جامعـــــة 8 ماي 1945 قالمة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم العلوم القانونية والإدارية

تخصص قانون عـــــام

مذكـــرة مكملة لمتطلبات نيـل شهادة الماستر في القانون

مظاهر سلطات المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية

إعـــداد الطالبتين:

- صبرينة كحل الراس
- سلسبيل بن مبارك

تحت إشراف:

د. أحمد فنيدس

تشكيل لجنـة المناقشـــة

الرقم	الأستاذ	الجامعة	الرتبة العلمية	الصفة
01	د. سامية العايب	8 ماي 1945 قالمة	أستاذ محاضر –أ–	**رئيسا**
02	د. أحمد فنيدس	8 ماي 1945 قالمة	أستاذ محاضر–أ–	**مشرفًا**
03	د. حميد شاوش	8 ماي 1945 قالمة	أستاذ محاضر–أ–	**عضوا مناقشًا**

السنـــة الجامعيـــة: 2019_2020

بسـم الله الرحمان الرحيم

﴿وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ ۖ وَسَتُرَدُّونَ إِلَىٰ عَالِمِ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ﴾ الآية 105 سورة التوبة.

صدق الله العظيم

شكـــر وعـــرفان

الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنّا لنهتدي لولا أن هدانا الله

نحمده حقّ حمده لما كان من الواجب العرفان بالجميل، فإنه يطيب لنا أن نسجل فضل الله تعالى قبل كل شيء فله الشكر والحمد.

ثم نقدم عظيم الشكر للأستاذ الدكتور الفاضل مثال الجدية وإتقان العمل أحمد فنيدس الذي أشرف على هاته المذكرة لما قدمه لنا من نصح وإرشاد، داعيتا له بالخير في دنياه والجنة في آخراه.

شكرا لأعضاء اللجنة الموقرة لموافقتهم على تخصيص جزء من وقتهم لقراءة هذه المذكرة ومناقشتها.

الإهـــــداء

أهدي نجاحي وتخرجي إلى من قال فيهما الرحمان:

﴿ وقل ربي أرحمهما كما ربياني صغيرا ﴾

إلى من بوجودها وجدت ... ولأجلها أعيش ... إلى التي كان بطنها لي وعاء ... وصدرها لي سقاء... وحجرها لي غطاء ... إلى وردة سمائي ... إلى من رعتني في صغري وكبري ... إلى أحق الناس بحسن صحبتي ... ينبوع العطف والحب والحنان ... التي ضحت وربت وسهرت ... إليك يا أمي الغالية ... أمدك الله طول العمر والصحة والعافية ...

إلى والدي سند ظهري والدي كان نعم العون لي طيلة مسيرة الدراسة

إلى الذين أشارك معهم حياتي ... إخوتي وأخواتي ... الذين كانوا لي دائما نعم العون والمؤيد

كحل الراس صبرينة

الإهـــــداء

أهدي نجاحي وتخرجي إلى من قال فيهما الرحمان:

﴿ وقل ربي أرحمهما كما ربياني صغيرا ﴾

إلى من بوجودها وجدت ... ولأجلها أعيش ... إلى التي كان بطنها لي وعاء ... وصدرها لي سقاء...

وحجرها لي غطاء ... إلى وردة سمائي ... إلى من رعتني في صغري وكبري ... إلى أحق الناس

بحسن صحبتي ... ينبوع العطف والحب والحنان ... التي ضحت وربت وسهرت ... إليك يا أمي

الغالية ... أمدك الله طول العمر والصحة والعافية ...

إلى والدي رحمه الله الذي كان مثلا للشرف، والاستقامة، والنزاهة.

إلى أخي رحمه الله وأسكنه فسيح جناته.

سلسبيل بن مبارك

مقدمـــــة

مقدمة

يعـد العقـد الإداري مـن الوسـائل القانونيـة التـي تلجـأ إليهـا الإدارة لممارسـة نشـاطها الـذي تسـتهدف مـن خلالـه المصـلحة العامـة، وهـو عبـارة عـن توافـق إرادتـين علـى إحـداث أثـر قـانوني يتعلـق بتقـديم خدمـة عامـة، فتبـرم الإدارة أثنـاء ممارسـة نشـاطها نـوعين مـن العقـود الإداريـة، عقـود تبرمهـا وتنـزل فيهـا إلـى مرتبـة الأفـراد المتعاقـدين معهـا خاضـعة بـذلك لأحكـام القـانون الخـاص، وعقـود تبرمهـا حيـث تكـون فـي مركـز أسـمى مـن مركـز الأفـراد المتعاقـدين معهـا وهـي بذلك تخضع لأحكام القانون العام، من هذه العقود الصفقات العمومية.

تعتبـر الصـفقات العموميـة مـن أشـهر العقـود التـي تبرمهـا المصـلحة المتعاقـدة مـع المتعـاملين الاقتصـاديين، ووسـيلة تسـتخدمها الدولـة لتنفيـذ برامجهـا الاقتصـادية، كمـا تعـد مـن أبـرز أوجـه إنفـاق الأمـوال العموميـة علـى اعتبـار أن هـذا النـوع مـن العقـود الإداريـة يتطلـب إعتمـادات ماليـة ضـخمة، لـذا أولاهـا المشـرع الجزائـري عنايـة كبيـرة منـذ الاسـتقلال، وذلـك بتنظيمهـا بجملـة مـن النصـوص القانونيـة والتنظيميـة مـن أجـل ضـمان فعاليتهـا فـي تحقيـق النفـع العـام والاسـتخدام الحسن للمال العام.

قصـد التنفيـذ السـليم لبنـود الصـفقة العموميـة، أعتـرف للمصـلحة المتعاقـدة بجملـة مـن السـلطات والامتيـازات الاسـتثنائية بغـرض تمكينهـا مـن تحقيـق الأهـداف المنوطـة بهـا، باعتبارهـا تسـعى مـن خلالهـا إلـى الموازنـة بـين قاعـدتين مهمتـين، تتعلـق الأولـى بقاعـدة القـوة الملزمـة للعقـد مـن جهـة، ومـن جهـة أخـرى سـعيها إلـى تغليـب المصـلحة العامـة علـى المصـلحة الخاصـة، باعتبـار أن الأمـر يتعلـق بـأموال الخزينـة العامـة والتـي يعـد ترشـيد اسـتعمالها مـن مقتضـيات المصـلحة العامة.

إن السـلطات الممنوحـة للمصـلحة المتعاقـدة خـلال مرحلـة تنفيـذ الصـفقة العموميـة أمـر لا بـد منـه، حتـى تـتمكن مـن مواجهـة كـل إخـلال فـي تنفيـذ الالتزامـات المفروضـة علـى المتعامـل الاقتصـادي، وهـي سـلطات ليسـت مطلقـة بـل تحكمهـا جملـة مـن القيـود، وذلـك انطلاقـا مـن مبـدأ أن كل سلطة مطلقة قد تؤدي إلى التعسف في استعمالها.

تعـد السـلطات والامتيـازات الاسـتثنائية التـي تتمتـع بهـا المصـلحة المتعاقـدة، والتـي لا مثيـل لهـا فـي عقـود القـانون الخـاص، أرضـية خصـبة للتعسـف والإضـرار بحقـوق ومصـالح المتعـاملين

الاقتصـاديين، لـذا كـان لزامـا علـى المصـلحة المتعاقـدة أثنـاء ممارسـتها، مراعـاة جملـة مـن المبـادئ العامـة، والتـي تشـكل ضـمانا لحقـوق وحريـات المتعاقـدين معهـا، خاصـة وأنهـا ليسـت بعيـدة عـن مظنة التعسف في استخدام السلطة.

أهمية الدراسة:

تظهـر أهميـة هـذه الدراسـة فـي المكانـة المتميـزة التـي تحتلهـا المصـلحة المتعاقـدة بمـا لهـا مـن سـلطات اسـتثنائية وخطيـرة تسـتطيع مـن خلالهـا الـتحكم فـي موضـوع الصـفقة بمـا يتماشـى والصـالح العـام، بغيـة متابعـة المتعاقـد وجبـره إن تحـتم الأمـر علـى سـلوك الطريـق المناسـب للتنفيـذ، والـدور الـذي تلعبـه سـلطاتها لضـمان تنفيـذ سـليم لصـفقات العموميـة مـن أجـل حمايـة المـال العـام الـذي تستنزف جانـب هـام منـه، وحسـن سـير المرفـق العـام كونـه يقـوم بإشـباع حاجـات عامـة، ممـا يسـتلزم حتمـا ضـمان سـيره بانتظـام واطـراد حتـى يسـتمر فـي خدمـة المجتمـع، ومـن أجـل ذلـك تـم منحهـا هـذه السـلطات الاسـتثنائية فـي مواجهـة المتعاقـد معهـا، لكـي يعلـم أنـه لا مجـال للعبـث والإخـلال بالصالح العام، فموضوع بهذه الأهمية يستحق البحث والدراسة.

هدف الدراسة:

تهـدف هـذه الدراسـة إلـى تبيـان مـدى فعاليـة ونجاعـة السـلطات الممنوحـة للمصـلحة المتعاقـدة لمواجهـة إخـلال المتعامـل الاقتصـادي بالتزاماتـه التعاقديـة، ولمواجهـة متطلبـات المرفـق العـام، ومـدى حسـن اسـتعمالها ضـمانا لتنفيـذ سـليم ودقيـق لصـفقات العموميـة، وتقريـر مسـؤولية المصـلحة المتعاقـدة إذا مـا تجـاوزت حـدود ممارسـة سـلطتها التقديريـة فـي غيـر الحـالات التـي تقتضيها متطلبات سير المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة.

وعليـه فالإشـكالية المطروحـة هـي: مـا مـدى فعاليـة السـلطات التـي تتمتـع بهـا المصـلحة المتعاقـدة اتجـاه المتعامـل الاقتصـادي فـي التنفيـذ الـدقيق للصـفقة العموميـة حمايـة للمصـلحة العامـة والمال العام؟.

المنهج المتبع:

تـم فـي هـذه الدراسـة إتبـاع المـنهج الوصـفي، وهـو المـنهج الـذي يعـد الأسـاس لكـل البحـوث، يـرتبط بظـاهرة بقصـد وصـفها وتفسـيرها للوصـول إلـى أسـباب هـذه الظـاهرة والعوامـل التـي

تـتحكم فيهـا واسـتخلاص النتـائج لتعميمهـا، مسـتعينا بآليـات التحليـل والتقـويم للوصـول إلـى الغايـة المتوخاة من الدراسة.

أسباب اختيار الموضوع:

إن أسباب اختيارنا للموضوع لا تخرج عن أسباب ذاتية، وأخرى موضوعية:

الأسباب الذاتية:

-الميـل الشخصـي لدراسـة موضـوع الصـفقات العموميـة ومـا يثيـره تقنيـا مـن إشـكالات قانونيـة دفعتنا للخوض فيه.

- الرغبـة فـي الاطـلاع علـى التفاصـيل المتعلقـة بتنفيـذ الصـفقات العموميـة، باعتبـار أن جميـع قضـايا نهـب المـال العـام الـذي عالجـه القضـاء فـي الآونـة الأخيـرة يتعلـق بموضـوع الصفقات.

الأ**سباب الموضوعية:**

إن الطبيعـة الخاصـة للصـفقات العموميـة وأهميتهـا فـي مختلـف الجوانـب الاقتصـادية والاجتماعيـة، خولـت المصـلحة المتعاقـدة سـلطة اختيـار المتعامـل الاقتصـادي وفـق طـرق وإجراءات حددها القانون.

تحتـل المصـلحة المتعاقـدة مكانـة متميـزة كطـرف فعـال فـي الصـفقة العموميـة، بمـا لهـا مـن امتيـازات اسـتثنائية، منحتهـا سـلطات مهمـة أثنـاء تنفيـذها اتجـاه المتعامـل الاقتصـادي المتعاقـد معها.

هـذه السـلطات تعتبـر وسـائل قانونيـة تمكنهـا مـن التأكـد مـن أن الصـفقة العموميـة تحقـق الغاية التي أبرمت من أجلها، وذلك من خلال تنفيذها على نحو سليم.

فهـي تتمتـع بحـق الإشـراف والتوجيـه والرقابـة، مـن خـلال الإشـراف علـى الأشـغال ، وتوجيـه المتعامـل الاقتصـادي معهـا عـن طريـق توجيـه تعليمـات عـن كيفيـة التنفيـذ، ومـن ثـمّ الوقـوف علـى مـدى تنفيـذه لتلـك التعليمـات للتأكـد مـن أن إنجـاز الصـفقة تـم وفقـا لمـا هـو وارد فـي دفـاتر الشـروط، وبالتـالي، حسـن تنفيـذ الصـفقة العموميـة، وتفـادي حـدوث تجـاوزات مـن قبـل المتعامـل

الاقتصـــادي، كمـــا أعتـــرف لهـــا بســـلطة توقيـــع الجـــزاءات علـــى المتعامـــل، فـــي حالـــة إخلالـــه بالتزاماته، حماية للمصلحة العامة وللمال العام.

هـذه الجـزاءات لا تقـف عنـد نـوع واحـد، بـل تتعـدد بـالنظر إلـى الأسـس والمبـادئ العامـة التـي تحكـم وتـنظم الصـفقات العموميـة، وتصـنف إلـى جـزاءات ماليـة وأخـرى غيـر ماليـة يكـون الغـرض منهـا إمـا تغطيـة ضـرر حقيقـي لحـق بهـا، أو توقيـع عقـاب علـى المتعامـل المتعاقـد، كمـا قـد تصـل هـذه الجـزاءات إلـى حـد الفسـخ الـذي يعتبـر أخطـر جـزاء قـد يتعـرض لـه المتعامـل الاقتصادي.

كمـا تتمتـع المصـلحة المتعاقـدة بسـلطة تعـديل شـروط الصـفقة العموميـة إمـا بالزيـادة، وإمـا بالنقصـان والـذي يفرضـه التغيـر فـي شـروط العقـد بمـا يتماشـى وتقـديم أحسـن خدمـة لمسـتعملي المرفـق العـام، ولهـا أيضـا إمكانيـة إنهـاء الصـفقة العموميـة نهايـة مبسـترة قبـل انتهـاء مـدتها، حيـث تقـوم هاتـان السـلطتان علـى نفـس الأسـاس والمـرتبط بـدواعي المصـلحة العامـة ومتطلبـات المرفـق العام دون أن يكون للمتعامل الاقتصادي علاقة مباشرة بذلك .

إن هـذه السـلطات مـن النظـام العـام، لا يجـوز للمصـلحة المتعاقـدة التنـازل عنهـا أو الاتفـاق علـى مخالفتهـا ويقـع بـاطلا كـل شـرط يتضـمن ذلـك باعتبـار أنهـا سـلطات قـررت لحمايـة المـال العام.

تمـارس المصـلحة المتعاقـدة هـذه السـلطات بإرادتهـا المنفـردة، كمـا تملـك السـلطة التقديريـة فـي اسـتعمالها دون حاجـة للجـوء إلـى القضـاء انطلاقـا مـن مبـدأ التنفيـذ المباشـر، ولـو أن المشـرع حـاول ضـبطها بجملـة مـن القيـود للحـد مـن تعسـف المصـلحة المتعاقـدة الـذي يشـكل انحرافـا فـي استعمال السلطة.

فـي مقابـل هـذه السـلطات الاسـتثنائية المعتـرف بهـا للمصـلحة المتعاقـدة، والتـي يتعـين علـى المتعاقـد الرضـوخ لهـا، أعتـرف لهـذا الأخيـر بحـق التعـويض عـن الأضـرار التـي لحقتـه جراءهـا تعويضا منصفا.

الدراسات السابقة:

هنـــاك دراســـات تناولـــت موضـــوع ســـلطات المصـــلحة المتعاقـــدة فـــي تنفيـــذ الصـــفقة العموميـــة، والتـــي تبـــدو مشـــابهة لموضـــوعنا، إلا أنهـــا تختلـــف عنـــه فـــي عـــدة جوانـــب، مـــن هـــذه الدراسات نذكر:

الدراسة الأولى:

سـبكي ربيحـة، سـلطات المصـلحة المتعاقـدة تجـاه المتعاقـد معهـا فـي مجـال الصـفقات العموميـة، مـذكرة ماجسـتير، فـرع قـانون الإجـراءات الإداريـة، كليـة الحقـوق والعلـوم السياسـية، جامعـة مولـود معمـري، تيـزي وزو، 2013، والتـي طرحـت إشـكالية تتمحـور حـول إبـراز السـلطات التـي تتمتـع بهـا المصـلحة المتعاقـدة تجـاه المتعامـل المتعاقـد معهـا أثنـاء تنفيـذ الصـفقة العموميـة، وتوصـلت إلـى أن ممارسـة المصـلحة المتعاقدة لسـلطاتها حـق ثابـت ومؤكـد لهـا فـي كافـة الصـفقات العموميـة، وأن ممارسـتها لهـذه السـلطات يراعـى دائمـا تغليـب الصـالح العـام علـى الصالح الخاص.

الدراسة الثانية:

بيـو خـلاف، حـدود السـلطة التقديريـة لـلإدارة فـي العقـود الإداريـة، أطروحـة دكتـوراه، تخصـص قـانون عـام، كليـة الحقـوق والعلـوم السياسـية، جامعـة محمـد خيضـر، بسـكرة، 2019-2020، والتـي طرحـت إشـكالية تتمحـور حـول بيـان الحـدود التـي ينبغـي علـى المصـلحة المتعاقـدة مراعاتهـا وعـدم تجاوزهـا حتـى تكفـل إبـرام وتنفيـذ العقـد الإداري علـى نحـو يحقـق أهـدافها، وتوصـلت إلـى أن تمتـع الإدارة المتعاقـدة بسـلطاتها التقديريـة ضـرورة لا غنـى عنهـا، بسـبب التحـولات السياسـية والاقتصـادية والاجتماعيـة التـي يقتضـيها حسـن سـير المرافـق العامـة بانتظـام واطـراد مـع ضرورة إخضاعها لرقابة القضاء، وذلك للحد من السلطة المطلقة لها.

خطة البحث:

للإجابة على الإشكالية المطروحة قسمنا الموضوع إلى فصلين مسبوقين بمقدمة ومتبوعين بخاتمة.

الفصل الأول بعنوان سلطات المصلحة المتعاقدة في مواجهة إخلال المتعامل الاقتصادي بالتزاماته التعاقدية وتطرقنا فيه إلى سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة، ثم إلى سلطة توقيع الجزاءات.

الفصل الثاني بعنوان سلطات المصلحة المتعاقدة لمواجهة متطلبات المرفق العام تطرقنا فيه إلى سلطة تعديل شروط الصفقة العمومية، ثم إلى سلطة إنهاء الصفقة العمومية.

الصعوبات:

أثناء إنجازنا لهذا الموضوع واجهتنا عدة صعوبات منها:

- صعوبة الوصول إلى الاجتهادات القضائية.
- صعوبة الترجمة من اللغة الأجنبية إلى اللغة العربية.

الفصل الأول

الفصل الأول

سلطات المصلحة المتعاقدة في مواجهة إخلال المتعامل الاقتصادي بالتزاماته التعاقدية

THE CONTRACTING AUTHORITY AUTHORITIES IN THE FACE OF THE ECONOMIC DEALER'S BREACH OF HIS CONTRACTUAL OBLIGATIONS

تتمتع المصلحة المتعاقدة أثناء إبرامها صفقات عمومية مع متعاقدين اقتصاديين بامتيازات تجعلها في مركز متميز عنهم، حيث تملك سلطة في اختيار المتعامل الاقتصادي، وفق كيفيات رسمها القانون مسبقا، ويعود ذلك للطبيعة الخاصة للصفقات العمومية وأهميتها في مختلف الجوانب الاقتصادية والاجتماعية،[1] وأبرز مظهر تتميز به الصفقات العمومية عن غيرها من العقود، أنها تخوّل للمصلحة المتعاقدة ممارسة جملة من السلطات لمواجهة إخلال المتعامل الاقتصادي بالتزاماته التعاقدية.[2]

يقصد بسلطات المصلحة المتعاقد، تلك الوسائل القانونية التي تمتلكها في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية، والتي تمكنها من التأكد من أن هذه الأخيرة تحقق الهدف من إبرامها،[3] فالمصلحة المتعاقدة عند إبرامها للصفقة يصبح المتعامل الاقتصادي شريكا لها في تحقيق المصلحة العامة، وعلى الرغم من ذلك فهي لا تتنازل عن امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها، باعتبارها وظيفة تمارسها في إطار القانون العام.[4]

---

[1]– نبيل ازرايب، سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية –وفق التشريع الجزائري– الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2018، ص30.

[2]– د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية–القسم الثاني–الطبعة الخامسة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر،2017، ص7.

[3]– د. حمد محمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص139.

[4]-Aiadshwekat, les droits et les obligations des parties au contrat administratif dans les droits français et libyen-étude comparative-, thèse de doctorat, Université de Toulouse, France, 2016, p56

فقد أقر لها بحق الإشراف والتوجيه والرقابة، للتأكد من أن إنجاز الصفقة تم وفقا للشروط والمواصفات المتفق عليها، التي تسعى من خلالها إلى متابعة حسن تنفيذ الصفقة العمومية لتفادي حدوث تجاوزات من قبل المتعامل الاقتصادي.[1]

كما أعترف لها بسلطة فرض الجزاءات، في حالة ارتكابه لخطأ أثناء تنفيذ الصفقة وهذا سعيا لسد منافذ الفساد، وتكريسا لمبدأ الشفافية وحماية للمال العام.[2]

إن تحقيق الصالح العام والمحافظة على حسن سير المرفق العام، هي الغاية من وراء إقرار سلطات واسعة للمصلحة المتعاقدة، تمكنها من مراقبة حسن تنفيذ الصفقة العمومية من خلال سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة، وسلطة فرض جزاءات لمواجهة كل إخلال من جانب هذا الأخير.

المبحث الأول

سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة.

SUPERVISION, DIRECTION AND CONTROL AUTHORITY

إن رقابة المصلحة المتعاقدة لحسن تنفيذ الصفقة العمومية من طرف المتعامل الاقتصادي ليس مجرد امتياز، بل هو واجب محمول عليها، باعتبار أن وجود إخلال في التنفيذ ينجر عنه إهدار للمال العام، الذي تستنزف الصفقات العمومية جانبا هاما منه،[3] لذا يتعين عليها أن لا تتراخى في استعمال هذه السلطة، وأن لا تتشدد في ذلك على اعتبار أن الهدف هو تنفيذ الصفقة وفقا لما يتماشى وتحقيق المصلحة العامة،[4] ونظرا لأهمية الصفقات العمومية وانعكاس تنفيذها على حسن سير المرفق العام، تسعى المصلحة المتعاقدة دوما إلى الإشراف

[1]– د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية –دراسة مقارنة– الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2012، ص114.

[2]– أ. سليمة جدي، "منازعات الصفقات العمومية الناشئة عن إخلال المصلحة المتعاقدة بممارسة سلطة الإشراف والمراقبة"، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، العدد 10، عنابة، 2017، ص531.

[3]– عصام بنحسن، " من سلطات الإدارة أثناء تنفيذ الصفقات العمومية خلال فقه قضاء المحكمة الإدارية"، مجلة الدراسات قانونية، العدد19، كلية الحقوق، جامعة صفاقس، سنة 2012، ص33.

[4]– أ. سليمة جدي، مرجع سابق، ص 538.

على تنفيذ هذه الصفقات، وقد تتجاوز الإشراف وتصل إلى حدّ توجيه المتعامل الاقتصادي المتعاقد في أعمال التنفيذ.[1]

وعليه، فإن ممارسة هذه السلطة تختلف في مداها من صفقة عمومية إلى أخرى، حيث تكون واسعة في صفقات الأشغال العامة، وتقل في صفقات اللوازم وتكاد تكون منعدمة في صفقات الدراسات و الخدمات.

لذا وجب التطرق أولا إلى مفهوم سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة، ثم إلى مظاهر وضوابط ممارستها.

المطلب الأول

مفهوم سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة

THE CONCEPT OF SUPERVISION, DIRECTION AND CONTROL AUTHORITY

تتمتع المصلحة المتعاقدة بحق الإشراف والتوجيه والرقابة في تنفيذ الصفقة العمومية، حيث لها حق إصدار الأوامر اللازمة لهذا التنفيذ، الذي غالبا ما تشترطه ضمن نصوص صفقاتها العمومية أو في دفاتر الشروط العامة أو الخاصة، وقد تمارسه حتى في حالة عدم النص عليه،[2] وعليه سنتطرق في هذا المطلب إلى معرفة ما المقصود بسلطة الإشراف والتوجيه والرقابة، وكذا أساسها القانوني.

الفرع الأول

المقصود بسلطة الإشراف والتوجيه والرقابة

DEFINITION THE AUTHORITY IN SUPERVISION DIRECTION AND CONTROL

يقصد بسلطة الإشراف والتوجيه والرقابة تلك الوسائل القانونية التي تمتلكها المصلحة المتعاقدة في مرحلة تنفيذ الصفقة، والتي من شأنها أن تجعل تلك الصفقة محققة للغرض الذي أبرمت من أجله،[3] ويبرز الشراح الخاصية الأساسية للصفقات العمومية من حيث اتصالها بالمرافق العامة، وقيامها على سد احتياجاتها بما يكفل أداءها لوظائفها وتغليب المصلحة

[1]– د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص114.

[2]– د. حمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص135.

[3]- Aiad shwekat,op .cit , p56.

العامة، وهو ما يخول للمصلحة المتعاقدة سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية.[1]

إن سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة ليست هدفا في حدّ ذاتها، بقدر ما هي وسيلة لتحقيق غاية تكمن في التأكد من أن مستوى الأداء، والطرق المتبعة في التنفيذ، سوف تؤدي إلى تحقيق الأهداف المرجوة، لذا فإنها لا تقتصر على اكتشاف الانحرافات والاختلافات بين الأداء والمعايير الموضوعية، وإنما تبين أيضا وسائل إعادة الأمور إلى وضعها الطبيعي.[2]

تتم سلطة المصلحة المتعاقدة في الإشراف والتوجيه والرقابة، بهذا الترتيب من خلال الإشراف على الأشغال، ثم توجيه المتعامل الاقتصادي عن طريق إصدار التعليمات اللازمة للتنفيذ، وأخيرا مراقبة مدى تنفيذه لهذه التعليمات،[3] كما أن سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة تبرز بشكل أوسع في صفقة الأشغال العامة، وذلك راجع للقيمة المالية والاقتصادية لهذه الصفقة، ولخطورة الأخطاء المرتكبة في تنفيذها على سلامة مستعملي المرفق العام موضوع الصفقة في المستقبل، وتقل سلطة الإشراف والتوجيه في الصفقات الأخرى وتبقى سلطة الرقابة فقط.[4]

إن سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة، التي تمارسها المصلحة المتعاقدة خلال تنفيذ الصفقة العمومية في الحقيقة تتم عبر ثلاثة مراحل لذا سنتطرق إلى معرفة ما المقصود بسلطة الإشراف، سلطة التوجيه، سلطة الرقابة.

أولاً- سلطة الإشراف على تنفيذ الصفقة العمومية:

إن سلطة المصلحة المتعاقدة في الإشراف ليست مقررة كمبدأ عام في جميع الصفقات العمومية، وإنما تختلف في مداها حسب طبيعة الصفقة فهي تتقرر كمبدأ عام في صفقات

---

[1]- د. حمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص139.

[2]- خلاف بيو، حدود السلطة التقديرية للإدارة في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2019-2020، ص265.

[3]- د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز للعقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص182.

[4]- عصام بن حسن، مرجع سابق، ص35.

الأشغال العامة، حيث تمارسها المصلحة المتعاقدة ولو لم تنص عليها الصفقة، عكس الحال بالنسبة لصفقات اللوازم، حيث لا تتقرر لها إذا لم تنص عليها الصفقة.[1]

تمارس المصلحة المتعاقدة هذه السلطة للتأكد من مدى تنفيذ الصفقة وفقا للشروط المنصوص عليها، وأن كل شيء يسير وفقا لمقتضيات الصالح العام، ويكون تدخلها هنا في الحقيقة ممهدا لتسلم العمل عند إتمامه.[2]

وفي هذا المجال وجب تبيان المقصود بسلطة الإشراف، هدفها، الأشخاص المكلفة بها.

أ- المقصود بالإشراف:

المقصود بالإشراف هو تحقق المصلحة المتعاقدة من أن المتعامل الاقتصادي يقوم بتنفيذ التزاماته التعاقدية طبقا للمواصفات المتفق عليها،[3] وتمارس هي هذه السلطة عن طريق إيفاد مهندسيها لزيارة موقع العمل والتأكد من سيره وفقا للمواعيد المحددة ولفحص المواد المستعملة، للاطمئنان على جودة نوعها وإلى أن كل شيء يسير وفقا لمقتضيات الصالح العام.[4]

ب- هدف سلطة الإشراف:

إن سلطة الإشراف تسمح للمصلحة المتعاقدة في أي وقت بالإشراف على سير الأشغال موضوع الصفقة، وأن تفرض على المتعامل الاقتصادي التقيد بالتنفيذ الجيّد لالتزاماته التعاقدية، حيث تكون كل مصلحة متعاقدة مسؤولة عن حسن تنفيذ الجزء من الصفقة الذي يخصها.[5] إلا أن فعالية هذه السلطة تبقى نسبية إذ مازال الفساد موجودا في القطاع العمومي، خاصة في إطار الصفقات العمومية، مما يستوجب تحديد شروط صارمة تتعلق

---

[1]- د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، ط2010، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ص126.

[2]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع السابق، ص114،115.

[3]- د. عمار بوضياف، مرجع السابق، ص07.

[4]- أ. سليمة جدي، مرجع سابق، ص 533.

[5]- المادة 36الفقرة 03 من المرسوم الرئاسي15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جريدة رسمية 50 الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

بالكفاءة والنزاهة والنجاعة للتعيين في الوظائف التي يشرف مسئولوها على تنفيذ الصفقات العمومية،[1] وذلك لضمان حسن التنفيذ حماية للمال العام والمصلحة العامة.

ج-الأشخاص المكلفين بعملية الإشراف:

تتم هذه العملية عادة بواسطة مهندسين تابعين للمصلحة المتعاقدة المكلفين بتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية، الذين يتلقون تكوينا مؤهلا في هذا المجال من أجل تحسين المستوى وتجديد المعارف،[2] أو عن طريق مكتب دراسات تكلفه المصلحة المتعاقدة بمتابعة إنجاز صفقة الأشغال، وذلك بناء على صفقة عمومية للدراسات تشمل مهمات المراقبة التقنية أو الجيوتقنية والإشراف على إنجاز الأشغال ومساعدة صاحب المشروع.[3]

ثانياً- سلطة التوجيه لتنفيذ الصفقة العمومية:

إن موضوع سلطة توجيه المتعامل الاقتصادي لتنفيذ الصفقة العمومية يتطلب تحديد المقصود به، طبيعة الأوامر الموجهة للمتعامل، والحالات التي توجه فيها.

أ- المقصود بسلطة التوجيه:

يقصد بهذه السلطة حق المصلحة المتعاقدة في توجيه أعمال تنفيذ الصفقة العمومية من طرف المتعامل الاقتصادي، واختيار أنسب الطرق التي تؤدي إلى ذلك،[4] حيث ينطوي هذا المعنى على تدخل المصلحة المتعاقدة بعمق أكثر من تدخلها كسلطة إشراف على التنفيذ، فدور المصلحة المتعاقدة هنا لا يقتصر على التأكد من تنفيذ الصفقة على نحو المتفق عليه في الشروط الواردة في الصفقة، بل أنها تتدخل في توجيه أعمال التنفيذ،[5] وتمارس سلطتها في هذا الشأن إعمالا لامتيازاتها الأصلية في التنفيذ المباشر وفي إصدار القرارات التنفيذية بإرادتها المنفردة، دونما حاجة للجوء إلى القضاء.[6]

---

[1]- أ. حمزة حضري، " الوقاية من الفساد و مكافحته في إطار الصفقات العمومية"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 07، المسيلة، 2012، ص185.

[2]- المادة 211 من المرسوم الرئاسي 15-247.

[3]- المادة 29 من المرسوم الرئاسي 247/15 .

[4]- أ. محمد شعبان الدرهوبي، حق المتعاقد في التعويض في العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص44.

[5]- د. مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص183.

[6]- خلاف بيو، مرجع سابق، ص265.

يظهر هذا عندما لا تقتصر المصلحة المتعاقدة على التأكد من تنفيذ الالتزامات المنصوص عليها في الصفقة، بل تتدخل في اختيار طرق التنفيذ التي لا تكون واضحة في الصفقة، وسلطة التوجيه تتم بأعمال قانونية فقط كإصدار التعليمات بإتباع طريقة معينة في التنفيذ، أو إصدار أوامر تنفيذية لتوجيه وتوقيت أعمال التنفيذ.[1]

ب- طبيعة الأوامر الموجهة للمتعامل الاقتصادي:

تعتبر هذه الأوامر من قبيل القرارات الإدارية، باعتبارها أعمالا قانونية صادرة من جانب واحد هو المصلحة المتعاقدة ينتج عنها أثر قانوني، وبالتالي فهي تخضع إلى قواعد القرار الإداري وشروطه وضوابطه، ذلك أن أهم ما يميز هذه الأوامر تمتعها بقوّة تنفيذية، وعليه يلتزم المتعامل الاقتصادي بتنفيذ مضمونها حال صدورها، وإلاّ فإنه يعرض نفسه للمسؤولية القانونية.[2]

ج- الحالات التي توجه فيها الأوامر للمتعامل الاقتصادي:

إن توجيه المصلحة المتعاقدة للمتعامل الاقتصادي يكون في الحالات غير المنصوص عليها في الصفقة، لأن تغيير أساليب التنفيذ المحددة في الصفقة تنطوي تحت سلطة التعديل الانفرادي له، وهو ما يختلف عن حق المصلحة المتعاقدة في التوجيه، ويندرج ذلك عموما في نطاق السلطات الإستنسابية بالإشراف والتوجيه دون حاجة لوجود نص، ولا يمكن لها أن تتخلى عن هذا الحق مسبقا، لأن ذلك يتعلق بمسؤوليتها كسلطة عامة اتجاه إدارة المرفق العام.[3]

ثالثا- سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية:

تخول سلطة الرقابة للمصلحة المتعاقدة التثبت من أن المتعامل الاقتصادي ملتزم بتنفيذ الصفقة العمومية طبقا للمواصفات المحددة فيها، حيث تقتضي هذه السلطة القيام بعمليات تفقد ومراقبة مدى التزامه بالتعليمات الموجهة إليه، وبالتالي يتعين على هذا الأخير تقديم التسهيلات اللازمة للممارسة هذه السلطة.[4]

---

[1]- أ. محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص44.

[2]- ياقوتة عليوات، تطبيقات نظرية العقد الإداري-الصفقات العمومية في الجزائر- أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2008-2009 ، ص 219.

[3]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص115، 116.

[4]- عصام بن حسن، مرجع سابق، ص 34،35.

وعليه، وجب توضيح المقصود بسلطة الرقابة، أساسها، وكونها من النظام العام.

أ- المقصود بسلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية:

تعد الرقابة الوسيلة التي من خلالها تتمكن المصلحة المتعاقدة من تقدير وتصحيح أعمال المتعامل الاقتصادي، من أجل التأكد من أن الأهداف والبرامج التي تعاقدت من أجلها تسير على أحسن وجه سواء من حيث الطريقة المتبعة، وضمن الآجال المحددة، وهناك من يعتبرها بأنها مجموعة الجهود المبذولة من أجل الحصول على المعلومات الدقيقة حول وضعية التنفيذ، ومقارنة نسبة تقدمه مع تلك المحددة بموجب البرنامج المسطر للإنجاز، واكتشاف الخروقات، ومحاولة منع كل التجاوزات،[1] إن سلطة الرقابة هي السبيل لمعرفة مدى التزام المتعامل الاقتصادي بما هو مفروض عليه بموجب الصفقة العمومية ومن خلالها تستطيع المصلحة المتعاقدة ممارسة باقي السلطات إذا لزم الأمر ذلك.[2]

من خلال ما سبق يمكن القول بأن الرقابة هي نشاط يهدف إلى التأكد من التنفيذ السليم للصفقة، وتمكن من السهر على مطابقته مع ذلك الذي تمت برمجته في إطار الأهداف المسطرة، مع التركيز على احتمال وجود أخطاء، يجب السعي لتفاديها أو إصلاحها،[3] وبعبارة أخرى فالرقابة تسمح بتصحيح مسار تنفيذ الصفقة العمومية من خلال معالجة النقائص والانحرافات، وتقييم المكاسب، وعليه فالرقابة تعني التأكد من مدى التزام المتعامل الاقتصادي بتنفيذ الصفقة العمومية بما يتطابق مع بنودها.[4]

ب- أساس سلطة الرقابة:

إن هذه السلطة تجد أساسها النظري في فكرة المرفق العام وهي في مجملها ثابتة للمصلحة المتعاقدة حتى ولو لم تنص عليها الصفقة، وهنا يبرز الفرق بين الصفقة العمومية التي تحكمها آليات القانون العام، والعقد المدني الذي تحكمه آليات القانون الخاص، إن هذا التميز في القواعد المطبقة مرده ضمان تلبية المرافق العامة بما يعود بالنتائج الإيجابية على المنتفعين من خدمات المرفق العام.[5]

---

[1]- Aiad shwekat, op.cit, P58

[2]-Patrice chrétien, Nicolas chifflot, Maxime tourbe, Droit administratif, sirey, 15e édition, 2016, P517

[3]- زينب سالم، الرقابة القضائية على العقد الإداري في مرحلة التنفيذ، دار الجامعة الجديدة، 2016، ص48.

[4]-Aiad shwekat, op.cit, P59, 60.

[5]- د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص7،8.

ج-سلطة الرقابة من النظام العام:

سلطة الرقابة من الحقوق الأساسية للمصلحة المتعاقدة والتي يجب عليها استعمالها في مواجهة المتعامل الاقتصادي، ومناط ذلك أن هذه السلطة تجد مبررها في كون المصلحة المتعاقدة تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، بينما يستهدف المتعامل الاقتصادي مصلحة مادية بحتة.[1]

وعليه، فهذه السلطة تعتبر من النظام العام، وبالتالي لا يمكن الاتفاق على مخالفتها، كما لا يمكن للمصلحة المتعاقدة التنازل عنها فهي ليست بالامتياز الممنوح لها في حد ذاتها بوصفها سلطة عامة، بل قررت لحماية المال العام، وضمان حسن سير المرافق العامة.[2]

الفرع الثاني

الأساس القانوني لسلطة الإشراف والتوجيه والرقابة.

THE LEGAL BASIS FOR THE AUTHORITY OF SUPERVISION DIRECTION .AND CONTROL

إن سلطة المصلحة المتعاقدة في الإشراف والتوجيه والرقابة غالبا ما يتم النص عليها ضمن بنود الصفقة العمومية، وفي حالة عدم النص عليها في الصفقة، فإنها تمارس بقوة القانون،[3] وعليه يختلف المصدر الذي تستمد منه المصلحة المتعاقدة سلطتها في الإشراف والتوجيه والرقابة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، باختلاف الأساس القانوني لها، فهذه السلطة قد تقرّها وتنظمها القوانين واللوائح، أوقد تكون بموجب نصوص في الصفقة أو دفاتر الشروط العامة أو الخاصة، كما أنها توجد كسلطة أصيلة دون نص خاص.[4]

أولا- سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة بنص:

قد يرد النص على سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة في الصفقة العمومية أو دفاتر الشروط

---

[1]-Aiad shwekat, op.cit, p58

[2]- د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 8.

[3]-Christophe lajoye,Droit des marchés publics(En annexe le code Algérien des marchés publics),Berti édition,Alger,2007, p172.

[4]- د. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008، ص220.

وهو ما يصطلح عليه بالأساس التعاقدي، كما قد يرد النص عليها في قانون أو لائحة وهنا يكون أساسها تشريعي.[1]

أ-الأساس التعاقدي لسلطة الإشراف والتوجيه والرقابة:

إن المقصود بالأساس التعاقدي، هو أن يتم النص صراحة على سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة في الصفقة ذاتها، أو في دفاتر الشروط، على نحو يوضح كيفية ممارسة هذه السلطة المخولة للموظفين المندوبين من طرف المصلحة المتعاقدة، وفي هذه الحالة تجد أساسها في فكرة الصفقة، فغالبا ما تشترط المصلحة المتعاقدة ضمن نصوص الصفقة العمومية أو ضمن دفاتر الشروط العامة والخاصة التي تحيل عليها حقها في إصدار القرارات التنفيذية، ومراقبة المتعامل الاقتصادي في تنفيذ التزاماته التعاقدية.[2]

إن النص على سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة في الصفقة أو في دفاتر الشروط، لا يغير طبيعة هذه السلطة، باعتبارها سلطة أصيلة قائمة بذاتها ومستمدة من النظام القانوني للصفقة العمومية،[3] ومن ثمّ فإنها توجد بصفة عامة حتى في حالة سكوت الصفقة التي تقرر وتنظم هذه السلطات إذ تضيف أو توسع من نطاقها، لكنه لا ينشئ المبدأ الخاص بالسلطة الذي يرتكز على مقتضيات الصالح العام التي يقع على عاتق المصلحة المتعاقدة تحقيقها في نشاطها التعاقدي كما في سائر أنشطتها الأخرى.[4]

على أنه يكون للمتعامل الاقتصادي الحق في رفض تنفيذ إذن المصلحة المتعاقدة، إذا كان من شأن تنفيذه أن يؤدي إلى الزيادة في كميّات الأشغال، بصفة تتجاوز الحدّ الأقصى المبيّن في شروط الصفقة العمومية، ما لم يتم النص على خلاف ذلك.[5]

ب- الأساس التشريعي لسلطة الإشراف والتوجيه والرقابة:

لقد نظم المشرع الجزائري سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة ليس في مرحلة التنفيذ فحسب، وإنما أكد على ضرورة إخضاعها إلى رقابة المصلحة المتعاقدة عبر جميع المراحل التي تمر بها الصفقة العمومية، بداية من دخولها حيّز التنفيذ، وأثناء تنفيذها وبعده، ويرجع

---

[1]- د. حمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص136.

[2]- نبيل ازرايب، مرجع سابق، ص96.

[3] - د. حمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، 138.

[4]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص121.

[5]- عصام بنحسن، مرجع سابق، ص36.

حرص المشرع على إدراج هذه السلطة عبر مختلف القوانين المنظمة للصفقات العمومية، للدور الذي تلعبه ممارسة هذه السلطة في المحافظة على المال العام والحدّ من التلاعب به.[1]

وعليه، فإن سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة التي تمارسها المصلحة المتعاقدة تدخل ضمن اختصاصاتها التنظيمية، وبالتالي فإن أساسها القانوني تستمده من النصوص القانونية التي تحكم المصلحة المتعاقدة،[2] وقد ذهب البعض إلى القول بأن القوانين واللوائح التي يتم التعاقد في ظلها تندمج في شروط الصفقة وتصير جزء لا يتجزأ منها لا مناص من الالتزام بها.[3]

ثانيا- سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة دون نص:

تتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطة الإشراف والتوجيه والرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية، حتى وإن لم تنص الصفقة على ذلك أو لم تنص عليه القوانين واللوائح، بل حتى إذا تم النص على ما يخالفها، وذلك باعتبار أن الصفقة العمومية لها طابع خاص، ومناط ذلك هو احتياجات المرفق العام الذي تستهدف هذه الصفقة تسييره، وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الشخصية.[4]

أ-سلطة مرتبطة بالمرفق العام:

هذا يعني أن هذه السلطة تظل موجودة طالما وجد مرفق عام وذلك حتى في عدم وجود بند صريح في الصفقة ينص على ذلك، أو نص قانوني صريح، لأن هذه السلطة تجد أساسها في مفهوم المرفق العام الذي تسهر المصلحة المتعاقدة على حسن سيره في كافة الظروف،[5] حيث أن السائد في الفقه والقضاء المقارن أن سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية توجد حتى بدون نص، وإن كانت هذه السلطة ليست مطلقة، بمعنى أنه ليس للمصلحة المتعاقدة أن تستخدمها لتحقيق غرض لا يتصل بالمرفق العام موضوع الصفقة.[6]

ب- سلطة قررت للمصلحة العامة:

---

[1]- المادة 156 من المرسوم الرئاسي15-247 .

[2]- خلاف بيو، مرجع سابق، ص272.

[3]- د. حمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص 137.

[4]- د. محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص214، 215 .

[5]- نبيل ازرايب، مرجع سابق، ص98.

[6]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص121.

إن سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة تعدّ من النظام العام، لذا لا يمكن الاتفاق على مخالفتها لأنها قررت للمصلحة العامة، كما لا يمكن للمصلحة المتعاقدة التنازل عنها، فهي ليست بالامتياز الممنوح لها في حدّ ذاتها بوصفها سلطة عامة، بل قررت هذه السلطة لحماية المال العام، وضمان حسن سير المرفق العام،[1] وذلك راجع إلى كون أن هذه السلطة تعتبر من النصوص ذات الطبيعة التنظيمية، وليست التعاقدية وبالتالي لا يجوز النص على عكسها، كما لا يجوز التنازل عنها أو مخالفتها كونها قررت للمصلحة العامة، تأسيسا على أن المصلحة المتعاقدة هي المسؤولة عن ضمان استمرارية المرفق العام وسيره بانتظام واطراد، وهو ما يقتضي منها الإشراف على النشاط الفردي.[2]

المطلب الثاني

مظاهر وضوابط سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة

MANIFESTATIONS AND CONTROLS OF THE SUPERVISORY AUTHORITY

سلطة المصلحة المتعاقدة في الإشراف والتوجيه والرقابة بالرغم من أنها مقررة كمبدأ عام بالنسبة لسائر الصفقات العمومية، إلا أنها تختلف في درجة ممارستها من صفقة إلى أخرى وهو ما سنوضحه تحت عنوان مظاهر سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة، كما أن هذه السلطة وبالرغم من استهدافها للصالح العام، إلا أنها لا تؤخذ على إطلاقها وإنما هي مضبوطة على نحو لا يسمح للمصلحة المتعاقدة بالتعسف في استعمالها.

الفرع الأول

مظاهر سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة

MANIFESTATIONS OF SUPERVISION DIRECTION AND CONTROL AUTHORITY

تختلف سلطة المصلحة المتعاقدة في الإشراف والتوجيه والرقابة، نظرا لتفاوت صفقاتها في درجة اتصالها بالمرفق العام؛[3] حيث تبرز هذه السلطة أكثر ويتسع مجالها في صفقات الأشغال العامة بالنظر لطبيعتها الخاصة، وكون أن تنفيذها يستغرق مدّة زمنية طويلة، مما يكلف خزينة الدولة مبالغ ضخمة، إذ أن هذا النوع من الصفقات يتطلب متابعة

[1]– إيمان حزماني، الشروط الاستثنائية للعقود الإدارية، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015، ص26، 27.

[2]– خلاف بيو، مرجع سابق، ص267.

[3]– أ. محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص44، 45 .

مستمرة، ومتواصلة تفاديا لأي خروج عما تمّ الاتفاق بشأنه،[1] وتكون أضعف بالنسبة لصفقة التوريد مقارنة بصفقة الأشغال العامة.[2] وتكاد تكون منعدمة في صفقة الدراسات والخدمات، مما يؤدي بنا إلى القول أن هذه السلطة تختلف باختلاف طبيعة الصفقة العمومية.

وعليه، سنتطرق لمظاهر سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة في أهم فئات الصفقات العمومية ألا وهي صفقة الأشغال العامة، وصفقة التوريد.

أولا- مظاهر سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة في صفقة الأشغال العامة:

لتبيان كيفية ممارسة سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة على صفقة الأشغال العامة لابد من التطرق إلى العناصر التالية:

أ-تعريف صفقة الأشغال العامة:

صفقة الأشغال العامة هي عقد يهدف إلى إنجاز بناء أو هندسة مدنية من طرف مقاول، في ظلّ احترام الحاجات التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع.[3]

وعليه فصفقة الأشغال العامة بطبيعتها تفرض تدخل المصلحة المتعاقدة لتوجيه الأمر ببدء الأشغال، حيث تتجسد سلطاتها بحق في هذا النوع من الصفقات، كما أن تدخل مندوبها للإشراف على التنفيذ يجعله بمثابة المدير الحقيقي للعمل، ويتحوّل المتعامل الاقتصادي إلى جهة تنفيذ للتعليمات الصادرة عن هذا الأخير.[4]

ب-كيفية ممارسة سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة في صفقة الأشغال العامة:

بموجب هذه السلطة تسمح المصلحة المتعاقدة لنفسها بالتدخل في أوضاع التنفيذ، وتغيير بعضها، ويكون ذلك عن طريق إصدار أوامر خدمة للمتعهد « SERVICEORDERS »، حيث تعتبر هذه الأخيرة قرارات إدارية صادرة عن الجهة الإدارية المختصة، وتوجه إلى الملتزم بالصفقة بقصد تحديد أوضاع تنفيذ الصفقة أو تكملة الناقص منها، على أن تصدر هذه الأوامر بصورة كتابية من حيث

[1]- د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص8،9.

[2]- جمال سعد الله، المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات من منظور التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة،2016-2017، ص36.

[3]- المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15-247.

[4]- د. عمار بوضياف، مرجع سابق،ص9.

المبدأ، غير أنه يمكن إصدارها استثناءا وفي بعض الحالات بصورة شفهية دون أن تتضمن تعديلا في أوضاع التنفيذ، وألاّ يتعدى إطار برنامج التنفيذ الملحوظ.[1]

إن سلطة المصلحة المتعاقدة في الإشراف والتوجيه والرقابة تتجلى بصورة واضحة في صفقات الأشغال العامة حيث تمارسها بشكل واسع في مواجهة المتعامل الاقتصادي من بداية الأشغال إلى غاية تسليمها،[2] و في هذا السياق جاء في إحدى حيثيات قرار مجلس الدولة الجزائري[3] المؤرخ في 2004/10/20 ما يأتي: "حيث يستفاد من محضر الاستلام المؤرخ في 1998/12/13، أنه تم استلام البئر بعد ما تبين للمدعى عليها بلدية كرزاز أن الأشغال مطابقة للكشف الكلي والتقديري والمخطط....."

كما جاء في قراره[4] المؤرخ في 2002/05/27: "....أن الاستلام النهائي لا يمكن أن يتم في أية حال من الأحوال إلاّ إذا أزيلت التحفظات المدلى بها خلال الاستلام المؤقت من طرف المؤسسة التي أنجزت الأشغال، وأنه في قضية الحال ثمة تحفظات يبدو أنه لم يتم إزالتها..".

هذا يعني أن الاستلام النهائي في صفقات الأشغال العمومية لا يتم إلا بعد المراقبة التي تقوم بها المصلحة المتعاقدة وتخلص إلى عدم إبداء أية تحفظات.

ج- صور ممارسة سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة في صفقة الأشغال العامة:

تتجلى صور ومظاهر ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة الإشراف والتوجيه والرقابة على تنفيذ صفقة الأشغال العمومية فيما يلي:

1- الأمر بالبدء في تنفيذ المشروع:

تبدأ مدّة التنفيذ في السريان من التاريخ المحدد في الصفقة؛ فإذا خلت الصفقة من النص على ذلك، فإن الشروع في التنفيذ يحتسب من تاريخ إبلاغ المقاول بالأمر المصلحي، أو ابتداء من اليوم الموالي لتاريخ تبليغ الأمر بالخدمة للمتعامل الاقتصادي، والذي يباشر الأشغال مباشرة في الآجال المحددة في أوامر المصلحة والصادرة عن مهندس الدائرة أو المهندس

---

[1]- أ. عبد اللطيف قطيش،الصفقات العمومية -تشريعا وفقها واجتهادا- الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2010، ص119.

[2]- نبيل ازرايب، مرجع سابق،ص103.

[3]- مجلس الدولة، الغرفة الأولى،القرار رقم010605، المؤرخ في 2004/01/20، غير منشور.

[4]- مجلس الدولة، الغرفة الأولى،القرار رقم 004605، المؤرخ في 2202/05/27، غير منشور.

المعماري،[1] خلال أجل ثلاثة أشهر على الأكثر الموالية لتاريخ منح التأشيرة، ومع ذلك فإن منح التأشيرة ليس له أثر ملزم على المصلحة المتعاقدة، حيث يمكن لها أن تعدل تماما عن تنفيذ الصفقة بما لها من سلطة تقديرية، ولكن يجب عليها أن تعلم اللجنة المختصة بذلك.[2]

2- تحديد خطوات سير العمل ومواعيد تسليم الأشغال:

في الحقيقة هو أمر متروك للسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة حسبما تقتضيه ظروف العمل، وغالبا ما تحدد صفقة الأشغال العامة أو دفاتر الشروط خطوات التنفيذ وسيرها ومواعيد التسليم، فإذا ما جاءت الصفقة خالية من ذلك فإن مندوبي المصلحة المتعاقدة من الفنيين هم الذين يحددون تلك الخطوات والمواعيد، ولهم أن يأمروا بطرق التنفيذ ووسائله.[3]

3- الأمر باستبدال عمال المقاول:

تمتد سلطة المصلحة المتعاقدة في الإشراف والتوجيه والرقابة لتشمل العمال الذين يستعين بهم المقاول في تنفيذ الأشغال، فلها على سبيل المثال أن تطلب تغيير العمال لعدم كفاءتهم الفنية، أو لعدم نزاهتهم، أو بسبب رفضهم تنفيذ تعليمات مندوبيها، حيث يمكن لمهندس المصلحة المتعاقدة أو المهندس المعماري أن يطلب من المقاول تبديل الأعوان والعمّال لعصيانهم أو عدم أمانتهم.[4]

4- مراقبة نوعية المواد:

تمتد سلطة المصلحة المتعاقدة إلى مراقبة المواد المستعملة، والتي يجب أن تستجيب للمعايير المفروضة من طرفها، بحيث يجب أن تكون ذات جودة عالية ومستعملة طبقا لفنيات العمل، وعليه فكل المواد المستعملة توضع تحت رقابتها والتي تستطيع رفضها إذا ارتأت أنها غير صالحة أو أنها من نوعية رديئة، بحيث يجب على المتعامل الاقتصادي في هذه الحالة استبدالها وعلى حسابه.[5] إن الواقع العملي يثبت بأن السلطة المخولة للمصلحة المتعاقدة بمراقبة نوعية المواد المستعملة قد تستغلها هذه الأخيرة استغلالا سيئا، كأن يتفق الموظفون المكلفون بالرقابة مع المتعامل الاقتصادي على استعمال مواد ذات جودة أقل من تلك المتفق عليها في

---

[1]- أسماء سعدي، منال الحاج، سلطات المصلحة المتعاقدة على ضوء المرسوم الرئاسي 15-247، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي التبسي، تبسة، 2016-2017، ص51.

[2]- المادة 196 من المرسوم الرئاسي 247/15.

[3]- خلاف بيو، مرجع سابق، ص284.

[4]-أسماء سعدي، منال الحاج، مرجع سابق، ص،52،51.

[5]- Brahim Boulifa, Marchés publics, volume1, 2éme édition, Berti édition, ALGER 2016, p343.

الصفقة مقابل اقتسام ما ينتج عنها من أرباح ودليل ذلك كثرة البنايات الهشة، أو تلك المهددة بالانهيار.[1]

5- الأمر بهدم الأشغال أو وقف العمل بها مؤقتا:

يجوز لمندوبي المصلحة المتعاقدة المكلفون بالإشراف والتوجيه بعد رفضهم للمواد أو الأعمال التي تم إنجازها بتلك المواد، واتضح أنها غير مطابقة للمواصفات، أن يأمروا المتعامل الاقتصادي بهدم أو إزالة ما تم تنفيذه من أشغال وإعادة القيام بها من جديد على حسابه طبقا لدفاتر الشروط، كما يجوز الأمر بوقف الأشغال بصفة مؤقتة.[2]

د-الآثار المترتبة على ممارسة سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة في صفقة الأشغال العامة:

إن سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة المقررة للمصلحة المتعاقدة في صفقة الأشغال العامة تعتبر عناصر معتادة، فإذا مورست هذه السلطة في حدود توقعات الصفقة وترتب عليها أعباء مادية على المقاول فعليه تحمل مخاطرها، وليس له أي حق في التعويض، غير أنه إذا ترتب عن ممارسة هذه السلطة أعباء مالية جديدة غير مقررة، وتتجاوز توقعات الصفقة يكون للمقاول الحق في المطالبة بالتعويض.[3]

ثانيا- مظاهر سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة على تنفيذ صفقة اللوازم(التوريد):

لتبيان كيفية ممارسة سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة في صفقة اللوازم لابد ن التطرق إلى العناصر التالية:

أ-أهداف صفقة اللوازم(التوريد):

تهدف الصفقة العمومية للوازم إلى اقتناء أو إيجار أو شراء عتاد أو مواد مهما كان شكلها من طرف المصلحة المتعاقدة، لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد.[4]

---

[1]- سهام بن دعاس، جرائم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2019، ص49.

[2]- أسماء سعدي، منال حاج، مرجع سابق، ص52.

[3]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص130، 135..

[4]- المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15-247.

ب-أنواع صفقة اللوازم(التوريد):

تنقسم صفقات التوريد إلى طائفتين من الصفقات هما صفقات التوريد العادية، وصفقات التوريد الصناعية، وقد وجد هذا التقسيم منذ سنة 1958 بعد أن صدر في فرنسا قراران بدفاتر الشروط الإدارية العامة، احدهما ينظم عقود التوريد الجارية courantsأو العادية ordinaires والثاني ينظم عقود التوريد الصناعية marchés industries الخاصة بمصلحة الدفاع الوطني، ومع التطور الذي حدث عمليا في صفقات التوريد الصناعية، ترتب عليه زيادة أهمية هذه الصفقات ما أدى إلى التمييز بين هاتين الطائفتين من الصفقات، وإخضاع كل منهما لنظام قانوني مختلف، بما في ذلك سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة التي تباشرها المصلحة المتعاقدة على تنفيذ هذه الصفقات.[1]

1- صفقات التوريد العادية:

صفقة التوريد أو اقتناء اللوازم بطبيعتها، تفرض أن تتخذ سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة مظهرا أقل شدّة، فالأمر يتعلق بمواد أو منقولات يلزم المتعامل الاقتصادي بأن يضعها تحت تصرف المصلحة المتعاقدة،[2] حيث تقوم صفقات التوريد العادية على أساس حرية المورد في تحديد طرق تنفيذ هذه الصفقة، وتتجسد سلطة المصلحة المتعاقدة هنا في رقابة ما يستخدمه المقاول من عمال ومعاونين، وكذلك المصادر التي يحصل منها على بضائعه، كما تحتفظ بحق فحص واختيار الأصناف المتفق على توريدها، بهدف مطابقتها للأوصاف المحددة في الصفقة.[3]

وعليه، فسلطة المصلحة المتعاقدة في الإشراف والتوجيه والرقابة على تنفيذ صفقات التوريد العادية أقل بطريقة واضحة منها في صفقة الأشغال العامة، إذ في هذه الأخيرة تسود فكرة أن على المصلحة المتعاقدة الاستمرار في تسيير المرفق العام أو الشغل، بينما تقوم صفقات التوريد على أن للمورد الحرية في اختيار طرق ووسائل التنفيذ، لا يقيّدها إلاّ نصوص الصفقة والتي يمكن أن تقرر للمصلحة المتعاقدة سلطات حقيقية في التوجيه.[4] إلا أنه نظرا لتفشي ظاهرة الفساد أثناء تنفيذ الصفقات العمومية، الأمر الذي يؤدي إلى عدم ممارسة هذه

[1]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص136.

[2]- د. عمار بوضياف، مرجع سابق،ص10.

[3]- أ. سليمة جدي، مرجع سابق، ص543.

[4]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص137، 138..

السلطة وفقا للغرض الذي وجدت لأجله، كاتفاق الأعوان المكلفين بهذه الصفقات مع المورد بتوريد مواد أقل جودة من تلك المتفق عليها وبأسعار خيالية.[1]

2-صفقات التوريد الصناعية:

تتسع سلطة المصلحة المتعاقدة في الإشراف والتوجيه والرقابة في صفقات التوريد الصناعية، لذا سنتطرق إلى معرفة المقصود بهذه الصفقة، وحدود ممارسة سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة عليها.

1.2-تعريف صفقات التوريد الصناعية:

يقصد بها تلك الصفقات التي يلتزم بمقتضاها المتعامل الاقتصادي بتوريد مواد أو منتجات صناعية بعد إنتاجها وفق مواصفات متفق عليها مقدما، فهو هنا لا يقوم بتوريد منتجات أيًا كان مصدرها، وإنما يقوم بتصنيعها وفق مواصفات تطلبها المصلحة المتعاقدة، ويحدث ذلك عندما تحتاج بعض الجهات الإدارية إلى أجهزة متطورة ومعقدة كالطائرات الحربية والصواريخ والغواصات، وأجهزة الأقمار الصناعية وغيرها.[2]

2.2-حدود ممارسة سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة في صفقات التوريد الصناعية:

إن حدود سلطة المصلحة المتعاقدة في الإشراف والتوجيه والرقابة في صفقات التوريد الصناعية يعتبر دقيق وصارم، حيث تعتبر هذه السلطة هي جوهر هذه الصفقة،[3] وهذه السلطة تتسع لتشمل الرقابة الفنية، والرقابة الإدارية، والرقابة المالية، فتتمثل الرقابة الفنية في الإشراف الفني على المواد المستخدمة، بهدف التأكد من سلامتها ومطابقتها للمواصفات الفنية المتعارف عليها، أما الرقابة الإدارية فتتمثل في الإشراف على المتعامل الاقتصادي وهو بصدد استخدامه لموظفين أو عمال في مصانعه، ومراقبة سير العمل وفقا للخطط المتفق عليها، وأخيراً رقابة مالية تتمثل في الرقابة المحاسبية، التي تباشرها المصلحة المتعاقدة على المورد بهدف التأكد من سلامة اقتصاديات المشروع، وتتم بالإطلاع على كافة الدفاتر والمستندات التي يلتزم المورد بأن يطلعهم عليها.[4]

---

[1]- سهام بن دعاس، مرجع سابق، ص49.

[2]- نبيل ازرايب، مرجع سابق، ص108.

[3]- أ. محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص45.

[4]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص140.

يقترب نظام الرقابة هنا إلى صفقات الأشغال العامة، حيث تحتوي صفقات التوريد الصناعية على مزيج من مقاولة الأعمال والتوريد.[1]

الفرع الثاني

ضوابط سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة

THE LIMITS OF THE SUPEVISION, DIRECTION, AND CONTROL AUTHORITY

تتمتع المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل الاقتصادي بحق الإشراف، ورقابة تنفيذه لالتزاماته التعاقدية، وتوجيهه أثناء تنفيذها، حتى ولو لم يتم النص عليها في الصفقة العمومية، ذلك لتعلق هذه السلطة بالنظام العام،[2] ويعود ذلك إلى أن تقابل المصالح في الصفقة العمومية ليس متساويا، كما في العقد المدني، فالمصلحة المتعاقدة في الصفقة العمومية تمثل المصلحة العامة، بمقابل المصلحة الخاصة التي يمثلها الطرف الآخر في الصفقة، وإذا شاءت أن تسعى لتأمين المصلحة العامة من خلال استدعاء الآخرين للتعاقد معها في هذا السبيل، فإن ذلك لا ينزع عنها الصفة الأساسية لها، التي تعود إلى أنها هي القيمة على الصالح العام.[3]

ومع ذلك، فإن سلطة المصلحة المتعاقدة في الإشراف والتوجيه والرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية ليست مطلقة، حيث يتعين ألاّ تتعسف في استعمالها، فقد منحت لها هذه السلطة لتحقيق هدف محدد وهو ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد، فإذا قصدت من استعمالها تحقيق غرض آخر لا يتصل بذلك الهدف، عدّ ذلك إساءة لاستعمال السلطة، حيث تكون المصلحة المتعاقدة قد انحرفت في استعمال سلطتها عن الغرض المخصص لها، الأمر الذي يخرج قرارها عن إطار المشروعية.[4]

كما أنه يتعين ألّا ينطوي استعمال هذه السلطة على التعديل في شروط الصفقة، فسلطة المصلحة المتعاقدة بمعناها المزدوج "الإشراف والتوجيه " لها حدّ معين يجب أن تقف عنده، حيث يمثل هذا النطاق الحدّ الفاصل بين هذه السلطة وبين سلطة تعديل الصفقة، فإذا

---

[1]– نبيل ازرايب، مرجع سابق، ص108.

[2]– المرجع نفسه، ص99.

[3]– أ. عبد اللطيف قطيش، مرجع سابق، 121.

[4]– د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية –الإبرام، التنفيذ، المنازعات– منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004، ص242.

تجاوزت المصلحة المتعاقدة أثناء ممارسة سلطتها هذا النطاق، فإننا نكون بصدد سلطة تعديل شروط الصفقة لا سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة، وقد يرتب هذا التجاوز للمتعامل الاقتصادي حقًا في المطالبة بتعويض إذا أصابه ضرر من جرائه.[1]

وعليه، يخضع استعمال المصلحة المتعاقدة لسلطتها في الإشراف والتوجيه والرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية لضابطين: عام، وخاص.[2]

أوّلا- الضابط العام:

يقصد بالضابط العام أن يكون الهدف من سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة تحقيق المصلحة العامة، وأن تتخذ قرارات المصلحة المتعاقدة في إطار مبدأ المشروعية.

أ-ممارسة سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة من أجل تحقيق المصلحة العامة:

تعتبر المصلحة العامة الهدف الأول للنشاط الإداري بصفة عامة، وعليه فهي تعتبر الغاية التي يجب على المصلحة المتعاقدة أن تسعى إلى تحقيقها من وراء كافة ما تقوم به من تصرفات وأعمال،[3] وبالنتيجة فإن تفريط المصلحة المتعاقدة في ممارسة هذه السلطة على تنفيذ المتعامل الاقتصادي لالتزاماته التعاقدية يؤدي إلى جنوح هذا الأخير إلى التنفيذ بما يخالف شروط التعاقد، ممّا لا يحقق المصلحة المرجوّة من إبرام الصفقة العمومية، وبالمقابل فإن إفراطها في استعمال هذه السلطة من شأنه عرقلة التنفيذ، ممّا قد يؤثر سلبا على حسن أداء المتعامل الاقتصادي لالتزاماته التعاقدية،[4] لذا سنتطرق في المجال إلى سوء استعمال السلطة من طرف المصلحة المتعاقدة وأثر إخلالها بالتزاماتها على المتعامل الاقتصادي.

1-الانحراف بالسلطة:

إن مهمة الأعوان العموميين هي مهمة ذات نفع عام، ووجود امتيازات السلطة العامة لا يجد مبررا له سوى في تحقيق الأغراض ذات المنفعة العامة، وبمجرد أن تتنكر المصلحة المتعاقدة لروح مهمتها باستعمال الامتيازات المخولة لها، لغايات غير منصوص عليها في القانون نكون أمام انحراف السلطة، إذ أنها هنا تعمل لغرض أجنبي عن المصلحة

[1]- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص242.

[2]- نبيل ازرايب، مرجع سابق، ص99، 100.

[3]- د. أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص216.

[4]- نبيل ازرايب، مرجع السابق، ص100، 101.

العامة،[1] والمتمثلة في التأكد من أن مستوى الأداء، والطرق المتبعة في التنفيذ، سوف تؤدي إلى تحقيق الأهداف المرجوة،[2] لتفادي حدوث كوارث كتلك التي حدثت سنتي 1980 و2003 بمدينتي الشلف وبومرداس على التوالي، والكم الهائل من البنايات التي وقعت مخلفة خسائر مادية وبشرية كان من الممكن تفاديها، لذا يمكن القول أن المصلحة المتعاقدة قد انحرفت في استعمال سلطتها، بدليل أنها لم تستعمل آليات الرقابة الممنوحة لها، الأمر الذي أدى إلى انهيار البنايات التي لم تحترم فيها المعايير التقنية، والسبب في ذلك يعود إلى الفساد الحاصل في مجال الصفقات العمومية المتمثل في كثرة الرشاوى وسوء تسيير الإدارة، فكل رطل حديد ناقص في متر مربع، معناه مليارات الدينارات التي تدخل جيوب المرتشين.[3]

2- إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها:

إذا تعمدت المصلحة المتعاقدة الإضرار بالمتعامل الاقتصادي من خلال استعمالها لحقها في رقابته في القيام بالتزاماته التعاقدية، فإن ذلك يولد مسؤوليتها حتى لو كانت تقصد تحقيق صالح المرفق العام، حيث يتعارض سلوكها في هذه الحالة مع واجب حسن النية المفترض تنفيذ الصفقات العمومية في إطاره.[4]

ب- صدور قرار المصلحة المتعاقدة طبقا لمبدأ المشروعية:

إذا كانت الغاية الأساسية من ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة الإشراف والتوجيه والرقابة هو تحقيق المصلحة العامة، فهذا لا يمنع من ضرورة أن تُتخذ هذه القرارات في إطار مبدأ المشروعية، فقد منحت لها هذه السلطة لضمان سير المرافق العامة بانتظام، فإذا قصدت باستعمالها غرضا آخر لا يتصل بذلك الهدف تكون قد أساءت استعمال سلطتها، وذلك يخرج قرارها عن إطار المشروعية.[5]

كما أن سلطة المصلحة المتعاقدة في الإشراف ورقابة تنفيذ المتعامل الاقتصادي لالتزاماته التعاقدية وتوجيهه أثناء هذا التنفيذ، وإن كانت تستمد مشروعيتها من المبادئ

---

[1]- أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص192.

[2]- المرجع نفسه، ص192.

[3]- بوقرة الحاج، علال العمري، تأثير خطر الزلازل على المناطق الحضرية (حالة حي 11-12-1960 بومرداس)، مذكرة ماستر، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2017-2018، ص124.

[4]- أ. محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص46.

[5]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص125.

العامة، إلا أنه لتأكيد تلك المشروعية يجب عليها ألاّ تخرج عن حدود وغايات الحق المقرر لها، وإلاّ خرج عملها عن نطاق المشروعية مشكلًا خطأ يوجب مسؤوليتها العقدية عما لحق المتعامل الاقتصادي من ضرر أحدثه فعلها غير المشروع.[1]

ثانيا- الضابط الخاص:

يشمل الضابط الخاص الذي يحكم سلطة المصلحة المتعاقدة في الإشراف والتوجيه والرقابة عنصرين، يتعلق الأول بأن لا تؤدي ممارسة هذه السلطة إلى تغيير طبيعة ومضمون الصفقة، والثاني يخص الرقابة القضائية المفروضة على هذه السلطة.

أ-عدم تغيير طبيعة ومضمون الصفقة:

إن ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطتها في الإشراف والتوجيه والرقابة لا يجب أن تمس بأي حال من الأحوال الطبيعة الحقيقية للصفقة المبرم، إذ لا يجب أن تؤدي جملة الصلاحيات الممنوحة لها إلى تغيير طبيعة هذه الأخيرة أو تغيير نوع الالتزامات وحجمها،[2] إذ أن هذه الالتزامات تمارس في إطار سلطة التعديل وإن كانت تمارس بتحفظ وليست سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة، فقد تسعى المصلحة المتعاقدة إلى الانحراف بسلطتها فتمارس تحت غطاء حقها في الإشراف والتوجيه والرقابة سلطة تعديل حقيقية، وذلك للتملص من تعويض صاحب الصفقة عن الخسائر الناجمة عن التعديل ولاسيما اختلال التوازن المالي للصفقة.[3]

فإذا كان يحق للمصلحة المتعاقدة في صفقة الأشغال العامة اتخاذ إجراءات من شأنها التأكد من أن المتعامل الاقتصادي يستعمل ذات المواد المتفق عليها بتعاقده، إلا أنها تكون قد تجاوزت نطاق استعمال ذلك الحق إذا قررت إحلال مواد أخرى في التنفيذ محل تلك المتفق عليها بالصفقة، حيث تكون بذلك قد عدلت شرطاً تعاقدياً ربما كان محل اعتبار لدى المتعامل الاقتصادي حين قدر المقابل المادي للتعاقد.[4] في هذه الحالة يجوز له أن يطالبها بالالتزام بالقوانين واللوائح المنظمة لممارسة سلطتها في الإشراف والتوجيه والرقابة، سيما تلك النصوص التي تنظم بعض إجراءات حمايته وتوفير الضمانات الضرورية له.[5]

---

[1]- أ. محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص46.

[2]- د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 1993، ص354.

[3]- عصام بنحسن، مرجع سابق، ص36،37.

[4]- أ. محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص47.

[5]- د. سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص354.

وعليه، مهما كانت الامتيازات التي تخول المصلحة المتعاقدة سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة على شخص المتعامل الاقتصادي فإنها تتوقف عند حدّ المساس بجوهر الصفقة.[1]

ب- الرقابة القضائية على سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة:

في حالة تعسف المصلحة المتعاقدة في ممارسة سلطتها في الإشراف والتوجيه والرقابة تتعرض لرقابة قضائية، لذا سنتطرق في هذا المجال إلى تحديد الجهة القضائية المختصة بهذه الرقابة، وكيفية ممارسة القاضي لرقابته.

1-الجهة القضائية المختصة:

في حالة ما تعسفت المصلحة المتعاقدة في استعمال سلطتها يكون للمتعامل الاقتصادي الحق في اللجوء إلى القضاء والطعن أمام القاضي الإداري في هذا النزاع المتعلق بتنفيذ الصفقة العمومية، حيث تعتبر دعوى القضاء الكامل من خلال المطالبة بالتعويض، السبيل القضائي الوحيد لجبر الضرر المترتب عن الإجراء المطعون ضده.[2]

2- كيفية ممارسة الرقابة القضائية:

إن مبدأ حسن النية من الأمور الموضوعية التي تخضع لرقابة القضاء، والتي يعاينها القاضي من حيث الظروف والملابسات التي تصادف الصفقة أثناء تنفيذها، حيث يقدر القاضي مدى الجهد المبذول من جانب المصلحة المتعاقدة في سبيل ممارستها للسلطة المقررة لها في إطار التزاماتها التعاقدية، والابتعاد قدر المستطاع عن التعسف في استعمالها.[3]

ويفحص الضوابط الشكلية للأوامر المصلحية من حيث الإمضاء والتاريخ والترقيم، ثم الوقوف على ما جاء في موضوعها، فإذا قدّر عدم مشروعيتها حكم للمتعامل الاقتصادي بالتعويض متى أثبت هذا الأخير الضرر الذي أصابه جرّاءها.[4]

---

[1]- محمد بوناب، سلطات المصلحة المتعاقدة في تنفيذ الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي15-247، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2015-2016، ص35 .

[2]- المرجع نفسه، ص35، 36.

[3]- د. سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص354.

[4]- محمد بوناب، مرجع سابق، ص35،36.

المبحث الثاني

سلطة توقيع الجزاءات

SANCTIONSAUTHORITY

إذا كانت القواعد العامة في القانون الخاص تقضي باستئثار القضاء دون غيره في توقيع الجزاء،[1] فإن الأمر يختلف في الصفقات العمومية نظرا لطبيعتها الخاصة، حيث تتمتع المصلحة المتعاقدة باعتبارها سلطة عامة بتوقيع جزاءات على المتعامل الاقتصادي في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية، سواء قصر في تنفيذ التزاماته، أو امتنع عن تنفيذها، أو تأخر في التنفيذ، أو نفذها بصورة لا تتفق مع شروط التعاقد.[2]

ويعود تأسيس سلطة توقيع الجزاءات إلى فكرة ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد،[3] هذه الجزاءات التي لا تقف عند نوع واحد، بل تتعدد بالنظر إلى الأسس والمبادئ العامة التي تحكم وتنظم الصفقات العمومية، ويمكن تصنيفها إلى جزاءات غير فاسخة للصفقة، وجزاءات فاسخة لها.

المطلب الأول

سلطة توقيع الجزاءات غير الفاسخة للصفقة

THE AUTHORITY TO SING NON-BREAKING PENALTIES FOR THE DEAL

تتمتع المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل الاقتصادي بسلطة توقيع الجزاءات التي تمارسها دون اللجوء إلى القضاء، ويعرف الجزاء بأنه عبارة عن" عقوبة تفرض على المتعاقد مع الإدارة في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية دون الحاجة إلى الالتجاء إلى القضاء".[4]

لقد خول المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة سلطة توقيع جزاءات مالية وأخرى غير مالية على المتعاقد معها، عند إخلاله بالتزاماته التعاقدية، ويكون الغرض منها إما تغطية ضرر حقيقي لحق بها نتيجة لخطأ المتعامل الاقتصادي، أو توقيع عقاب عليه بغض النظر عن أي ضرر لحق بها.[5]

---

[1]– نبيل ازرايب، مرجع سابق، ص129.

[2]– د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص260.

[3]– د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص21.

[4]– نبيل ازرايب، مرجع السابق، ص 129.

[5]– بلاّوى ياسين بلاّوى، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، مصر، 2011، ص45.

الفرع الأول

سلطة توقيع الجزاءات المالية

FINANCIAL SANCTIONS AUTHORITY

لقد خول المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة سلطة توقيع جزاءات مالية على المتعامل الاقتصادي عند إخلاله بالتزاماته التعاقدية،[1] هذه الجزاءات قد تتخذ صورة الغرامات المالية، أو مصادرة مبلغ الضمان، أو التعويض.[2]

أولا-الغرامات المالية:

إذا أخل المتعامل الاقتصادي بالتزاماته التعاقدية، تفرض عليه عقوبات مالية، يتم تحديد نسبتها وكيفيات فرضها، أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط في الأحكام التعاقدية.[3]

لذا سنتطرق في هذا المجال إلى تعريف الغرامة المالية، وتحديد الأساس القانوني لها، وصورها.

أ-تعريف الغرامة المالية:

تعرف الغرامة المالية بأنها:" تلك المبالغ المالية التي يجوز للإدارة أن تطالب بها الطرف المتعاقد معها، إذا أخل بالتزاماته التعاقدية أثناء تنفيذ العقود الإدارية".[4]

ب- الأساس القانوني للغرامة المالية:

لقد أجاز المشرع للمصلحة المتعاقدة توقيع الجزاءات المالية على المتعامل الاقتصادي في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية، سواء تأخر في التنفيذ أو نفذ بطريقة غير مطابقة، وذلك من خلال فرض جملة من العقوبات المالية عليه، دون أن تخل بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية،[5] على أنه يجب أن تتضمن كل صفقة عمومية على نسب العقوبات المالية وكيفيات حسابها، وشروط تطبيقها، أو النص على حالات الإعفاء منها.[6]

---

[1]- المادة 147 الفقرة 01 من المرسوم الرئاسي 15-247.

[2]- بلاّوى ياسين بلاّوى، مرجع سابق، ص45.

[3]- المادة 147 الفقرة 02 من المرسوم الرئاسي 15-247.

[4]- د. عمار عوابدي، القانون الإداري-النشاط الإداري-،الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص219.

[5]- المادة 147 الفقرة 01 من المرسوم الرئاسي 15-247.

[6]- المادة 95 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

ج- صور الغرامة المالية:

تأخذ الغرامة المالية إحدى الصور التالية:

1-الغرامة التأخيرية:

هذا النوع من الغرامة المالية تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة في حالة تأخر المتعامل الاقتصادي في تنفيذ التزاماته التعاقدية، لذا سنتطرق فيما يلي إلى معرفة ما المقصود بالغرامة التأخيرية، وخصائصها، وحالات الإعفاء منها.

1.1- تعريف الغرامة التأخيرية:

لقد أولى المشرع عنصر الزمن أهمية خاصة، فلا يمكن من حيث الأصل التغافل أو السكوت من جانب المصلحة المتعاقدة على متعامل أخل بآجال التنفيذ، ذلك أنه تعهد باحترام المدة المتفق عليها، فمن الطبيعي أن يخضع لجزاء في حالة إخلاله بهذا الالتزام.[1]

تعرف الغرامة التأخيرية بأنها:" عبارة عن مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مقدما، وتنص على توقيعها متى أخل المتعاقد بالتزام معين، لاسيما فيما يتعلق بالتأخير في تنفيذ العقد".[2]

وتعرف أيضا بأنها: "هي مبلغ من المال يتفق عليه في الصفقة جزاء لإخلال المتعامل الاقتصادي بالوفاء بالتزامه في الميعاد المتفق عليه، حرصا على حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد".[3]

2.1-خصائص الغرامة التأخيرية:

تتسم الغرامة التأخيرية بجملة من الخصائص تتمثل فيما يلي:

1.2.1-غرامة التأخير اتفاقية:

تتميز الغرامة التأخيرية بأنها اتفاقية، لأنها تحدد مقدما في الصفقة،[4] يتفق عليها المتعاقدان حال التعاقد، بحيث إذا خلت منها الصفقة لا تستطيع المصلحة المتعاقدة مطالبة

[1]- د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص24.

[2]- د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية- دراسة مقارنة- الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، الإسكندرية،1991، ص512.

[3]- د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص265.

[4]- د. محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص136.

المتعامل الاقتصادي بأدائها إذا تأخر في تنفيذ التزامه،[1] لذا يشترط لتوقيع غرامة التأخير أن يكون منصوص عليها في الصفقة أو دفتر الشروط الخاص بها، ولقد عبر المشرع الجزائري على الطبيعة الاتفاقية للغرامة التأخيرية بقوله:".... تقتطع العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصفقة، من الدفعات التي تتم حسب الشروط والكيفيات المنصوص عليها في الصفقة...".[2]

2.2.1-غرامة التأخير تلقائية:

بمعنى أنها تطبق مباشرة دون الحاجة إلى إثبات أن ضررا ما قد أصاب المصلحة المتعاقدة،[3] فهي توقع بمجرد حصول التأخير ومن دون حاجة إلى تنبيه أو إعذارا أو أي إجراء آخر،[4] ولقد عبر المشرع الجزائري عن الطبيعة التلقائية للغرامة التأخيرية بقوله:" ....ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية في الآجال المقررة فرض عقوبات مالية...".[5]

3.2.1-غرامة التأخير تطبق بمقتضى قرار إداري:

أي أنها تطبق مباشرة من طرف المصلحة المتعاقدة بموجب قرار إداري دون الحاجة للجوء إلى القضاء، وهو أحد مظاهر ممارسة السلطة العامة ومظهر تميز الصفقة العمومية عن العقد المدني،[6] أي أن للمصلحة المتعاقدة أن توقعها بنفسها دون حاجة إلى حكم بها إذا أخل المتعاقد بالتزامه قبلها، ولا يقبل منه إثبات عدم حصول ضرر لها، فاقتضاء الغرامة منوط بتقديرها باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة.[7]

4.2.1-غرامة تستحق عن التأخير:

أي أنها تستحق من جانب المصلحة المتعاقدة، بمجرد انقضاء الفترة المحددة في الصفقة دون حاجة إلى التنبيه باستحقاقها.[8]

---

[1]- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص269.

[2]- المادة 147 الفقرة 03 من المرسوم الرئاسي 15-247.

[3]- د. محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص136.

[4]- نبيل ازرايب، مرجع السابق، ص 140.

[5]- المادة 147 الفقرة 01 من المرسوم الرئاسي 15-247.

[6]- د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص24.

[7]- بلاّوى ياسين بلاّوى، مرجع سابق، ص48.

[8]- د. محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص253.

3.1-الإعفاء من الغرامة التأخيرية:

لقد منح المشرع للمصلحة المتعاقدة مسؤولية إصدار الإعفاء من دفع الغرامة التأخيرية، وذلك في حالة القوة القاهرة، وعندما لا يكون التأخير قد تسبب فيه المتعامل الاقتصادي، بل جاء نتيجة تماطل المصلحة المتعاقدة في المراقبة وتوجيه الأوامر له، حيث تمنح له أوامر بوقف تنفيذ الأشغال أو باستئنافها، على أنه يجب أن يتم تحرير شهادة إدارية بذلك،[1] وهو ما أكده قرار[2] مجلس الدولة الجزائري، الصادر بتاريخ1989/12/16، والذي جاء فيه: " حيث أن الأشغال الإضافية المتعلقة بالكشف المقدم كانت محل أمر بالخدمة صادر في 1980/10/21 عن مديرية التعمير والبناء والسكن، اثر استئناف الأشغال في الموقع الجديد من القرية الفلاحية لعين التراب، وبعد التخلي عن الموقع الأول بموجب الأمر الصادر في 1988/04/19.

....وحسب المادة 03 من الصفقة والمادة 36 من دفتر الشروط الإدارية العامة، فإن غرامات التأخير تطبق عند عدم تكملة الأشغال في الآجال، وعلى أساس مواجهة بسيطة بين تاريخ انقضاء الأجل المتعاقد عليه وتاريخ الاستلام.

وإنه في الظرف الحالي، فإن المدة المتنازع عليها كائنة بالضبط خارج مدة تنفيذ الأشغال ولا يمكن بهذا وضعها على عاتق المقاول..

...وحيث أنه لم يثبت أيضا بأن دفتر الورشة يبين بأن زيارات المراقبة تواصلت بصورة عادية..

وأنه إذا كان يظهر بأن المقاولة لم ينجز منها في تاريخ الفسخ سوى 10من الأشغال، فإن مسؤوليتها في التأخير المدعى به غير واضحة.

و أن الحسابات التي أجريت بين الطرفين أظهرت خرقا مقدرا ب212.717.60 دج واجب الأداء للمقاول والناتج عن طرح المبالغ المستحقة من المبالغ المدفوعة"

[1]- المادة 147من المرسوم الرئاسي 15-247.

[2]- المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 65145، المؤرخ في1989/12/16، منشور، رشيد خلوفي، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، 2013، ص321.

بالتالي يتضح لنا أن المشرع الجزائري منح للمصلحة المتعاقدة، سلطة إعفاء المتعامل الاقتصادي من غرامة التأخير في حالات معينة منها:[1]

1.3.1- إذا كانت المصلحة المتعاقدة هي التي تسببت في تأخير المتعاقد عن الوفاء بالتزامه في الميعاد، وفي هذه الحالة يتم إعفائه من الغرامة التأخيرية.[2]

2.3.1- في حالة القوة القاهرة، أي اصطدام المتعامل الاقتصادي بظروف خارجية لم تكن متوقعة أثناء إبرام الصفقة مما يجعل تنفيذها خلال الآجال المحددة مستحيلا وأكثر إرهاقا،[3] ويشترط على المتعامل الاقتصادي إبلاغ المصلحة المتعاقدة فورا عند حدوث حادث يرى بأنه سيكون سببا في تأخير إنهاء الأعمال،[4] وفي كلتا الحالتين يترتب عن الإعفاء تسليم المصلحة المتعاقدة أوامر بتوقيف الأشغال واستئنافها حسب الحالة، وتحرير شهادة إدارية.[5]

2-الغرامة الناجمة عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية:

تطبق على المتعامل الاقتصادي في حالة التنفيذ غير المطابق لبنود الصفقة، حيث منح المشرع في هذه الحالة للمصلحة المتعاقدة سلطة توقيع هذا النوع من الغرامات، على ألا تخل بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية.[6]

بالتالي، يفترض في هذه الحالة أن المتعامل الاقتصادي أخل بالشروط المتفق عليها وكيفيات التنفيذ، فخرج عن الالتزامات التي تعهد بها، فالوضع الطبيعي في هذه الحالة هو خضوعه لجزاء مالي،[7] الذي يحق للمصلحة المتعاقدة مطالبته به عندما يخل بالتزاماته التعاقدية.[8]

---

[1]- المادة 147 الفقرة 04 من المرسوم الرئاسي 15-247.

[2]- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص273.

[3]- نبيل ازرايب، مرجع سابق، ص142.

[4]- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص272.

[5]- المادة 147 الفقرة 07 من المرسوم الرئاسي 15-247.

[6]- المادة 147 الفقرة 01 من المرسوم الرئاسي 15-247.

[7]- د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص25.

[8]- د. محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص132.

ثانيا- مصادرة مبلغ الضمان:

الجزاء المالي الآخر الذي غالبا ما تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة في حالة ما إذا أخل المتعامل الاقتصادي بالتزاماته العقدية، هو مصادرة مبلغ الضمان، لذا سنتطرق إلى تعريف الضمان، أنواعه، حالات الإعفاء منه.

أ- تعريف الضمان:

لما كان للصفقة العمومية صلة بالخزينة العامة وبحسن سير المرفق العام بانتظام واطراد من جهة، وبالجمهور المنتفع من خدمات المرفق من جهة أخرى، وجب أخذ الاحتياطات اللازمة لتأمين المصلحة المتعاقدة، والضغط أكثر على المتعامل الاقتصادي، وجبره على تنفيذ التزاماته في الآجال المتفق عليها وبالشروط والمواصفات والكيفيات الواردة في عقد الصفقة، مما يجعل المصلحة المتعاقدة في وضعية مالية حسنة بما يكفل حسن تنفيذ الصفقة ولا يكون ذلك، إلا بفرض مبالغ مالية بعنوان "كفالة حسن التنفيذ".[1]

يعرف الضمان بأنه: "مبلغ من المال تشترطه الإدارة ويودع لديها، تتوقى به آثار الأخطاء التي قد يرتكبها المتعاقد معها أثناء تنفيذه لالتزاماته التعاقدية، ويضمن لها قدرته على مواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره".[2]

ب-أنواع الضمانات:

تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى الاستيلاء والاستحواذ على مبلغ الضمان الذي يودعه المتعامل الاقتصادي عند إبرام الصفقة معها[3] جراء الإخلال بالتزاماته، حيث تملك سلطة مصادرته بإرادتها المنفردة دون الحاجة إلى صدور حكم قضائي، ودون اشتراط تحقق خطر ما،[4] ودون أن تلزم بإثبات أن ضررا ما قد لحق بها من جراء الإخلال بشروط الصفقة أو أن خسائر قد أصابتها من بعيد أو قريب.[5]

يوجد نوعان من الضمان هما:

---

[1]- د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص27.

[2]- د. محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، 143، 144 .

[3]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص213.

[4]- نبيل ازرايب، مرجع سابق، ص 142،143.

[5]- د. محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص144.

1- الضمان المؤقت:

الضمان المؤقت هو ما يستدل به على جدية المتقدم للعطاء، وعادة ما يكون نسبة محددة من قيمة موضـــوع التعاقد،[1] وســـماه المشـــرع الجزائري "بكفالة التعهد"، حيث يجب على المتعهدين فيما يخص الصـفقات العمومية للأشـغال واللوازم والتي يتجاوز مبلغها مليار دينار (1.000.000.000 دج) بالنسـبة لصـفقة الأشـغال وثلاثمائة مليون دينار (300.000.000 دج) بالنسـبة لصـفقة اللوازم، تقديم كفالة تعهد تفوق 1% من مبلغ العرض، ويجب النص على هذا المطلب في دفتر الشـــروط للدعوة للمنافســـة، وتعد الكفالة بالرجوع لمبلغ العرض،[2] لذا فإن المتعامل الاقتصـادي ملزم بتقديم الضـمان المؤقت للاشـتراك في الصفقة،[3] فكفالة التعهد يكون مبلغها بحسب طبيعة الصفقة، وهذا الشرط كله لقبول العرض ولضمان جدية العرض، وبدونه لا يقبل العرض ولا يلتفت إليه، ومن ثم استبعاده، وتتم مصـادرة كفالة التعهد أو ما يعرف بالضـمان المؤقت، إذا سـحب المتعهد عرضـه قبل انتهاء فترة سـريان العروض، أو إذا تخلف عن إيداع كفالة حسن التنفيذ أو ما يعرف بالضمان النهائي.[4]

2- الضمان النهائي:

هـو الـذي يلتـزم المتعامـل الاقتصـادي بأدائـه حـال تقدمـه بعطائـه، إضـافة لكفالـة رد التسـبيقات،[5] ويعـد بمثابـة شـرطا جزائيـا للمصـلحة المتعاقـدة، تقـوم بمصـادرته فـي حالـة إخـلال المتعامـل الاقتصـادي أو تقصـيره فـي أداء التزامـه التعاقـدي،[6] ولقـد عبـر عنـه المشـرع الجزائـري بعبارة: "كفالة حسن التنفيذ".[7]

ج-الإعفاء من تقديم الضمان:

يمكـن للمصـلحة المتعاقـدة أن تعفـي المتعامـل الاقتصـادي مـن كفالـة حسـن تنفيـذ الصـفقة إذا لـم يتعـد أجـل التنفيـذ ثلاثـة (03) أشـهر، ويجـب تأسـيس هـذه الكفالـة فـي أجـل لا يتجـاوز تـاريخ تقديم أول طلـب دفـع علـى الحسـاب مـن المتعامـل الاقتصـادي، وتحـرر الكفالـة حسـب الصـيغ التـي

---

[1]- نبيل ازرايب، مرجع سابق، ص142،143.

[2]- المادة 125 من المرسوم الرئاسي 15-247.

[3]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص215.

[4]- نبيل ازرايب، مرجع سابق، ص144.

[5]- المادة 130 من المرسوم الرئاسي 15-247.

[6]- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص273.

[7]- المادة 130 من المرسوم الرئاسي 15-247.

تعتمدها المصلحة المتعاقدة بالبنك الذي تنتمي إليه، ويحدد مبلغ كفالة حسن التنفيذ ما بين 5%و10% من مبلغ الصفقة حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها.[1]

ثالثا- التعويض:

من المستقر أن كل إخلال بالتزام يسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض.[2]

يؤكد غالبية الفقهاء أن التعويض في الصفقات العمومية يقترب من فكرة التعويض في القانون الخاص،[3] فيما يتعلق بكيفية تقديره وضرورة توافر أركانه،[4] ولكن يختلفان من حيث النظام القانوني،[5] ففي الصفقات العمومية يحمل معنى إرغام المتعامل الاقتصادي على الوفاء بالتزاماته التعاقدية أكثر من معنى جبر الضرر،[6] بل أن من الفقهاء من لا يعتبره من الجزاءات الإدارية، لأنه مجرد تطبيق للقواعد العامة في القانون الخاص، إلا أنه مادامت المصلحة المتعاقدة لديها قدرة الحصول على التعويض بنفسها، دون عرض الأمر على القضاء مقدما، فإن ذلك يكفي للقول بأن سلطتها ملاحظة فيه بشكل واضح وجلي، وبما يكفي لاعتباره نوع من الجزاءات المالية.[7]

لذا سنتطرق في هذا المجال إلى تعريف وخصائص التعويض، وتحديد طبيعته وكيفية تقديره.

أ- تعريف وخصائص التعويض:

لما كان للمصلحة المتعاقدة الحق في توقيع غرامات التأخير ومصادرة الضمان في حالة إخلال المتعامل الاقتصادي بالتزاماته التعاقدية، فإن لها الحق أيضا في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بها، وذلك على اعتبار أن هذه الجزاءات تمثل الحد الأدنى للتعويض المستحق لها.[8] لذا سنتطرق في هذا المجال إلى معرفة المقصود بالتعويض وخصائصه.

---

[1]- د. محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دون طبعة، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، 2005، ص78،77.

[2]- المادة 124، من القانون رقم 58/75 الصادر بموجب أمر، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني،الجريدة الرسمية،العدد 78، الصادرة في 30سبتمبر1975، المعدل والمتمم.

[3]- نبيل ازرايب، مرجع سابق،ص146.

[4]- د. محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص251.

[5]-Patrice chrétien, nicolaschifflote, maxime tourbe, op, cit, p505.

[6]- د. محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص251.

[7]- د. محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص134.

[8]- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص276.

1-تعريف التعويض:

يعرف التعويض على أنه: " ذلك الجزاء الذي يفرض على المتعامل الاقتصادي عند إخلاله بالتزاماته التعاقدية، بقصد إصلاح الضرر الذي أصاب المصلحة المتعاقدة صاحبة الصفقة من جراء هذا الإخلال".[1]

كما يعرف أيضا بأنه:" الجزاء الأصيل للإخلال بالالتزامات التعاقدية، وذلك إذا لم تنص الصفقة على جزاءات مالية لمواجهة هذا الإخلال".[2]

يتضح لنا من خلال هذا التعريف أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة، أن تطالب المتعامل الاقتصادي تعويضها عن الأضرار التي لحقت بها نتيجة إخلاله بالتزاماته التعاقدية.[3]

2- خصائص التعويض:

يتسم التعويض بجملة من الخصائص تتمثل فيما يلي:

1.2-أنه يرمي إلى كفالة حسن سير المرافق العامة، فتخوف المتعامل الاقتصادي من دفع مبلغ مرتفع، سيدفعه إلى تنفيذ التزاماته طواعية بما يكفل حسن سير المرفق العام.[4]

2.2-أنه جزاء مالي مباشر، تفرضه المصلحة المتعاقدة في حالة خلو الصفقة من أية جزاءات مالية أخرى.[5]

3.2- أنه جزاء يتم توقيعه دون اللجوء إلى القضاء، وإن لم تنص عليه الصفقة.[6]

ب- طبيعة وتقدير التعويض:

لما كان التعويض إحدى الجزاءات المالية التي تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة لمواجهة إخلال المتعامل الاقتصادي بالتزاماته التعاقدية، وجب علينا تحديد طبيعته وكذا كيفية تقديره، وهذا ما سنتطرق إليه فيما يأتي:

---

[1]- سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص112.

[2]- د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص503.

[3]-Frédéric Colin, l'essentiel des Grands arrêts du droit administratif, 8e édition, Gualino, 2016-2017, p110.

[4]- سبكي ربيحة، مرجع سابق، ص113.

[5]- د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص509.

[6]- خلاف بيو، مرجع سابق، ص309.

1-طبيعة التعويض:

إذا كان التعويض في القانون الخاص-كأصل عام-يكون نقديا، على أنه يجوز تبعا للظروف الحكم به عينا، وذلك بالأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو بأداء أمر معين متصل بالفعل غير المشروع على سبيل التعويض،[1] فإن الأمر يختلف في الصفقات العمومية، ذلك أن التعويض بوصفه جزاء عن إخلال المتعامل الاقتصادي بالتزاماته التعاقدية، يكون دائما نقدا، إذ يستبعد التعويض العيني حتى ولو كان ممكنا عمليا، على أنه يكون للمصلحة المتعاقدة الحق في الخيار بين دفع التعويض نقدا أو إعادة الحال إلى ما كانت عليه.[2]

2-تقدير التعويض:

من المعلوم أن، للمصلحة المتعاقدة الحق في الحصول على مبلغ مالي من المتعامل الاقتصادي كتعويض، جبرا للضرر الذي لحق بها نتيجة إخلاله بالتزاماته التعاقدية،[3] إلا أنه يجب عليها أن تراعي أثناء تقديرها له بعض الاعتبارات نوردها فيما يأتي:

1.2-أن تراعي فيه أنواع الأضرار وجسامتها، وليس أنواع الأخطاء المرتكبة أو جسامتها، فالخطأ أو جسامته يؤخذ في الاعتبار عند تقرير قيام المسؤولية، وليس عند تقدير مقدار التعويض المستحق.[4]

2.2-أن تحكم بالتعويض الذي يقع على عاتقه فقط، وينتج عن ذلك أنه إذا كان الضرر قد وقع نتيجة خطأ مشترك بينهما، فإنه لا يلتزم إلا بتعويض ما تسبب فيه من دون الجزء الآخر،[5] وللمتعامل الاقتصادي الحق في أن ينازع على هذا التقدير أمام القضاء إذا أراد ذلك.[6]

---

[1]- المادة 132 من الأمر 75-58 المعدل و المتمم.

[2]- زينب سالم، المرجع السابق، ص153.

[3]- بلاّوى ياسين بلاّوى، مرجع سابق، مرجع سابق،ص45.

[4]- أ. محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص91.

[5]- د. محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص251.

[6]- نبيل ازرايب، مرجع سابق، ص147.

لـذا فـإن التعـويض كجـزاء مثلـه مثـل بقيـة الجـزاءات، لا ينبغـي النظـر إليـه علـى أنـه تعـويض مـادي عـن ضـرر، أو عقوبـة علـى المتعامـل الاقتصـادي فحسـب، بـل هـو مـن قبـل وسـائل المصلحة المتعاقدة التي تبتغي بها تأمين سير المرافق العامة بانتظام واطراد.[1]

الفرع الثاني

سلطة توقيع الجزاءات الضاغطة

THE AUTHORITY TO SIGN PRESSURE SANCTIONS

تتمتـع المصـلحة المتعاقـدة بمجموعـة مـن وسـائل الضـغط علـى المتعامـل الاقتصـادي، بغيـة دفعـه إلـى تنفيـذ الصـفقة العموميـة اسـتجابة لمقتضـيات المصـلحة العامـة وتلبيـة لاحتياجـات الجمهـور،[2] ولخطـورة هـذه الوسـائل وآثارهـا علـى المتعامـل الاقتصـادي، فإنهـا لا تلجـأ إليهـا إلا فـي حـالات الإخـلال الجسـيم بالأحكـام التعاقديـة، وبكيفيـة تنفيـذ موضـوع الصـفقة، وعـادة مـا توجـه قبـل ممارستها لهذه السلطة اعذرا له، وبعد اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة في هذه الحالة.[3]

إن فـرض هـذه الضـغوط المعنويـة والقانونيـة علـى المتعامـل الاقتصـادي، الغايـة منهـا أن يتقيـد أكثـر بالالتزامـات التعاقديـة، بمـا يضـمن حقوقهـا ويكـرس مبـدأ سـير المرافـق العامـة بانتظـام واطراد، ويكفل حقوق المنتفع من خدمات المرفق العام.[4]

إلا أنـه نظـرا لتفشـي ظـاهرة الفسـاد الإداري والمـالي خاصـة فـي مجـال الإدارة العموميـة، وبـالأخص فـي مجـال الصـفقات العموميـة والـذي يظهـر فـي اسـتغلال السـلطة العامـة مـن أجـل تحقيـق مكاسـب أو أربـاح علـى حسـاب المصـلحة العامـة، أدى إلـى عـدم تحقيـق الغايـة المرجـوة مـن هـذه الضـغوط، ودليـل ذلـك الكـم الهائـل مـن البنايـات الهشـة التـي لـم تراعـى فيهـا المقـاييس الفنيـة للبنـاء، المشـاريع غيـر المنجـزة أو تلـك التـي توقـف إنجازهـا لسـنوات طويلـة ولأسـباب مجهولـة، بـالرغم مـن كونهـا مشـاريع حيويـة تهـدف لتحقيـق الصـالح العـام،[5] ولمـا كـان الأمـر كـذلك

---

[1]– د. عبـد القـادر دراجـي، "سـلطة الإدارة فـي توقيـع الجـزاءات الإداريـة"، مجلـة المفكـر، العـدد10، كليـة الحقـوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة،ص98.

[2]– د. محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص78.

[3]– د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص29.

[4]– نبيل ازرايب، مرجع سابق، ص159،160.

[5]– معـوش حفيظـة، مسـيلي صـورية، جـرائم الفسـاد فـي مجـال عقـود الصـفقات العموميـة فـي ظـل المرسـوم الرئاسـي 247/15، مـذكرة ماسـتر، كليـة الحقـوق والعلـوم السياسـية، جامعـة عبـد الرحمـان ميـرة، بجايـة، 2016–2017، ص7.

فلما تمتنع المصلحة المتعاقدة عن استعمال هذه السلطة الخطيرة والناجعة لمواجهة هذه التجاوزات، نتيجة أخذ عمولات من طرف هؤلاء أو أن الأمر يتعلق بتواطؤ من طرف أعوان هذه الأخيرة تحقيقا لمآرب شخصية على حساب مستعملي المرفق العام، فإن ذلك سيؤدي حتما إلى استنزاف المال العام،[1] ورغم أن قانون مكافحة الفساد قد جرم هذه الأفعال، حيث أقر "معاقبة كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره، أجرة أو منفعة مهما يكن نوعها بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، بالحبس من 10 سنوات إلى 20 سنة، وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج"[2] إلا أنه لم يتم التحكم في هذه الظاهرة والتي تفاقمت في مجال الصفقات العمومية، نظرا لانتشار الفساد في هذا المجال.[3]

لذا سنتطرق في هذا المجال إلى معرفة المقصود من الجزاءات الضاغطة وخصائصها، ثم إلى صورها.

أولا- تعريف وخصائص الجزاءات الضاغطة:

أثناء تنفيذ الصفقة العمومية تمتلك المصلحة المتعاقدة وسائل التنفيذ العيني، فإن لم يقم المتعامل الاقتصادي بالوفاء بما تعهد به، تحركت ولجأت لأسلوب الضغط عليه وجبرته على التقيد بالتزاماته،[4] ومبرر هذه الجزاءات الضاغطة أن الصفقة العمومية يجب أن تنفذ بدقة لأن سير المرافق العامة يقتضي ذلك، وهي لا تعني إنهاء الصفقة بالنسبة للمتعاقد المقصر، بل يظل هذا المتعاقد مسؤولا أمام المصلحة المتعاقدة حيث تتم العملية على حسابه وتحت مسؤوليته.[5]

---

[1]- سهام بن دعاس، مرجع سابق، ص56.

[2]- المادة 27 من القانون رقم 06 /01، المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية العدد 14، الصادرة في 8 مارس 2006، المعدل والمتمم.

[3]- حاحة عبد العالي، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012-2013، ص1.

[4]- د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص29.

[5]- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص279.

أ- تعريف الجزاءات الضاغطة:

تعرف الجزاءات الضاغطة بأنها: "جزاءات ذات طبيعة مؤقتة تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية إخلالا جسيما، وذلك بقيامها بتنفيذ تلك الالتزامات أو أن تعهد بتنفيذها إلى شخص آخر على حساب المتعاقد المقصر وتحت مسؤوليته المالية، إعمالا لامتيازها في التنفيذ المباشر لإجباره على الوفاء بالتزاماته التعاقدية".[1]

كما تعرف بأنها: " فرض عقوبات معينة بحق المتعامل الاقتصادي، بهدف ممارسة الضغط عليه باللجوء إلى وسائل الإكراه المختلفة والمبررة قانونا، كعقاب له عما بدر منه من تصرفات على مستوى من الخطورة واللامشروعية، أو بسبب إحجامه أو تقصيره عن الوفاء بمجمل التزاماته التعاقدية المقررة في بنود الصفقة".[2]

ب-خصائص الجزاءات الضاغطة:

تتميز الجزاءات الضاغطة التي توقعها المصلحة المتعاقدة على المتعاقد معها، بقصد إرغامه على تنفيذ الصفقة بالخصائص التالية:[3]

1- أنها جزاءات تهدف لتحقيق المصلحة العامة، واستمرار سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

2- أنها جزاءات مؤقتة لا تنهي الرابطة التعاقدية، وإنما تؤدي إلى حلول المصلحة المتعاقدة أو الغير مؤقتا محل المتعاقد المقصر في تنفيذ الصفقة، ولذلك لا يمكن توقيعها إلا مع قيام الرابطة العقدية.

3- أنها مظهر لسلطة المصلحة المتعاقدة في التنفيذ المباشر، حيث تلجأ إليها دون حاجة للجوء إلى القضاء.

ثانيا- صور الجزاءات الضاغطة:

تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى توقيع الجزاءات الضاغطة لإرغام المتعامل الاقتصادي على الوفاء بالتزاماته التعاقدية، وإجباره على التنفيذ وتتخذ هذه السلطة إحدى الصور التالية:

---

[1]- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص278.

[2]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص231.

[3]- بلاّوى ياسين بلاّوى، مرجع سابق، ص81.

أ- سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة:

يعد جزاء سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة، من ضمن وسائل الضغط التي تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة، لتجنب نتائج إخلال المقاول الجسيم بالتزاماته التعاقدية أثناء تنفيذ الصفقة العمومية،[1] وهو إجراء قهري، بمقتضاه تحل المصلحة المتعاقدة بنفسها أو عن طريق مقاول آخر محل المقاول المخل بتنفيذ التزاماته،[2] لكفالة تنفيذ الأشغال على حساب هذا الأخير وتحت مسؤوليته.[3]

بالتالي، يكون لها حق تطبيق هذا الجزاء وذلك بحلولها بنفسها محله في تنفيذ الالتزام أو أن تعهد بتنفيذه إلى شخص آخر بصفة مؤقتة، لذلك فإن هذا الجزاء يهدف إلى إرغام المقاول على تنفيذ الصفقة وليس من شأنه إنهائها، بل تستمر منتجة لآثارها وتظل العلاقة التعاقدية قائمة، وجزاء سحب العمل من المقاول قد يكون كليا أو جزئيا وللمصلحة المتعاقدة أن تباشره حسب الأحوال.[4]

إن جزاء سحب العمل من المقاول المقصر مرتبط بالنظام العام، على أساس أنه إجراء ضروري للحصول على تنفيذ العمل، لضمان سير المرفق العام، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز أن تتضمن صفقات الأشغال العامة نصا يحرم المصلحة المتعاقدة من وضع المقاولة أو المشروع تحت الإدارة المباشرة بوجه عام، وإذا أدرج مثل هذا الشرط، فإنه يكون باطلا لمخالفته لنظام العام، لأنه يلغي سلطة قانونية ضرورية لكفالة سير المرفق العام.[5]

وعليه، وجب تبيان شروط ممارسة سلطة سحب العمل من المقاول، والآثار المترتبة عليه.

1- شروط ممارسة المصلحة المتعاقدة لإجراء سحب العمل من المقاول:

يتميز جزاء سحب العمل بخاصية حقا استثنائية غير مألوفة، إذ أنه لا يتقرر من السلطة القضائية، وإنما بقرار صادر من المصلحة المتعاقدة، غير أن هذه الأخيرة في كثير من الأحيان تلجأ إلى توقيعه من أجل قلب اقتصاديات الصفقة، حيث تقوم بالحلول جزئيا بالنسبة للأجزاء التي تجلب ربحا،

---

[1]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 155.

[2]- سبكي ربيحة، مرجع سابق، ص118.

[3]- Marie-Christine Rouault, l'essentiel du Droit Administratif général, 14e édition, Gualino, 2016-2017, p87

[4]- نبيل ازرايب، مرجع سابق، ص148،149.

[5]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص245.

وتترك للمقاول الأجزاء الأخرى التي تعرضه لخسائر حتمية، وتحمله عبء ثقيلا،[1] إلا أنه يكون له في هذه الحالة اللجوء إلى القضاء ليطعن في قرارها مطالبا التعويض عن الأضرار التي أصابته من جرائه إذا ما شابه خطأ، وسوء تقدير وخلل في وزن الأمور.[2]

لممارسة المصلحة المتعاقدة لهذه السلطة لابد من توافر عدة شروط تتمثل في:

1.1-خطأ المتعامل الاقتصادي في تنفيذ التزامه التعاقدي:

من المسلم به فقها وقضاء أن تنفيذ الصفقة على حساب المتعاقد المقصر، يفترض خطأ هذا الأخير في تنفيذ شروط الصفقة مع المصلحة المتعاقدة، ويعرف الخطأ العقدي بأنه عدم قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية أيا كان السبب في ذلك، ويستوي في هذا أن يكون عدم التنفيذ ناشئا عن عمده أو إهماله أو دونهما.[3]

يأخذ الخطأ التعاقدي الذي يخول للمصلحة المتعاقدة سلطة اتخاذ إجراءات ضغط مؤقتة تجاه المتعامل الاقتصادي أشكال مختلفة تتمثل في:

1.1.1-الإخلال بشروط الصفقة:

الإخلال بشروط الصفقة يعني عدم التزام المقاول بشروط الصفقة المتمثلة في كيفية التنفيذ وأجل التنفيذ.[4]

2.1.1-عدم احترام المقاول للأوامر الإدارية (المصلحية):

فإذا خالف المتعامل الاقتصادي أوامر المصلحة المتعاقدة الموجهة إليه من طرف مهندس أو من المهندس المعماري يعتبر إخلالا بالتزاماته التعاقدية، وذلك لأن الأمر المصلحي ذو طابع إلزامي،[5] أما إذا تضمن الأمر المصلحي أعمالا لا تشملها الصفقة، وتنطوي على المساس بتوازنها المالي، وليس مجرد تعديلات ثانوية أو جزئية، فإن رفض المقاول لها لا يبرر

---

[1]- بلاّوى ياسين بلاّوى، مرجع سابق، ص158.

[2]- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص283.

[3]- بلاّوى ياسين بلاّوى، مرجع سابق، ص97.

[4]- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص285.

[5]- نبيل ازرايب، مرجع سابق، ص149.

وضع العمل تحت الإدارة المباشرة، فالقاعدة أن المتعامل الاقتصادي لا ينفذ الشروط الخارجة عن صفقته، أو تلك التي تعدل بشكل ملحوظ في الشروط الأساسية لهذه الصفقة.[1]

3.1.1- ترك المقاول العمل:

ترك المقاول للعمل وإيقاف تنفيذ الأشغال موضوع الصفقة، أو التخلي عنها وتركها ولا يستطيع أن يتعلل بأن تعطل الأعمال راجعا إلى فعل المصلحة المتعاقدة، كالتأخير في دفع الأقساط، فتوقف العمل هو خطأ من جانب المتعامل الاقتصادي ويرجع ذلك إلى أن مصلحة المرفق العام تتعارض مع قيامه بإيقاف تنفيذ التزاماته من تلقاء نفسه.[2]

4.1.1- تكرار المقاول ارتكاب الأخطاء:

مما يبرر أيضا سحب العمل من المقاول، تكرار ارتكابه لأخطاء غير جسيمة، لا تعتبر أي منها كافيا لتوقيع هذا الجزاء، ولكنها تدل في مجموعها على إهمال خطير في التنفيذ، أو وجوده في مركز مالي سيئ يمنعه من أداء التزاماته مثل عدم صرف أجور العاملين لديه بانتظام.[3]

2.1-إعذرا المقاول قبل توقيع الجزاء عليه:

نظرا لخطورة الآثار المترتبة على الجزاءات بصفة عامة، والتي تنعكس على حقوق المتعامل الاقتصادي، فإنه يجب أن تكون هذه الجزاءات مسبوقة ببعض الإجراءات الضرورية لحماية هذه الحقوق،[4] لذا سنتطرق في هذا المجال إلى معرفة المقصود بالإعذار والبيانات التي يتضمنها، وكذا كيفية إخطار المقاول.

1.2.1-تعريف الإعذار:

يعرف الإعذار بأنه:" الإجراء السابق، الذي توجهه المصلحة المتعاقدة للمتعامل الاقتصادي من أجل الوفاء بالتزاماته خلال أجل معين".[5]

---

[1]- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص287.

[2]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص245.

[3]- بلاّوى ياسين بلاّوى، مرجع سابق، ص109.

[4]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص246.

[5]- د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص31.

لذا يجب أن يسبق توقيع المصلحة المتعاقدة لتلك الجزاءات إخطار المتعامل الاقتصادي بذلك، حتى لا يفاجئ على حين غرة بتوقيع الجزاء، وهو ما قد يتسبب بإلحاق خسائر فادحة له، دون منحه الفرصة المناسبة ليصحح الخطأ أو الخلل الذي ارتكبه، وإلا أصبح قرارها غير المسبق بالإعذار معيبا إجرائيا، قابلا للبطلان.[1]

2.2.1- البيانات التي يتضمنها الإعذار:

يجب أن يتضمن الإعذار الموجه إلى المتعامل الاقتصادي البيانات التالية:[2]

- تعيين المصلحة المتعاقدة وعنوانها.
- تعيين المتعامل الاقتصادي وعنوانه.
- التعيين الدقيق للصفقة ومراجعها.
- توضيح إذا كان أول أو ثاني إعذار.
- موضوع الإعذار، وذلك بتحديد المخالفات المنسوبة إلى المقاول المقصر، والأعمال التي يجب القيام بها سواء كانت محددة مثل: العيوب الواجب إصلاحها، أو التي تمس الصفقة في مجموعها مثل: مطالبته بأن يحسن التنفيذ.[3]
- الأجل الممنوح لتنفيذ موضوع الإعذار.
- العقوبات المنصوص عليها في حالة رفض التنفيذ.

3.2.1- كيفية إعذار المقاول:

يتم إبلاغ المتعامل الاقتصادي بموجب رسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام،[4] وإعلامه بأن المصلحة المتعاقدة عازمة على توقيع الجزاء عليه، وعلى هذه الأخيرة منحه أجل بعد إعذاره، حتى يتدارك تقصيره، فيجب احترام هذه المدة، فلا يوقع الجزاء إلا بعد نفاذها.[5]

---

[1]- ياسر عمار جبار، ضوابط سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية-دراسة مقارنة-الطبعة الأولى، المصرية للنشر والتوزيع،القاهرة، مصر، 2019، ص17.

[2]- د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص32.

[3]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص248.

[4]- د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص33.

[5]- نبيل ازرايب، مرجع سابق، ص149.

ولكي يكون الإعذار صحيحا في إحداث أثره، لابد من صدوره من الجهة المختصة، وأن يكون واضحا، وأن يتضمن تحديدا للمدة المعنية لتنفيذ الالتزام، والجزاء الذي سيوقع، ليستطيع المتعامل الاقتصادي خلالها أن يتلافى الأخطاء المرتكبة.[1]

2- الآثار المترتبة على سحب العمل:

يعد جزاء سحب العمل إجراءا مؤقتا تتخذه المصلحة المتعاقدة بحق المقاول المقصر يترتب عليه الآثار التالية:

1.2-استبعاد المقاول وتنفيذ الصفقة على حسابه، وبالطريقة التي تختارها المصلحة المتعاقدة:

يعتبر سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه، إجراء مؤقت لا يترتب عليه إنهاء صفقة الأشغال العامة بل تظل قائمة، وتستمر مسئولية المقاول عن تنفيذها، إلا أنه يستبعد مؤقتا عن تنفيذ الأعمال التي تأخر في أداءها، وعجز عن القيام بها. [2]

2.2-احتجاز الآلات والأدوات والمواد الخاصة بالمقاول واستعمالها في تنفيذ الأعمال التي يتضمنها سحب العمل:

إن حق المصلحة المتعاقدة في احتجاز كل أو بعض ما يوجد في محل العمل من منشآت ومبان وآلات وأدوات وخلافه، وحقها في الاحتفاظ به مرتبط على وجه التحديد بسحب العمل من المقاول والتنفيذ على حسابه، بحيث لا يجوز اتخاذ مثل هذا الإجراء في غير حالة السحب، وإذا حصل عكس ذلك فإن تصرف المصلحة المتعاقدة يكون غير مشروع. [3]

3.2- تحمل المقاول كافة التكاليف والتعويضات والمصاريف الناجمة عن سحب العمل:

إن المصلحة المتعاقدة عند اتخاذها جزاء سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه، يكون لها الحق في تحميله جميع ما تكبدته من مصروفات وخسائر زيادة على قيمة الصفقة نتيجة هذا الإجراء، والحصول على جميع ما تستحقه من غرامات وتعويضات، وحقها في مصادرة التأمين النهائي المودع لديها من قبل المقاول.[4]

---

[1]- ياسر عمار جبار، مرجع سابق، ص20، 24.

[2]- بلاّوى ياسين بلاّوى، مرجع سابق، ص166 .

[3]- المرجع نفسه، ص168.

[4]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 161.

ب- الشراء على حساب المورد في صفقة التوريد:

يعد الشراء على حساب المورد وتحت مسؤوليته من الجزاءات التي تملك المصلحة المتعاقدة توقيعها على المورد إذا أخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية، ولو خلت صفقة التوريد من النص عليه فهو حق للمصلحة المتعاقدة لها ممارسته وإن لم تنص عليه الصفقة،[1] ففي حالة تخلف المورد عن توريد الأصناف المتفق عليها، تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى الشراء على حسابه وعلى مسؤوليته،[2] كما لو أخل المتعهد مع إدارة الخدمات الجامعية تزويدها بالمادة محل التعاقد في المدة المتفق عليها في الصفقة، فللإدارة المعنية حق اتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان استمرارية المرفق وأداء الخدمة للطلبة.[3]

يعد هذا الإجراء أحد تطبيقات مبدأ التنفيذ العيني للالتزام، فالأصل أن المورد يلتزم بتوريد الأصناف المتعاقد عليها في المواعيد المحددة، فإذا تراخى في التوريد عن الموعد المحدد أو قام بتوريد أصناف لم يتفق عليها، فإنه يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تمنحه مهلة إضافية للتنفيذ، فإن لم يمتثل رغم ذلك لها الحق في شراء الأصناف التي قصر في توريدها على حسابه وتحت مسؤوليته.[4]

هذه الوسيلة تعتبر من وسائل الضغط المكرسة في القضاء والمعتمدة فقها، وتأسيس ذلك، أن لموضوع الصفقة صلة وثيقة بفكرة استمرارية المرفق العام وخدمة الجمهور، فلا يمكن التسليم بتوقف نشاط المرفق، وتأثر حركته ومردوده بسبب تقصير المتعامل الاقتصادي، بل ينبغي الاعتراف لها - لضمان أداء الخدمة وعدم توقفها- باللجوء لشخص آخر تختاره، فيزودها بالمادة موضوع الصفقة، ويتحمل الطرف المقصر النتائج المالية الناجمة عن هذا التنفيذ.[5]

وعليه، وجب تبيان شروط ممارسة سلطة الشراء على حساب المورد، والآثار المترتبة عليها.

---

[1]- بلاّوى ياسين بلاّوى، مرجع سابق، ص183.

[2]- نبيل ازرايب، مرجع سابق، ص250.

[3]- د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص29.

[4]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص263.

[5]- د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص28، 29.

1-شروط ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة الشراء على حساب المورد:

عند ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة الشراء على حساب المورد، عليها ألا تنهي الرابطة التعاقدية، وذلك لأن طبيعة وسيلة الضغط، هي إجبار المتعاقد المقصر على تنفيذ التزامه، وهذا لا يتصور إلا إذا كانت الرابطة التعاقدية ما تزال قائمة.[1]

نظرا لخطورة هذه السلطة على المورد لابد على المصلحة المتعاقدة مراعاة شروط تتمثل في:

1.1-ارتكاب المورد لخطأ جسيم:

يشترط الفقه لقيام المصلحة المتعاقدة بالشراء على حساب المورد، أن يكون قد ارتكب خطأ جسيما لدرجة تبرر التنفيذ على حسابه وتحت مسؤوليته، فليس كل خطأ من جانب المورد يبرر لجهة المصلحة المتعاقدة الشراء على حسابه، فمجرد التأخير ليس خطأ كافيا لتبرير هذا الإجراء، بل يجب أن يترجم التأخير بعدم تنفيذ شروط الصفقة،[2] وأن يكون الخطأ على درجة كبيرة من الخطورة والجسامة، بحيث يحتمل أن يؤدي ذلك الخطأ إلى الإضرار الكبير بالصالح العام، وعلى ذلك، فإن كان الخطأ بسيطا أو ذا أهمية ثانوية، فإنه لا يبرر فرض مثل هذا الجزاء الضاغط.[3]

2.1-إعذار المورد المقصر:

نظرا لخطورة الآثار المترتبة على جزاء الشراء على حساب المورد، والتي تنعكس على حقوقه، فإنه يجب أن يكون هذه الجزاء مسبوق ببعض الإجراءات الضرورية لحماية هذه الحقوق، لذا سنتطرق في هذا المجال إلى معرفة المقصود بالإعذار، وشروطه، وكيفية إخطار المورد.

1.2.1- تعريف الإعذار:

يقصد بالإعذار طبقا للقواعد العامة: "إثبات حالة تأخر المتعاقد(المدين) في تنفيذ التزاماته إثباتا قانونيا".

يتضح من خلال هذا التعريف أن الإعذار يعد إجراء سابق أو تمهيدي لتوقيع الجزاء، فإذا كانت المصلحة المتعاقدة تريد من المتعامل الاقتصادي أن ينفذ التزام حل أجله، عليها أن تشعره بذلك عن

[1]- د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص540.

[2]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص264.

[3]- بلاّوى ياسين بلاّوى، مرجع سابق، ص100.

طريق إعذاره، بالطرق التي رسمها القانون، وعند ذلك يصبح المتعامل الاقتصادي ملزم بتنفيذ التزامه فورا، وكل تأخير في التنفيذ يستوجب التعويض.[1]

2.2.1- شروط الإعذار:

لكي يكون الإعذار صحيحا في حدوث أثره لابد أن تتوفر فيه جملة من الشروط تتمثل فيما يلي:

- أن يصدر من الجهة الإدارية المختصة بتوقيع الجزاء، وذلك راجع إلى كون الاختصاص يتعلق بالنظام العام، حيث لا يمكن الخروج عنه أو تجاوزه، أو الاتفاق على مخالفته. [2]

- أن يكون الإعذار واضحا، أي يجب أن يتضمن بيان الأخطاء والمخالفات التي ارتكبها المورد المقصر، وأن يكون مستندا إلى أسباب محددة ومعينة وواضحة، ويجب أن يتضمن عبارات واضحة وقاطعة للدلالة عليه.[3]

- أن يتضمن محضر الإعذار تحديدا للمدة المعينة بين الإعذار وتوقيع الجزاء، على شرط أن تكون هذه المدة معقولة، بحيث يستطيع المتعاقد خلالها أن يتلافى الأخطاء المرتكبة.[4]

3.2.1- كيفية إعذار المورد:

تقوم المصلحة المتعاقدة بإخطار المورد برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام قبل قيامها بالشراء على حسابه،[5] فهي ملزمة بإنذاره حتى في حالة عدم النص عليه، لعلة إمكانية تدارك المورد بتوقيع الجزاء عليه وحثه على الوفاء بالتزاماته في الوقت المحدد، وبالشروط الواردة في الصفقة، ويعتبر الإنذار السابق هو التمهيد الطبيعي لأي إجراء ضاغط.[6]

2- الآثار المترتبة على جزاء الشراء على حساب المورد:

يترتب على جزاء الشراء على حساب المورد وتحت مسؤوليته في حالة تخلفه عن تنفيذ التزاماته التعاقدية عدة آثار قانونية، تتمثل في:

---

[1]- ياسر عمار جبار، مرجع سابق، ص15.

[2]- المرجع نفسه، ص20.

[3]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص248.

[4]- ياسر عمار جبار، مرجع سابق، ص24.

[5]- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مرجع سابق، ص288.

[6]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع السابق، ص267.

1.2-استبعاد المورد وحلول المصلحة المتعاقدة محله في تنفيذ الصفقة، أو تعهد بها إلى مورد آخر:

تحل المصلحة المتعاقدة مؤقتا بنفسها أو بواسطة مورد آخر في توريد المواد والأصناف التي لم يقم بتوريدها المورد الأصلي على نفقته، ذلك أن الشراء على حسابه لا يتضمن إنهاء الصفقة بالنسبة إليه، بل يبقى مسئولا أمام المصلحة المتعاقدة، وتتم العملية على حسابه وتحت مسؤوليته المالية. [1]

2.2- تحميل المورد كافة النتائج المالية المترتبة على الشراء على حسابه:

إذا قامت المصلحة المتعاقدة بالشراء على حساب المورد المقصر، فإن ذلك يؤدي إلى تحمله كافة النتائج التي تسفر عنها عملية التنفيذ على حسابه وتحت مسؤوليته من فروق الأسعار وغرامة التأخير ومصروفات إدارية وتعويضات، فضلا عن حق المصلحة المتعاقدة بمصادرة التأمين النهائي المورد لديها من قبل المورد. [2]

المطلب الثاني

سلطة توقيع الجزاءات الفاسخة للصفقة

THE AUTHORITY TO SING INVALID PENALTIES FOR THE DEAL

يعد الفسخ قمة الجزاءات التي تملك المصلحة المتعاقدة حق توقيعها على المتعامل الاقتصادي، جزاء إخلاله بالتزاماته التعاقدية، بعد أن تكون كافة الوسائل لم تفلح في إصلاحه، مما يفقدها الثقة في التعامل معه، نتيجة لتولد يقين لديها بأن التعامل مع هذا المتعاقد في ضوء سلوكه في تنفيذ الصفقة من شأنه الإضرار بالمصلحة العامة.[3]

تستمد المصلحة المتعاقدة سلطتها في توقيع الجزاءات الفاسخة استنادا إلى حقها في استعمال امتياز التنفيذ المباشر، وهو الأمر الذي لا نجد له نظير في مبادئ القانون الخاص، وأساس هذه السلطة هو مقتضيات سير المرفق العام بانتظام واطراد.[4]

ورغم أن الغاية من منح هذه السلطة، هو ضمان تنفيذ الصفقة العمومية تلبية لمقتضيات المصلحة العامة ولاحتياجات الجمهور،[5] إلا أنها لا تمارس بشكل فعلي على أرض الواقع بدليل الكوارث التي تشهدها قطاعات البناء والأشغال العمومية من سقوط البنايات، وعدم صلاحية

[1]- بلاّوى ياسين بلاّوى، مرجع سابق، ص192.

[2]- المرجع نفسه، ص195.

[3]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص276.

[4]- سبكي ربيحة، مرجع سابق، ص137.

[5]- د. محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص78.

الطرقات على الرغم من حداثة انجازها، لذا يمكن القول أن الفساد الحاصل في الصفقات العمومية، هو نتيجة عدم تطبيق المصلحة المتعاقدة لسلطاتها على المتعاملين الاقتصاديين المخلين بالتزاماتهم التعاقدية، ونتيجة لتواطئها معهم، مما يؤدي الأمر إلى إنجاز مشاريع تفتقر لمعايير الدقة والجودة، بالتالي يؤدي الأمر إلى المساس بمصالح المستفيدين من المرافق العامة من جهة، ومن جهة أخرى الإضرار بأموال الخزينة العامة.[1]

لذا سنتطرق في هذا المجال إلى مفهوم الفسخ الجزائي، وتوضيح أنواعه، والآثار المترتبة عليه.

الفرع الأول

مفهوم الفسخ الجزائي

THE CONCEPT OF CRIMINAL ANNULMENT

تنتهي الصفقات العمومية بصفة عامة إما نهاية طبيعية، بتنفيذ مضمون أو موضوع الصفقة من طرف المتعامل الاقتصادي تنفيذا كاملا لالتزاماته، أو بانتهاء المدة المتفق عليها، وإما نهاية غير طبيعية تكون قبل إتمام عملية تنفيذ الصفقة، وقبل انقضاء آجال التنفيذ، وهنا نكون أمام إنهاء الصفقة أو فسخ جزائي لها.[2]

لذا سنتطرق في هذا المجال إلى معرفة المقصود بالفسخ الجزائي، وبيان شروطه وأساسه القانون.

أولا- تعريف وخصائص الفسخ الجزائي:

يعد الفسخ جزاءا رادعا توقعه المصلحة المتعاقدة على المتعامل الاقتصادي المخل بالتزاماته إخلالا جسيما،[3] وهو من أخطر الجزاءات التي تملك المصلحة المتعاقدة توقيعها على المتعامل الاقتصادي،[4] كما يعد الامتياز السلطوي الأخير الذي تلجأ إليه، عندما تتأكد أنه أصبح غير قادر على الوفاء بالتزاماته اتجاهها وفاءا كاملا، أو أنه أخل بها إخلالا

---

[1]- شتوان حنان، مسيليتي نبيلة، مداخلة بعنوان "فعالية قواعد إبرام الصفقات العمومية في حماية المال العام"، الملتقى الوطني "كيفية تكييف قانون الصفقات العمومية لآليات مكافحة الفساد وترشيد الإنفاق العام"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2017، ص14.

[2]- نبيل ازرايب، مرجع سابق، ص150.

[3]- المرجع نفسه، ص 151،152.

[4]- بلاّوى ياسين بلاّوى، مرجع سابق، ص53.

جسيما،[1] وتقوم به المصلحة المتعاقدة دون الحاجة للنص عليه بالصفقة،[2] ودون حاجة لاستصدار حكم قضائي بشأنه.[3]

أ- تعريف الفسخ الجزائي:

يعرف الفسخ الجزائي بأنه: "جزاء إخلال المتعاقد بالتزامه التعاقدي الذي يفرضه عليه العقد."[4]

ويعرف أيضا على أنه " الجزاء الشديد الجسامة الذي تستطيع الإدارة صاحبة العمل أن توقعه على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته العقدية، حيث يترتب على ذلك استبعاد المتعاقد معها نهائيا عن تنفيذ العمل موضوع العقد."[5]

يمكن تعريفه أيضا بأنه: "الجزاء الشديد الجسامة الذي توقعه الإدارة على المتعاقد معها الذي أخل بتنفيذ موجباته التعاقدية إخلالا فادحا، مما يستدعي استبعاده من دائرة تنفيذ الصفقة فتقرر المصلحة المتعاقدة إنهاء الصفقة معه بموجب قرار إنفرادي من جانبها وحدها وبناء على سلطتها التقديرية، فيترتب على هذا الجزاء إنهاء الصفقة وإيقاف المتعامل الاقتصادي من تنفيذ الأعمال محل العقد."[6]

ب- شروط ممارسة الفسخ الجزائي:

لما كان الفسخ الجزائي من أخطر الجزاءات التي توقعها المصلحة المتعاقدة على المتعامل الاقتصادي المخل بالتزاماته التعاقدية، وجب أن تتوفر لممارسته جملة من الشروط تتمثل فيما يلي:

1-ارتكاب المتعامل الاقتصادي لخطأ جسيم:

كل مخالفة من المتعامل الاقتصادي لالتزاماته العقدية تمثل خطأ تعاقديا، لكن يجب أن يكون الخطأ المرتكب على درجة كبيرة من الخطورة والجسامة حتى يكون مبررا تستند إليه

---

[1]- سبكي ربيحة، مرجع سابق، ص 137.

[2]- Frédéric Colin, op.cit, p110.

[3]- بلاّوى ياسين بلاّوى، مرجع سابق، ص55.

[4]- د. صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري – النظرية العامة للالتزامات – الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى الجزائر، 2004، ص371.

[5]- نبيل ازرايب، مرجع سابق، ص151،152.

[6]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص277.

المصلحة المتعاقدة لتوقيع جزاء الفسخ،[1] ويعرف الخطأ الجسيم بأنه:" كل إخلال صادر من المتعاقد بالتزام تعاقدي أو قانوني جوهري"، وتملك المصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية واسعة في تقدير مدى جسامة الخطأ وكفايته لتقرير جزاء الفسخ،[2] وقد عبر عنه المشرع بعبارة " ...لم ينفذ المتعاقد التزاماته...".[3]

2-إعذار المتعامل الاقتصادي:

نظرا لخطورة الآثار المترتبة عن الفسخ الجزائي بصفة عامة، فإنه يجب أن يكون مسبوقا ببعض الإجراءات الضرورية لحماية حقوق المتعامل،[4] لذلك تلتزم المصلحة المتعاقدة بتوجيه إعذار إلى المتعامل الاقتصادي الذي لم ينفذ التزاماته، وتحدد له أجل ليفي بها، فإذا لم يتدارك تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار، يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد،[5] وهو ما تضمنه قرار الفسخ الصادر عن بلدية قالمة الذي يتضمن توجيه إعذار من قبل المصلحة المتعاقدة للمقاول، والذي لم يستجيب لمحتواه الذي نص على ضرورة تدعيم الورشة وإنهاء الأشغال الموكلة له، مما دفع بها لفسخ الصفقة كجزاء لإخلاله الجسيم مع تحميله التبعات الزمنية إلى إصلاح الضرر، وكذا التكاليف الإضافية التي يمكن أن تنجم عن الصفقة الجديدة(أنظر الملحق رقم01)، ومرد ذلك أن توقف المتعامل الاقتصادي عن انجاز ما تعهد به ولمدة طويلة سينعكس سلبا على الصفقة، وهو ما سيؤثر حتما على نشاط المرفق العام.[6]

ثانيا-الأساس القانوني لسلطة الفسخ الجزائي:

غالبا ما يتم النص صراحة في الصفقة العمومية أو في دفاتر الشروط على سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات الفاسخة، وفي أحيان أخرى تستمد هذه السلطة من

---

[1]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص280.

[2]- نبيل ازرايب، مرجع سابق، ص154.

[3]- المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15-247.

[4]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص286.

[5]- سبكي ربيحة، مرجع سابق، ص139.

[6]- د.عمار بوضياف، مرجع سابق، ص31،32.

القوانين والتشريعات، وقد نص المشرع الجزائري صراحة على ممارسة المصلحة المتعاقدة لهذه السلطة.[1]

لذا يمكن القول أن سلطة الفسخ الجزائي تستمد أساسها القانوني من النصوص المنظمة للصفقات العمومية، تفرضها المصلحة المتعاقدة بالإرادة المنفردة على المتعامل الاقتصادي، الذي يخل بالتزاماته إخلالا جسيما أثناء تنفيذه الصفقة العمومية، كما تملك حق توقيع هذا الجزاء حتى ولو لم تنطوي الصفقة على نص يقررها، ودون حاجة للجوء إلى القضاء، ولا يمكن الاتفاق على استبعادها، وهذا مظهر آخر تميزت به الصفقة العمومية عن العقود المدنية،[2] فالمتعاقد في ظل القانون المدني لا يملك أحقية المطالبة بالفسخ المنفرد بل يلجأ إلى القضاء، بينما المصلحة المتعاقدة مخول لها سلطة الفسخ بإرادتها المنفردة ودون الحاجة للجوء إلى القضاء.[3]

الفرع الثاني

أنواع الفسخ الجزائي

TYPES OF CRIMINAL ANNULMENT

تتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطة الفسخ الانفرادي أو الإرادي للصفقة في حالة لم ينفذ المتعامل الاقتصادي لالتزاماته التعاقدية،[4] لذا يفترض للممارسة هذه السلطة أن يكون هذا الأخير قد ارتكب خطأ جسيما، يجعلها مضطرة إلى اتخاذ هذا الجزاء دون الحاجة للجوء إلى القضاء.[5]

يكون الفسخ الجزائي إما وجوبيا أو جوازيا، فيكون وجوبيا في حالة ارتكاب المتعامل الاقتصادي للغش في تعامله مع المصلحة المتعاقدة، مما يعد جرما وخطأ كبيرا يستوجب الفسخ، وفي حالة إفلاس المتعاقد أو إعساره أين تستوجب فسخ الصفقة، لأنه لم يعد قادرا على تحمل تبعات الصفقة، أما الفسخ الجوازي تقدر المصلحة المتعاقدة اللجوء إليه من

[1]– المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15– 247.

[2]– سبكي ربيحة، مرجع سابق، ص139.

[3]– د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص33.

[4]– المادة 149 من المرسوم الرئاسي 247/15.

[5]– د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص545.

عدمه، ويكون في حالة إخلال المتعامل الاقتصادي بأي شرط من شروط الصفقة أو أهمل أو أغفل القيام بأحد الالتزامات المقررة.[1]

لذا سنتطرق في هذا المجال إلى تبيان أنواع الفسخ الجزائي والذي يتخذ أشكالا متنوعة يمكن حصرها فيما يلي:

أولا- الفسخ الجزائي المجرد(البسيط):

يقصد به إنهاء المصلحة المتعاقدة للرابطة التعاقدية القائمة مع المتعامل الاقتصادي المخل بالتزاماته بلا قيد أو شرط،[2] وهنا تبدو المصلحة المتعاقدة أقل صرامة في ممارستها لامتيازاتها في فسخ الصفقة العمومية بسبب أخطاء المتعامل الاقتصادي،[3] ومن أمثلة ذلك إفلاس هذا الأخير حيث تبعده دون أن تحمله مخاطر التعاقد الجديد.[4]

تكتفي المصلحة المتعاقدة هنا بفسخ الصفقة الأصلية، مع حقها في توقيع غرامات التأخير، أو المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تصيبها نتيجة لهذا الفسخ.[5]

إن الفسخ المجرد يشمل الصفقة كلها، ويعفي المتعامل الاقتصادي من النتائج المترتبة على إخلاله بالتزاماته العقدية، وهذا عادة ما يستبعد التعويض له.[6]

ثانيا- الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعامل الاقتصادي:

يقصد به إنهاء المصلحة المتعاقدة للصفقة القائمة بينها وبين المتعامل الاقتصادي المخل بالتزاماته التعاقدية، مع تحميله إصلاح الضرر الذي لحقها وكافة النفقات والمصروفات الإضافية الناجمة عن إبرام صفقة جديدة مع الغير،[7] سواء تعاقدت في صفقة الأشغال العامة مع مقاول جديد لتنفيذ المشروع المتفق عليه، أو تعاقدت مع مورد جديد في صفقة التوريد لتوريد

---

[1]- بلاّوى ياسين بلاّوى، مرجع سابق، ص53، 54.

[2]- سبكي ربيحة، مرجع سابق، ص154،155.

[3]- د. حمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص225.

[4]- أ. سورية ديش، "الجزاءات الإدارية غير المالية في قانون الصفقات العمومية 247/15"، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، العدد 09، جامعة سيدي بلعباس، 2016، ص232.

[5]- سبكي ربيحة، مرجع سابق، ص155.

[6]- د. حمد محمد الشلماني، مرجع سابق، ص225.

[7]- سبكي ربيحة، مرجع سابق، ص156.

المواد المتفق عليها، وكل ذلك يتم على حساب المتعامل الاقتصادي نتيجة إخلاله بالتزاماته التعاقدية.[1]

نظرا لخطورة الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعامل الاقتصادي، فإن المصلحة المتعاقدة لا تلجأ إليه، إلا إذا كان منصوص عليه صراحة في القانون أو الصفقة أو في دفتر الشروط،[2] حيث يتحمل المتعامل الاقتصادي إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطئه.[3]

الفرع الثالث

الآثار المترتبة على الفسخ الجزائي.

IMPLICATIONS OF CRIMINALANNULMENT

يترتب على قيام المصلحة المتعاقدة بتقرير الفسخ الجزائي عدة آثار قانونية، تختلف باختلاف أنواع الفسخ فهناك آثار مشتركة بين أنواع الفسخ المختلفة، وهناك آثار خاصة بكل نوع.

أولا- الآثار المشتركة:

يترتب على إقرار المصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية سواء كان الفسخ مجردا، أو على مسؤولية المتعامل الاقتصادي عدة آثار قانونية نذكر منها:

أ- إنهاء الرابطة التعاقدية،[4] أي قطع العلاقة التعاقدية، فالفسخ عبارة عن حدث استثنائي وعارض تترتب عليه نهاية مسبقة أو مبكرة للصفقة، ويؤدي إلى إيقاف تنفيذها قبل أوانها.[5]

ب- استبعاد المتعامل الاقتصادي نهائيا نتيجة لفسخ صفقته، وبالتالي يتحتم إخلاء أماكن العمل في صفقة الأشغال العامة في المواعيد التي تحددها المصلحة المتعاقدة، وإذا تأخر في الإخلاء أو رفض ذلك، جاز لهذه الأخيرة إخلاء هذه الأماكن على نفقته ومسؤوليته، وخصم المبالغ المستحقة لها من مبالغ الضمان أو بيع أدواته عن طريق المزاد العلني.[6]

---

[1]- د. حمد محمد الشلماني، مرجع سابق، ص226.

[2]- أ. سورية ديش، مرجع سابق، ص443.

[3]- المادة 152 من المرسوم الرئاسي 15-247.

[4]- د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص545.

[5]- د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص30.

[6]- أسماء سعدي، منال حاج، مرجع سابق، ص78.

ثانيا-الآثار الخاصة:

لكل نوع من أنواع الفسخ آثار خاصة به تتمثل فيما يلي:

أ- الآثار الخاصة بالفسخ الجزائي المجرد:

يترتب على إقرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية فسخا مجردا عدة آثار قانونية أهمها:

1-وضع حد للصفقة العمومية دون قيد أو شرط.[1]

2-للمصلحة المتعاقدة الحق في الجمع بين الفسخ الجزائي البسيط، وبين توقيع غرامات التأخير أو المطالبة بتعويضات عن الأضرار التي لحقت بها خلال الفترة السابقة على صدور قرار الفسخ، ولها أيضا الحق في تعويض المتعامل الاقتصادي عن الأعمال المنجزة، والمسلمة التي تأخذ بعين الاعتبار عند تصفية الصفقة المفسوخة.[2]

ب- الآثار الخاصة بالفسخ الجزائي على مسؤولية المتعامل الاقتصادي:

يترتب على إقرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية فسخا على مسؤولية المتعامل الاقتصادي عدة آثار قانونية أهمها:

1-إبرام صفقة جديدة مع متعامل اقتصادي آخر، لإنجاز الالتزامات التي تخلف المتعاقد الأصلي عن إنجازها، وللمصلحة المتعاقدة أن تختار طريقة الإبرام التي تراها ملائمة.[3]

2-تحمل المتعامل الاقتصادي كافة الأعباء المالية المترتبة على إبرام الصفقة الجديدة.[4]

3-إقصاء المتعامل الاقتصادي مستقبلا من تقديم عروضه للمشاركة في إبرام صفقة بشكل مؤقت أو بشكل نهائي.[5]

---

[1]- سبكي ربيحة، مرجع سابق، ص160.

[2]- أ. سورية ديش، مرجع سابق، ص446.

[3]- سبكي ربيحة، مرجع سابق، ص161.

[4]- د. حمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص226.

[5]- أ. سورية ديش، مرجع سابق، ص447.

خاتمة الفصل الأول

مما تقدم يتضح أنه بموجب ما تقتضيه امتيازات السلطة العامة تتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطات استثنائية في مواجهة إخلال المتعامل الاقتصادي بالتزاماته التعاقدية تتجلى في سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة، وسلطة توقيع الجزاءات، اللتان تعتبران من قبيل السلطات الأصيلة التي تمارسها المصلحة المتعاقدة حتى في حالة عدم النص عليها لارتباطهما بالنظام العام، ولخطورة هاتين السلطتين فقد أحاطهما المشرع بضوابط مخافة التعسف في استعمالهما، إلا أنه نظرا لتفشي ظاهرة الفساد الإداري والمالي في مجال الصفقات العمومية، والذي يظهر في استغلال السلطة العامة من أجل تحقيق مكاسب وأرباح على حساب المصلحة العامة، أدى إلى عدم تحقيق الغاية المرجوة من هذه السلطات.

الفصل الثاني

الفصل الثاني

سلطات المصلحة المتعاقدة لمواجهة متطلبات المرفق العام

CONTRACTING AUTHORITY AUTHOURITIES TO MEET THE REGUIREMENTS OF THE PUBLIC FACILITY

من المعلوم أنه، كلما تغيرت الأوضاع الاجتماعية كلما ظهرت ضرورة تغير ما ينظمها من قواعد تكيفا مع المستجدات؛ ولما كانت الصفقات العمومية– في الوقت الراهن– إحدى أهم الوسائل القانونية التي تستعملها المصلحة المتعاقدة لتنظيم مرافقها العامة وتسيير شؤونها المختلفة، كان لابد من خضوعها لنظام قانوني مرن يسمح لها بالتكيف والتلاؤم مع المستجدات.[1]

إن التطور المتواصل الذي يطرأ على المرفق العام، يجعل للمصلحة المتعاقدة سلطات استثنائية تبررها دواعي المصلحة العامة وانتظام المرافق العامة، تتمثل هذه السلطات المتميزة في حق المصلحة المتعاقدة في تعديل شروط الصفقة العمومية، هذا الحق يمثل خرقا استثنائيا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ولها أكثر من ذلك، إمكانية إنهاء الصفقة العمومية نهاية مبسترة قبل انتهاء مدتها لدواعي المصلحة العامة،[2] ولو في صورة عدم خطأ المتعامل الاقتصادي،[3] وهو ما يتنافى كليا مع ما هو مطبق في ميادين العقود العادية في ظل القانون الخاص.

إلا أن هذه الحقوق الاستثنائية التي يتعين على المتعاقد الرضوخ لها، يقابلها تعويض هذا الأخير عن الأضرار اللاحقة به في حالة توفر هذه الأضرار بسبب قرارات المصلحة المتعاقدة.[4]

لذا سنتطرق في هذا المجال أولا إلى سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل شروط الصفقة العمومية، وثانيا إلى سلطتها في إنهاء الصفقة العمومية.

---

[1]– عبد القادر محفوظ، سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد–دراسة مقارنة– مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013–2014، ص9.

[2]– د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص313.

[3]– عصام بن حسن، مرجع سابق، ص48.

[4]– د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص313.

المبحث الأول

سلطة تعديل شروط الصفقة العمومية

THE AUTHORITY TO AMEND THE TERMS OF THE GENERAL DEAL

تعتبر سلطة تعديل شروط الصفقة العمومية المتعرف بها للمصلحة المتعاقدة، من أكثر السلطات خطورة، وذلك لأنها ترد على موضوع الصفقة، بحيث تنصب على تعديل بنودها بالزيادة أو النقصان،[1] وتعد أحد أهم مظاهر تميز الصفقة العمومية عن غيرها من عقود القانون الخاص،[2] التي تقوم على مبدأ أساسي ألا وهو "العقد شريعة المتعاقدين" فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون.[3]

فإذا كان أطراف العقد المدني لا يتمتع أيا منهم بسلطة انفرادية تجاه الآخر تمكنه من تعديل أحكام العقد بإرادة واحدة، وإلزام الطرف الآخر بهذا التعديل، فإن الصفقة العمومية تمكن المصلحة المتعاقدة تعديلها بإرادتها المنفردة،[4] وذلك نظرا لطبيعتها الخاصة، ولعدم تواجد مساواة بين مصالح المتعاقدين لكون المتعامل الاقتصادي يسعى لتحقيق مصلحته الخاصة بينما تسعى هي لتحقيق المصلحة العامة، مما تقتضي ترجيح كفتها في مواجهة المتعاقد معها،[5] لذا يمكن للمصلحة المتعاقدة بمقتضى هذه السلطة أن تعدل في مقدار التزامات المتعاقد معها بالزيادة أو النقصان، إذا اقتضت المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام ذلك،[6] دون أن يحتج عليها بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.[7]

وعليه، سنتطرق إلى بيان الإطار العام لسلطة التعديل أو ما يعرف بالأحكام القانونية العامة التي تحكم هذه السلطة، ثم إلى ضمانات المتعامل الاقتصادي في مواجهتها.

---

[1]– د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوتB–O–T، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003، ص167.

[2]– د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص11.

[3]– المادة 106 من الأمر رقم 75–58 المعدل و المتمم.

[4]– د. عمار بوضياف، مرجع السابق، ص11.

[5]– د. عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه–القضاء– التشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003، ص45،44.

[6]– د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص12.

[7]– ربيحة سبكي، مرجع سابق، ص44.

المطلب الأول

الإطار العام لسلطة تعديل شروط الصفقة العمومية

THE GENERALFRAMEWORK FOR THE AUTHORITY TO AMEND THE TERMS OF THE GENERAL DEAL

لما كانت المصلحة المتعاقدة تمثل جهة الطرف الذي يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة، وجب أن تتمتع بامتياز تجاه المتعاقد معها يتمثل في أحقيتها في تعديل شروط الصفقة بإرادتها المنفردة، دون أن يكون للمتعامل الاقتصادي حق الاحتجاج أو الاعتراض، طالما كان التعديل ضمن الإطار العام للصفقة واستوجبته المصلحة العامة وحسين سير المرفق العام.[1]

إلا أن ممارستها لهذه السلطة ليست طليقة من كل قيد، بل تمارسها ضمن إطار قانوني عام لا يمكن تجاوزه، ولتوضيح ذلك سنتطرق إلى: تبيان الأساس القانوني لسلطة التعديل، ومظاهرها، وضوابط ممارستها، وكذا آلية ممارستها.

الفرع الأول

الأساس القانوني لسلطة تعديل شروط الصفقة العمومية

THE LEGAL BASIS FOR THE AUTHORITY TO AMEND THE TERMS OF THEGENERALDEAL

من المعلوم أن، المرفق العام يسعى لتحقيق المصلحة العامة وإشباع حاجات المنتفعين منه، مما يجعله في سعي دائم للتطور، والتكيف مع مستجدات ومقتضيات المصلحة العامة، وبما أن الصفقة العمومية مرتبطة ارتباطا وثيقا بالمرفق العام، فإن تغير الظروف التي أخذت بعين الاعتبار عند إبرامها يدفع بالمصلحة المتعاقدة إلى حتمية تعديل بنودها، لمسايرة المتطلبات الجديدة لحسن سير المرفق العام،[2] مستعملة في ذلك سلطتها في تعديل شروط الصفقة العمومية.

لقد أثير التساؤل حول الأساس الذي تستمد منه المصلحة المتعاقدة سلطتها في التعديل، في الواقع وإجابة على ذلك تعددت آراء الفقهاء،[3] فمنهم من يسند سلطة التعديل إلى فكرة السلطة العامة، ومنهم من يؤكد على فكرة المرفق العام واحتياجاته، ومنهم من يسند سلطة التعديل إلى فكرة السلطة العامة ومقتضيات المرفق العام في آن واحد، وهذا ما سوف يتم توضيحه فيما يأتي:

---

[1]– د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص12.

[2]– عبد القادر محفوظ، مرجع سابق، ص32.

[3]– د. أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص167.

أولا–الأساس القانوني لسلطة التعديل القائم على فكرة السلطة العامة:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن حق المصلحة المتعاقدة في تعديل صفقاتها العمومية بإرادتها المنفردة، هي من مظاهر السلطة العامة،[1] حيث تستمد هذه السلطة حسب رأيهم من خارج العلاقة التعاقدية،[2] فالمصلحة المتعاقدة تتمتع بأهم امتيازات السلطة العامة، ألا وهو التنفيذ المباشر، ومن ثم فإن تعديلها لشروط الصفقة لا يكون بصفتها متعاقدة، بل بصفتها صاحبة سلطة عامة.[3]

ولقد قدم أنصار هذا الاتجاه جملة من الحجج غير أنهم تعرضوا لعدد من الانتقادات.

أ– حجج أنصار فكرة السلطة العامة كأساس لسلطة التعديل:

لقد قدم أنصار فكرة السلطة العامة كأساس لسلطة التعديل جملة من الحجج نذكر منها ما يأتي:

1– إن المصلحة المتعاقدة وهي بصدد تحقيق مهامها، تستخدم في تصرفاتها ما يمنحه إياها القانون من سلطة عامة، فلما كان هدفها الأساسي هو تحقيق الصالح العام، وخشية منها أن تحقيق الهدف قد لا يتم إذا تضاربت المصالح العامة مع المصالح الخاصة، فإنها تتصرف كسلطة عامة، بما تتمتع به من امتيازات لا يتمتع بها المتعامل معها.[4]

2–المصلحة المتعاقدة باعتبارها صاحبة سلطة عامة، مكلفة بأن تراعي دائما الضروريات الملحة للمصلحة العامة، حتى ولو قامت بتفويض أحد الأطراف بأسلوب التعاقد الإداري، للمساهمة في تحقيق المصلحة العامة، فإنها تبقى دائما صاحبة السلطة العامة، ولها الحق الأصيل في ذلك.[5]

3– سلطة التعديل هي مقررة للمصلحة المتعاقدة، تمارسها بما لها من سلطة عامة، لكن شريطة ألا تخرج بها عن نطاق ومضمون الصفقة، إذ أن التعديل ما هو إلا إجراء تغيير جزئي في الصفقة

[1]– د. نصري منصور نابلسي، مرجع السابق، ص333.

[2]– عبد القادر محفوظ، مرجع سابق، ص33.

[3]– د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص333،334.

[4]– عبد القادر محفوظ، مرجع سابق، ص33.

[5]– نبيل ازرايب، مرجع سابق، ص110.

العمومية، ينصب على عنصر من عناصرها أو بند من بنودها زيادة أو إنقاصا، شريطة ألا يؤدي هذا التعديل إلى إزالة الصفقة العمومية أو إنهائها أو نقضها.[1]

ب-الانتقادات الموجهة لأنصار فكرة السلطة العامة كأساس لسلطة التعديل:

بالرغم ما قدمه أنصار هذا الاتجاه من أدلة، إلا أنه تعرض لجملة من الانتقادات، لعلى أبرزها ما يأتي:

1-إن الأخذ بالسلطة العامة كأساس قانوني ثابت لسلطة التعديل الانفرادي، يمنع من تحديد الضوابط التي تحكم التعديل الانفرادي للصفقة، بحيث تستطيع المصلحة المتعاقدة وفق لهذا الأساس تعديل الصفقة كما يحلو لها، سواء وجد سبب أم لا، وهذا لا يتماشى مع الحكمة من منحها هذه السلطة.[2]

2-الاعتماد على السلطة العامة كأساس لحق المصلحة المتعاقدة في تعديل بنود الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة، يؤدي إلى جعل المتعامل الاقتصادي مجرد فرد عادي لا أهمية لإرادته في التعاقد، طالما أنها تستعمل حقا مقررا لها باعتبارها سلطة عامة، وبالتالي يؤدي إلى حرمانه من حقوقه الأساسية في التعاقد، لاسيما في طلب التعويض، طالما أنها تستخدم سلطتها العامة بما يتفق مع أحكام القانون.[3]

3-الاعتماد على أساس السلطة العامة يؤدي إلى الخلط بين الوسيلة، والغاية التي تبتغيها المصلحة المتعاقدة من الصفقة العمومية، ذلك أن السلطة العامة لها هي وسيلة في سبيل تحقيق الغاية الأساسية من عملها، وهي تحقيق المصلحة العامة وتسيير المرافق العامة، وليست الغاية التي ترتكز عليها لتبرير حقها في التعديل، بل هي الوسيلة لتحقيق غاية النفع العام.[4]

---

[1]- زين العابدين بخوش، طرق تسوية الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2016-2017، ص66.

[2]- عبد القادر محفوظ، مرجع سابق، ص36.

[3]- د. أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص169.

[4]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص334،335.

ثانيا-الأساس القانوني لسلطة التعديل القائم على فكرة المرفق العام:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة تجد أساسها في فكرة المرفق العام، ومن ثم ضرورة مسايرة الصفقة العمومية لمتطلبات المرفق العام واحتياجاته،[1] حيث يرى الأستاذ "ديلوبادير" أن قيام المصلحة المتعاقدة بتعديل صفقاتها لا يمكن أن يؤسس إلا على مستلزمات المرافق العامة، والتغيرات التي تحدث في حاجات المرفق واحتياجات الجمهور نفسه.[2]

أ-حجج أنصار فكرة المرفق العام كأساس لسلطة التعديل:

يحق للمصلحة المتعاقدة تعديل الصفقة العمومية أثناء تنفيذها، وتعديل التزامات المتعاقد معها على نحو وصورة لم تكن معروفة وقت إبرام الصفقة، فتزيد من أعبائه أو تنقصها، كلما اقتضت حاجة المرفق أو المصلحة العامة هذا التعديل.[3]

لقد قدم أنصار فكرة المرفق العام كأساس لسلطة التعديل جملة من الحجج نذكر منها ما يأتي:

1- إن سلطة التعديل مستمدة لا من نصوص الصفقة فحسب، بل من طبيعة المرفق واتصال الصفقة العمومية به وضرورة الحرص على انتظام سيره، ووجوب استدامة تعهد المصلحة المتعاقدة له وإشرافها عليه، بما يحقق الصالح العام.[4]

2-لما كانت سلطة التعديل توجد في متطلبات المرفق العام، فإن هذه المتطلبات قابلة للتطور والتغيير، والمصلحة العامة قد تستلزم تبعا لذلك أن يفرض على المتعامل الاقتصادي التزامات لم ينص عليها أو تأخذ في الاعتبار وقت التعاقد، وهذا الأساس هو الذي خلق هذه السلطة، دون حاجة إلى النص عليها في الصفقة، بل أن النص عليها في الصفقة لا ينشئ هذه السلطة وإنما يكشف عنها،[5] ويقال أحيانا تفسيرا وتبريرا لهذه السلطة بالاستناد إلى نصوص الصفقة الصريحة أو الضمنية، أن التعاقد يتم فيها على أساس أن نية الطرفين انصرفت عند

---

[1]- د. سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص359.

[2]- نبيل ازرايب، مرجع سابق، ص111.

[3]- د. محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص224.

[4]- د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص462.

[5]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص336.

إبرام الصفقة إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة مما يترتب عليه أن المصلحة المتعاقدة وهي – صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد تسييره– قد خولتها الصفقة حق التعديل بما يلائم هذه الضرورة، وفق تلك المصلحة.[1]

3– إن حق وسلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل شروط الصفقة العمومية، وفرض التزامات جديدة على المتعاقد معها، أو إنقاصها دون رضاه، يجد سببه في متطلبات تسيير المرافق العامة التي من مبادئها الأساسية قابليتها للتطور، وبناء على ذلك، لا يجوز أن تقف الصفقة التي أبرمتها المصلحة المتعاقدة خدمة للمرفق العام حائلا أمام تطوره وتعديله خدمة للمصلحة العامة.[2]

ب–الانتقادات الموجهة لأنصار فكرة المرفق العام كأساس لسلطة التعديل:

بالرغم ما قدمه أنصار هذا الاتجاه من أدلة، إلا أنه تعرض لجملة من الانتقادات، لعلى أبرزها ما يأتي:

1– أن سلطة التعديل ليست مجرد نتيجة ملازمة لفكرة المرفق العام، بل هي مظهر لسلطة الإدارية التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة، التي يرجع إليها معظم قواعد القانون الإداري.[3]

2– أن سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل شروط الصفقة العمومية، هي حق مقرر لها باعتبارها سلطة عامة، وليس امتيازا تعاقديا.[4]

3– إذا كانت سلطة التعديل تجد أساسها في فكرة تحقيق المصلحة العامة ومراعاة الظروف المتغيرة في احتياجات المرفق العام، وفي وسائل إدارته، فإن إجراء التعديل في ذاته يرتبط بفكرة السلطة العامة.[5]

---

[1]– د. محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص225.

[2]– أ. محمد شعبان الدرهوبي،مرجع سابق، ص48.

[3]– د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص464.

[4]– د. أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص169.

[5]– سهام شقطمي ، النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2010–2011، ص27.

ثالثا– الأساس القائم على المزج بين فكرة السلطة العامة والمرفق العام:

هو الرأي الأرجح، ويذهب إلى تأسيس سلطة التعديل على مزيج بين فكرتين، وهما احتياجات المرافق العامة، وسلطة المصلحة المتعاقدة في تحقيق تلك الاحتياجات.[1]

وذلك راجع إلى كون هدف المصلحة المتعاقدة من وراء إبرامها لصفقاتها العمومية هو إشباع الحاجات العامة، التي تتم عن طريق خدمات المرافق العامة، ومن ناحية أخرى فإن السلطة العامة تمكن المصلحة المتعاقدة من التمتع بامتيازات تجعلها في مركز أعلى من مركز المتعاقدين معها، ومن ثم فهي تمنحها السلطة التقديرية في اتخاذ القرارات حيال المتعاقدين معها، بقصد ضمان تنفيذ الصفقة على الوجه الذي يحقق الصالح العام،[2] ومن هنا يظهر بأن السلطة العامة والمرفق العام فكرتان متلازمتان كليهما يهدفان إلى تحقيق المصلحة العامة فلكل منهما دور يكمل الآخر.

الفرع الثاني

مظاهر وضوابط سلطة تعديل شروط الصفقة العمومية

MANIFESTATIONS AND CONTROLS THE AUTHORITY TO AMEND THE TERMS OF THE GENERAL DEAL

تظهر سلطة التعديل –عند ممارستها من قبل المصلحة المتعاقدة– في عدة أوجه، منها ما يتعلق بتعديل مقدار التزامات المتعامل الاقتصادي،[3] إما بالزيادة أو الإنقاص في الأعمال أو الأشياء الموردة محل الصفقة والأشغال، كما يمكن أن تشمل طرق التنفيذ، ومدة التنفيذ بتقليصها أو زيادتها حسب طبيعة الصفقة.[4]

إلا أنه في كثير من الأحيان يتم استعمال هذه السلطة بشكل غير شرعي، أي مخالف للغرض الذي وجدت لأجله فغالبا ما يتم في دفتر شروط الصفقة تحديد نوعية، ومواصفات المواد التي تطلبها المصلحة

[1]– أ. محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص49.

[2]– خلاف بيو، مرجع سابق، ص368، 369.

[3]– نبيل ازرايب، مرجع سابق، ص122.

[4]– زين العابدين بخوش، مرجع سابق، ص 49.

المتعاقدة، أو التي يتطلب استعمالها في الأشغال العامة، أو التي تقوم بتوريدها من حيث الكم والكيف، إلا أنه يعهد للمتعاقد تقديم مواد أقل جودة وبنفس الأسعار.[1]

لذا سنتطرق في هذا المجال إلى مظاهر وضوابط ممارسة سلطة التعديل.

أولا- مظاهر سلطة تعديل شروط الصفقة العمومية:

تتمثل مظاهر سلطة تعديل شروط الصفقة العمومية في التعديل في مقدار التزامات المتعامل الاقتصادي، التعديل في طرق ووسائل التنفيذ، التعديل في مدة التنفيذ.

أ-التعديل في مقدار التزامات المتعامل الاقتصادي:

تستطيع المصلحة المتعاقدة أن تعدل في مقدار التزامات المتعاقد معها، وذلك بزيادتها أو إنقاصها وهو ما يصطلح عليه بالتعديل الكمي، وقد ضبطت عملية التعديل في حجم الأداء، بالنسبة لجميع الصفقات العمومية، وخاصة صفقة الأشغال العامة،[2] حيث تملك المصلحة المتعاقدة في مثل هذه الصفقات سلطة تعديل مقدار التزامات المتعاقد معها بالزيادة أو النقصان، إذا رأت بأن حاجات المرفق العام تتطلب ذلك.[3]

عندما لا يمكن للكميات المحددة في الصفقة تحقيق موضوعها، لاسيما في حالة صفقات الأشغال، يمكن للمصلحة المتعاقدة إصدار أوامر بالخدمة، تسمح بالأمر بخدمات إضافية و/أو تكميلية،[4] كما يمكنها في صفقات التوريد، تعديل مقدار التزامات المتعاقد معها، متى اقتضت حاجة المرفق أو المصلحة العامة ذلك، فمن حقها أن تلزم المورد بزيادة كمية التوريدات أو إنقاصها.[5]

إن التعديل في كميات الأشغال والتوريدات، أثناء تنفيذ صفقات الأشغال العامة وصفقات اللوازم ضرورة لا بد منها، نظرا لكون العمل يختلف أثناء التنفيذ عما هو مبين في الصفقة، إذ أن كثيرا من

---

[1]- سهام بن دعاس ، مرجع سابق، ص49.

[2]- نبيل ازرايب، مرجع سابق، ص123.

[3]- د. محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص229.

[4]- المادة 136 من المرسوم الرئاسي 15-247.

[5]- د. محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص230.

الأمور تكون غير واضحة في المقايسات الوصفية والمخططات والتصاميم، ومن ثم لابد من التعديل، إذا ما رأت المصلحة المتعاقدة أن الشروط المتعاقد عليها غير كافية، ولا تفي بالغرض المنشود.[1]

ب- التعديل في طرق ووسائل التنفيذ:

إذا كان للمصلحة المتعاقدة الحق في تعديل مقدار التزامات المتعاقد معها، فلها الحق أيضا في تعديل وسائل وطرق التنفيذ، وذلك بإدخال تعديلات عليها زيادة أو إنقاصا،[2] تطبيقا لمبدأ قابلية التغيير، فقد تتغير متطلبات المرفق العام ولا يمكن الاحتفاظ بها تحت شروط تعاقدية ثابتة،[3] الأمر الذي يدفعها إلى تغيير طرق التنفيذ بما يتناسب مع هذه المتطلبات، والغاية من إعطائها هذه الإمكانية، هي تدارك الأخطاء التي قد تتسبب في إنجاز مشروع، وإخراجه إلى حيز الوجود وهو دون المستوى المطلوب، وذلك لكون استخدام آليات ووسائل تقليدية عتيقة أثناء تنفيذ الصفقة، قد يؤدي إلى الحصول على أشغال فاسدة وقليلة الجودة، مما يعني ذلك تبذير للأموال العامة والخسائر الاقتصادية.[4]

إن المصلحة المتعاقدة في صفقات الأشغال العامة تستطيع أن تعدل المشروعات الأصلية بشرط عدم تغيير موضوع الصفقة، أما بالنسبة لصفقات التوريد فإن سلطة التعديل تمارس في أضيق حدود،[5] حيث يمكن أن تطلب-رغبة منها في تحسين نوع المواد- تغيير مصدر الجهة التي تأتي منها تلك تلك المواد،[6] إلا أن هذه الأخيرة لا تعمد دائما من وراء التعديل تحسين نوعية المواد، فهي قد تستغل نفوذها من أجل استغلال أموال الخزينة العامة مثال ذلك: أن تبرم إدارة الجامعة صفقة لتوريد نوعية فاخرة من الورق والحبر بسعر معين، فتعمد الإدارة (الجانية) إلى طلب توريد ورق عادي وحبر رديء وبنفس الأسعار المتفق عليها، أو تطلب إنقاص من الكمية المتفق عليها دون تعديل أو تسوية للسعر السابق.[7]

---

[1]- سبكي ربيحة، مرجع سابق،ص75.

[2]- محمد حمودي، محمد علي،" مدى فاعلية ضوابط اللجوء للملحق في تنظيم الصفقات العمومية"، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، العدد 05، 2018، ص 44.

[3]-Marie-Christine Rouault, op.cit, p85.

[4]- محمد حمودي، محمد علي،مرجع سابق، ص 44.

[5]- د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 493.

[6]- عبد القادر محفوظ، مرجع سابق، ص68.

[7]- سهام بن دعاس، مرجع سابق، ص49.

ج-التعديل في مدة التنفيذ:

من المسلم به أن المصلحة المتعاقدة والمتعامل الاقتصادي يلتزمان باحترام المدة المقررة في الصفقة،[1] إلا أن التغيرات التي تطرأ على المرفق العام ولدواعي المصلحة العامة، قد تلجأ هذه الأخيرة لتعديل مدة التنفيذ، فسلطة التعديل لا تقتصر على تعديل مقدار الالتزامات التعاقدية فحسب، بل تمتد هذه السلطة لتشمل مدة التنفيذ الواردة بالصفقة.[2]

للمصلحة المتعاقدة أن تعدل في فترة تنفيذ الصفقة وذلك بتقصيرها أو تمديدها، متى اقتضى الصالح العام ذلك، فتستطيع أن تطلب من المورد أو المقاول إنجاز الأشغال في زمن قياسي أقل مما هو متفق عليه في الصفقة،[3] وتستطيع وقف الأشغال أو تأجيلها أو تأخير تنفيذها، إما بسبب الظروف المالية أو عدم كفاية إعتمادات الميزانية أو حالات الحرب، غير أن هذه التعديلات يجب أن تكون تتماشى وقدرة المتعامل الاقتصادي على التنفيذ، وليس الغاية منها أو من خلالها تعجيزه ووضعه في موقف حرج.[4]

ومن المعلوم، أن كل صفقة عمومية تنص في دفتر شروطها على آجال التسليم، إذا كانت تتعلق باقتناء اللوازم أو التوريدات، وتحدد مواعيد مضبوطة لذلك، وإذا أخل المتعامل الاقتصادي بهذا الالتزام أو تأخر أو تماطل في التسليم، توقع عليه جزاءات محددة كذلك في دفتر الشروط لاسيما غرامات التأخير.[5]

ثانيا-ضوابط سلطة تعديل شروط الصفقة العمومية:

إذا كانت سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة سلطة أصيلة توجد دون حاجة للنص عليها، فإنها ليست مطلقة بل تخضع لضوابط متعددة تتمثل فيما يلي:

أ- أن لا يتعدى التعديل موضوع الصفقة:

لا شك أن المصلحة المتعاقدة وهي تمارس سلطتها في التعديل، تباشرها على نحو يراعي موضوع الصفقة الأصلي، وأن لا يتجاوزه، فلا يجوز لها أن تتخذ من سلطة التعديل

[1]- أ. محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص30.

[2]- عبد القادر محفوظ، مرجع سابق، ص68.

[3]- محمود حمودي، محمد علي، مرجع سابق، ص45.

[4]- سبكي ربيحة، مرجع سابق، ص78.

[5]- سهام بن دعاس، مرجع سابق، ص50.

ذريعة أو مطية لتغيير موضوع الصفقة، وإرهاق الطرف المتعاقد معها،[1] أي أنه لا يجوز أن يؤدي التعديل إلى تغيير طبيعة الصفقة،[2] أو تجديد محلها، بما يختلف عن المحل الذي انصرفت إليه إرادة أطراف الصفقة، وهذا يعني أن عليها أن تراعي في إصدار قرار التعديل الدقة في مضمونه، بما لا يؤدي إلى انصرافه إلى موضوع جديد يختلف كلية عن الموضوع الأصلي،[3] فمن الطبيعي أن يقتصر حقها في التعديل على الشروط والالتزامات المتصلة بموضوع الصفقة، وخارج هذا النطاق فإن المتعامل الاقتصادي لا تربطه أي علاقة تعاقدية بها، ومن ثم لا يجوز لها أن تفرض عليه التزامات خارج نطاق موضوع الصفقة،[4] بحيث يؤدي إلى تعديله نهائيا أو تجاوز إمكانيات المتعامل الاقتصادي الفنية أو الاقتصادية.[5]

وعليه، فإذا فرضت المصلحة المتعاقدة على المتعامل الاقتصادي التزاما خارجا عن الصفقة، ولا صلة له بموضوعها فإن قرارها يعد باطلا، ويجوز لهذا الأخير الامتناع عن تنفيذه،[6] ومن هنا وجب أن يكون التعديل من حيث المدى والأثر نسبيا بحيث لا يؤثر على الصفقة الأصلية.[7]

ب- أن يكون التعديل لأسباب موضوعية:

إن الأساس التي تقوم عليه سلطة التعديل، هي أنها مرتبطة بالقواعد الضابطة لسير المرافق العامة، ومن أولها قاعدة قابلية المرفق العام لتغيير في كل وقت متى ثبت أن التغيير من شأنه أن يؤدي إلى تحسين الخدمة التي يقدمها إلى المنتفعين،[8] وفكرة التعديل هي فكرة ملازمة للقاعدة السابقة، سواء كانت المصلحة المتعاقدة مخطئة أو غير مخطئة في تقديراتها، فإنه يجب أن تمكنها من تنظيم المرافق بالطريقة التي تحقق الصالح العام، على أتم

---

[1]- د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص13.

[2]-Marie-Christine Rouault, op.cit, p85.

[3]- أ. محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص52.

[4]- د. محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص232،233.

[5]- د. سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص360.

[6]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص346.

[7]- د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص13.

[8]- د. عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص46.

وجه ممكن، لأننا لسنا بصدد عقابها على خطئها، ولكن بصدد إعمال القواعد الضابطة لسير المرافق العامة.[1]

لذا يكون للمصلحة المتعاقدة الحق في تعديل الصفقة بإرادتها المنفردة، إلا أن هذا التعديل مرهون بتغيير الظروف التي أبرمت في ظلها،[2] فإذا ثبت أن الظروف التي تدعي أنها قد استجدت كانت موجودة عند إبرام الصفقة، أو أنها لا تستهدف من التغيير مقتضيات المصلحة العامة، وضرورة تسيير المرافق العامة، وإنما تسعى لتحقيق مصالح خاصة، فإن للمتعامل الاقتصادي أن يلجأ إلى القضاء لاقتضاء التعويض المناسب.[3]

ج- اقتصار التعديل على شروط الصفقة العمومية:

يشترط أثناء قيام المصلحة المتعاقدة بالتعديل أن لا تمس بشروط الصفقة، إلا ما تعلق بسير المرفق العام،[4] وذلك راجع إلى أن أساس سلطة التعديل هو إشباع حاجات المرفق العام وهذا الأساس يحدد نطاق التعديل، أي يحدد مجاله أو محله، بحيث يجب أن تقتصر هذه السلطة على شروط التي تحدد الالتزامات المفروضة على المتعاقد لصالح المرفق العام، ولا تمتد إلى الشروط الخاصة بالمزايا والضمانات المالية المقررة له والتي دفعته إلى إبرام الصفقة،[5] الصفقة،[5] ومن أمثلة ذلك، الشروط المتعلقة بتنظيم المصالح المالية للمتعامل الاقتصادي، كثمن السلع والخدمات التي يقدمها للمصلحة المتعاقدة، أو الأرباح التي تتحقق له من ممارسة نشاطه، أو المزايا المالية التي تمنحها له من قروض أو إعفاءات ضريبية.[6]

---

[1]- د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص465.

[2]- أ. محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص53،54.

[3]- د. عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص47.

[4]- د. سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص360.

[5]- د. محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص232.

[6]- أ. محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص52.

وعليه، فسلطتها في التعديل تقتصر على شروط الصفقة المتصلة بتسيير المرفق العام،[1] لذا عليها أن تحرص على عدم قلب اقتصاديات الصفقة رأسا على عقب،[2] بحيث يصبح المتعامل الاقتصادي وكأنه أمام عرض جديد.[3]

د- احترام القواعد العامة للمشروعية:

يجب على المصلحة المتعاقدة في الأحوال التي يجوز لها تعديل الصفقة العمومية، أن تحترم مبدأ المشروعية،[4] وذلك راجع إلى أنها حين تقبل على تعديل صفقة ما، فإن وسيلتها في ذلك هي "القرار الإداري"، فتصدر قرارا إداريا بموجبه تعلن عن نيتها في تعديل صفقة عمومية،[5] ومن ثم يتعين أن تتوافر في هذا القرار مقومات وأركان القرار الإداري، من حيث صدوره من الشخص المختص، ويكون وفقا للأشكال والإجراءات المقررة وفي إطار القواعد القانونية، كما يتعين أن يكون دافع قرار التعديل تحقيق المصلحة العامة، ويستند إلى سبب قائم يبرره، يتمثل في تغير الظروف التي أبرمت في كنفها الصفقة.[6]

الفرع الثالث

آلية ممارسة سلطة تعديل شروط الصفقة العمومية

MECHANISM FOR EXERCISING THE AUTHORITY TO AMEND THE TERMS OF THE GENERAL DEAL

من المعلوم، أن التعديل يكون عن طريق ملحق للصفقة مكتوب يؤكد اتفاق إرادة الطرفين في الصفقة على تعديل بند أو عدة بنود منها، وخاصيته التعاقدية تعد من الخصائص الأساسية للملحق،[7] لذا يمكن القول أن حرص المصلحة المتعاقدة على تأقلم تنفيذ الأشغال، والخدمات العمومية مع التغيرات والتحولات التي قد تعرفها الظروف الاقتصادية المحيطة بها، والتي لا تستطيع الالتزامات التعاقدية مواجهتها، هو الذي يدفعها إلى استعمال سلطة التعديل عن طريق

---

[1]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص340.

[2]- د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص467.

[3]- د. محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص235.

[4]- د. عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص47.

[5]- د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 14.

[6]- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص253.

[7]- Christophe lajoye, op.cit, p183.L'avenant est un contrat ècrit constatant l'accord de volontè des parties au marchè et portant modification d'une ou plusieurs clauses de ce dernier.son caractère bilatèral est une caractèristique fondamentale de l'avenant »

الآليات المتاحة لها، حيث خول قانون الصفقات العمومية سلطة تعديل شروط الصفقة العمومية في الإطار التعاقدي، عن طريق تقنية الملحق.[1]

ولما كان تعديل الصفقة لا يكون إلا عن طريق ملحق، فإنه لا يتصور أن يتم إبرام ملحق الصفقة بسعر يتجاوز الصفقة ذاتها، فرغم أن المشرع الجزائري لم يحدد لنا السقف المالي للملحق، إلا أنه لا يمكن التخيل أن يكون ثمنه أكثر من الصفقة ذاتها، فمن المعروف أنه إذا تجاوز نسبة 15% بالنسبة لصفقات اللوازم والدراسات والخدمات، ونسبة 20% من صفقة الأشغال العامة لا بد أن يكون مبررا،[2] وعلى المصلحة المتعاقدة أن تقدم تبرير لكل حالة، فمن الأفضل إذا تجاوز هذه النسبة إبرام صفقة أخرى، وإلا فتح المجال لانتشار الفساد الإداري.[3]

لذا سنتطرق في هذا المجال إلى معرفة المقصود بالملحق، ثم إلى تبيان شروطه.

أولا- تعريف الملحق:

من المعلوم، أن تعديل الصفقة العمومية لا يكون إلا بموجب ملحق للصفقة، وأي إهمال في اتخاذ هكذا إجراء سواء عمدا أو سهوا يعدّ مخالفة صارخة للتنظيم المتعلق بالصفقات العمومية، وهو ما قد يفسح المجال للمتعامل الاقتصادي للمطالبة بتعويض عما أنجزه من إضافات قد تفوق القيمة التي كان من الممكن الاتفاق بشأنها لو تم إبرام الملحق، وهو ما يعتبر إهدارا للمال العام، خصوصا وأن هذا الأخير يحدد بدقة الهدف من إبرامه ليكون بذلك حجة على طرفي الصفقة(أنظر الملحق رقم 02).

لذا كان لزاما علينا معرفة المقصود بالملحق، وذلك من خلال التطرق إلى التعريف التشريعي والفقهي له.

---

[1]- سبكي ربيحة، مرجع سابق، ص56.

[2]- المادة 135 من المرسوم الرئاسي 15-247.

[3]- حاحا عبد العالي، مرجع سابق، ص109.

أ – التعريف التشريعي:

لم يقدم المشرع الجزائري ضبطا لمفهوم الملحق بقدر ما حدد مضمونه أو موضوعه،[1] حيث عرفه

بأنه عبارة عن: "وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة".[2]

ب– التعريف الفقهي:

يعرف الملحق بأنه: "اتفاق إضافي للصفقة الأولى هدفه تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية قد تضمنتها الصفقة الأصلية، أو زيادة الخدمات أو تقليلها".[3]

ويعرف أيضا بأنه عبارة عن: " وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة وأن الدافع الجوهري من وراء إبرامه هو التعديل في الالتزامات التعاقدية، والتعديل يحتمل الزيادة أو النقصان أو إضافة أعمال جديدة شريطة أن تكون لها اتصال مباشر بموضوع الصفقة".[4]

لذا فالتزام المصلحة المتعاقدة بإبرام الملحق يعد من الإجراءات الضرورية التي يجب التقيد بها، في حالة أي ظرف يطرأ على تنفيذ الصفقة، سواء تعلق الأمر بالزيادة أو النقصان، الأمر الذي يسمح لها بالتحكم في الصفقة من جميع النواحي، وخاصة الجانب المالي منها، على اعتبار أن الأمر يتعلق بالمال العام الذي تلتزم بالحفاظ عليه، إلا أن تهاونها في إبرامه سيحملها المسؤولية الناجمة عن ذلك، وهو ما أكده قرار مجلس الدولة الجزائري[5] الصادر بتاريخ 2016/11/03 والذي جاء فيه:

" .....إن الإدارة هي الملزمة باحترام القانون، وهي التي كان عليها إبرام ملحق أو اتفاقية جديدة للقيام بهذه الأشغال، ولما لم تقم بذلك فإنه لا يمكن لها أن تستفيد من أخطائها كما لا يمكن لها أن تثري على حساب الغير، ولا يمكن بأي حال حرمان المتعامل معها من مقابل أشغال يثبت أنه أنجزها بناءا على طلب الإدارة بعدما تم الاتفاق على أسعارها..."

---

[1]– زين العابدين بخوش، مرجع سابق، ص86.

[2]–المادة 136 من المرسوم الرئاسي 247/15.

[3]– سبكي ربيحة، مرجع سابق، ص57.

[4]– سهام شقطمي، مرجع سابق، ص30.

[5]– مجلس الدولة، الغرفة الأولى،القرار رقم 099714،مؤرخ في 2016/11/03، غير منشور.

ثانيا- شروط إبرام الملحق:

لتعديل شروط الصفقة العمومية عن طريق الملحق لابد من توفر عدة شروط أهمها:

أ-أن يكون الملحق مكتوبا:

يسود الصفقات العمومية مبدأ الشكلية، حيث تفرغ في شكل كتابي فهي عقود مكتوبة،[1] وطالما أن الصفقة الأصلية مكتوبة، فإن عنصر الكتابة أمر لابد منه في حالة ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة التعديل، فيما يخص زيادة الخدمات أو التقليل منها أو تعديل بند أو عدة بنود، وهذا في شكل ملحق تابع للصفقة الأصلية، فالفرع يتبع الأصل حتى من الناحية الشكلية.[2]

الملحق وثيقة تعاقدية،[3] فيجب أن يكون مكتوبا،[4] ولما كان مكتوبا فهو من ثم يعبر عما يتضمنه من بنود معدلة زيادة أو نقصانا، قوامها تراضي طرفي الصفقة عليها ذلك لأنه لا يعقل بحال من الأحوال أن يعمد أحد طرفي الصفقة إلى إبرام الملحق دون علم أو موافقة الطرف الآخر، ولأجل ذلك لا يصح الملحق الضمني وإنما يجب أن يكون صريحا في مضمونه ودلالاته.[5]

ب- أن لا يؤدي التعديل إلى المساس بجوهر الصفقة وتوازنها:

إن المصلحة المتعاقدة ملزمة بالدقة أثناء قيامها بتعديل الصفقة على النحو الذي لا يفضي إلى الدخول في موضوع جديد للتعاقد، لذلك لا تستطيع أن تقوم بفرض التزامات جديدة خارج موضوع الصفقة، لأن ذلك يؤدي إلى امتناع المتعامل الاقتصادي عن تنفيذ الالتزامات، باعتبار أنه عند إبرام الصفقة العمومية قد أخذ بالحسبان إمكاناته المادية والفنية اللازمة للتنفيذ،[6] لذا لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة ولا أن يغير في موضوعها أو مداها، إلا في حالة ما إذا طرأت ظروف تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف،[7] وهذا الشرط طبيعي ولازم، إذ أن التعديل الجوهري من

---

[1]- المادة 02 من المرسوم الرئاسي 15-247.

[2]- د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص17.

[3]- المادة 136 من المرسوم الرئاسي 15-247.

[4]- د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص18.

[5]- زين العابدين بخوش، مرجع سابق، ص86،87.

[6]- بوسعيد محمود، بلمير عدنان، الإطار القانوني لملحق الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2018-2019، ص15.

[7]- المادة 136 الفقرة 08 من المرسوم الرئاسي 15-247.

شأنه أن يجعلنا أمام صفقة جديدة، وقد يفتح مجال الفساد المالي، خاصة وأن إجراءات الملحق بسيطة في عمومها وليست معقدة.[1]

ج- أن يبرم الملحق ضمن آجال التنفيذ التعاقدية:

لا يعقل بأي حال من الأحوال أن يبرم الملحق قبل إبرام الصفقة، ولا بعد إتمام التنفيذ والتسليم النهائي للمشروع أو نهاية مدتها، ومن ثم لما كان الملحق آلية ودية لحل ما يستجد من صعوبات، فأكيد أنها ستكون في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية،[2] ولقد عبر المشرع الجزائري على هذا الشرط بقوله:" لا يمكن إبرام الملحق وعرضه على هيئة الرقابة الخارجية للصفقات المختصة، إلا في حدود آجال التنفيذ التعاقدية..."[3]

د- أن تراعى في الملحق سائر الجوانب الإجرائية:

على العموم، الملحق لا يخضع إلى رقابة الهيئات الخارجية إذا كان موضوعه لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة، والضمانات التقنية والمالية وأجل التعاقد، وكان مبلغه أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق لا يتجاوز زيادة أو نقصانا نسبة 10%من المبلغ الأصلي للصفقة،[4] وضمانا لمشروعية مضمون مضمون الصفقة، خاصة لارتباطها بالمال العام والصالح العام، وكغيرها من الصفقات الأصلية، ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة بعرض الملحق على هيئة الرقابة الخارجية، في حالة ما إذا:[5]

1-إذا ترتب بناء على أسباب استثنائية وغير متوقعة وخارجة عن إرادة الطرفين؛ اختلال التوازن الاقتصادي للصفقة اختلالا معتبرا و/أو أدى إلى تأخير الأجل التعاقدي الأصلي.

2-إذا لم يكن من الممكن وبصفة استثنائية، إبرام الملحق محل ضبط الكميات النهائية للصفقة في الآجال التعاقدية.

3- إذا تضمن الملحق خدمات تكميلية تتجاوز مبالغها نسبة 10%.[6]

---

[1]- د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص18.

[2]- زين العابدين بخوش، مرجع سابق، ص87.

[3]- المادة 138 من المرسوم الرئاسي 15-247.

[4]- المادة 139 من المرسوم الرئاسي 15-247.

[5]- المادة 138 من المرسوم الرئاسي 15-247.

[6]- المادة 139 من المرسوم الرئاسي 15-247.

المطلب الثاني

الآثار المترتبة على تعديل شروط الصفقة العمومية

THE IMPLICATIONS OF AMENDING THE TERMS OF THE GENERAL DEAL

قد تتجاوز المصلحة المتعاقدة من خلال استخدامها لسلطة التعديل الحدود المقررة قانونا، فيترتب على ذلك الإخلال بتوازن الصفقة وقلب اقتصادياتها مما يؤدي إلى إرهاق المتعاقد معها، لذا قام المشرع بموازنة الكفة بينهما، فمن جهة منحها سلطة تعديل صفقاتها بموجب ملحق، وفي المقابل رتب للمتعامل الاقتصادي ضمانات في حالة تجاوزها استعمال هذا الحق، وذلك لتسوية مركزه مع المصلحة المتعاقدة.[1]

فالاعتراف لها بسلطة تعديل شروط الصفقة العمومية، يقابلها حق للمتعاقد في الامتيازات المالية بما يساوي الزيادة في التزاماته، فالعدالة تقتضي أن تحقق الصفقة العمومية بقدر الإمكان توازنا بين الأعباء التي يتحملها المتعامل الاقتصادي، وبين المزايا التي ينتفع بها.[2]

لذا سنتطرق في هذا المجال تبيان ضمانات المتعامل الاقتصادي في مواجهة سلطة التعديل، وذلك من خلال إقرار مسؤولية المصلحة المتعاقدة في ذلك.

الفرع الأول

مسؤولية المصلحة المتعاقدة دون خطأ

LIABILITY OF THE CONTRACTING INTEREST WITHOUT ERROR

إذا كان المبدأ العام أن المصلحة المتعاقدة لا تسأل عن أعمالها وتصرفاتها، إلا إذا أحدثت ضررا بالمتعاقد معها في إطار قواعد الصفقة العمومية، فإنه واستثناء يمكن أن تقوم مسؤولية هذه الأخيرة دون خطأ من جانبها، وعلة ذلك، محاولة إيجاد نوع من التوازن المالي بين التزامات وحقوق المتعامل الاقتصادي.[3]

---

[1]– سهام شقطمي، مرجع سابق، ص111.

[2]– د.عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص51.

[3]– زين العابدين بخوش، مرجع سابق، ص387.

إن فكرة التوازن المالي للصفقة هي فكرة ملازمة لسلطة التعديل،[1] وطالما أنه قد ينجم عن تعديل الصفقة أحداث أو وقائع من شأنها إرهاق المتعامل الاقتصادي والتأثير البالغ على مركزه المالي، فإن لهذا الأخير حق المطالبة بالتعويض لإعادة التوازن المالي للصفقة،[2] كونه يهدف من وراء تنفيذه لالتزاماته التعاقدية إلى جني أرباح كثيرة، وله أيضا في حالة ما إذا حال بينه وبين تحقيق تلك الغاية، إجراءات اتخذتها المصلحة المتعاقدة أو ظروف أو صعوبات جعلت تنفيذ التزاماته أكثر إرهاقا الحق في المطالبة بفسخ الصفقة.[3]

لذا سنتطرق في هذا المجال إلى حق المتعامل الاقتصادي في التعويض على أساس نظرية فعل الأمير، وحقه في المطالبة بفسخ الصفقة.

أولا-التعويض على أساس نظرية فعل الأمير:

إن فكرة إعادة التوازن المالي للصفقة تتحقق على أساس مبدأ التعويض بلا خطأ، ذلك أن سلطات المصلحة المتعاقدة المتعلقة بالتعديل لا يمكن أن تشكل أخطاء، تقيم وترتب المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ، بل أنها مشروعة لارتباطها وتعلقها بالمرفق العام والصالح العام،[4] ولدراسة حق المتعامل الاقتصادي في إعادة التوازن المالي للعقد على أساس نظرية عمل الأمير، وجب التطرق إلى تعريفها،أساسها، شروطها، آثارها.

أ-تعريف وأساس نظرية فعل الأمير:

تعتبر هذه النظرية من النظريات العامة التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي، وهي أول النظريات التي أراد بها القضاء الإداري إقامة التوازن المالي للعقد الإداري، وتحقق هذه النظرية عندما لا يكون تنفيذ الصفقة مستحيلا وإنما مرهقا، وحينها يستحق المتعامل الاقتصادي تعويضا كاملا عما لحقه من خسارة وفاته من كسب.[5]

---

[1]- د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص610.

[2]- د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص49.

[3]- أ. محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص107.

[4]- د. عمار عوابدي، مرجع سابق، ص223.

[5]- أ. محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص108.

1-تعريف نظرية فعل الأمير:

تعرف نظرية فعل الأمير بأنها:"كل عمل يصدر من المصلحة المتعاقدة دون خطأ من جانبها ينجم عنه الإخلال بمركز المتعامل الاقتصادي، ويؤدي إلى التزامها بتعويضه عن كافة الأضرار التي لحقت به بما يعيد التوازن المالي للصفقة العمومية".[1]

2-أساس نظرية فعل الأمير:

تجد هذه النظرية أساسها في قانون الصفقات العمومية، حيث ألزم المشرع الجزائري المصلحة المتعاقدة أن تبحث عن تسوية الودية لنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة العمومية، وذلك في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، من أجل إيجاد توازن بين التكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.[2]

بالتالي، يكون المشرع الجزائري قد قنن هذه النظرية ذات المصدر القضائي، وحسنا فعلا حين أقر مبدأ الحل الودي لحسم النزاعات الناتجة عن التنفيذ، وكذلك عندما رخص للطرفين إعادة النظر في الأحكام المالية للصفقة، بما يعيد الاعتبار المالي للمتعامل الاقتصادي، ويدفعه أكثر للوفاء بالتزاماته وبمواصلة التنفيذ.[3]

ب-شروط قيام نظرية فعل الأمير:

لقد استقر الفقه والقضاء الإداري على ضرورة توافر عدة شروط معينة، لإمكان حصول المتعامل الاقتصادي على تعويض لإعادة التوازن المالي للصفقة وفقا لنظرية فعل الأمير،[4] وتتمثل هذه الشروط فيما يأتي:

1- أن يكون العقد من العقود الإدارية فلا تنطبق هذه النظرية على العقود غير الإدارية.

2- أن يكون الإجراء صادرا عن المصلحة المتعاقدة.

3- أن يكون الإجراء غير متوقع وقت التعاقد.

4- أن يترتب على الإجراء ضرر للمتعامل الاقتصادي من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للصفقة.[5]

---

[1]- د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص624.

[2]- المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247.

[3]- د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص51.

[4]- أ. محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص112.

[5]- د. سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص364.

ج- الآثار المترتبة على قيام نظرية فعل الأمير:

يترتب على قيام نظرية فعل الأمير عدة نتائج هامة منها:

1-النتيجة الرئيسة:

وتتمثل في حق المتعامل الاقتصادي في إعادة التوازن المالي للصفقة، عن طريق منحه التعويض الكامل عما أصابه من خسارة وما فاته من كسب.[1]

إن تعويض المتعامل الاقتصادي عن الضرر الذي لحق به بسبب فعل الأمير يقوم على عنصرين:

1.1-التعويض عما لحق المتعامل من خسارة:

يتضمن هذا العنصر المصروفات الفعلية التي أنفقها المتعامل الاقتصادي، ومثال ذلك: إذا طلبت المصلحة المتعاقدة من المقاول سرعة تنفيذ الأعمال فإن هذا قد يؤدي إلى زيادة أعبائه بدفع أثمان مرتفعة.[2]

2.1- التعويض عما فات المتعامل من كسب:

من حق المتعامل الاقتصادي أن يعوض عن ربحه الحلال وعن عمله ورأس ماله،[3] إلا أنه يفقد حقه في التعويض نهائيا في حال فسخ الصفقة بالتراضي وتسليم المشروع دون إبداء تحفظات،[4] وهو ما أكده مجلس الدولة الجزائري في قراره،[5] الصادر بتاريخ 2003/03/25 والذي جاء فيه:"أنه و بعد صدور صدور هذا القرار تم محضر التسليم النهائي للأشغال بتاريخ 15-03-1998 بحضور أطراف النزاع ولم يقوموا بأي تحفظ حول هذا الاستلام النهائي، حيث أن هذا الاستلام النهائي بدون تحفظ يؤدي إلى انتهاء كل الواجبات التعاقدية عن كلا الطرفين.

حيث أن المستأنف (م.ع.أ) بتصرفه هذا أنهى كل نزاع حول هذه الصفقة، وبالتالي كان عليه ألا ينفذ القرار الصادر عن مجلس قضاء بسكرة الذي عين خبير من أجل تقدير التعويض الناتج عن توقيف

[1]- د. محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص300.

[2]- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص199.

[3]- المرجع نفسه، ص199.

[4]- زين العابدين بخوش، مرجع سابق، ص392.

[5]- مجلس الدولة، الغرفة الأولى، القرار رقم 008411، المؤرخ في 2003/03/25، غير منشور.

الأشغال قبل فسخ الصفقة، لأن المستأنف هو الذي طلب فسخ الصفقة..وبالتالي لا يحق له أن يقوم بأي طلب و ينبغي إلغاء القرار الذي منح له مبلغ 500.000 دج كتعويض...." .

2-النتائج الفرعية:

هناك عدة نتائج وأثار يشير إليها الفقه،[1] وتتمثل فيما يلي:

1.2-تحرر المتعامل الاقتصادي من الالتزام بالتنفيذ، إذا ترتب على فعل الأمير استحالة التنفيذ، كصدور تشريع يحرم استيراد سلعة، ولا يمكن الحصول عليها إلا من الخارج.[2]

2.2-حق المتعامل الاقتصادي، المطالبة بعدم دفع غرامات مالية عليه في حالة التأخير، وذلك عندما يثبت أن إجراءات فعل الأمير هي التي جعلت عملية تنفيذ الصفقة عسيرة ومتأخرة.[3]

3.2-حق المتعامل الاقتصادي في المطالبة بفسخ الصفقة، إذا ما زادت إجراءات فعل الأمير في أعبائه وتكاليفه المالية بدرجة كبيرة لا تحتملها إمكانياته وقدرته المالية.[4]

على أنه يكون للمتعامل الاقتصادي الحق في أن يجمع بين بعض النتائج السابقة إذا تعددت الأسباب، كالحصول على التعويض الكامل والفسخ، أو الجمع بين التعويض وعدم توقيع غرامات التأخير..الخ.[5]

والجدير بالذكر أن، المصلحة المتعاقدة ملزمة بدفع مبلغ الأشغال الإضافية عندما تكون ضرورية للمشروع، ومنجزة وفقا للقواعد المقررة، حتى في حالة انعدام طلب من طرفها، وهو ما أكده قرار[6] مجلس الدولة الجزائري الصادر بتاريخ 2005/07/12، الذي جاء فيه:

"حيث أن هذه الأشغال الإضافية كانت ضرورية لإنهاء مشروع دار الشباب "إسياخم" بالبويرة، وأن الأشغال الإضافية وبما أنها كانت ضرورية للإنجاز حسب قواعد الأشغال

---

[1]- أ. محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص122.

[2]- د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص653.

[3]- د. عمار عوابدي، مرجع سابق، ص226.

[4]- المرجع نفسه، ص226.

[5]- د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص654

[6]- مجلس الدولة، الغرفة الأولى، القرار رقم 22350، المؤرخ في 2005/07/12، رشيد خلوفي، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، منشورات كليك، 2013، ص1400.

المطالب بإنجازها، فإن صاحب المشروع ملزم بتسديدها، حتى وإن لم يتلقى أي أمر بإنجاز هذه الأشغال."

ثانيا-المطالبة بفسخ الصفقة:

لما كان التعديل الانفرادي يعد من أهم وأخطر سلطات المصلحة المتعاقدة، فقد تم تقييده بضوابط وشروط تحد منه وتخفف من حدته، بل وتشكل ضمانات للمتعاقد في مواجهته فإذا ما ثبت انحرافها بهذه السلطة،[1] كان للمتعامل الاقتصادي الحق في اللجوء إلى القضاء طالبا استصدار حكم بفسخ الصفقة،[2] وذلك في حالة إذا ما ثبت خروجها عن هذه الحدود، أو إذا أدى تنفيذه لقرار التعديل إلى تحمل التزامات جديدة تؤدي لإرهاقه بصورة كبيرة، فقد أبرم الصفقة وفي حسبانه أوضاع معينة ومحددة، فلا يجوز بالتالي للمصلحة المتعاقدة تحميله ما يتجاوز تلك المعطيات وذلك تحت طائلة الفسخ.[3]

أ-الجهة القضائية المختصة بدعوى الفسخ:

إن تعديل المصلحة المتعاقدة لشروط الصفقة بما يخل بتوازنها الاقتصادي إخلالا جسيما يفوق إمكانات المتعامل الاقتصادي، الاقتصادية أو الفنية أو يخل بجوهر الصفقة، بما يجعلها صفقة جديدة ما كان ليقبلها لو عرضت عليه عند التعاقد لأول مرة، ولما كان الفسخ هو وسيلة لحل الرابطة التعاقدية كجزاء لإخلال الطرف الآخر بالتزاماته،[4] يكون لهذا الأخير الحق في طلبه أمام القاضي الإداري، الذي يدخل ضمن اختصاصه القضايا المتعلقة بالصفقات العمومية باعتبارها نوع من العقود الإدارية.[5]

إذا ينعقد الاختصاص القضائي للقضاء الكامل بالنظر في طلب المتعامل الاقتصادي بفسخ الصفقة العمومية، أي طلب بإزالة الرابطة التعاقدية ذلك أنه لا يستطيع أن يفسخها بإرادته المنفردة،[6] بل يتعين عليه أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم منه بذلك.[7]

---

[1]- عبد القادر محفوظ، مرجع سابق، ص163.

[2]- زينب سالم، مرجع سابق، ص133.

[3]- عبد القادر محفوظ، مرجع سابق، ص163.

[4]- د. ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص124.

[5]-Jean waline, droit administratif, édition Dalloz, 2014, p466.

[6]- زينب سالم، مرجع سابق، ص133.

[7]- د. ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 124، 125.

وبصدور الحكم القاضي بالفسخ فإن آثاره تمتد إلى تاريخ رفع الدعوى، كما يستحق بموجب الحكم، التعويض عما يغطي كافة ما لحق به من خسارة وما فاته من كسب.[1]

ب-شروط قبول دعوى الفسخ:

لا يمكن للمتعامل الاقتصادي اللجوء للمطالبة بفسخ الصفقة، إلا بتوافر وقيام شروط ذلك والمتمثلة أساسا في:[2]

1- أن يكون قد نفذ التزاماته أو مستعد لتنفيذها.

2- أن يكون قادرا على إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل إبرام الصفقة.

3- أن تكون المصلحة المتعاقدة قد أخلت بالتزاماتها وفقا لبنود الصفقة العمومية، وبتوفر هذه الشروط تبقى السلطة التقديرية للقاضي الإداري في النطق بالفسخ من عدمه.

أما في حالة القوة القاهرة وهي الحادث الذي يستحيل دفعه، ولا يرجع لإرادة أحد طرفي الصفقة سواء في حدوثه أو في توقعه، والذي يترتب عليه جعل التنفيذ مستحيلا،[3] يمكن للمتعامل الاقتصادي التحلل من التزاماته التعاقدية، ما سيؤدي حتما إلى فسخ الصفقة إذا كانت الاستحالة نهائية، وهو ما يعد فسخا بقوة القانون نتيجة صعوبات لا يمكن تجاوزها،[4] وعليه يحق له اللجوء إلى القضاء من أجل فسخ الصفقة، دون تعويضه عن الأضرار التي لحقت به.

الفرع الثاني

مسؤولية المصلحة المتعاقدة على أساس الخطأ العقدي

LIABILITY OF THE CONTRACTING AUTHORITY BASEDON CONTRACTUAL ERROR

إذا كانت المصلحة المتعاقدة تملك سلطة تعديل الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة فإن استعمالها لهذه المكنة مقيد بعدة ضوابط، حيث ينتج على مخالفتها لهذه الضوابط عدم مشروعية استعمالها لسلطة

[1]- د. محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص202.

[2]- زين العابدين بخوش، مرجع سابق، ص375.

[3]- زينب سالم، مرجع سابق، ص 63.

[4]-Frédéric Colin, op.cit, p217

التعديل، ويشكل خطأ عقديا يترتب عليه حق المتعامل الاقتصادي في المطالبة بالتعويض عما لحقه من أضرار.[1]

لذا سنتطرق في هذا المجال إلى معرفة المقصود بالخطأ العقدي وشروطه، وكذا الآثار المترتبة عن المسؤولية العقدية.

أولا- تعريف وشروط الخطأ العقدي:

إن الحديث عن مسؤولية المصلحة المتعاقدة على أساس الخطأ العقدي، يجرنا إلى القول والتسليم بعدم إمكانية هذه الأخيرة من تنفيذ الصفقة في حال عدم وجود رابطة عقدية، إذ الصفقة هي أساس هذه الأخيرة، ومنه فكل تقصير من المصلحة المتعاقدة في التزاماتها العقدية أو إساءة استعمال سلطتها المقررة لها يرتب لا محال مسؤولية هذه الأخيرة.[2] لذا سنتطرق فيما يلي إلى معرفة المقصود من الخطأ العقدي وشروطه.

أ-تعريف الخطأ العقدي:

يقصد بالخطأ العقدي:"عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه الناشئ عن العقد أو تأخره في الوفاء به"[3] أي عدم تنفيذ المصلحة المتعاقدة لالتزاماتها الناشئة عن تنفيذ الصفقة العمومية، مما يستوجب تعويض المتعاقد معها عما لحقه من ضرر.[4]

ب-شروط الخطأ العقدي:

لكي نكون أمام خطأ عقدي لابد من توافر عدة شروط تتمثل فيما يلي:[5]

1- أن يتحقق عدم تنفيذ الالتزام كليا أو جزئيا، أو التأخر في تنفيذه.

2- أن يكون الإخلال في تنفيذ الالتزام ناتجا عن خطأ المصلحة المتعاقدة.

3- أن يؤدي هذا الخطأ إلى الإضرار بالمتعامل الاقتصادي.

---

[1]- أ. محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص55.

[2]- زين العابدين بخوش، مرجع سابق، ص376.

[3]- حفيظة نقماري ، أحكام الخطأ وفقا للقانون الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2015-2016، ص76.

[4]- بشار رشيد حسين المزوري، المسؤولية التعاقدية للإدارة في تنفيذ العقود الإدارية -دراسة مقارنة- الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2018، ص26.

[5]- حفيظة نقماري، مرجع سابق، ص82.

ثانيا- الآثار المترتبة على المسؤولية العقدية:

يترتب على قيام المسؤولية العقدية للمصلحة المتعاقدة تعويض المتعامل الاقتصادي على الأضرار التي لحقت به، فطبقا للقواعد العامة للمتعامل الاقتصادي الحق في أن يتقاضى تعويضات، في حالة تسبب المصلحة المتعاقدة بإحداث ضرر به،[1] لاستعمالها غير المشروع لسلطتها في التعديل، فتحويلها لمضمون الصفقة العمومية أو الإخلال الفاحش بثمنها عند مراجعته في إطار ممارسة سلطة التعديل يرتب مسؤوليتها، بحكم أنه يمثل خروجا عن القواعد العامة، التي تسعى من خلالها لتحقيق الصالح العام.[2]

إن حق المتعامل الاقتصادي في التعويض العادل عن الأضرار التي تلحق بمركزه التعاقدي أو تقلب الظروف المالية للصفقة مشروط:[3]

أ- بأن يكون التعديل قد تم بالإرادة المنفردة للمصلحة المتعاقدة وحدها، توافقا مع مقتضيات المصلحة العامة، وسير المرفق العام.

ب- أن يكون للتعويض ما يبرره.

ج- أن يشمل التعويض ما لحق المتعامل الاقتصادي من خسارة تتمثل في المصروفات الفعلية التي أنفقها على الصفقة، وهذه تختلف حسب طبيعة التعديل ونتائجه.

د- أن يشمل التعويض ما فات المتعامل الاقتصادي من كسب على اعتبار أن من حقه التعويض عن أرباحه المشروعة، والتي لولاها لما أقدم على إبرام الصفقة مع المصلحة المتعاقدة.[4]

أما تعديل الصفقة بعد إبرامها بالاتفاق بين طرفيها، فلا يرتب لأي منهما مثل هذا الحق في التعويض، إلا بقدر ما يثمره اتفاقهما المشترك.

---

[1]- زينب سالم، مرجع سابق، ص53.

[2]- زين العابدين بخوش، مرجع سابق، ص385.

[3]- د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر،2000، ص131.

[4]- د. محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص176.

المبحث الثاني

سلطة إنهاء الصفقة العمومية

THE AUTHORITY TO END THE GENERAL TRANSATION

الأصل العام في الصفقات العمومية كغيرها من العقود الأخرى تنتهي بانتهاء المدة المحددة لها، أو بتنفيذها تنفيذا تاما، ومع ذلك واستثناءا على المبدأ ومراعاة للمصلحة العامة التي تقضي السير المنتظم للمرفق العام، يستوجب منح المصلحة المتعاقدة وفقا لسلطتها في استعمال امتياز التنفيذ المباشر،[1] الحق في إنهاء الصفقة العمومية قبل حلول أجلها[2] حتى وإن لم يصدر أي خطأ من جانب المتعاقد معها، ودون الرجوع إلى القضاء لتقريره، مادام الصالح العام يقتضي ذلك.[3]

إن سلطة إنهاء الصفقة العمومية ليست امتيازا بحد ذاته، وإنما منحت لها تحقيقاً للصالح العام، كما أنها ليست مطلقة، وإنما تمارس حسب ما يحقق الغاية التي منحت من أجلها، فالأمر يتعلق باتخاذ إجراء خطير دون وقوع خطأ من طرف المتعامل الاقتصادي، وعليه فهي تختلف عن باقي السلطات التي تمارسها لمواجهة إخلاله بالتزاماته التعاقدية.

لذا سنتطرق في هذا المجال إلى تبيان الإطار العام لممارسة سلطة إنهاء الصفقة العمومية، ثم إلى ضوابطها وأثارها.

المطلب الأول

الإطار العام لسلطة إنهاء الصفقة العمومية

THE GENERAL FRAMEWORK OF THE AUTHORITY TO END THE GENERAL TRANSACTION

تستطيع المصلحة المتعاقدة إنهاء الصفقة العمومية، دون وقوع أي خطأ من جانب المتعامل الاقتصادي، طالما أنها قدرت أن حاجة المصلحة العامة تتطلب ذلك، وعلى هذا الأساس، فإن سلطتها في ذلك تختلف عن قيامها بفسخ الصفقة، الذي يتم من جانبها كجزاء على ارتكاب المتعامل الاقتصادي لخطأ في تنفيذ الصفقة.[4]

---

[1]– خلاف بيو، مرجع سابق، ص440.

[2]– د. نصري منصور نابلسي،مرجع سابق، ص361.

[3]– أ. محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص72.

[4]– د. عبد الغني بسيوني عبد الله،القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1991، ص558،559.

من هذا المنطلق ارتأينا أن نتطرق أولا إلى أهداف سلطة إنهاء الصفقة العمومية ثم إلى أسسها.

الفرع الأول

أهداف سلطة إنهاء الصفقة العمومية

THE OBJECTIVES OF THE AUTHORITY TO END THE GENERAL TRANSACTION

سلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء الصفقة العمومية من جانبها وحدها، هي من أبرز الخصائص التي تميز الصفقة العمومية عن العقد المدني، فأحكام هذا الأخير تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين؛ فلا يجوز نقضه أو تعديله إلاّ باتفاق الطرفين، بينما في الصفقات العمومية، يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تنهي الصفقة بإجراء صادر من جانبها وحدها إذا رأت أن مقتضيات المرفق العام تستدعي ذلك.[1]

تصدر المصلحة المتعاقدة قرارها بإنهاء الصفقة العمومية في حالتين: تتعلق الأولى بمتطلبات المرفق العام ومقتضيات الحفاظ على الصالح العام، وهي الحالة التي يتخذ فيها القرار دون أن يكون للمتعامل الاقتصادي علاقة مباشرة بذلك، وحالة ثانية للإنهاء وهو ما يصطلح عليه بفسخ الصفقة العمومية والتي تندرج ضمن الجزاءات المفروضة على المتعامل الاقتصادي كجزاء لإخلاله بالتزاماته التعاقدية، وهو ما تطرقنا إليه في عنصر الجزاءات، ولكن لتوضيح الفرق بين كلتا السلطتين ارتأينا أن يتضمن هذا الفرع عنصرا أولا يتعلق بإنهاء المصلحة المتعاقدة للصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة، وعنصرا ثانيا ميّزنا من خلاله بينها وبين سلطة فسخ الصفقة العمومية.

أولا–سلطة إنهاء الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة:

تنهي المصلحة المتعاقدة الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة في حالات معينة وبكيفية محددة.

أ–حالات إنهاء الصفقة لدواعي المصلحة العامة:

المصلحة المتعاقدة باعتبارها هي المسؤولة عن حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد، على النحو الذي يكفل دوام تحقيق الصالح العام ويواكب تطوراته، يحق لها إنهاء الصفقة بإرادتها المنفردة لاعتبارات الصالح العام، بالرغم من عدم وقوع خطأ أو تقصير من المتعامل الاقتصادي في الحالات الآتية:[2]

---

[1]– د. حمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص206.

[2]– د. هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص73.

1-عدم جدوى الاستمرار في تسيير أحد المرافق العامة بشكل معين.

2- عدم الإبقاء على الصفقة بعد أن أصبحت في مرحلة معينة غير متلائمة مع احتياجات المرفق العام.

3-عندما يكون الاستمرار في تنفيذها يمثل تبديداً للأموال العامة.

ب-كيفية إنهاء الصفقة لدواعي المصلحة العامة:

تملك المصلحة المتعاقدة إمكانية إنهاء الصفقة العمومية بقرار إنفرادي من جانبها، في أيّ وقت تشاء، قبل استكمال تنفيذ الالتزامات التي تشكل موضوعها، ولو لم يرتكب المتعاقد معها أيّ خطأ يستوجب إنهاءها، متى ارتأت أن الصفقة أصبحت لا تتلاءم أو غير متكيّفة مع احتياجات المرفق العام،[1] حيث منحت لها سلطة التخلص من عبء الصفقات التي أبرمتها وأصبحت غير مجدية أو لا تحقق الأهداف المبتغاة منها،[2] وأساس هذه السلطة، هو نفس الأساس الذي يسمح لها بتعديل شروط الصفقة.[3]

ثانيا- التمييز بين سلطة إنهاء الصفقة وفسخها الجزئي:

إذا كان قرار إنهاء الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة تتخذه المصلحة المتعاقدة دون وقوع خطأ من طرف المتعاقد معها، فإنه وعلى العكس من ذلك، إذا قدرت بأن المتعامل الاقتصادي قد أخل بالتزاماته التعاقدية إخلالا جسيما بسبب تقصيره عمداً أو نتيجة إهماله، وأصبح التعامل معه في ظل سلوكه من شأنه عرقلة حسن سير المرفق العام تقوم بفسخ الصفقة،[4] ففسخ الصفقة العمومية يختلف عن إنهائها، إذ يعتبر الفسخ من أخطر الجزاءات التي يفقد معها المتعامل الاقتصادي كل حقوقه المستمدة من الصفقة، بما في ذلك ضياع التأمين الذي دفعه.[5]

---

[1]- خلاف بيو، مرجع سابق، ص440.

[2]- د. محمد عبد الوهاب، "الإنهاء الانفرادي للصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة في ظل أحكام المرسوم الرئاسي 247/15"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية،العدد9، جامعة زيان عاشور، الجلفة، ص541.

[3]- محمد أمين عثماني، سلطة الإدارة المنفردة في إنهاء العقد الإداري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور الطاهر مولاي، سعيدة،2015-2016، ص10.

[4]- د. حمد محمود حمد الشلماني، مرجع سابق، ص207.

[5]- أ. محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص70.

مما سبق يتبين لنا بأن للمصلحة المتعاقدة امتيازين فيما يخص إلغاء الصفقة العمومية، ويتعلق الأمر بالإنهاء لدواعي المصلحة العامة،أو الفسخ نتيجة خطأ المتعامل الاقتصادي، ولقد عبر المشرع الجزائري على إنهاء الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة، بإمكانية قيام المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، عندما يكون مبررا بسبب المصلحة العامة، وذلك دون ارتكاب خطأ من طرف المتعامل الاقتصادي.[1]

الفرع الثاني

أسس سلطة إنهاء الصفقة العمومية

HE ESTABLISHED THE AUTHORITY TO END THE GENEREL DEAL

قد تنص الصفقة أو القانون واللوائح على حق المصلحة المتعاقدة في إنهاء صفقاتها إنهاء انفراديا لدواعي المصلحة العامة، وفي هذه الحالة تطبق القواعد العامة الواردة في الصفقة أو بنص القانون، وقد لا تنص لا الصفقة ولا القانون على مثل هذا الحق، عندئذ نكون بصدد سلطة الإنهاء بمعناها الحقيقي باعتبارها من أهم خصائص الصفقات العمومية.[2]

وعليه، لا يشترط في سلطة الإنهاء أن يكون منصوصا عليها صراحة في الصفقة باعتبارها حقاً أصيلا مقررا لها حماية للمصلحة العامة، وإضافة إلى ذلك فالمصلحة المتعاقدة لا تمتلك التنازل عن هذا الحق في الصفقة، ويقع باطلا كل شرط يعفيها من استعماله.[3]

لقد اختلف الفقهاء في تحديد الأساس القانوني لسلطة إنهاء الصفقة العمومية، وعلى العموم يمكن حصر وجهات النظر في ثلاث اتجاهات حيث يقوم الأول على مقتضيات الصالح العام واحتياجات المرفق العام، واتجاه ثان قائم على امتيازات السلطة العامة، واتجاه ثالث توفيقي بين الاتجاهين السابقين يجمع بين فكرة الصالح العام وبين امتيازات السلطة العامة.

أولا-أساس الصالح العام واحتياجات المرفق العام:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن سلطة إنهاء الصفقة العمومية تقوم على أساس الصالح العام، واحتياجات المرفق العام، حيث تبرز من خلاله آليات القانون العام أكثر وبشكل جلي، فالمتعامل

[1]-المادة 150 من الرسوم الرئاسي 15-247 .

[2]- د. حمد محمد الشلماني، مرجع سابق، ص229.

[3]- أ. محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص73.

الاقتصادي لم يصدر عنه أي خطأ أو تقصير ثابت، وأنجز كل ما هو مطلوب منه، ومع ذلك لجأت المصلحة المتعاقدة لإنهاء الرابطة التعاقدية، ووضع حدّ للصفقة العمومية ونهاية لها بعنوان مقتضيات المصلحة العامة.[1]

إن هذا الاتجاه هو الذي سار عليه أغلب فقهاء القانون الإداري في الجزائر، والذين يقرون للمصلحة المتعاقدة بإمكانية فكّ الرابطة التعاقدية نهائياً لضرورات المصلحة العامة.[2]

أ-حجج أنصار الاتجاه القائم على الصالح العام واحتياجات المرفق العام:

يستند أصحاب هذا الاتجاه في تدعيم موقفهم لجملة من الحجج يمكن اختصارها فيما يلي:

1- أن مصلحة المرفق العام التي ترتكز عليه الصفقة، هي التي تبرر إنهائها، بحيث تصبح غير مفيدة للمرفق العام، أو تشكل عبئا ثقيلا عليه، إذ أن سلطة الإنهاء الانفرادي للصفقة العمومية المعترف بها للمصلحة المتعاقدة تعتبر قاعدة ناتجة عن احتياجات المرافق العامة وعن المصلحة المالية للدولة.[3]

2- أن حق المصلحة المتعاقدة في إنهاء الصفقة، تتم بإجراء صادر من جانبها، لأن مقتضيات المرفق العام تستدعي ذلك كأن تقرر أن تنفيذ الصفقة أصبح غير ضروري للمصلحة العامة، أو أنه غير متفق مع حاجات المرفق العام.[4]

3- أن سلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء الصفقة العمومية دون خطأ المتعامل الاقتصادي تجد تبريرها في ضرورة توافق العمل الإداري مع الظروف القابلة للتطور، فهي بموجب هذه السلطة تستطيع دائما أن تنهي الصفقات التي أبرمتها عندما تتطلب المصلحة العامة ذلك، ولا يجب إلزامها بالاستمرار في صفقة اتضح عدم فائدتها أو أنها لم تعد مطابقة

[1]- د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 35.

[2]- حسينة طبيش، سلطات الإدارة في العقد الإداري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2015-2016، ص87.

[3]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص364.

[4]- د. حمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص236، 237.

لسياستها الحالية،[1] كأن يكون العمل المطلوب تنفيذه غير ذي فائدة لها ولنفع العام، أو أنها قد تتحمل ضررا كبيرا من الناحية الاقتصادية والفنية إذا أنجزت العمل.[2]

4- أن المصلحة العامة المجسدة في توفير احتياجات المرافق العامة وضمان سيرها بصورة طبيعية ومنتظمة، هي الباعث الحقيقي للتعاقد واستمراره وتعديله وإنهائه، ومن غير المعقول أن تستمر المصلحة المتعاقدة في تسيير مرفق عام أصبح غير مفيد، أو أن تبقى على صفقة لم تعد تتلاءم مع احتياجات المرفق العام، أو أن تستمر في استلام توريدات لم تعد تحتاج إليها.[3]

5- أن إنهاء الصفقة العمومية يشبه في هذه الحالة إلغاء إجراء الصفقة العمومية أو إلغاء المنح المؤقت لدواعي الصالح العام، هذا الأخير الذي يعدّ العنصر المحرك لكل نشاط إداري،[4] وذلك إعمالا لمبدأ التكيف الذي يسري على المرافق العامة.[5]

6- اعتراف القضاء الإداري للمصلحة المتعاقدة بسلطة إنهاء صفقة الأشغال العامة، ليس استنادا إلى سلطتها العامة في إنهاء الصفقات العمومية، ولكن لاعتبارات المصلحة العامة، وكون تنفيذ الصفقة أصبح غير ضروري،[6] وهو ما يوجب ضرورة أن تستند في إنهائها للصفقة على باعث المصلحة العامة، وإلاّ كان الإنهاء تعسفياً أو ليس له ما يبرره.[7]

ب-الانتقادات الموجهة لأنصار هذا الاتجاه:

تعرض أنصار هذا الاتجاه لعدة انتقادات تتجلى في:

1- لا يمكن إسناد سلطة المصلحة المتعاقدة في الإنهاء لفكرة المصلحة العامة بالنظر لما يحمله هذا المصطلح من شمولية وإطلاق ومرونة كبيرة.[8]

---

[1]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص364.

[2]- إيمان حزماني، مرجع سابق، ص41.

[3]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص364،365 .

[4]- د. عمّار بوضياف، مرجع سابق، ص34،35 .

[5]- خلاف بيو، مرجع سابق، ص456.

[6]- د. حمد محمد الشلماني، مرجع سابق، ص240.

[7]- أ. محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص74.

[8]- د. عمّار بوضياف، مرجع سابق، ص35.

2- أن فكرة الصالح العام أو مقتضيات المرفق العام تصلح شرطا لممارسة هذه السلطة أكثر منها أساسا قانونيا لها.[1]

3- إن مرونة واتساع مفهوم المصلحة العامة وعدم وجود معيار يضبط هذا الاصطلاح رغم كثرة استعماله وشيوعه، من شأنه أن يعطي للمصلحة المتعاقدة حرية مطلقة في إنهاء الصفقة.[2]

ثانيا- أساس السلطة العامة:

يقصد بالسلطة العامة كأساس قانوني لسلطة الإنهاء الانفرادي، هو أن تطبق المصلحة المتعاقدة قواعد قانونية خاصة ومتميزة عن تلك المطبقة على الأفراد، الذين يرغبون في التعاقد معها هذا من جانب، وأن تتمتع بامتيازات معينة مقارنة بما هو عليه الحال بالنسبة للأفراد من جانب آخر.[3]

أ-حجج أنصار الاتجاه القائم على أساس فكرة السلطة العامة:

يدعم أصحاب هذا الاتجاه موقفهم بجملة من الحجج تتمثل فيما يلي:

1-إن السلطة التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في إنهاء الصفقات العمومية، إنما تقوم على الامتيازات الاستثنائية للإدارة العامة، والتي من بينها سلطتها في إنهاء الصفقة العمومية، وهي النتيجة الطبيعية والمنطقية لنظام السلطة العامة، استقلالا عن اشتراطات أطراف الصفقة.[4]

2-أن سلطة الإنهاء دون خطأ من المتعامل الاقتصادي هي نظام من أنظمة السلطة العامة، فقرار إنهاء الصفقة العمومية يقوم على فكرة السلطة العامة، أكثر من قيامها على فكرة الصالح العام ومقتضيات المرافق العامة، وذلك لأنها تمارسها عن طريق استعمالها لامتيازاتها في إصدار القرار وفي التنفيذ المباشر.[5]

---

[1]- د. حمد محمد حمد الشلماني، مرجع ساق، ص231.

[2]- حسينة طبيش، مرجع سابق، ص87.

[3]- سميرة جرار، فسخ الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي 247/15، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2018-2019، ص19.

[4]- د. حمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص237.

[5]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص367.

3-إن المصلحة المتعاقدة تملك دائما حصانات وامتيازات واختصاصات سيادية عامة، لا يمكنها أن تتنازل عنها أو تتصرف فيها تعاقديا، فهي عندما تبرم صفقة بقصد استغلال مرفق عام؛ فإنها تحتفظ دائما بكل المسؤولية والسلطة الأساسية المقابلة لها في تنظيم وتسيير هذا المرفق العام.[1]

4-أن المصلحة المتعاقدة تمارس سلطتها في مجال الصفقات العمومية عن طريق استعمال امتيازها في إصدار القرار التنفيذي، وفي التنفيذ المباشر.[2]

5-إن الامتيازات الاستثنائية التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة إنما تقوم على أساس السلطة العامة التي تخولها إمكانية إنهاء الصفقة العمومية، وهو ما يميز المصلحة المتعاقدة عن أشخاص القانون الخاص.[3]

ب-الانتقادات الموجهة لأنصار هذا الاتجاه:

تعرض أنصار هذا الاتجاه لعدة انتقادات تتجلى فيما يلي:

1- إن إسناد سلطة إنهاء الصفقة العمومية على أساس فكرة السلطة العامة لوحدها يؤدي في كثير من الأحيان إلى تعسف المصلحة المتعاقدة في استعمالها.[4]

2- أن أساس السلطة العامة لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يكون هو الوحيد لممارسة المصلحة المتعاقدة سلطتها بإنهاء الصفقة العمومية، طالما أن المصلحة العامة لا تستدعي ذلك، فإذا تعارض الإنهاء مع هذه الأخيرة يبقى المتعامل الاقتصادي ملزما بالعقد.[5]

ثالثا-أساس الصالح العام وامتيازات السلطة العامة:

يرى أصحاب هذا الرأي إلى أن سلطة إنهاء الصفقة، تقوم على أساس مزدوج بين فكرة الصالح العام وتحقيق مقتضيات المرافق العامة، وبين امتيازات السلطة العامة، ويستندون في ذلك للحجج التالية:

---

[1] – خلاف بيو، مرجع سابق، ص 457.

[2] – د. حمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص230.

[3]-Yves jegouzo, annales droit administratif –méthodologie et sujets corrigés-, Dalloz,2017, P112 .

[4]– د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص367.

[5]- Mathilde peraldi, article sur la résiliation d'un marché public, 2015, Disponible sur le sitwww.peraldi-avocat.fr, Montrez- le 09-06-2020, à l'heure 20 :30.

أ- حجج أنصار فكرة الصالح العام وامتيازات السلطة العامة:

1- أن سلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء الصفقة العمومية، إنما تستند إلى امتيازات القانون العام التي تحتفظ بها في الصفقة،[1] إلى جانب فكرة الاحتياجات الخاصة بالمرفق العام، فهي بحكم رسالتها في حماية المصلحة العامة وحسن سير المرافق العامة، وبمقتضى السلطة العامة التي تتمتع بها، تستطيع أن تنهي من جانب واحد الصفقات التي هي طرف فيها، ولو لم يُجز لها ذلك أي شرط تعاقدي، وبذلك فإن سلطة إنهاء الصفقة العمومية من جانب واحد ولدواعي المصلحة العامة تقوم على أساس قانوني مزدوج.[2]

2- أن الأساس القانوني لسلطة إنهاء الصفقة العمومية تقوم على أساس فكرة المصلحة العامة وسير المرافق العامة بانتظام، لأنّه حتى في حال الأخذ بفكرة امتياز السلطة العامة، فإن إنهاء الصفقة طبقا لهذه الفكرة، يجب تقييده أيضا بالمصلحة العامة وحاجات المرفق العام، فالمنبت والأساس هو المصلحة العامة، والوسيلة في ذلك هو السلطة العامة وامتيازات القانون العام التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة.[3]

ب-الانتقادات الموجهة لأنصار هذا الاتجاه:

أبرز الانتقادات الموجهة لأنصار هذا الاتجاه تتمثل فيما يلي:

1-أن جانب السلطة العامة في ممارسة الإنهاء يكون أكثر ظهورا من قيامها على فكرة الصالح العام ومقتضيات المرافق العامة.[4]

2-أن المصلحة العامة تعتبر الغاية التي تسعى المصلحة المتعاقدة لتحقيقها، ووسيلتها في ذلك هي تلك الامتيازات الممنوحة لها من طرف المشرع على بموجب معيار السلطة العامة.[5]

وعلى العموم، وبالرغم من الاختلافات الفقهية يمكن القول أن سلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء الصفقة العمومية باتت من الأمور المسلم بها أثناء تنفيذ الصفقة، والتي بات بالإمكان استعمالها حتى وإن

---

[1]- د. حمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص237.

[2]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص368.

[3]- المرجع نفسه، ص369.

[4]- د. حمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص231.

[5] - خلاف بيو، مرجع سابق، ص 463، 464.

خلت نصوص الصفقة على تضمينها.[1] فهو حق أصيل مقرر لها حتى ولو لم ينص عليه صراحة في الصفقة، بل حتى لو أن هناك نصا يستبعد حق الإنهاء في الصفقة كان هذا النص باطلا، لأنها هي التي تقرر استعمال حقها في الإنهاء.[2]

المطلب الثاني

ضوابط وآثار سلطة إنهاء الصفقة العمومية

CONTROLS AND EFFECTS OF THE PUBLIC DEAL TERMINATION

إن سلطة إنهاء الصفقة العمومية ليست مطلقة بل تمارسها المصلحة المتعاقدة ضمن ضوابط وحدود، كما أن ممارسة هذه السلطة يترتب عليها العديد من الآثار، لذا سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى توضيح الضوابط المقررة لممارسة هذه السلطة من جهة، والآثار المترتبة عنها من جهة أخرى.

الفرع الأول

ضوابط سلطة إنهاء الصفقة العمومية

CONTROLS OF THE AUTHORITY TO END THE GENERAL DEAL

تتمتع المصلحة المتعاقدة بحق إنهاء الصفقة بناء على سلطتها التقديرية، متى قدرت أن الصالح العام يقتضي ذلك، حتى في حالة عدم النص على ذلك في صلب الصفقة، وحتى لو لم يقع خطأ من جانب المتعامل الاقتصادي، فإن سلطتها التقديرية في ذلك مناطها عدم الانحراف بالسلطة.[3]

وعليه، فرغم أن للمصلحة المتعاقدة السلطة التقديرية، إلا أنه لا يجوز أن تكون تحكمية، حيث تخضع في استعمالها لعدّة قيود الغرض منها الحيلولة دون العصف بحقوق المتعامل الاقتصادي تحت ستار استعمالها لهذه السلطة.[4]

كما أجمع الفقه في الجزائر أو حتى الفقه المقارن، على ضرورة قيام سبب من الأسباب التي تتعلق بالمصلحة العامة، لكي تتمكن المصلحة المتعاقدة من ممارسة سلطة الإنهاء، حيث لا يكون الإنهاء

---

[1]– عبد الحليم مجدوب، "سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ص264.

[2]– محمد أمين عثماني، مرجع سابق، ص10.

[3]– د. مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص211.

[4]– د. حمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص232.

شرعيا إلاّ إذا اعتمد على مصلحة جماعية وعدم توفر هذا الشرط يجعل من الإنهاء تعسفا وغير مبرر.[1] وبناءا عليه، يمكن القول بأن سلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء الصفقة العمومية من جانب واحد، ودون خطأ من المتعامل الاقتصادي ليست مطلقة تستعملها دون قيد أو شرط، بل تخضع لضوابط تمارس في إطارها،[2] ويتعلق الأمر بشرطين جوهريين وهما وجوب توافر شرط المصلحة العامة، وصدور قرار الإنهاء في حدود القواعد العامة للمشروعية.

أولا- شرط المصلحة العامة:

إن المصلحة العامة تختلف عن المصلحة الخاصة، فالأولى تعني التأسيس والتنظيم، بينما تعني الثانية الربح والبحث عن مكاسب شخصية، لذلك فإن المصلحة العامة هي من اختصاص المصلحة المتعاقدة وحدها، وهي المحرك الأساسي لنشاطها وسبب وجودها وسرّ امتيازاتها، إذ أن المشرع لا يعترف لها بامتيازات السلطة العامة إلاّ من أجل تلبية الحاجيات العامة للمواطنين.[3]

أ- المقصود بالمصلحة العامة:

يقصد بالمصلحة العامة في هذا الصدد مصلحة المرفق العام والتجاوب مع حاجاته ومقوماته وما يصلح من شأنه، وليس مجرد الحصول على مقابل مالي أكبر مما يدفعه المتعامل الاقتصادي عن طريق التعاقد مع شخص آخر بعد إنهاء الصفقة الأول بإرادتها المنفردة، فالعلاقة بين طرفي الصفقة أيا كان نوعها يجب أن تقوم على أساس من الثقة المتبادلة بين أطرافها، وحسن النية في التعامل والتعاون الصادق في تنفيذ أهدافها.[4]

ب- شروط تحقق المصلحة العامة:

يشترط أن يقوم دافع المصلحة المتعاقدة في إنهاء الصفقة العمومية قبل حلول آجال انتهائها، على سبب من الأسباب التي تتعلق بالصالح العام وضرورات سير المرفق العام بانتظام واطراد، فالمصلحة العامة في العمل الإداري تتمثل في الباعث والغاية، واستهداف

[1]- حسينة طبيش، مرجع سابق، ص86.

[2]- أ. محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص181.

[3]- خلاف بيو، مرجع سابق، ص 463،464 .

[4]- أ. محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص181.

المصلحة العامة هو شرط موضوعي لمشروعية العمل الإداري، حيث أن المصلحة المتعاقدة لا تعمل إلاّ في ضوء المصلحة العامة وحدها، وإلاّ شاب قرارها عيب الانحراف بالسلطة.[1]

لم يقرر القانون العام إعطاء المصلحة المتعاقدة السلطات والامتيازات التي تتمتع بها، إلاّ باعتبارها وسائل تساعدها على تحقيق الغاية الأساسية التي تسعى إليها وهي المصلحة العامة، وإلاّ كان قرارها مشوبا بعيب إساءة استعمال السلطة،[2] وفي هذا الصدد وجب التطرق إلى ضرورة احترام قاعدة تخصيص الأهداف فالمشرع قد يحدد للمصلحة المتعاقدة هدفا خاصا يتعين عليها استهدافه عند اتخاذ قراراتها، بحيث تصبح هذه القرارات معيبة بإساءة استعمال السلطة إذا خالفت الهدف المحدد لها، حتى وان تذرعت باستهداف المصلحة العامة، بحيث يخصص لها هدف معيّن يجعله نطاقا لعمل إداري معين دون الاكتفاء بتحقيق المصلحة العامة في نطاقها الواسع.[3]

وعليه، لا يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تنهي صفقاتها العمومية بإرادتها المنفردة، إلاّ لأسباب يقتضيها الصالح العام، بحيث يكون معها استمرار صفقة غير متلائمة مع مقتضيات الصالح العام ومع احتياجات المرفق العام، وإلاّ اعتبر إنهاء الصفقة من طرفها متسما بالتعسف.[4]

ج- حالات توفر وعدم توفر شرط المصلحة العامة:

إن حق المصلحة المتعاقدة في إنهاء الصفقة العمومية، لا يجوز أن يؤخذ على إطلاقه أو تفسيره تفسيراً واسعا، على وجه يسمح لها أن تهدد الصفقات المبرمة معها والسار تنفيذها، إلا في حالة ما إذا كانت الصفقة في إطار الخسارة المالية، فهنا تسعى للتخفيف عن كاهل الخزينة العامة وأموال الدولة، وهو ما يحقق حتمًا المصلحة العامة.[5] لكن الواقع العملي أثبت في كثير من الأحيان أن المصلحة المتعاقدة قد تتذرع في إنهائها لمشاريع حيوية بحجة عدم منحها إعتمادات مالية، وأن إنهائها من شأنه تحقيق المصلحة العامة علما أن إبرام

[1]- خلاف بيو، مرجع سابق، ص463.

[2]- ياسر عمار جابر، مرجع سابق، ص168.

[3]- د. عبد الغني بسيوني عبد الله، مرجع سابق، ص489، 490.

[4]- د. حمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص233.

[5]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص393، 394.

الصفقة العمومية يستوجب توفير غلاف مالي كاف مسبقا، وهو ما يجعل مثل هذه الحجج تبتعد عن شرط المصلحة العامة وفي هذا السياق جاء قرار مجلس الدولة الجزائري[1] الصادر بتاريخ2005/07/12 الذي جاء فيه: " حيث أنه وفيما يتعلق بالعجز المالي فإنه لا يمكن للمستأنف التمسك بهذا الوجه ذلك لأنه وعملا بأحكام المادة 58 من القانون رقم 21/90 المؤرخ في 1990/08/15 المتعلق بالمحاسبة العمومية والمواد 05، 06، 07، 09 من المرسوم التنفيذي 414/92 المؤرخ في 1992/11/14 والمتعلق بالرقابة السابقة للنفقات الموظفة فإنه لا يمكن للبلدية الالتزام بأشغال دون أن تتوفر على القروض الضرورية لذلك"

من هذا المنطلق وجب علينا التطرق لبعض الحالات التي تحقق المصلحة العامة ولبعض الحالات التي لا تحققها:

1- الحالات التي توفر شرط المصلحة العامة:

هناك بعض الحالات والتي استقر القضاء الإداري، وخاصة الفرنسي على أنها تحقق شرط المصلحة العامة تتمثل فيما يلي:

1.1-انتهاء احتياجات المرفق العام التي أبرمت الصفقة العمومية من أجل توفيرها، حيث تعتبر هذه الحالة من أكثر الحالات شيوعا من الناحية العملية، فإذا زال الغرض الذي تعاقدت المصلحة المتعاقدة من أجله تصبح الصفقة غير ذي فائدة للصالح العام.[2]

2.1-إلغاء المرفق العام الذي أبرمت الصفقة من أجل تسييره أو إعادة تنظيم هذا مع المرفق بما يتلاءم مع التطورات العالمية الحديثة، ويتعلق الأمر هنا بإلغاء نظام سابق، وإقامة قواعد جديدة في تسيير المرفق العام.[3]

3.1-إنهاء الصفقة بسبب التعديلات في احتياجات وطريقة سير المرفق العام محل الصفقة (أنظر الملحق رقم 03).[4]

---

[1]- مجلس الدولة، الغرفة الأولى، القرار رقم2089، المؤرخ في 2005/07/12، منشور، رشيد خلوفي، مرجع سابق، الجزء3، 2013، ص1396.

[2]- د. نصر منصور نابلسي، مرجع ساق، ص388،389.

[3]- خلاف بيو، مرجع سابق، ص467.

[4]- د. نصر منصور نابلسي، مرجع ساق، ص389.

4.1-إنهاء الصفقة بسبب تغير الظروف الاقتصادية، حيث يدخل في هذا الإطار تغير الوسائل المستخدمة في تسيير المرفق العام، بما تناسب والتطورات الاقتصادية الجديدة.[1]

5.1-إنهاء الصفقة بسبب الصعوبات التي تواجه المتعامل الاقتصادي في تنفيذه.[2]

2-الحالات التي ينتفي فيها شرط المصلحة العامة:

هناك حالات لا يتوفر شرط المصلحة العامة فيها، وبالتالي لا تستطيع المصلحة المتعاقدة أن تتخذها كمبرر لإنهاء الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة، لا سيما:

1.2-الإنهاء لأسباب ذات طابع سياسي، كأن تسند الإدارة قرارها على أسباب تتعلق بالنشاط السياسي أو النقابي للمتعامل الاقتصادي، أي على أسباب أجنبية عن مصلحة المرفق العام. [3]

2.2-الإنهاء لأسباب تتعلق بحرية العقيدة الدينية. [4]

3.2-الإنهاء من أجل تحقيق مصلحة مالية بحتة للإدارة،[5] كأن تنهي المصلحة المتعاقدة الصفقة العمومية مع المتعاقد معها لتبرمها مع متعامل اقتصادي آخر، مبررة ذلك بتقديمه لعرض مالي أفضل.

4.2-إنهاء الصفقة لأسباب شخصية أو تحكمية، ويحدث ذلك عندما ترغب المصلحة المتعاقدة في الانتقام الشخصي أو لضغينة ما.[6]

ثانيا- صدور قرار الإنهاء في حدود القواعد العامة للمشروعية:

تتجسد صحة القرار الإداري في خمسة أركان أو عناصر أساسية سواء من الناحية الخارجية (الاختصاص، الشكل والإجراءات)، أو من الناحية الداخلية (السبب، المحل، الغاية)،[7] حيث يجب على

---

[1]- خلاف بيو، مرجع سابق، ص467.

[2]- أ. محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص184.

[3]- د. حمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص 247،249.

[4]- المرجع نفسه، ص249.

[5]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 392.

[6]- أحمد محيو، مرجع سابق، ص192.

[7]- د. عبد الغني بسيوني عبد الله، مرجع سابق، ص472.

المصلحة المتعاقدة عندما تقوم بإنهاء الصفقات العمومية بإرادتها المنفردة أن تراعي جميع الإجراءات المنصوص عليها في الصفقة أو في القوانين واللوائح وإلا كان قرارها غير مشروع.[1]

وعليه، وحتى لا يشوب قرار الإنهاء عيب الانحراف بالسلطة يجب أن يصدر عن السلطة المختصة، إضافة إلى تسبيبه.

أ- صدور قرار الإنهاء من طرف المصلحة المختصة:

حتى يكون القرار صحيحا ومشروعاً لابدّ أن يصدر ممن يملك الاختصاص بإصداره من أعضاء السلطة الإدارية، حيث يعتبر عيب عدم الاختصاص أول العيوب التي أخذ بها مجلس الدولة الفرنسي للطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المشوبة به، لما لفكرة الاختصاص من أهمية كبيرة، ولوضوح بطلان القرار عند صدوره ممن لا يملك الاختصاص بذلك.[2]

حيث أن مشروعية القرار الإداري تقتضي أن يصدر عن المختص بإصداره، والسلطة المختصة بإنهاء الصفقة العمومية هي ذاتها المختصة بإبرامها، ما لم يرد نص في الصفقة يحدد سلطة أخرى ينعقد إليها الاختصاص بإنهائها.[3]

لذلك فإن صدور مثل هذه القرارات من شخص إداري آخر غير الذي خوله القانون أو الصفقة ذاتها يعد انتهاكا لعنصر الاختصاص الذي يعتبر من النظام العام، حيث لا يجوز الاتفاق على مخالفته وللقاضي أن يتصدى من تلقاء نفسه بإثارة هذا العيب، وفحصه دون اشتراط طلب المتعامل الاقتصادي لذلك،[4] إلا أن للمصلحة المتعاقدة لها أن تخالف قواعد الاختصاص في حالة واحدة، تتمثل في الظروف الاستثنائية عند توافر شروطها.[5]

---

[1]- أ. محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص184.

[2]- د. عبد الغني بسيوني عبد الله، مرجع سابق، ص469.

[3]- أ. محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص184.

[4]- خلاف بيو، مرجع سابق، ص468،469.

[5]- د. عبد الغني بسيوني عبد الله، مرجع سابق، ص464.

ب- ضرورة تسبيب قرار الإنهاء:

الأصل أن المصلحة المتعاقدة غير ملزمة بتسبيب قرارها بإنهاء الصفقة بإرادتها المنفردة، إذ يفترض دائما بأنه قد بني على سبب صحيح، وهو دواعي المصلحة العامة، تماشيا مع مبدأ حسن النية المفترض بين طرفي الصفقة.[1]

ففي الجزائر المصلحة المتعاقدة ليست ملزمة بإعطاء أسباب لقرارها، وتجعل بذلك من الصعب على الطاعن والقاضي معرفتها، وفي هذا السياق كرس قرار[2] المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 11 جوان 1956 هذا المبدأ حيث جاء فيه:" ليس على الإدارة أي التزام بالرد على الطلبات التي قدمت إليها، ولا ملزمة حتى في هذه الحالة بأن تسبب قراراتها".

ممّا تقدم، يتضح أن المصلحة المتعاقدة لا يجوز لها إنهاء الصفقة العمومية، إلّا لأسباب لها علاقة بالصالح العام،[3] وأن هكذا قرار يعتبر مشوبا بعدم المشروعية إذا صدر عن سلطة غير مختصة، أو حتى في حالة إصداره عن سلطة مختصة، دون مراعاة الإجراءات والشكليات المنصوص عليها في الصفقة أو في القوانين واللوائح، كما أن القرار يكون بلا مبرر، إذا كان مشوبا بأحد العيوب الموضوعية التي تبطل القرارات الإدارية الصادرة بناءا على سلطة تقديرية كالغلط في الوقائع، أو إذا سببت المصلحة المتعاقدة قرارها بإنهاء الصفقة تسبيبا معيبا.[4]

الفرع الثاني

الآثار المترتبة على إنهاء الصفقة العمومية

THE EFFECTS OF ENDING THE GENERAL DEAL

تقضي القواعد العامة بأن الصفقة العمومية شأنها شأن أيّ عقد آخر وليد إرادة الطرفين، ويكون ملزما بالنسبة لهما، فلا يستطيع أي منهما أن يتحلل من التزاماته،[5] إلاّ إذا أصبح التنفيذ مستحيلا، فما إن تبلورت نظرية العقود الإدارية، واتضحت معالمها، وتقررت

---

[1]- أحمد محيو، مرجع سابق، ص 196.

[2]- المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، الصادر بتاريخ 11 جوان 1956، منشور، أحمد محيو، مرجع سابق، ص195،196.

[3]- أ. محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص186.

[4]- د. حمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص250.

[5]- ياسر عمار جابر، مرجع سابق، ص165.

سلطات استثنائية للمصلحة المتعاقدة، من تعديل في التزامات الصفقة وأحكامها، بل وحتى في إنهائها بإرادتها المنفردة، حتى أصبح من الطبيعي، بل من الواجب أن يتقرر للمتعامل الاقتصادي حق مقابل لامتيازاتها وسلطاتها المتعددة،[1] باعتبار أن إنهاء الصفقة العمومية من دون خطأ المتعامل الاقتصادي، وقبل نهاية مدّتها الطبيعية، يحرم هذا الأخير من المزايا المالية المتوقعة، إذا نفذ الصفقة بالكامل، لذلك حرص القضاء على إقامة نظام المسؤولية التعاقدية بدون خطأ على عاتق المصلحة المتعاقدة.[2]

وعليه يترتب على إنهاء الصفقة العمومية بالإرادة المنفردة، ودون خطأ من المتعامل الاقتصادي، لدواعي المصلحة العامة نتيجتين رئيسيتين تتمثل الأولى في انقضاء العلاقة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل الاقتصادي، وهو أمر بديهي، والنتيجة الثانية والتي يمكن اعتبارها أهم أثر لهذا القرار هي حق المتعامل الاقتصادي في الحصول على تعويض عمّا لحقه من ضرر.

أولا-انقضاء العلاقة التعاقدية:

يختلف وضع إنهاء العلاقة التعاقدية بين المتعامل الاقتصادي والمصلحة المتعاقدة تبعا لنوع الصفقة، وهي سلطة مقررة للمصلحة المتعاقدة، فيما يخص جميع عقود الصفقات العمومية، لكن لا بدّ من بحث إنهاء الصفقة انفرادياً من قبلها في الطائفتين الرئيسيتين للصفقات العمومية، ألا وهي صفقات الأشغال، وصفقات التوريد نظرا للانعكاسات المهمة التي يرتبها القرار على المتعامل الاقتصادي.[3]

أ-بالنسبة لصفقة الأشغال العامة:

يترتب على إنهاء صفقة الأشغال العامة، انقضاء الالتزامات التعاقدية بين طرفي الصفقة، إذ تتم تصفية هذه الصفقة وتسوية المبالغ الناشئة عن إنهائها بالاستناد إلى المبالغ المستحقة للمقاول، فعليه أن يقوم بإثبات الأشغال التي تمّ تنفيذها أو الأجزاء المنفذة، أو التي في طور التنفيذ، وأن يقوم بإجراء جرد وصف للمواد والتجهيزات، والأدوات المتعلقة

[1]- د. حمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ، ص251.

[2]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص401.

[3]- المرجع نفسه، ص406.

بالعمل، وبعد ذلك ينظم محضرا بكل ذلك يتضمن استلام الأشغال أو الأجزاء المنفذة منها، وتملك المصلحة المتعاقدة صاحبة الأشغال الحق في شراء جميع أو بعض المنشآت المؤقتة المستخدمة في تنفيذ الصفقة.[1]

كما تملك عند اللزوم وبعد إعذار المقاول، الحق في أن تباشر بنفسها رفع المواد والأدوات والتجهيزات الخاصة به، بمقتضى المبادئ العامة المطبقة في مجال صفقات الأشغال العامة، وذلك في حالة ما إذا لم يقم بذلك بعد اعذاره، خلال المهلة التي منحت له.[2]

ب-بالنسبة لصفقة التوريد:

يترتب على إنهاء صفقة التوريد من جانب المصلحة المتعاقدة قبل حلول أجلها انقضاء الالتزامات التعاقدية المتبادلة بين طرفي الصفقة، كما تنقضي جميع الالتزامات الباقية، إذ يجب على المورد أن يتوقف عن توريد الأصناف المتفق عليها، ابتداء من تاريخ نفاذ قرار الإنهاء، كما يكون للمصلحة المتعاقدة الحق في أن ترفض استلام التوريدات أو المواد المصنعة في صفقات التوريد الصناعية بعد تاريخ نفاذ هذا القرار،[3] ومع ذلك يكون المورد ملزما بأن يسلم لها المواد الأولية، واللوازم المخصصة لتنفيذ الصفقة، وذلك فيما يتعلق بصفقات التوريد الصناعية.[4]

وبناءا على ذلك، فإن إنهاء الرابطة التعاقدية يعيد الحال إلى أصله قبل التعاقد، حيث تقوم المصلحة المتعاقدة بتسليم المتعامل الاقتصادي الأصناف التي قام بتوريدها، والتأمينات التي دفعها، وما إلى ذلك ويقوم هو بدوره برد ما يكون قد حصل عليه منها تنفيذا للصفقة.[5]

---

[1]- د. محمد عبد الوهاب، مرجع سابق، ص537.

[2]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص407.

[3]- خلاف بيو، مرجع ساق، ص477.

[4]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص408.

[5]- د. عبد الغني بسيوني عبد الله، مرجع سابق، ص560.

ثانيا–تعويض المتعامل الاقتصادي عن إنهاء الصفقة:

يهدف المتعامل الاقتصادي بطبيعة الحال إلى تحقيق كسب مادي معين من العملية التعاقدية، وحيث أنه يشارك في تسيير مرفق عام، فإن الأمر يستدعي مساعدته في تنفيذ التزاماته، لأن في ذلك ضمانا لمصلحة المرفق العام نفسه.[1]

إن استعمال المصلحة المتعاقدة لسلطة إنهاء الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة، يقابلها حقه في التعويض عمّا أصابه من ضرر نتيجة هذا القرار، أي تعويضه عن خسارته، بما في ذلك ما فاته من كسب،[2] وهذا ما تقتضيه العدالة، وضرورة التوفيق بين المصالح المالية لكل منهما في إنهاء الصفقة.[3]

على عكس الفسخ الجزائي للصفقة العمومية، الذي لا يستحق فيه المتعامل الاقتصادي أيّ تعويض نتيجة لخطئه الجسيم، فإن إنهاء الصفقة لدواعي المصلحة العامة ومتطلبات المرفق العام، يوجب تعويضا للمتعامل الاقتصادي في ذمّة المصلحة المتعاقدة، على أن يكون هذا التعويض كاملا، هو ما أكده قرار[4] مجلس الدولة الجزائري الصادر بتاريخ 2003/06/17 والذي جاء فيه"... حق المتضرر(المتعاقد) في التعويض على الفسخ الانفرادي بالرغم من أنه مبني على أسباب واقعية تبرره، تتمثل في انعدام الاعتماد المالي.."

تعد سلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء الصفقة العمومية، امتيازا استثنائيا مقررا لها في مواجهة المتعامل الاقتصادي، ومن هنا كان متعينا الاعتراف بحفظ حقوق هذا المتعامل في التعويض عن إنهاء صفقته قبل الأوان، ودون وقوع خطأ من جانبه في تنفيذ التزاماته العقدية، لأن إنهاء الصفقة يحرمه من المزايا المالية التي يجلبها له التنفيذ الكامل لها.[5]

يجب أن يتضمن قرار الإنهاء قيمة التعويض، حتى ولو لم يكن المتعامل قد تلقى أو طالب بهذا التعويض، وذلك راجع لأن له الحق في أن يعوض بسبب الخسارة التي لحقت به بفعل المشتريات التي قام بها والاستثمارات التي ضخها، ويقع عليه عبء إثبات الخسارة التي

---

[1]– د. مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص215.

[2]-Marie-christine Rouault, op.cit, p87.

[3]– ياقوتة عليوات، مرجع سابق، ص230.

[4] – مجلس الدولة، الغرفة الأولى، القرار رقم 007887 ، المؤرخ في 2003/06/17، غير منشور.

[5]– أ. محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص187.

حلت به، كما له الحق بالربح الفائت، حيث أن هذه المبادئ ثابتة وتكون دقيقة التطبيق فيما يتعلق بصفقات الأشغال العامة، نظرا لأهمية النفقات التي تصرف بها خلال الصفقة، ونظرا لمدّة الصفقة.[1]

إن حق المتعامل الاقتصادي في الحصول على تعويض عادل، يتم تقديره إما بناء على اتفاق بينه وبين المصلحة المتعاقدة، وفي حالة عدم التوصل إلى اتفاق يتولى القضاء هذه المهمة، بعد اللجوء بطبيعة الحال لإجراء تسوية ودية مسبقة وهو ما سنتطرق إليه من خلال عنصر التعويض الإتفاقي والتعويض عن طريق القضاء.

أ-التعويض الإتفاقي" التسوية الودية":

قد تنظم الصفقة محل الإنهاء ذاتها، أو القوانين واللوائح الخاضعة لها تلك الصفقة، مقدار التعويض المستحق للمتعامل الاقتصادي عن إنهاء الصفقة، وفي هذه الحالة يجب إعمال شروط الصفقة أو مضمون القوانين بصدد إقرار مبدأ التعويض، وأسس حسابه ومقداره، ذلك أن حرية الأطراف المتعاقدين في هذا المقام كاملة في مجال تحديد التعويض المستحق.[2]

إن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على التعويض عن الإنهاء الانفرادي للصفقة دون خطأ من المتعامل الاقتصادي، إلا أنه أكد على وجوب عرض المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ الصفقات العمومية، على لجنة التسوية الودية للنزاعات المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية، من أجل إيجاد تسوية ودية لهذه المنازعات، وهو إجراء يتم وجوبا قبل رفع الدعوى أمام القضاء،[3] على أن يكون للمتعامل الاقتصادي الحق في رفع الدعوى وتكون مقبولة، حتى في حالة تقصير المصلحة المتعاقدة لاتخاذ ذلك الإجراء، ويقع باطلا كل قرار قضائي يقضي بخلاف ذلك، وهو ما أكده قرار المجلس الأعلى،[4] الصادر بتاريخ1988/12/31، الذي جاء فيه:"...حيث يستخلص من مستندات الملف أنه وطبقا لقانون الصفقات العمومية، رفع

[1]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص402.

[2]- أ. محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص188.

[3]- المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247.

[4]- المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، القرار رقم 62252، المؤرخ في 1988/12/31، منشور، رشيد خلوفي، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات كليك، 2013، ص442.

المستأنف طعنا في 09مارس1986 إلى وزير الأشغال العمومية، يطلب فيه من الوزير المذكور عرض القضية على اللجنة الاستشارية للتسوية الودية....

حيث أنه، وأمام صمت السلطة الإدارية، عرض المعني بتاريخ 1986/05/03 وفي أجل معقول، النزاع على الجهة القضائية.

حيث أن هذا يبين، بأن المستأنف قد استوفى الأوضاع القانونية المقررة، ومن ثم فإن مخالفة هذا الإجراء الجوهري ناجم عن تقصير السلطة الإدارية.

حيث أن المستأنف على صواب في ذهابه إلى أن قضاة الدرجة الأولى قد أخطئوا عندما فصلوا في القضية....مما يتعين إلغاء القرار"

إن الدعوى القضائية التي ترفع قبل اتخاذ هذا الإجراء لا تقبل، وهو ما أكده قرار المجلس الأعلى،[1] الصادر بتاريخ 1985/11/09، الذي جاء فيه:"..كان يتعين على المقاول من هذا الجانب تقديم طلب طبقا للمادة 152 من ق.ص.ع إلى السيد وزير الري، يرمي إلى عرض القضية على اللجنة الاستشارية.

وأنه ونتيجة لانعدام مثل هذا الطلب، فإن المستأنف غير محق في تأكيده على أن المجلس القضائي قد أخطأ عندما فصل في القضية...."، وفي هذا إرساء لقاعدة الحلّ الودّي للنزاع.

ومن ثمّ فإن لجوء المصلحة المتعاقدة إلى إنهاء الصفقة، يستوجب التعويض مع الأخذ بعين الاعتبار ظروف المتعامل الاقتصادي، على أن تحاول أن تنصفه وتحسم الأمر ودّيًا، دون أن ترهقه باللجوء إلى القضاء،[2] حيث تسمح له بالحصول على التعويض المناسب، شريطة أن يثبت أنه أصابه ضرر من هذا الإنهاء.[3]

[1]– المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، القرار رقم43731، المؤرخ في 1985/11/09، منشور، مرجع نفسه، ص229.

[2]– خلاف بيو، مرجع سابق، ص478.

[3]– محمد أمين عثماني، مرجع سابق، ص480.

ب-التعويض القضائي:

تتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطة تقديرية في إنهاء الصفقة، غير أن ممارستها لتلك السلطة لا تجعلها بمنأى عن الرقابة القضائية، إذ يعود للقاضي الإداري -في حال الطعن في قرارها-أن يتحرى عن الأسباب الحقيقية التي دفعتها إلى هذا التدبير، وأن يتحقق من جدية السبب الذي استندت إليه.[1]

إن تحقق شرط المصلحة العامة يعد من الشروط الأساسية التي يبنى عليها قرار الإنهاء، غير أن هذا الشرط يخضع لتقدير المصلحة المتعاقدة، تحت رقابة القضاء الإداري، والذي يتولى البحث في الأسباب الحقيقية التي دفعتها إلى إنهاء الصفقة.[2]

1-كيفية تقدير قيمة التعويض:

إذا لم تنظم الصفقة أو القوانين واللوائح مدى استحقاق التعويض ومقدار عناصره، فإن القاضي في هذه الحالة، هو الذي يحدّد مقدار التعويض المستحق للمتعامل الاقتصادي،[3] ومقدار التعويض في هذه الحالة يكون كاملا بعنصريه، أي أنه يغطي ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب.[4]

على أن المتعامل الاقتصادي قد لا يستحق التعويض في حالة إنهاء الصفقة لدواعي المصلحة العامة، إذا نصت الصفقة صراحة على عدم تعويضه في حالة الإنهاء، أو إذا لم يلحقه أي ضرر جرّاء إنهاء الصفقة،[5] هذا الموقف يقابله رأي آخر يرى بضرورة البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، إذ العبرة تكون بالإرادة الحقيقية المشتركة للمتعاقدين، ومن العوامل التي يستهدي بها القاضي عن هذه النيّة المشتركة، ما يرجع إلى طبيعة التعامل.[6] أما فيما يتعلق بالربح الفائت فيمكن الاستدلال بالاتجاه الذي سلكه القضاء المقارن، والذي رفض منح تعويض بهذا الخصوص إذا كانت

[1]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص423.
[2]- خلاف بيو، مرجع سابق، ص464.
[3]- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص402.
[4]- أ. محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص189.
[5]- د. حمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص271.
[6]- د. أحمد محمود جمعة، مرجع سابق، ص398.

الصفقة في حالة عجز، ولن تؤدي إلى فوات ربح عليه، بمعنى أن الاستمرار في تنفيذ الصفقة لن يحقق للمتعامل الاقتصادي أي فائدة وهنا قصر التعويض عما لحقه من خسارة فقط.[1]

وعلى العموم، يقترب النظام القانوني للتعويض في الصفقات العمومية من النظام المقابل له في عقود القانون الخاص، فيما يتعلق باشتراط توافر أركان المسؤولية العقدية من خطأ وضرر ورابطة سببية بينهما، وفيما يتصل بتقدير التعويض أيضا.[2]

2-القاضي المختص بالرقابة على قرار إنهاء الصفقة العمومية:

لقد منح المشرع الجزائري بموجب القانون المنظم للصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية في إنهاء الصفقة العمومية انفراديا لدواعي المصلحة العامة،[3] إلا أن استخدام هذه السلطة يتم تحت رقابة القضاء، الذي يكون للمتعامل الاقتصادي الحق في عرض النزاع أمامه، في حالة ما إذا كان قرار الإنهاء غير مشروع، ما يرتب المسؤولية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة، وبالتالي حقه في الحصول على تعويض.[4]

إن الحدّ الأدنى من الرقابة القضائية، هو سلامة قرار الإنهاء من زاوية المشروعية فقط، حيث لا يملك القاضي الحق في تقدير ملائمة القرار، لأنه يحضر عليه أن يتدخل في نشاط المصلحة المتعاقدة باعتبارها المسؤولة عن تنظيم وتسيير المرافق العامة.[5]

رغم الجدل الفقهي حول القاضي المختص هل هو قاضي الإلغاء أو قاضي التعويض، إلا أن القضاء الإداري استقر على أن القاعدة العامة، هي أن قاضي التعويض هو المختص للفصل في مشروعية قرار إنهاء الصفقة العمومية، عن طريق دعوى القضاء الكامل، إذ تعتبر الوسيلة الوحيدة التي يملكها المتعامل الاقتصادي للطعن في قرار الإنهاء، وليس دعوى الإلغاء، إذ أن المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية هي اختصاص

---

[1]- أ. محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص190.

[2]- محمد أمين عثماني، مرجع سابق، ص29.

[3]- المادة 150 من المرسوم الرئاسي 15-247.

[4]- خلاف بيو، مرجع سابق، ص461.

[5]- سمية شريف، رقابة القاضي الإداري على منازعات الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016، ص112.

شامل ومطلق.[1] يستطيع من خلالها المتعامل الاقتصادي إلى جانب حصوله على تعويض من استرداد مبلغ الضمان.

وعليه، فالقضاء الإداري مستقر على قاعدة مفادها عدم قدرة قاضي التعويض، إلغاء قرار الإنهاء، بالرغم من أن الدعوى الموجهة ضد هذا القرار هي دعوى القضاء الكامل، حيث يملك قاضي التعويض في إطار دعوى القضاء الكامل، سلطات واسعة، إذ بإمكانه إلغاء أو تعديل العمل الإداري غير المشروع، ثم يمكنه بعد ذلك الحكم بإصلاح الضرر، وذلك بالتعويض عن الأضرار التي قد تلحق المتعامل الاقتصادي، إلا أنه في قرار الإنهاء استقر على مبدأ قضائي أساسي مفاده أن قاضي التعويض في مجال الصفقات العمومية لا يستطيع إلغاء هذا القرار الذي يعتبر محصنا، وتنحصر سلطته في الحكم بالتعويض فحسب.[2]

إن ممارسة الرقابة القضائية لا تبدو سهلة، ذلك أن القضاء يتمكن من إعمال رقابته فقط، حين تكون الصفقة مسببة تسبيبا غير سليم، والأصل أن المصلحة المتعاقدة غير ملزمة بتسبيب قرارات الإنهاء، وعلى ذلك إذا خلا قرار الإنهاء من التسبيب فإن القاضي عندئذ يمتنع عليه مناقشة السلطة التقديرية لها، لأن دوره يتمحور حول التأكد من وجود أسباب واقعية تبرر قرار الإنهاء.[3]

[1]– د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص413،415.

[2]– سمية شريف، مرجع سابق، ص114.

[3]– د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص422.

خاتمة الفصل الثاني

مما تقدم يتضح لنا أنه وبموجب ما تقتضيه تطورات المرفق العام، ومتطلبات المصلحة العامة، تتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطتين لا مثيل لهما في قواعد القانون الخاص، تتجلى الأولى في سلطة تعديل شروط الصفقة العمومية، والثانية في إنهائها بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة، انطلاقا من مبدأ ضرورة تكيف المرفق العام مع المستجدات، وحتمية سيره بانتظام واطراد، وبالرغم من محاولة المشرع الجزائري ضبطهما للحد من استعمالهما غير المشروع، إلا أن السلطة التقديرية التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في استعمالهما، فتحت المجال واسعا للتلاعب بهما واستغلالهما، خصوصا أمام صعوبة تحديد حالات المصلحة العامة، نظرا لما تحمله هذه الفكرة من شمولية وإطلاق.

الخاتمـــــــة

خاتمة

يثيـــر موضـــوع ســـلطات المصـــلحة المتعاقـــدة أثنـــاء تنفيـــذ الصـــفقة العموميـــة اهتمامـــا كبيـرا، كـون أن الصـفقة العموميـة هـي المـلاذ الـذي تحقـق بـه الدولـة بمفهومهـا الواسـع مخططاتهـا ومشـاريعها الاقتصـادية وتلبيـة حاجيـات مرافقهـا العامـة لضـمان سـيرها بانتظـام واطـراد، فكـان لابـد مـن تـوفير الشـعور بالضـمان الكـافي لـدى المتعامـل الاقتصـادي، لممارسـة حقوقـه كاملـة والتزاماتـه بمجـرد إبرامـه الصـفقة مـع المصـلحة المتعاقـدة فـي مواجهـة الامتيـازات الاسـتثنائية الممنوحـة لهـذه الأخيرة لتحقيق المصلحة العامة.

هنـاك جانـب مهـم يميـز الصـفقات العموميـة عـن غيرهـا مـن عقـود القـانون الخـاص، ويتعلـق الأمـر بتلـك السـلطات الواسـعة الممنوحـة للمصـلحة المتعاقـدة، التـي قـد تمارسـها مباشـرة علـى شـخص المتعاقـد ويتعلـق الأمـر هنـا بسـلطة الإشـراف والتوجيـه والرقابـة وهـي إجـراء وقـائي قصـد الوصـول إلـى أحسـن إنجـاز لموضـوع الصـفقة العموميـة، وسـلطة توقيـع الجـزاءات وهـي إجـراء علاجـي وذلـك فـي حـال إخـلال المتعامـل بالتزاماتـه وعـدم امتثالـه لتوجيهـات المصـلحة المتعاقـدة، وقـد تمارسـها دون أن يكـون للمتعامـل علاقـة مباشـرة بـذلك ولكـن تلبيـة لمتطلبـات المرفـق العام، ويتعلق الأمر هنا بسلطة تعديل شروط الصفقة العمومية وسلطة إنهائها.

تمـارس المصـلحة المتعاقـدة السـلطات الممنوحـة لهـا بإرادتهـا المنفـردة دون الحاجـة للـنص عليهـا فـي الصـفقة أو القـانون، وإنمـا تسـتمدها مـن المبـادئ العامـة التـي تسـتدعي تغليـب المصـلحة العامـة علـى المصـلحة الخاصـة، حيـث تسـتعملها مباشـرة انطلاقـا مـن مبـدأ التنفيـذ المباشـر دون حاجـة للجـوء إلـى القضـاء، فبموجـب هـذه السـلطات والسـلطة التقديريـة فـي اسـتعمالها يمكنهـا الوصـول إلـى تحقيـق أفضـل إنجـاز لموضـوع الصـفقة إذا مـا أحسـنت اسـتعمالها، وهـي ليسـت مطلقـة وإنمـا مقيـدة بجملـة مـن الضـوابط، التـي هـي بمثابـة ضـمانات للمتعامـل الاقتصـادي فـي مواجهة التعسف المحتمل لهذه الأخيرة في استعمالها.

توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى أنه بالرغم من محاولة المشرع الجزائري ضبط هذه السلطات للحد من استعمالها غير المشروع، إلا أن السلطة التقديرية التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة، فتحت مجـالا واسـعا للتلاعـب بهـا، فـي ظـل تفشـي ظـاهرة الفسـاد الإداري والمـالي فـي مجـال الصـفقات العمومية، وذلك عن طريق استغلال السلطة العامة من أجل تحقيق مكاسب وأرباح على حساب المصلحة العامة، الأمر الذي أدى إلى عدم تحقيق الغاية المرجوة من هذه السلطات.

وعليه، نختم هذه الدراسة بجملة من النتائج والتوصيات.

أولا- النتائج:

من خلال دراستنا لموضوع سلطات المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية توصلنا إلى النتائج الآتية:

- انعدام التأطير الجيد لمرحلة تنفيذ الصفقة العمومية مقارنة بمرحلة إبرامها، بالرغم من الأهمية التي تتميز بها نظرا للسلطات الخطيرة الممنوحة للمصلحة المتعاقدة خلالها؛ وهو ما يجعلها مجالا خصبا لممارسة جميع التجاوزات.

- تهاون الأعوان المكلفين بهمة الرقابة من ممارسة هذه السلطة، وتماطلهم في الوقوف على التجاوزات، والانحرافات التي تطال مرحلة التنفيذ، ومن ثمّ امتناعهم عن اتخاذ الإجراءات اللازمة، ودليل ذلك كثرة التجاوزات المسجلة أثناء تنفيذ الصفقات العمومية.

- كثرة التجاوزات الحاصلة أثناء تنفيذ الصفقات العمومية نتيجة امتناع المصلحة المتعاقدة عن استعمال سلطتها في توقيع الجزاءات على المتعاملين الاقتصاديين المخلين بالتزاماتهم التعاقدية، التي قد تحصل بسبب تواطؤ بعض الأعوان الإداريين غير المسؤولين، الأمر الذي أدى إلى إنجاز مشاريع دون المستوى المطلوب.

- كثرة التجاوزات الصادرة عن المصلحة المتعاقدة من جراء استعمالها لسلطتها في تعديل صفقاتها العمومية بإبرامها ملاحق تابعة لها، الأمر الذي من شأنه أن يشكل ميدانا خصبا للرشوة والثراء غير المشروع، ودليل ذلك الفضائح المالية التي أثيرت لعدد هام من الجهات الإدارية.

- إغفال المشرع الجزائري لحالات أو مبررات المصلحة العامة، التي تستدعي من المصلحة المتعاقدة إنهاء الصفقة العمومية، دون قيود واضحة تحد من سلطتها، الأمر الذي أدى إلى تعطيل إنجاز العديد من المشاريع، وما ينتج عنه من نتائج وخيمة قد تمس بالصالح العام.

- صعوبة الوقوف على التجاوزات الحاصلة من طرف المصلحة المتعاقدة نظرا للسلطة التقديرية الممنوحة لها في ممارسة هذه السلطات من جهة، وعدم إلزامها بتسبيب قراراتها من جهة أخرى انطلاقا من مبدأ قرينة سلامة القرارات الإدارية، وذلك بالرغم من أن التجاوزات في التنفيذ من طرف المتعامل الاقتصادي واضحة بشكل جليّ على أرض الواقع.

ثانيا– التوصيات:

– العمل على تأطير مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية، وتدعيمها بنصوص قانونية مضبوطة بشكل محكم، لسد جميع الثغرات التي يمكن استغلالها لتحقيق مآرب شخصية.

– تدعيم آليات الرقابة ب "مراقبي الميدان المستقلين" الذين يتابعون الحجم الحقيق للأشغال وطريقة تنفيذها للحد من ظاهرة تنفيذ المشاريع على نحو لا يتماشى والمعايير المتفق عليها أو تضخيم تكلفتها.

– لابد من توسيع دائرة الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية إذ تعتبر السبيل الوحيد لمعاينة التجاوزات، وبالتالي إمكانية ممارسة سلطة توقيع الجزاءات انطلاقا من مبدأ التنفيذ المباشر الذي تمتلكه المصلحة المتعاقدة.

– لابد من توسيع دائرة الرقابة على الملحق في الصفقة العمومية وذلك بفرض الرقابة الخارجية القبلية على كل ملاحق الصفقات، وإن لم تتعدى النسب القانونية المقررة للحد من تجاوزات المصلحة المتعاقدة في استعمالها لسلطتها في التعديل، حفاظا على المصلحة العامة وعدم استفحال الفساد الإداري وإهدار المال العام.

– لابد من وضع نظام فعال للصفقات العمومية يرتكز على إجراءات تأخذ بعين الاعتبار أقصى الوضعيات الممكنة دون الوقوع في التعقيد، فالفعالية تتطلب التحديد الجيد للاحتياجات الواجب إشباعها قبل الانطلاق في أي صفقة، ومن ثم التقليل من إنهاء صفقات لا تتماشى مع تطورات المرفق العام حتى لا يتسنى التلاعب بها من طرف القائمين عليها من أجل تحقيق مصالح شخصية.

– ضرورة إلزام المصلحة المتعاقدة بتسبيب قراراتها، وتوسيع دائرة الرقابة القضائية من خلال تفعيل دور القاضي الإداري حتى يتسنى الوقوف على هذه التجاوزات.

الملاحق

الملحق رقم01

الجمهوريـــة الجزائريـــة الديمقراطيـــة الشعبيـــة

ولايـــة قالمـــة
دائـــرة قالمـــة
بلديـــة قالمـــة
مديرية المالية الإدارة و الوسائل
مصلحة الممتلكات و الصفقات العمومية
مكتب الصفقات العمومية

قـــــرار رقـم :...../2020
يتضمن فســـخ من جانب واحد و على حساب
مؤسسة .....
العقـد رقم : ..... المؤرخ في : .....
المتعلق بـمشروع: " تجديد الكتامة لمقر البلدية "

إن رئـــيس المجلس الشعبـــي البلدي لبلدية قالمـــة

- بمقتضى القانون رقم 10/11 المؤرخ في 22 /2011/06 و المتعلق البلديـة.
- بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام لا سيمـــا المادة 149منه،
- بمقتضى القرار رقم 2020/116 المؤرخ في2020/03/11 المتضمن إستخلاف السيد/ ..... رئيس المجلس الشعبي البلدي بالسيد / ..... نائب رئيس المجلس الشعبي البلدي.
- بناءا على العقد رقم: ..... المؤرخ في ..... المتعلق بـ مشروع : تجديد الكتامة لمقـــر البلدية
- بناء ا على تأشيرة المراقب المالي للعقد بتاريخ .....
- بناءا على الأمر ببدأ الخدمة رقم: ..... المؤرخ في ..... المتعلق ببدء الأشغال.
- بناءا على الإشعار بالأعذار الأول المؤرخ في.....
- نظرا لعدم استجابة المقاولة المكلفة بالانجاز لمحتوى الاعذار الموجه لها لتدعيم الورشة و إنهاء الأشغال الموكلة لها.

باقتـــراح من السيد/ الأميـــن العـــام للبلديـــة

يـــقـــرر

المادة الأولى: يفسخ على عاتق مقاولة "....." ومن جانب واحد العقد رقم.....المؤرخ في ..... العقد.المتعلق بمشروع " تجديد الكتامة لمقر البلدية" لعدم إيفـائه بالتزاماته التعاقدية.

المادة 02: تحديد الوضعية المالية النهائية:

- المبلغ الإجمالي للعقد (بكل الرسوم): ..... دج
- مبلغ الأشغال المنجزة المسددة (بكل الرسوم): 00 دج
- المبلغ الأشغال المنجزة الغير المسددة (بكل الرسوم): 00 دج
- مبلغ الأشغال الغير منجزة (بكل الرسوم): ..... دج

المادة 03 : يتحمـل المتعامل المتعاقد التبعات الزمنية إلى إصلاح الضرر الذي نتج بسبب الخطأ، و كذا التكاليف الإضافية التي يمكن أن تنجـــم عن العقـد الجديد.

المادة 04: يكلف كل من السادة/الأمين العام للبلدية، أمين الخزينة ما بين البلديات، كل فيما يخصه بتنفيذ هذا القرار.

قالمة في : .....
رئيس المجلس الشعبي البلدي

الملحق رقم02

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ولاية : قالمة

دائرة : ,,,,,,,,,,,,,,,,,,

بلدية : ,,,,,,,,,,,,,,,,,,,

ملحــق رقم :01

للعقد رقم : 7/ ,,,,,,,, المؤرخ في : ,,,,,,,,,,,,,,,,,,

اســم العــمليـــة :	تجديد الشبكة الرئيسية للمياه الصالحة للشرب بمختلف أحياء المركز(شارع محمد خميستي ،شارع بلحداد محمد ،شارع حيول محمد ،شارع حياهم الهاشمي،حي مجدوب موسى، القرية القديمة)
رقـــم العمـليـــة :	,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,
تـــاريـــخ التسجيل :	07/05/2018
مـــصدر التـــمويـــل:	المخطط البلدي للتنمية 2018

بلديـــــه : ,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,

المـــادة الأولـــى : الأطـــرف المتعـــاقدة

أبـــرم هذا الملحق بيـــن :

بلـديـــة ,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,, ممثـلـــة بالسـيد / ,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,, **رئيس المجلس الشعبي البلدي** و المســماة في كل مايلـي بالمـصلحة المتعـــاقدة **من جهة**

و : **مؤسسةالأشغال العمومية الكبرى و الري** - ,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,, -ممثلـة بمسيـرها **السيدة/**,,,,,,,,,,,,,,,,,, المســماة في كل مايـلي بالمتعامل المتعاقد

من **جهة أخرى**

المـــادة الثـــانيـــة : هدف الملحق

يهدف هذا الملحق رقم 01 للعقد رقم ,,,,,,,,,,,,,,,,,,, بتاريخ ,,,,,,,,,,,,,,,,,,, الخاصة بمشروع :تجديد الشبكة الرئيسية للمياه الصالحة للشرب بمختلف أحياء المركز(شارع محمد خميستي ،شارع بلحداد محمد ،شارع حيول محمد ،شارع حياهم الهاشمي،حي مجدوب موسى، القرية القديمة)

- **تحرير الأشغال الناقصة (-) من الإلتزام**
- **ادراج كميات الاشغال الإضافيه**
- **ادراج جدول الأسعار الوحدوية للأشغال التكميلية الغير الواردة**
- **ادراج كميات الأشغال التكميلية (أشغال غير واردة بالعقد الأصلي)**
- **تعريف المبلغ الجديد للعقد**

المـــادة الثالـــثة : النصوص التنظيمية المطبقة

تم إعداد **الملحق رقم 01** هذا وفقا لترتيبات المواد رقم 135 إلى 139 مالمرسوم الرئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 03 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام

المـــادة الرابعة : مبلغ العـــقد الأصلي

يقدر مبلغ الالتزامات بـــ دج . ,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,

أي بالحروف :

,,

المـــادة الخامسة : مبلغ الملحق رقم 01

1- مبلغ الأشغال الإضافية (بكل الرسوم)	490 391,00
2- مبلغ الأشغال التكميلية (بكل الرسوم)	171 675,00
3- مبلغ الأشغال الناقصة (بكل الرسوم)	663 830,71
مبـــلغ الملحق رقم 01 (بكل الرسوم)	-1 764,71

أي بالحروف بالناقص ,,

المـــادة السادسة : المبلغ الجديد للعقد

1- مبلغ العقدالأولي (بكل الرسوم)	,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,
2- مبـــلغ الملحق رقم 01 (بكل الرسوم)	-1 764,71
المبـــلغ الجديد للعقد (بكل الرسوم)	,,,,,,,,,,,,,,,,,

أي بالحروف :

,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,

المـــــادة السابعه : السريـــان

لا يبدأ سريان هذا **الملحق رقم 01** إلا بعد توقيعه من طرف المصلحة المتعاقدة و تبليغ المتعامل المتعاقد بالأمر ببدأ الأشغال

المـــــادة الثامنـــة: بنود أخرى

تبقى باقي بنود الصفقة الأولية بدون أي تغيير .

,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,, في :

المتعامل المتعاقد **المصلحة المتعاقدة**

الملحق رقم 03

الجمهوريـــة الجزائريـــة الديمقراطيـــة الشعبيـــة

ولايـــة قالمـــة
دائـــرة قالمـــة
بلديـــة قالمـــة
مديرية المالية الإدارة و الوسائل
مصلحة الممتلكات و الصفقات العمومية

مقرر رقـم :...../2019
يتضمن فســـخ من جانب واحد مـــع مقاولة
- ..... -
العقـد رقم : ..... المؤرخ في : .....
المتعلق بمشروع: " تجديد الكتامة و الطلاء بمدرسة بوالنار السعدي بلدية قالمة"

إن رئـــيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية قالمـــة

- بمقتضى القانون رقم :10/11 المؤرخ في 22 /2011/06 و المتعلـــق البلديـــة.
- بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم : 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام لا سيما المادة **150** منه،
- بناء على محضر تنصيب رئيس المجلس الشعبي البلدي السيد/ **.....** بتاريخ **.....**
- بناءا على العقد رقم ..... المؤرخ في **.....** المتعلق بـ " **تجديد الكتامة و الطلاء بمدرسة بوالنار السعدي بلدية قالمة** " المبرم بين بلدية قالمة و مقاولة أشغال البناء – **..... -**
- نظرا لتحويل تسيير عملية ترميم و إعادة تأهيل مؤسسات التعليم الإبتدائي بعنوان **(برنامج 2014)** إلى مديرية التجهيزات العمومية للولاية طبقا لمراسلة مدير التربية رقم **.....** بتاريخ **.....**

باقتـــراح من السيد/ الأميـــن العـــام للبلديـــة

***** يقـــــــرر*****

المادة الأولى : يفسخ على مع مقاولة **.....** " العقـد رقم **.....** المؤرخ في **.....**المتعلق بمشروع" **تجديد الكتامة و الطلاء بمدرسة بوالنار السعدي بلدية قالمة** " بسبب تحويل ترميم و إعادة تأهيل مؤسسات التعليم الإبتدائي **(برنامج 2014)** إلى مديرية التجهيزات العمومية للولاية .

المادة 02 : تحديد الوضعية المالية النهائية:

- المبلغ الإجمالي للعقد (بكل الرسوم): **..... دج**
- مبلغ الأشغال المنجزة المسددة (بكل الرسوم): **00 دج**
- المبلغ الأشغال المنجزة الغير المسددة (بكل الرسوم): **00 دج**
- مبلغ الأشغال الغير منجزة(بكل الرسوم): **.....دج**

المادة 03 : يكلف كل من السادة الأمين العام للبلدية، أمين الخزينة مابين البلديات، كل في ما يخصـــه بتنفيذ هذا المقرر.

قالمة في : .....
رئيس المجلس الشعبي البلدي

المـــادة السابعه : السريـــان

لا يبدأ سريان هذا **الملحق رقم 01** إلا بعد توقيعه من طرف المصلحة المتعاقدة و تبليغ المتعامل المتعاقد بالأمر ببدأ الأشغال.

المـــادة الثامنـــة: بنود أخرى

تبقى باقي بنود الصفقة الأولية بدون أي تغيير .

,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,, **في :**

المتعامل المتعاقد **المصلحة المتعاقدة**

قائمــة

المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

I-القوانين:

-القانون رقم 06 /01، المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية العدد 14، الصادرة في 8 مارس 2006، المعدل و المتمم.

2-القانون رقم 58/75 الصادر بموجب الأمر المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة في 30سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

II- المراسيم:

1-المرسوم الرئاسي15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة رسمية 50 الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

ثانيا: المراجع

I-المؤلفات:

أ-المؤلفات باللغة العربية:

1- أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1992 .

2- د. أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.

3- د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوتB-O-T، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003.

4- بلاّوى ياسين بلاّوى، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، مصر، 2011.

5- بشار رشيد حسين المزوري، المسؤولية التعاقدية للإدارة في تنفيذ العقود الإدارية -دراسة مقارنة- الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2018.

6- سهام بن دعاس، جرائم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2019.

7- د. حمد محمد حمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،2007 .

8- زينب سالم، الرقابة القضائية على العقد الإداري في مرحلة التنفيذ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2016.

9- د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية- دراسة مقارنة- الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1991.

10- د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر،1991.

11- د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر،1993

12- د. صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري – النظرية العامة للالتزامات – الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى الجزائر، 2004.

13- د.عمار عوابدي، القانون الإداري-النشاط الإداري- الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.

14-د. عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه-القضاء- التشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر،2003.

15- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية – الإبرام،التنفيذ،المنازعات- منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004.

16- أ. عبد اللطيف قطيش، الصفقات العمومية -تشريعا وفقها واجتهادا- الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.

17- د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية-القسم الثاني-الطبعة الخامسة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر،2017.

18- د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 2000.

19- د. محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دون طبعة، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، 2005.

20- د. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008.

21- د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز للعقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008.

22- د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2010 .

23- أ. محمد شعبان الدرهوبي، حق المتعاقد في التعويض في العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2017.

24- د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية –دراسة مقارنة- الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2012.

25- نبيل ازرايب، سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية –وفق التشريع الجزائري- الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2018.

26- د. هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.

27- ياسر عمار جبار، ضوابط سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية-دراسة مقارنة- الطبعة الأولى، المصرية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2019.

ب-المؤلفات باللغة الأجنبية:

1- Brahim Boulifa, Marchés publics, volume1,deuxième édition, berti édition, ALGER , 2016.

2- Christophe lajoye, Droit des marchés publics(En annexe le code Algérien des marchés publics), Berti édition, Alger, 2007.

3- Frédéric Colin, l'essentiel des Grands arrêts du droit administratif, 8e édition, Gualino, 2016-2017.

4- Jean waline, droit administratif, 25e édition Dalloz, 2014.

5- Marie-christine Rouault, l'essentiel du Droit Administratif général, 14e édition, Gualino, 2016-2017

6- Patrice chrétien, nicolas chifflote, maxime tourbe, droit administratif, 15e édition sirey, 2016

7-Yves jegouzo, annales droit administratif –méthodologie et sujets corrigés-, Dalloz, 2017.

II –المقالات:

1–أ.حمزة حضري، " الوقاية من الفساد و مكافحته في إطار الصفقات العمومية"، مجلة دفاتر السياسة و القانون، العدد 07، المسيلة، 2012.

2– أ.سليمة جدي، "منازعات الصفقات العمومية الناشئة عن إخلال المصلحة المتعاقدة بممارسة سلطة الإشراف و المراقبة"، المجلة الجزائرية للأمن و التنمية، العدد 10، عنابة، 2017.

3– عصام بنحسن، " من سلطات الإدارة أثناء تنفيذ الصفقات العمومية خلال فقه قضاء المحكمة الإدارية"، مجلة الدراسات قانونية، العدد19، كلية الحقوق، جامعة صفاقس، سنة 2012.

4– عبد الحليم مجدوب، "سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان.

5– محمد حمودي، ومحمد علي،" مدى فاعلية ضوابط اللجوء للملحق في تنظيم الصفقات العمومية"، مجلة معالم للدراسات القانونية و السياسية، العدد 05، 2018.

6– د. محمد عبد الوهاب، "الإنهاء الانفرادي للصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة في ظل أحكام المرسوم الرئاسي 247/15"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، العدد9، جامعة زيان عاشور، الجلفة.

7– د. عبد القادر دراجي، "سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية"، مجلة المفكر، العدد10، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة.

8– أ. سورية دبش، "الجزاءات الإدارية غير المالية في قانون الصفقات العمومية 247/15"، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، العدد 09، جامعة سيدي بلعباس، 2016.

III – الأطروحات والمذكرات الجامعية:

أ– باللغة العربية:

1–حاحة عبد العالي، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012–2013.

2- خلاف بيو، حدود السلطة التقديرية للإدارة في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2019-2020.

3- زين العابدين بخوش، طرق تسوية الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2016-2017.

4- ياقوتة عليوات، تطبيقات نظرية العقد الإداري-الصفقات العمومية في الجزائر- أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2008-2009.

5-ربيحة سبكي، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.

6- سمية شريف، رقابة القاضي الإداري على منازعات الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وز، 2016.

7- سهام شقطمي، النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2010-2011.

8- عبد القادر محفوظ، سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد-دراسة مقارنة- مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014.

9- أسماء سعدي، منال الحاج، سلطات المصلحة المتعاقدة على ضوء المرسوم الرئاسي 15-247، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي التبسي، تبسة، 2016-2017.

10- بوسعيد محمود، بلمير عدنان، الإطار القانوني لملحق الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2018-2019.

11- جمال سعد الله، المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات من منظور التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2016-2017.

12- حسينة طبيش، سلطات الإدارة في العقد الإداري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2015-2016.

13- سميرة جرار، فسخ الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي 247/15 ، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2018-2019.

14- شتوان حنان، مسيليتي نبيلة، مداخلة بعنوان "فعالية قواعد إبرام الصفقات العمومية في حماية المال العام"، الملتقى الوطني حول "كيفية تكييف قانون الصفقات العمومية لآليات مكافحة الفساد وترشيد الإنفاق العام"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2017.

15- محمد بوناب، سلطات المصلحة المتعاقدة في تنفيذ الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي15-247، مذكرة ماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2015-2016.

16- بوقرة الحاج، علال العمري، تأثير خطر الزلازل على المناطق الحضرية (حالة حي 11-12-1960 بومرداس)، مذكرة ماستر، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2017-2018.

17- محمد أمين عثماني، سلطة الإدارة المنفردة في إنهاء العقد الإداري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور الطاهر مولاي، سعيدة،2015-2016.

18- معوش حفيظة، مسيلي صورية، جرائم الفساد في مجال عقود الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247/15، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016-2017.

19- حفيظة نقماري، أحكام الخطأ وفقا للقانون الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2015-2016.

ب- باللغة الأجنبية:

1- Aiad shwekat, les droits et les obligations des parties au contrat administratif dans les droits français et libyen-étude comparative-, thèse de doctorat, Université de toulouse, France, 2016.

IV- القرارات القضائية:

1-مجلس الدولة، الغرفة الأولى، القرار رقم 004605، الصادر بتاريخ 2002/05/27، غير منشور.

2- مجلس الدولة، الغرفة الأولى، القرار رقم 009768، الصادر بتاريخ:2003/05/20، غير منشور.

3- مجلس الدولة، الغرفة الأولى، القرار رقم 008411، الصادر بتاريخ: 2003/03/25، غير منشور.

4- مجلس الدولة، الغرفة الأولى، القرار رقم010605، الصادر بتاريخ 2004/01/20، غير منشور.

5- مجلس الدولة، الغرفة الأولى، القرار رقم 007887، الصادر بتاريخ2003/06/17، غير منشور.

6- مجلس الدولة، الغرفة الأولى القرار رقم 099714، مؤرخ في 2016/11/03، غير منشور.

7- مجلس الدولة، الغرفة الأولى، القرار رقم 22350، المؤرخ في 2005/07/12، رشيد خلوفي، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، منشورات كليك، 2013.

8- مجلس الدولة، الغرفة الأولى، القرار رقم2089، المؤرخ في 2005/07/12، منشور، رشيد خلوفي، مرجع سابق، الجزء3، 2013.

9- المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 65145، المؤرخ في1989/12/16، منشور، رشيد خلوفي، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، 2013.

10- المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، القرار رقم 62252، المؤرخ في 1988/12/31، منشور، رشيد خلوفي، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات كليك، 2013.

11- المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، القرار رقم43731، المؤرخ في 1985/11/09، منشور، رشيد خلوفي، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات كليك، 2013.

V- المواقع الإلكترونية:

1- Mathilde peraldi, article sur la résiliation d'un marché public, 2015, Disponible sur le sit www.peraldi-avocat.fr, Montrez- le 09-06-2020, à l'heure 20 :30.

الفهرس

الفهرس

	الصفحة
مقدمة	01
الفصل الأول: سلطات المصلحة المتعاقدة في مواجهة إخلال المتعامل الاقتصادي بالتزاماته التعاقدية	07
المبحث الأول: سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة	08
المطلب الأول: مفهوم سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة	09
الفرع الأول: المقصود بسلطة الإشراف والتوجيه والرقابة	09
الفرع الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإشراف والتوجيه والرقابة	15
المطلب الثاني: مظاهر وضوابط سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة	18
الفرع الأول: مظاهر سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة	18
الفرع الثاني: ضوابط سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة	25
المبحث الثاني: سلطة توقيع الجزاءات	30
المطلب الأول: سلطة توقيع الجزاءات غير الفاسخة للصفقة	30
الفرع الأول: سلطة توقيع الجزاءات المالية	31
الفرع الثاني: سلطة توقيع الجزاءات الضاغطة	41
المطلب الثاني: سلطة توقيع الجزاءات الفاسخة للصفقة	52
الفرع الأول: مفهوم الفسخ الجزائي	53
الفرع الثاني: أنواع الفسخ الجزائي	56
الفرع الثالث: الآثار المترتبة على الفسخ الجزائي	58
خاتمة الفصل الأول	60
الفصل الثاني: سلطات المصلحة المتعاقدة لمواجهة متطلبات المرفق العام	61
المبحث الأول: سلطة تعديل شروط الصفقة العمومية	62
المطلب الأول: الإطار العام لسلطة تعديل شروط الصفقة العمومية	63
الفرع الأول: الأساس القانوني لسلطة تعديل شروط الصفقة العمومية	63
الفرع الثاني: مظاهر وضوابط سلطة تعديل شروط الصفقة العمومية	68
الفرع الثالث: آلية ممارسة سلطة تعديل شروط الصفقة العمومية	74

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على تعديل شروط الصفقة العمومية	79
الفرع الأول:مسؤولية المصلحة المتعاقدة دون خطأ	79
الفرع الثاني: مسؤولية المصلحة المتعاقدة على أساس الخطأ العقدي	85
المبحث الثاني: سلطة إنهاء الصفقة العمومية	88
المطلب الأول: الإطار العام لسلطة إنهاء الصفقة العمومية	88
الفرع الأول: أهداف سلطة إنهاء الصفقة العمومية	89
الفرع الثاني: أسس سلطة إنهاء الصفقة العمومية	91
المطلب الثاني: ضوابط وآثار سلطة إنهاء الصفقة العمومية	97
الفرع الأول: ضوابط سلطة إنهاء الصفقة العمومية	97
الفرع الثاني: الآثار المترتبة على إنهاء الصفقة العمومية	103
خاتمة الفصل الثاني	112
خاتمة	113
الملاحق	116
قائمة المصادر والمراجع	122
الفهرس	129

ملخص

تتمتع المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقات العمومية بسلطات واسعة واستثنائية، تسعى من خلالها إلى إحكام الرقابة على الصفقات العمومية، باعتبارها المحرك الأساسي لعجلة التنمية الاقتصادية للدولة، وارتباطها مباشرة بالمال العام، الذي تسعى دوما لحمايته من خلال التصدي لجميع محاولات التلاعب به وإهداره، تتجلى هذه السلطات في سلطات في مواجهة إخلال المتعامل الاقتصادي بالتزاماته التعاقدية وسلطات لمواجهة متطلبات المرفق العام.

رغم خطورة هذه السلطات التي من المفترض أن تشكل وسائل قانونية قوية لحماية المال العام، إلا أن الواقع يكشف لنا في كثير من الأحيان، تلاعبات تمارسها المصلحة المتعاقدة بمفردها، أو بتواطؤ مع المتعامل الاقتصادي، تحت غطاء هذه السلطات، متحايلة بذلك على القوانين سعيا منها للربح غير المشروع، والنتيجة صفقات لا تمت بصلة للغاية التي أبرمت من أجلها.

Abstract

The contracting authority has, during the execution of public transactions, wide and exceptional powers, through which it seeks to tighten control over public transactions, as it is the main leverage for the economic development, beside its direct connection to public funds which it seeks always to protect by preventing all attempts of manipulating or wasting. These powers include facing any breaching of contractual obligations by the economic Trans actor, and powers to face any public utility requirements.

Despite the gravity of these powers, which are supposed to form a strong legal means to protect public funds, the reality often reveals many manipulations practiced by the contracting authority alone, or in collusion with the economic trans actor, under the cover of these authorities, thus circumventing the laws in pursuit of illegal profits, and the result is very unrelated transactions for which it was concluded.