصفقة العمومية.

الفرع الثاني: كفالة رد التسبيقات: La caution de restitution des avances

قبل مطالبة المتعامل المتعاقد بحقه في التسبيقات المالية التي حددتها المادة 111 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والتي سبق الإشارة إليها، عليه أن يلتزم بدفع مبلغ الضمان المتفق عليه كاحتياط مالي يوضع تحت تصرف المصلحة المتعاقدة، والذي يكون بإمكانها مصادرته مباشرة في الأوضاع المحددة قانونا، وهو ما يعرف بكفالة رد أو إرجاع التسبيقات، حيث تكون بقيمة معادلة لما يضمن إرجاع التسبيقات التي يتم إصدارها من بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية من أجل حماية اكبر للمصلحة المتعاقدة[1].

وهو ما بينته المادة 110 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام حين نصت:" لا تدفع التسبيقات إلا في حالة الصفقات العمومية التي يفوق مبلغها الحدود المنصوص عليها في المادة 13 من هذا المرسوم، وإذا قدم المتعامل المتعاقد مسبقا كفالة بقيمة معادلة بإرجاع تسبيقات يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان

[1] سهام بن دعاس، ضمانات حماية المتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2014، ص84.

الصفقات العمومية بالنسبة للمتعهدين الجزائريين، ويجب أن تصدر كفالة المتعهدين الأجانب من بنك خاضع للقانون الجزائري، يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى.." [1].

وعلى هذا الأساس فإن كفالة رد التسبيقات هي عبارة عن عقد بمقتضاه يضمن صندوق ضمان الصفقات العمومية، إرجاع المبالغ المدفوعة في شكل تسبيق أو تسبيقات من طرف المصلحة إلى المتعامل المتعاقد إما قبل البدء في تنفيذ الصفقة أو بعد الشروع في تنفيذها.

ومثل هذا النوع من الكفالات تصدر من طرف بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية، هذا إذا كان المتعامل المتعاقد جزائري، أما إذا كان المتعاقد مع الإدارة أجنبي، فإن كفالة رد التسبيقات تصدر من بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها ضمان صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى.

أما بالنسبة لمبلغ كفالة رد التسبيق فيكون بقيمة معادلة بإرجاع التسبيقات[2] سواء كانت على التموين أو الجزافية

- بالنسبة لكفالة رد التسبيق الجزافي: في الحالة العادية لا يمكن أن يتجاوز المبلغ المضمون 15% من السعر الأولي للصفقة[3].
- بالنسبة لكفالة رد التسبيق على التموين: لم يتم النص صراحة على مبلغ الكفالة إلا أنه لا يمكن أن يتجاوز نسبة 50% من مبلغ

---

[1] المادة 13 من الرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام:" كل صفقة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة اثني عشر مليون دينار (12.000.000 دج) أو يقل عنه للأشغال أو اللوازم...".

[2] المادة 110 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

[3] المادة 111 من نفس المرجع.

الإجمالي للصفقة في حالة الجمع بين كفالة رد التسبيق الجزافي وكفالة رد التسبيق على التموين[1].

أما فيما يخص استعادة كفالة رد التسبيق فيتم بتقديم رفع اليد عن كفالة رد التسبيق بنوعيها بناء على طلب المتعامل المتعاقد ويكون ذلك عندما يتم الانتهاء من استعادة مبلغ التسبيقات بعد اقتطاعها من المبالغ المدفوعة في شكل دفع على الحساب أو تسوية على رصيد الحساب، على أن يتم الانتهاء من استعادة المبالغ المدفوعة في شكل تسبيقات إذ بلغ مجموع المبالغ المدفوعة 80% من مبلغ الصفقة[2].

الفرع الثالث: كفالة حسن التنفيذ La Caution de Bonne Exécution:

لضمان تنفيذ الصفقة يتعين على صاحب العرض المقبول، أن يؤدي كفالة حسن التنفيذ في جميع أنواع الصفقات التي تبرمها الإدارة خاصة صفقة الأشغال العمومية نظرا لحساسيتها ما بينته المادة 130 من الرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وذلك حين نصت : " زيادة على كفالة رد التسبيقات .... يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم حسب نفس الشروط كفالة حسن تنفيذ الصفقة. بالنسبة لبعض صفقات الدراسات والخدمات التي يمكن المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من حسن تنفيذ الخدمات قبل دفع مستحقاتها، يعفى المتعامل المتعاقد من كفالة حسن تنفيذ الصفقة وتكون صفقات الإشراف على انجاز الأشغال غير معنية بهذا الإعفاء...".

فكفالة حسن التنفيذ كما يتبين من تسميتها تشكل ضمانا نقديا لجهة الإدارة يقيها الأخطاء التي قد تقع من المقاول حين يباشر التنفيذ وهو ما أكده دفتر

---

(1) المادة 115 من نفس المرجع.

(2) المادة 116 من نفس المرجع.

الشروط الإدارية العامة في نصه :" وهو يكفل حسن تنفيذ الصفقة وتحصيل المبالغ الناشئة عنها والتي يعتبر ملتزم الصفقة مدينا بها"[1]، ويكون للإدارة حق مصادرتها، أي اقتضاء قيمتها بطريقة التنفيذ المباشر دون حاجة إلى اللجوء للقضاء في حالة عدم التنفيذ سواء تم نص على ذلك أو لم يتم في العقد[2].

ولم يرد النص على أنواع الصفقات التي يشترط فيها تقديم كفالة حسن التنفيذ، مما يفسر بأنها ملزمة التقديم في كل أنواع الصفقات بالخصوص تلك المتعلقة بالأشغال العمومية إلا أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعفي المقاول من تقديم هذه الكفالة عندما لا يتعدى أجل تنفيذها ثلاثة 03 أشهر[3].

أما فيما يتعلق بآجالها، فحسب الفقرة الرابعة من المادة 130 من نفس المرسوم فإن كفالة حسن التنفيذ يجب تأسيسها في أجل لا يتجاوز تاريخ تقديم أول طلب دفع على الحساب من المتعامل المتعاقد وبذلك تسري كفالة حسن التنفيذ ابتداء من تاريخ الانطلاق في تنفيذ الخدمات موضوع الصفقة إلى غاية الاستلام المؤقت، ومعنى هذا أن كفالة حسن التنفيذ تغطي مخاطر عدم التنفيذ للبنود التعاقدية للصفقة الأشغال العمومية بالنسبة للفترة الممتدة من تاريخ الأمر بالخدمة الصادر عن المصلحة المتعاقدة إلى غاية تاريخ الاستلام المؤقت كما هو محدد في الصفقة.

وقد فصلت المادة 133 من نفس المرسوم في قيمة هذه الكفالة والتي تحدد ما بين 5% إلى 10% من مبلغ الصفقة وذلك حسب طبيعتها وأهميتها، وأما بالنسبة للصفقات العمومية التي لا تبلغ الحدود المنصوص عليها في المطات 1 إلى 4 من المادة 184 من نفس المرسوم، فيتحدد مبلغ كفالة حسن التنفيذ بنسبة

---

(1) المادة 6/7 من دفتر الشروط الإدارية العامة، مرجع سابق.

(2) ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 83.

(3) المادة 3/130 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

تتراوح بين واحد بالمائة 1 % وخمسة بالمائة 5 % من مبلغ الصفقة وفق الشروط المحددة قانونا.

إلا أنه في حالة صفقات الأشغال التي لا تبلغ الحد المنصوص عليها في المطة 1 من المادة 184 من نفس المرسوم، والمتعلقة بصفقات الأشغال التي يفوق مبلغ التقدير الإداري للصفقة مليار دينار (1.000.000.000 دج) وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم، فيمكن أن تكون اقتطاعات من حسن التنفيذ بنسبة خمسة في المائة (5%) من مبلغ كشف الأشغال بدلا لكفالة حسن التنفيذ شرط النص على هذه العملية في دفتر الشروط المتعلق بالصفقة، ويحول الرصيد المكون من مجموع اقتطاعات حسن التنفيذ إلى اقتطاع ضمان، لدى الاستلام المؤقت للصفقة[1].

وتحتفظ الإدارة بقيمة الكفالة حتى تمام تنفيذ الصفقة بصفة نهائية. وتسترجع الكفالة أو الاقتطاعات في مدة شهر واحد ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة، وترد قيمة الكفالة كلها أو ما تبقى منها لصاحبها وهو ما تضمنته المادة 134 من نفس المرسوم الرئاسي حيث تسترجع كفالة حسن التنفيذ أو اقتطاعات الضمان الواردة في المواد 132 و 133 والتي كانت في الأصل كفالة حسن التنفيذ كليا، في مدة شهر ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة[2].

الفرع الرابع: كفالة الضمان Caution de garantie

بالإضافة إلى أنواع الكفالات التي تم الإشارة إليها، يمكن للمصلحة المتعاقدة في حالة صفقة الأشغال العمومية نظرا لأهميتها وطابعها أن تلزم المقاول بكفالة ضمان وذلك حين تنص بنود الصفقة على وجود أجل لضمان الأشغال المنجزة

---

(1) المادة 131 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

(2) المادة 134 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

وهـو مـا تضـمنته المـادة 131 مـن الرسـوم الرئاسـي رقـم 15-247 المتضـمن قـانون الصـفقات العموميـة وتفويضـات المرفـق العـام "عنـدما تـنص الصـفقة علـى أجـل ضـمان، تتحـول كفالـة حسـن التنفيـذ المنصـوص عليهـا فـي المـادة 130 أعـلاه، عنـد التسليم المؤقت إلى كفالة ضمان".

فالكفالـة الضـمان تمكـن مـن تحريـر الاقتطاعـات التـي تمـت مـن قبـل الآمـر بالصـرف فـي إطـار الضـمان فـي انتظـار التسـليم النهـائي لصـفقة الأشـغال، وتغطـي عـادة الفتـرة بـين الاسـتلام المؤقـت والاسـتلام النهـائي لموضـوع الصـفقة وهـو مـا يمكـن الاصطلاح عليه بضمان العيوب الخفية.

أمـا بالنسـبة لمـدة الضـمان فمـن المسـلم بـه أن مـدة الضـمان تبـدأ مـن تـاريخ الاسـتلام المؤقـت وينتهـي بالاسـتلام النهـائي، غيـر أن التنظـيم الخـاص بالصـفقات العموميـة لـم يحـدد أجـلا للضـمان، فـي حـين عنـد الرجـوع إلـى دفتـر الشـروط الإداريـة العامـة نجـده يقـر بـأن أجـل الضـمان يحـدد فـي دفتـر الشـروط الخصوصـية، أمـا فـي حالة عدم تحديده هذا الأخير فإن أجل الضمان تكون كالأتي[1]:

- بالنسـبة لأشـغال الصـيانة وحفـر الأسـس والطـرق الحجريـة يحـدد هـذا الأجل بستة أشهر ابتداء من تاريخ الاستلام المؤقت لها.
- بالنسـبة للأشـغال الأخـرى يحـدد بسـنة واحـدة تبـدأ أيضـا مـن تـاريخ الاستلام المؤقت لها.

وعـادة مـا يـنص علـى أجـل الضـمان فـي دفتـر الشـروط الخصوصـية بـاثنتي عشر شهرا.

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

ويتم استرجاع الكفالة أو اقتطاعات الضمان في مدة شهر ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة وهو ما تضمنته المادة 134 من نفس المرسوم الرئاسي حيث تسترجع كفالة الضمان المذكورة في المادة131 أعلاه، أو اقتطاعات الضمان المذكورة في المادتين 132 و133 أعلاه كليا، في مدة شهر واحد، ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة[1].

كما أن دفتر الشروط الإدارية العامة في المادة 48 منه والتي جاءت تحت عنوان رد الضمان جاء في نفس السياق الذي ذهب إليه المشرع في نص المواد 131 و 134 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام حيث نصت في الفقرة الأولى منها على ما يلي:" يرد مبلغ الضمان أو تحرر الضمانة الحالة محله على اثر قيام الإدارة برفع اليد عن الأشغال وذلك في الشهر الذي يلي تاريخ الاستلام النهائي للأشغال إذا كان متعهد الصفقة قد أكمل لذلك التاريخ تعهداته تجاه الإدارة، وإذا أثبت المقاول خاصة تأديته التعويضات التي يكون ملزما بها ...".

فهي بذلك تضمن الحقوق المحتملة للمصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد في حالة عيب أو نقص يشوب موضوع الصفقة أو يكون غير ملائم للبنود العقدية الواردة في الصفقة.

إضافة إلى ما سبق فقد وضحت الفقرة الثانية من المادة 48 من دفتر الشروط الإدارية العامة على جزاء إخلال المقاول بتعهداته اتجاه المصلحة المتعاقدة فيما يتعلق بموضوع الضمان حيث نصت على ما يلي :" يتوقف سريان مفعول الضمان بانقضاء الشهر المشار إليه أعلاه إلا إذا أشارت الإدارة برسالة مضمونة

[1] _المادة 134 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

موجهة إلى الضامن بأن متعهد الصفقة لم يكمل جميع التزاماته، في هذه الحال لا يجوز وضع حد لنفاذ الضمان إلا برفع اليد الذي تجريه الإدارة".

فسريان كفالة الضمان يزول تلقائيا عند انتهاء المحددة أي شهر واحد إلا إذا أخطرت المصلحة المتعاقدة الجهة التي صدرت منها الكفالة (البنك أو صندوق ضمان الصفقات العمومية) برسالة موصى عليها بأن المتعامل المتعاقد لم يلتزم بكل البنود التعاقدية وفي هذه الحالة التزام الكفالة ينتهي برفع اليد الذي يصدر عن المصلحة المتعاقدة.

المبحث الثاني:

أدوات تنفيذ نظام الكفالة.

نظرا لأن أغلب نفقات الدولة تذهب في شكل صفقات وجب إعطاء دور فعال للبنوك إذ تعتبر المورد الأساسي في منح الضمانات بمختلف أنواعها، وصندوق ضمان الصفقات العمومية الذي أنشئ خصيصا لتكملة النظام المصرفي ليقوم بالإسهام في ضمان تمويل الطلبات العمومية.

المطلب الأول: تنفيذ نظام الكفالة عن طريق البنوك الوطنية

لقد عمدت الجزائر منذ استقلالها على بناء جهاز مصرفي يتماشى والتنمية الاقتصادية، واعتمدت في ذلك على العديد من الإصلاحات والتغييرات، خاصة في مرحلة الانتقال إلى اقتصاد السوق، حيث انتقل النظام المصرفي من نظام يعتمد على نوع واحد من البنوك، مارست فيه الخزينة العمومية دورا مباشرا في تمويل الاقتصاد بتوجيه الائتمان من خلال البنوك العمومية إلى نظام مصرفي يعتمد على

قواعد السوق[1] وسنقوم من خلال ما يلي توضيح مفهوم البنك وآلياته القانونية التي ينتهجها في تنفيذ نظام الكفالة في صفقة الأشغال العمومية.

الفرع الأول: مفهوم البنك

من الصعب إيجاد تعريف دقيق يحدد لنا مفهوم البنك نظرا لاختلاف القوانين والأنظمة الاقتصادية من بلد لآخر إلا انه يمكن التركيز على جانبين في تعريف البنوك وهما الجانب القانوني والجانب الاقتصادي.

ولتعريف البنك من الجانب القانوني نأخذ بالتعريف الذي أورده المشرع الجزائري المتعلق في قانون النقد والقرض الذي ينص على أن : "بنك الجزائر مؤسسة وطنية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، ويعد تاجرا في علاقاته مع الغير..."[2]

وفي ذلك يتمتع بالعديد من الصلاحيات نصت عليها المادة 35 من نفس القانون كما يلي:" تتمثل مهمة بنك الجزائر في الحرص على استقرار الأسعار باعتباره هدفا من أهداف السياسية النقدية وفي توفير أفضل الشروط في ميادين النقد والقرض والصرف والحفاظ عليها لنمو مدعم للاقتصاد مع السهر على الاستقرار النقدي والمالي. ولهذا الغرض، يكلف بتنظيم الحركة النقدية، ويوجه ويراقب، بكل الوسائل الملائمة، توزيع القرض وتنظيم السيولة، ويسهر على حسن تسيير التعهدات المالية تجاه الخارج وضبط سوق الصرف والتأكد من سلامة النظام المصرفي وصلابته".

---

[1] زيتوني كمال، النظام المصرفي الجزائري، دروس موجهة لطلبة الثالثة ليسانس، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2016، ص 05.

[2] المادة 09 من الأمر رقم 10-04، المؤرخ في 2010/08/26، المعدل والمتمم للأمر رقم 03-11 المؤرخ في 2003/08/26، المتعلق بالنقد والقرض

أما من الجانب الاقتصادي فيقصد بالبنوك بصفة عامة المؤسسات التي من اختصاصها وأغراض تأسيسها قبول الوداع من العملاء والتنفيذ أوامرهم المتعلقة بحساباتهم وصرف وتحصيل وإصدار الشيكات وكذلك منح القروض خصم الأوراق التجارية وفتح الحسابات الجارية وتشغيلها[1] أو بصفة عامة البنك هو مؤسسة مالية نقدية رسمية وظيفتها جمع الودائع ومنح القروض وتسهيل وسائل الدفع حيث تلعب دورا في الوساطة المالية[2].

ومن هذه التعاريف يمكن استخلاص أهم وظائف البنك الأساسية من خلال دوره في الوساطة المالية والتي يقصد بها تلك الهيئات التي تسمح بتحويل علاقة التمويل المباشرة بين المقرضين والمقترضين المحتملين إلى علاقة غير مباشرة فهي تخلق قناة جديدة تمر عبرها الأموال من أصحاب الفائض المالي إلى أصحاب العجز المالي من خلال تعبئه الادخار من الأفراد و المؤسسات ومنحها على شكل قروض لأصحاب العجز المالي[3].

بالإضافة إلى ذلك يعتبر منح القروض من أهم الوظائف التي يؤديها البنك وقد تكون هي الغاية التي من اجلها اوجد البنك فالودائع البنكية لا معنى لها إذا لم توظف في شكل قروض تمنح للتمويل مختلف نشاطات الاقتصاد إلى جانب ذلك تقوم البنوك في مباشره نشاطها بجمله أعمال وخدمات تقدمها لعملائها وهي المتعارف لتسميتها بعمليات البنوك أو الأعمال المصرفية التي عرفها قانون النقد

---

[1] شاكر القزويني، محاضرات في اقتصاد البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 2، الجزائر، 1992، ص24.

[2] واضح نعيمة، العوامل المؤثرة على اتخاذ قرار منح القروض البنكية للمؤسسات الاقتصادية، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2016، ص 05.

[3] واضح نعيمة، مرجع سابق، ص 6.

والقـرض "تتضـمن الأعمـال المصـرفية تلقـي أمـوال مـن الجمهـور و عمليـات القـرض، وكذا وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارة هذه الوسائل"[1].

الفرع الثاني: الآليات القانونية لتدخل البنوك في ضمان عملية التمويل

ينـدرج تمويـل صـفقات الأشـغال العموميـة فـي هـذه الحالـة فـي عمليـات القـروض التـي تقـوم بهـا المؤسسـات البنكيـة وفقـا للمـادة 68 مـن الأمـر رقـم 10-04 المتعلـق بالنقـد القـرض كمـا يلـي: "يشـكل عمليـة قـرض فـي مفهـوم هـذا الأمـر كـل عمـل لقـاء عـوض يضـع بموجبـه شـخص مـا أو يعـد بوضـع أمـوال تحـت تصـرف شـخص آخـر أو يأخـذ بموجبـه لصـالح الشـخص الآخـر التزامـا بـالتوقيع كالضـمان الاحتيـاطي أو الكفالـة أو الضمان".

فـالقرض هـو كـل فعـل تقـوم مـن خلالـه مؤسسـة مهيـأة لهـذا الغـرض بوضـع مؤقتـا مجموعـة مـن الأمـوال فـي متنـاول شـخص طبيعـي أو معنـوي لحسـاب هـذا الأخير تعهدا بالإمضاء[2].

وتنـدرج القـروض الموجهـة للصـفقات العموميـة فـي إطـار القـروض الخاصـة غيـر الموجهـة لتمويـل الأصـول المتداولـة بصـفة عامـة وإنمـا توجـه لتمويـل أصـل معـين من بين هذه الأصول وهو ما يصطلح عليه تسبيقات على الصفقات العمومية.

وهـي عبـارة عـن اتفاقيـات للشـراء وتنفيـذ الأشـغال لفائـدة السـلطات العموميـة تقـام بـين هـذه الأخيـرة ممثلـة فـي الإدارة المركزيـة (الـوزارات) أو ممثـل الجماعـات المحليـة والمؤسسـات العموميـة ذات الطـابع الإداري مـن جهـة والمقـاولين مـن جهـة أخـرى نظـرا لطبيعـة الأعمـال التـي تقـوم بهـا السـلطات العموميـة وخاصـة مـن حيـث أهميـة المشـاريع

---

[1] المادة 66 من الأمر رقم 10-04 المتعلق بالنقد والقرض، مرجع سابق.

[2] Amour Ben Halima, pratique des techniques bancaires, édition Dahleb, Alger, 1997, page 05.

وحجمها وطرق الدفع التي تعتبر ثقيلة نسبيا يجد المقاول المكلف بالانجاز نفسه في حاجة إلى أموال ضخمة غير متاحة في الحال لدى هذه السلطات ولذلك يضطر إلى اللجوء إلى البنك للحصول على هذه الأموال من اجل تمويل انجاز هذه الأشغال[1].

حيث من خلالها يمكن للبنوك أن تمنح قروض لتمويل الكفالات في الصفقات الأشغال العمومية لصالح المقاولين المكتتبين في الصفقة وذلك لضمانهم أمام السلطات العمومية، وتمنح هذه الكفالات لمواجهة أربع حالات: كفالة التعهد، كفاله حسن التنفيذ، كفالة اقتطاع الضمان وكفالة رد التسبيق وهو ما بينته المادة 68 من الأمر رقم 10-04 المتعلق بالنقد القرض حين نصت: "يشكل عملية قرض في مفهوم هذا الأمر كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر أو يأخذ بموجبه لصالح الشخص الآخر التزاما بالتوقيع كالضمان الاحتياطي أو الكفالة أو الضمان".

إلا أنه ورغم صدور الأمر رقم 10-04 المتعلق بالنقد القرض المعدل والمتمم المتضمن لذالك الكم الهائل من الإصلاحات الجدية على القطاع المصرفي نظرا لمشكلة تراكم الديون على المؤسسات إزاء البنوك التي عرفت هي الأخرى مشاكل ضعف التمويل حيث كان لزاما إعادة الدور الحقيقي للبنوك كوسيط مالي فعال من خلال إقرار نوع من الاستقلالية في التسيير، ظل مشكل البيروقراطية وكذا الشروط الكثيرة التي تتطلبها عائقا أساسيا في عملية التمويل مما أدى كل ذلك إلى تعطيل مشاريع الإدارة العمومية وتوقفها في كثير من الأحيان.

[1] واضح نعيمة، مرجع سابق، ص 33.

المطلب الثاني: تنفيذ نظام الكفالة عن طريق صندوق ضمان الصفقات العمومية

رغم تنظيم المشرع لمجمل القواعد القانونية المؤطرة للعمليات المصرفية في مجال الصفقات العمومية كما سبق الإشارة إليه، إلا انه لم يتمكن من توفير حل لمشكلة تراكم الديون على المؤسسات إزاء البنوك التي عرفت هي الأخرى مشاكل ضعف التمويل، لذا كان لزاما إعادة الدور الحقيقي للبنوك كوسيط مالي فعال من خلال إقرار نوع من الاستقلالية في التسيير.

فمشكلة الديون غير المدفوعة من طرف المؤسسات العمومية يعتبر عائقا لمعظم المؤسسات خاصة التي تشارك في إنجاز الصفقات و الطلبات الممولة من طرف ميزانية الدولة، وهذا ما أدى إلى تعثر المتعاملين المتعاقدين، و السبب يعود لغياب جهاز فعال للضمان و هذا ما أثبت ضرورة إنشاء مؤسسة مكلفة بضمان الصفقات العمومية[1] وسنقوم من خلال ما يلي توضيح مفهوم صندوق ضمان الصفقات العمومية وآلياته القانونية التي ينتهجها في تنفيذ نظام الكفالة.

الفرع الأول: مهام صندوق ضمان الصفقات العمومية

يحتل صندوق ضمان الصفقات العمومية كمؤسسة مالية مكانة هامة في النظام المصرفي الجزائري من خلال منح ضماناته أو كفالته بكل الأشكال لتسهيل تحقيق مشاريع في قطاعات المنشآت القاعدية والسكن إضافة إلى مهام أخرى تكلفه إياها الخزينة العمومية.

---

[1] بحري إسماعيل، مرجع سابق، ص 102.

وقد حددت المادة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 98-67 المؤرخ في 21 فيفري 1998[1] تعريفا لهذا الصندوق بنصها التالي:" يعتبر صندوق ضمان الصفقات العمومية مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي"،.

ويتمتع صندوق ضمان الصفقات العمومية بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، ويعتبر تاجر في علاقاته مع الغير فيطبق بذلك عليه أحكام القانون الخاص، أما فيما يخص علاقته مع الدولة فيطبق عليه قواعد القانون العام، ونخص بالذكر المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

أما الهدف من إنشائه فهو الحفاظ على التطور المادي لمشاريع التجهيز العمومية المقيدة في البرامج التي يتم تمويلها من ميزانية الدولة من جهة ومن جهة أخرى فإن مشكلة الديون غير المدفوعة من طرف الإدارات العمومية والجماعات المحلية يعتبر عائقا هاما لمعظم المؤسسات العمومية والخاصة التي لها دخل في انجاز الصفقات الممولة من طرف ميزانية الدولة وهو ما أدى إلى تعثر المتعاملين الاقتصاديين وهذا ما أثبت ضرورة إنشاء مؤسسة مختصة مكلفة بضمان الصفقات العمومية[2].

وتطبيقا لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وكذا دفتر الشروط الرامي موضوعه إلى التعريف بحقوق الصندوق والتزاماته بخصوص التبعات المنوطة به في إطار مهمته الرامية

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم 98-67 المؤرخ في 21 فيفري 1998 المتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية وتنظيمه وسيره، ج ر رقم 11، الصادرة في 28 فيفري 1998.

[2] عباد صوفية، مرجع سابق، ص 127.

إلـى خدمـة الصـالح العـام[1]، فـإن هـذا الأخيـر يسـمح لأصـحاب الطلبـات والصـفقات العمومية بما يلي:

- الحصـول علـى الكفـالات أو الضـمانات التـي تسـمح لهـم بالمسـاهمة فـي إنجاز الصفقات العمومية[2].
- الاسـتفادة مـن التسـبيقات التعاقديـة المخصصـة لتغطيـة النفقـات المقـررة في إطار إنجاز الصفقات والطلبات العمومية[3].
- الحصول على الضمانات المطلوبة من المصلحة المتعاقدة[4].
- تسـديد كشـوف المؤسسـات وفواتيرهـا إذا لـم يـتم ذلـك ضـمن الآجـال القانونية[5].
- الحصـول علـى اعتمـادات إجماليـة لتغطيـة احتياجاتهـا التمويليـة المسـبقة دون تمييـز أو تعبئـة الـديون عنـدما يكـون لـديها حافظـة صـفقات أو طلبات هامة ومنتظمة مبرمة مع مصالح الدولة أو مع تفرعاتها[6].

الفرع الثاني: الآليات القانونية لتدخل الصندوق في ضمان عملية التمويل

نصـت الفقـرة الثانيـة مـن المـادة 2 مـن المرسـوم التنفيـذي رقـم 98-67 المتضـمن إنشـاء صـندوق ضـمان الصـفقات العموميـة علـى:"... يكلـف الصـندوق بتقـديم ضـمانته أو كفالتـه، بـأي شـكل، لتسـهيل الإنجـاز المـالي للصـفقات والطلبـات العموميـة" وبـذلك فـإن مـن الأغـراض الأساسـية لنشـأة صـندوق ضـمان الصـفقات

---

(1) الملحق، دفتر الشروط الخاص بصندوق ضمان الصفقات العمومية وتنظيمه وسيره، ج ر رقم 11، الصادرة في 28 فيفري 1998.

(2) المادة 02 من دفتر الشروط الخاص بصندوق ضمان الصفقات العمومية، نفس المرجع.

(3) المادة 03 و المادة 04 من دفتر الشروط الخاص بصندوق ضمان الصفقات العمومية، نفس المرجع.

(4) المطة أ من المادة 04 من دفتر الشروط الخاص بصندوق ضمان الصفقات العمومية، نفس المرجع.

(5) المطة ب من المادة 04 من دفتر الشروط الخاص بصندوق ضمان الصفقات العمومية، نفس المرجع.

(6) المطة ج من المادة 04 من دفتر الشروط الخاص بصندوق ضمان الصفقات العمومية، نفس المرجع.

العمومية القيام بمنح كفالته لصالح المقاول الحائز على صفقة إنجاز الأشغال حيث تقوم هذه الكفالة بضمان وبصفة عامة مختلف التزامات المؤسسة المتعاقدة.

ولكي يتمكن الصندوق من القيام بمنح مختلف الكفالات المنصوص عليها ضمن قانون الصفقات العمومية فبإمكانه طبقا للمادة 3 من نفس القانون القيام بما يلي:

- أن يطلب من مستفيدي الضمانات أو الكفالات كل التبريرات وتقديم كل الوثائق الضرورية.
- أن يطلب مساعدة الإدارات العمومية ومختلف أجهزة الدولة فيما يخص كل المعلومات والتحقيقات والرقابة الضرورية.
- أن يتخذ كل التدابير المتعلقة بالضمانات الحقيقية الإضافية التي يراها مناسبة.

وفي إطار مهام الصندوق ولكي يتمكن من منح مختلف الكفالات المنصوص عليها ضمن قانون الصفقات العمومية، فإنه يربط علاقات سواء مع البنوك المانحة للتمويل أو الآمرين بالصرف وكذا المتعاملين المتعاقدين حيث تبرز علاقة الصندوق بالبنوك خاصة في مجال الضمان الاحتياطي إذ يتدخل الصندوق كوسيط بين البنوك والخزينة العمومية في كفالة السندات.

وهو ما أكدته المادة 04 ملحق دفتر الشروط الخاص المرسوم التنفيذي رقم 98-67 المتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية حيث نصت على: "...يُمكن صندوق الصفقات العمومية الحاصلين على طلبات أو صفقات عمومية الذين تتوفر فيهم الشروط المطلوبة: أ- الاستفادة من التسبيقات التعاقدية والشرعية الموجهة لتغطية النفقات المقررة في إطار انجاز الصفقات والطلبات وفي هاته الحالة يتوجب على الحاصلين على هذه الصفقات أو الطلبات اكتتاب سندات الأمر

لصالح بنوكهم الدافعة. وتكفل السندات من طرف صندوق ضمان الصفقات العمومية...".

أما فيما يخص رفع اليد على الكفالات التي يقدمها الصندوق للمؤسسات لاسيما " كفالة الضمان" يمكن للمصلحة المتعاقدة عن طريق الآمر بالصرف أن تشعر الصندوق برسالة موصى عليها بعدم تحرير الكفالة للمقاول الحائز على الصفقة وتمديد الأجل لأكثر من شهر لأن هذه الكفالة يتم رفع اليد بعد مضي شهر واحد ابتداء من تاريخ الاستلام النهائي إلا في حالة عدم التزام المتعامل المتعاقد بالبنود العقدية وهنا تحرر كفالة الضمان برفع اليد صادر عن الآمر بالصرف يوجه إلى الصندوق.

أما بالنسبة لعلاقة الصندوق بالمؤسسة المتعاقدة فإن هذه الأخيرة تعتبر زبونا للصندوق فيما يخص الحصول على كفالته وضماناته حيث يقوم بإعلامها وتوجيهها ومنحها الكفالات، وفي المقابل تقدم المؤسسة التأمينات الضرورية وذلك بالموازاة مع الأخطار التي يتحملها الصندوق مقابل القرض بتوقيع الذي تستفيد منه المؤسسات[1].

[1] عباد صوفية، مرجع سابق، ص 129

الفصل الثاني:

الالتـزام بالتنفيـذ التقني لصفقة الأشغال العمومية

يجـب علـى المتعامـل المتعاقـد تنفيـذ الالتزامـات المفروضـة عليـه بموجـب مجمـوع وثـائق العقـد، ولـن يـدفع عنـه هـذا الالتـزام إلا القـوة القـاهرة، لأن التزامـه هـذا يعد الأثر العام والأساسي وهو يعكس القوة الإلزامية لتنفيذ الصفقة.

وبمـا أن تنفيـذ العقـود الإداريـة عامـة والصـفقات العموميـة علـى وجـه الخصـوص يخضـع لمبـدأ رعايـة المصـلحة العامـة وضـمان اسـتمرارية المرفـق العـام، فـإن المتعامـل المتعاقـد ملـزم بـأداء شـروط الصـفقة المتعاقـد عليهـا لأنـه الأقـدر والأنسـب علـى ذلـك حسـب مـا تقتضـيه أحكـام المرسـوم الرئاسـي رقـم 15-247 المتضـمن تنظـيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

فعلـى المتعامـل المتعاقـد أن ينفـذ التزاماتـه وفـق مـا وردت فـي نصـوص العقـد أو مـا تمليـه الشـروط العامـة فـي تنفيـذ الأعمـال بحيـث غالبـا مـا يتضـمن دفتـر شـروط الصـفقات بيانـا أو بنـدا تكميليـا يوضـح شـروط دخـول الصـفقة حيـز التنفيـذ إلـى جانـب تبيـان موضـوع الصـفقة محـددا وموصـوفا وصـفا دقيقـا[1]، وعليـه بـذلك أن يتحمـل نتيجـة تعهـده و التزامـه بـأن ينفـذ موضـوع الصـفقة حسـب مـا تـم الاتفـاق عليـه فـي بنـود الصـفقة، بحيـث تقـوم مسـؤوليته عـن كـل مـا يتضـمنه التنفيـذ مـن عيـوب (ضـمان العيـوب) بالإضـافة إلـى ذلـك ينبغـي عليـه الامتثـال لأوامـر الإدارة ونواهيهـا فـي إطـار ممارسة سلطة الإشراف والرقابة[2].

إلـى جانـب ذلـك فيتطلـب فـي أداء الأشـغال إحاطـة المتعامـل المتعاقـد ودرايتـه بكافـة الشـؤون التقنيـة، كمـا يجـب عليـه تـوفير الجـو الملائـم لتنفيـذ المهمـة الموكلـة لـه

---

[1] المادة 95 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المذكور سابقا.

[2] عباد صوفية، مرجع سابق، ص 137

ولمستخدميه، كاتخاذه الاحتياطات الكافية لوقايتهم من أخطار العمل والحوادث أو دفع أجورهم المستحقة لهم، وذلك من خلال بذل عناية تامة في تنفيذ الالتزامات التعاقدية بما يجعل الأعمال المنفذة من قبله تنسجم مع الغرض الذي ينفذ من أجله كما يلتزم بالنسبة للمستخدمين بوضع قائمة بأسمائهم تحت تصرف المصلحة المتعاقدة أو مفتشية العمل[1].

وبما أن التزامات المقاول من ناحية التنفيذ التقني لا يمكن حصرها من جميع جوانبها لاختلافها في الإطار القانوني المنظم لها، فأنه في إطار المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام يمكن دراستها وتوضيحها من خلال ما يلي:

المبحث الأول

الالتزام بالأداء الشخصي للخدمة موضوع صفقة الأشغال العمومية

إن العقود الإدارية تحكمها قواعد عامة تطبق عليها جميعا ولو لم ينص عليها العقد، ومن هذه القواعد المطبقة في مجال صفقة الأشغال العمومية أن التزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية، أي أن المتعاقد يجب أن ينفذها شخصيا وبنفسه، فلا يجوز له أن يتعاقد بشأنها من الباطن أو أن يتنازل عنها إلا بموافقة الإدارة، فإذا حصل تصرف في صفقة الأشغال العامة بدون موافقة الإدارة فإنه يعتبر باطلا بطلانا مطلقا لأنه يتعلق بالنظام العام، ويكون الخطأ من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع الجزاءات المنصوص عليها في التنظيم الجاري العمل به، والذي يصل حد فسخ الصفقة اعتبارا بأن الخطأ المذكور خطأ جسيم[2].

---

[1] بحري اسماعيل، مرجع سابق ص 96

[2] محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص 386.

وبالتالي فإنه يترتب على مبدأ الاعتبار الشخصي نتائج هامة تكمن في حظر التنازل عن العقد والاستعانة بالغير لتنفيذ العقد دون موافقة المصلحة المتعاقدة، و نفصل ذلك كما يلي:

المطلب الأول: مفهوم التنفيذ الشخصي

يخضع تنفيذ العقود الإدارية بشكل عام ومنها عقد الأشغال العامة إلى قواعد تحكمها، ومنها التزامات المتعاقد مع الإدارة والتي هي في الأصل التزامات شخصية، أي أن شخصية المتعاقد تمثل عنصرا جوهريا في إبرام العقد، وهو ما يعبر عنه "بالاعتبار الشخصي "الذي يعني الاعتداد بشخصية المتعاقد أو بصفة من صفاته التي تكون محل اعتبار المتعاقد الآخر[1].

والحقيقة أن قاعدة الاعتبار الشخصي ليست مقصورة على العقود الإدارية، إذ أن لهذه الفكرة أثرها في مجال العقود المدنية أيضا، كعقد المقاولة مثلا أو عقد الهبة وعقد الوديعة وغيرها، حيث يكون الطرف الآخر المقاول أو الموهوب له أو المودع محل اعتبار أساسي لدى المتعاقد الآخر، بل قد يكون الاعتبار الشخصي محل اهتمام كل أطراف العقد كما هو الشأن بالنسبة لعقدي شركة التضامن أو عقد الوكالة.

فلقاعدة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية أهمية خاصة وذلك لارتباط هذه الأخيرة بالمرافق العامة وهي تعد من القواعد الأساسية سواء فيما يتعلق باختيار المتعاقد أو تنفيذ العقد[2].

وقد حرص المشرع الجزائري على تأكيده هذه القاعدة، فأصدر أحكاما تحقق مضمنوها، فنص قانون الصفقات العمومية على وجوب امتلاك المقاولات التي

---

[1] علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 225.

[2] سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 03.

تعمل في مجال الأشغال العمومية لشهادة التخصص والتصنيف المهني[1]، كما ألزم المصلحة المتعاقدة أن تتحرى حسن اختيار المتعاقد معها وذلك عن طريق الاستعلام على المترشحين للتعاقد لدى مختلف الجهات والمؤسسات لاسيما المؤسسات المالية أو الممثليات الجزائرية بالخارج حين يتعلق الأمر بمقاول أجنبي[2]، أما بالنسبة للمقاولين الوطنيين فأوجب في هذا الإطار على كل جهة إدارية متعاقدة[3] تمسك بطاقية وطنية للمتعاملين على مستوى كل مصلحة متعاقدة تحين بانتظام.

وأجبر المشرع على كل مقاول يترشح للتعاقد أن يقدم شهادة التخصص التي تعتبر وثيقة تنظيمية عند كل التزام بأشغال البناء وقد اعتبرها المشرع تنظيمية نظرا لإجراءات استصدارها والمعلومات الإجبارية التي يجب أن تحتوي عليها وقد أقر في المقابل عقوبات على كل مقاول يقدم معلومات مغلوطة، أو يزور في بيانات يقدمها للحصول على هذه الشهادة وهو ما بينته المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 14-139 المؤرخ في 20 أفريل 2014 الذي يوجب على المؤسسات ومجمعات المؤسسات التي تعمل في إطار انجاز الصفقات العمومية لبعض قطاعات النشاطات أن تكون لها شهادة التأهيل والتصنيف[4].

---

[1] المادة 55 من المرسوم الرئاسي 15-247: " يمكن أن يكتسي التأهيل طابع شهادة التأهيل أو اعتماد إلزامي إذا ورد في نصوص تنظيمية".

[2] المادة 56 من المرسوم الرئاسي 15-247: " تستعلم المصلحة المتعاقدة أثناء تقييم الترشيحات عند الاقتضاء عن قدرات المتعهدين حتى يكون اختيارها لهم اختيارا سديدا، مستعملة في ذلك كل وسيلة قانونية، ولاسيما لدى مصالح متعاقدة أخرى وإدارات وهيئات مكلفة بمهمة المرفق العمومي ولدى البنوك والممثليات الجزائرية في الخارج".

[3] المادة 58 من المرسوم الرئاسي 15-247: " تمسك بطاقية وطنية للمتعاملين الاقتصاديين، وبطاقية قطاعية وبطاقية على مستوى كل مصلحة متعاقدة، وتحين بانتظام ويحدد محتوى هذه البطاقيات وشروط تحيينها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية".

[4] المادة 01 من المرسوم الرئاسي 15-247: " دون المساس بالأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، يهدف هذا المرسوم إلى إلزام المؤسسات وتجمعات المؤسسات التي تعمل في إطار انجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء

وواضح أن الغاية من فرض هذه الأحكام هو التعريف الدقيق بهوية المقاول من أجل معرفة صفاته المهنية الشخصية من حيث مدى كفايته المالية ومقدرته الفنية وسمعته في السوق، وجنسيته إن كان أجنبيا أما الهدف الرئيسي من وراء كل هذا هو تمكين الإدارة من اختيار مقاول يستطيع تنفيذ المشروع بشكل يحقق ما يصبوا إليه المرفق العام من خلال إنجازه[1].

وتأكيدا على الاعتبار الشخصي في اختيار مقاول الأشغال العامة، فإن المشرع الجزائري قد أكد على بعض الالتزامات بالرغم من أنها لا تحتاج إلى النص عليها باعتبارها تتولد على اعتبار المقاول معاونا للإدارة في تنفيذ المرفق العام محل الأشغال، كالتزام المقاول باختيار محل إقامة يكون مجاورا للأشغال وأن يعلم بذلك المكلف بالرقابة من قبل الإدارة (المهندس) في أجل لا يتعدى 15 يوما من تاريخ تبليغه بتوقيع الصفقة وفي حالة عدم امتثال المقاول لهذا الالتزام (اختيار محل إقامة) في المدة المحددة فإن مكتب البلدية مقر الأشغال يعتبر محل إقامة حكمية بالنسبة للمقاول، يعتبر كل قرار بلغ إليه قد بلغ للمقاول تبليغا صحيحا وينتج أثره[2].

والغرض من هذا هو السماح للإدارة بإمكانية إبلاغ المقاول بكل جديد وتمكينه من العلم بكل ما تصدره الإدارة من أوامر وما تتخذه من إجراءات حتى يتسنى له تنفيذها أو الطعن فيها.

ولا يقصد بالأداء الشخصي للعمل أو الخدمة موضوع الصفقة العمومية للأشغال أن يلزم المقاول بأداء الخدمة وحده دون الاعتماد على الغير أو الاستعانة

والأشغال العمومية والموارد المائية والأشغال الغابية وأشغال المنشآت الكامنة للمواصلات السلكية واللاسلكية، أن تكون لها شهادة التأهيل والتصنيف المهنيين لإبرام صفقات مع الدولة والولايات والبلديات والإدارات والمؤسسات العمومية".

[1] علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 227.

[2] المادة 10 من دفتر الشروط العامة الإدارية الجزائري، مرجع سابق.

بهم لتنفيذ المشروع محل العقد، إذ لا يمكن تصور ذلك خاصة في عقد الأشغال بل المقصود به أن المقاول لا يمكن أن يلقي بمسؤوليته التي تعهد بالوفاء بها إلى الغير فيتحلل من بعض التزاماته، فهو المسؤول بعد توقيع الصفقة عن التنفيذ الكامل والتام النهائي للمشروع حتى ولو عهد للغير القيام بجزء من العمل أو الخدمة في إطار المناولة[1].

ولا يعتبر موقف المشرع الجزائري هذا مبالغة أو تشددا، وإنما هو زيادة في الحرص على التنفيذ الشخصي للعقد من قبل المقاول، وهو أمر في مصلحة المرفق العام، كما هو في مصلحة المقاول، وذلك حتى يسهر بنفسه وبصفة دائمة على تنفيذ الأشغال بالشكل المطلوب والسهر على حفظ النظام داخل الورشة حتى يتفادى النتائج السلبية التي يتحمل نتائجها "... يبقى المقاول مسؤولا عن أعمال الغش أو فساد العمل التي يرتكبها المقاولون والعمال من جراء عملهم واستخدامهم"[2].

فبالإضافة إلى أن مقاول الأشغال العامة يبقى مسؤولا ولا تبرأ ذمته إلا بإنجاز العمل الذي تعاقد عليه وفقا للشروط والمواصفات المتفق عليها، ولا يكفيه مجرد بذل عناية الشخص العادي، بل يعد حضوره ومتابعته الشخصية أكثر من ضرورية[3].

المطلب الثاني: الاستعانة بالغير لتنفيذ صفقة الأشغال العمومية "المناولة"

إذا كان تنفيذ الصفقات العمومية قائما على مبدأ الاعتبار الشخصي كما رأينا سابقا، فإن أورد المشرع استثناء على هذا المبدأ حددته المواد من 140 إلى 144 من المرسوم الرئاسي 15-247.

---

(1) عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 58.

(2) الفقرة 3 من المادة 13، دفتر الشروط العامة الإدارية الجزائري، مرجع سابق.

(3) علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 229.

ومن نصوص المواد أعلاه يتبين أن المشرع جعل الأصل أن تنفذ الصفقات العمومية شخصيا من طرف المقاول المتعاقد مع الإدارة، والاستثناء هو إمكانية هذا الأخير من اللجوء إلى المقاولة من الباطن وأن يحل غيره محله في تنفيذ جزء من التزاماته التعاقدية وهو ما سيتم تبيانه فيما يلي.

وقبل التطرق إلى الاستعانة بالغير لتنفيذ العقد لابد من الإشارة ولو بصفة بسيطة إلى التمييز بين التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن أو المناولة، فالتنازل عن العقد يعني أن يحل غير المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية مع الإدارة كاملة، أما التعاقد من الباطن فيعني أن يقدم المتعاقد مع الإدارة الاتفاق مع الغير لتنفيذ جانب من التزاماته التعاقدية[1].

الفرع الأول: اللجوء للمناولة في صفقة الأشغال العمومية.

يعرف عقد المناولة بأنه التصرف الذي يبرمه المتعاقد في العقد الأصلي مع الغير بقصد تنفيذ جزء من الصفقة محل العقد، وجانب آخر يرى بأنها تلك الفكرة التي يضطلع بمقتضاها المتعاقد الأصلي الذي اختارته الإدارة بالدخول في علاقة قانونية مع طرف ثالث لتنفيذ جزء من موضوع التعاقد، بحيث يظل المتعاقد الأصلي مسؤولا عن تنفيذ العقد برمته، أو أنه عقد ثانوي يتفرع من عقد أصلي يبرمه أحد أطراف العقد مع الغير وذلك من أجل تنفيذ العقد الأصلي المراد تنفيذه، ويتمثل الطرف الأول في المقاول الأصلي أما الغير فهو المقاول الفرعي[2].

أما من الجانب القانوني فلم يعرف المشرع عقد المناولة في الصفقات العمومية إلا أن المرسوم الرئاسي 15-247 أشار إلى أن عقد المناولة عبارة عن رابطة عقدية بموجبها يلزم المناول بتنفيذ جزء من الصفقة العمومية بتكليف من

---

(1) نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 66.

(2) حنان مازن، التعاقد من الباطن في عقد مقاولة البناء، رسالة دكتوراه، جامعة وهران، 2016، ص 20.

المتعامل المتعاقد وطبقا للشروط والكيفيات المحددة في المواد من 140 إلى 144 من نفس المرسوم.

فإذا كان المرسوم الرئاسي 15-247.قد أجاز اللجوء للمتعامل الثانوي من خلال المواد من 140 إلى 144 من المرسوم الرئاسي، فإنه بذلك قد راعى أن المقاول قد لا يستطيع القيام بكل جزئيات المشروع، كأن يتعلق الأمر ببناء مجمع سكني، والعمل الثانوي يتمثل في الوسائل المتعلقة بالترصيص، فهنا يفترض أن يلجأ المقاول إلى إبرام عقود ثانوية بغرض التنفيذ الكامل للمشروع.

فبرغم أن الأصل في مجال صفقة الأشغال العمومية أن يباشر المقاول جميع الأعمال المتعلقة بالصفقة، بدون تجزئة لهذه الأشغال إلا أن المرسوم الرئاسي اعترف في المادة 140 منه باللجوء لعقد المناولة وقيد ذلك بتوافر شروط معينة هي:

أولا: أن يتم تحديد مجال المقاولة من الباطن في الصفقة ذاتها ودفتر الشروط

نص المشرع صراحة في المادة 143 على أنه: "يجب أن يحدد صراحة المجال الرئيسي لتدخل المناولة بالرجوع إلى بعض المهام الأساسية التي يجب أن تنفذ من طرف المتعامل المتعاقد، في دفتر الشروط إن أمكن ذلك وفي الصفقة..".

وعليه فإن المشرع الجزائري ألزم الأطراف المتعاقدة بتحديد وتعيين محل المقاولة من الباطن بذكر طبيعتها وأوصافها ومقاديرها تعيينا دقيقا نافيا للجهالة، كما اشترط أن يكون هذا التعيين والتحديد وجوبا في الصفقة، ويظهر ذلك من خلال عبارة "يجب" واختياريا في دفتر الشروط الذي يتضح من خلال عبارة "إن أمكن".

كما يلاحظ من خلال نص المادة أعلاه أن المشرع ألزم الأطراف بتحديد المهام الأساسية التي يجب أن يلتزم بها المقاول المتعاقد معها على الرغم من إبرامه لعقد المقاولة من الباطن، مما يؤكد على أن المشرع الجزائري على الرغم من إجازته للجوء إلى المقاولة من الباطن، إلا أن شخصية المقاول المتعاقد مع الإدارة تبقى دائما محل اعتبار[1].

وتبدو الحكمة من إيراد هذا الشرط أن المشرع أراد من خلاله تحديد مجال المناولة في مرحلة مبكرة وليس في مرحلة التنفيذ، فيصبح كل أطراف العقد أو الصفقة على علم تام بالمجال موضوع عقد المناولة[2].

ثانيا: عدم تجاوز النسبة المقررة تنظيما

المقاول المتعاقد مع الإدارة عليه أن ينفذ التزاماته وفق ما ورد في النصوص التعاقدية والقانونية ومن بين تلك الالتزامات القانونية، أنه لا يجوز له أن يبرم عقد مقاولة من الباطن على كامل أعمال الصفقة، بل يجب أن يكون على جزءا من الصفقة فقط، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 140 " يمكن المتعامل المتعاقد المصلحة المتعاقدة منح تنفيذ جزء من الصفقة لمناول بواسطة عقد مناولة..".

وعليه فإن المشرع منع المقاولة من الباطن التي تشمل كامل الأعمال المعهودة إلى المقاول المتعاقد مع الإدارة وأجاز فقط المقاولة من الباطن الجزئية، بالإضافة إلى ذلك فقد وضع المشرع الجزائري حدا ماليا للمقاولة من الباطن في الفقرة الثانية من المادة 140 السالفة الذكر "ومهما يكن من أمر، لا يمكن أن

---

[1] فضيلة شعبان و نور الدين زرقون، نطاق تطبيق أحكام المقاولة من الباطن في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، مقال منشور، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10،العدد 01، ص 184

[2] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 62.

تتجاوز المناولة أربعين بالمائة 40 % من المبلغ الإجمالي للصفقة..."، وعليه فإن المجال المسموح به للمقاول المتعاقد مع الإدارة عند لجوئه للمقاولة من الباطن هو نسبة (40 %) من مجمل القيمة المالية للصفقة، كما أن هذا الالتزام جاء على وجه الأمر ومخالفته تجعل من المقاولة من الباطن باطلة بطلانا مطلقا[1]، وهذا شرط معقول فلا يمكن أن تحجب خدمات المناول وهو الفرع أو المتدخل خدمات الأصيل أو المتعاقد الرئيسي[2].

ثالثا: موافقة المصلحة المتعاقدة

وفي هذا تنص المادة 143 من المرسوم الرئاسي 15-247 على ما يلي: "يمكن اللجوء إلى المناولة ضمن الشروط الآتية: ...

- ينبغي أن يحظى اختيار المناول وشروطه المتعلقة بالدفع من طرف المتعامل المتعاقد. وجوبا وبموافقة المسلحة المتعاقدة مقدمة كتابيا، مع مراعاة أحكام المادة 75 من هذا المرسوم، وذلك بعد التأكد من قدراته المهنية والتقنية والمالية مسبقا، ويقبض المقاول المعتمد وفقا لشروط المذكورة مسبقا مستحقاته مباشرة من المصلحة المتعاقدة، بعنوان الخدمات المنصوص عليها في الصفقة التي تقم بتنفيذها، حاسب كيفيات تحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية.
- تسلم وجوبا نسخة من عقد المناولة للمصلحة المتعاقدة من طرف المتعامل المتعاقد.

---

(1) فضيلة شعبان و نور الدين زرقون، مرجع سابق، ص 185.

(2) عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 62.

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

من خلال نص المادة أعلاه يظهر لنا بأن تشريع الصفقات العمومية يشترط على المقاول المتعاقد مع الإدارة الذي يرغب في تنفيذ السنة الموكل تنفيذها إليه، أن يستحصل على موافقة المصلحة المتعاقدة على المقاولة من الباطن، ولا تفتح هذه الموافقة إلا بعد تأكدها من مؤهلات ومواصفات المقاول عن الباطن المهنية ووسائله المادية والبشرية ومدى مطابقتها للأشغال محل التعاقد من الباطن، كما يشترط كذلك في المقاول من الباطن عدم وجوده في حالة من الحالات المقصية من المشاركة في الصفقات العمومية الواردة في المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247[1].

أما فيما يتعلق بتقديم طلب الموافقة على المقاول من الباطن، واعتماد شروط الدفع، فهما التزام فرض المشرع الجزائري على عاتق المقاول المتعاقد مع الإدارة[2]، ويظهر ذلك جليا في المادة 143 على أنه "..ينبغي أن يحظى اختيار المناول وشروطه المتعلقة بالدفع من طرف المتعامل المتعاقد، وجوبا، وبموافقة المصلحة المتعاقدة مقدما كتابيا..".

وعليه فإن الذي يملك قرار اللجوء إلى المقاولة من الباطن وتقديم طلب القبول هو المقاول المتعاقد مع الإدارة، ولا يملك المقاول من الباطن سوى التأكد من أن طلب قبوله تم تقديمه للمصلحة المتعاقدة في الوقت المناسب وفقا للنموذج المحدد في قرار وزير المالية المؤرخ في 19 ديسمبر سنة 2015 المحدد لنماذج

---

(1) فضيلة شعبان و نور الدين زرقون، مرجع سابق، ص 179

(2) حنان مازن، مرجع سابق، ص 79.

التصـــريح بالنزاهـــة و التصـــريح بالترشـــح والتصـــريح بالاكتتـــاب و رســـالة التعهـــد والتصريح بالمناول[1].

يجـد هـذا الشـرط أساسـه القـانوني فـي المـادة 143 المطـة 2. فالمـادة أشـارت بوضـوح الشـرط الموافقـة المسـبقة للمصـلحة المتعاقـدة. وأن تحسـد الموافقـة كتابيـا. وأن تتأكد من القدرات التقنية والمالية والمهنية للمرشح النيل عقد المناولة.

وهـذا شـرط طبيعـي و معقـول يتناسـب مـع الأحكـام السـابقة، فالصـفقة عقـد مكتـوب ومحـدد مجالهـا، وجـب أيضـا وبالتبعيـة أن تصـدر موافقـة كتابيـة مـن المصـلحة المتعاقـدة بموجبهـا تصـرح بقبولهـا لمتعامـل منـاول بغـرض تنفيـذ جـزء مـن الصـفقة فحتـى لا تباغـت المصـلحة المتعاقـدة متعامـل منـاول لا تعرفـه، ولـم ترشـحه لتنفيـذ جـزء من الصفقة، وقد لا تتوافر فيه الشروط اللازمة[2].

رابعا: أن يصرح المناول للمصلحة المتعاقدة بتواجده في مكان التنفيذ

ورد ذكـر هـذا الشـرط فـي المـادة 142 مـن المرسـوم الجديـد فيقـع علـى عـاتق المنـاول أن المصـلحة المتعاقـدة بأنـه متواجـد فـي مكـان التنفيـذ، وهـذا يعكـس لا شـك جديتـه والتزامـه وفـي حـال تواجـد المنـاول فـي مكـان التنفيـذ دون علـم المصـلحة المتعاقـدة، تبـادر هـذه الأخيـرة قانونـا إلـى توجيـه إعـذار للمقـاول لتـدارك الأمـر فـي أجـل 8 أيـام وإلا اتخـذت ضـده تـدابير قسـرية[3]، وهـذا شـرط تنظيمـي يحـدد المسـؤوليات ويضبط كل تدخل في مرحل التنفيذ[4].

---

[1] قرار وزير المالية المؤرخ في 19 ديسمبر سنة 2015، يحدد نماذج التصريح بالنزاهة و التصريح بالترشح و التصريح بالاكتتاب ورسالة التعهد و التصريح بالمناول. ج ر 17 المؤرخة في 16 مارس 2016.

[2] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 63.

[3] المادة 2/142 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

[4] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 64.

فباعتبار أن اللجوء إلى المناولة حق من حقوق المقاول المتعاقد، فإنه وبالمقابل يعتبر التصريح بتواجد المناول التزام يقع على عاتقه، وعليه فإن المبادرة بهذا التصريح تكون صادرة عن المقاول المتعاقد دون غيره وذلك على اعتباره المسؤول الوحيد تجاه المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ جزء الصفقة المتعامل فيها بالمناولة، كما أنه الوحيد الذي يرجع له اتخاذ قرار اللجوء إلى المناولة من عدمه، وكذا تحديد طبيعة الخدمات محل المناولة وذلك تماشيا مع مبدأ اللجوء إلى المناولة[1].

الفرع الثاني: أثار اللجوء للمناولة في صفقة الأشغال العمومية.

لا تختلف أثار عقد المناولة في صفقة الأشغال العمومية باعتبارها من العقود التبعية مثلما تم الإشارة إليه سابقا عن الآثار المتعلقة بصفقة الأشغال العمومية في حد ذاتها من حيث حقوق والتزامات المناول إلا أن أهم ما يميز آثار عقد المناولة في صفقة الأشغال العمومية ما يلي:

أولا: تسديد الحقوق المالية للمناول

طبقا للفقرة 2 من المادة 143 يقبض المناول المعتمد وفقا للشروط المذكورة مستحقاته مباشرة من المصلحة المتعاقدة وهذا حسب كيفيات يضبطها قرار صادر عن الوزير المكلف بالمالية.

فالتسوية المالية للمناول تتم عن طريق تقنية الدفع المباشر المحددة بموجب القرار المتعلق بكيفيات الدفع المباشر للمتعامل الثانوي[2]، وهي إجراء يمكن هذا

---

(1) حبشي ليلى كميلة، ضمانات المناول في القبض المباشر"دراسة تحليلية في التشريع الجزائري"، مقال منشور، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد02، جوان 2018، ص 376.

(2) قرار وزير المالية المؤرخ في 28 مارس سنة 2011، المتعلق بكيفيات الدفع المباشر للمتعامل الثانوي. ج ر 24 المؤرخة في 20 أبريل 2011.

الأخير من قبض مستحقاته مباشرة من المصلحة المتعاقدة، وذلك في حدود الجزء الذي يقوم بتنفيذه شخصيا على أن لا يتجاوز نسبة 40 % من المبلغ الإجمالي لصفقة، ويتضمن إجراء الدفع المباشر كل البنود ذات الطابع المالي المحددة بموجب القرار المحدد لنماذج التصريح بالنزاهة و التصريح بالترشح والتصريح بالاكتتاب و رسالة التعهد و التصريح بالمناول[1]، ويتعلق الأمر بمجموع المبالغ المخصصة للدفع المباشر (المبلغ الأقصى بدون رسوم والمبلغ الأقصى بالرسوم)، وكيفيات تحيين ومراجعة أسعار الخدمات موضوع المناولة للاستفادة من التسبيقات، ثم شروط الدفع المنصوص عليها في عقد المناولة[2].

فبموجب المادة 2 من القرار الصادر بتاريخ 28 مارس 2011 عن وزير المالية المبين لكيفيات الدفع المباشر للمتعامل الثانوي فإنه إذا كانت الخدمات الواجب تنفيذها من المتعامل الثانوي محددة من حيث مبالغها القصوى في الصفقة، فإنه يمكن للمتعامل الثانوي أن يقبض مستحقاته من المصلحة المتعاقدة مباشرة[3].

وعلق ذات القرار الوزاري دفع المستحقات من جانب المصلحة المتعاقدة على توافر الشروط التالية الصفقة.

1- أن تكون المبالغ الواجب دفعها محددة مبالغ قصوى في وهذا شرط فرضته الفقرة الأولى المادة 2 من من القرار المذكور
2- يجب أن ينص دفتر الشروط لطلب العروض المعني على الدفع المباشر للمتعامل بطريق المناولة، فإن خلا دفتر الشروط من الإشارة لذالك فلا يستفيد المتعامل بالمناولة من الدفع المباشر.

---

(1) قرار وزير المالية المؤرخ في 19 ديسمبر سنة 2015، يحدد نماذج التصريح بالنزاهة و التصريح بالترشح و التصريح بالاكتتاب ورسالة التعهد و التصريح بالمناول، مرجع سابق.

(2) حبشي ليلى كميلة، مرجع سابق، ص 382.

(3) عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 64.

3- يجب ان يكون التعامل بطريق المناولة محل عقد بين المناول وصاحب الصفقة وهذا طبعا لتكريس الجانب الشكلي في التعاقد وتحديد المسؤوليات.

4- يجب أن لا يكون المبلغ المخصص للدفع المباشر للمتعامل بالمناولة مشمولا برهن حيازي للصفقة.

5- يجب أن يخصم مبلغ التسبيق المخصص لصاحب الصفقة من مبلغ الخدمات الواجب تنفيذها من قبل المناول والمعني بالدفع المباشر.

6- يجب أن تخصم الحصة القابلة للتحويل من مبلغ الصفقة من المبلغ المخصص للتعامل بالمناولة.

ورغم أن القرار بين القرار جملة من الإجراءات لتطبيق مضمونه إلا أنه من جهة أخرى سكت عن كيفية الخصم إذا ما تم اللجوء إلى المناولة أثناء تنفيذ الصفقة، والراجح أنه يتم هذا الخصم عن طريق الملحق الذي يتضمن قبول واعتماد المناول[1].

ثانيا: مسؤولية المقاول والمناول تجاه المصلحة المتعاقدة:

تختلف مسؤولية المقاول والمناول في صفقة الأشغال العمومية حسب حالة الاتفاق بين المقاول والمناول بموافقة المصلحة المتعاقدة أو من عدمها.

1- المناولة بموافقة المصلحة المتعاقدة:

ولا ريب أن موافقة الإدارة على عقد المناولة تترتب عليها آثار قانونية هامة، سواء في علاقة الإدارة بالمناول، أو في علاقتها بالمقاول:

أ- : بالنسبة لعلاقة الإدارة بالمناول

(1) حبشي ليلى كميلة، مرجع سابق، ص 384.

لا تنشأ أي علاقة تعاقدية بين المناول والمصلحة المتعاقدة ويترتب على انعدام العلاقة التعاقدية، عدم جواز مطالبة المصلحة المعاقدة باسمها ومباشرة المناول بتنفيذ الالتزامات التي كانت له في مواجهة المقاول المتعاقد معها، وذلك لأنها لم تكن طرفا في عقد المناولة.

غير أنه بالرجوع إلى المادة 143 السابق ذكرها نلاحظ بأن هناك علاقة قانونية جديدة ومباشرة عن المصلحة المتعاقدة والمناول والتي تقتصر على تسوية المستحقات المالية، أما خارج هذه النقاط فتسري القاعدة المستقر عليها التي تقضي بانتفاء أي علاقة تعاقدية مباشرة بينهما.

الموافقة على المقاولة من الباطن من قبل المصلحة المتعاقدة من شأنها أن تجعلها مشروعة وتدخلها في دارة المشروعية ومن ثم لا تستطيع المصلحة المتعاقدة أن تتنكر له بعد ذلك، وإلا ارتكبت خطأ عقدي يحقق مسؤوليتها بالتعويض أمام المقاول الأصلي المتعاقد معها.

ب-: بالنسبة لعلاقة الإدارة بالمقاول الأصلي

منح المصلحة المتعاقدة الموافقة على المقاولة من الباطن لا يعفي المقاول الأصلي المتعاقد معها من التزاماته التعاقدية، بل يبقى مسؤولا عن تنفيذ الالتزامات التعاقدية أمام المصلحة المتعاقدة حتى بالنسبة للجزء المنفذ من قبل المناول، وبالتالي فالمقاول المتعاقد مع الإدارة يبقى المسؤول الوحيد عن تنفيذ كامل الصفقة، وهو ما أكده المشرع الجزائري صراحة في نص المادة 141 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بنصها على أن: " المتعامل المتعاقد هو المسؤول الوحيد تجاه المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ جزء الصفقة المتعامل فيها بالمناولة".

وهـو مـا أكـده كـذلك دفتـر الشـروط الإداريـة العامـة مـن خـلال حرصـه علـى قاعـدة الاعتبـار الشخصـي فـي مسـؤولية المقـاول، حيـث حـرص علـى اسـتمرار مسـؤولية المقـاول الأصـلي إلـى غايـة الانتهـاء مـن إنجـاز الأشـغال موضـوع الصـفقة، بنصـه علـى أنـه: "وفـي كـل الأحـوال يبقـى المقـاول مسـؤولا شخصـيا سـواء كـان تجـاه الإدارة أو تجاه العمال أو الغير"[1].

2- المناولة دون موافقـة المصلحة المتعاقدة.

مـا يحـدث فـي الواقـع أحيانـا أن المقـاول الفـائز بالعقـد، وربمـا بغيـة الـربح السـريع أو لأي سـبب آخـر يبيـع هـذه الصـفقة لمقـاول آخـر دون علـم مـن الإدارة صـاحبة المشـروع وهـو مـا أشـار إليـه المشـرع الجزائـري فـي الفقـرة 04 مـن المـادة 11 مـن دفتـر الشـروط الإداريـة العامـة " إن السمسـرة ممنوعـة..." حيـث تجـد الإدارة نفسـها فـي مواجهـة مقـاول لا تعـرف عنـه شـيء، وهـو مـا يجعـل عقـد المناولـة دون موافقـة الإدارة عرضـة للـبطلان ولا يمكـن الاحتجـاج بـه فـي مواجهتهـا مـن أي كـان لأنـه لا يرتـب أي علاقـة بينهـا وبـين هـذا الوافـد الجديـد، بـل يبقـى المقـاول الأصـلي الـذي أمضـت معـه العقـد هـو المسـؤول الوحيـد عـن العقـد بالنسـبة لهـا[2]، وهـو مـا يرتـب بالإضـافة إلـى ذلـك عدة نتائج نبينها كما يلي:

أ- بالنسبة لعلاقة المصلحة المتعاقدة مع المقاول المتعاقد معها

المقـاول المتعاقـد مـع الإدارة علـى الـرغم مـن إبرامـه لعقـد المقاولـة مـن البـاطن، إلا أنـه يبقـى المسـؤول الوحيـد تجـاه المصـلحة المتعاقـدة ولا يحـرره تصـرفه الانفـرادي الذي رفضته المصلحة المتعاقدة من تلك المسؤولية.

---

(1) الفقرة 2 من المادة 11، دفتر الشروط العامة الإدارية الجزائري، مرجع سابق.

(2) سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 398.

ويرجع تحميل المقاول الأصلي المسؤولية بكافة أنواعها بالإضافة إلى الأخطاء التي قد يرتكبها المقاول المناول خلال تنفيذ العقد إلى سببين أساسيين:

- إن الملتزم الأساسي هو من اختيار الملتزم الثانوي وعليه أن يتحمل عاقبة سوء اختياره من دون موافقة الإدارة.
- وهو السبب الأهم، لأن الملتزم الأصلي هو المسؤول أساسا عن تنفيذ العقد المبرم مع الإدارة، وعليه تقع تبعات أخطاء التنفيذ سواء صدرت منه أو من الملتزم الثانوي الذي لم يحظى بموافقة الإدارة[1].

فإبرام المقاول المتعاقد مع الإدارة العقد المقاولة من الباطن دون موافقة المصلحة المتعاقدة يعتبر خطأ في تنفيذ العقد صادرا من المقاول المتعاقد مع الإدارة[2]، وهذا الخطأ يبرر في نظر المشرع الجزائري توقيع أقصى الجزاءات عليه سواء نص العقد على هذه الجزاءات أو لم ينص، وهو ما أكده المشرع في نص المادة 142 "...وإلا اتخذت ضده تدابير قسرية".

غير أنه ما يلاحظ على نص المادة عدم تبيانها لماهية هاته العقوبات والتدابير القسرية التي تسلطها الإدارة على المقاول المتعاقد معها في حال إبرامه لمقاولة من الباطن دون أخذ موافقتها، على خلاف ما جاء في دفتر الشروط الإدارية العامة في المادة 11 منه بنصها على أنه: "...إذا قام المقاول دون إذن بالتعاقد مع مقاول فرعي أو قام بالمشاركة في الصفقة مع شركة أو جماعة يجوز عند ذلك ودون إنذار سابق تطبيق الإجراءات المنصوص عليها في المادة 35 الواردة فيما بعد"، ومن بين الجزاءات التي نصت عليها المادة 35 من دفتر الشروط هي فسخ العقد أو سحب العمل من المقاول المتعاقد مع الإدارة من قبل

---

(1) نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 77-78.

(2) فضيلة شعبان و نور الدين زرقون، مرجع سابق، ص 183

المصلحة المتعاقدة دون اللجوء إلى القضاء وقيامها بتنفيذ العمل بنفسها على حساب المقاول المتعاقد معها.

ولكن رغم ذلك يجوز للمقاول من الباطن الرجوع على جهة الإدارة على أساس آخر، لاسيما فكرة الإثراء بلا سبب، كما أنه يستطيع كدائن للمتعاقد الأصلي أن يطالب الإدارة بحقوق مدينة وفقا للقواعد المدنية المقررة في هذا الشأن[1] وذلك باستعماله " الدعوى غير المباشرة "وإجراءات حوالة الحق" طبقا لأحكام القانون المدني[2].

ب- بالنسبة لعلاقة المصلحة المتعاقدة مع المقاول من الباطن

المقاولة من الباطن دون موافقة الإدارة لا تنشأ أي علاقة بين المقاول من الباطن والمصلحة المتعاقدة وعلى وجه الخصوص العلاقة القانونية التي تقتصر على تسوية مستحقاته المالية، ومنه فالمقاول من الباطن لا يستطيع أن يحتج بعقد المقاولة من الباطن في مواجهة المصلحة المتعاقدة، وبذلك لا يمكنه المطالبة بالدفع المباشر لمستحقاته المالية.

على الرغم من أن المقاول من الباطن لا تربطه أي علاقة تعاقدية مع المصلحة المتعاقدة ولا يمكنه الرجوع عليها ليطالبها بتسديد أجره مباشرة، إلا أنه بإمكانه الرجوع عليها بما بذله من نفقات وذلك على أساس فكرة الإثراء بلا سبب، أو أنه يرجع عليها بصفته دائنا للمقاول المتعاقد معها ويطالبها بحقوقه المدنية عن طريق الدعوى المباشرة وفقا للقواعد المقررة في القانون المدني[3].

---

[1] سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة، مرجع سابق، ص 442 و443.

[2] المادة 239 من القانون المدني الجزائري:" يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا منع ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين"

[3] سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 364

تجـدر الإشـارة أيضـا أن المصـلحة المتعاقـدة بصـفتها صـاحبة المشـروع يمكنهـا أن تمنع المقاول من الباطن من المساهمة في تنفيذ عقد المقاولة الأصلي.

المطلب الثالث: التنـازل عـن العقـد

الأصـل العـام المسـتخلص مـن قاعـدة الالتـزام بـالأداء الشخصـي أنـه لا يجـوز للمتعاقـد مـع الإدارة التنـازل عـن العقـد ولا يجـوز لـه أن يحـل محلـه الغيـر فـي تنفيـذ الالتزامات الناشئة عن العقد.

وعـرف الفقـه التنـازل عـن العقـد بأنـه التصـرف القـانوني الـذي يبرمـه المتعاقـد الأصـلي مـع الغيـر، ويكـون مـن شـانه إحـلال ذلـك الغيـر محلـه فـي أداء التزاماتـه واكتسـاب حقوقـه الناشـئة عـن العقـد المبـرم بينـه وبـين جهـة الإدارة[1]، بمعنـى أنـه تصـرف بمقتضـاه يحـل المتنـازل إليـه محـل المتعاقـد الأصـلي مـع الإدارة فـي تنفيـذ كامل للعقد مما يجعلنا أمام متعاقد جديد وعقد جديد.

فهـو إذا تخـل شـامل عـن كـل مـا يترتـب عـن العقـد مـن حقـوق والتزامـات لصـالح شـخص آخـر يحـل محـل المتعاقـد الأصـلي فـي تنفيـذ كامـل العقـد، الشـيء الـذي يشـكل إهـدارا كـاملا للاعتبـار الشخصـي ومـا يقتضـيه مـن مبـدأ التنفيـذ الشخصـي لعقـد الأشغال العامة الذي يستوجب ذلك، ما يستهدفه من مصلحة عامة[2].

وهـذا بعكـس موقـف المشـرع الجزائـري بالنسـبة لأحكـام عقـد المقاولـة فـي القـانون الخـاص أيـن يجعـل التنـازل الكلـي أو الجزئـي مـن المقـاول علـى المقاولـة لمقـاول فرعـي

(1) _ محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص56.

(2) _ علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 449.

آخر، تصرفا جائزا، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك أو تكون طبيعة الأشغال لا تسمح بذلك[1].

فالتنازل عن العقد يجب أن يقترن بالموافقة من الجهة الإدارية المختصة ليكون قانونيا وشرعيا، وإلا وفي حال عدم اقتران التنازل بالموافقة من الجهة الإدارية المختصة فإنه يعرض المتعاقد المتنازل عن العقد للمساءلة القانونية التي قد تصل إلى حد عقوبة فسخ العقد وتحميله مسؤولية الأضرار[2].

الفرع الأول: التنازل بموافقة الإدارة.

قد يحدث أثناء تنفيذ العقد أن تطرأ ظروف معينة على المتعاقد مع الإدارة تؤثر بشكل ملحوظ على كفاءته الفنية أو قدراته المالية، ولذلك فإنه يفضل في هذه الحالة أن يتنازل عن العقد المبرم بينه وبين الإدارة، لشخص آخر تتوفر فيه الكفاية المالية والفنية اللازمة لتنفيذ العقد، وتجد الجهة الإدارية المتعاقدة أن الصالح العام ومصلحة المرفق، يتطلب الموافقة على التنازل عندئذ ليس هناك ما يمنع من قيام الإدارة بالموافقة على التنازل.

فبدلا من لجوء الإدارة لفسخ العقد، أو سحب العمل من المقاول والتعاقد على حسابه وما يتطلب ذلك من إجراءات وتعطيل في إنجاز الأشغال، بدلا من ذلك تجد أن اللجوء إلى الموافقة على التنازل كإجراء قانوني أسهل، وأضمن لاستمرارية سير المرفق على وجه حسن، فتوافق على التنازل تحت وطأة الصالح العام، وهو غايتها النهائية، وما الاعتبار الشخصي سوى وسيلة لذلك[3].

---

[1] _ المادة 546 من القانون المدني الجزائري:" يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءته الشخصية..."

[2] محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص 385.

[3] محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص 50.

والقاعدة أن السلطة التي تملك الموافقة على التنازل، هي السلطة التي تملك إبرام العقد الأصلي، إلا في الحالات التي ينص فيها المشرع على غير ذلك فتختص الجهة التي يحددها المشرع بالموافقة على التنازل[1].

ولا ريب أن موافقة الإدارة على التنازل عن العقد تترتب عليها آثار قانونية هامة، سواء في علاقة الإدارة بالمتنازل إليه، أو في علاقتها بالمتنازل:

أولا : بالنسبة لعلاقة الإدارة بالمتنازل إليه

لم يحدد المشرع طريقة محددة لتعبير الإدارة عن موافقتها في حالة التنازل عن عقد الأشغال العامة، والمبدأ في هذه الحالة أن تعبر عن ذلك بالطريقة أو الأسلوب الذي تراه مناسبا، إذ هي غير مقيدة بشكل معين، ما لم يوجد نص يخالف ذلك كما في في التعاقد من الباطن الذي يشترط الموافقة بإذن صريح من الإدارة[2].

وتعتبر موافقة الإدارة على التنازل عن العقد بمثابة عقد جديد حل محل العقد الأصلي المبرم بين الإدارة والمتنازل، ومن ثم يحل المتنازل إليه محل المتعاقد الأصلي في كافة التزاماته وحقوقه في مواجهة الإدارة، أي أن هناك علاقة عقدية مباشرة تنشأ بين الإدارة والمتنازل إليه(المتعاقد الجديد)، وينتج على ذلك أن المتعاقد الجديد يكون هو المسؤول الوحيد أمام الإدارة عن تنفيذ العقد ما لم ينص في العقد على بقاء مسؤولية المتعاقد الأصلي إلى جانب مسؤولية المتنازل إليه وهو في المقابل صاحب الحق في تحصيل واستيفاء المقابل المادي المتفق عليه في العقد الأصلي، كما يجب عليه أن يتلقى تعليماته وتوجيهاته من الإدارة[3].

ثانيا : بالنسبة لعلاقة الإدارة بالمقاول الأصلي

---

(1) سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 444.

(2) المادة 143 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

(3) عيسى عبد القادر الحسن، مرجع سابق، ص 37.

لاشك أن موافقة الإدارة على التنازل عن العقد تنعكس آثارها على علاقة الإدارة بالمقاول الأصلي، حيث يتحرر هذا الأخير من كافة التزاماته في مواجهة الإدارة، ومن ثم لا يجوز للإدارة أن تطالب المتعاقد الأصلي بالاستمرار في تنفيذ العقد، وكذلك ليس من حق الإدارة الامتناع عن رد التأمين، أو ما تبقى منه إلى المتعاقد الأصلي إلا في حدود المبالغ محل النزاع بينه وبين الإدارة[1].

ولا يجوز للإدارة بعد موافقتها على التنازل أن تمتنع عن رد تأمينات المقاول المنسحب "المتنازل" إلا في حدود ما قد يكون بينهما من نزاعات، وفي المقابل لا يحق لهذا المتنازل التدخل بأي شكل في تنفيذ العقد الذي تنازل عنه، وبما أن الموافقة على التنازل تحرر المقاول من التزاماته التعاقدية، إلا أنه غالبا ما تنص عقود الأشغال العامة على شرط بقاء المتعاقد الأصلي المتنازل ضامنا للمتعاقد الجديد المتنازل له[2].

إلا أنه وحرصا على قاعدة الاعتبار الشخصي، نجد أن التشريعات أيضا خاصة دفاتر الشروط العامة تقضي باستمرار مسؤولية المتعاقد الأصلي، ومنها المشرع الجزائري في دفتر الشروط الإدارية " وفي كل الأحوال يبقى المقاول مسؤولا شخصيا سواء كان تجاه الإدارة أو تجاه العمال أو الغير"[3].

الفرع الثاني: التنازل الحاصل دون موافقة الإدارة.

ما يحدث في الواقع أحيانا أن المقاول الفائز بالعقد، وربما بغية الربح السريع أو لأي سبب آخر يبيع هذه الصفقة لمقاول آخر دون علم من الإدارة صاحبة المشروع وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في الفقرة 04 من المادة 11 من دفتر

---

[1] نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 67 -68.

[2] علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 236.

[3] الفقرة 2 من المادة 11، دفتر الشروط العامة الإدارية الجزائري، مرجع سابق.

الشروط الإدارية العامة " إن السمسرة ممنوعة..." حيث تجد الإدارة نفسها في مواجهة مقاول لا تعرف عنه شيء، وهو ما يجعل التنازل دون موافقة الإدارة عرضة للبطلان ولا يمكن الاحتجاج به في مواجهتها من أي كان لأنه لا يرتب أي علاقة بينها وبين هذا الوافد الجديد، بل يبقى المقاول الأصلي الذي أمضت معه العقد هو المسؤول الوحيد عن العقد بالنسبة لها[1]، وهو ما يرتب بالإضافة إلى ذلك عدة نتائج نبينها كما يلي:

أولا : عدم سريان هذا التنازل في مواجهة الإدارة

إن التنازل عن العقد بدون موافقة الإدارة لا يسري في مواجهتها ولا يحتج به عليها ولا تنشأ عنه أية رابطة عقدية بين المتنازل إليه وبين الإدارة، وعلى ذلك يظل المتعاقد الأصلي وحده المسؤول في مواجهة الإدارة عن تنفيذ العقد كما لو كان التنازل غير قائم وهو ما تضمنه دفتر الشروط الإدارية العامة في المادة 2/11 "وفي كل الأحوال يبقى المقاول مسؤولا شخصيا سواء كان تجاه الإدارة أو تجاه العمال أو الغير".

ولكن رغم ذلك يجوز للمتنازل إليه الرجوع على جهة الإدارة على أساس آخر، لاسيما فكرة الإثراء بلا سبب، كما أنه يستطيع كدائن للمتعاقد الأصلي أن يطالب الإدارة بحقوق مدينة وفقا للقواعد المدنية المقررة في هذا الشأن[2] وذلك باستعماله " الدعوى غير المباشرة "وإجراءات حوالة الحق" طبقا لأحكام القانون المدني[3].

---

[1] سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 398.

[2] سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 442 و443.

[3] المادة 239 من القانون المدني الجزائري:" يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا منع ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين"

ثانيا: التنازل عن العقد الأصلي يعتبر خطأ عقديا يعرض المتعاقد للمسؤولية القانونية

تنازل المتعاقد مع الإدارة عن عقده دون ترخيص سابق من الإدارة يعتبر بذاته خطأ عقديا منه يرتب مسؤولية عن الأضرار الناجمة عنه، كما يبرر توقيع أقصى الجزاءات عليه أي فسخ العقد على مسؤولية المتعاقد، وذلك سواء نص على هذا الجزاء في العقد أم لم ينص باعتبار أن حق الإدارة في الفسخ في هذه الحالة ينتج من طبيعة العقد الإداري ذاته ولاستبعاده يجب أن ينص العقد صراحة على ذلك.

فالتنازل عن العقد يعتبر إخلالا من طرف المتنازل "المقاول" بإحدى أهم التزاماته، مما يشكل خطأ جسيما من جانبه يمكن أن يكون مبررا لتوقيع عقوبات مشددة كفسخ عقده وعلى مسؤوليته، ما لم ينص العقد على ذلك وهو ما تضمنه دفتر الشروط الإدارية العامة في المادة 3/11 "...إذا قام المقاول دون إذن من الإدارة 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[1] الواردة فيما بعد ..."

ثالثا : مسؤولية المتعاقد الأصلي على خطأ المتنازل إليه

إذا كان التنازل عن العقد لا يسري بمواجهة الإدارة، عند عدم موافقتها على هذا التنازل ولا يستطيع المتنازل إليه المطالبة من حيث المبدأ بأي حقوق، وتبقى

[1] جاءت هذه المادة تحت عنوان " التدابير القسرية".

علاقتها بالمتعاقد الأصلي كما سبق وأوضحنا، فإن المتعاقد الأصلي يتحمل أيضا أخطاء المتنازل إليه المرتبطة بتنفيذ العقد الأصلي[1].

وتحميل الملتزم الأساسي المسؤولية بكافة أنواعها عن أخطاء الملتزم الثانوي المترتبة خلال تنفيذ العقد تعود لسببين أساسيين:

أ. إن الملتزم الأساسي هو من اختيار الملتزم الثانوي وعليه أن يتحمل عاقبة سوء اختياره من دون موافقة الإدارة.

ب. وهو السبب الأهم، لأن الملتزم الأصلي هو المسؤول أساسا عن تنفيذ العقد المبرم مع الإدارة، وعليه تقع تبعات أخطاء التنفيذ سواء صدرت منه أو من الملتزم الثانوي الذي لم يحظى بموافقة الإدارة[2].

الفرع الثالث: وفاة المقاول أو إعساره أو إفلاسه

قد تطرأ ظروفا فتحدث تغييرات في مواصفات المقاول، مما يلحق شكوكا في مدى قدرته على التنفيذ، بل وقد يستحيل عليه مواصلة التنفيذ الشخصي كما في حالة وفاته مثلا.

وهي الأحداث التي لها علاقة مباشرة بقاعدة الاعتبار الشخصي للمتعاقد، فإن حصل وحدث أحدها والمتمثل خاصة في وفاة المقاول أو إعساره أو إفلاسه، فما مدى تأثير ذلك على العلاقة العقدية

أولا: وفاة المتعاقد مع الإدارة:

تطرق المشرع الجزائري من خلال دفتر الشروط العامة الإدارية المنظمة لعقود الأشغال العامة إلى حالة وفاة المقاول، فنص على " يفسخ العقد بحكم

---

[1] علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 234.

[2] نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 77-78.

القانون وبدون تعويض في حالة وفاة المقاول، باستثناء الحالة التي تقبل فيها الإدارة العروض التي قد يتقدم بها إليها ورثته لتكميل الأشغال ..."[1].

ويبرز هذا النص مدى الاعتبار الشخصي في عقد الأشغال العامة، وذلك من خلال ما أقره من فسخ العقد بقوة القانون بمجرد وفاة المقاول، إلا إذا تقدم الورثة بعرض للإدارة صاحبة المشروع من أجل الاستمرار في التنفيذ بدل مورثهم، ووافقت الإدارة على عرضهم متى قدرت بأن ذلك يحقق الصالح العام، فهنا تستمر الرابطة العقدية ويواصل الورثة تنفيذ الالتزامات المنصوص عليها في العقد[2].

ثانيا: إفلاس المقاول أو التسوية القضائية

تكفل المشرع الجزائري بمعالجة حالة الرابطة العقدية بين المقاول والإدارة في حال إفلاس المقاول أو التسوية القضائية، وذلك حرصا منه على قاعدة الاعتبار الشخصي في عقد الأشغال العامة، فحتى لا تفاجأ الإدارة بغريب أو شخص من الغير يباشر تنفيذ ما تعاقدت بشأنه مع شخص اختارته لاعتبارات رأتها فيه.

وقد تطرق المشرع الجزائري من خلال دفتر الشروط العامة الإدارية المنظمة لعقود الأشغال العامة إلى حالة إفلاس المقاول أو التسوية القضائية، فنص على:".... يفسخ العقد كذلك بحكم القانون وبدون تعويض في حالة إفلاس المقاول، وباستثناء الحالة التي تقبل بها الإدارة العروض التي يمكن أن يتقدم بها وكيل دائني التفليسة لمتابعة المقاولة وذلك في الحالة التي تسمح له فيها المحكمة بمتابعة استغلال المشغل. ويفسخ العقد كذلك في حالة التسوية القضائية التي لا يسمح فيها للمقاول بمتابعة استغلال مشغله..." [3].

---

[1] الفقرة 1 من المادة 37، دفتر الشروط العامة الإدارية الجزائري، مرجع سابق.

[2] علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 238.

[3] الفقرة 2 من المادة 37، دفتر الشروط العامة الإدارية الجزائري، مرجع سابق.

المبحث الثاني

الالتزام بتسليم الأشغال في آجالها

من بين أهم الالتزامات التي تترتب على عاتق المقاول في الجانب التقني من الالتزامات بالإضافة إلى كل من مبدأ التنفيذ الشخصي و الانجاز حسب الشروط المتفق عليها وبطريقة سليمة، الالتزام بتسليم الأشغال في آجالها وهو ما سيتم معالجته فيما يلي:

المطلب الأول: الالتزام بإنجاز الأشغال في آجالها

تمثل آجال التنفيذ أهمية بالغة في الصفقات العمومية بحيث تمثل التزام هام وأساسي خاصة في موضوع بحثنا والمتمثل في صفقات الأشغال وباعتبار أهمية موضوع الآجال "الوقت يمثل المال le temps est de l'argent" وباعتباره التزام تعاقدي ملزم باحترامه من طرف المقاول سنقوم من خلال ما يلي بالتطرق إلى مفهومه (فرع أول) وكيفية تحديده (فرع ثاني) ثم أسباب تمديده (فرع ثالث).

الفرع الأول: مفهوم الآجال

يختلف المقصود بمدة التنفيذ في العقود الإدارية بحسب اختلاف العقود ذاتها، حيث تتخذ مدد التنفيذ أشكالا متعددة.

فمدة التنفيذ مثلا في عقد الامتياز وهو عقد إداري يقصد بها مدة استغلال المرفق، أي الفترة التي تمنح للملتزم ليستغل خلالها المرفق.

أما المقصود بمدة التنفيذ في عقد الأشغال العامة موضوع بحثنا فهو يختلف عن ذلك، فالمقصود بمدة التنفيذ بحسب موضوع الأشغال محل العقد فإن كان الأمر يتعلق بعقد بناء منشأة، كان المقصود هو الوقت الذي يلتزم المقاول في

خلاله بإنجاز هذه المنشأة وبالمقاييس المتفق عليها، أما إذا كان الأمر يتعلق بصيانة منشأة، فهنا يكون المقصود، تلك المدة التي يكون المقاول خلالها ملتزما بأعمال الصيانة، أو المدة التي يلتزم المقاول خلالها بتنفيذ ما هو مطلوب منه[1].

وتكمن أهمية الآجال في مرحلة التنفيذ باعتباره معيار لاختيار المتعامل المتعاقد بالإضافة إلى معياريي السعر والنوعية، لذا فإن احترامه من طرف المتعامل المتعاقد الذي منحت له صفقة الأشغال يعتبر كخرق لمبدأ المنافسة في مرحلة تكوين الصفقة مما يعني المساس بمبدأ المساواة بين المترشحين في تقييم العروض[2].

وأيا كان المقصود بمدة التنفيذ في عقد الأشغال العامة، فإنها تتميز عن مدة التنفيذ في العقود الإدارية الأخرى، لما تتمتع به الإدارة صاحبة المشروع من سلطة رقابة وتوجيه على تنفيذ الأشغال محل العقد.

بالإضافة إلى ذلك ففي عقد الأشغال العامة، يختلف تحديد المقصود بمدة التنفيذ باختلاف عقد الأشغال العامة، وما إذا كان عبارة عن إقامة منشآت أو تحسينات، أو القيام بأعمال الصيانة الدورية، في الحالة الأولى يقصد بمدة التنفيذ الفترة من الوقت التي يلتزم خلالها المقاول بإنجاز العمال المطلوب وفقا للمقاييس المتفق عليها، وفي الحالة الثانية –أعمال الصيانة الدورية– يقصد بمدة التنفيذ المدة التي يكون المقاول ملتزما خلالها بالقيام بأعمال الصيانة التي تطلبها من جهة الإدارة، وقد يقصد بها المدة التي يلتزم المقاول خلالها بتنفيذ العمل المطلوب منه[3].

---

(1) علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 268

(2) مريان حورية، الآجال في قانون الصفقات العمومية الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2012، ص 64.

(3) عليوات ياقوتة، تطبيقات النظرية العامة للعقود الإدارية، الصفقات العمومية في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة قسنطينة، 2010، ص 209 وما يليها.

على كل فإنه يمكن النص في العقد كما هو حاصل في بعض العقود الإدارية على تجزئة التنفيذ من ذلك تحديد مراحل بتواريخ محددة تسلم فيها بعض منجزات عقد الأشغال العامة[1].

ويستنتج مما سبق أن للمتعاقد أن لا يمتنع عن تنفيذ العقد وان لا يتباطأ في ذلك التنفيذ ويدخل في مضمون العقد كل ما تستلزمه ظروف العمل، ما دامت تلك المستلزمات ليست غريبة عن جوهر العقد وليست فيها إساءة إلى حقوقه فإن امتنع عن توفيرها كان مخطئا في عدم أدائه لها[2].

الفرع الثاني: الأساس القانوني للآجال وكيفية تحديدها

إن للمتعامل المتعاقد آجالا عليه احترامها، و تفيدنا معرفة هذه الآجال في النزاعات التي قد تطرأ من جراء عدم احترامها وكذا في حساب عقوبات التأخير لصالح المصلحة المتعاقدة، ويجب أن تحدد في الصفقة جميع الآجال التي يجب احترامها خاصةَ آجال تنفيذ موضوع العقد من الناحية الفنية.

والأصل أن تنص الصفقة على تحديد تاريخ بداية تنفيذ الصفقة[3]، والذي يحتسب منه بداية التنفيذ وتحدد مدة بداية التنفيذ من تاريخ تبليغ المقاول بالأمر المصلحي بالانطلاق في تنفيذ الأشغال حيث يقع على المقاول الالتزام بإنهاء الأعمال موضوع التعاقد في المواعيد المحددة[4].

وقد نص المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في المادة 95 منه على البيانات الإلزامية الواجب أن

---

(1) عبد العزيز المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 199

(2) سهام بن دعاس، المتعامل المتعاقد...، مرجع سابق، ص 108

(3) عبد العزيز المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 199

(4) فتيحة حابي، النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية (في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم)، رسالة ماجستير، جامعة تيزي وزو، 2013، ص 255

تتضمنها كل صفقة حيث نصت على ما يلي: " يجب أن تشير كل صفقة عمومية إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما وإلى هذا المرسوم، ويجب أن تتضمن على الخصوص البيانات الآتية...أجل تنفيذ الصفقة".

فالالتزام باحترام مدة تنفيذ العقد واجب على كل متعاقد مع الإدارة كما هو واجب على الإدارة أيضا ولكن بشكل خاص المتعاقد معها على تنفيذ أشغال عامة، حيث أن دفاتر الشروط دائما تقرر جزاءات على المقاول الذي لا يحترم هذا الإلتزام، كما هو الحال بالنسبة لدفتر الشروط العامة الفرنسي[1].

وعلى هذا النحو جاءت المادة 2 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العامة الصادر في 21 نوفمبر 1964، على المدة المحددة لوفاء المتعامل المتعاقد بالتزاماته وهي:

- تبدأ كل مهلة تحدد في العقود للإدارة أو المتعامل المتعاقد في السريان غداة اليوم الذي يحدث فيه الفعل أو العمل الذي يعد انطلاقة لهذه المهلة.
- عندما يتم التعبير عن المهلة بالأيام، ينتهي الأجل في آخر يوم من المدة المتفق عليها.
- عندما يأتي تحديد المدة بالأشهر يتم حسابها من يوم كذا من شهر، وفي حالة عدم وجود يوم موافق في الشهر الذي ينتهي فيه الأجل، فإنه ينتهي في آخر يوم من ذلك الشهر.
- عندما يصادف آخر يوم من المهلة يوم عيد أو عطلة يمدد الأجل إلى حين يوم العمل التالي.

[1] المادة 20 من قرار 08 سبتمبر 2009 المتضمن الموافقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال الفرنسي.

- عندما يتعين على المتعامل المتعاقد أن يرسل وثيقة مكتوبة وإلى المهندسين المعماريين، وإلى المحافظ أو إلى الإدارة أي صاحب المشروع أو إلى ممثله تنفيذا للعقد،يجب أن يقوم أثناء المهلة المحددة إن كانت هناك مهلة،إما إيداع الغلاف لدى الموظف المختص مقابل تسليمه وصلا إما إرساله إليه برسالة مضمونة مع طلب إشعار بالاستلام ويكون الإشعار البريدي بالاستلام ثابتا من حيث المهلة.

ويحدد دفتر التعليمات الخاصة بكل عقد الآجال التي يجب على المتعامل المتعاقد بمقتضاها تنفيذ الأشغال، وكذلك يحدد تاريخ بداية الآجال المتفق عليها بصورة تعاقدية[1].

والحقيقة أن تناول نصوص دفاتر الشروط العامة لهذا الالتزام وتأييده بجزاءات يعتبر في نظرنا من قبيل زيادة الحرص على التأكيد عليه نظرا لأهميته، لأنه التزام يستمد أساسه القانوني من مقتضيات الصالح العام، لأنه يرتبط بالمال العام من جهة، حيث أن كل تأخير في الإنجاز يزيد من قيمة الأشغال، ثم وهذا هو الأهم كل تأخير في الإنجاز ينعكس مباشرة على حسن سير المرفق العام موضوع الأشغال[2].

لذلك فإن لمدة التنفيذ أهمية أساسية بالنسبة للإدارة والمقاول على حد سواء، فكلاهما ملزم بإنجاز التزاماته في التاريخ المحدد، وقد أكد القضاء الإداري هذا الالتزام سواء في مجلس الدولة الفرنسي أو مجلس الدولة المصري، حيث يؤكد بأن تأخر المقاول في إنجاز الأشغال في موعدها المحدد يشكل خطأ عقديا يستوجب توقيع جراء التأخير، حتى ولو منحت له الإدارة مدة إضافية لإكمال الإنجاز[3]،

---

(1) قريشي أنيسة، مرجع سابق، ص 103

(2) علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 270.

(3) هارون عبد العزيز الجمل، مرجع سابق، ص 401.

وهـو يـرى بـأن تقريـر غرامـات التـأخير فـي العقـد إنمـا لضـمان تنفيـذ الأشـغال فـي موعـدها، والإخـلال بـذلك الموعـد مـن قبـل المقـاول، تتـيح تطبيـق الغرامـات عليـه مباشـرة دون اللجوء إلى القضاء.

وقـد كـان المشـرع الجزائـري حريصـا علـى تأكيـد ذات الموقـف القاضـي بوجـوب احتـرام مواعيـد الإنجـاز تحـت طائلـة توقيـع عقوبـات "يمكـن أن ينجـر عـن عـدم تنفيـذ الالتزامـات التعاقديـة مـن قبـل المتعاقـد فـي الآجـال المقـررة أو تنفيـذها غيـر المطـابق، فـرض عقوبـات ماليـة دون الإخـلال بتطبيـق العقوبـات المنصـوص عليهـا فـي التشـريع المعمول به ..."[1].

فعلـى العمـوم تحتسـب مـدة التنفيـذ مـن التـاريخ المحـدد فـي العقـد، ويمكـن أن تحـدد بدايـة مـدة التنفيـذ مـن تـاريخ تبليـغ المقـاول بـالأمر المصـلحي بـالانطلاق فـي تنفيـذ الأشـغال، ويلتـزم المقـاول بإنهـاء الأعمـال موضـوع التعاقـد فـي المواعيـد المحددة[2].

فالمتعامـل المتعاقـد يقـوم مـن الناحيـة العمليـة عـادة بوضـع مـا يعـرف بمخطـط الإنجـاز حيـث يتطـرق فيـه إلـى المراحـل التـي سـتتم مـن خلالهـا إلـى الاسـتلام المؤقـت و يضـع(ODS) إنجـاز الصـفقة و الـذي يضـم الفتـرة الممتـدة بـين إصـدار الأمـر ببـدء الخدمـة والأشـغال فيـه المتعامـل المتعاقـد نـوع الآجـال إذا كانـت بالأجـل الواحـد أو الآجـال المجـزأة، فالأجـل الواحـد هـو ذلـك الأجـل الـذي يلتـزم فيـه المتعاقـد فـي يـوم نهايـة أجـل الإنجـاز بتسـليم الصـفقة و لا يجبـر علـى الإسـراع فـي الأعمـال، أمـا الآجـال المجـزأة فهـي تلـك الآجـال التـي يقسـم فيهـا المتعامـل المتعاقـد إنجـاز موضـوع الصـفقة

---

[1] المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

[2] عليوت ياقوتة، مرجع سابق، ص 210.

إلى عدة مراحل جزئية ويجب عليه أن ينتهي من تنفيذ الأشغال طبقا لما تعهد به في مخطط الإنجاز[1].

وعلى المتعاقدين وخاصة الإدارة صاحبة الأشغال ونظرا لدورها في تحديد المواعيد المتعلقة بتنفيذ الأشغال العامة عموما، عليها أثناء تحديد تاريخ بدء سريان مدة التنفيذ الأخذ بعين الاعتبار جملة من المعطيات التي يستدعيها البدء في التنفيذ حتى يتمكن المقاول من الانطلاق، إذ لابد من منحه فرصة إعداد الإمكانات المادية والبشرية من سلع وتجهيزات وعمال، وإنجاز الأعمال التمهيدية التي يتطلبها الشروع في التنفيذ، وهذا حرصا على جعل بدء سريان مدة التنفيذ، بدءا فعليا للتنفيذ، لا مجرد إجراء نظري[2].

وإن كان موضوع تحديد موعد بدء سريان مدة التنفيذ، لا يطرح خلافا بالنسبة لتنفيذ عقد الأشغال العامة كما أسلفنا، وذلك لأن الإدارة تصدر للمقاول أمرا مصلحيا بالشروع في التنفيذ، مما يجعل هذا الأمر مرجعا لتحديد بداية سريان مدة التنفيذ.

غير أن هذا يجب ألا يفهم بأن الإدارة صاحبة الأشغال لها السلطة أو الحرية المطلقة في تأخير إصدار مثل هذا الأمر وبالتالي الانطلاق في التنفيذ بدون أي قيد، بل يجب على الإدارة تبليغ المقاول بالأمر بالشروع في التنفيذ في مدة معقولة، لأن عدم الشروع في التنفيذ قد يسبب للمقاول أضرارا مادية، وتجنبا لذلك فإن له حق طلب فسخ العقد والمطالبة بالتعويض[3]، لأنه إذا كان تحديد ميعاد بدء سريان مدة التنفيذ يستدعي مراعاة تحضير المقاول لنفسه وتهيئة ظروف

---

(1) بحري سماعيل، مرجع سابق، ص 96

(2) علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 276

(3) محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص 118

الانطلاق من كل جوانبها، فإن التأخير أيضا لمدة غير معقولة في تحديد هذا الموعد قد ينتج عنه قلب اقتصاديات العقد وبالتالي إلحاق الخسائر بمقاولته.

ومما سبق فإن البدء في التنفيذ قد يكون بناء على تصرف قانوني من جانب الإدارة يتمثل في إصدار أمر مصلحي بذلك، أو أن يكون بناء على عمل مادي وهو تسليم موقع العمل أو الوثائق والتجهيزات أو المواد التي يتطلبها ذلك[1].

وإن كان بدء الانطلاق في الحالتين مرتبط بتحرك الإدارة، إلا انه على المقاول ألا ينتظر تحرك الإدارة التلقائي للقيام بذلك، بل عليه أن يسعى لديها من أجل تمكينه من الشروع في التنفيذ، وعلى هذه الأخيرة أن تمكنه من البدء في تنفيذ الأشغال والاستمرار في إنجازها، حتى لا تتسبب له في أضرار تستوجب التعويض[2].

الفرع الثالث: أسباب تمديد الآجال

يحرص المتعامل المتعاقد على أداء الصفقة التي أبرمها على أحسن وجه، إلا أنه قد تحدث أو ستجد بعض الظروف التي تجعل من تنفيذ الالتزامات أمرا صعبا، وفي بعض الأحيان مستحيلا، الأمر الذي يدفع الإدارة إلى أن تبذل وسعها لتمكن المتعاقد معها من الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية اتجاهها، حرصا منها على ضرورة استمرار المرافق العامة بتأدية وظائفها بصورة مستمرة، وهذا ما يجعلها تتكبد بعض الخسائر في سبيل تحقيق هذا الهدف وهو ما يطلق عليه أسباب تمديد الآجال أو أسباب الإعفاء من مسؤولية التأخير، إذ المقاول ملزم

---

[1] جاء في المادة 12 من دفتر الشروط الإدارية العامة الفقرة الأولى :"...يجب على المقاول مباشرة الأشغال في الآجال المحددة في أوامر المصلحة الصادرة عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري ..." وفي الفقرة الثالثة :"... يتلقى المقاول مجانا من المهندسين أو المهندس المعماري خلال مقاولته نسخة مصدقة عن كل الرسوم المتعلقة بالمقتضيات المقررة بالمشروع وعن المستندات اللازمة في التنفيذ...".

[2] المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

مبدئيا بإكمال إنجاز الأشغال محل العقد في المدة المتفق عليها أو المدة المعقولة، في حال عدم وجود الاثنان، حتى يتجنب الجزاءات المقررة لذلك.

فالمقاول يمكن أن يستفيد من تمديد أجل التنفيذ في حالات معينة، وهي على الخصوص حال تدخل المصلحة المتعاقدة أو كان التأخير بسبب فعلها، أو بسبب الغير الذي لا سلطان للمقاول عليه، أو في حالة كان السبب وراء ذلك هو قوة قاهرة أو حادث فجائي.

أولا: تمديد الآجال بسبب فعل المصلحة المتعاقدة

الأصل أن المقاول ملتزم باحترام مدة التنفيذ المتفق عليها لأن من أهم التزاماته إنهاء العقد في الموعد المقرر، وذلك حرصا على مبدأ دوام سير المرافق بانتظام واطراد، وتستند القوة الملزمة لمدة التنفيذ إلى فكرتين متميزتين الأولى هي فكرة المرفق العام أو النفع العام، أما الثانية فهي الرضائية بوصفها جوهر فكرة العقد سواء في مجال القانون الخاص أم العام[1].

إلا أنه يحدث أن تتدخل الإدارة ذاتها عن طريق قيامها بتصرف لا يكون متوقعا أثناء إبرام العقد، ويكون لهذا التصرف علاقة بالتزام المقاول بالتنفيذ مما يؤثر مباشرة عليه، و من أهم الأمثلة على أنواع تدخلات المصلحة المتعاقدة الذي يكون له أثر على التزام المقاول بالتنفيذ في المدة المحددة إصدار أمر مصلحي في إطار ما تملكه الإدارة صاحبة المشروع من صلاحيات في تنفيذ المشروع وباعتبارها من يدير التنفيذ، حيث يتضمن هذا الأمر إنجاز منشأة أخرى غير منصوص عليها في العقد[2].

---

[1] محمد فؤاد عبد الباسط. مرجع سابق. ص 546.

[2] علي بن شعبان. مرجع سابق. ص 278 و ما بعدها.

فاعتبارات العدالة و مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية تستلزم أن يتمتع المقاول بالحق في المطالبة بمنحه مدة إضافية إلى جانب المدة المحددة لتنفيذ الأعمال الأصلية عندما يقوم بإنجاز أعمال زائدة على الأعمال الأصلية التي طلبتها الإدارة أثناء تنفيذ العقد، وهو ما يتمسك به المقاول في الغالب لمنع الإدارة من توقيع الغرامة التأخيرية عليه بسبب تجاوزه المدة المحددة لتنفيذ العقد.

فالتزام المقاول بانجاز الأعمال محل عقد الأشغال العامة في الوقت المحدد هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاما ببذل عناية، ومن ثم لا يستطيع أن ينفي مسئوليته عن عدم التنفيذ أو تجاوز مدد التنفيذ إلا إذا ثبت السبب الأجنبي الذي يجعل التنفيذ في المدد المقررة أمراً مستحيلا، والسبب الأجنبي في هذه الحالة هو تدخل الإدارة عن طريق أوامر مصلحية، وفي كل الأحوال يجب أن تكون المدة المطلوب إضافتها متناسبة مع حجم و كمية وطبيعة الأعمال المطلوبة بحيث تكفي لتنفيذها[1].

فيجوز الاتفاق بين طرفي عقد الأشغال العامة على مد الموعد المحدد للانتهاء من الأعمال إذا تم تكليف المقاول بأعمال إضافية يتطلب تنفيذها وقتاً إضافيا، وأساس إطالة مدة العقد في هذه الحالة هو جواز تعديل شروط العقد باتفاق طرفيه، وبالتالي يجوز الاتفاق على إضافة الوقت الذي يتطلبه تنفيذ الأعمال محل أوامر التغيير إلى مدة العقد الأصلية، وحينئذ يسقط حق الإدارة في اقتضاء غرامة التأخير عن الفترة التي يمتد إليها أجل تنفيذ العقد[2].

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية حق المقاول في الحصول على مدة إضافية للتنفيذ، إذ قضت بأنه لا وجه لتوقيع غرامة تأخير على المقاول

---

[1] محمد فؤاد عبد الباسط. مرجع سابق. ص547 و ما بعدها.

[2] محمد فؤاد عبد الباسط. مرجع سابق. ص 548.

المتعاقد مع الإدارة لأن الأخيرة استخدمت حقها في زيادة الأعمال المسندة إلى المقاول تطبيقا لحكم المادة 76 مكرر من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات و المزايدات الملغي رقم 9 لسنة 1983، وأضافت المدة التي حددتها لتنفيذ هذه الأعمال الأصلية و اعتبرتها مدة واحدة لما قدرته من أن طبيعة الأعمال و الاستفادة منها تقتضي تنفيذها كوحدة واحدة[1].

ومما تجدر الإشارة إليه أن ليس كل أمر مصلحي يتضمن بالضرورة إطالة مدة التنفيذ وهي نقطة من بين النقاط التي تم الإغفال عنها في كل من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وكذا دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 على خلاف مثلا عقد الفيديك[2] الذي ينص على أن المقاول يجب عليه تنفيذ الأعمال المتفق عليها والتغييرات المطلوبة خلال مدة العقد المتفق عليها مع الأخذ بعين الاعتبار أن كل تعديل لا يتضمن بداهة تعديل مدة التنفيذ في المقابل[3].

ثانيا: تمديد الآجال بسبب القوة القاهرة

يقصد بتمديد الآجال بسبب القوة القاهرة ذلك الحدث غير المتوقع المستقل عن إرادة المتعاقدين الذي يترتب عليه استحالة التنفيذ المطلق سواء لكل أو بعض الالتزامات التعاقدية[4].

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بجلسة 2004/2/24 في الطعن رقم 3963. المشار اليه في محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق. ص 550.

[2] هو عقد نموذجي معتمد في عديد من الدول ينظم التزامات الطرفين في عقد الأشغال العامة، تم اعتماده من الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، وهو أكثر شيوعا في مجال تنظيم مقاولات البناء، و فيديك FIDIC تجميع للأحرف الأولى اللاتينية (FEDERATION INTERNATIONAL DES INGENIEURS CONSEILS)، أي "الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين" وهو اتحاد يضم جمعيات المهندسين الاستشاريين في دول مختلفة.

[3] مصطفى الحبشي. مرجع سابق. ص 159.

[4] عباد صوفية، مرجع سابق، ص 140.

فطبقا لهذا المفهوم فحتى وإن كان التنفيذ ليست استحالته مطلقة، ولكن إتمامه يشكل عبئا على الخزينة العامة، فهنا يمكن طلب فسخ العقد بناء على فكرة القوة القاهرة، وبهذا المعنى، فإن القضاء الإداري يفرق بين نوعين من استحالة التنفيذ، استحالة مطلقة، وهنا يطبق القوة القاهرة بالمفهوم التقليدي ويعتبرها سببا من أسباب إعفاء المقاول من مسؤولية التأخير في التنفيذ.

والنوع الثاني هو الاستحالة (العابرة) والتي تتحقق إذا تسبب الحادث الفجائي في الاختلال الكبير لاقتصاديات العقد، وهذه التي تسمى بالقوة القاهرة الإدارية، وهي لا تعد سببا للإعفاء من مسؤولية التأخير، وعدم تنفيذ الأشغال في موعدها المحدد، وإنما تعطي الحق للمقاول كما للإدارة في طلب فسخ العقد.

فيجب على مقاول الأشغال العامة ألا يتوقف عند بذل مجهود الإنسان العادي في محاولته لتنفيذ التزاماته العقدية، بل عليه أن يبذل أقصى الجهد وألا يتوقف عن التنفيذ ما دام ذلك ممكنا. ثم توسع في مفهوم القوة القاهرة المعروف في القانون الخاص، فأصبح مضمون القوة القاهرة عند القاضي الإداري يعني ذلك الحادث الخارجي الذي من شأنه قلب اقتصاديات العقد، دون أن يصل إلى درجة استحالة تنفيذه، لذلك فلا يترتب عليه إعفاء المقاول من التنفيذ، ولكن يخول له مثل المصلحة المتعاقدة، حق اللجوء إلى القاضي لطلب فسخ العقد، متى تبين أن اختلال التوازن المالي للعقد عميق ولا يمكن إعادة التوازن له حتى بتدخل الإدارة وحكم هذا المفهوم الجديد، هو ذاته حكم الظروف الطارئة، لذلك قال الفقهاء بأن مجلس الدولة استحدث فكرة القوة القاهرة الإدارية[1].

وبعض النظر عن المفهوم التقليدي أو المفهوم " الإداري " للقوة القاهرة، فإن المشرع الجزائري قد أتاح للمتعاقدين الإدارة والمقاول حق تحديد نطاق القوة القاهرة

[1] سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 702

والحادث الفجائي بمقتضى اتفاقهما، بل وجعل ذلك واجبا، حين نص في المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في المادة 95 منه على البيانات الإلزامية الواجب أن تتضمنها كل صفقة حيث نصت على ما يلي: " يجب أن تشير كل صفقة عمومية إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما وإلى هذا المرسوم، ويجب أن تتضمن على الخصوص البيانات الآتية...كيفيات تطبيق القوة القاهرة".

ومن بين هذه الكيفيات تحديد مدى ونطاق القوة القاهرة فنص في دفتر الشروط الإدارية العامة على :"... يجوز أن يتضمن دفتر الشروط الخصوصية بالنسبة للميزات ومختلف الحوادث الطبيعية كالجليد وسرعة الرياح ... تعيين حدود القوة القاهرة القصوى التي يمكن للمقاول التمسك بها في كل الأحوال"[1].

فالمشرع الجزائري أتاح للمتعاقدين فرصة لمناقشة كيفيات تطبيق القوة القاهرة كلما توفرت شروطها، وذلك في إطار أحكام دفتر الشروط الخاصة بالصفة، كأن يحدد مثلا الحد الأدنى والحد الأقصى الذي يجب أن يتحمله المقاول رغم الحادث الفجائي الغير متوقع.

ويترتب على توافر هذه الشروط إعفاء المقاول من مسؤولية التأخير عن التنفيذ في المدة المحددة بشكل مؤقت، إذا كان للحادث الفجائي صفة مؤقتة، حتى يزول أثر هذا الحادث ثم يعود ليستأنف التنفيذ، كما لو كان هذا الحادث إضرابا مثلا، أو أزمة سياسية... إلخ، وإلا فيطبق الإجراء المناسب، كفسخ العقد مثلا ولكن دائما مع حماية المقاول في جميع الأحوال من توقيع الجزاءات العقدية من جانب الإدارة.

---

[1] المادة 27 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964.

وفي هذا ينص المشرع الجزائري على أنه :"...يعود القرار بالإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التأخير إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة، يطبق هذا الإعفاء عندما ... وفي حالة القوة القاهرة، تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض الغرامات المالية بسبب التأخير، ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف واستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة..."[1]

وفي كل الأحوال فإنه لا يجوز للمتعاقدين (الإدارة والمقاول) أن يعدلا باتفاقهما أثر القوة القاهرة فيتفقا مثلا على أن يتحمل المقاول أثر هذا الحادث أو القوة القاهرة[2].

المطلب الثاني: الالتزام بتسليم الأشغال

باعتبار أن النهاية الطبيعية لعقد الأشغال العامة هو الأصل العام لأن الوضع الغالب في هذه العقود أنها عقود فورية من حيث الزمن تنقضي بتنفيذ كل طرف لالتزاماته المتفق عليها في العقد، فتنقضي التزامات الإدارة بالوفاء بالثمن المتفق عليه، وتنقضي التزامات المقاول بتنفيذ الأشغال محل العقد ويتحرر من التزاماته بتسليم الأشغال التي قام بإنجازها.

الفرع الاول: مفهوم تسليم الأشغال وأساسه القانوني

نص المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في القسم التاسع منه على تسليم الأشغال، حيث نصت المادة 148 على ما يلي:" عند انتهاء الخدمات موضوع الصفقة يجب على المتعامل المتعاقد إعلام المصلحة المتعاقدة كتابيا بتاريخ انتهائها.

---

[1] المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

[2] علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 278.

ويتم عندئذ القيام بالعمليات القبلية للاستلام التي يحدد أجلها في دفتر الشروط والصفقة وتدون نتائج هذه العملية في المحضر، وبناء على هذا المحضر تقرر المصلحة المتعاقدة إما استلام الصفقة أو عدم استلامها..."[1].

وفي هذا الصدد ورغم الإشارات المختلفة الواردة الى العمليات القبلية للاستلام في دفتر الشروط الإدارية العامة[2] إلا انه يجب تنظيمها بدقة في دفتر الشروط الخاص بالصفقة المعنية والتي تكمن في الغالب مما يلي:

- معاينة المنشآت المنجزة.
- الاختبارات المحتملة للخدمات المنصوص عليها في العقد والتي لم تنجز.
- المعاينة المحتملة للنواقص والعيوب.
- معاينة تقليص المعدات من الورشة وإعادة الأماكن إلى ما كانت عليه.
- المعاينات الخاصة باستكمال الأشغال[3].

فبعد أن يكمل المقاول إنجاز الأشغال محل العقد يلتزم بتسليم هذه الأعمال إلى الإدارة لكي يتحرر من التزاماته العقدية ويحصل على ثمن الأشغال التي قام بتنفيذها. ويتم تسليم الأشغال العامة بحضور المقاول والإدارة، وتعتبر هذه العملية بمثابة إقرار منها بإنجاز الأشغال من طرف المقاول، حيث تعلن الإدارة قبولها للأشغال متى كانت في حالة تسمح بتسلمها ووضع يدها عليها[4].

وفي هذا ينص دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 على أنه: " يتعين على المقاول إعلام مهندس الدائرة أو المهندس المعماري بكتاب مضمون عن إتمام

---

(1) المادة 148 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

(2) المواد 23، من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، مرجع سابق.

(3) قريشي أنيسة، مرجع سابق، ص 110.

(4) سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 743.

الأشـــغال..."[1]، ويقابـــل التـــزام المقـــاول بتســـليم الأشـــغال التـــزام الإدارة بتســـلمها، وإلا ارتكبـت خطـأ عقـديا تتحمـل مسـؤوليته فـي مواجهـة المقـاول، فالتسـليم والاسـتلام التـزام يقـع علـى عـاتق الطـرفين لا يمكـن لأي منهمـا ولا لكيليهمـا الإخـلال بـه، وتسـليم الأشـغال لـيس مجـرد عمليـة ماديـة، بـل هـو تصـرف قـانوني أيضـا لـه نظـام وأشـكال ينبغي التقيد بها.

عمومـا تتنـوع صـور الاسـتلام بـين الصـريح والـذي وهـو الشـكل الأصـلي والـذي يـتم وفقـا لإجـراءات تتضـمنها النصـوص المختلفـة، والضـمني الـذي يـتم مـن خـلال تصـــرفات الإدارة صـــاحبة المشـــروع، كوضـــع يـــدها علـــى المنشـــأة المنجـــزة وبـــدء اسـتخدامها فيمـا أعـدت لـه، وذلـك دون إتبـاع الخطـوات والإجـراءات التـي تحـددها النصـوص لعمليـة التسـليم، وهـو التصـرف الـذي يعتبـره القضـاء الإداري بمثابـة التسـليم ويرتـب عليـه نتـائج التسـليم الصـريح، كبـدء سـريان مـدة الضـمان العشـري، متـى كانـت الأشـــغال التـــي حازتهـــا الإدارة تســـمح باســـتلامها ولـــم تكـــن حيـــازة الإدارة مقرونـــة بتحفظات عليها[2].

فمجلـس الدولـة الفرنسـي اعتبـر أن وضـع اليـد الفعلـي مـن قبـل الإدارة يقـوم مقـام الاسـتلام المؤقـت إذا كشـف عـن نيـة الطـرفين القاطعـة فـي هـذا الخصـوص لاسـيما إذا صـاحب وضـع يـد الإدارة علـى الأعمـال مـا يكشـف عـن تلـك النيـة ومـن هـذا القبيـل عـدم إبـداء اعتراضـات علـى الأعمـال واسـتعمال الأشـغال فيمـا أعـدت لـه كاسـتعمال المبـاني مـثلا[3]، غيـر أن أحكـام التسـليم الضـمني ليسـت موحـدة بالنسـبة لجميـع

---

(1) المادة 46 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، مرجع سابق.

(2) علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 291.

(3) قريشي انيسة، مرجع سابق، ص 108

الحالات، وإنما القضاء يدرس كل حالة بحسب معطياتها، لذلك فإن ما يطبقه على حالة قد لا يعمله على حالة أخرى[1].

الفرع الثاني: مراحل الاستلام وأثارها

إذا كان التسليم هو معاينة حضورية للأشغال بعد إنجازها، تقر من خلالها الإدارة بوفاء المقاول بالتزامه بتنفيذ العمل محل العقد وفقا للشروط والقواعد الفنية المتفق عليها حسب ما نصت عليه المادة 148 في الفقرتين 1 و 2 من الرسوم الرئاسي 15-247 إلا أنه يجب التفريق بين المؤقت والنهائي منه.

أولا: الاستلام المؤقت

ويسمى أيضا بالتسليم الابتدائي، ويتم الاستلام المؤقت عقب انتهاء المقاول من تنفيذ الأشغال محل العقد مباشرة، حيث يبادر إلى إخطار صاحب الأشغال، أي مكتب الدراسات المكلف بمتابعة تنفيذ الأشغال، لكي يقوم بالاستلام المؤقت للأشغال سواء كان ذلك بحضور صاحب المشروع أو في غيابه، ولكن بحضور المقاول الذي يجب دعوته لحضور التسليم، وإن تغيب عن مراسيم التسليم بالرغم من توجيه الدعوة له بشكل رسمي وجب تسجيل تلك الملاحظة على محضر التسليم.

وفي هذا ينص المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه: "...في حالة الصفقات العمومية التي تتضمن مدة ضمان فإنه يتم إجراء استلام الصفقة على مرحلتين، استلام مؤقت واستلام نهائي. عندما يتم النص في الصفقة العمومية على أجل جزئي منفصل عن الأجل الكلي فإنه يمكن اللجوء إلى استلام مؤقت جزئي للخدمات الموافقة لذلك

(1) سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 816 وما بعدها.

الأجل وفي هذه الحالة يبدأ سريان الضمان اعتبارا من تاريخ أول استلام جزئي غير أنه لا ترد كفالة أو اقتطاع الضمان إلا بعد انتهاء أجل ضمان جميع الخدمات"[1].

وفي هذا الصدد ينص دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 أيضا على أنه: " يتعين على المقاول إعلام مهندس الدائرة أو المهندس المعماري بكتاب مضمون عن إتمام الأشغال ويقوم عند ذلك مهندس الدائرة أو المهندس المعماري بالاستلام المؤقت بحضور المقاول أو بعد دعوته للحضور رسميا، وفي حالة تغيب المقاول يشار على ذلك في المحضر..."[2].

ما يلاحظ من خلال النصين هو خلو التشريع الجزائري من الأحكام التفصيلية والعملية بالنسبة لأشكال تسليم الأشغال، وهو ما يعتبر نقص يجب تداركه، لأنه إذا كان للمشرع من مبررات في فترة إصدار أحكام دفتر الشروط العامة، فإنه مع مرور هذه الفترة الطويلة وتلمسه للواقع وما يطرحه من إشكالات فإنه لامناص من أن يتدخل بأحكام قاطعة في مثل هذه الأمور وهذا مما يفرض على المشرع مراجعة دفتر الشروط العامة.

فقبل إعداد وإمضاء محضر التسليم، يجب على المصلحة المتعاقدة والمكلفة بمتابعة الأشغال، القيام بخطوات، بدايتها وجوب إجراء معاينة للأشغال، إذ بعد أن يتلقى إخطارا من المقاول بشأن إنجاز الأشغال لتسليمها يقوم مكتب الدراسات بدوره بتحديد موعد لإجراء المعاينة وإخبار المقاول بذلك الموعد كتابيا وذلك خلال أجل 20 عشرون يوما من تاريخ تلقي إخطار المقاول بإنهاء الأشغال حسب التشريع الفرنسي[3] وهي الآجال التي لم تحدد في التشريع الجزائري.

---

[1] المادة 148 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

[2] المادة 46 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، مرجع سابق.

[3] المادة 1/41 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال الفرنسي، مرجع سابق.

وفي هذا الصدد أيضا فإن غياب المصلحة المتعاقدة يترك المجال لها في تأخير المعاينة بحسب هواها وغالبا ما تحصل بسبب النقص في التخطيط والتسيير في ميزانيتها أين يقع المقاول ضحية سوء التسيير ويحتم عليه اللجوء للقضاء للمطالبة بالإضافة إلى مستحقاته المطالبة بما فاته من كسب على عكس المشرع الفرنسي أين فصل هذه النقطة وذلك كما يلي:

في حالة عدم قيام مدير المشروع بتحديد تاريخ هذه العمليات ضمن المهلة المحددة، يجب على المقاول إبلاغ ممثل السلطة المتعاقدة برسالة مسجلة مع إشعار بالاستلام. يحدد هذا تاريخ العمليات قبل الاستلام، على أبعد تقدير، في غضون ثلاثين يومًا من استلام الخطاب المرسل من قبل المالك، وإخطار المالك ومدير المشروع؛ كما يبلغهم بأنه سيكون حاضرًا أو ممثلاً في تاريخ النتائج وسيساعده، إذا رأى ذلك مفيدًا، من قبل خبير، بحيث يمكن تنفيذ الأحكام الخاصة التالية:

- إذا لم يكن مدير المشروع المنعقد على النحو الواجب حاضرًا أو ممثلًا في الموعد المحدد، فيتم ملاحظة هذا الغياب ويتم تنفيذ العمليات السابقة للاستلام من قبل ممثل السلطة المتعاقدة ومساعده المحتمل؛
- وينطبق الشيء نفسه إذا رفض مدير المشروع الحاضر أو الممثل المضي في هذه العمليات.

وفي حالة عدم تحديد هذا التاريخ من قبل ممثل السلطة المتعاقدة، يعتبر قبول الأعمال قد تم الحصول عليه عند انتهاء فترة الثلاثين يوما المذكورة أعلاه[1].

[1] المادة 2/1/41 و 3/1/ 41 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال الفرنسي، مرجع سابق.

فأمام هذه النقائص المشار اليها أعلاه يجب على المقاول أخذ عدة احتياطات عند تحرير العقد وفي هذا الإطار فمن الضروري تحديد مايلي:

أ. الأجل الذي يتعين فيه على المقاول إعلام صاحب المشروع عن انتهاء الأشغال بموجب رسالة مسجلة، ويوجه له دعوة باستلام المنشأ.

ب. الأجل الذي يتعين فيه على صاحب المشروع الرد على ذلك

ج. صلاحيات صاحب التصميم (إن وجدت) في مادة الاستلام (حقوق والتزامات المصلحة المتعاقدة و صاحب التصميم).

وفي كل الأحوال إذا قررت المصلحة المتعاقدة بأن الأشغال في حال تسمح باستلامها، يقرر المسؤول عن العقد إعلان التسليم، هذا الإعلان الذي تم في نماذج وصور متعددة، فقد يكون تسليم مجرد من أي شروط، وقد يكون تسليم مع تحفظات معينة أو تسليم مع تخفيض الثمن، فإذا كان المقاول قد نفذ الأشغال وفقا لما هو متفق عليه في العقد فإن التسليم يعلن عندئذ بدون أي تحفظات ولا قيود[1].

كما يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تقوم بإستلامات جزئية، إذا استعملت حقها في الحيازة المسبقة لبعض المنشآت و هذا ما نص عليه دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العامة في المادتين 46 فقرة (2) و المادة 41 فقرة (2) حيث يترتب على حيازة بعض أجزاء المنشآت قبل نهاية مجمل الأشغال، إعداد كشف حساب تفصيلي جزئي ونهائي[2] من أجل الوفاء له بمستحقاته المالية من خلال تسديد حقوق المقاول.

ويترتب على الاستلام المؤقت أيضا نتائج معينة تتمثل خاصة في إعفاء المقاول من إصلاح العيوب الظاهرة أثناء التسليم والتي لم تكن محل تحفظ، حيث

---

(1) علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 295.

(2) قريشي أنيسة، مرجع سابق، ص 111

لا تستطيع الإدارة أن تطالبه على أساس المسؤولية التعاقدية، ما دام العيب كان ظاهرا أو يمكن كشفه أثناء المعاينة، ورغم ذلك تسلمت العمل دون أن تبدي اعتراضها على ذلك، مما يعني أنها قبلت به أو أنها لم تعتبره عيبا، وهذا طبعا شريطة عدم وجود غش من قبل المقاول، وهذا ما أقره أيضا مجلس الدولة الفرنسي حيث تنتقل بالإضافة إلى ذلك تبعة الهلاك والمخاطر إلى الإدارة صاحبة المشروع ابتداء من تاريخه[1].

ومن آثار التسليم المؤقت أيضا بدء سريان مدة الضمان التي يلتزم المقاول خلالها بإصلاح العيوب التي أبدت الإدارة بشأنها تحفظات، أو تلك التي تظهر أثناء مدة الضمان، ووجدت مدة الضمان هذه كفترة تجربة واختبار للأشغال المنجزة، تستطيع الإدارة من خلالها تقييم مدى صلاحية ما أنجز من أشغال، وذلك بإعطائها متسعا من الوقت كفرصة لذلك، وهذا قبل أن تنتقل إليها ملكية المنشأة المنجزة[2].

وقد حدد دفتر الشروط الإدارية العامة مدة هذا الإختبار، أي مدة الضمان بالنسبة لعقود الأشغال العامة بستة أشهر الى سنة بحسب نوع الأشغال والتي تبدأ من تاريخ التسليم "... في حالة عدم وجود نص صريح في دفتر الشروط الخصوصية يحدد هذا الأجل بستة أشهر ابتداء من تاريخ التسليم المؤقت لأشغال الصيانة، وحفر الأسس، والطرق الحجرية وبسنة واحدة للأشغال الأخرى.."[3].

ويلتزم المقاول أثناء فترة السنة أي مدة الضمان بإصلاح كل عيب اكتشفته الإدارة أثناء المعاينة وأبدت بشأنه تحفظا، وأيضا إصلاح العيوب التي قد تظهر أثناء تلك الفترة، كما يلتزم المقاول بصيانة الأشغال المنجزة طيلة تلك الفترة حيث

---

(1) DELAUBADER, T2, Op Cit, P. 796

(2) علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 298.

(3) المادة 2/47 و 3/47 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، مرجع سابق.

حرص المشرع الجزائري على تأكيد هذا الالتزام الأخير المتمثل في صيانة الأشغال وذلك حين تضمن دفتر الشروط الإدارية العامة ما يلي: " يظل المقاول مسؤولا عن أشغاله ويتعين عليه صيانتها خلال ذلك الأجل"[1].

ثانيا: الاستلام النهائي

ويقصد به الإجراء الذي تتسلم بموجبه الإدارة الأشغال وتمتلكها نهائيا بعد أن تتأكد من أن المقاول قد أنجزها على نحو ما هو متفق عليه في العقد وهو إجراء يأتي بعد إنتهاء فترة الضمان التي تلت التسليم المؤقت ويتم مبدئيا بشكل صريح حيث يتم تحرير محضر بذلك مثلما هو الشأن بالنسبة للتسليم المؤقت[2].

وقد يتم التسليم النهائي خلافا للأصل العام بناء على حكم قضائي فيما لو رفضت الإدارة القيام بالتسليم النهائي، حيث يحق للمقاول في هذه الحالة وبعد إنذار الإدارة اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بالتسليم النهائي متى رأى القاضي أن الشروط متوفرة لذلك، وذلك حتى يتحرر المقاول نهائيا.

كما يمكن الخروج عن مبدأ التسليم النهائي الصريح، وذلك في حالة حيازة الإدارة للأشغال أو لجزء من الأشغال المنجزة واستعمالها ومرور فترة الضمان، إذا كانت هذه الأشغال في وضعية تسمح بتسليمها، وليس بها عيوب، أو أن المقاول أصلح العيوب التي أشارت إليها الإدارة. فإن التسليم النهائي في هذه الحالة يكون قد تم ضمنيا[3].

وقد نص المشرع الجزائري على المرحلة الثانية من التسليم، أي التسليم النهائي في دفتر الشروط الإدارية العامة حيث نص على " يتبع نفس الإجراء فيما

---

(1) المادة 3/47 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، مرجع سابق.

(2) قريشي أنيسة، مرجع سابق، ص 111

(3) سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 748

يخص الاستلام النهائي بعد انقضاء أجل الضمان..."[1] بما يعني أن التسليم النهائي يتم في حضور المقاول بعد استدعاءه لذلك وجوبا، فإن لم يستجب لدعوة الحضور للتسليم النهائي تم ذلك في غيبته مع التأشير على محضر التسليم بذلك.

ويكون وقت التسليم بعد انتهاء فترة الضمان المحددة بستة أشهر أو عام بحسب نوع الأشغال، ويترتب على التسليم النهائي نتائج هامة تتمثل خاصة في انقضاء العلاقة العقدية بين المقاول والإدارة صاحبة المشروع وما يتولد عن ذلك من آثار أهمها :

- انتقال ملكية الأشغال محل العقد إلى ذمة الإدارة نهائيا، وما يستتبع ذلك من نقل تحمل تبعة الهلاك من تاريخ الاستلام.
- تحرر المقاول من الالتزام بالصيانة الذي كان على عاتقه أثناء فترة الضمان بعد الاستلام المؤقت وبالتالي لا تملك الإدارة أن تكلف المقاول بشيء.
- حصول المقاول على كافة مستحقاته المالية تجاه الإدارة سواء مقابل ما قام به من أشغال أو ما قدمه من مبالغ على سبيل الكفالة والضمان.
- لا تملك الإدارة بعد الاستلام النهائي أن تحتج بمخالفة المقاول للعقد، او أنه لم يحترم شروطه في التنفيذ، ولا تستطيع أن تطالب بالتعويض عن شيء من هذا القبيل إلا إذا كانت قد قدمت بشأنه تحفظات صريحة عند إتمام الاستلام النهائي[2].

---

[1] المادة 47 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، مرجع سابق.

[2] قريشي أنيسة، مرجع سابق، ص 113

- بدء سريان مدة الضمان العشري، التي تنطلق من تاريخ التسليم النهائي للأشغال أو من تاريخ حيازة الإدارة للأشغال المنجزة عندما تلجأ الإدارة إلى ذلك قبل التسليم النهائي.

ثالثا: أحكام الضمان العشري كأثر للاستلام النهائي في مادة الأشغال العامة

تدخل أحكام الضمان العشري فيما يسمى الالتزام بضمان العمل بعد تسليمه ويقصد به مسؤولية المقاول في ضمان ما شيده من مباني بعد التسليم النهائي لمدة عشر سنوات، ويستمد أساسه القانوني من أحكام القانون المدني الجزائري التي تقضي بمسؤولية كل من المقاول والمهندس المعماري بالتضامن عن كل ما يحدث من تهدم جزئي أو كلي لما شيداه من مبان ومنشآت حتى ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرضية، وذلك خلال عشر سنوات من تاريخ التسليم النهائي، كما يشمل الضمان كل عيب من شأنه تهديد متانة البناء وسلامته[1] كما جعل ذات القانون من المسؤولية والضمان العشري من النظام العام، إذ يقع باطلا كل اتفاق فيما بين المتعاقدين على الإعفاء منها[2].

ما يلاحظ في أحكام الضمان العشري ورغم صلة الموضوع بالأشغال العامة والصفقات العمومية من جهة وبالالتزام المقاول بضمان العمل بعد تسليمه من جهة أخرى هو إغفاله في قوانين الصفقات العمومية السابقة وكذا في المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام واعتباره من مواضيع القانون المدني مما ترك مسألة تطبيقه في مادة الأشغال العمومية مسألة صعبة نوعا ما لغياب النصوص التطبيقية له في هذا المجال.

---

(1) المادة 554 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

(2) المادة 556 من القانون المدني الجزائري، نفس مرجع.

ولعل ما سبق هو سبب صدور رغم عدم تأييدنا له للمرسوم تنفيذي رقم 96-49 المؤرخ في 17 يناير 1996 المتضمن لقائمة المباني العمومية المعفاة من إلزامية تأمين المسؤولية المهنية والمسؤولية العشرية حيث نصت المادة 2 منه على مايلي: " تحدد قائمة المباني العمومية المعفاة من إلزامية تأمين كما يأتي: الجسور، الأنفاق، السدود، الطرق، الطرق السريعة، الحواجز المائية التلية، المكاسر، الموانئ والمرافئ ومباني الحماية، قنوات نقل المياه، خطوط السكك الحديدية، مدرجات هبوط الطائرات".

فكان من الأنسب حسب رأينا الحفاظ على المبدأ والتشديد عليه لضمان جودة الأشغال من جهة ولضمان سير المرفق العام وللحفاظ على المال العام من جهة أخرى، والاكتفاء بالأسباب الخارجية للإعفاء فقط، والتي يثبت المقاول من خلالها أن الضرر ناتج عن سبب أجنبي كقوة قاهرة مثلا أو بفعل الغير أو خطأ من المصلحة المتعاقدة (رب العمل)[1].

[1] قادري نادية، المسؤولية العشرية للمقاول والمهندس المعماري في القانون المدني الجزائري، مجلة الحقوق والحريات، عدد تجريبي، 2013، ص 511.

الفصل الثالث:

الجزاءات المترتبة على إخلال المقاول بالتزاماته التعاقدية

الأصل أن عدم تنفيذ المقاول لتعهداته اتجاه المصلحة المتعاقدة يعتبر في حد ذاته خطأ يستوجب مسؤوليته إلا إذا تبين أن عدم الالتزام قد استحال بسبب أجنبي لا يد له فيه ولعل من أهم صور السبب الأجنبي كما تمت الإشارة إليه هي حالة القوة القاهرة المثبتة قانونا إضافة إلى ذلك تملك الإدارة سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها و تمثل هذه السلطة إحدى الضمانات الهامة و الخطرة في آن واحد لأنها قد تؤدي إلى فسخ الرابطة التعاقدية و نشوب النزاعات المرتبطة بعملية تنفيذ موضوع الصفقة، بالرغم من أن القضاء الإداري هو المخول قانونا بتقرير الجزاء و تطبيقه.

فيمكن للمصلحة المتعاقدة توقيع الجزاءات إذا ما قصر المقاول في كيفية أداء التزامه سواء امتنع عن تنفيذ أو تأخر فيه أو نفذ الالتزام على غير الوجه المطلوب أو أحل غيره محله في التنفيذ دون موافقة المصلحة المتعاقدة.

وتخضع سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المختلفة لنظام قانوني خاص هو نظام القانون العام في عقود الإدارة، إذ أن ضرورة الحرص على سير المرافق العامة تستلزم التشدد في التعامل مع المقاول لإجباره على تنفيذ العقد بدقة، ولما كانت الإجراءات المعروفة في قواعد القانون الخاص كالفسخ و التنفيذ العيني مع التعويض لا تكفي للحيلولة دون إخلال المتعاقد بالتزاماته، استلزم أن تتمتع المصلحة المتعاقدة أيضا بهذا الحق تحقيقا للمصلحة العامة.

وعليه فإن الجزاءات التي توقعها المصلحة المتعاقدة على المقاول نظير إخلاله بالتزاماته المقصود بها سير المرافق العامة واطراد عملها، تتدرج حسب

درجة خطورة المخالفة بين جزاءات مالية (مبحث أول) وجزاءات قسرية وفاسخة (مبحث ثاني).

المبحث الأول:

الجزاءات المالية في صفقة الأشغال العمومية

يشير غالبية الفقه إلى أن الجزاء المالي من الجزاءات الإدارية التي تتمتع الإدارة بحق تطبيقها على المتعاقد معها، إذا قصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية 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 الإدارة[1].

ومن ثم يعرفها الفقه بأنها عبارة عن المبالغ المالية التي يجوز للإدارة أن تطالب بها المتعاقد معها، إذا ما أخل بالتزاماته التعاقدية في أثناء تنفيذ العقود الإدارية[2].

ومما ينبغي قوله مقدما أن الجزاءات المالية تختلف عن مثيلتها من الجزاءات المالية المعروف في قواعد القانون الخاص التي تطبق في مجال العقود المدنية اختلافا بينا، وذلك من حيث الأحكام التي يخضع لها كل نوع منها، وتفترق عنها من ناحية أن المصلحة المتعاقدة تمتلك توقيعها مباشرة من دون الالتجاء إلى القضاء[3].

---

(1) سعيد عبد الرزاق باخبير، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2008، ص 200.

(2) أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت، دار النهضة العربية، 2003، ص 181.

(3) عباد صوفية، مرجع سابق، ص 146.

كما أن هذه الطائفة من الجزاءات تهدف في المقام الأول إلى تغطية الضرر الحقيقي الذي يلحق بالإدارة نتيجة خطأ المقاول في صفقة الأشغال العمومية، ضف إلى ذلك أنها تفرض عقابا على المقاول بقطع النظر عن أي ضرر قد يلحق بالإدارة، وذلك نتيجة لتقصيره في تنفيذ التزاماته.

وفي كل الأحوال فإن هذا النوع من الجزاءات يتم حصره بشكل عام في أنواع ثلاثة وهي غرامات التأخير (مطلب أول)، التعويضات (مطلب ثاني) ومصادرة التأمين (مطلب ثالث).

المطلب الأول: الغرامة التأخيرية

تتعدد وتتنوع صور إخلال المقاول بالشروط التعاقدية أثناء تنفيذ الصفقة العمومية للأشغال، فقد يخالف الأحكام الخاصة بممد التنفيذ فلا ينفذ الصفقة في المواعيد المحددة كما يخالف الشروط والمواصفات المتفق عليها في الصفقة لذلك يستوجب دراسة الغرامة التأخيرية من جميع النواحي بالتطرق إلى كل من مفهومها وأساسها القانوني وحالات الإعفاء منها.

الفرع الأول : تعريف الغرامة التأخيرية

عرفها فقه القانون العام بأنها مبلغ نقدي يحدد عادة في العقد الإداري بنسبة معينة من قيمة الأعمال، تفرضها الإدارة إذا ما أخل المتعاقد معها بميعاد تنفيذ التزاماته التعاقدية، وذلك ضمانا لانتظام سير المرفق العام[1].

[1] نصر الدين محمد بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 08

كما تعتبر الغرامة التأخيرية مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مقدما و تنص على توقيعها متى أخل المتعامل المتعاقد بالتزام معين لاسيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ وبوسع للإدارة أن تفرضها سواء نص عليها العقد أم لم ينص عليها[1].

ومنه فإن الغرامة التأخيرية هي عبارة عن تعويضات جزافية، منصوص عليها مقدما في العقد الإداري وتستحقها الإدارة تلقائيا جراء وقوع إخلال من جانب المتعاقد معها وبصرف النظر عما أصابها ضرر من ذلك أو عدمه، إلا أن الإدارة لا تستطيع مطالبة المتعاقد معها بتعويض يزيد عن مقدارها المحدد، وذلك حتى في حالة إذا جاوز الضرر الذي أصابها فعلا، التعويض الجزافي المنصوص عليه في الصفقة، ومع ذلك تستطيع اللجوء إلى القضاء طلبا التعويض عما أصابها من ضرر لاسيما إذا لم ينص في الصفقة على فرض غرامات التأخير[2].

فهي تفرض بمجرد التأخير في تنفيذ الأشغال، دون اشتراط حدوث ضرر نتيجة لذلك، كما أنها تستحق دون الرجوع إلى القضاء ما دام التأخير حصل بسبب المقاول وهي عموما تتسم بجملة من الخصائص التي تميزها عن النظم المشابهة كالشرط الجزائي والغرامة التهديدية المعروفين في القانون المدني، ويمكن إجمال هذه الخصائص فيما ذهب إليه القضاء الإداري المصري " تتميز الغرامة بأنها:

- إتفاقية لأنها تحدد مقدما في العقد، فإذا لم يكن قد نص عليها في العقد فلا يجوز للإدارة أن تسعى إلى تطبيقها على المتعاقد.
- تلقائية بمعنى أنها تطبق مباشرة دون حاجة من جانب الإدارة إلى إثبات أن ضرر ما قد أصابها.

---

(1) الجبوري محمود خلف، مرجع سابق، ص 117.

(2) سعيد عبد الرزاق باخبير، مرجع سابق، ص 200

- لا يمكن رفعها إلى مبلغ أعلى حتى ولو كان الضرر يزيد على قدرها المعين.
- تطبق بمقتضى قرار إداري دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء للحكم بتوقيعها.
- تستحق بمجرد التأخير دون حاجة إلى التنبيه باستحقاقها ..."[1].

وهي إذا تختلف عن النظم المشابهة في القانون الخاص، لأن الهدف منها أيضا يختلف وهو يتمثل في ضمان تنفيذ العقد الإداري في الميعاد المتفق عليه حرصا على حسن سير المرافق العامة[2].

و بناء على ما سبق، تتجلى أهم خصائص الغرامة التأخيرية فيما يلي :

محددة مسبقا: تتميز غرامات التأخير بأنها اتفاقية، أي أنها محددة مقدما في العقد أو القانون، فالصفقة عادة ما تحدد مقدار الغرامة التي تملك الإدارة إيقاعها بحق المتعامل المتعاقد غالبا، و بذا يلتزم الطرفان بتلك الأحكام الواردة في العقد ولا يملك أيا منهما التحلل منها كما تطبق تلك الأحكام التعاقدية إذا تعارضت مع الأحكام الواردة في النص القانوني، فأولوية التطبيق في حالة التعارض هي للأحكام الواردة في العقد[3].

كما أن النص على الغرامة يعني وجوب الالتزام بألا يزيد مبلغها عما هو منصوص عليه، فلا تستطيع الإدارة أن تزيد من قيمة الغرامة أو أن تستبدل غيرها بحجة عدم تناسب المبلغ المنصوص عليه مع الضرر حتى ولو كان ذلك الضرر

---

(1) أحمد رفعت خفاجي، طبيعة الغرامات التعاقدية في العقود الإدارية، مقال منشور بمجلة " المحاماة " تصدر عن نقابة المحامين المصريين، العدد 9 لسنة 1956، ص 1638.

(2) عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، الجزء 2، ص 851.

(3) علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، مجلة الحقوق، جامعة الكويت،العدد الأول، مارس 2000، ص 68.

يتجاوز حقيقة المبلغ المحدد للغرامة، كما أن المتعاقد لا يستطيع الاعتراض على توقيع الغرامة بحجة أن الإدارة لم يصبها ضرر أو أن الضرر غير كبير بحيث لا يتناسب مع الغرامة لأن الضرر هنا متحقق بمجرد وقوع التأخير لتعلق موضوع العقد بتنفيذ أو تسيير مرفق عام، فالعبرة هنا ليست في وقوع الضرر بل في حصول التأخير[1].

ذات طبيعة عقابية : تملك المصلحة المتعاقدة سلطة توقيع هذا النوع من الجزاءات المالية على المتعاقد المقصر أو المخالف، دون أن تكون ملزمة بإثبات أنه قد أصابها ضرر من جراء التأخير في تنفيذ العقد و يجوز جمع الجزاءات المتمثلة في الغرامة التأخيرية والجزاءات الأخرى الضاغطة والفاسخة إذا توافرت أسباب توقيع تلك الجزاءات، فيجوز مثلا سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه فضلا عن توقيع الغرامة[2].

ذات طبيعة إدارية : توقعها المصلحة المتعاقدة بنفسها دون حاجة إلى الالتجاء للقضاء للحكم بتوقيعها، فالمصلحة المتعاقدة تفصح عن رغبتها في استعمال سلطة توقيع جزاءات على المتعامل المتعاقد المقصر في أداء التزاماته بموجب صدور قرار ادري بتوقيع غرامة التأخير التي هي جزاء مالي، لا يكفي مجرد النص عليه ليصبح استحقاقه أمرا مقضيا تطالب به جهة المصلحة المتعاقدة في أي وقت تشاء وعليه تطبق الإدارة غرامات التأخير بإجراء إداري صادر عن إرادة الإدارة المنفردة دون أن تكون ملزمة بالالتجاء إلى القضاء، و عليها هنا أن تتأكد من إخلال المتعاقد بالفعل عن تنفيذ التزاماته، ولا يجوز لها فرض هذا الجزاء المالي على مجرد افتراضات أو قناعات غير مبررة و ثابتة[3].

---

(1) محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 117.

(2) عباد صوفية، مرجع سابق، ص 148

(3) بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص 102

الفرع الثاني: أحكام الغرامة التأخيرية.

تمتلك المصلحة المتعاقدة طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247 سلطة ممارسة الجزاءات المالية وتستمد أساسها القانوني في المادة 95 والتي جاء فيها تحت عنوان البيانات الإلزامية ما يلي: "يجب أن تشير كل صفقة عمومية إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما و إلى هذا المرسوم و يجب أن تتضمن على الخصوص البيانات الآتية :نسب العقوبات المالية و كيفيات حسابها و شروط تطبيقها أو النص على حالات الإعفاء منها ...".

كما تجد أساسها في المادة 147 و التي جاءت تحت عنوان العقوبات المالية حيث ورد فيها : "يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة وتنفيذها غير المطابق فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به" ثم أشارت الفقرة الثانية من ذات المادة أن المرجع في تحديد نسب العقوبات و كيفيات تسليطها من جانب المصلحة المتعاقدة على المتعامل الاقتصادي تذكر في الصفقة كما تذكر في دفتر الشروط[1].

وفي نفس السياق كرست الغرفة الإدارية تطبيق الغرامة التأخيرية في القرار الصادر بتاريخ 1989/12/16 في قضية (ع.ط) ضد والي ولاية قالمة، إذا جاء فيه:" من المقرر قانونا أن غرامات التأخير تطبق عند عدم تكملة الأشغال في الآجال على أساس مواجهة بسيطة بين تاريخ إنقضاء الأجل المتعاقد عليه، وتاريخ الإستيلام، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد.

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المدة المتنازع عليها كائنة بالضبط خارج مدة تنفيذ الأشغال والتي لا يمكن وضعها على عاتق المقاول، فإن القرار المستأنف

(1) عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 22

فيه القاضي بدفع مبالغ للطاعن تعويضا على الضرر اللاحق به طبق القانون تطبيقا صحيحا"[1].

ومما سبق يمكن حصر حالات أو أسباب توقيع الغرامة التأخيرية في حالة عدم تنفيذ الالتزامات محل التعاقد في الأجل المتفق عليه حيث ورد في سياق المادة 147 المشار إليها أعلاه العبارة التالية :" يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة... فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به".

فالمصلحة المتعاقدة عندما تتعاقد تضع بعين الاعتبار عنصر الزمن الذي ينبغي خلاله تنفيذ الصفقة أو العقد حتى يتسنى لها الانتهاء من العملية التعاقدية والدخول في علاقة جديدة أو تنفيذ جزء أو شطر من البرنامج المسطر و الانتقال إلى جزء آخر و هكذا فلا يمكن من حيث الأصل إغفال عنصر الزمن أو عدم إيلاءه الأهمية التي تليق به فالأمر يتعلق بمرفق عام و بخدمات عامة و بمصلحة عامة.

كما إن عنصر الزمن و آجال التنفيذ كان أحد عوامل و عناصر التقييم من قبل لجنة فتح الأظرفة و التقييم و هو بمثابة بيان إلزامي في الصفقة و أولاه المشرع أهمية خاصة حتى حين إبرام الملحق فلا يمكن من حيث الأصل التغافل أو السكوت من جانب الإدارة على متعامل أخل بآجال التنفيذ.

و من هذا المنطق وجب تسليط جزاء مالي على كل متعاقد ثبت إخلاله بالقيد الزمني أو المدة المقررة لتنفيذ العقد خاصة و أن هذه المدة هي من اقتراح

---

[1] قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، الصادر بتاريخ 1989/12/16، ملف رقم 65145، منشور بالمجلة القضائية، العدد 1، سنة 1991، ص 113 وما يليها.

المتعهد أو المتعاقد مع الإدارة حينما أقبل على إيداع طلب القروض و تعهد باحترام المدة المتفق عليها[1].

وعن كيفية تحصيل الغرامة بالنسبة للمشرع الجزائر فقد نص على حق الإدارة في اقتطاع الغرامات التعاقدية من المدفوعات التي تتم حسب الشروط والكيفيات المنصوص عليها في الصفقة، كما أجاز للإدارة صاحبة الأشغال إعفاء المقاول المخل بأحد التزاماته من توقيع الجزاء أي إعفاءه من دفع غرامة التأخير[2].

فالتأخير في تنفيذ الأشغال العامة يؤدي بالضرورة إلى زيادة تكاليف المشاريع، ولهذا تحرص الإدارة على إتمام الأشغال في مواعيدها وتدرج في عقود الأشغال العامة بندا ينص على الغرامة التأخيرية والتي غالبا ما تكون بتطبيق قاعدة "P= M / D x 7" ويرمز حرف P لكلمة العقوبة Pénalité وحرف M لقيمة الصفقة Montant Du Marché وحرف D لأجل أو ميعاد التنفيذ باليوم Délai، ويكون حاصل هذا المبلغ عن كل يوم تأخير بما في ذلك أيام العطل والراحة الأسبوعية على ألا يتجاوز المبلغ الإجمالي للغرامة نسبة 10% من قيمة الصفقة، وهذا ما تطبقه المصلحة المتعاقدة في الجزائر بالنسبة لعقود الأشغال العامة، فقيمة الغرامة التأخيرية تحدد وفق نسبة محددة تعينها شروط العقد، وهي تحدد عن كل يوم[3].

إلا أنه ينبغي الإشارة إلى أن مسؤولية المقاول تنتفي في حالة وقوع التأخير بسبب القوة القاهرة، أو في حالة فعل الإدارة كصدور أمر للمقاول بتوقيف الأشغال، وهو ما قضت به الفقرة الرابعة وما يليها من المادة 147 المشار إليها أعلاه حيث نصت على ما يلي:" يعود القرار بالإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التأخير

---

(1) عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 23 وما يليها

(2) هارون عبدالعزيز الجمل، مرجع سابق، ص 142

(3) علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 116.

إلـى مسـؤولية المصـلحة المتعاقـدة ويطبـق هـذا الإعفـاء عنـدما لا يكـون التـأخير قـد تسبب فيـه المتعامـل المتعاقـد الـذي تسـلم لـه فـي هـذه الحالـة أوامـر بتوقيـف الأشـغال أو باسـتئنافها. وفـي حالـة القـوة القـاهرة تعلـق الآجـال ولا يترتـب علـى التـأخير فـرض العقوبـات الماليـة بسـبب التـأخير ضـمن الحـدود المسـطرة فـي أوامـر توقيـف واسـتئناف الخدمـة التـي تتخـذها نتيجـة ذلـك المصـلحة المتعاقـدة. وفـي كلتـا الحـالتين يترتـب علـى الإعفاء من العقوبات المالية بسبب التأخر تحرير شهادة إدارية".

ولقـد أصـاب المشـرع الجزائـري بـالتطرق إلـى إمكانيـة إعفـاء المقـاول مـن دفـع هـذه الغرامـات ولـم يتـرك المجـال مطلقـا فـي تطبيقهـا مـن أجـل حمايـة المقـاول مـن خـلال عـدم قلـب اقتصـاديات العقـد وأصـاب المشـرع أكثـر عنـدما ضـبط وحـدد الحـالات على سبيل الحصر.

المطلب الثاني: مصادرة التأمين

إن الجـزاء المـالي الآخـر الـذي غالبـا مـا تـنص عليـه الصـفقات الأشـغال العموميـة هـو مصـادرة التأمينـات، وهـي عبـارة عـن مبـالغ ماليـة تـودع لـدى جهـة الإدارة تتجنـب بهـا آثـار الأخطـاء التـي يرتكبهـا المتعاقـد أثنـاء تنفيـذه بنـود العقـد و يضـمن لهـا ملاءتـه لمواجهـة المسـؤوليات الناتجـة عـن تقصـيره، إلا أن جـزاء مصـادرة التـأمين تحكمه جملة من الأحكام والقواعد القانونية سنقوم بتبيانها فيما يلي.

الفرع الأول: مفهوم مصادرة التأمين

إذا كـان مـن الالتزامـات المقـررة للمتعاقـد مـع الإدارة والواجـب احترامهـا هـي التأمينـات الماليـة مثـل كفالـة حسـن التنفيـذ التـي مـن شـأنها أن تكفـل التنفيـذ الجـدي والحسن للصفقة المتعاقد عليها لذا فمن من حق المصلحة المتعاقدة مصادرتها[1].

[1] فتيحة حابي، مرجع سابق، ص 282.

وبالتالي فإن مصادرة التأمين هو جزاء مالي يتمثل في حجز واستحواذ المصلحة المتعاقدة على هذه التأمينات التي يقدمها المتعامل المتعاقد معها جراء الإخلال بالالتزامات، وتملك الإدارة توقيعه بإرادتها المنفردة دون الحاجة إلى صدور حكم قضائي ودون اشتراط تحقق خطر ما[1].

وأهم ما يميز هذا الجزاء أن الإدارة تتمتع به حتى لو لم ينص عليه صراحة في العقد، إذ أنه مما يتضمنه النظام القانوني للعقد الإداري، فمن غير المتصور قيام هذا الضمان ما لم يكن لإدارة حق مصادرة التأمين.

كما أن مصادرة التأمين يتم بموجب قرار إداري تصدره الجهة الإدارية المختصة عن طريق التنفيذ المباشر من دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء مسبقا، ولا تملك الإدارة التنازل عن هذا الامتياز في دائرة جزاءات العقد الإداري وذلك أن سلطتها في هذا الشأن سلطة تقديرية تنأى عن الرقابة القضائية، إلا إذا كانت مشوبة بعيب إساءة استعمال السلطة[2].

كما أن الإدارة لا تلزم حينما تتخذ قرار المصادرة بإثبات أن ضررا ما قد أصابها، فيكفي بذلك أن يتخلف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته في المواعيد المحددة طبقا لشروط العقد[3].

وعلى العموم يتميز هذا الجزاء بالخصوص بما يلي :

- إن حق الإدارة في مصادرة الضمان عند التقصير في التنفيذ يقوم حتى و لم ينص عليه.

---

(1) محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 144

(2) سعيد عبد الرزاق باخبير، مرجع سابق، ص 224.

(3) عباد صوفية، مرجع سابق، ص 152.

- أن لـلإدارة الحـق فـي توقيـع جـزاء المصـادرة بنفسـها دون انتظـار لحكـم القضاء.
- تقـوم الإدارة بتوقيـع هـذا الجـزاء بغيـر حاجـة إلـى إلزامهـا بإثبـات أن ضـررا مـا قـد لحقهـا مـن جـراء إخـلال المتعامـل المتعاقـد معهـا، فالضـرر هنـا إذا مفترض.
- التـأمين المـودع لضـمان تنفيـذ العقـد يمثـل الحـد الأدنـى للتعـويض الـذي يحق للإدارة اقتضاؤه لكنه لا يمثل الحد[1].

الفرع الثاني: أحكام مصادرة التأمين

حتـى تـتمكن الإدارة مـن ممارسـة سـلطة ممارسـة مبلـغ مـا يتعـين أولا وجـوده بـين يـديها أو تحـت إمرتهـا فـي شـكل تـأمين يسـمى بكفالـة حسـن التنفيـذ وبـه تتميـز الصـفقة العمومية عن سائر العقود المدنية والتجارية.

ولقـد أوجـب قـانون الصـفقات العموميـة الجزائـري فـي المـواد 53، 54 و 56 مـن المرسـوم الرئاسـي 15-247 علـى المصـلحة المتعاقـدة أن تحـرص فـي كـل الحـالات علـى إيجـاد الضـمانات الضـرورية التـي تضـمن وجودهـا فـي وضـعية ماليـة حسـنة بمـا يكفـل حسـن تنفيـذ الصـفقة ولا يكـون ذلـك إلا تأمينـات بعنـوان كفالـة حسـن التنفيذ.

بالإضـافة إلـى مـا سـبق أوجبـت المـادة 124 مـن المرسـوم الرئاسـي 15-247 علـى المصـلحة المتعاقـدة أن تحـرص علـى إيجـاد الضـمانات الضـرورية التـي تتـيح أحسـن الشـروط لاختيـار المتعـاملين معهـا ولضـمان أحسـن الشـروط بغـرض تنفيـذ

[1] بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص 103.

الصفقة، وتحدد هذه الضمانات و كيفيات الاسترجاع في دفتر الشروط كوثيقة تعاقدية ومرجعية[1].

ووجود الضمان المالي كفيل بأن يجعل الإدارة في وضعية مالية حسنة بما يكفل حسن تنفيذ الصفقة ولا يكون ذلك إلا بفرض مبالغ مالية بعنوان كفالة حسن التنفيذ حيث جاء في المادة 130 من المرسوم الرئاسي 15-247 ما يلي:" زيادة على كفالة رد التسبيقات المنصوص عليها في المادة 110 أعلاه يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم حسب نفس الشروط كفالة حسن تنفيذ الصفقة".

وطبقا للفقرة الثالثة من المادة 130 يمكن للإدارة المعنية إعفاء المتعاقد معها من كفالة حسن التنفيذ إذا كان أجل تنفيذ الصفقة لا يتجاوز ثلاثة أشهر كما يمكنها أن تمارس كما يمكنها أن تمارس ذات الإعفاء بالنسبة للصفقات المبرمة مع المتعاملين بالتراضي البسيط وبالنسبة للصفقات المبرمة مع المؤسسات العمومية وطبقا للمادة 133 الفقرة الرابعة يعفى الحرفيون الفنيون والمؤسسات المصغرة الخاضعة للقانون من تقديم كفالة حسن التنفيذ عندما يدخلون في عمليات تتعلق بترميم ممتلكات ثقافية.[2]

و عليه فإن التأمين الذي يقدمه المتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة في صيغة كفالة تنفيذ يقصد من ورائه القيام بتنفيذ التزاماته طبقا لشروط العقد والمواعيد المحددة، بحيث لو قصر في ذلك كان للمصلحة المتعاقدة حق مصادرة هذا الضمان أو الكفالة حتى و لو لم ينص على ذلك في دفتر الشروط الإدارية العامة أو في العقد ما دام أن الغاية من التأمين هي ضمان التنفيذ الفعلي للعقد[3].

---

[1] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 27

[2] عمار بوضياف، نفس المرجع، ص 28.

[3] رحال عبد القادر، سلطة المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على المقاول المتعاقد معها في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، تيزي وزو، 1990، ص 166 و ما يليها.

ومنه فلا يجوز للمصلحة المتعاقدة التنازل عن شرط تقديم الضمان وذلك حرصا على ضمان تنفيذ الصفقة وهو ما يفسر حرص المشرع الجزائري على تأييد شرط الضمان في الصفقات العمومية وأكدت نصوص المرسوم الرئاسي أن كفالة حسن التنفيذ تخص المتعامل المتعاقد الوطني كما تخص المتعامل المتعاقد الأجنبي إذا لم يدعم عن طريق حكومة دولته، وفي هذه الحالة وجب أن يعتمد البنك الأجنبي عن تغطيته لمبلغ كفالة مصرفية من قبل البنك الجزائري المختص[1].

ففي حالة عدم التنفيذ المقاول لالتزاماته فإن الضمان لا يرد له إلا بإكماله كل الالتزامات العقدية وفي حالة عجزه عن ذلك يفقد هذا الضمان، فالغرض من التأمين النهائي هو ضمان تنفيذ المتعاقد لالتزاماته طبقا لشروط الصفقة في المواعيد المحددة لذا فمن حق المصلحة المتعاقدة إذا ما قصر المقاول في تنفيذ التزاماته أن تصادر التأمين لذلك لا يمكن تصور قيام هذا الضمان ما لم يكن للإدارة حق مصادرته[2].

ولقد حددت المادة 133 من المرسوم الرئاسي 15-247 مبلغ الكفالة بين 5% و10% من مبلغ الصفقة حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها، كما يلزم المتعامل المتعاقد بتقديم كفاله رد التسبيقات المنصوص عليها في المرسوم وهي و وهي كلها مبالغ يلزم المتعامل المتعاقد بان يضعها تحت تصرف الإدارة بواسطة بنك لتمارس عن طريقها الجزاء المالي في الإطار الذي حدده القانون وهو ما وهو ما تم توضيحه في الفصل الأول من هذا الباب.

---

(1) سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، رسالة ماجستير، جامعة تيزي وزو، 2013، ص 109.

(2) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 293.

أمـا فـي حالـة قيـام المتعامـل المتعاقـد بتنفيـذ جميـع التزاماتـه فلـه الحـق فـي اسـترجاع التـأمين النهـائي الـذي يقـع عليـه جـزاء المصـادرة (كفالـة الضـمان) كليـا فـي مـدة شـهر واحـد ابتـداء مـن تـاريخ التسـليم النهـائي للصـفقة وهـو مـا كرسـه قـرار مجلـس الدولـة المتضـمن أن وجـود محضـر يفيـد اسـتلام البلديـة الانجـاز نهـائي و بـدون أي تحفظ يبرر حق المقاول في استرجاع مبلغ الضمان[1].

وهـو مـا ورد فـي المـادة 134 مـن المرسـوم الرئاسـي 15-247 حيـث نصـت علـى مـا يلـي:" تسـترجع كفالـة الضـمان المـذكورة فـي المـادة 131 أعـلاه أو اقتطاعـات الضـمان المـذكورة فـي المـادتين 132 و 133 أعـلاه كليـا فـي مـدة شـهر واحـد ابتـداء مـن تـاريخ التسـليم النهـائي للصـفقة" وهـو مـا تضـمنه دفتـر الشـروط الإداريـة العامـة أيضـا بتفصـيل أكبـر حيـث: " يـرد مبلـغ الضـمان أو تحـرر الضـمانة الحالـة محلـه اثـر قيـام الإدارة برفـع اليـد عـن الأشـغال وذلـك فـي الشـهر الـذي يلـي تـاريخ الاسـتلام النهـائي للأشـغال إذا كـان متعهـد الصـفقة قـد أكمـل لـذلك التـاريخ تعهداتـه اتجـاه الإدارة وإذا أثبـت تأديتـه التعويضـات التـي يكـون ملزمـا بهـا طبقـا للقـانون المـؤرخ فـي 29 ديسـمبر 1892 عـن الأضـرار المسـببة للملكيـة الخاصـة حـين تنفيـذ الأشـغال العمومية"[2].

ومـا يلاحـظ علـى هـذه المـادة هـو الإحالـة إلـى قـانون مـؤرخ فـي 29 ديسـمبر 1892 وهـو مـا يـدعونا إلـى الإلحـاح فـي تعـديل وتحيـين دفتـر الشـروط الإداريـة العامـة تماشـيا مـع التعـديلات التـي تطـرأ علـى القـانون المـنظم للصـفقات العموميـة فـي كـل مرة.

---

[1] قرار مجلس الدولة الغرفة الإدارية في قضية رقم 6504 جلسة تاريخ 2002/09/23 قضية بلدية بوقادير ضد السيد خ ب، انظر https://www.mouwazaf-dz.com/t224-topic، بتاريخ 2020/12/20.

[2] الفقرة 1 من المادة 48، دفتر الشروط العامة الإدارية الجزائري، مرجع سابق.

المطلب الثالث: التعويض

من المسلم به في الوقت الحاضر وكقاعدة عامة أن التعويض يعترف به كجزاء تملك المصلحة المتعاقدة توقيعه على المتعاقد معها المقصر بمقتضى عقد من العقود الإدارية، وباعتبار أن عقد الأشغال العامة من العقود الإدارية سنحاول تبيان أحكام التعويض ومفهومه فيما يلي:

الفرع الأول: مفهوم التعويض في عقد الأشغال العامة

ويرى البعض أن التعويض لا يعتبر من الجزاءات الإدارية لأنه مجرد تطبيق للقواعد العامة في القانون الخاص، إلا أنه مادامت الإدارة لديها القدرة على الحصول على ذلك التعويض و بنفسها دون عرض الأمر على القضاء مقدما، فإن ذلك يكفي للقول بأن سلطة الإدارة ملاحظة فيه بشكل واضح، وبما يكفي لاعتباره من نوع الجزاءات الإدارية المالية[1].

فالتعويض في عقد الأشغال العامة تلك المبالغ التي يحق للإدارة الحصول عليها من المتعاقد المخل بالتزاماته وتعتبر الجزاء الأصيل لذلك إذ لم ينص العقد على جزاءات أخرى لمواجهة هذا الإخلال، وهو جزاء قريب من ذلك المعروف في العقد المدني من حيث اشتراط توفر ركن الضرر وكيفية تقدير التعويض، إلا أنهما يختلفان فيما يتعلق بكيفية تحصيل تلك التعويضات[2].

فالقاعدة العامة في التعويض هي أن كل خطأ سواء كان إخلالا بالتزام عقدي أو بالتزام فرضه القانون يسبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض، ويمكن طلب التعويضات كجزاء للإخلال بالتزامات عقدية عندما لا ينص العقد ذاته على جزاء مالي لمواجهة هذا الإخلال، والنظام القانوني للتعويض في العقود

---

(1) بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص 101.

(2) علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 114

الإدارية قريب من النظام القانوني له في القانون الخاص وهذا فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض وفي اشتراط ركن الضرر، ولكن يختلف النظامان عن بعضهما البعض فيما يتعلق بكيفية تحصيل التعويض[1].

في هذا يجمع غالبية فقه القانون العام على تعريف التعويض بأنه عبارة عن المبالغ التي يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد معها، إذا أخل بالتزاماته التعاقدية حالة سكوت العقد أو دفاتر الشروط عن النص على جزاء مالي آخر كالغرامات، لمواجهة هذا الإخلال[2]، مما يعني أن التعويض هو الجزاء الأصيل للإخلال بالالتزامات التعاقدية، وذلك إذا لم تنص الصفقة على جزاءات مالية لمواجهة هذا الإخلال.

وأهم ما يميز هذا الجزاء أنه يهدف إلى جبر الضرر الذي تتعرض له المصلحة المتعاقدة، بالتالي فإن التعويض في الصفقات العمومية يرمي إلى كفالة حسن سير المرافق العامة وذلك باقتضاء التعويض من المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته حيث أن خوفه من دفع مبلغ مرتفع سيدفعه إلى تنفيذ التزاماته طواعية[3].

كما أن التعويض كمبدأ عام لا يكون محددا ومقدرا مقدما في الصفقة وإلا أصبح في حكم الغرامات، فالنصوص المنظمة للصفقات العمومية وكذا دفاتر الشروط الإدارية العامة المتعلقة بصفقات الأشغال العامة لم تتطرق ولم توضح طريقة تحديد مبلغ التعويض فقد اكتفت بالحث على وجوب تعويض المصلحة المتعاقدة عن الأضرار التي تلحقها من جراء الأخطاء التي ارتكبها المقاول لجبر هذه الأضرار[4].

---

(1) بحري اسماعيل، مرجع سايق، ص 101.

(2) سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 509.

(3) سبكي ربيحة، مرجع سابق، ص 113.

(4) الفقرة 3 من المادة 26، دفتر الشروط العامة الإدارية الجزائري، مرجع سابق.

وعليه، فحتى يثبت الحق في الحصول على التعويض يجب أن يكون هناك خطأ من المقاول، أي الإخلال بأحد التزاماته، وأن يتسبب ذلك في ضرر للإدارة، وتكون هناك علاقة سببية بين الإخلال وحدوث الضرر الفعلي للإدارة، لذلك فالتعويض يكون بقدر الضرر بتاريخ الحادث، أما كيفية تقدير التعويض فإن مجلس الدولة الفرنسي يسمح للإدارة بتقدير التعويض بنفسها مقدما، وتلزم المقاول بذلك، وله أن يخاصمها في ذلك أمام القضاء، كما يمكن للإدارة أن لا تبادر بتقدير التعويض وتترك ذلك للقضاء مباشرة[1].

الفرع الثاني: أحكام التعويض في عقد الأشغال العامة

حري بالإشارة إلى أن النظام القانوني للصفقات العمومية في الجزائر لم يشر بطريقة مباشرة وصريحة إلى التعويض كجزاء مالي، فهو يطبق كضمان على المتعامل المتعاقد في حالة إخلاله أو تقصيره في أداء التزاماته العقدية، إلا أنه يمكن إدراجه في إطار ما جاءت به المادة 147 حين تضمنت ما يلي:" 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".

فيفترض في هذه الحالة أن المتعاقد مع الإدارة أخل بالشروط المتفق عليها و كيفيات التنفيذ فخرج عن الالتزامات التي تعهد بها فالوضع الطبيعي أيضا في هذه الحالة هو خضوعه لجزاء مالي و تأسيسا على ما تقدم فإن سلطة توقيع الجزاء المالي في شكل غرامة بالنسبة للتأخير أو عقوبة مالية تأتي في شكل تعويض عن الأضرار الناجمة عن التنفيذ غير المطابق[2].

---

(1) علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 114.

(2) عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 25.

وبالإضافة إلى المادة 147 نصت الفقرة الأولى من المادة 152 على ما يلي: "لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية عند تطبيقه البنود التعاقدية للضمان، والمتابعة الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها وزيادة على ذلك يتحمل هذا الأخير التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة"، ونستشف من هذا النص أن المشرع رغم أنه لم ينص صراحة أيضا على أن التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة هي التعويضات، إلا أنه بالمقابل حدد قيمة التعويض وفقا لجسامة الضرر الذي تحملته المصلحة المتعاقدة ولقد كان من الأحسن على المشرع أن يفصح بوضوح عن حق الإدارة في اقتضاء التعويض من تلقاء نفسها حتى يزول أي لبس بهذا الصدد على غرار الفقرة 3 من المادة 26 من دفتر الشروط الإدارية العامة والتي جاءت كما يلي: "يتحمل المقاول النفقات الناتجة عن تلك العملية عندما يكون فساد البناء محققا ومعترفا به دون الإخلال بالتعويض الذي يمكن أن تطالب به الدولة".

وباعتبار أن التعويض في هذه الحالة يمكن أن تقدره المصلحة المتعاقدة من تلقاء نفسها فبإمكان المقاول أن ينازعها في تقدير التعويض أمام القضاء إذا أراد ذلك حيث أن طبيعة الرقابة القضائية اللاحقة تحمل ضمانا أكيدا للمقاول والمصلحة المتعاقدة معا مما قد يشوب تصرف هذه الأخيرة في تقدير التعويض نفسها من أخطاء أو غلو و بإمكان المصلحة المتعاقدة أن تلجأ للقاضي ابتداء بطلب التعويض[1].

تجدر الإشارة في هذا المجال أنه لا يجوز كقاعدة عامة للمصلحة المتعاقدة توقيع جزاءات على المقاول المقصر إلا بعد إعذاره للقيام بالالتزاماته، إلا أنه يمكن أن يتفق الطرفان أو قد ينص القانون على إعفاء المصلحة المتعاقدة من الإعذار

[1] بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص 101.

وهـو مـا نصـت عليـه علـى سـبيل الاسـتدلال المـادة 36 مـن دفتـر الشـروط الإداريـة العامـة " إذا وردت فـي عقـد الصـفقة نصـوص تتضـمن عقوبـات علـى التـأخير فيجـرى تطبيقهـا دون إنـذار سـابق..."، وهـو مـا ينطبـق بالتبعيـة علـى التعـويض، فيعتبـر المقـاول المقصـر معـذرا آليـا دون الحاجـة إلـى أي إجـراء تطالـب بـه مـن المتعاقـد تنفيـذ الالتزام.

وعليـه فـلا ضـرورة للاعـذار لشـرط اسـتحقاق التعـويض فـي نطـاق عقـد الأشـغال العامة إذا:

- وجـد نـص فـي العقـد أو نـص تشـريعي يعفـي المصـلحة مـن اعـذار المقاول المقصر.
- كانت مخالفة المقاول لالتزاماته مما يستحيل تداركها.
- إذا أعلن المقاول من جانبه صراحة عدم تنفيذ التزاماته[1].

المبحث الثاني:

الجزاءات القسرية والفاسخة

إلـى جانـب توقيـع الجـزاءات الماليـة علـى المقـاول المقصـر فـي تنفيـذ التزاماتـه، تملـك الإدارة أن ترغمـه علـى ذلـك بواسـطة حلولهـا محلـه فـي القيـام بالتنفيـذ مباشـرة أو عـن طريـق الغيـر الـذي يقـوم بـإدارة المقاولـة، لـيس هـذا فقـط بـل وتصـل الجـزاءات إلـى حـد فسـخ عقـد الأشـغال العامـة وذلـك حسـب درجـة الإخـلال بالالتزامـات العقديـة حيـث تجـد هـذه الإجـراءات القسـرية مبررهـا فـي ضـرورة ضـمان حسـن سـير المرافـق العامـة والحفاظ على المال العام في الغالب بالنسبة للفسخ.

---

(1) فتيحة حابي، مرجع سابق، ص 280.

المطلب الأول: سحب العمل في عقد الأشغال العامة

المقصود بالإدارة المباشرة أو النظام المباشر هو وضع المقاولة تحت تصرف المصلحة المتعاقدة فتحل محل المقاول أو تعين مديرا يقوم بتسيير المقاولة وتنفيذ الأشغال التي لم ينفذها المقاول ويتم ذلك لحساب هذا الأخير وعلى مسؤوليته وباعتبار خطورة الجزاء ووقعه الكبير على المقاول سيتم تبيان مفهومه وشروطه وكذا آثاره من خلال ما يلي.

الفرع الأول: مفهوم سحب العمل

يقصد بهذا الجزاء أن تحل المصلحة المتعاقدة محل المقاول في تنفيذ أعماله و قيامها بتنفيذ العمل بنفسها على حسابه أو تعهد للغير بتنفيذ هذه الأعمال على مسؤولية المقاول الأول وذلك تحت إدارتها المباشرة كلا أو جزءا لضمان إنجاز العمل[1].

ولقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر أن سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد هو جزاء من الجزاءات التي تملك جهة الإدارة ممارستها فهي وسائل ضغط وإجراءات قهرية يبررها أن العقود الإدارية يجب أن تنفذ بدقة لان سير المرافق يقتضي ذلك، ومنه فإن هذا الجزاء يهدف إلى إرغام المقاول على تنفيذ العقد و ليس من شأنه إنهاؤه، بل يستمر منتجا لآثاره و تظل الرابطة التعاقدية قائمة، و يؤدي هذا الإجراء إلى حلول المصلحة المتعاقدة أو مقاول آخر مؤقتا محل المقاول المخل بالتزاماته ولذلك لا يوقع هذا الإجراء إلا مع قيام الرابطة العقدية[2].

---

(1) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 297

(2) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 298

وتجدر الإشارة أن التشريعات المقارنة قد حرصت على تحديد الحالات التي يجوز فيها سحب العمل من المقاول وعلى سبيل الحصر وهذا مراعاة لعملية اختيار المتعاقد القائمة أساسا على اعتبارات خاصة، سواء من حيث الكفاية المالية أو المقدرة الفنية أو حسن السمعة، ذلك أن الاعتبار الشخصي يوضع في المقام الأول سواء فيما يتعلق باختيار المتعاقد أو تنفيذ العقد، ومن ثم ليس من السهل حرمان هذا المتعامل المتعاقد من أداء الالتزامات التي أسندت له هذا من جهة.

أما من جهة أخرى فإن ذكر حالات معينة في النصوص مع تخويل الإدارة حق سحب العمل من المقاول إذا وجد فيها له فائدة أساسية تتعلق بمدى رقابة القضاء، ففي هذه الحالات ليس للقاضي أن يتدخل للحكم على مدى ملائمة السحب للخطأ، ما دام أن ذلك الخطأ من بين الأخطاء التي تبرر السحب في نظر المشرع، أما في الحالات غير المنصوص عليها فإن للإدارة أن تسحب العمل ولكن يكون للقضاء في هذه الحالات الحكم على ملائمة السحب للأخطاء المنسوبة للمقاول[1].

وقد تقرر جزاء سحب العمل من المقاول في الفقرة 3 من المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة التي تنص على أنه: " إذا لم ينفذ المقاول المقتضيات المفروضة، يجوز للمهندس الرئيسي باستثناء حالة الاستعجال بعد عرض المسألة على الوزير، أن يأمر بإجراء النظام المباشر الذي يجوز أن يكون جزئيا".

فقد يكون سحب العمل من المقاول حسب الفقرة 3 من المادة 35 المذكورة أعلاه كليا أو جزئيا حسب الأحوال، فإذا امتنع المقاول عن تنفيذ التزاماته كليا كان سحب العمل كليا أما إذا رفض المقاول إصلاح ما يظهر من عيوب في جزء من الأشغال التي تم تنفيذ ها حين يتم تسليمها أو أثناء التنفيذ بعدم امتثاله لأوامر

(1) بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص 104.

المصلحة، فللمصلحة المتعاقدة حق مباشرتها بنفسها وعلى نفقة المقاول وذلك طبقا لأحكام المادة 26 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

ويلاحظ أيضا من خلال هذه الفقرة من المادة 35 المذكورة أعلاه أن المشرع أطلق على جزاء سحب العمل من المقاول عبارة النظام المباشر على نفقة المقاول وفي الحقيقة أن هذا المصطلح لا يعبر بصفة واضحة على جزاء سحب العمل من المقاول لأن مصطلح النظام المباشر له مفهوم واسع حيث يمكن فهمه أنه الاستغلال المباشر الذي يعتبر أسلوب من أساليب إدارة المرفق العام أين تتولى الإدارة بنفسها تسيير المرفق العام مستعمله أموالها وموظفيها مستخدمة امتيازات السلطة العامة ومتحملة مسؤوليتها بذلك أو فهمه على أنه التنفيذ المباشر الذي يعتبر مظهر من مظاهر السلطة العامة على عكس النص باللغة الفرنسية[1] حيث جاءت الغاية المقصودة منه واضحة لذلك كان من الأنسب على المشرع مراعاة دقة المصطلحات القانونية لتفادي أي لبس فيها.

الفرع الثاني: شروط تطبيق جزاء سحب العمل من المقاول

نظرا لخطورة هذا الإجراء المخول للمصلحة المتعاقدة توقيعه على المقاول المتعاقد معها في حالة تقصيره، وما ينتج عنه من آثار قد تكون سلبية في مجال الأشغال بسبب تخوف المقاولين من التعاقد مع المصلحة المتعاقدة فلا بد من توافر شروط معينة و تتمثل في:

---

(1) Article 35 alinéa 3 de l'arrêté du 21 novembre 1964 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés de travaux du ministère de la reconstruction, des travaux publics et des transport, 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 ministère peut ordonner l'établissement d'une régie au frais de l'entrepreneur. Cette régie peux n'être que partielle ».

أولا: ارتكاب المقاول لخطأ يوجب السحب:

و هـذا الخطـأ إمـا أن يكـون بمخالفـة نصـوص العقـد أو مخالفـة روح العقـد، ويتعـين هنـا أن تكـون الأخطـاء علـى درجـة كافيـة مـن الجسـامة حتـى تكـون مبـررا لتطبيـق هـذا الإجـراء، فالأخطـاء البسـيطة والقليلـة الأهميـة لا تكفـي لتبريـر هـذا الإجراء[1].

فيشـترط لسـحب العمـل مـن المقـاول أو وضـع مقاولـة مـا تحـت الإدارة المباشـرة أن يرتكـب المقـاول خطـأ جسـيما فـي تنفيـذ التزاماتـه، فـإذا كانـت المخالفـة التـي ارتكبهـا ثانويـة أو ذات أهميـة بسـيطة فإنهـا لا تقبـل مبـررا كافيـا لتطبيـق هـذا الجـزاء المتشـدد، وهـو مـا يعطـي الحـق للمقـاول فـي تحميـل الإدارة مسـؤولية تصـرفها وحـق طلـب التعـويض عـن ذلـك وهـو مـا ذهـب إليـه مجلـس الدولـة الفرنسـي حيـث يـرى أنـه يسـتوجب أن يكـون إخـلال المقـاول ذا جسـامة كافيـة يعـرض المصـلحة العامـة للخطـر حتـى يقـر مشروعية هذا الإجراء، وتبقى السلطة التقديرية لذلك في يد القاضي[2].

وعلـى العمـوم ومـن خـلال تحليـل نـص المـادة 35 مـن دفتـر الشـروط الإداريـة العامـة[3] التـي تـنص علـى أنـه: " إذا لـم يتقيـد المقـاول بشـروط الصـفقة أو بـأوامر المصـلحة التـي يتلقاهـا مـن مهنـدس الـدائرة أو المهنـدس المعمـاري، يعمـد المهنـدس إلـى إنـذاره بلـزوم التقيـد بتلـك الشـروط والأوامـر فـي أجـل يحـدد بمقـرر يجـري إبلاغـه لـه بموجـب أمـر المصـلحة..." فإنـه يمكـن تقسـيم الخطـأ المرتكـب مـن المقـاول والموجـب للسحب إلى نوعين:

أ- خطأ عدم التقيد بشروط العقد:

---

(1) عباد صوفية، مرجع سابق، ص 158.

(2) DE LAUBADERE André, GAUDEMET Yves , Traité de droit administratif, Tome 2 ,droit administratif des biens,11éme édition , Paris 2002, P 157.

(3) الفقرة 1 من المادة 35، دفتر الشروط العامة الإدارية الجزائري، مرجع سابق.

ويكـون مـثلا بعـدم مراعـاة المقـاول لمـدة التنفيـذ المنصـوص عليهـا، وهـذا مـا يسـمح لـلإدارة بوضـع المقاولـة تحـت الإدارة المباشـرة لأن مـن شـأنه أن يـؤدي إلـى تـأخير فـي تنفيـذ الأشـغال، بشـرط أن يكـون المقـاول هـو المتسـبب فـي التـأخير، أمـا إذا كـان ذلـك نـاتج عـن ظـرف اسـتثنائي أو قـوة قـاهرة أو تـدخل الإدارة ذاتهـا، فـإن ذلـك كلـه يعفـي المقـاول مـن هـذا الجـزاء حتـى ولـو سـاهم بخطـأ يسـير مـع ظـرف مـن هـذه الظروف.

ومـن الأمثلـة أيضـا التـي تـدخل ضـمن عـدم التقيـد بشـرط الصـفقة، تخلـي المقـاول عـن مزاولـة الأشـغال وتركهـا دون مبـرر مقبـول، ولا يقبـل كمبـرر فـي هـذا الصـدد تعطـل الإدارة عـن دفـع الأقسـاط للمقـاول أو أن يتعلـل هـذه الأخيـر بوجـود نـزاع مطـروح أمـام القضـاء بينـه وبـين الإدارة صـاحبة الأشـغال، والأمثلـة علـى ذلـك كثيـرة وفـي كـل الأحـوال تبقـى للقاضـي سـلطة واسـعة فـي تقـدير جسـامة الخطـأ إذا لـم يقيـده المشرع[1].

ب-خطأ رفض المقاول للأوامر المصلحية:

فالمقـاول فـي عقـد الأشـغال العامـة يجـب عليـه الامتثـال للأوامـر المصـلحية التـي تصـدرها الإدارة متـى كانـت تلـك الأوامـر مسـتوفية للشـروط القانونيـة تكـون مكتوبـة وتصدر من سلطة مختصة ... إلخ[2].

والإدارة بمـا تملكـه مـن سـلطة توجيـه ومراقبـة فـي تنفيـذ الأشـغال العامـة، فإنهـا بنـاء علـى ذلـك قـد تصـدر أوامـر للمقـاول المتعاقـد الـذي يقـوم بالتنفيـذ، وعلـى هـذا الأخيـر الامتثـال لتلـك الأوامـر ومـا تتضـمنه مـن مقتضـيات تنفيـذ الأشـغال أو

(1) سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 484.

(2) المادة 12، دفتر الشروط العامة الإدارية الجزائري، مرجع سابق.

التعديلات، فإذا رفض المقاول الاستجابة لتلك الأوامر، جاز للإدارة وضع المقاول تحت الإدارة المباشرة.

أما إذا كانت تلك الأوامر تشمل تعديلات خارجة عن العقد، أو تعدل شروطه الأساسية بشكل كبير، فإن عدم امتثال المقاول لتلك الأوامر لا يقبل كمبرر لسحب العمل من المقاول.

ثانيا: وجوب إعذار المقاول

يصدر جزاء سحب العمل من المقاول بعد إعذاره من قبل الإدارة نفسها، وهذا حتى يكون على بينة من أنها عازمة على توقيع هذا الجزاء في حالة استمرار مخالفته و تقصيره في أداء الالتزامات المفروضة عليه[1].

وهذا الشرط يتطلب من خلاله المشرع وكذا الفقه والقضاء لوضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة، وجوب إنذار المقاول وتنبيهه إلى الخطأ الذي وقع فيه، وبالتالي وجوب تداركه في مهلة زمنية معينة يحددها له الإنذار، فالإعذار شرط أساسي لصحة الجزاء الذي توقعه الإدارة على المقاول الذي ارتكب خطأ جسيما في تنفيذ التزاماته التعاقدية، طبعا إلا إذا نص في العقد أو في دفتر الشروط على إعفاء الإدارة من هذا الإجراء أو في حالة الاستعجال[2].

والمقصود بالإعذار هنا هو وضع المقاول في وضع المتأخر أو المقصر في تنفيذ التزاماته، وكما هو معروف في القانون المدني أن مجرد استحقاق أداء الالتزام لا يكفي لجعل المدين معذورا بل يجب على الدائن أن يقوم بإعذاره ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك.

---

(1) DE LAUBADERE André, Op Cit, P 400.

(2) علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 123.

علاوة على ذلك فإن الإنذار يعد إثباتا قانونيا لحالة تأخر المقاول في تنفيذ التزاماته أي إثبات عدم وفائه من الناحية القانونية و عليه فالإنذار يعتبر شرطا ضروريا لسحب العمل من المقاول، و مع ذلك يمكن في حالة الاستعجال والحالات الخاصة للمصلحة المتعاقدة أن تسحب العمل من المقاول المقصر دون إنذاره و يتحمل النفقات المترتبة على هذا الإجراء رغم عدم وجود إنذار و هذا ما عالجته المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة و كذا في حالة تضمن العقد أو دفتر الشروط الخاصة نصا صريحا بإعفائه من الإنذار.

كما فرضت نفس المادة[1] السالفة الذكر في الإعذار الذي يجب أن يوجهه المهندس "ممثل الإدارة" إلى المقاول أجلا لاستدراك الخطأ، ومدة هذا الأجل يجب ألا تقل عن عشرة أيام ابتداء من تاريخ التبليغ كحد أدنى، أما الحد الأقصى فهو مفتوح يبقى للسلطة التقديرية للإدارة التي تراعي العمل المطلوب من المقاول.

و لا تحتاج المصلحة المتعاقدة لتوقيع جزاء سحب العمل إلى حكم قضائي بل يكفي الإفصاح عن إرادتها في ذلك بموجب قرار إداري مستوفي للشروط الموضوعية أما الشروط الشكلية فهي غير محددة إلا ما بينته المادة 3 من قرار وزير المالية المؤرخ في 2011/03/28[2] حيث حددت البيانات التي يتضمنها الإعذار وجوبا في:

- تعيين المصلحة المتعاقدة وعنوانها.
- تعيين المتعامل المتعاقد وعنوانه.
- توضيح إن كان أول أو ثاني إعذار عند الاقتضاء.
- موضوع الإعذار.

---

(1) الفقرة 2 من المادة 35، دفتر الشروط العامة الإدارية الجزائري، مرجع سابق.

(2) قرار وزير المالية المؤرخ في 2011/03/28 المحدد للبيانات التي يتضمنها الإعذار وآجال نشره، ج ر عدد 24 الصادرة في 2011/04/20.

- الأجل الممنوح لتنفيذ موضوع الإعذار.
- العقوبات المنصوص عليها في حالة رفض التنفيذ.

كما أن المادة 4 من القرار ذاته ألزمت المصلحة المتعاقدة بتبليغ الإعذار برسالة موصى عليها ترسل إلى المتعامل المتعاقد مع إشعار بالاستلام ونشره حسب الشروط المحددة في هذا القرار[1] ويسري مفعول الإعذار من تاريخ النشر الأول في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة[2].

الفرع الثالث: آثار سحب الأشغال من المقاول

يترتب على سحب العمل من المقاول نتيجة إهماله أو تقصيره في تنفيذ التزاماته، مجموعة من الآثار أهمها:

1. سحب العمل بمقتضى إجراء الإدارة المباشرة هو إجراء مؤقت لا ينهي الرابطة العقدية بين المقاول والمصلحة المتعاقدة، ولها أن تنهي الجزاء في أي وقت وبالتالي استئناف المقاول انجاز الأشغال[3].
2. تقوم الإدارة بتنفيذ الأشغال إما بنفسها أو عن طريق الغير بحسب ما تقدره هي ويتم ذلك على مسؤولية المقاول ولحسابه[4]، وبذات الشروط المنصوص عليها في العقد، فالمقاول وحده يتحمل مخاطر المشروع، حيث يظل مسؤولا عن جميع التزاماته التعاقدية بعد سحب العمل و لا يمكنه استرداد التأمين أو الضمان وقت الإعلان عن إجراء السحب، و منطقي ألا يطالب باقتضاء الأشغال التي نفذها بعد إعلان السحب ما دام أن العمل مستمر في التنفيذ على حسابه.

---

(1) المادة 2/5 من قرار وزير المالية المؤرخ في 2011/03/28، مرجع سابق.

(2) المادة 3/5 من نفس المرجع.

(3) الفقرة 6 من المادة 35، دفتر الشروط العامة الإدارية الجزائري، مرجع سابق.

(4) الفقرة 5 من المادة 35، من نفس المرجع.

3. يسمح للمقاول بمتابعة عمليات التنفيذ إلا أنه لا يحق له التدخل فيها وبالتالي لا يسمح له بعرقلة العمل أو الاعتراض على أوامر المكلف بالإدارة[1].
4. إذا اسند انجاز المشروع إلى مقاول جديد بعد سحبه من المقاول الأصلي فإنه يكون قد رتب حقوقا مكتسبة للمقاول الجديد لا يمكن المساس بها عن طريق إرجاع المقاولة لصاحبها الأصلي[2].
5. من حق المقاول المسحوب منه العمل مراقبة تنفيذ الأشغال في مقابل التزاماته بالنفقات والمصروفات الإضافية الناجمة عن إجراء الإدارة المباشرة[3]، ولا يستطيع أن يتحلل من هذه المصروفات الإضافية إلا إذا أثبت أن سبب الزيادة يعود إلى خطأ الإدارة في التنفيذ، وهنا يحق طلب استبعاد المصروفات التي لا أساس لها.
6. وإذا تم التنفيذ بثمن أقل من القيمة المقدرة في العقد، فلا يحق للمقاول أن يطالب بهذا الفائض حتى لا يستفيد من تقصيره، حيث جاء في المادة35 الفقرتان 7 و 8 :" إن الزيادة الحاصلة في النفقات الناجمة من النظام المباشر أو من الصفقة الجديدة يجري اقتطاعها من المبالغ التي يستحقها المقاول، وبخلاف ذلك، فمن ضمانه ولا يحول ذلك دون ممارسة الإجراءات التي تتخذ بحقه في حالة عدم التسديد. إذا أدى النظام المباشر أو الصفقة الجديدة بالعكس إلى خفض في النفقات فلا يجوز للمقاول المطالبة بأية حصة من هذا الربح الذي يعتبر حقا مكتسبا للدولة ".
7. تستطيع الإدارة صاحبة الأشغال في ظل النظام المباشر "الإدارة المباشرة" أن تستعمل المواد والأدوات والآلات والمنشآت الخاصة بالمقاول إذا لم يمتثل لاستئناف الأشغال خلال المهلة المحددة في الإعذار، كما أن لها الحق في

---

(1) الفقرة 6 من المادة 35، من نفس المرجع.

(2) فتيحة حابي، مرجع سابق، ص 294.

(3) الفقرة 6 من المادة 35، دفتر الشروط العامة الإدارية الجزائري، مرجع سابق.

الاحتفاظ بها حتى بعد انتهاء الأشغال ضمانا لحقوقها[1] كما أنها تلتزم بالمحافظة عليها وتقوم مسؤوليتها عن كل ما يلحقها من فساد أو تلف أو خطأ[2].

8. للإدارة أن تجمع بين وسائل الضغط والجزاءات الأخرى والتي منها حق توقيع الغرامات ما دامت هذه الجزاءات لا تتناقض مع الإدارة المباشرة كما لو كانت فسخ العقد مثلا، لأنه لا يعقل أن تفسخ الإدارة العقد وفي نفس الوقت تقوم بالإدارة المباشرة للمقاولة[3].
9. يمكن أن يكون وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة جزئيا فقط ولا يشمل بالضرورة جميع الأشغال إذا كانت طبيعة هذه الأخيرة تسمح بتجزئتها[4].

تجدر الإشارة في الأخير إلى أن أغلب الفقهاء يعتبرون إجراء سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه كجزاء على تقصيره من النظام العام، ولا تستطيع الإدارة أن تضمن العقد شرطا يحرمها هذا الحق وإلا وقع هذا الشرط باطلا لأنه يلغي في الواقع سلطة قانونية ضرورية لضمان سير المرفق العام[5].

كما أن تطبيق إجراءات الضغط تخضع لرقابة القضاء إذ من حق المقاول أن ينازع أمام القضاء في صحة إجراء توقيع الجزاء عليه، وللقاضي أن يحكم على الإدارة بالتعويض، متى قدر أنها تسببت بتصرفها المعيب بإلحاق ضرر بالمقاول، ولكن دون أن يستطيع إلغاء الإجراء[6].

---

(1) سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 479.

(2) فتيحة حابي، مرجع سابق، ص 294.

(3) سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 486.

(4) DELAUBADERE, Op Cit, P 368.

(5) DELAUBADERE, Op Cit, P 155.

(6) علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 127.

وهو ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن قاضي العقد ليست له سلطة إلغاء الإجراءات التي تتخذها الإدارة صاحبة العمل قبل المقاول المتعاقد معها وإنما يبحث ما إن كانت هذه الإجراءات تسمح للمقاول بالحق في طلب التعويض المستحق عما أصابه من ضرر أو فسخ العقد على حساب ومسؤولية الإدارة[1].

المطلب الثاني: الفسخ الجزائي لصفقة الأشغال العمومية

تتدرج الجزاءات التي تملك المصلحة المتعاقدة توقيعها على المتعامل المتعاقد معها حسب درجة الخطأ الذي يرتكبه هذا الأخير، فكلما كان الخطأ جسيما كلما تدرجت العقوبة إلى درجة أشد قساوة، وهذا بمقتضى النصوص المنظمة للصفقات العمومية ودفاتر الشروط المتعلقة بها.

ويعتبر الفسخ الجزائي أخطر الجزاءات التي يمكن أن توقعها الإدارة و يتمثل أثرها في وضع نهاية للعقد، إذ يفترض ارتكاب المقاول خطأ جسيما أو إخلالا خطيرا بالتزاماته، فتقوم الإدارة بفسخ العقد، أي إنهاؤه كجزاء له على هذا التقصير الشديد أو الخطأ الجسيم، وباعتبار خطورة الجزاء مقارنة بالجزاءات السابقة، ووقعه الكبير على المقاول سيتم تبيان مفهومه وشروطه وكذا آثاره من خلال ما يلي.

الفرع الأول: مفهوم الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة

يعتبر الفسخ الجزائي للعقد من جانب المصلحة المتعاقدة نتيجة الأخطاء الجسيمة الصادرة عن مقاول الأشغال العامة هو التطبيق الثاني لسلطة الإدارة في مجال الجزاءات القسرية والفاسخة وذلك في مجال عقد الأشغال العامة.

---

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 301.

والفسخ في التشريع العام حق للمتعاقد في العقد الملزم للجانبين إذا ما أخل المتعاقد الآخر بالتزامه في حل الرابطة التعاقدية كي يتحلل هو من التزامه، إلا أنه ينبغي أن نميز في هذه الحالة بين فسخ العقد باعتباره جزاء توقعه المصلحة المتعاقدة على اثر عدم وفاء المقاول المتعاقد معها بالتزاماته وبين حقها في إنهاء العقد وتمارس هذا الحق نتيجة سلطتها التقديرية أي حتى دون أن يقع خطأ من جانب المقاول إذا ما قدرت أن الصالح العام يقتضي ذلك في حالات[1] كأن تأمر المصلحة المتعاقدة توقيف الأشغال بصفة مطلقة، أو عندما تأمر بتأجيل الأشغال[2].

وباعتبار أن الذي يهمنا هو ذلك الفسخ الذي يقع على المقاول المقصر كجزاء للإخلال بالتزاماته التعاقدية فيمكن تعريف الفسخ الجزائي بأنه ذلك الجزاء المتشدد الذي توقعه الإدارة صاحبة العمل على المقاول الذي أخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية بشكل جسيم والذي يترتب عنه استبعاد المقاول بشكل نهائي من الاستمرار في تنفيذ الأشغال موضوع العقد حيث لا تلجأ إليه إلا بعد أن يتأكد لها بصفة نهائية أن المقاول لم يعد بإمكانه تقديم معاونته ومشاركته في تنفيذ المرفق العام[3].

فالإدارة يسمح لها بإنهاء العقد حين يظهر لها وبصورة أكيدة أن المقاول لم ينفذ أو لم يعد قادرا على تنفيذ التزاماته على وجه مرض أو لم يعد قادرا على تأمين التنفيذ مما يعرض المرفق العام، وبالتالي المصلحة العامة للخطر، فهنا للإدارة أن تستغني نهائيا عن مشاركة هذا المقاول[4].

إلا أنه في هذه الحالة يمكننا التمييز بين نوعين من الفسخ:

---

(1) هارون عبد العزيز الجمل، مرجع سابق، ص 249 وما يليها.

(2) المادة 35، دفتر الشروط العامة الإدارية الجزائري، مرجع سابق.

(3) علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 129.

(4) علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 129.

أولا: الفسخ المجرد

تكتفي المصلحة المتعاقدة بالفسخ المجرد لصفقة الأشغال العمومية حينما ترى بأنها تكتفي باستبعاد المقاول المقصر نهائيا بلا قيد ولا شرط ودون أن تلزمه بالأعباء المترتبة على إعادة الطرح الصفقة في مناقصة على حسابه ومسؤوليته[1].

فالمصلحة المتعاقدة تكتفي هنا بفسخ الصفقة الأصلية مع حقها في توقيع غرامات التأخير أو المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تصيبها نتيجة لهذا الفسخ لخطا المتعامل المتعاقد[2] وهذا ما أكده المشرع الجزائري من خلال المادة 152 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية التي تنص على انه: "لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان والمتابعات الرامية الى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها...".

يتضح من النص 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 المقاول حتى يتقيد أكثر بالالتزامات التعاقدية بما يضمن حقوق المصلحة المتعاقدة ويكرس مبدأ حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد[3].

وتنص أيضا المادة 5/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة على انه: "على كل حال يرفع الأمر المتعلق بهذه العمليات إلى الوزير الذي يمكنه تبعا للظروف

---

(1) هارون عبد العزيز الجمل، مرجع سابق، ص 203.

(2) سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 550.

(3) سبكي ربيحة، مرجع سابق، ص 155.

أن يـأمر بإعـادة إجـراء المناقصـة علـى ذمـة المقـاول المتخلـف أو بفسـخ الصـفقة دون قيد أو بمتابعة النظام المباشر بالإدارة".

فـيلاحظ مـن خـلال هـذه المـادة أن المشـرع عبـر عـن الفسـخ المجـرد بعبـارة فسـخ الصـفقة دون قيـد إذ أن تفسـير هـذه العبـارة تتفـق مـع تعريـف الفسـخ المجـرد ومـع المـادة 152 المذكورة سابقا وهو ما يؤكد اخذ المشرع الجزائري به.

علـى كـل حـال، تلجـا الإدارة إلـى تطبيـق هـذا النـوع مـن الفسـخ الجزائـي فـي الحـالات التـي تقـدر فيهـا أن أخطـاء المقـاول لـم تبلـغ درجـه عاليـة مـن الجسـامة وهنـا تبـدو المصـلحة المتعاقـدة اقـل صـرامة فـي ممارسـتها لسـلطتها منهـا فـي حالـه فسـخ الصـفقة بسـبب أخطـاء المتعاقـد الجسـيمة، ومـن أمثلـة ذلـك عـدم سـداد المتعاقـد التـامين في المدة المحددة أو إفلاسه.

ثانيا: الفسخ على مسؤولية المقاول

يعتبـر هـذا النـوع اشـد وأقسـى مـن جـزاء الفسـخ المجـرد فالمصـلحة المتعاقـدة لا تكتفـي بإنهـاء الصـفقة الأصـلية وتعويضـها عـن فسـخها ولكـن يكـون أيضـا مصـحوبا بـإبرام صـفقة جديـدة لاسـتئناف انجـاز الأشـغال علـى مسـؤولية المقـاول المقصـر ويلتـزم بان يتحمل هذا الأخير الزيادة في المصروفات الناجمة عن هذا الإجراء[1].

ونظـرا لخطـورة الفسـخ الجزائـي علـى حسـاب مسـؤولية المقـاول ومـا يترتـب عليـه مـن أثـار هامـة مـن النـاحيتين القانونيـة والماليـة، فـان الـرأي المسـتقر فـي الفقـه والقضـاء فـي فرنسـا علـى انـه لا يجـوز لـلإدارة أن تلجـا إلـى هـذا الجـزاء إلا إذا كـان منصوصـا عليه صراحة في العقد أو في دفاتر الشروط[2].

---

(1) هارون عبد العزيز الجمل، مرجع سابق، ص 259.

(2) سبكي ربيحة، مرجع سابق، ص 157.

تجدر الإشارة إلى أن المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية لم ينص على الفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المتعاقد إلا ما ذكر بالنسبة للمتعامل المتعاقد الذي يقدم معلومات زائفة في مرحلة إبرام الصفقة[1] أو ما ذكر بالنسبة للمتعامل المتعاقد الأجنبي في حالة الاستثمار في حالة عدم تجسيده للاستثمار ففي هاته الحالتين تفسخ الصفقة تحت مسؤولية المقاول دون سواه[2].

أما دفتر الشروط الإدارية العامة فقد تضمن بعض الإشارات إلى هذا النوع من الفسخ بمقتضى المادة 35 منه التي تنص على: "يرفع الأمر المتعلق بهذه العمليات إلى الوزير الذي يمكنه أن يأمر بإعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف"، حيث تؤكد هذه المادة ومما لا شك فيه اخذ المشرع بالفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المتعاقد.

إلا أن التطبيق العملي يؤكد استعمال المصلحة المتعاقدة بصورة واسعة لهذا الجزاء رغم الآثار الخطيرة التي يرتبها الفسخ على مسؤولية المقاول ويتضح ذلك من خلال قرارات الفسخ المنشورة في الجرائد اليومية من طرف المصلحة المتعاقدة والتي تختمها بعبارة "نظرا للإعذارات المتعددة التي وجهت للمقاولة تفسخ الصفقة على عاتق المقاولة"، حيث كان على المشرع النص على بعض الحالات على سبيل المثال مما يمكن وصفه بالتقصير الخطير لحماية المقاول من تعسف الإدارة في الفسخ على مسؤولية المقاول والاكتفاء بالفسخ المجرد فقط من جهة ومن جهة أخرى ضمان لاستمرارية مرفق العام من خلال استقطاب المقاولات لانجاز مشاريع الإدارة.

---

(1) المادة 3/69 من المرسم الرئاسي 15-247: "وإذا اكتشفت المصلحة المتعاقدة بعد إمضاء الصفقة أن المعلومات التي قدمها صاحب الصفقة العمومية زائفة، فإنها تأمر بفسخ الصفقة تحت مسؤولية المتعامل المتعاقد دون سواه".

(2) المادة 4/84 من المرسم الرئاسي 15-247: "يمكن للمصلحة المتعاقدة زيادة على ذلك إذا رأت ضرورة في ذلك فسخ الصفقة تحت مسؤولية المتعامل المتعاقد الأجنبي دون سواه، بعد موافقة سلطه الهيئة العمومية أو الوزير المعني حسب الحالة".

الفرع الثاني: شروط تطبيق الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة

نظرا لخطورة هذا الجزاء فإن سلطة الإدارة في توقيعه لا تعتبر سلطة مطلقة، بل هي مقيدة حيث تخضع الإدارة في ممارسته لعدة شروط جوهرية يشترطها الفقه والقضاء بل وحتى التشريع، خاصة وأن الإدارة ليست في حاجة إلى اللجوء إلى القضاء من أجل توقيع هذا الجزاء، كما أنها تستطيع أن تمارس هذه السلطة حتى ولو لم ينص عليها العقد أو دفتر الشروط وهو ما سنوضحه فيما يلي.

أولا: الخطأ الجسيم

فيشترط لفسخ عقد الأشغال العامة ارتكاب المقاول لمخالفة، وإن كان كل مخالفة يرتكبها المقاول تعتبر خطأ تعاقديا من جانبه ضد المرفق العام، إلا أنه لا تعتبر كل مخالفة سبب لتوقيع جزاء الفسخ بل يجب أن يكون خطأ المقاول على درجة معينة من الجسامة، لأن جزاء الفسخ يتطلب صدور خطأ جسيم من المقاول ويكون كذلك إذا كان إخلالا بالتزام تعاقدي أو قانوني جوهري[1].

ومن قبيل تلك التي اعتبرها مجلس الدولة الفرنسي مقبولة كمبرر لتوقيع جزاء أو فسخ العقد مثلا ترك الأشغال، وإهمال مواعيد تنفيذها، وكذلك الغش في الأشغال، وعدم إكمال دفع أقساط التأمين والتنازل عن العقد دون موافقة الإدارة ورفض تنفيذ الأوامر المصلحية الصادرة من الإدارة[2].

فالخطأ الجسيم في مجال تنفيذ صفقة الأشغال العامة إخلال المقاول بالتزام تعاقدي أو قانوني جوهري، إذ يمكن القول أن الأفعال التي تبرر الفسخ الجزائي يجب أن تكون اشد جسامه من تلك المتطلبة لتوقيع الجزاءات الضاغطة أو يمكن اعتبار تكرا ر هذه الأفعال مبررا كافيا لتوقيع جزاء الفسق ويرجع تقدير مدى جسامه

---

(1) علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 131.

(2) هارون عبد العزيز الجمل، مرجع سابق، ص 266.

الخطأ وكفايته للتقرير جزاء الفسخ إلى المصلحة المتعاقدة تحت رقابة القضاء الإداري[1].

وعموما يرى الفقه الفرنسي أن كل الأعمال المبررة لوضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة إذا ازدادت جسامتها بدرجة معينة فإنها ذاتها تبرر الفسخ ويرجع ذلك إلى أن الفسخ أشد جسامة في آثاره من جزاء وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة الذي هو إجراء مؤقت وقد ينتهي إلى الفسخ ".. وعلى كل حال يرجع الأمر المتعلق بهذه العمليات إلى الوزير الذي يمكنه تبعا للظروف أن يأمر إعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف أو بفسخ الصفقة دون قيد أو بمتابعة النظام المباشر للإدارة.."[2].

يجدر الذكر إلى أن المشرع اكتفى في المرسوم الرئاسي 15-247 بنص المادة 149 وذلك بالإشارة إلى عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته كمبرر لفسخ الصفقة من جانب واحد وهذا بعبارات عامة خالية من التفصيل ودون تعداد لصور الإخلال أو أسباب الفسخ، كما لم تشترط درجة معينة من الجسامة للخطأ المرتكب من المتعامل المتعاقد لمعاقبته بالفسخ، وهذا من شأنه أن يسمح للمصلحة المتعاقدة باعتبار أي خطأ أو إخلال يرتكبه المتعاقد مبررا لفسخ الصفقة المبرمة بينهما، مما قد يفتح باب التعسف من جانب المصلحة المتعاقدة في توقيع هذا الجزاء.

مع ذلك تؤدي دفاتر الشروط الإدارية العامة دورا ملحوظا إذ أنها تكمل البناء التشريعي فنجدها تضمنت أحكام فسخ الصفقة وأشارت إلى العديد من

---

(1) سبكي ربيحة، مرجع سابق، ص 143

(2) المادة 35 الفقرة 5، دفتر الشروط العامة الإدارية الجزائري، مرجع سابق.

الأخطاء التي يرتكبها المقاول والتي تعتبر من قبيل الأخطاء التي تبرر الفسخ والمتمثلة في ما يلي[1]:

- عدم مباشره المقاول للأشغال في الآجال المحددة في أوامر المصلحة الصادرة عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري[2].
- عدم الالتزام الدقيق بتنفيذ أوامر المصلحة[3].
- رفض المقاول للتغييرات المفروضة عليه خلال العمل كالأوامر الصادرة عن المهندس المعماري[4].
- وقوع أعمال التدليس والمخالفات المتكررة لشروط الشغل أو التقصير الخطير في التزامات المتعاقد عليها ففي هذه الحالة فان المصلحة المتعاقدة لا تكتفي بتوقيع جزاء الفسخ نظرا لجسامه هذا الفعل بل يتعدى ذلك إلى إقصاء المقاول لوقت محدد أو إقصائه نهائيا من الصفقات[5].
- ترك مواقع العمل وإيقاف التنفيذ الأشغال.
- الاتفاق مع المتعامل الثانوي لانجاز الأشغال من دون موافقة المصلحة المتعاقدة[6].

وللإدارة وحدها عن طريق الوزير تقدير مدى جسامة خطأ المقاول وما إذا كان كافيا لتوقيع الفسخ، ويقوم القاضي بناء على دعوى المقاول برقابة تقدير الإدارة لمدى جسامة الخطأ وكفايته لتقرير الفسخ، فإن رأى القاضي خلافا ما قدرت الإدارة

---

(1) سبكي ربيحة، مرجع سابق، ص 143

(2) المادة 1/12، دفتر الشروط العامة الإدارية الجزائري، مرجع سابق.

(3) المادة 4/12، نفس المرجع.

(4) المادة 5/12، نفس المرجع.

(5) المادة 11/35، نفس المرجع.

(6) المادة 3/11، نفس المرجع.

فإنــه لا يملــك إلا أن يحكــم للمقــاول بــالتعويض دون أن يلغــي قــرار الإدارة بالفســخ، لأن النـزاع أصـلا يعـرض أمـام قاضـي العقـد لا قاضـي الإلغـاء وإذا مـا نـص العقـد علـى أخطـاء تـؤدي إلـى فسـخ العقـد، فـإن ذلـك لا يعنـي حرمـان الإدارة مـن توقيـع هـذا الجـزاء على المقاول إذا ارتكب خطأ جسيما خارج تلك المنصوص عليها في العقد[1].

ثانيا: الإعذار

مـن حيـث المبـدأ يجـب إعـذار المتعاقـد مسـبقا بالفسـخ الجزائـي ومنحـه فتـرة معقولـة تسـمح لـه بـأداء التزاماتـه، ويعتبـر الفسـخ غيـر المسـبوق بهـذا الإجـراء معيبـا، ويعفـى المتعامـل المتعاقـد بالتـالي مـن آثـاره، وهـو مـا تضـمنه المرسـوم الرئاسـي 15-247 :" إذا لـم ينفـذ المتعاقـد التزاماتـه، توجـه لـه المصـلحة المتعاقـدة إعـذارا ليفـي بالتزاماتـه التعاقديـة فـي أجـل محـدد. وإذا لـم يتـدارك المتعاقـد تقصـيره فـي الأجـل الـذي حـدده الإعـذار المنصـوص عليـه أعـلاه فـإن المصـلحة المتعاقـدة يمكنهـا أن تقـوم بفسـخ الصـفقة مـن جانـب واحـد ويمكنهـا كـذلك القيـام بفسـخ جزئـي للصـفقة"[2]، علـى أن يـتم توجيـه الإعـذار فـي شـكل إعـلان قـانوني بحيـث يحـدد الـوزير المكلـف بالماليـة بقـرار البيانات الواجب إدراجها في الإعذار وكذا آجال نشره[3].

ولقـد بينـت المـادة 3 مـن قـرار وزيـر الماليـة المـؤرخ فـي 2011/03/28[4] البيانات التي يتضمنها الإعذار وجوبا في:

- تعيين المصلحة المتعاقدة وعنوانها.
- تعيين المتعامل المتعاقد وعنوانه.

---

(1) علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 132.

(2) الفقرة 1 و 2 من المادة 149 من المرسم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

(3) الفقرة 3 من المادة 149 من المرسم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

(4) قرار وزير المالية المؤرخ في 2011/03/28 المحدد للبيانات التي يتضمنها الإعذار وآجال نشره، ج ر عدد 24 الصادرة في 2011/04/20.

- توضيح إن كان أول أو ثاني إعذار عند الاقتضاء.
- موضوع الإعذار.
- الأجل الممنوح لتنفيذ موضوع الإعذار.
- العقوبات المنصوص عليها في حالة رفض التنفيذ.

كما أن المادة 4 من القرار ذاته ألزمت المصلحة المتعاقدة بتبليغ الإعذار برسالة موصى عليها ترسل إلى المتعامل المتعاقد مع إشعار بالاستلام ونشره حسب الشروط المحددة في هذا القرار ويسري مفعول الإعذار من تاريخ النشر الأول في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة[1].

أما بالنسبة للقضاء الجزائري فثمة أحكام قضائية أشارت إلى ضرورة الإعذار المسبق للمتعاقد لتوقيع جزاء الفسخ، ومن ذلك ما جاء عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا في قضية (ت. ط) ضد والي ولاية عنابة الذي جاء في مضمونه أن الإدارة لم توجه إنذار للمتعامل لعاقد معها 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 المرسوم82-145 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية يقضي صراحة بضرورة الإعذار[2].

إلا أنه وعلى الرغم من التزام الإدارة كقاعدة عامة بضرورة إعذار المقاول قبل الفسخ إلا أن هناك حالات[3] تعفي فيها الإدارة من هذا الالتزام وهي :

- إذا ورد نص صريح يعفي الإدارة من توجيه الإعذار قبل توقيع الجزاء، سواء كان النص في العقد أو في دفتر الشروط العامة.

---

(1) المادة 5 من قرار وزير المالية المؤرخ في 2011/03/28، مرجع سابق.

(2) المحكمة العليا الغرفة الإدارية، قرار مؤرخ في 28 /07 /1990 قضية (ت. ط) ضد والي ولاية عنابة، نقلا عن: سعيد عبد الرزاق باخبيره، مرجع سابق، ص 350.

(3) علي بن شعبان، مرجع سابق، ص 132 وما يليها.

- إذا أعلن المقاول صراحة عن رفضه لتنفيذ التزامه أو عدم قدرته على ذلك، إذ لا فائدة من الإعذار في هذه الحالة.
- إذا كانت الظروف تؤكد عدم فائدته بفعل المقاول كغشه في التنفيذ أو ارتكابه لمخالفة يصعب تداركها أو إصلاح الوضع حتى مع الإعذار.
- إذا تنازل المقاول من عقده دون موافقة الإدارة وفقا لما ينص عليه التشريع أو قام بالتعاقد من الباطن.
- إذا كان هذا الفسخ كما أسلفنا تاليا لجزاء سابق هو وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة لأن هذا الأخير جزاء مؤقت قد ينتهي إلى الفسخ إذا استمر المقاول في المخالفة، شرط أن تكون هذه المخالفة ذاتها هي سبب توقيع جزاء الفسخ.
- كما أن الإدارة تعفي من الإعذار المسبق قبل توقيع جزاء الفسخ في حالة الاستعجال، لأن الظرف لا يسمح من حيث سعة الوقت لذلك.

وغني عن البيان ضرورة منح المقاول فرصة من الزمن بين تاريخ توجيه الإعذار وتاريخ توقيع الجزاء تكون كافية لتدارك تقصيره، وإلا فلا معنى لتوجيه الإعذار، لأن هذه المدة الغرض منها هو فسخ المجال للمقاول من أجل إصلاح أخطائه وتنفيذ التزاماته، بالإضافة إلى تمكينه من تقديم ملاحظاته وأوجه دفاعه وتبريراته لعدم تنفيذ التزاماته قبل توقيع الجزاء عليه.

الفرع الثالث: آثار الفسخ الجزائي لصفقة الأشغال العمومية

ينتج عن قيام المصلحة المتعاقدة بتقرير الفسخ الجزائي في صفقة الأشغال العامة عدة اثار قانونية تختلف حسب نوع الفسخ الجزائي المجرد والفسخ الجزائي على مسؤولية المقاول، ومع ذلك هناك من الآثار ما هو مشترك بين نوعي الفسخ الجزائي وهو ما سيتم تبيانه فيما يلي.

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 من تاريخ الإعلان بقرار الفسخ[1].
- يشمل الفسخ الجزائي سواء المجرد البسيط أو الفسخ على مسؤولية المقاول الصفقة كلها، فلا يوجد فسخ جزئي[2].
- 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، و إذا تأخر في الإخلاء أو رفض ذلك جاز لهذه الأخيرة إخلاء هذه الأماكن على نفقته ومسؤوليته، و خصم المبالغ المستحقة لها من مبالغ التأمين أو بيع أدواته عن طريق المزاد[3].
- يحق للمصلحة المتعاقدة في حالة الفسخ أن تجمع بين جزاء الفسخ والجزاءات المالية المختلفة[4].

ثانيا : الآثار الخاصة بالفسخ الجزائي المجرد البسيط:

يترتب على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة فسخا مجردا، عدة آثار قانونية أهمها:

---

(1) هارون عبد العزيز الجمل، مرجع سابق، ص 279.

(2) بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص 110.

(3) المادة 23 من دفتر الشروط العامة الإدارية الجزائري، مرجع سابق.

(4) سبكي ربيحة، مرجع سابق، ص 158.

- يترتب على الفسخ الجزائي المجرد انقضاء صفقة الأشغال العامة بلا قيد أو شرط معناه أن الرابطة العقدية تنتهي تماما و يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد[1].
- 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 كان الضرر ناتجا عن الفسخ ذاته[2].
- يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تجمع بين الفسخ المجرد البسيط و مصادرة التأمين، مع استحقاق التعويض إذا كان التأمين غير كاف لجبر الضرر الذي أصابها على أن لا تحظر الصفقة العمومية صراحة هذا الجمع.
- تستلم الإدارة الأشغال التي قام المقاول بتنفيذها في الفترة السابقة للفسخ[3].

ثالثا: الآثار الخاصة بالفسخ الجزائي على مسؤولية المقاول:

يترتب على هذا النوع من الفسخ كافة الآثار التي تترتب على الفسخ المجرد[4]، إلا أنه في الفسخ الجزائي على مسؤولية المقاول يتحمل هذا الأخير كافة

---

(1) هارون عبد العزيز الجمل، مرجع سابق، ص 279.

(2) سعيد عبد الرزاق باخبيره، مرجع سابق، ص 360.

(3) سعيد عبد الرزاق باخبيره، مرجع سابق، ص 361.

(4) سبكي ربيحة، مرجع سابق، ص 160.

المخاطر التي تنتج عن إبرام عقد جديد مع غيره، و أمام هذا الاختلاف مع النوع الأول يؤدي إلى اختلاف الآثار المترتبة عنه و تكمن أهمها فيما يلي:

- 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[1] إلا أنه على المصلحة المتعاقدة أثناء إبرام الصفقة الجديدة أن تحرص على إتمام العملية بأقل الأسعار الممكنة فلا يجوز تحميل المتعاقد المفسوخ عقده أسعار مبالغ فيها.
- للمصلحة المتعاقدة الحق بالاحتفاظ بفارق المصروفات إذا كانت الصفقة الجديدة أقل سعرا من الصفقة الأصلية[2].
- إبرام صفقة جديدة مع متعامل متعاقد آخر لانجاز الالتزامات التي تخلف عنها المتعاقد الأصلي و للمصلحة المتعاقدة أن تختار كيفية الإبرام التي تراها ملائمة فلها أن تلجأ إلى إجراء المناقصة[3]، كما لها أن تلجأ إلى إجراء التراضي[4]إلا أنه 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، إلا إذا كانت التعديلات لا تؤثر في زيادة الأسعار الجديدة وهو ما كان من الأنسب على المشرع الإشارة إليه سواء في المرسوم الرئاسي 15-

---

(1) المادة 35 الفقرة 7، دفتر الشروط العامة الإدارية الجزائري، مرجع سابق.

(2) المادة 35 الفقرة 8، دفتر الشروط العامة الإدارية الجزائري، مرجع سابق.

(3) المادة 35 الفقرة 5، دفتر الشروط العامة الإدارية الجزائري، مرجع سابق.

(4) المادة 59 من المرسم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

247 أو دفتـــر الشـــروط الإداريـــة العامـــة كضـــمانة للمقـــاول المتعاقـــد وكحماية له من تعسف الإدارة إزاء هذا الجزاء الخطير.

الخاتمة:

ختاما لهذا البحث وبعد محاولة القيام بدراسة كل الجوانب المتعلقة لأحكام المقاول في عقود الأشغال العامة على ضوء قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام اتضح لنا بجلاء مدى حجم السلطات والامتيازات الضخمة الممنوحة للمصلحة المتعاقدة وتأثيرها على المقاول.

ومن ثم تبينت أهمية الموضوع في البحث عن المركز المقاول في هذه العلاقة التي يظهر أنها غير متكافئة في الضمانات المكفولة له في مواجهتها ومدى فعاليتها وكفايتها.

فقد تمت دراسة هذا الموضوع من خلال بابين وهذا بناء على التنظيم القانوني للصفقات العمومية المتمثل في المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بحيث تم التخصيص الباب الأول لحقوق المقاول الباب الثاني لالتزامات المقاول وجزاءات الإخلال بها.

ومن خلال دراسة هذين البابين وقفنا على جملة من النتائج والملاحظات نوردها حسب هذا التقسيم:

أولا: حرص المشرع على الضبط حقوق المقاول ولاسيما حقه في اقتضاء الثمن الصفقة بشكل دقيق وهذا إدراكا منه بان هدف المقاول هو الربح والمصلحة الخاصة وذلك توخيا منه للمصلحة العامة.

كذلك تلجا المصلحة المتعاقدة في اغلب الأحيان إلى إبرام الصفقات بأسعار بناء على قائمه الوحدة التي تمنح لها أفضل شروط التفاوض على السعر المدفوع للمقاول متوازيا مع حجم وكمية الخدمات المنفذة فعلا وسعيا من المشرع للحفاظ على توجهه التفضيلي واستيعابا لمعطيات وتحولات صفقة الأشغال العمومية.

وتخلي المرسوم الرئاسي 15-247 عن طريقة السعر بناء على الكلفة والأتعاب واستمراره في اعتبار السعر بناء على النفقات المراقبة طريقة استثنائية إنما يبين النقص والضعف في الإلمام بمادة الصفقات العمومية بصفة عامة وصفقة الأشغال العمومية بصفة خاصة لدى الموظفين القائمين بالمصلحة المتعاقدة من جهة ومن جهة أخرى لدى المقاولين، كما يبين أيضا الاستمرار في عمليه استيراد النصوص والتقنيات التي ليست بمقدور المصالح المتعاقدة الجزائرية التأقلم معها في ظل المعطيات الحالية للبلاد.

إن رغبة المشرع في تفضيل السعر الجزافي والإجمالي إنما هي رغبة ضمنية في تجسيد الاختيار نحو تطبيق السعر الثابت التي لا تمنح إي إمكانية للتعديل السعر، وجعله ثابت على مدى الصفقة، إلا أن كون السعر الأولي يعبر عن توقعات في فترة إيداع العروض ولا يمكن الاحتفاظ به لفترات طويلة خاصة في ظل اقتصاد يتميز بعدم الاستقرار والتطور السريع و يعرف ويعرف مراحل من الاضطراب والأزمات و إعمالا بمتطلبات العدالة المالية ولمواصلة تنفيذ صفقة الأشغال العمومية فان القانون يجسد إمكانيتين للتعديل السعر هما التحيين والمراجعة.

إلا انه رغم اعتراف القانون بالتحيين والمراجعة فان الواقع العملي يثبت التوجه نحو إقصائها حماية للمصلحة المتعاقدة في اغلب الأحيان وجهلا بآليات تطبيقها أحيانا أخرى رغم تكريس المرسوم الرئاسي 15-247 المنظم لقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لهذه الإمكانية والخلط بينهما أحيانا كثيرة ليس فقط من قبل المقاول بل حتى من موظفي المصلحة المتعاقدة وكذا رجال القانون.

كما أن أهم ما يمكن ملاحظته في مجال السعر كذلك هو أن المشرع أولى اهتمام بالغ لآليات دفع أجر المتعاقد مع الإدارة في الصفقات العمومية وكذا المقاول في عقد الأشغال العامة بالخصوص وهو ما يتضح بصورة جلية حين فصلت المواد من 108 إلى 123 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام كيفيات الدفع بصورة تعكس اهتمام المشرع بهذه المسألة نظرا لخطورتها خاصة في عقد الأشغال العامة، أين تتعدد المهام وأين يرتفع مبلغ الصفقة، إذ لا عجب أن يخصص المشرع 16 مادة لكيفيات الدفع، فالأمر يتعلق بحقوق الخزينة من جهة وحق المقاول من جهة أخرى.

وتجدر الإشارة أيضا أن التنظيم الأخير للصفقات العمومية قد كان حريصا على تحديد التزامات المصلحة المتعاقدة خصوصا مسألة احترام آجال الدفع حيث يلاحظ في الواقع العملي، تأخر هام في هذه العملية الحساسة وهو ما لا يشجع المقاولين الذين لا يملكون إمكانيات أو لا تسمح لهم إمكانياتهم المالية المحدودة بتحمل تأخر الدفع لمدة طويلة.

كما أن إقرار المشرع بدفع فوائد عن التأخير في حالة عدم احترام مهلة الدفع المنصوص عليها هو ضمان حقيقي لحقوق المقاول المتعاقد، حيث تدخل في ضرورة توفير الجو المناسب لتنفيذ الصفقة من طرف المصلحة المتعاقدة.

ثانيا: إن المقصود بالتوازن المالي لصفقة الأشغال العمومية هو ضمان توازن شريف بين نسبة الحقوق والأعباء المقاول قبل الاختلال مع تلك النسبة المحدثة بعد الاختلال، وبذلك فان إعادة التوازن المالي من جديد لا يجب أن يكون بنسب رياضية دقيقة لارتياب فيها بقدر ما تتوخى تخطي وضعية الجمود الحسابية وصولا إلى أوضاع متقاربة مع تلك التي كانت سائدة قبل الاختلال.

ونظـرا لكـون مبـدأ التـوازن المـالي مبـدأ قضـائي فـان النهـوض بـه وتطـويره مكفـول للقضـاء الإداري أكثـر مـن التشـريع لـذلك ينبغـي علـى القضـاء الإداري الجزائـري ممـثلا فـي مجلـس الدولـة ان يجعـل مـن أحكامـه مجـالا لتوضـيح موقفـه مـن الإشـكالات المتعلقـة بمبـدأ التـوازني المـالي فـي العقـود الإداريـة بصـفة عامـة وبعقـود صفقات الأشغال العمومية بصفة خاصة.

وعلـى العمـوم، حسـنا فعـل المشـرع حـين أقـر مبـدأ الحـل الـودي لحسـم النزاعـات الناتجـة عـن تنفيـذ الصـفقات الأشـغال العموميـة والصـفقات العامـة بوجـه عـام، وكـذلك عنـدما رخـص للطـرفين المتعاقـدين إعـادة النظـر فـي الأحكـام الماليـة للصـفقة بمـا يعيـد الاعتبـار المـالي للمقـاول، ممـا يدفعـه أكثـر للوفـاء بالتزاماتـه ومواصـلة التنفيـذ، فمـا كانـت الصـفقات العموميـة يومـا مجـالا لـدفع المقـاول علـى تحمـل خسـائر لـم تكـن متوقعـة سـاعة إبـرام صـفقة الأشـغال العموميـة، خاصـة إذا كـان المتسـبب فـي إحـداثها هي المصلحة المتعاقدة نفسها.

فبـالنظر كـذلك لسـلطة الإدارة فـي تعـديل العقـد، ومـا قـد يطـرأ مـن أحـداث أثنـاء تنفيـذه، تقـرر لمصـلحة المقـاول الحـق فـي طلـب إعـادة التـوازن المـالي لصـفقة الأشـغال، طالمـا أنهـا تقـوم علـى أسـاس فكـرة التكـافؤ فـي الأعبـاء، فـلا يجـوز تحميـل المقـول أعبـاء لـم يكـن يـدركها وقـت التعاقـد، بـل يحـق لـه طلـب زيـادة المقابـل المـالي لتنفيـذ العقد دون إرهاق.

ثالثـا: إضـافة إلـى حـق المقـاول فـي اقتضـاء المقابـل المـالي المتمثـل فـي سـعر الصـفقة، يحـق لـه أيضـا الحصـول علـى التعـويض، فـإذا تسـببت المصـلحة المتعاقـدة فـي إحـداث ضـرر للمقـاول جـاز لهـذا الأخيـر مطالبتهـا بـالتعويض، ولا يتـأتى لـه ذلـك إلا بإعمـال المسـؤولية المدنيـة لـلإدارة المتعاقـدة، فالتجـاوز أو الخـرق قـد يحـدث مـن جانـب المصـلحة المتعاقـدة بمناسـبة تنفيـذ بنـود العقـد فتلـزم عندئـذ بـالتعويض وفـي كـل

الحـالات وجـب اللجـوء للقضـاء المخـتص وأن يثبـت المقـاول وقـوع الخطـأ مـن جهـة المصـلحة المتعاقـدة أو تجاوزهـا لأحـد بنـود العقـد لأجـل المطالبـة بـالتعويض أو حتـى عند القيام بأعمال قانونية أو تحمل أعباء إضافية وغيرها من حالات التعويض.

ومنـه فـالتزام المصـلحة المتعاقـدة بـدفع التعويضـات للمقـاول تكـون إمـا علـى أسـاس المسـؤولية التعاقديـة "التعـويض علـى أسـاس خطـأ المصـلحة المتعاقـدة"، أو علـى أسـاس الأشـغال التـي نفـذها خـارج نطـاق الإطـار التعاقـدي ولكنهـا أعمـال نافعـة وضـرورية لا غنـى عنهـا مـن الناحيـة الفنيـة لتنفيـذ العقـد "التعـويض دون الخطـأ مـن المصلحة المتعاقدة".

رابعـا: مـن أهـم الشـروط التـي تحـرص المصـلحة المتعاقـدة علـى توفيرهـا عنـد إبـرام صـفقة الأشـغال العموميـة منـذ البدايـة وفـي المقـام الأول علـى مـنح الصـفقة للمقـاول المقتـدر ماليـا أي صـاحب الكفايـة الماليـة ومـن هنـا فـإن المتعاقـدين مـع الإدارة ملزمـون بتقـديم ضـمانات ماليـة تحمـي المصـلحة المتعاقـدة مـن الأخطـار الماليـة التـي يمكن أن تواجهها في حالة إخلالهم بالتزاماتهم.

فالضـمانات تعتبـر إحـدى الشـروط العقديـة الهامـة التـي ينبغـي علـى المصـلحة المتعاقـدة السـهر علـى إيجادهـا والاسـتناد إليهـا مـن أجـل الوصـول إلـى الاختيـار الملائـم للمقـاول، وللتنفيـذ الجيـد للصـفقات، ومـن أهـم هـذه الضـمانات كفالـة التعهـد، كفالـة رد التسـبيقات، كفالـة حسـن التنفيـذ وكفالـة الضـمان حيـث يجـب علـى المقـاول فـي صـفقة الأشـغال العموميـة تقـديمها لإبـراز حسـن نيتـه مـن جهـة وحمايـة للمـال العـام مـن جهـة أخرى.

خامسـا: تـم تحديـد التزامـات المقـاول إزاء المصـلحة المتعاقـدة باعتبارهـا ضـمانات أساسـية لحسـن تنفيـذ بنـود الصـفقة المتفـق عليهـا مسـبقا، فالمقـاول ملـزم بـأداء الخدمـة المتفـق عليهـا والمعينـة والمحـددة بصـفقة الأشـغال ومـن ثـم لا يمكـن للمصـلحة

المتعاقدة تكليفه بغير ما تم الاتفاق عليه ويتعين عليه الحرص الشديد على القيام بما كلف به ضمانا لسير المرافق العامة وأداء نشاطها بانتظام واطراد.

كما أن المقاول في مجال صفقة الأشغال العمومية التزاماته شخصية، أي أن المتعاقد يجب أن ينفذها شخصيا وبنفسه، فلا يجوز له أن يتعاقد بشأنها من الباطن أو أن يتنازل عنها إلا بموافقة الإدارة، فإذا حصل تصرف في الصفقة بدون موافقة الإدارة فإنه يعتبر باطلا بطلانا مطلقا لأنه يتعلق بالنظام العام، والخطأ من جانب المقاول في هذه الحالة يترتب عليه توقيع الجزاءات المنصوص عليها في التنظيم الجاري العمل به، والذي يصل حد فسخ الصفقة اعتبارا بأن الخطأ المذكور خطأ جسيم.

سادسا: المقاول في عقود الأشغال العامة ملزم كذلك كما هو الحال بالنسبة في العقود المدنية بالوفاء بالتزاماته العقدية وتسليم الأشغال خلال المدة المحددة في صفقة الأشغال العمومية حيث يقع على عاتق المقاول في هذا الإطار الالتزام بتسليم المشروع و ضمان سلامته وكذا الالتزام باحترام مدة انجاز الأشغال.

فالمصلحة المتعاقدة تحرص دائما على إدراج هذا الالتزام سواء في عقد صفقة الأشغال العمومية في حد ذاتها أو في دفتر الشروط المتعلق بالصفقة حيث يترتب على عدم احترام هذا الالتزام جزاءات مالية تصل إلى حد فسخ الصفقة في حالة عدم استجابة المقاول للاعذارات التي توجه له من طرف المصلحة المتعاقدة خاصة إذا لم تكن هناك قوة قاهرة تمنع ذلك، حيث بإمكان المصلحة المتعاقدة اتخاذ ما تراه مناسبا من إجراءات جزائية دون الحاجة إلى طرح النزاع على الجهة القضائية المختصة.

سابعا: يمكن للمصلحة المتعاقدة في إطار ممارسة السلطات المخولة لها في الصفقة تطبيق جزاءات وتوقيع عقوبات مختلفة على المقاول في حالة إخلاله

بإحدى التزاماته حيث تعتبر هذه العقوبات سواء كانت مالية، ضاغطة أو فاسخة بمثابة ضمانات إضافية تمتلك المصلحة المتعاقدة توقيعها مباشرة من دون الالتجاء إلى القضاء، فهي تفرض على المقاول من جهة بهدف تغطية الضرر الحقيقي الذي يلحق بالمصلحة المتعاقدة نتيجة خطأه، ضف إلى ذلك أنها تفرض عقابا على المقاول بقطع النظر عن نوع الضرر الذي قد يلحق بها وذلك نتيجة لتقصيره في تنفيذ التزاماته ومن جهة أخرى بهدف دفعه نحو تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

ومن هنا فان معرفة المقاول وإدراكه مقدما لما هو مقرر له من حقوق وما هو ملزم بأدائه من واجبات يسد كل منافذ تجاوز المصلحة المتعاقدة لسلطاتها وامتيازاتها المقررة لها باسم المصلحة العامة ويبقى اللجوء إلى القضاء أهم ضمان لهذه الحقوق في مواجهة السلطات والامتيازات المخولة للمصلحة المتعاقدة.

وعلى العموم فإن التنظيم الحالي للصفقات العمومية المُتضمن في المرسوم الرئاسي 15-247 في الحقيقة لم يغير جذريا هيكل تنظيم صفقات الأشغال العمومية، إذ الغرض الذي صدر من اجله المرسوم الرئاسي هو سد الثغرات والنقائص الموجودة من قبل سواء عند الإبرام أو التنفيذ وهذا عن طريق إدخال تعديلات تأخذ بالحسبان القواعد والمعايير الدولية المسيرة لهذا المجال خاصة المتعلقة منها بإرساء الشفافية والمنافسة وعدم التفرقة وكذا احترام الأخلاقيات وحقوق الطعن إلا أنه تضمن رغم ذلك عدة نقائص فيما يخص الأحكام التي تطبق على المقاول، وسنقدم فيما يلي هذه النقائص في شكل اقتراحات:

أولا: تعديل دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 بما يتماشى مع التعديلات الواردة في سبع تدخلات على الأقل للمشرع إما بتعديل جزئي لأحكام هذا القانون أو باستبدالها كلية كان آخرها المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وذلك حسب

المتطلبات الحديثة لصفقة الأشغال العمومية بالنسبة لطرفي العقد بالأخذ بعين الاعتبار سرعة التحولات الاقتصادية في العالم.

فرغم التعديلات العديدة التي مست قانون الصفقات العمومية إلا أنه تم إهمال إعادة النظر في دفتر الشروط الإدارية العامة الساري المفعول منذ أكثر من 50 سنة، والذي يعتبر الأساس في أحكام عقد الأشغال العامة، فأحكامه تتسم بعدم الوضوح بسبب المفردات المستعملة في صياغتها والتي هي غريبة نوعا ما عن اللغة القانونية المستعملة في التشريع الجزائري مثل مصطلح الشركات التعاونية الذي لم يعد قائما في الوقت الحالي.

فالقرار الوزاري المتضمن لهذه الأحكام صدر في فترة ما بعد الاستقلال مباشرة وكان التوجه السياسي والاقتصادي للدولة غير واضح المعالم بعد والمشرع تنقصه الخبرة في التشريع، مما يستدعى ضرورة مراجعته، وإصداره في ثوب جديد، من الناحية الشكلية، مع تطعيمه ببعض الأحكام التفصيلية، خاصة تلك التى يحيل فيها إلى نصوص فرنسية مثل ما ورد في الفقرة الأولى من المادة 48 : " ... التي يكون ملزما بها طبقا للقانون المؤرخ في 29 ديسمبر 1892 عن الأضرار المسببة للملكية الخاصة حين تنفيذ الأشغال العمومية".

ثانيا: رغم حرص المشرع على الضبط حقوق المقاول ولاسيما حقه في اقتضاء الثمن الصفقة بشكل دقيق من خلال الاعتراف بحقه في التحيين والمراجعة، إلا أن الواقع العملي يثبت توجه الإدارات العمومية إلى تفضيل السعر الثابت وغير القابل للمراجعة رغبة منها في الحفاظ على المال العام من جهة ومن جهة أخرى تفادي النزاعات أثناء تطبيق بنود التحيين أو مراجعة السعر وما فيها من تأخير في الإجراءات سواء في الحصول على الاعتمادات المالية من الخزينة العمومية أو في إنجاز الأشغال موضع الصفقة رغم ما فيها من انعكاسات سلبية على المقاول

خاصة ذوي الإمكانيات المحدودة مما يستوجب على المشرع تدارك الأمر بالتدخل وإعادة توجيه الإدارات العمومية إلى استعمال مبدأ ثبات السعر بحذر شديد حتى لا يتحول إلى نقمة من خلال نفور المقاول من التعامل معها من جهة وتشجيعا له في إطار السياسة الدولة المنتهجة في تشجيع المقاولاتية.

ثالثا: ما يلاحظ في أحكام الضمان العشري ورغم صلة الموضوع بالأشغال العامة والصفقات العمومية من جهة وبالالتزام المقاول بضمان العمل بعد تسليمه من جهة أخرى هو إغفاله في قوانين الصفقات العمومية السابقة وكذا في المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام واعتباره من مواضيع القانون المدني مما ترك مسألة تطبيقه في مادة الأشغال العمومية مسألة صعبة نوعا ما لغياب النصوص التطبيقية له في هذا المجال.

ولعل ما سبق ومن خلال تنظيمات الصفقات العمومية السابقة هو سبب صدور رغم عدم تأييدنا له للمرسوم تنفيذي رقم 96-49 المؤرخ في 17 يناير 1996 المتضمن لقائمة المباني العمومية المعفاة من إلزامية تأمين المسؤولية المهنية والمسؤولية العشرية، حيث كان من الأنسب حسب رأينا الحفاظ على المبدأ والتشديد عليه لضمان جودة الأشغال من جهة ولضمان سير المرفق العام وللحفاظ على المال العام من جهة أخرى، والاكتفاء بالأسباب الخارجية للإعفاء فقط، والتي يثبت المقاول من خلالها أن الضرر ناتج عن سبب أجنبي كقوة قاهرة مثلا أو بفعل الغير أو خطأ من المصلحة المتعاقدة.

ثالثا: رغم أن التنظيم الحالي للصفقات الأشغال العمومية المُتضمن في المرسوم الرئاسي 15-247 صدر بغرض سد الثغرات والنقائص الموجودة من قبل إلا أنه لا تزال العديد من الأحكام غامضة وتحتاج إلى مزيدا من التفصيل مثل ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 152 : " ... وزيادة على ذلك يتحمل هذا

الأخير التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة"، فالمستشف من هذا النص أن المشرع رغم أنه لم ينص صراحة أيضا على أن التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة هي التعويضات، إلا أنه بالمقابل حدد قيمة التعويض وفقا لجسامة الضرر الذي تحملته المصلحة المتعاقدة، ولقد كان من الأحسن على المشرع أن يفصح بوضوح عن حق الإدارة في اقتضاء التعويض من تلقاء نفسها حتى يزول أي لبس.

رابعا: ما يعاب على المرسوم الرئاسي 15-247 المنظم لقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام هو إغفاله عن بعض الأحكام العامة والمتعارف عليها فقها وقضاء رغم النص عليها في دفتر الشروط الإدارية العامة ونخص بالذكر جزاء سحب العمل، الوارد في المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة تحت مصطلح النظام المباشر، رغم أن هذا المصطلح في الحقيقة لا يعبر بصفة واضحة على جزاء سحب العمل من المقاول لأن مصطلح النظام المباشر له مفهوم واسع حيث يمكن فهمه أنه الاستغلال المباشر الذي يعتبر أسلوب من أساليب إدارة المرفق العام أين تتولى الإدارة بنفسها تسيير المرفق العام مستعمله أموالها وموظفيها مستخدمة امتيازات السلطة العامة ومتحملة مسؤوليتها بذلك أو فهمه على أنه التنفيذ المباشر الذي يعتبر مظهر من مظاهر السلطة العامة على عكس النص باللغة الفرنسية حيث جاءت الغاية المقصودة منه واضحة لذلك كان من الأنسب على المشرع مراعاة دقة المصطلحات القانونية لتفادي أي لبس فيها فيما يخص دفتر الشروط الإدارية العامة ومن جهة أخرى عليه إدراج أحكام سحب العمل في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

خامسا: اكتفى المشرع في المرسوم الرئاسي 15-247 فيما يخص أسباب فسخ الصفقة العمومية للأشغال بنص المادة 149، وذلك بالإشارة إلى عدم تنفيذ

المقاول لالتزاماته كمبرر لفسخ الصفقة من جانب واحد وهذا بعبارات عامة خالية من التفصيل ودون تعداد لصور الإخلال أو أسباب الفسخ، كما لم يشترط درجة معينة من الجسامة للخطأ المرتكب من المقاول لمعاقبته بالفسخ، وهذا من شأنه أن يسمح للمصلحة المتعاقدة باعتبار أي خطأ أو إخلال يرتكبه المقاول مبررا لفسخ الصفقة المبرمة بينهما، في حين كان عليه إعطاء الأمر أهمية أكبر لتفادي فتح باب التعسف من جانب المصلحة المتعاقدة في توقيع هذا الجزاء.

وفي هذا المجال يؤكد الواقع العملي استعمال المصلحة المتعاقدة بصورة واسعة لجزاء الفسخ على مسؤولية المقاول رغم الآثار الخطيرة التي يرتبها ويتضح ذلك من خلال قرارات الفسخ المنشورة في الجرائد اليومية من طرف المصلحة المتعاقدة والتي تختمها بعبارة "نظرا للإعذارات المتعددة التي وجهت للمقاولة تفسخ الصفقة على عاتق المقاولة"، حيث كان على المشرع النص على بعض الحالات على سبيل المثال مما يمكن وصفه بالتقصير الخطير لحماية المقاول من تعسف الإدارة في الفسخ على مسؤولية المقاول والاكتفاء بالفسخ المجرد فقط من جهة ومن جهة أخرى ضمان لاستمرارية مرفق العام من خلال استقطاب المقاولات لانجاز مشاريع الإدارة.

سادسا: من اجل ضمان المصلحة العامة والتكريس فعالية أداء الصفقات العمومية فإنه يتعين الاهتمام والتركيز على المقاول باعتباره الطرف الأضعف في هذه العلاقة أمام ما تتمتع به المصلحة المتعاقدة من سلطات واسعة، وبالتالي تنظيم أحكام وضبط حقوقه بصورة توحي بالاهتمام الذي توليه السلطات العليا في الدولة له وترتيب التزاماته التي من شانها أن تضمن فعاليته وحرصه على أداء ما تعاقد عليه لذا وجب تكييف النصوص القانونية المنظمة له على هذا الغرض وتنظيم التسوية المالية للصفقة العمومية للأشغال بنصوص تطبيقية وتعليمات بشكل أكثر

وضوحا ودقة حسب كل مرحلة يمر بها، وذلك لاستيعاب الجانب التقني والتطبيقي له ثم تفعيل الرقابة على كل شؤونه القضائية.

وجدير بالإشارة انه ورغم فعالية الرقابة القضائية في مجال الصفقات العمومية إجمالا وعلى وضع المقاول خصوصا إلا أننا لمسنا نقصا رهيبا في الاجتهادات القضائية المتعلقة بالصفقات العمومية و لطالما كانت حداثة النظام القضائي الإداري الجزائري مبررا لذلك، إلا أن هذا التبرير ليس السبب الوحيد فبالإضافة إلى ذلك أغفل المشرع أهم تفاصيل لجوء طرفي الصفقة للقضاء وهذا دون توضيح نوع القضاء المختص ولا نوع الدعاوى المرفوعة ولا إجراءات تقاضي بما يتعين معه تفعيل هذه الآلية لحل منازعات الصفقات العمومية، فمن غير الطبيعي أن تعرض منازعات الصفقات العمومية في بعض الأحيان على قاضي عادي بحكم أن طرفها مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري تطبيقا للمعيار العضوي، خاصة وانه تشكل أهم ضمانات حماية المقاول من أي تجاوز صادر عن المصلحة المتعاقدة.

لذلك لابد على المشرع الاهتمام بالرقابة القضائية في مجال الصفقات العمومية إجمالا ابتداء بتحديد القضاء المختص بمنازعاتها وكذا نوع دعاوييه معه ضبط إجراءات التقاضي.

ورغم النقائص والثغرات وما شاب المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام من غموض فان لجوء المقاول للقضاء يعد أهم الضمانات وأنجعها لتكريس أحكامه ذلك انه لا يكفي مجرد إفادة النص المنظم الشأن من شؤونه لمواجهة تعسف المصلحة المتعاقدة أو خطأها في سلطتها التقديرية، بل لابد من مواجهة المساس به والتصدي له قضائيا لتحقيق العدالة.

قائمة المراجع

أ. الكتب

- أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت، دار النهضة العربية، 2003.
- أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية(طبقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديدة)، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2002.
- أنس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، مصر،2007.
- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- حسن درويش عبد العال، النظرية العامة في العقود الادارية، الجزء الثاني، مكتبة الانجلو مصرية، الطبعة الاولى، 1959.
- حسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، الكتاب الثالث، الطبعة الأولى، الجزائر، دار الخلدونية، 2007.
- حسين طاهري، القانون الإداري و المؤسسات الإدارية، الطبعة الأولى، الجزائر، دار الخلدونية، 2007.
- حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، الطبعة الأولى، دون دار نشر، مصر، 2002.
- سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2003.
- سليمان محمد الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الطبعة الرابعة، 1984.
- سمير صادق، العقد الإداري في مبادئ الإدارة العليا، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1991.
- سمير عبد العالي، الصفقات العمومية والتنمية، الطبعة الأولى، الرباط، مطبعة المعارف، 2010.

- شاكر القزويني، محاضرات في اقتصاد البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 2، الجزائر، 1992.
- عادل بوعمران، النظرية العامة للقرارات الإدارية والعقود الإدارية (دراسة تشريعية فقهية و قضائية)، الجزائر، دار الهدى، 2010.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في نظرية الالتزام، المجلد الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1981.
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية(في مجال العقود الإدارية والقرارات الإدارية : دراسة تحليلية في ضوء أحداث أحكام مجلس الدولة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007.
- عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري دراسة مقارنة الأسس والمبادئ وتطبيقاتها في لبنان، الدار الجامعية، مصر، 1987.
- عبد القادر الفار، مصادر الالتزام مصادر الحق الشخصي في القاون المدني، الطبعة الرابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.
- عبد اللطيف قطيش، الصفقات العمومية تشريعيا وفقهيا واجتهادا، منشورات الحلبة الحقوقية، بيروت، 2010.

- عز الدين كلوفي، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار جيطلي،الجزائر، 2012.
- عزيزة الشريف، دراسة في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.
- علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، الجزء الأول، دار الهدى، الجزائر، 2010.
- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الأول، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الخامسة، 2017.
- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الخامسة، 2017.
- عمار عوابدي. القانون الاداري(النشاط الاداري). الجزء الثاني. الطبعة الثالثة. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر. 2005.
- فريدة محمدي، عقد الايجار وفقا لقانون 05-07 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، كلية الحقوق، الجزائر(دون سنة نشر).
- كمال زيتوني، النظام المصرفي الجزائري، دروس موجهة لطلبة الثالثة ليسانس، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2016.
- لمياء هاشم وسالم قبع، اختلال التوازن المالي للعقد الإداري، دار الكتب القانونية، مصر، 2013.
- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2004.
- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي المقارن مع شرح لائحة العقود الإدارية رقم (813) لسنة 1994، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.

- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم، الجزائر، 2005.
- محمد حسن قاسم، قانون التأمين الاجتماعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2003.
- محمد سعيد حسين أمين. دراسة وجيزة في فكرة العقود الإدارية وأحكام إبرامها. دار الثقافة الجامعية. الجزائر. 1992.
- محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، 1990.
- محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري (المقومات، الإجراءات، الآثار)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.
- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية،الطبعة الثانية، دار الثقافة، الأردن، 1998.
- محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني والفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
- مصطفى الحبشي، التوازن المالي في عقود الانشاءات الدولية، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.
- مصلح ممدوح الصرايرة، القانون الإداري، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2012.
- مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008.
- نصر الدين محمد بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.

- نصـــري منصـــور نابلســـي، العقـــود الإداريـــة(دراســـة مقارنـــة)، الطبعـــة الأولـــى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2010.
- وفـاء محمـود أحمـد الببـواتي، المقابـل المـالي فـي العقـود الاداريـة، المركـز العربـي للنشر والتوزيع، مصر، 2016.

ب. المقالات

- بـن عبـد المالـك بوفلجـة، النظـام القـانوني للتعـويض فـي العقـود الإداريـة "قـراءة فـي تنظـيم الصـفقات العموميـة وتفويضـات المرفـق العـام رقـم 15-247"، مقـال منشور، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 17، جوان 2017.
- علـي خطـار شـطناوي، صـلاحية الإدارة فـي فـرض غرامـات التـأخير بحـق المتعاقـد معها، مجلة الحقوق، جامعة الكويت،العدد الأول، مارس 2000.
- عيســى ريــاض، أحكــام الأعمــال الإضــافية فــي عقــود الأشــغال العموميــة، مجلــة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 4، ديسمبر 1987.
- فضـيلة شـعبان و نـور الـدين زرقـون، نطـاق تطبيـق أحكـام المقاولـة مـن البـاطن فـي ظـل المرسـوم الرئاسـي 15-247، مقـال منشـور، مجلـة العلـوم القانونيـة والسياسية، المجلد 10،العدد 01.
- كمـال العطـراوي، سـلطة الإدارة فـي تعـديل عقـد الأشـغال العامـة أثنـاء مرحلـة التنفيـذ، مقـال منشـور، مجلـة العلـوم القانونيـة والسياسـية، العـدد 17، جـانفي 2018.
- ليلـى كميلـة حبشـي، ضـمانات المنـاول فـي القـبض المباشر"دراسـة تحليليـة فـي التشـريع الجزائـري"، مقـال منشـور، مجلـة الدراسـات القانونيـة والسياسـية، المجلـد 04، العدد02، جوان 2018.

- محمد بودالي و فوزية عروس، اخلال المصلحة المتعاقدة بتنفيذ التزاماتها ذات الطبيعة الفنية، مقال منشور، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد الرابع، العدد 02، جوان 2018.
- محمد حمودي، تعديل السعر في الصفقة العمومية – التحيين والمراجعة – دراسة في إطار المرسوم الرئاسي15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مقال منشور، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية، العدد التاسع، المجلد الأول، 2018.
- نادية قادري، المسؤولية العشرية للمقاول والمهندس المعماري في القانون المدني الجزائري، مجلة الحقوق والحريات، عدد تجريبي، 2013.
- نورة بن بوزيد دغبار، التنظيم التعاقدي للكفالة بين القواعد العامة وقانون الصفقات العمومية، مقال منشور، مجلة العلوم الانسانية– جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 43، 2016.
- نورة بن بوزيد دغبار، التنظيم القانوني للكفالة وتطبيقاته في قانون الصفقات العمومية، مقال منشور، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الثامن، 2019.
- يوسف مسعودي، التعويض عن الضرر الناتج عن الإخلال بتنفيذ عقود نقل التكنولوجيا، مقال منشور، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد 3، المجلد 10.

ج. الرسائل الجامعية

- حنان مازن، التعاقد من الباطن في عقد مقاولة البناء، رسالة دكتوراه، جامعة وهران، 2016.
- سعيد عبد الرزاق باخبير، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2008.

- سليمان حاج عزام، المسؤولية الإدارية للمستشفيات، رسالة الدكتوراه، جامعة بسكرة، 2010.
- سهام بن دعاس، ضمانات حماية المتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2014.
- علي بن شعبان، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة قسنطينة، 2012.
- عيسى عبد القادر الحسن، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1997.
- نعيمة واضح، العوامل المؤثرة على اتخاذ قرار منح القروض البنكية للمؤسسات الاقتصادية، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2016.
- ياقوتة عليوات، تطبيقات النظرية العامة للعقود الإدارية، الصفقات العمومية في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة قسنطينة، 2010.
- اسماعيل بحري، الضمانات في مجال الصفقات في الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2009.
- أنيسة قريشي. النظام القانوني لعقد الاشغال العامة. رسالة ماجستير. جامعة الجزائر. الجزائر. 2002.
- حورية بن أحمد، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، رسالة ماجستير، جامعة تلمسان، 2011.
- حورية مريان، الآجال في قانون الصفقات العمومية الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2012.
- ربيحة سبكي، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، رسالة ماجستير، جامعة تيزي وزو، 2013.

- شيرين عبد الكريم القهيوي، اثر نظرية عمل الامير في التوازن المالي للعقد الاداري في القانون الاردني"دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة الاسراء، 2012.
- صدراتي صدراتي، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1984.
- صوفية عباد، المركز القانوني للمتعامل المتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، رسالة ماجستير، عنابة، 2011.
- عبد القادر رحال، سلطة المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على المقاول المتعاقد معها في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، تيزي وزو، 1990.
- عثمان بوشكيوة، التوازن المالي للصفقات العمومية، رسالة ماجستير، المركز الجامعي سوق أهراس، 2005.
- فتيحة حابي، النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية (في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم)، رسالة ماجستير، جامعة تيزي وزو، 2013.
- مراد زوايد، النظام القانوني للوفاء بالمقابل المالي بقانون الصفقات العمومية الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة بومرداس، 2012.
- مريام أكرور، السعر في الصفقات العمومية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2007.

د. القوانين

- القانون رقم 90-11 المؤرخ في 1990/04/21، يتضمن علاقات العمل، ج ر عدد17، صادر في 1990/04/25، معدل و متمم.
- الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 1967/06/17 المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر عدد 58، الصادر 1967/06/17 (ملغى).

- الأمر رقم 10-04، المؤرخ في 2010/08/26، المعدل والمتمم للأمر رقم 03-11 المؤرخ في 2003/08/26، المتعلق بالنقد والقرض.
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 2007/05/13، ج ر عدد 31 الصادرة في 2007/05/13.
- المرسوم الرئاسي 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، العدد رقم 50 من سنة 2015.
- المرسوم التنفيذي رقم 98-67 المؤرخ في 21 فيفري 1998 المتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية وتنظيمه وسيره، ج ر رقم 11، الصادرة في 28 فيفري 1998
- مرسوم تنفيذي رقم 98-67، مؤرخ في 21 فبراير سنة 1998، يتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية وتنظيمه وسيره، العدد رقم 11 لسنة 1998
- دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والنقل، منشور بالجريدة الرسمية رقم 46 لعام 1965
- ملحق دفتر الشروط الخاص بصندوق ضمان الصفقات العمومية وتنظيمه وسيره، ج ر رقم 11، الصادرة في 28 فيفري 1998.
- قرار وزير المالية المؤرخ في 28 مارس سنة2011 المحدد للبيانات التي يتضمنها الإعذار وآجال نشره، ج ر عدد 24 الصادرة في 20 أبريل 2011.
- قرار وزير المالية المؤرخ في 28 مارس سنة 2011، المتعلق بكيفيات الدفع المباشر للمتعامل الثانوي. ج ر 24 الصادرة في 20 أبريل 2011.
- قرار وزير المالية المؤرخ في 19 ديسمبر سنة 2015، يحدد نماذج التصريح بالنزاهة والتصريح بالترشح و التصريح بالاكتتاب ورسالة التعهد و التصريح بالمناول. ج ر 17 الصادرة في 16 مارس 2016.

- قـرار 08 سـبتمبر 2009 المتضـمن الموافقـة علـى دفتـر الشـروط الإداريـة العامـة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال الفرنسي.

هـ. الاحكام القضائية

- قـرار المحكمـة العليـا، الغرفـة الإداريـة، الصـادر بتـاريخ 1989/12/16، ملـف رقـم 65145، منشور بالمجلة القضائية، العدد 1، سنة 1991
- قرار مجلس الدولة الغرفة الإدارية في قضية رقم 6504 جلسة تاريخ 2002/09/23، https://www.mouwazaf-dz.com/t224-topic، تـــــــاريخ الاطـــــــلاع 2020/12/20.
- قـرار مجلـس الدولـة، الغرفـة الأولـى، الصـادر بتـاريخ 2003/04/15، ملـف رقـم 8072، مجلة مجلس الدولة العدد 4، 2003
- مجلة ادارة قضايا الحكومة المصرية، العدد الرابع، 1970.
- المحكمـــة العليـــا، الغرفـــة الإداريـــة، قـــرار منشـــور رقـــم 66148 بتـــاريخ 1990/05/05، منشور في المجلة القضائية، العدد الثالث، سنة 1993.

و. المراجع باللغة الفرنسية

- Amour Ben Halima, pratique des techniques bancaires, édition Dahleb, Alger, 1997.
- DE LAUBADERE André, GAUDEMET Yves, Traité de droit administratif, Tome 2, droit administratif des biens, 11éme édition, Paris 2002.

فهرس المحتويات

مقدمة 1
الباب الأول..... 7
حقوق المقاول في صفقة الأشغال العمومية 7
الفصل الأول: 8
حق المقاول في الحصول على المقابل المالي 8
المبحث الأول: 9
مفهوم وطبيعة المقابل المالي في صفقة الأشغال العمومية 9
المطلب الاول: مفهوم المقابل المادي 9
الفرع الاول: تعريف السعر 9
الفرع الثاني: تمييز السعر عن البدل والأجر 11
أولا: تمييز السعر عن البدل..... 11
ثانيا: تمييز السعر عن الأجر 12
المطلب الثاني: طبيعة السعر في الصفقة العمومية للأشغال 13
الفرع الأول: صفقة بسعر ثابت: 14
الفرع الثالث: صفقة بسعر قابل للتحيين: 20
المبحث الثاني..... 23
آليات تحديد السعر وكيفيات تسويته في الصفقة الأشغال العمومية..... 23
المطلب الأول: آليات تحديد السعر 24
الفرع الأول: السعر الإجمالي أو الجزافي. 25
الفرع الثاني: السعر بناء على قائمة الوحدة..... 29
أولا: تحديد الثمن على أساس الجدول:..... 31

ثانيا: تحديد الثمن على أساس سلسلة الأسعار: 31
الفرع الثالث: السعر بناء على نفقات المراقبة..... 33
الفرع الرابع: السعر المختلط. 36
المطلب الثاني: كيفيات دفع المقابل المادي للمقاول 37
الفرع الأول: التسبيقات. 38
اولا: تعريف التسبيق: 38
ثانيا: أشكال التسبيق: 39
1: التسبيق الجزافي:..... 40
2: التسبيق على التموين: 41
الفرع الثاني: الدفع على الحساب. 43
أولا: الدفع على الحساب عند التموين بالمنتجات: 44
ثانيا: الدفع على الحساب الشهري:..... 45
الفرع الثالث: التسوية على رصيد الحساب. 48
أولا: التسوية على رصيد الحساب المؤقت: 48
ثانيا: التسوية النهائية: 49
الفصل الثاني:..... 52
حق المقاول في إعادة التوازن المالي لصفقة الأشغال العمومية 52
المبحث الأول:..... 53
ماهية فكرة التوازن المالي 53
المطلب الأول: مفهوم فكرة التوازن المالي 53
الفرع الأول: نشأة فكرة التوازن المالي للعقد..... 54
الفرع الثاني: مضمون فكرة التوازن المالي للعقد..... 55
المطلب الثاني: القواعد التي تحكم التوازن المالي للعقد 58

الفرع الأول: التوازن المالي لا يعني التوازن الحسابي 59
الفرع الثاني: التوازن المالي لا يعني التوازن الحسابي 60
المبحث الثاني:.....61
أساليب تحقيق التوازن المالي في عقد الأشغال العامة.....61
المطلب الأول: نظرية فعل الأمير 62
الفرع الأول: مفهوم نظرية فعل الأمير 62
الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية فعل الأمير 64
أولا: أن نكون أمام عقد ذو طبيعة إدارية "عقد الأشغال العامة": 64
ثانيا: أن يكون الفعل صادرا عن المصلحة المتعاقدة:.....64
ثالثا: أن يكون الفعل مشروعا: 65
رابعا: أن يكون الفعل غير متوقع : 65
خامسا: أن يترتب على فعل الإدارة ضررا خاصا بالمتعاقد معها: 66
الفرع الثالث: آثار نظرية فعل الأمير 67
الفرع الرابع: التعويض الكامل وفقا لنظرية فعل الأمير: 68
أولا: طرق تحديد التعويض الكامل وفقا لنظرية فعل الأمير: 69
ثانيا: شروط المطالبة بالتعويض و حالات التخلي عنه.....70
1: شروط المطالبة بالتعويض 70
2: حالات التخلي عن قاعدة منح التعويض.....70
المطلب الثاني: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة 71
الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة: 74
أولا: أن تكون الصعوبة مادية: 74
ثانيا: عدم توقع الصعوبة المادية وقت التعاقد: 75
ثالثا: إصابة الصعوبة المادية المتعاقد بضرر: 76

الفرع الثالث: آثار تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة: 77
الفرع الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة: 79
الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة: 82
أولا: أن يكون الظرف الطارئ من الحوادث الاستثنائية العامة: 83
ثانيا: وقوع حوادث استثنائية غير متوقعة أثناء التنفيذ: 83
ثالثا: أن يكون الحادث الطارئ خارجا عن إرادة المقاول: 84
رابعا: ينبغي أن ينجم عن الحادث الطارئ خسائر غير مألوفة "ارهاق المقاول":
..... 86
خامسا: ينبغي أن يكون الحادث الطارئ غير متوقع: 87
الفرع الثالث: الآثار المترتبة على نظرية الظروف الطارئة: 88
أولا: التزام المتعاقد مع الإدارة بالاستمرار في التنفيذ: 88
ثانيا: يجب على الإدارة أن تساهم مع المتعاقد معها في تحمل الخسائر الناتجة
أثناء الفترة غير العقدية عن الأعباء الخارجة عن العقد: 89
الفصل الثالث: 93
حق المقاول في الحصول على التعويضات في صفقة الأشغال العمومية 93
المبحث الأول 94
التعويض المقاول في صفقة الأشغال العمومية في إطار المسؤولية العقدية 94
المطلب الأول: مفهوم التعويض في إطار المسؤولية العقدية 95
الفرع الأول: تعريف التعويض 95
الفرع الثاني: شروط استحقاق التعويض عند خطأ الإدارة 97
اولا: وجود الخطأ: 97
ثانيا: وجود الضرر: 97
ثالثا: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر: 98

رابعا: عدم التنـازل عن المطـالبة بالتعويض: 99
الفرع الأول: الإخلال الإدارة بالشروط التقنية 100
أولا: عدم تنفيذ الإدارة لالتزاماتها الفنية على نحو سليم..... 100
ثانيا: تأخر الإدارة في تنفيذ التزاماتها الفنية. 104
الفرع الثاني: إخلال الإدارة بالتزاماتها المالية 106
أولا: إخلال الإدارة بالتزام أداء المقابل المادي للعقد:..... 106
ثانيا: تأخر الإدارة في الوفاء بالتزاماتها بأداء المقابل المادي للعقد: 106
ثالثا: إخلال الإدارة بالتزاماتها برد التأمين النهائي: 107
رابعا: الإخلال بالشروط المتعلقة بالفوائد التأخيرية : 108
المبحث الثاني 110
التعويض المقاول في صفقة الأشغال العمومية على أساس الأشغال الإضافية 110
المطلب الأول: تطبيق أحكام مبدأ الإثراء بلا سبب على الاشغال الاضافية للمقاول
..... 111
الفرع الأول: مفهوم الإثراء بـلا سبـب..... 111
الفرع الثاني: شـروط تطبيـق مبـدأ الإثراء بلا سبـب..... 112
أولا: وجوب تحقق إثراء الإدارة: 113
ثانيا: وجوب تحقق افتقار المقاول:..... 114
ثالثا: الارتباط بين الإثراء المصلحة المتعاقدة والافتقار المقاول:..... 114
رابعا: انعدام السبب القانوني للإثراء:..... 116
الفرع الأول: حالة الأشغال الضرورية: Les Travaux Nécessaires ... 119
الفرع الثاني: حالة الأشغال المفيدة Les Travaux Utiles à
L'Administration 120
الباب الثاني: 122

التزامات المقاول في صفقة الأشغال العمومية وجزاءات الإخلال بها 122
الفصل الأول: 123
الالتزام بالتنفيذ المالي لصفقة الأشغال العمومية 123
المبحث الأول 124
الالتزام بتقديم الضمانات 124
المطلب الأول: مفهوم الضمان..... 125
الفرع الأول: تعريف الكفالة 125
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للكفالة بين المرسوم الرئاسي 15-247 والقانون
المدني..... 128
المطلب الثاني: أنواع الكفالة في تنفيذ الصفقات العمومية..... 130
الفرع الأول: كفالة التعهد Caution de Soumission 130
الفرع الثاني: كفالة رد التسبيقات: La caution de restitution des
avances 133
الفرع الثالث: كفالة حسن التنفيذ La Caution de Bonne Exécution:. 135
الفرع الرابع: كفالة الضمان Caution de garantie 138
المبحث الثاني: 140
أدوات تنفيذ نظام الكفالة. 140
الفرع الأول: مفهوم البنك 141
الفرع الثاني: الآليات القانونية لتدخل البنوك في ضمان عملية التمويل 143
المطلب الثاني: تنفيذ نظام الكفالة عن طريق صندوق ضمان الصفقات العمومية
..... 145
الفرع الأول: مهام صندوق ضمان الصفقات العمومية..... 145
الفرع الثاني: الآليات القانونية لتدخل الصندوق في ضمان عملية التمويل..... 147

الفصل الثاني: 150
الالتـزام بالتنفيـذ التقني لصفقة الأشغال العمومية 150
المبحث الأول 151
الالتزام بالأداء الشخصي للخدمة موضوع صفقة الأشغال العمومية 151
المطلب الأول: مفهوم التنفيذ الشخصي 152
المطلب الثاني: الاستعـانة بالغيـر لتنفيـذ صفقة الأشغال العمومية "المناولة".... 155
الفرع الأول: اللجوء للمناولة في صفقة الأشغال العمومية. 156
أولا: أن يتم تحديد مجال المقاولة من الباطن في الصفقة ذاتها ودفتر الشروط
..... 157
ثانيا: عدم تجاوز النسبة المقررة تنظيما 158
ثالثا: موافقة المصلحة المتعاقدة..... 159
رابعا: أن يصرح المناول للمصلحة المتعاقدة بتواجده في مكان التنفيذ..... 161
الفرع الثاني: أثار اللجوء للمناولة في صفقة الأشغال العمومية. 162
أولا: تسديد الحقوق المالية للمناول 162
ثانيا: مسؤولية المقاول والمناول تجاه المصلحة المتعاقدة:..... 164
1- المناولة بموافقة المصلحة المتعاقدة: 164
2- المناولة دون موافقـة المصلحة المتعاقدة. 166
المطلب الثالث: التنـازل عـن العقد 169
الفرع الأول: التنـازل بموافقـة الإدارة. 170
أولا : بالنسبة لعلاقة الإدارة بالمتنازل إليه 171
ثانيا : بالنسبة لعلاقة الإدارة بالمقاول الأصلي 172
الفرع الثاني: التنـازل الحـاصل دون موافقـة الإدارة. 172
أولا : عدم سريان هذا التنـازل في مواجهـة الإدارة 173

ثانيا: التنازل عن العقد الأصلي يعتبر خطأ عقديا يعرض المتعاقد للمسؤولية القانونية 174
ثالثا : مسؤولية المتعاقد الأصلي على خطأ المتنازل إليه 174
الفرع الثالث: وفاة المقاول أو إعساره أو إفلاسه..... 175
أولا: وفاة المتعاقد مع الإدارة:..... 175
ثانيا: إفلاس المقاول أو التسوية القضائية 176
المبحث الثاني..... 177
الالتزام بتسليم الأشغال في آجالها 177
المطلب الأول: الالتزام بإنجاز الأشغال في آجالها 177
الفرع الأول: مفهوم الآجال 177
الفرع الثاني: الأساس القانوني للآجال وكيفية تحديدها 179
الفرع الثالث: أسباب تمديد الآجال 184
أولا: تمديد الآجال بسبب فعل المصلحة المتعاقدة 185
ثانيا: تمديد الآجال بسبب القوة القاهرة 187
المطلب الثاني: الالتزام بتسليم الأشغال..... 190
الفرع الاول: مفهوم تسليم الأشغال وأساسه القانوني..... 190
الفرع الثاني: مراحل الاستلام وأثارها 193
أولا: الاستلام المؤقت 193
ثانيا: الاستلام النهائي..... 198
ثالثا: أحكام الضمان العشري كأثر للاستلام النهائي في مادة الأشغال العامة . 200
الفصل الثالث:..... 202
الجزاءات المترتبة على إخلال المقاول بالتزاماته التعاقدية..... 202
المبحث الأول: 203

الجزاءات المالية في صفقة الأشغال العمومية..... 203
المطلب الأول: الغرامة التأخيرية 204
الفرع الأول : تعريف الغرامة التأخيرية 204
الفرع الثاني: أحكام الغرامة التأخيرية. 208
المطلب الثاني: مصادرة التأمين 211
الفرع الأول: مفهوم مصادرة التأمين 211
الفرع الثاني: أحكام مصادرة التأمين 213
المطلب الثالث: التعويض 217
الفرع الأول: مفهوم التعويض في عقد الأشغال العامة 217
الفرع الثاني: أحكام التعويض في عقد الأشغال العامة 219
المبحث الثاني:..... 221
الجزاءات القسرية والفاسخة..... 221
المطلب الأول: سحب العمل في عقد الأشغال العامة 222
الفرع الأول: مفهوم سحب العمل..... 222
الفرع الثاني: شروط تطبيق جزاء سحب العمل من المقاول..... 225
أولا: ارتكاب المقاول لخطأ يوجب السحب:..... 225
أ- خطأ عدم التقيد بشروط العقد: 226
ب-خطأ رفض المقاول للأوامر المصلحية:..... 227
ثانيا: وجوب إعذار المقاول..... 227
الفرع الثالث: آثار سحب الأشغال من المقاول..... 229
المطلب الثاني: الفسخ الجزائي لصفقة الأشغال العمومية..... 232
الفرع الأول: مفهوم الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة 233
أولا: الفسخ المجرد 234

ثانيا: الفسخ على مسؤولية المقاول 236
الفرع الثاني: شروط تطبيق الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة 238
أولا: الخطأ الجسيم 238
ثانيا: الإعذار 241
الفرع الثالث: آثار الفسخ الجزائي لصفقة الأشغال العمومية 243
أولا: الآثار المشتركة بين نوعي الفسخ الجزائي: 244
ثانيا : الآثار الخاصة بالفسخ الجزائي المجرد البسيط: 244
ثالثا: الآثار الخاصة بالفسخ الجزائي على مسؤولية المقاول: 245
الخاتمة: 248
قائمة المراجع 260
فهرس المحتويات 270
الملخص: 280

الملخص:

نظـم المشـرع فـي ضـوء المرسـوم الرئاسـي 15-247 الحقـوق التـي يجـب علـى المصـلحة المتعاقـدة أن تضـمنها للمقـاول لتنفيـذ صـفقة الأشـغال العموميـة والمتمثلـة أساسـا فـي حقـه فـي المقابـل المـالي وكـذا حقـه فـي إعـادة التـوازن المـالي لصـفقة الأشـغال بالإضـافة إلـى حقـه فـي التعـويض سـواء فـي إطـار المسـؤولية العقديـة أو علـى أسـاس الأشـغال الإضـافية والتـي تقابلهـا التزامـات ماليـة تتمثـل فـي الكفـالات الواجـب تقـديمها كضـمان لحسـن تنفيـذ بنـود الصـفقة المتفـق عليهـا والتزامـات أخـرى تقنيـة كـالأداء الشخصـي للصـفقة وحسـب الشـروط المتفـق عليهـا وتسـليم الأشـغال فـي آجالهـا بحيـث يترتـب علـى الإخـلال بهـا مـن طـرف المقـاول جـزاءات تتـدرج حسـب درجـة خطورتها تصل إلى حد فسخ صفقة الأشغال العمومية وانجازها على مسؤوليته.

Abstract:

In light of Presidential Decree 247-15, the legislator has organized the rights that the contracting service must guarantee to the contractor the execution of the public works' deal, mainly represented in his right on money, as well as his right to restore the financial balance of the works deal. In addition to his right to compensation, whether within the framework of contractual liability or on the basis of additional works, which are matched by financial obligations, represented in the guarantees that must be presented as a guarantee for the proper execution of the terms of the agreed deal and other technical obligations such as the personal performance of the deal according to the agreed terms and the achievement of the works on time. Whereas, the breaching of that terms on the part of the contractor entails penalties that are gradual according to the degree of their severity up to the termination of the works deal Generality.