جامعة محمد خيضر بسكرة

كليـة الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

سلطة تدخل الإدارة في تعديل الصفقة العمومية في الجزائر

مذكرة تخرج من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص قانون إداري

إعداد الطالـب :

عبد الكريم بو لقداير

إشراف الأستاذ:

قروف موسى

الموسم الجامعي: 2014/2013

إهـــداء

أهدي ثمرة جهدي

إلى الوالد العزيز رحمه الله وطيب ثراه

إلى أسمى و أحن شيء في الوجود إلى والدتي أطال الله عمرها

إلى أخواتي و الإخوة الأعزاء

إلى الزوجة المحترمة

إلى حبيبة قلبي البرعم الصغير و فرحة الدنيا ابنتي أسماء.

إلى كل من ساهم و شارك معي في إثراء هذا العمل المتواضع

إلى كل الأحبة و الأصدقاء و رفقاء الدرب و زملاء الدراسة

شكر وعرفان

الشكر لله سبحانه و تعالى أولا وأخيرا

والشكر الخاص والتقدير البالغ المقرون بالمحبة و الإحترام إلى الأستاذ **قروف موسى** الذي شرفني ومنحني ثقته بقبوله الإشراف على هذه الدراسة وعلى ما أسداني من نصح مخلص وتوجيهات سديدة.

أدامه الله منارة للعلم ومتعه الله بالصحة و العافية والتوفيق.

كما لا يفوتني أن أتوجه بالشكر الجزبل إلى أساتذتي الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة المحترمين

وكما أتقدم بحسن الثناء و جزيل الشكر وجميل العرفان إلى كل من قدم لنا يد المساعدة من قريب أو بعيد، لإنجاز هذا البحث المواضع

أقول لكل هؤلاء جزاكم الله عنا كل خير

الفهـــــــــــرس

إهـــداء

شكـــر و عرفـــان

المقدمـــة.....01

الفصل الأول: ماهية سلطة تعديل الصفقة العمومية كسلطة من سلطات الإدارة.....06

المبحث الأول : مفهوم سلطة التعديل.....07

المطلب الأول : تعريف سلطة التعديل.....07

الفرع الأول: التعريف التشريعي.....09

أولا : قانون الصفقات العمومية الأول أمر 67-90.....10

ثانيا : المرسوم المتعلق بصفقات المتعامل العمومي 82-145.....11

ثالثا : المرسوم التنفيذي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية 91-343..... 11

رابعا : المرسوم الرئاسي 02-250 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية..... 11

خامسا : المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.... .....11....

الفرع الثاني : التعريف القضائي..... 12

الفرع الثالث : التعريف الفقهي..... 13

المطلب الثاني : الأساس القانوني لسلطة التعديل.....15

الفرع الأول: فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام..... 15

الفرع الثاني : معيار المرفق العام ومقتضيات سيرهبإنتظام وإضطراد.....16

المبحث الثاني : نطاق سلطة التعديل والقيود الواردة عليها.....17

المطلب الأول : مدى سلطة التعديل (صور التعديل) 17

الفرع الأول : التعديل في حجم الأداءات.....18

أولا : في عقد الأشغال العامة.....19

ثانيا : في عقد التوريد 20

الفرع الثاني : التعديل في وسائل تنفيذ الأداءات..... 21

الفرع الثالث : التعديل في مدة تنفيذ العقد..... 22

المطلب الثاني : القيود الواردة على سلطة الإدارة في التعديل.....23

الفرع الأول : القيود العامة التي ترد على سلطة التعديل..... 23
أولا : اقتصار حق التعديل على الشروط المتعلقة بالمرافق العامة. 24
ثانيا : اقتصار التعديل على موضوع العقد.....25
ثالثا : أن يصدر التعديل في حدود القواعد العامة للمشروعية الإدارية.....26
رابعا : أن يكون قرار التعديل الصادر بسبب تغير الظروف.....28
الفرع الثاني : القيود الخاصة على سلطة الإدارة في التعديل.....31

الفصل الثاني: الآثار الناتجة عن تعديل الصفقة العمومية في ظل التشريع الجزائري.. 33
المبحث الأول : آثار سلطة التعديل في عقد الأشغال العامة و التوريد.....33
المطلب الأول : آثار سلطة التعديل في عقد الأشغال العامة..... 34
الفرع الأول : أساس التعويض.....34
أولا : المسؤولية التعاقدية للإدارة 34
ثانيا : المساواة أمام الأعباء العامة..... 35
ثالثا : مبدأ التوازن المالي للصفقة..... 36
الفرع الثاني : نظام التعويض.....37
أولا : طبيعة التعويض..... 37
ثانيا : أثار التعويض..... 38
الفرع الثالث : الحالات الاستثنائية التي يستبعد فيها التعويض الكامل.....38
المطلب الثاني : اثار سلطة التعديل في عقود التوريد..... 39
الفرع الأول : سلطة تعديل عقود التوريد العادية..... 41
الفرع الثاني : سلطة التعديل في عقود التوريد الصناعية..... 42
الفرع الثالث : حدود سلطة التعديل في عقد التوريد..... 43
المبحث الثاني : تسوية النزاعات الناشئة عن سلطة التعديل..... 45
المطلب الأول : التسوية الودية للنزاع..... 46
الفرع الأول : ضوابط التسوية الودية.....47
أولا : طبقا لأحكام المرسوم الرئاسي 10- 236..... 47
ثانيا : التظلم في النزاعات الناشئة عن سلطة التعديل..... 50

الفرع الثاني : التحكيم كآلية لفض نزاعات تعديل الصفقة العمومية..... 54
أولا: ماهية التحكيم..... 55
ثانيا: مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم لفض نزاعات تنفيذ الصفقة العمومية..... 56
المطلب الثاني : التسوية القضائية للنزاعات المترتبة على سلطة التعديل.....59
الفرع الأول: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في تعديل الصفقة العمومية.....59
أولا : تحديد الاختصاص القضائي..... 60
ثانيا : أوجه ممارسة الدعوى..... 63
الفرع الثاني : اختصاص القضاء الكامل بنظر منازعات سلطة التعديل..... 64
أولا: دعوى بطلان التعديل..... 65
ثانيا : دعوى فسخ العقد..... 66
الفرع الثالث : اختصاص قضاء الإلغاء بالطعن في قرار التعديل..... 69
أولا : إلغاء القرار الإداري المنفصل الخاص بالتعديل..... 70
ثانيا : أسباب الطعن بالإلغاء في القرار المنفصل الخاص بالتعديل..... 71
ثالثا : أثر الحكم بإلغاء القرار المنفصل..... 77
الخاتـــــــــــــمة..... 79
قائمة المراجع..... 82
الفهرس 86

قائمـة المصادر والمراجـع

ا

أولا: النصوص الرسمية:

أ- القوانين العضوية:

- القانون العضوي 01/98 المؤرخ في 1998/05/30 المتعلق بمجلس الدولة، ج، ر، 37، سنة 1998.

ب- القوانين العادية

1- قانون رقم 01/88 المؤرخ في 1988/01/12 المعدل و المتمم المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية،ج، ر، عدد 02 الصادر سنة 1988.

2- القانون رقم 02/98 المؤرخ في 1998/05/30 المتعلق بالمحاكم الإدارية.ج، ر 37، سنة 1998.

3- القانون رقم 08/09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

جـ – المراسيم و الأوامر

1- المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 27 افريل 1993، المعدل المتمم للأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08جوان 1966 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية، جريدة الرسمية عدد 27 الصادرة في 1993/04/27 .

2- مرسوم رقم 145/82 المتضمن الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي الجريدة الرسمية عدد 15 المؤرخة في 13/ 04/ 1982.

3- المرسوم رقم 131/88 المؤرخ في 04 جويلية1988 المتضمن تنظيم علاقات الإدارة بالمواطن.

4- المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 2002/07/24 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد52، المؤرخة في 2002/07/28.

5- المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 28 شوال عام 1413الموافق ل 07 أكتوبر 2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

6- المرسوم التنفيذي 434/91 المؤرخ في 1991/11/09 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج، ر عدد 57 المؤرخة في 1991/11/13.

7-الأمر 67-90 المؤرخ في 1967/06/17 المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج.ر، 52.

د- القرارات و المقررا ت

1- القرار الوزاري الصادر في 1964/11/21، المتضمن دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الاشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء و الأشغال العمومية و النقل، الجريدة الرسمية العدد رقم 06، المؤرخة في 1965/01/19 .

2- تعليمة وزير الداخلية الجزائري المؤرخة في 1994/09/07 الموجهة إلى السادة الولاة بالاتصال مع رؤساء الدوائر و رؤساء المجالس الشعبية البلدية و رؤساء المندوبيات التنفيذية تحت رقم 842/03 المتعلقة بإمتياز المرافق العمومية المحلية و تأجيرها.

ثانيا: المراجع باللغة العربية

1- إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، مكتبة الفلاح، الكويت،الطبعة الأولى، سنة 1981.

2- أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الادارية ترجمة د. محمد عرب مصيلا ، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1996.

4- ثروت بدوي، مبادئ القانون الإداري، القاهرة، سنة 1971.

5- خالد محمد القاضي ، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، الطبعة الأولى، مصر، سنة 2000

6- جمال عباس أحمد عثمان، في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، المكتب العربي الحديث، سنة 2007.

7- حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية (المبادئ الأسس العامة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1998.

8- رمزي طه الشاعر، قضاء التعويض مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، دون ذكر المصدر، سنة 1992.

9- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، القاهرة 2005.

10- شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثالث، نظرية الإختصاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.

11- ظريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، سنة 2010.

12- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، سنة 2005.

13- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر-المحلة الكبرى، سنة 2005.

14- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر 2009.

15- عمار بوضياف، دعوى الإلغاء، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، سنة 2009.

16- عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 2005.

17- عمر حلمي، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري و ضمانات المتعاقد في مواجهتها، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1996.

18- لعشب محفوظ، الوجي ز في القانون الإقتصادي، النظري ة العامة وتطبيقاتها في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1993.
19- ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، سنة 1994.
20- محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، سنة 2007.
21- محمد الصغير بعلي، القانون الإداري(التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، سنة 2004.
22- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر، عنابة، سنة 2005.
23- محمد رفعت عبد الوهاب وحسين عثمان محمد عثمان، مبادئ القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2001.
24- محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الفكر العربي، الإسكندرية، دون ذكر السنة.
25- محمد عبد العال السنا ري، مبادئ و أحكام العقود الإدارية في مجال النظرية و التطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، دون ذكر السنة.
26- محمود حلمي، العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، سنة 1977.
27- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1988.
28- مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2007.
29- مهند مختار نوح، الإيجاب و القبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2005.
30- لعشب محفوظ، الوجي ز في القانون الإقتصادي، النظري ة العامة وتطبيقاتها في الجزائر، د.م.ج، الجزائر، سنة 1993.
31- ناصر لباد، القانون الإداري، النشاط الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، الناشر لباد، الجزائر، سنة 2004.

ثالثا :المؤلفات باللغة الفرنسية

01- Andrè De l'aubadère et Moderne franck et Delvolvè pierre, traite des contrats administratifs, tome 2, L.G.D.J, Paris, année 1984.
02- Flamme (Maurice André), Traité théorique et pratique des, marchés publique tome02, Bruxelles, Bruylant, année 1969.
03-Richer. L, Les contrats administratifs, Dalloz, Paris, année 1991.

رابعا : الرسائل و المذاكرات الجامعية باللغة العربية

1-رسائل الدكتوراه

01- إبراهيم بن مدخن، ضمان الإستثمار الأجنبي الخاص ومنازعاته، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عنابة، سنة 2008.

02- سعيد عيد الرزاق باخبيرة، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2007.

03- علي عبد العزيز الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، سنة 1975.

02- مذكرات ماجستير

01- بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008.

02- بوشكيوة عثمان، التوازن المالي للصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، المركز الجامعي سوق أهراس، سنة 2004.

03- جوادي نبيل، دفاتر الشروط في القانون الاداري الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2005.

04- خضري حمزة، منازعات الصفقات العمومية في الشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، 2004.

05- عبد الوهاب علاق، الرقابة على الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، سنة 2004.

06- قرانة عادل، سلطات الإدارة العامة في العقد الإداري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عنابة، سنة 2004.

07- موسى نورة، التظلم الإداري المسبق والصلح في المنازعات الإدارية، مذكرة ماجستير، جامعة تبسة، سنة 2005.

08- نويري سعاد، النظام القانوني لعقود المؤسسات العمومية الاقتصادية في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عنابة، سنة 1999.

خامسا: المنشورات والمقالات

01 -أنور أحمد رسلان، "الصعوبات المالية غير المتوقعة، مجلة القانون و الإقتصاد"، القاهرة، السنة 48، العدد 03-04، سبتمبر- ديسمبر، سنة 1978.

02- عبد العاطي عبد المقصود بدر، "المخاطر الإدارية"، مجلة المحاماة، مصر، العدد الأول والثاني، السنة71، يناير- فيفري، سنة 1991.

03- محمود عبد المجيد المغربي، "المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وأثارها القانونية"، دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق"، لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، 1998.

04- يحي خير الدين، "القضاء المستعجل في العقود الإدارية"، مجلة إدارة قضايا الحكومة، القاهرة، السنة الثالثة، العدد الأول، (يناير، مارس)، 1959.

05- يوسف السهيلي، عرض ملخص مقال منشور للأستاذ أندري لوبادير باللغة العربية، سلطة الإدارة في أن تفرض من جانب واحد تعديلات على شروط العقد، مجلة إدارة قضايا الحكومة، مصر، السنة الأولى، العدد الرابع، أكتوبر- ديسمبر، 1957.

سادسا: الأحكام القضائية الجزائرية

01- قرار المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، الصادر بتاريخ 1985/11/9، ملف رقم 43731، منشور بالمجلة القضائية، العدد2، سنة 1990.

02- قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ 1989/12/16، ملف رقم 65145، قضية (ع.ط) ضد والي قالمة، المجلة القضائية الجزائرية، العدد الأول، سنة1991.

03- قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، القسم الأول، بتاريخ 02-01-2003، فهرس 012، قضية بلدية عين الكحيل ضد مجاهد عبد الرحمان.

04- قرارمجلس الدولة، بتاريخ 16-12-2003، الغرفة الأولى، ملف رقم 0011136، فهرس 917، قضية حرازي عائشة ضد بلدية أولاد عيش.

05- قرار مجلس الدولة، بتاريخ 20-01-2004، الغرفة الأولى، القسم الأول، ملف رقم 013565، فهرس 83، قضية بلدية باتنة ضد المؤسسة العمومية الاقتصادية للبناء وتوفير الخدمات.

06- قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، القسم الأول، بتاريخ 09-05-2007، ملف رقم 035101، فهرس رقم 456، قضية بلدية بريكة ضد مقاولة أشغال البناء وجميع هياكل الدولة.

خـــــاتـــــــمَـــــــــــة

من خلال هذه الدراسة المتواضعة يتبين لنا أن سلطة الإدارة في تعديل الصفقة العمومية امست نظرية قانونية، وسلطة مسلم بها مثلها مثل باقي العقود الإدارية، وهي إحدى الإمتيازات الضرورية التي تحتاج إليها الإدارة لحسن سير المرفق العام، وضرورة فرضتها المصلحة العامة، ومن ثم كان لابد وأن تتمتع الإدارة بهذه السلطة الاستثنائية، وذلك لكي توازن بين التغيرات السريعة المستمرة والتقلبات الإقتصادية و إحتياجات المرافق العامة.

وتبعا لذلك فقد إعترف التشريع والقضاء الإداري في الجزائر بهذه السلطة، وتكمن سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل بنود الصفقة في تعديل مدى إلتزامات المتعاقد معها، وذلك على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، فيمكنها أن تزيد أو تنقص منها كما يمكنها أن تطلب تنفيذ وسيلة متقدمة عن تلك المتفق عليها في موضوع العقد، ويمكن كذلك أن يصل التعديل إلى تخفيض مدة التنفيذ الأداءات وقد يؤول بالعقد إلى الفسخ وهو أقصى صورة لسلطة التعديل .

وقد إعترف المشرع الجزائري بسلطة الإدارة في تعديل الصفقة العمومية، فيمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعدل العقد الإداري بإرادتها المنفردة وذلك من خلال آلية الملحق " L'avenant". وتجد أساسها القانوني في أحكام المادة 103 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

من خلال دراستنا لموضوع سلطة الإدارة في تعديل الصفقة العمومية ابتغينا أن تكون الخاتمة إشارة إلى ما توصلت إليه هذه الدراسة من نتائج، نلخصها في مايلي:

- ❖ إن سلطة الإدارة في تعديل العقد ليست مطلقة بل هي مقيدة من عدة وجوه لعل من أهمها ما يلي:

- إن سلطة التعديل لا تتناول جميع شروط لعقد ، وإنما تقتصر على تلك المتعلقة بتسيير المرفق العام ومن ثم فإن الإدارة لا تمتلك تعديل شروط العقد الأخرى والمنبتة الصلة بتسيير المرفق العام.

- أنه حتى في المجال الذى تملك الإدارة تعديله من شروط العقد تتقيد سلطتها في التعديل بألا تتجاوز حدا معينا، بحيث يجوز للمتعاقد إذا ما خرجت الإدارة عن هذه الحدود أن يمتنع عن التنفيذ ويطالب بفسخ العقد ، كذلك إذا أدى التعديل إلى خلق عقد جديد فالإدارة إذن ملزمة حين تستعمل سلطة التعديل بألا تغير في مضمون العقد الأصلي أو أن تقلب إقتصادياته

رأسا على عقب ، بحيث يجد المتعاقد نفسه أمام عقد جديد ما كان ليبرمه عند بداية التعاقد لأنه يفوق إمكانياته المالية أو الفنية، فللإدارة سلطة تعديل العقد بحيث لا يصل التعديل إلى الحد الذى يخل بتوازنه المالي وإلا كان للطرف الآخر في هذه الحالة التمسك بإعتبار العقد مفسوخا والمطالبة بالتعويضات إن كان له وجه حق.

– كما أن سلطة التعديل ليست مطلقة من كل قيد ، وأن جهة الإدارة لا تمتلك أن تمس المزايا المالية المتفق عليها في العقد والتي يتمتع بها المتعاقد معها.

– يجب على الإدارة المتعاقدة أن تلتزم حدود المشروعية القانونية وهو ما يستلزم صدور التعديل من السلطة المختصة قانونا بإجراءاته.

فيجوز لجهة الإدارة أن تعدل من شروط العقد الإدارى ، فلا سبيل إلى قيام هذا التعديل والإعتداد به قانونا ما لم تلتزم عند إجرائه قواعد الإختصاص المقررة ، فلا يتأتى التعديل إلا من السلطة المختصة بإجرائه ولا ينتج ما عدا ذلك من التعليمات الصادرة من غير هذه السلطة أثرا ما في تعديل العقد وتحوير آثاره وتغيير مقتضاه.

❖ خص المشرع الجزائري مسائل التسوية للنزاعات المترتبة على سلطة تعديل الصفقة العمومية، في إطار الأحكام التشريعية و التنظيمية، بنص المادة المادة 115 من المرسوم الرئاسي 10–236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، على وجوب أن تبحث المصلحة المتعاقدة عن حل ودي كلما سمح الحل بإيجاد توازن للتكاليف المترتبة على كل من الطرفين، وذلك قبل اللجوء إلى الهيئات القضائية الفصل في النزاع.

– إمكانية رفع طعن أو تظلم من طرف المتعامل المتعاقد، قبل كل مقاضاة أما العدالة، بشأن عدم التوصل إلى حل يعيد التوازن المالي للصفقة، ويكون التظلم أمام اللجنة الوطنية المختصة.

– إمكانية اللجوء إلى التحكيم، على إعتبار أنه كان محظور على الأشخاص المعنوية في نزاعات الصفقات طلب اللجوء إلى هذا الحل، إلا أنه بصدور قانون الإجراءات المدنية 08–09 أزال اللثام عن آلية التحكيم ، وأصبح طلبه مباح للأشخاص المعنوية العامة.

❖ تخضع قرارات الإدارة بالتعديل في مختلف أنواع العقد الإداري لرقابة القضاء الإداري اللاحقة بوجهيها المشروعية و الملائمة وبذلك يتخلص المتعامل المتعاقد من أثار القرار غير الصحيح سواء لعدم مشروعيته أو لعدم وجود ما يبرره. و التأكد من مدى تناسب موضوع التعديل مع مقتضيات حسن سير المرفق العام، والتأكد من مدى علاقته بالصفقة الأصلية و

بالحدود المالية المنصوص عليها تشريعا، وعن ما إن كان هناك تعسف في إستعمال سلطة التعديل.

وفي ضوء النتائج المقدمة سابقا والتي توصلنا إليها بعد هذه الدراسة، فإنه يمكن ان نقدم بعض الإقتراحات أو التوصيات للمساهمة في إثراء موضوع سلطة الإدارة في تعديل الصفقة العمومية، نوجزها فيما يلي:

- الحرص على النص صراحة وبوضوح في أثناء إبرام العقد على سلطات الإدارة وإلتزاماتها وكذلك الحال بالنسبة للمتعامل المتعاقد، و ذلك قصد عدم وجود مجال للشك في تفسير معاني هذا النص أو ذاك، وذلك حين إثارة نزاع بشأن سلطة من السلطات.
- على مستوى التأطير نقترح:

– إعتماد تكوين الإطارات في ميدان الصفقات العمومية لتفادي عدم تماشي الكفاءات مع الإصلاحات الجديدة.

فالإصلاح يجب أن يكون متكيفا مع طبيعة النظام ويتماشى معه من حيث المؤسسات، الوسائل وطرق التسيير وآليات الرقابة الناجعة، لذا وجب قيام إصلاح إداري شامل في ظل كل التحولات المحلية والدولية التي تعرفها المرافق العمومية.

– إعداد الدورات و الورشات المتخصصة في هذا المجال.

– تبني أفكار الحكم الراشد كسياق جديد ومتطلب لتسيير مصالح الجمهور و عصرنة المرافق العمومية، وضرورة توسيع دائرة الفاعلين وفق شراكة حقيقية بين الإدارة والمتعاملين الخواص قائمة على التنسيق

والإنسجام، وتستمد مصداقيتها من مبدأ الشفافية.

الفصل الأول : ماهية التعديل كسلطة من سلطات الادارة

في الحقيقة لا يمكننا تأسيس حق التعديل إلا على مستلزمات المرافق العامة، وتغيراته ا المفاجئة، والفكرة العامة في ذلك تتمثل في أن الإدارة يجب أن لا تتقيد بشكل غير محدود لعقود صارت غير متكيفة مع حاجات المرفق[1].

ذلك لان العقد يرتبط بالمرفق العام الذي يتميز بدوره بقابليته للتغيير و التعديل، مما يعني ضرورة تمتع العقد بنفس درجة المرونة التي يتمتع بها المرفق و إلا أدى إلى جمود العقد و بالتالي إلى جمود المرفق، وإنقلب العقد الذي وإنقلب العقد الذي كان وسيلة لتسيير مهمة المرفق إلى قيد عليه[2].

وبالتالي فان العملية التعاقدية الإدارية تتم على أساس انصراف نية الطرفين إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق، وتحقيق المصلحة العامة، مما يترتب عليه تمتع الإدارة باعتبارها صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد تسييره –بحق تعديل العقد بما يوائم هذه الضرورة ، و تحقق تلك المصلحة [3].

ومن خلال ذلك سنتطرق إلى المضمون العام لسلطة التعديل من خلال بيان تعريف لسلطة التعديل و كذلك الأساس القانوني لسلطة التعديل.

وقد قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين ، في المبحث الأول نتطرق لمفهوم سلطة التعديل اما في الثاني فنتناول نطاق سلطة التعديل و القيود الواردة عليه

---

(1) د/ مهند مختار نوح، الإيجاب و القبول في العقد الإداري دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2005، ص131.

وأيضا د/ أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة الدكتور محمد عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، سنة 1996، ص 383.

– سيأتي الحديث عن فكرتي المرفق العام والسلطة العامة ضمن دراسة الأساس القانوني لسلطة الإدارة في التعديل.

(2) د/ عمر حلمي، سلط ة الإدارة في تعديل العقد الإداري و ضمانات المتعاقد في مواجهتها، دا ر النهضة العربية، القاهرة، سنة 1996، ص 104.

(3) د/ مهند مختار نوح، نفس المرجع و الصفحة سابقا.

المبحث الأول : مفهوم سلطة التعديل

المطلب الأول: تعريف سلطة التعديل

إن العقد الإداري شأنه شأن كل عقد، ينشئ حقوقا و التزامات متبادلة بين طرفيه، غالبا ما تكون منصوصا عليها في العقد، "غير أن علاقة الإدارة بالمتعاقد معها في العقد الإداري تختلف إختلافا كبيرا عن العلاقة التي تربط المتعاقدين في العقود المدنية" [1].

ذلك أن علاقة الإدارة بالأفراد في العقود الإدارية تتميز بطابع خاص يختلف عن علاقة الأفراد ببعضهم البعض، مما أدى إلى وجود قواعد تناسب طبيعة نشاط الإدارة وهدفها ". [2]

ومرجع ذلك أن الإدارة بإستخدامها وسيلة العقد الإداري، تهدف إلى تسيير المرفق العام الذي تقوم عليه رعايته، لذلك يبدو طبيعيا "عدم تساوي المركز القانوني للمتعاقدين والإدارة تشغل مركزا متميزا عن الأفراد وذلك بحكم سهرها على تحقيق الصالح العام، ومن ثم فهي تتمتع بسلطات إستثنائية"[3].

وهنا تظهر قاعدة عدم المساواة المميزة للقانون الإداري بصفة عامة بحسب قول عامة الفقه، حيث توجد عدم مساواة قانونية بين طرفي العقد الإداري وبين الفرد الذي يهدف إلى مصلحته الخاصة والحصول على الأرباح، وبين الإدارة التي تسعى إلى تحقيق هدف المرفق العام، فتتمتع من أجل ذلك بإمتيازات إستثنائية [4].

ولكن الحال على خلاف ذلك بالنسبة للعقد الإداري ،فهو بلا شك لا يلزم الإدارة لذات الطريقة التي يلزم بها العقد العادي أحد الأفراد، فكل العقود الإدارية أبعد من أن تتضمن علاقة

---

(1) يحيى خير الدين، القضاء المستعجل في العقود الإدارية، مجلة قضايا الدولة، السنة03، العدد الأول، يناير–مارس1956، ص 102ومابعدها.

(2) رمزي طه الشاعر، قضاء التعويض مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، دون ذكر المصدر، سنة 1992، ص 09.

(3) أنور أحمد رسلان، الصعوبات المالية غير المتوقعة، مجلة القانون و الاقتصاد، دون ذكر المصدر، السنة48، العدد 03–04 ،1978، ص823.

(4) سعيد عبد الرزاق باخبيرة، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة2008، ص149–150.

ثابتة لا يجوز المساس بها، بل هي على العكس علاقات مرنة يمكن للإدارة تعديلها بإرادتها المنفردة [1].

إن فكرة المرفق العام و مسؤولية الإدارة عن تنظيمه وتسييره ؛ التي إستلزمت منح الحق للإدارة في توقيع الجزاء، وكذلك في رقابة و توجيه المتعاقد معها بهدف تحقيق الصالح العام و مقتضيات المرفق العام، " فإن هذه الفكرة عينها إقتضت منح الإدارة سلطة تعديل شروط العقد بالزيادة أو النقصان أو بالتغيير أو التعديل، لا سيما أن من القواعد الضابطة لسير المرافق العامة، قابلية المرفق العام للتعديل و التغيير، ولا يقبل أن تقف الإدارة مكتوفة اليد و تعجز عن تنفيذ واجباتها نحو تعديل نظام سير المرفق العام لمجرد أن
التعاقد معها فرض عليها بمقتضى العقد الوقوف جامدة أمام الحاجة إلى التغيير"[2].

وسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري هي حق ثابت لها بوسع الإدارة إستعمالها ولو خلا العقد من نص بشأنه، وحتى لو إنطوى العقد على نص يحظره ، حيث يبطل النص و يبقى الحق دائما، وحتى لو وجد نص العقد يجيز للإدارة تعديل العقد، فإن هذا النص لا يعدو دوره أن يكون كاشفا للحق لا منشئا له.

و نظرا لإستناد سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري لفكرة المرفق العام، فإن حق إستعمالها يتصل بالنظام العام ؛ الأمر الذي يجوز معه للإدارة التنازل عن إستعمالها[3].

ويكاد فقه القانون و القضاء المقارن يجمع على أن كل العقود الإدارية قابلة للتعديل من جانب الإدارة لوحدها. وتأصيل ذلك يعود لحسن سير المرافق العامة، فتستطيع الإدارة إذا اقتضت المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام أن تعدل في مقدار إلتزامات المتعاقد معها بالزيادة أو النقصان. وهذا الحق ثابت للإدارة ولو لم يتم النص عليه في العقد، ذلك أن عقود

---

(1) علي عبد العزيز الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، عين شمس، سنة 1975، ص54.

(2) سعيد عبد الرزاق باخبيرة، الرسالة السابقة، ص152-153.

– جوادي نبيل، دفاتر الشروط في القانون الإداري الجزائري (دراسة متعلقة بعقود الإدارة العامة)، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة2005، ص156.

(3) د/ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، سنة 1995، ص 441.

القانون الخاص إذا كانت تقوم على فكرة المساواة بين طرفي العقد دون تمييز أو مفاضلة على طرف. فإن العقد الإداري يقوم على تفضيل المصلحة العامة[1].

وإن كان مبدأ ثبات العقد الإداري – من زاوية أخرى – كما هو في عقود القانون الخاص لا يتماشى و أوضاع الإدارة في تحقيقها للمصلحة العامة نظرا للمستجدات التي قد تطرأ، كان لابد للإدارة من أن تخرج عن مبدأ ثبات العقد هذا حتى تستطيع الوصول إلى تحقيق أهدافها الموجودة من العقد، وذلك بإخضاع عقودها الإدارية إلى مبادئ أخرى تحقق هذا الغرض ، على خلاف التشريعات المدنية الحديثة، التي تسلم بان العقد لشريعة المتعاقدين إذ لا يجوز لأحد طرفيه أن يقوم بتغيير جوهر العقد الإداري والتزاماته المنصوص عليها بحجة ظهور ما يستلزم ذلك[2].

من منطلق أن التعريف التشريعي يعلو على بقية التعريفات الأخرى. وبالنظر للدور الكبير والرائد للقضاء الإداري كان علينا أن نسوق أولا التعريف التشريعي لنتبعه بالتعريف القضائي ثم نتوج جهود المشرع والقضاء بتبيان جهود الفقه.

وعليه قسمنا هذا المطلب إلى ثلاثة فروع نستعرض في:

الفرع الأول: التعريف التشريعي.

الفرع الثاني: التعريف القضائي.

الفرع الثالث: التعريف الفقهي.

<u>الفرع الأول</u> : التعريف التشريعي

لقد تناول المشرع الجزائري عبر قوانين الصفقات المختلفة سلطة التعديل حسب التدرج الزمني الآتي:

(1) د/عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر و التوزيع، الطبعة الثانية، سنة 2009، ص 124.
– د/ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص54–55.

(2) سعيد عبد الرزاق باخبيرة، الرسالة نفسها، ص150.

أولا: قانون الصفقات العمومية الأول أمر 67-90[1]

حسب نص المادة 06 من الأمر: " إن دفاتر الشروط تحدد الشروط التي تبرم بموجبها الصفقات وتنفذ، وتشمل خاصة على مايلي:

1- دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على جميع صفقات الأشغال التوريدات والمصادق عليها بموجب مرسوم...".

فمن خلال ذلك فإن دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال نظمت سلطة الإدارة في تعديل الصفقة العمومية.

واستقصاء سريع لدفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الأشغال العامة، يلاحظ انه تضمن العديد من النصوص التي تعطي الإدارة الحق في التعديل الانفرادي [2]. علما أنه جاء في المرسوم المذكور أعلاه و تحديدا في مضمون المادة (08) منه أن للمصلحة المتعاقدة الحق دوريا في وضع الشروط التي توضح شروطها لإبرام و تنفيذ صفقاتها ومنها ما يتعلق بطبيعة الحال بسلطتها – المصلحة المتعاقدة – وحقها في تعديل صفقاتها التي تقدم عليها، وذلك من خلال دفاتر الشروط باختلافها، التي إعتبرها المشرع جزء لا يتجزأ من الصفقة عينها و تمثيلا لذلك جاء في نص البند الرابع و الخامس من المادة (12) منها ما يأتي: " **على المقاول أن ينفذ أوامر المصلحة التي تبلغ إليه، كما يخضع للتغييرات المفروضة عليه خلال العمل عندما يأمر بتلك التغييرات مهندس الدائرة أو المهندس المعماري بموجب أمر المصلحة**

كما تنص الفقرة (أ) من المادة (32) على أنه :"عندما يتبين أن التغييرات التي تأمر بها الإدارة أو تنتج عن ظروف غير متأنية من خطا أو عمل المقاول، فتتناول أهمية الأشغا ل بشكل تختلف فيه المقادير بما يفوق 35 % بزيادة أو نقصان عن المقادير المقيدة في التفصيل التقديري فيستطيع المقاول عندئذ أن يقدم عند انتهاء الحساب طلبا للتعويض مرتكزا على الضرر المسبب من جراء التعديلات الحاصلة...".

(1) الأمر 67-90 المؤرخ في 1967/06/17 المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج.ر، 52.

(2) أنظر القرار الوزاري المؤرخ في 1964/11/21 المتضمن دفاتر الشروط العامة المطبقة على صفقات الأشغال العمومية والنقل، الجريدة الرسمية العدد رقم 66، الصادر في 1965/01/19.

ثانيا:المرسوم المتعلق بصفقات المتعامل العمومي 82-145[1]

بالرجوع إلى أحكام المواد 93 إلى 97 نجدها وردت تحت عنوان الملحق فأجازت المادة 93 للمصلحة المتعاقدة إبرام ملحق تابع للصفقة الأصلية متضمن التعديل على بند أو بنود الصفقة العمومية، وفسرت المادة 94 المقصود بالملحق أنه: " وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة الأصلية هدفها زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل شرط أو عدة شروط تعاقدية في الصفقة الأصلية".

فمن خلال النص يتبين لنا أن سلطة الإدارة في تعديل الصفقة العمومية حسب أحكام المادة 94 هي الزيادة في الخدمات أو تقليلها أو تعديل شرط أو عدة شروط تعاقدية في الصفقة.

ثالثا: المرسوم التنفيذي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية 91-343[2]

لم يبتعد هذا المرسوم عن سابقيه وقدمت المادة 89 منه على أنه: " يمثل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة الأصلية ".

رابعا: المرسوم الرئاسي 02-250 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية[3]

قدمت المادة 90 من المرسوم الرئاسي تعريف للملحق بقولها: " يمثل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة الأصلية ".

خامسا:المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية[4]

وهو الأم ر الذي أولاه المشرع الجزائري بالغ الاهتمام، بصدد الإعتراف للإدارة (المصلحة المتعاقدة) بممارسة هذه السلطة في أثناء تنفيذ عقودها. وقد نص المشرع في المادة (102) من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، على أنه: "**يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم** "،

(1) المرسوم 82-145 المؤرخ في 1982/04/10 المنظم للصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي، ج، ر، 15.

(2) المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 1991/11/09 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج، ر، 57.

(3) المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 2002/07/24 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج، ر، 52.

(4) المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، 58.

وأتبعتها المادة (103) بنصها على أنه :"**يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أوعدة بنود تعاقدية في الصفقة. ويمكن أن تغطي الخدمات موضوع الملحق عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة الإجمالي...**".

أما في المادة (104) من هذا المرسوم فقد جاء فيها:" يخضع الملحق للشروط الإقتصادية للصفقة. وفي حالة تعذر الأخذ بالأسعار التعاقدية المحددة للصفقة، بالنسبة للعمليات الجديدة الواردة في الملحق، فانه يمكن أن تحدد أسعار جديدة عند الاقتضاء".

يلاحظ أن المادتين (105) و(106) قد تعرضتا للشروط التي يفترض للمصلحة المتعاقدة التي أبرمت الصفقة الالتزام بها عند قيامها بتعديل الصفقة العمومية.

ومن المفيد الإشارة بهذا الخصوص –كذلك – إلى أن تعليمة وزارة الداخلية المحلية، بشأن إمتياز المرافق العمومية وتأجيرها [1] تضمنت بوضوح ما يقرر سلطة التعديل بصدد عقود الالتزام. وقد جاء في الفقرة (ب) المتعلقة بحق تعديل النصوص التنظيمية الواردة في العقد من دون توقف على إرادة الملتزم، من البند رقم (04) الخاص بآثار الإمتياز، من الفرع (أولا): إمتياز المرافق العامة ما يأتي: "هذا الحق مستمد هو الأخر من طبيعة المرفق العام، الذي يجب أن يتكيف مع الظروف دائما ليؤدي خدماته على أحسن وجه، وهذا المبدأ معمول به في كل الدول.".

<u>الفرع الثاني: التعريف القضائي</u>

وتتجلى كذلك سلطة التعديل في الصفقة العمومية في الجزائر من خلال أحكام القضاء الإداري في قضية (ع.ط) ضد (و.ق) وتتخلص وقائع القضية: أن السيد (ع.ط) أبرم صفقة عمومية بتاريخ 1980/02/26 مع ولاية قالمة من أجل إنجاز 198 مسكنا بالقرية الإشتراكية

(1) تعليمة وزير الداخلية الجزائري المؤرخة في 1994/09/07 الموجهة إلى السادة الولاة بالاتصال مع رؤساء الدوائر ورؤساء المجالس الشعبية البلدية و رؤساء المندوبيات التنفيذية تحت رقم 842/0394 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية و تأجيرها

الفلاحية بعين تراب دائرة وادي الزناتي وأنه بمجرد توجيه أمر بالخدمة رقم 01 شرع السيد (ع.ط) بالأعمال، وأنه بعد مرور شهرين أي في 1980/04/19 تلقى أمر بإيقاف الأشغال لتغيير الموقع، وأنه شرع في الأشغال في الموقع الجديد خلال سنة 1980، ومن خلال تغيير الموقع و عدم إثارة هذا التغيير أمام الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا. [1] ومن خلاله يمكن إستخلاص أن القضاء الإداري الجزائري أقر بسلطة التعديل من خلال تغيير موقع التنفيذ.

الفرع الثالث: التعريف الفقهي

للمصلحة المتعاقدة الحق في تعديل ما تقوم به بإبرامه مع الغير من عقود إدارية، وحقها في ذلك مستمد من العقد ذاته الذي قد ينص على إعطائها هذا الحق، وإما أن تفرضه المصلحة العامة التي قد تتطلب تغييرا في شروط العقد ليكون تحقيقا لها، في ضوء ما طرأ من متغيرات لم تكن قائمة وقت إبرام العقد[2].

ولا خلاف حول سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد إذا ما وجد نصا يبيح ذلك، حيث أن الأمر لا يعدو أن يكون تطبيقا لشرط تعاقدي لكن الأمر يطبق إذا لم يرد في العقد نصا يعطي للإدارة هذه السلطة [3].

ويلاحظ أن الغالبية العظمى من فقهاء القانون العام ما تلبث أن تؤكد– وهو الرأي الأكثر تعمقا في الفقه– أن للإدارة الحق في التعديل بشروط العقد، والنص لا يقرر للإدارة حقا ؛ و إنما يعد نصا كاشفا لا منشئا لهذا الحق، ذلك أن هذا الحق في تعديل العقد يوجد مستقلا عن النص الوارد بخصوصه ؛ بل إن هذه السلطة مقررة للمصلحة المتعاقدة حتى في حالة عدم النص عليها في العقد أو دفتر الشروط، أو حتى القوانين أو اللوائح ، ويضيفون بأن حق الإدارة بزيادة أو إنقاص الإلتزامات الواجب على المتعاقد أداؤها، مبدأ عا م يسري على جميع العقود

(1) قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ 1989/12/16، ملف رقم 65145 قضية (ع.ط) ضد والي قالمة، المجلة القضائية الجزائرية، العدد الأول، سنة1991، ص134.

(2) د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر–المحلة الكبرى–، سنة 2005، ص 243.

(3) د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، نفس المرجع و الصفحة سابقا.

الإدارية بلا إستثناء، و ذلك تأسيسا على وجود هذه السلطة بقوة القانون، دونما الحاجة إلى النص عليها[1].

وفي هذا الصدد تعليقا على أحد الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي، وتحديدا الحكم المتعلق بقضية مدينة (تولوز) بأن كل عملية تعتبر إحتمالية، بمعنى أنه يمكن خلال تنفيذها وقفها أو تأخيرها أوالتعديل فيها لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة. وتترتب على ذلك أن كل إتفاق يتعلق بعملية إدارية يكون عقدا إحتماليا. كما يلاحظ بونارد وهو بصدد تحليل عقود مقاولات الأشغال العامة أنها–الأخيرة– شأنها شأن جميع العقود الإدارية. ولا يطبق مبدأ قدسية الإتفاقيات التعاقدية تطبيقا دقيقا، غير أن من المقرر أنه يجوز في أي وقت أن تفرض الإدارة بإرادتها المنفردة تعديلات في شروط المقاولة[2].

إن الإدارة تستطيع إنهاء العقد الإداري إنهاء مبتسرا، إذا أصبح غير مفيد للمرفق. كما تستطيع أيضا الإدارة في أوضاع و شروط معينة، أن تفرض على المتعاقد معها أعباء جديدة لم ينص عليها، ولكنها أصبحت ضرورية لإشباع الحاجات العامة[3].

و من جهته يشير فلام إلى أن حق الإدارة في أن تعدل شروط العقد من دون حاجة لرضا الطرف الآخر هو حق أصبح لها مستمد من صفتها كسلطة عامة لا تمكنها النزول عنه و ليس بحاجة إلى النص صراحة في العقد[4].

ففي مصر يقول (ثروت بدوي): "إن الإدارة تقتضي حقها في اتخاذ القرارات ذات الطابع التنفيذي وبمقتضى سلطتها في التنفيذ المباشر تستطيع أن تفرض على المتعاقد التعديلات التي يقتضيها الصالح العام

وتجعل التعديلات نافذة من تلقاء نفسها رغما عن المتعاقد، أي تلزم المتعاقد بها ولو كرها " [5].

---

(1) سعيد عبد الرزاق باخبيرة، الرسالة السابقة، ص 172.

(2) يراجع بصدد هذه الآراء: علي عبدالعزيز الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، الرسالة السابقة، ص115.

(3) يوسف السهيلي، مقالة سابقة، ص152.

(4)Flamme (Maurice André), Traité théorique et pratique des marchés publique, tome02, Bruxelles, Bruylant, 1969, pp.178-179.

– ويسلم الفقه الفرنسي المعاصر بحق التعديل الإنفرادي للصفقة من جانب الإدارة، و من بينهم الأستاذ :

–Richer.L, Les contrats administratifs, Dalloz, Paris, 1991, p 61.

(5) د/ ثروت بدوي، مبادئ القانون الإداري، القاهرة، طبعة 1968، سنة 1971، ص 136.

وبدوره يؤكد (أحمد محيو) الذي يعتبر منظما إلى رأي الأغلبية أن حسن سير الرفق العام بإنتظام وإضطراد، وتحقيق النفع العام، هو الهدف الوحيد الذي تستعمل الإدارة العامة من أجله سلطة التعديل الإنفرادي وأنه من الصعب إنكار وجود سلطة التعديل بصفة إنفرادية، وفي نفس الوقت يشدد على ضرورة ضبط كيفية ممارسة هذه السلطة غير مألوفة في القانون المدني، وذلك بصورة لا تتعسف فيها الإدارة، وعلى هذا الأساس فإنه إذا إقتضت المصلحة العامة في ممارسة هذه السلطة، الذي يضمن تحقيق النفع العام فلها ذلك[1].

ومن خلال ما ذكر يتبين أن سلطة التعديل إمتياز تتمتع به الإدارة في مواجهة المتعاقد معها. فإنها لا يمكن أن تقوم هذه السلطة إلا على أساس مقتضيات المرفق العام، والتغيرات التي تطرأ عليه، أي أن هذه السلطة تقوم على مبرر مقتضيات فكرة المرفق العام بمعناها الواسع، ما من شأنه أن يحقق المنفعة العامة مع مراعاة مدلول السلطة العامة ؛ وذلك بإبراز الطابع السلطوي للإدارة في أثناء تنفيذ العقد الإداري وذلك بممارسة سلطة التعديل الإنفرادي.

المطلب الثاني: الأساس القانوني لسلطة التعديل

إختلف الفقه الإداري إلى مذاهب شتى في تحديد الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل الصفقة العمومية فمنهم من يرى أن التعديل يقوم على فكرة السلطة العامة، ومنهم من يرى أنها تقوم على فكرة الصالح العام، ومنهم من يرى أنها تقوم على أساس مزدوج يجمع بين الأساسين السابقين.

الفرع الأول:أساس فكرة السلطة العامة وإمتيازات القانون العام

السلطة العامة تشمل كل نشاط إداري تمارسه الإدارة، مع إستعمالها لوسائل القانون العام الغير مألوفة في القانون الخاص، وعلى الإدارة بإعتبارها سلطة عامة بأن تراعي دوما ضرورات المصلحة العامة و ترجحها دائما على المصلحة الخاصة[2].

(1) د/ أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الادارية ترجمة د. محمد عرب مصيلا ، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1996، ص 383-384.

(2) د/ مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2007، ص80.

وأنصار هذا الرأي يرون أن السلطة التي تتمتع بها الإدارة في تعديل الصفقة بالإرادة المنفردة بإعتبارها سلطة عامة وأنها من النظام العام، وهي حق أصيل للإدارة وذهبوا إلى إنكار هذه السلطة على أنها إمتياز تعاقدي بل هي امتياز من إمتيازات السلطة العامة[1].

ويترتب على إعتبار سلطة الإدارة في تعديل عقودها يقوم على أساس السلطة العامة أن تصرف الإدارة، وهي بصدد تعديل عقودها الإدارية، يعتبر عملا من أعمال السلطة العامة. وهكذا فإن الإدارة، في هذه الحالة،لا تستخدم امتيازا تعاقديا وإنما تستعمل حقا مقررا لها باعتبارها سلطة عامة[2].

الفرع الثاني : معيار المصلحة العامة ومقتضيات سير المرفق بانتظام وإضطراد

من طبيعة العقود الإدارية قيامها على فكرة إستمرارية سير المرافق العامة، ولما كان التعاقد فيها يتم على أساس الوفاء بحاجات المرفق وتحقيق المصلحة العامة جعل من الإدارة هي صاحبة الاختصاص الأصيل في تنظيم وتسيير المرفق، وترتب على ذلك أنها تملك حق التعديل بما تحقق تلك المصلحة، وبالتالي وجوب الحرص على سير المرفق العام بانتظام لحماية تلك المصلحة[3].

والمسلم به أن سلطة الإدارة في التعديل تلك، إنما مناطها إحتياجات المرافق العامة، فهي ليست مجرد مظهر للسلطة الإدارية التي تتمتع بها الإدارة، ولكنها نتيجة ملازمة لفكرة المرفق العامة، التي ترجع إليها معظم قواعد القانون الإداري.

وقد أحسن القضاء الإداري المصري في إبراز العلاقة بين تلك السلطة الخطيرة، وبين مقتضيات سير المرافق العامة، وإرجاع سلطات الإدارة الخطيرة في التعديل إلى فكرة المرفق العام، يسمح بتحديد ظروف استعمال تلك السلطة، وتعيين الشروط التي يجب توافرها لشرعية ذلك الإستعمال[4].

---

(1) د/ إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، مكتبة الفلاح الكويتية، الطبعة الأولى،1981، ص 186إلى 188.

(2) علي عبد العزيز الفحام، الرسالة السابقة ، ص 148.

(3) د/عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2009، ص 124.

(4) د/ سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 443.

وأيضا ما أشار إليه الدكتور عمار عوابدي بالقول: "وأساس هذه السلطة أو هذا الحق الذي تتمتع به السلطة الإدارية في حسن سير المرفق العام بانتظام وإضطراد وتبدل"[1].

المبحث الثاني : نطاق سلطة التعديل والقيود الواردة عليها

أصبح لدينا من المستقر اليوم، وجود سلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية على خلاف العقود الخاصة وتقوم الإدارة بتعديل العقود الإدارية انفراديا بإرادتها المنفردة وهذه السلطة، وإن كان لها مدى معين، تمتد إلى إمكان إجراء تغييرات في حجم وطريقة تنفيذ الأداءات ومدتها، إلا أنه ليس حقا مطلقا ،بل ترد عليه بعض القيود .

كما تخضع سلطة التعديل الإنفرادي إلى شروط محددة لا يمكن تجاوزها، فإن لها مجالا معينا لا يمكن أن تحيد عنه، وهذا المجال يتحدد عن طريق وجود بعض القيود التي لا يمكن إعمال سلطة التعديل الإنفرادي فيها من جهة أخرى.

ومن خلال هذا قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين هما :

المطلب الأول: مدى سلطة التعديل (صور التعديل).

المطلب الثاني: القيود الواردة علي سلطة الإدارة في التعديل.

المطلب الأول : مدى سلطة التعديل (صور التعديل)

تمتلك السلطة المتعاقدة سلطة تعديل الصفقات العمومية التي تبرمها، حيث تملك أن تأمر المتعامل المتعاقد بالزيادة في حجم الأداءات أو إنقاصها عن طريق إصدار إجراءات تمس الشروط التعاقدية للتنفيذ، وهذا الحق وإن كان له مدى معين، يمتد إلى إجراء تغييرات في حجم وطريقة التنفيذ الأداءات ومدتها.

(1) د/عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة سنة 2000، ص 218.

الفرع الأول : التعديل في حجم الأداءات

إن سلطة الإدارة في تعديل العقود، هي أبرز الخصائص التي تنظم العقود الإدارية تملك من جانبها وحدها بإرادتها المنفردة وعلى خلاف المألوف في معاملات الأفراد فيما بينهم، حق تعديل العقد أثناء التنفيذ وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، فتزيد من أعباء الطرف الآخر – أو تنقصها – كلما اقتضت حاجة المرفق أو المصلحة العامة هذا التعديل [1]، بحيث تستطيع الإدارة أن تعدل في مقدار التزامات المتعاقد معها وذلك بزيادة أو إنقاصها، والتعديل هنا على مقادير الالتزامات وليس على نوعها، من حيث تكون الزيادة أو الإنقاص المطلوب من نفس طبيعة الإلتزامات المتزايدة أو هذا الحق ثابت للإدارة في كل العقود الإدارية، فلها أن تأمر بالتوسع في المرفق المسير عن طريق الالتزام، أو بزيادة أو بإنقاص حجم الأشغال المتفق عليها في العقد أو كمية التوريدات المتفق علي تسليمها[2].

والمشرع الجزائري قد ضبط عملية التعديل في حجم الأداءات بالنسبة لجميع الصفقات العمومية وخاصة عقد الاشغال العامة، وذلك بإمكانية تدخل المصلحة المتعاقدة في إدخال التعديلات اللازمة الضرورية على عقد الأشغال العامة والعقود الأخرى التي ينطبق عليها أحكام المرسوم 10- 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وذلك من خلال آلية الملحق المنصوص عليها في المادة 102 التي تنص على أنه: "**يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم** ".

وتظهر زيادة الخدمات أو إنقاصها من خلال المادة 1/103 من المرسوم 236/10 والتي تنص على:" **يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة...**"[3].

---

(1) د/ سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 441-442.

(2) د/ محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 191.

(3) وقد أشار الدكتور محمد الصغير بعلي أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعدل عقودها بإرادتها المنفردة خاصة من خلال آلية الملحق: محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، عنابة، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2005، ص74.

ومهما يكن من أمر، فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة وألا يمس موضوع الصفقة وهذا ما جاء ذكره في المادة 103 الفقرة الأخيرة من المرسوم 10-236 .

أولا : في عقد الأشغال العامة

إن التعديلات التي تحدثها في عقودها من الجائز أن تكون أقل شمولا من التعديل الكامل للعقد، الذي هو دائما إستثنائي، ومهما كانت درجة الشمول، فإن كل تعديل ينتهي إلى الزيادة أو تخفيض بعض الالتزامات الناتجة من العقد[1].

وبصفة عامة فإنه فيما يتعلق بعقود الأشغال العامة، فإن الصعوبة في هذا الموضوع ليست كبيرة، ذلك أن دفاتر الشروط تنص دائما على سلطة التعديل وتنظيم شروطه وآثاره وحدوده، وعلى أنه من المقبول اليوم، أن الإدارة تملك هذه السلطة حتى في حالة سكوت العقد.

إلا أن الصعوبة تكمن في تقدير مظاهر هذه السلطة وآثارها، بمعنى أن سلطة الإدارة في زيادة أو تخفيض كمية الأشغال لا يثير إلا صعوبات بسيطة، ترجع إلى حدود هذه السلطة ونتائجها.

1 -فإذا كانت الإدارة تستطيع زيادة حجم الأشغال، فإنها لا تملك أن تأمر بعمل جديد.

2 -تحدد دفاتر الشروط نسبة معينة للزيادة أو الخفض، لا يستطيع معها المقاول أن يتظلم منها أو ينازع فيها قضائيا.

3 -التعديل من الجائز، في بعض الحالات، أن يعطي الحق في فسخ العقد.

4 -لا تسمح الإدارة للمقاول، في مقابل فرض الزيادة أو التخفيض في كمية الأعمال، إلا أن يطالب إما بسعر مناسب أو بتعويض معقول للضرر الذي أصابه.

والأمر كذلك بالنسبة لدفتر الشروط الإدارية العامة المطبق لسنة 1964، نجد أن المشرع الجزائري قد حدد مجالا ينبغي عدم تجاوزه من قبل المصلحة المتعاقدة عند تعديل بنود الصفقة العمومية.

(1) علي عبدالعزيز الفحام، الرسالة السابقة، ص 222-223.

حيث قررت المادة 30 من نفس الدفتر [1]، أنه في حالة إصدار أمر يتعلق بإجراء إضافة على جملة الأشغال، لا يملك المتعامل المتعاقد إلا تنفيذها إذا لم يتجاوز 20% من قيمة الصفقة الإجمالية، ونسبة 50%

بالنسبة لأشغال الصيانة والتصليح وفي مقابل ذلك نصت المادة 31 من دفتر البنود الإدارية العامة[2] ،أن المصلحة المتعاقدة تملك تخفيض الأداء بنسبة لا تزيد عن 20% من الصفقة الإجمالية و نسبة 35% من أعمال الصيانة و التصليح .

ورجوعا إلى أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، نجد أن المادة 106[3]، قد تضمنت السقف المالي المحدد الذي يجب مراعاته عند تعديل الصفقة العمومية وقدره 20% من الصفقة الأصلية التي هي من إختصاص لجنة الصفقات التابعة للمصلحة المتعاقدة و 10% من الصفقة الأصلية التي هي من إختصاص اللجان الوطنية للصفقات.

ثانيا : في عقد التوريد

وبالمثل في عقود التوريد، يحدث كثيرا أن تفرض الإدارة على المتعاقد معها أداءات تزيد عن الكميات المنصوص عليها في العقد، وقد تطلب توريد كميات أقل من الحد الأدنى المنصوص عليه.

وهكذا يجد المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة نفسه ملزما بالاستجابة دائما لأوامرها بإجراء التعديلات اللازمة، وليس له أن يتراخى أو يمتنع عن التنفيذ، فهو سيعوض عن الأضرار الذي قد تلحقه من جراء ما تفرضه عليه الإدارة من تعديلات.

في حالة النزاع و الوقوف أمام القضاء، فإن قاضي العقد ليس مرخصا له بالنظر في صحة الإجراء الخاص بطلب التعديل من جانب الإدارة، وكل ماله هو الحكم بالتعويض للمتعاقد مع الإدارة في عقد التوريد، إن كان له مقتضى.

---

(1) أنظر نص المادة 30 من القرار الصادر بتاريخ 21 نوفمبر 1964 المتضمن دفتر الشروط الإدارية العامة المشار إليه آنفا

(2) أنظر نص المادة 31 المادة من القرار الصادر بتاريخ 21 نوفمبر 1964 المتضمن دفتر الشروط الإدارية العامة المشار إليه آنفا.

(3) أنظر نص المادة 106 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

ومع ذلك، أتيحت الفرصة لمجلس الدولة الفرنسي أن يقول كلمته على خلاف ما تقدم. ففي نزاع يتعلق بطلب الإدارة المتعاقدة من المورد أن يزيد من كمية الأداءات المطلوبة منه، بما يجاوز ثلاثة أضعاف الحجم الأصلي الذي كان محلا للتعاقد. قضى المجلس بأن مثل هذا الإجراء من الإدارة، والذي تجاوز المطلوب، تفسره شدة الحاجة لمواجهة المستلزمات الجديدة [1].

ولضعف صلة عقود التوريد العادية بالمرفق العام، تبقى سلطة الإدارة في تعديلها إمتياز تتمتع به ويجوز لها أن تطلب من الموردين زيادة مقدار التوريدات المتفق عليه أو إنقاصها[2].

الفرع الثاني : التعديل في وسائل تنفيذ الأداءات

إذا كان للمصلحة المتعاقدة أن تعدل في عقودها الإدارية، من حجم الأداء المطلوب، سواء كان التعديل بالزيادة أو بالنقصان (من حجم الأداء)، فإن هذا المظهر لسلطة الإدارة يستكمل بمظهر آخر هو أن تعدل في أسلوب ووسائل تنفيذ الأداءات المطلوبة من المتعاقد معها.

فإن المصلحة المتعاقدة تستطيع أن تطلب إحلال أسلوب أو طريقة فنية خاصة مثل استعمال مادة أحسن أو وسيلة أفضل للصناعة أو البناء أو العمل، محل تلك التي كانت ثابتة في العقد الأصلي المبرم بينها وبين المتعاقد معها في عقودها الإدارية.

وعليه فإن للإدارة حق في أن تعدل بإرادتها المنفردة في مقدار إلتزامات المتعاقد معها سواء بزيادة الكميات أو بإنقاصها، فإن لها الحق – أيضا – في أن تعدل من طرق ووسائل التنفيذ، ويقصد من خلال هذه التعديلات هو إصلاح الأخطاء التي قد تكون ضرورية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، بهدف مواجهة ومسايرة الوسائل الحديثة، والتي تقتضي إستعمال وسائل وطرق فنية جديدة وحديثة، أكثر تقدما من تلك التي قد تم النص عليها في العقد أو دفتر الشروط[3] .

(1) علي عبدالعزيز الفحام، الرسالة السابقة، ص 221–222.

(2) سعيد باخبيرة، الرسالة السابقة، ص 163.

(3) عبد الرزاق باخبيرة، الرسالة نفسها و الصفحة سابقا.

الفرع الثالث : التعديل في مدة تنفيذ العقد

فالإدارة قد ترى إنهاء العقد قبل الأجل المحدد له، كما يحدث كثيرا في عقود إلتزام المرافق العامة، حيث تقوم الإدارة من جانبها بإنهاء العقد قبل المدة المقرر لها حسب شروط العقد المبرم بينها وبين الملتزم، وكذلك قد تطلب وقف الأشغال العامة من المقاول المتعاقد معها[1].

ومثال ذلك أن تعدل في مدة التنفيذ المشترطة في العقد وذلك بتقصيرها أو مدها، كما تستطيع إستعمال سلطتها في التعديل الإنفرادي كأن تقرر إنهاء مدة العقد بفسخه إنفراديا إذا إقتضى ذلك الصالح العام.

هذا مفاده أن حاجات المرفق العام التي تبرر التعديل في مدى وكيفية أداء الإلتزامات بواسطة أن تعرض تعديلات على تنفيذ الأعمال والتوريدات سواء بإستعجالها (تقصير مدة التنفيذ) أو بتأخيرها (مد مدة التنفيذ).

وأيضا إذا اقتضت الحاجة العاجلة للمرفق أن يتم التوريد أو أن تتم الأشغال في مدة أقصر من المدة المتفق عليها في العقد، فإن المصلحة المتعاقدة تستطيع أن تأمر باتخاذ الإجراءات اللازمة في الإسراع في التنفيذ.

وقد نصت أحكام المادة 34 من دفتر الشروط الإدارية العامة تحت عنوان التوقيف المطلق للأشغال أو تأجيلها مما يعني سلة الإدارة في مد مدة تنفيذ العقد أو إنهائه، على أنه:

1- عندما تأمر الإدارة بتوقيف الأشغال بصفة مطلقة تفسخ المقاولة فورا.

2- عندما تقرر الإدارة تأجيل الأشغال لمدة تزيد على سنة واحدة سواء كان ذلك قبل بدء التنفيذ أو بعده ، يحق للمقاول فسخ صفقته إذا طلب ذلك كتابيا دون الإخلال بالتعويض الذي يجوز تأديته له إذا إقتضى ذلك ...

فهذا يعني أن سلطة تعديل للعقد الإداري في حجم الأداءات المتعاقد عليها وأسلوب تنفيذ الأداءات، ينصرف أيضا إلى عنصر الزمن، ذلك أن العقد الإداري ما تبرمه المصلحة المتعاقدة ليعطي بعضا من الإحتياجات العامة، في زمن محدد يبدأ بتاريخ معين، وينتهي في زمن محدد، تلك الفترة يمكن أيضا أن ترد عليها الكثير من التعديلات.

(2) علي عبدالعزيز الفحام، الرسالة السابقة، ص 229.

المبحث الثاني: القيود الواردة على سلطة الإدارة في التعديل

إن سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل عقودها الإدارية وإن كانت سلطة أصيلة توجد حتى في حالة سكوت العقد ودفاتر الشروط، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة إذ ترد عليها قيود.

وتعتبر قرارات التعديل الصادرة دون مراعاة القيود مشوبة بعيب مخالفة القانون، يجيز القانون للمتعامل المتعاقد طلب إلغائها، كما يستطيع الإمتناع عن تنفيذ التعديل غير المشروع[1]، فالمشكل الذي يطرح نفسه هل أن العمل المعدل الصادر عن الإدارة بشأن تعديلها لبنود العقد بالزيادة أو بالنقصان هل هو عمل صحيح ؟ وهل تجاوز العمل المعدل الحدود المقبولة ؟ وهل هناك تعديل غير عادي يصل إلى درجة قلب إقتصاديات العقد؟.

وهذا ما سوف نجيب عليه من خلال تقسيمنا هذا المطلب إلى الفرعين الآتيين :

الفرع الأول: القيود العامة التي ترد على سلطة التعديل.

الفرع الثاني: القيود الخاصة التي ترد على سلطة التعديل.

الفرع الأول: القيود العامة التي ترد على سلطة التعديل

وهذا النوع من القيود، يوضح لنا شروط إعمال حق التعديل. فهذا الحق، ترد عليه مجموعة قيود فلا يوجد اليوم حق مطلق، فما بالن ا في حق مقرر لسلطة عامة، مقيدة بقيد المصلحة العامة، وبالتالي كان البد من ظهور قيود معينة على إستعمال الإدارة لسلطة التعديل.

وأيا كان الأمر، فإن القيود العامة التي ترد على سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل عقودها الإدارية، يمكن حصرها في النقاط الأربع الآتية:

(1) Voire de Laubadère André - Moderne et Delvolve, T 2, op.cit, p1040.

أولا : إقتصار حق التعديل على الشروط المتعلقة بالمرافق العامة

إنطلاقا من مفهوم الأساس القانوني لسلطة التعديل، وهو كما أوضحنا إحتياجات ومستلزمات المرافق العامة، فإن مدى سلطة التعديل يرتبط بفكرة ملائمة العقد لاحتياجات المرفق العام، ومن هنا يمكن التمييز بين شروط العقد الإداري المتصلة بسير المرفق العام وتلك الشروط التي يمكن إعتبارها أجنبية عنه، وهي الشروط التي تتعلق بالمزايا المالية المقررة للمتعاقد مع الإدارة .

فسلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية يجب أن تقتصر على شروط العقد المتصلة بالمرفق العام، أي على الشروط التي تحدد الإلتزامات التي يجب على المتعاقد تنفيذها لصالح المرفق العام.

وأيضا تحدد موضوعاتها وهو سد إحتياجات المرفق العام، من خلال إبرام العقد الإداري، وبالتالي فهي تقتصر على الشروط المتعلقة بإشباع هذه الإحتياجات ولا يمتد ذلك إلى الشروط التي تنظم المزايا والضمانات المالية التي دفعت المتعاقد إلى إبرام العقد[1].

فسلطة الإدارة المتعاقدة في تعديل شروط الصفقة هي ليست بالمطلقة، أي أنها لا تشمل جميع شروط العقد بل تقتصر على تلك الشروط المتعلقة بتيسير المرفق فقط، وبالتالي كان للإدارة المتعاقدة عدم المساس بتعديل شروط العقد الأخرى[2].

فلقد أكدت نص المادة 104[3] من المرسوم الرئاسي 10-236 على أنه:

" **يخضع الملحق للشروط الإقتصادية الأساسية للصفقة...**"

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد ضبط سلطة التعديل بنص المادة 104 وجعلها مقيدة بقيد عدم المساس بالشروط المالية للعقد.

---

(1) د/ محمد عبد العال السناري، المرجع السابق، ص 198.

-د/ جمال عباس أحمد عثمان، في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه و قضاء مجلس الدولة، المكتب العربي الحديث، مصر، سنة 2007، ص423.

- د/ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 441-443.

(2) لتفصيل أكثر حول نظرية المرفق العام و التحولات الجديدة يرجى مراجعة:

نادية ظريفي، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، سنة 2010، ص 20-22.

(3) أنظر نص المادة 104 من المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المشار إليه آنفا.

فكان على الإدارة المتعاقدة لزاما عدم المساس بالمزايا المالية للمتعاقد، أي أنه لا يجوز أن يمس تعديلها الشروط العقدية المتصلة بالمرفق المالي للمتعاقد[1]. أي ما يعرف بالعرض المالي و التقني الذي أرست عليه الصفقة.

من خلال نص المادة فإن سلطة التعديل لا تتناول وتشمل جميع شروط العقد، بل تمتد إلى الشروط المتعلقة والمتصلة بسير المرفق ومقتضياته فقط، كون أن هذه النصوص هي منبع إلتزامات المتعاقد معها،

وكون أن هذه الإلتزامات يجب على المتعاقد أن يتقيد بها وأن يحترمها من أجل مصلحة المرفق العام[2].

ثانيا : إقتصار التعديل على موضوع العقد

لا يجوز أن يؤدي التعديل إلى تغيير طبيعة العقد أو محله، وبالتالي كان على الإدارة المتعاقدة إحترامها في إصدار قرار تعديل الموضوع الأصلي في العقد، فلا يجب أن يؤدي التعديل إلى جعل المتعاقد أمام موضوع جديد لا صلة ولا علاقة له بالموضوع الأصلي للعقد، أي أن التعديل لا بد أن يكون قائما على نفس المحل وعلى نفس السبب [3]. وإذا قامت الإدارة بتعديل العقد يجب أن لا يؤدي ذلك إلى إعطاء محل جديد للعقد والمساس بالشروط المالية و التقنية للعقد.

أ-**عدم خروج التعديل على موضوع العقد** : قد يصيب العقد نوع من التعديل يمكن اعتباره تعديلا جذريا هو ذلك الذي يصيب موضوع العقد ذاته، الأمر الذي قد يؤدي إلى إعادة النظر فيه.

معنى هذا، أن الشروط ذاتها تشكل قيدا على حرية المصلحة المتعاقدة في التعديل، ذلك أنه لا يجب أن يتعدى حدا معينا، فطرفا العقد، وهما الإدارة والمتعاقد معها، أبرما عقدا

---

(1) Voire de Laubadère André - Moderne et Delvolve, T 2, op.cit, p402.

(2) د/ إبراهيم طه فياض، المرجع السابق، ص 192.

(3) د/ أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، سنة 1996، ص383.

- د/ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص125.
- علي عبدالعزيز الفحام، الرسالة السابقة، ص260.

معينا، له موضوع معين يهدف إلى تحقيق مصلحة محددة، وعلى هذا فإن الإدارة لا يكون لها أن تفرض عملا ينتهي إلى تعديل طبيعة العقد وموضوعه، أوتحدد له موضوعا جديدا يختلف عن الموضوع الأصلي الذي كان يقع عليه العقد، وإنصرفت إليه الإدارة المشتركة للأطراف المتعاقدة[1].

فمن خلال إستخدام الإدارة لسلطة التعديل فإن ذلك لا يصل إلى تعديل نوع العقد وموضوعه بأن تطلب من المتعاقد مثلا أو يصبح عقد الإلتزام عقد توريد، أو يكون موضوع عقد النقل أشخاصا بدلا من البضائع[2].

ب-عدم تجاوز إمكانيات المتعاقد المالية والفنية:

لا تستطيع الإدارة أن تفرض على المتعاقد معها تغييرات مبالغا فيها، تتعدى القدر المعقول المحتمل، فلا يجب أن يتصل التعديل إلى تجاوز الإمكانيات الفنية والإقتصادية للمتعاقد .

ومعنى هذا أن الإدارة يجب أن لا يغيب عن بالها أن المتعاقد معها كان قد قبل التعاقد، وقت إبرام العقد، واضعا في إعتباره أن له إمكانيات مالية وفنية معينة، فعند إجراء التعديل، يجب عليها أن تحرص على مراعاة تلك الإعتبارات الإقتصادية والفنية، وألا يصل الأمر إلى قلب إقتصاديات العقد رأسا على عقب.

وهذا ما أكدته المادة 104 من المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية بنصها على أنه:

"**يخضع الملحق للشروط الإقتصادية الأساسية للصفقة الأصلية.**

وفي حالة تعذر الأخذ بالأسعار التعاقدية المحددة للصفقة، بالنسبة للعمليات الجديدة الواردة في الملحق فإنه يمكن أن تحدد أسعار جديدة عند الإقتضاء".

ثالثا: أن يصدر التعديل في حدود القواعد العامة للمشروعية الإدارية

إن المصلحة المتعاقدة و هي بصدد تعديل صفقة ما، فإن وسيلتها في ذلك القرار الإداري، فتصدره معلنة عن نيتها في تعيل الصفقة، فحينئذ يجب أن تتوافر سائر أركان هذا القرار ليعد صحيحا.

(1) د/ ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، سنة 1994، ص 129.

(2) ناصر لباد، القانون الإداري، النشاط الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، الناشر لباد، الجزائر، 2004، ص440.

فيجب أن يصدر قرار الإدارة بالتعديل مستوفيا الأركان المشروعية الإدارية، أي من شخص مختص بإصداره وفي الشكل والإجراءات المقررة وفقا للقواعد القانونية أو اللائحية التي تحكم هذا الموضوع، وأن يستهدف تحقيق الصالح العام[1].

وعليه فإن المصلحة المتعاقدة ملزمة بإحترام مبدأ المشروعية، وذلك بوجوب إصدار قرار التعديل من السلطة المختصة قانونيا بإجرائه، أي وجوب إحترام قواعد الاختصاص، وكان للمتعاقد أن يحتج دائما لمخالفة الإدارة المتعاقدة لقواعد الإختصاص[2].

فالإدارة عند ممارستها لسلطة التعديل تصدر قرارا إداريا، لابد أن يتضمن جميع الأركان لإضفاء المشروعية عليه، معنى هذا وجوب هيئة مختصة لإصدار هذا القرار، ولا بد أن يصدر هذا القرار وفق أشكال وإجراءات معينة ومحددة قانونا، ويجب أن تحترم الإدارة المتعاقدة الأحكام التي تحكم المحل والسبب،

وأن تكون الغاية من إصدار قرار التعديل المصلحة العامة.

وتطبيقا لمبدأ المشروعية، فإذا ما صدر تشريع يستلزم إجراء معينا من جانب الإدارة في حالات التعديل، فيكون عليها أن تراعي تلك النصوص القانونية واللائحية الواردة لمثل هذا القيد، وتبعا لذلك لا يكون للغدارة تجاهل تلك القواعد دون المساس بمبدأ الشرعية الإدارية، إلا إذا اتبعت بدقة تلك النصوص [3]. وفي حالة عدم احترام الإدارة المتعاقدة لقواعد المشروعية، فإننا نكون أمام قرار إداري باطل[4].

بصفة عامة يمكن القول أنه في الحالات التي تعترف بها للإدارة بالحق في تعديل شروط العقد الإداري، يجب عليها أن تصدر قرار التعديل مراعية القواعد العامة للمشروعية، كأن تراعي فيه قواعد الإختصاص، فلا يصدرإلا من السلطة التي يحق لها قانونيا إصدارهذا التصرف، وذلك بطبيعة الحال وفق الإجراءات الشكلية المقررة والتي قد يبطلها القانون.

فمبدأ المشروعية يعني أن يكون جميع نشاطات المصلحة المتعاقدة يمارس في إطار وحدود القانون، وكل طرف أو كل إداري يخرج عن مبدأ المشروعية يكون محلا للطعن فيه.

---

(1) د/محمود حلمي، العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، سنة 1977، ص 76.

(2) علي عبدالعزيز الفحام، الرسالة السابقة، ص266

(3) علي عبدالعزيز الفحام، الرسالة نفسها و الصفحة سابقا.

(4) د/ محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1988، ص 154-155.

وأكد المشرع الجزائري على ذلك بمناسبة إصداره المرسوم رقم 131/88 المؤرخ في 1988/07/04 المتضمن تنظيم علاقات الإدارة بالمواطن، والذي نجد فيه نص المادة 04 منه على أنه:

" **يجب أن يندرج عمل سلطة الإدارة في إطار القوانين والتنظيمات المعمول بها...**".

وبالتالي من خلال المادة 04، يمكن الإشارة إلى أن الإدارة المتعاقدة يجب عليها و إحتراما لمبدأ المشروعية، أن تعمل في إطار القوانين والتنظيمات السارية المفعول[1].

رابعا: أن يكون قرار التعديل الصادر عن الإدارة بسبب تغير الظروف:

لا تلجأ الإدارة المتعاقدة إلى ممارسة سلطة التعديل إلا حين ترى أن هناك ظروف تغيرت بعد إبرام العقد، أي أن الظروف التي تم خلالها إبرام العقد قد تغيرت واستجدت ظروف أخرى بعد الإبرام، هذه الظروف

أدت إلى اللجوء إلى تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة[2].

معنى هذا أن مستلزمات المصلحة العامة لا تكون دائما ثابتة فهي تتغير بتغير الوقت والظروف الإقتصادية والاجتماعية للمكان والزمان، وهذا مع الإكتشافات المطردة والتقدم العلمي، ومن هنا برزت فكرة تغير الظروف.

أي أن أساس هذا التعديل هو مبدأ هام من المبادئ التي تحكم سير المرافق العامة، ألا وهو مبدأ قابلية المرفق العام للتعديل والتبديل[3].

ومن ثم فلا يمكن إعتبار سلطة التعديل كأنها سلطة تقديرية للإدارة، يمكنها عندما تشاء، من أن تتخلص من إلتزاماتها التعاقدية ولكن إستعمال هذه السلطة يفترض أن تغيرات في الظروف قد حدثت وأن تلك الظروف تبرر إستعمال سلطة التعديل، وبذلك يمكن القول أن مفهوم تغير الظروف له وظيفة معروفة في نظرية العقود الإدارية[4].

---

(1) المادة 04 من المرسوم 131/88 المؤرخ في 04 جويلية1988 المتضمن تنظيم علاقات الإدارة بالمواطن.

(2) سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص144.

(3) قرانة عادل، سلطات الإدارة العامة في العقد الإداري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عنابة، سنة 2004، ص125.

(4) علي عبدالعزيز الفحام ، الرسالة السابقة، ص 270.

ومن هنا برزت فكرة تغير الظروف، التي من مقتضياتها أن العقود التي أبرمت في زمن معين وظروف معينة، تمكن تحقيقا للمصلحة العامة، أن يجري تعديل بعض شروطها التي قد تعرقل إمكان مسايرة العقد للحدث الجديد، وبالتالي يمكن أن يحقق العقد ما كان يهدف إليه منذ إبرامه، وهو تحقيق النفع العام للجمهور والإدارة على السواء.

فحدوث تغيير ظروف المرفق تستدعي هذا التعديل، فالإدارة أبرمت الصفقة في سبيل المصلحة العامة، وهي يجب أن تراعيها في كل لحظة من لحظات العقد، فإذا حدثت ظروف لم تكن في حسبان المتعاقدين وقت إبرام العقد، وكان من شأنها أن تقف حائلا دون تحقيق هذه المصلحة العامة، فعندئذ فقط يمكن للإدارة أن تعدل شروطه لينسجم مع الظروف الجديدة للمصلحة العامة[1].

أ المقصود بشرط تغير الظروف :

المقصود بشرط تغير الظروف ليس هو بحال من الأحوال تغير الظروف الموضوعية، بل يكفي فقط أن تكون هناك تغير ظروف غير متوقع في الظروف المؤثرة في إدارة الأطراف سواء كانت تلك الظروف موضوعية أو ذاتية، ومن ثم يمكن اعتبار أن هناك تغير متوقع، حينما يحدث حادث لم يتوقعه الأفراد، كما يصعب أن يوجه إليهم أي نوع من اللوم بسبب عدم التوقع هذا، فالإدارة غير مخطئة في هذه الصورة، ولم يكن مفروضا عليها أن تتوقع هذا التغير في الظروف[2].

وبناء على ذلك، يمكن أن يكون واضحا إذن تلك التعديلات الكثيرة التي تفرضها الإدارة في عقودها الأشغال العامة أو عقود التوريدات، والحسابات والتقديرات الكاملة، فإن التنفيذ دائما ما يحفل بتغيرات الظروف، وعلى ذلك يحدث حتما بالضرورة طلب أشغال جديدة، أو أداءات إضافية، لم يستطع واضع المشروعات العامة توقعها، فإذا تغيرت الظروف وجب الإعتراف للإدارة بحق تعديل العقد بما يتماشى والظروف الجديدة[3].

(1) Voire De Laubadère André et Moderne franck et Delvolve pierre, T 2, op.cit, p 405.

(2) علي عبدالعزيز الفحام، الرسالة السابقة، ص 273.

(3) د/ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص125.

ب صور تغير الظروف

يعتبر عنصر تغير الظروف مهما في إبراز سلطة التعديل من قبل المصلحة المتعاقدة بإرادتها المنفردة.

ويمكن القول حسب جملة الآراء أن العقد الإداري، إذا كان دائما يبدو أثناء التنفيذ كنظام قانوني يتميز بالحيوية والتجديد، فإن هذا الفضل يعود بالدرجة الأولى إلى فكرة تغير الظروف.

وتغير الظروف لها صور متنوعة منها :

1 -تغير الظروف عنصر لتفسير إلتزامات الأطراف:

ذلك أن القضاء الإداري، وإن كان يقيم وزنا لفكرة الظروف بقصد تحديد مدى إلتزامات الأطراف إلا أن تغير الظروف لا يكون عنصرا حقيقيا في نظرية العقد الإداري، ذلك أن القاضي الإداري لن يقصر في أن يرجع إلى الإرادة المشتركة للأطراف وأصالة هذا القضاء تتركز عندئذ في وسائل تفسير العقد.

2 -تغير الظروف يعتبر شرطا لمباشرة الإدارة لسلطاتها الاستثنائية في تنفيذ العقد:

لا تقبل أعمال سلطة الإدارة في التعديل إلا إذا حدثت ظروف لم يواجهها الأطراف عند التعاقد وكانت غير متوقعة، وبذلك يمكن للإدارة إستعمال هذه السلطات الاستثنائية، لتعرض أعباء جديدة للمتعاقد معها[1].

3 -تغير الظروف لتغير الأساس المباشر للحقوق المالية للمتعاقد:

تعتبر من الآثار القانونية لتغير الظروف في موضوع تنفيذ العقد، وهذه الفكرة لعبت دورا بارزا ورئيسيا بإعتبارها الأساس الواضح المقرر لصالح المتعاقد لبعض الحقوق المالية غير الواردة في النصوص المكتوبة والثابتة في وثيقة العقد. وإذا أخطأت الإدارة في تقدير مقتضيات سير المرفق العام فلم تقدرها التقدير السليم في العقد، فإنها تملك تعديل العقد مع الحاجات الحقيقية للمرفق العام، حيث إننا لسنا بصدد عقاب الإدارة عن خطئها[2].

(1) علي الفحام، الرسالة السابقة، ص 277.

(2) د/ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص44.

الفرع الثاني: القيود الخاصة على سلطة الإدارة في التعديل

من خلال تطرقنا لدراسة القيود العامة التي ترد على سلطة التعديل، التي تباشره الإدارة انفراديا، ندرس الآن قيود أخرى ترد هي أيضا على سلطة التعديل.

وإلى جانب تلك القيود العامة، التي يترتب عليها البطلان على مخالفتها، فإن هناك قيودا لا ترتب البطلان، وإنما ترتب حق المتعامل المتعاقد في طلب فسخ العقد مع التعويض إن كان له وجه، وذلك إذا تجاوزت الإدارة الحدود المرسومة للتعديل أو كان من شأن التعديل أن يؤدي إلى إرهاق المتعاقد أو إلى قلب إقتصاديات العقد، فإذا لم يصل التعديل إلى هذا المدى فإن حق المتعاقد يقتصر على طلب التعويض فقط.

يعني هذا ألا تتجاوز هذه السلطة حدا معينا، ذلك أن المتعاقد، حين أبرم العقد كان يضع في إعتباره جيدا كافة إحتمالات التعديلات التي يمكن للإدارة أن تمارسها، ولكنه كان يدخل في حساب تقديراته إلتزام الإدارة مما قد يرد في دفاتر الشروط العامة، أو ما ينص عليه قانون الصفقات العمومية، في حدود ضابطة.

ودفاتر الشروط غالبا ما تحدد نسبة معينة بالزيادة أو بالنقصان، لا يستطيع المتعاقد مع الإدارة أن يشكو قضائيا أو إداريا، طالما أنها لم تتجاوز هذه النسب في التعديل.

فإذا وجد نص في دفاتر الشروط يعين الحد الأقصى للتعديلات ويقرر للمتعاقد حق الفسخ في حالة تجاوزها، فإن المصلحة المتعاقدة لا يسوغ لها أن تأمر بتعديلات تتجاوز هذا الحد وإلا كان للمتعاقد الحق في طلب فسخ العقد.

مثال ذلك بالنسبة لعقد الأشغال العامة في الجزائر فإن دفاتر الشروط الإدارية تضبط نسب التعديل وعدم تجاوزها من قبل الإدارة، وذلك بمناسبة الزيادة أو بالنقصان في بنود العقد الإداري.

وبالرجوع إلى أحكام القرار الوزاري المؤرخ في 21 نوفمبر 1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة البناء والأشغال العمومية والنقل[1].

(1) أنظر – ج.ر – العدد 6 لسنة 1965، بتاريخ الثلاثاء 19 جانفي 1965، ص 46

فحسب نص المادتين 30 و 31 من دفتر الشروط الإدارية العامة، يجب ألا يتجاوز التعديل المفروض في حالة الزيادة أو النقصان المقيم نسبة 20% من قيمة الصفقة الإجمالية بالأسعار الأولية، 50% بالنسبة لأشغال الصيانة والتصليح، في حالة زيادة حجم الأشغال، و 35% في حالة نقص حجم الأشغال.

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

ومما يعاب على المشرع في تحديده لنسب التعديل في دفتر الشروط العامة لسنة 1964 انه لم يراع مقتضى إحتياج المرفق العام، فكان لزاما عليه مراعاة إحتياج المرفق العام كأساس للتعديل مقرونة بشرط الحفاظ على التوازن المالي للعقد.

الفصل الثاني: الآثار الناتجة عن تعديل الصفقة العمومية في التشريع الجزائري

من خلال دراس تنا لماهية سلطة الإدارة في تعديل الصفقة العمومية وكذا النظام القانوني الذي تقوم عليه هذه السلطة، أصبحت هذه الأخيرة من الأمور المتفق عليها اليوم، لا في فرنسا فحسب، بل وفي الجزائر أيضا.

وهذا ما سنتطرق إليه خلال الفصل الثاني المتضمن دراسة للآثار المترتبة عن تعديل في الصفقة العمومية في ظل التشريع الجزائري، وذلك بتسليط الضوء على سلطة التعديل في بعض أنواع العقود الإدارية، والتي تتمتع بأهمية خاصة في العمل، وتشكل النسبة الكبرى لنوع العقود التي تبرمها الإدارة لإشباع الحاجات العامة وتحقيق المصلحة العامة، غير أن هذه الأهمية العملية لبعض أنواع العقود في قانون الصفقات العمومية، لا تقلل من شأن العقود الإدارية الأخرى، وكل ما في الأمر أن هذه العقود كعقد الأشغال العامة وعقد التوريد الأكثر إنتشارا في الحياة اليومية.

وتأسيسا على ما تقدم سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: آثار سلطة التعديل في عقدي الأشغال العامة والتوريد.

المبحث الثاني: تسوية النزاعات الناشئة عن سلطة التعديل.

المبحث الأول: آثار سلطة التعديل في عقدي الأشغال العامة والتوريد

إن دراسة سلطة التعديل في عقدي الأشغال العامة والتوريد، أمر على جانب كبير من الأهمية، من جانب أن هذين العقدين من أهم العقود في الصفقات العمومية، ومن ناحية أخرى نجد أن عقود الأشغال العامة في الجزائر أخذت حيزا كبيرا من مشاريع التنمية ، كمنشآت السكن والمنشآت القاعدية وتخصيص الدولة لميزانيات ضخمة لهذا القطاع ، كذلك نفس الشئ بالنسبة لعقود التوريد لذا تطرقنا إلى عقد الأشغال العامة وعقود التوريد بشكل دقيق، خاصة فيما يتعلق بسلطة الإدارة في تعديل بنود هذا النوع من العقود ، وقد تناولنا خلال هذه الدراسة إلى اساس ونظام التعويض في عقد الأشغال العامة بصفة وجيزة ، والحالات الاستثنائية لاستبعاد التعويض الكامل ، ثم سلطة التعديل في عقود التوريد العادية والصناعية وحدود هذه السلطة .

وغالبا ما تتولى نصوص هذا النوع من العقود ، وكذلك دفتر الشروط الإدارية العامة ، تفصيل سلطة الإدارة في التعديل. وبهذا الصدد سنتطرق في هذه الدراسة على الشكل التالي:

المطلب الأول: آثار سلطة التعديل في عقد الأشغال العامة.

المطلب الثاني: آثار سلطة التعديل في عقود التوريد.

المطلب الأول : آثار سلطة التعديل في عقد الأشغال العامة

تستطيع المصلحة المعاقدة من جانبها، دون ان تعول على إرادة المتعامل المتعاقد، أن تزيد من الأعباء الملقاة على عاتقه. وينبني على ذلك، وفي مقابل تلك التدخلات في شروط العقد، أن يكون لهذا الأخير حق في التعويض المالي.

وعلى ذلك سنتطرق إلى تعويض المتعامل المتعاقد على التعديلات التي ترد على شروط العقد وبيان أثار هذا التعويض.

الفرع الأول: أساس التعويض

يحق للمتعامل المتعاقد التعويض الكامل عن الأضرار الناجمة عن إستعمال المصلحة المتعاقدة لحقها في طلب فسخ العقد.

حيث تردد أراء الفقهاء خصوصا في هذا المجال حول عدة أسس للتعويض إستناد لنظرية فعل الأمير من أجل إعادة التوازن المالي المختل، ويؤسس بعض الفقهاء أساس التعويض على فكرة المسؤولية التعاقدية للإدارة، فيما يذهب البعض الأخر إلى مبدأ المساواة في تحمل الأعباء العامة، في حين يركن آخرون إلى أساس التوازن المالي للعقد [1]، وجعله الأساس الذي يقوم عليه مبدأ التعويض الكامل، لأجل هذا سنتطرق في هذه الأسس في الآتي:

أولا: المسؤولية التعاقدية للإدارة

تقوم أساس المسؤولية التعاقدية للإدارة [2]، على أن الإدارة إذا إتخذت أي إجراءات أو تدبير من تدابير فعل الأمير أدت إلى تعديل الشروط التعاقدية للصفقة، مما أدى إلى إرهاق وعسر المتعامل المتعاقد فإن المصلحة المتعاقدة تتحمل المسؤولية عن فعلها الضار.

(1) بوشكيوة عثمان، التوازن المالي للصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، المركز الجامعي سوق أهراس، سنة 2004، ص 114.

(2) د/ سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 628.

وما نلاحظه في هذه الحالة هو أن المسؤولية عن فعل الأمير هي مسؤولية تعاقدية على أساس التوازن المالي للعقد، ورجوعا إلى شروط تطبيق نظرية فعل الأمير ،هو وجوب أن يكون الإجراء من فعل الإدارة المتعاقدة وعلى هذا الأساس يعوض المتعامل المتعاقد تعويضا كاملا .

ومسؤولية الإدارة في هذه الحالة هي مسؤولية تعاقدية بلا خطأ، لأن فعل الأمير يفترض فيه أن المصلحة المتعاقدة لم تخطأ حين إتخذت إجراء التعديل، وإلا قامت المسؤولية على أساس آخر، وتصبح في هذه الحالة أمام مسؤولية على أساس الخطأ[1].

ثانيا: المساواة أمام الأعباء العامة:

هو المساواة أمام الأعباء العامة لوجوب مساواة الجميع أمام التكاليف والأعباء العامة، لأن الضرر الخاص الذي يتحمله المتعاقد، والذي يصيب موضوعا جوهريا في العقد الإداري يشكل عبئا إستثنائيا، وعندئذ يجب إعادة التوازن المالي للعقد وذلك بالتعويض الكامل للمتعاقد عن الأضرار اللاحقة به[2].

وفي مفهوم آخر لمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة ويقصد به أن جميع الأفراد المتواجدين في الدولة ملزمون بتحمل التكاليف الزائدة والأعباء العامة بقدر يتناسب و إمكاناتهم و القدرات المتاحة لهم[3].

ومع هذا فإن المصلحة المتعاقدة إذا أصدرت فعل من أفعال الأمير، وسببت إرهاقا للمتعامل المتعاقد، مما أدى إلى إختلال التوازن المالي للصفقة، وإذا كان هذا التدبير الخاص المتسم بفعل التعديل سبب ضرر للمتعامل المتعاقد دون غيره من الأفراد، فإن فعل الأمير يوجب التعويض الكامل للمتعاقد عن الأضرار اللاحقة به بفعل الأمير دون غيره من المواطنين وهذا تأسيسا على مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة.

---

(1) حيث يذهب الدكتور سليمان الطماوي إلى أن فكرة المسؤولية التعاقدية بلا خطأ هي فكرة غير منسجمة مع المبادئ المسلم بها في القانون الخاص، على إعتبار أن المسؤولية التعاقدية في القانون المدني ،تفترض إخلال أحد الطرفين بالتزامات العقدية، في حين أن فعل الأمير لا يتضمن في جانب الإدارة أي إخلال بإلتزاماتها العقدية.

– د/ سليمان الطماوي، المرجع نفسه، ص 628.

(2) د/إبراهيم طه الفياض، المرجع السابق، ص115.

(3) بوشكيوة عثمان، المذكرة السابقة، ص 261.

ومما يؤخذ على مبدأ المساواة أمام الأعباء انه يصلح أساسا للمسؤولية غير التعاقدية دون خطا وإن كانت توجد بعض الحالات التي يمكن الإستناد على أساس هذا المبدأ في التعويض الكامل للمتعامل المتعاقد، فإنه لا يمكن تعميم هذا المبدأ ليكون أساسا للتعويض إستنادا لفعل الأمير للمتعامل المتعاقد.

ثالثا: مبدأ التوازن المالي للصفقة

إن السعر المحدد بالاتفاق لا يمكن تغيره عادة، فالإدارة شأنها شأن المتعامل المتعاقد، ينبغي عليها تنفيذ إلتزاماتها بدفع المتفق عليه في السعر، إلا أنه قد ينجم عن هذا التنفيذ أحداث ووقائع من شأنها إرهاق المتعامل المتعاقد، والتأثير البالغ على مركزه المالي مما يعطي حق المطالبة بإعادة التوازن المالي للصفقة[1].

فإذا كانت مراكز الأطراف في عقود القانون الخاص متساوية متكافئة بلا خلاف وذلك في الصفقة العمومية. إذ قد يتحمل المتعامل المتعاقد عبئا ماليا لم يكن بالحسبان ساعة التعاقد مما يفرض الإعتراف لة بحقوقه المالية كاملة.

وعليه فقد استقر الفقه، القضاء الإداري على أن هذا الوضع ليطلب من أجل ضمان مبدأ الاستمرارية، إيجاد معادلة توافق بين عاملين هما:

– إلتزام المتعامل المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ الصفقة لما لها من أثر على المصلحة العامة وتلبية إحتياجات الجمهور من جهة.

– ضرورة تدخل المصلحة المتعاقدة بإعتبارها سلطة إدارية عامة لسد أي اختلال في التوازن المالي للصفقة من خلال تحمل كل أو جزء في الأعباء المالية الإضافية نظير ما تتمتع به من حقوق و التزامات[2].

ونلاحظ من جهة أخرى أن التوازن المالي للصفقة أمر مفروض في كل صفقة العمومية ومن حق المتعاقد مع الإدارة أن يعوض على مقتضاه دون الحاجة إلى نص على ذلك

(1) د/ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 140.

(2) د/ بعلي محمد الصغير، القانون الإداري (التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2004، ص 232 ومايليها.

في العقد، ومعنى ذلك أن الصفقة العمومية قائمة على وجود تناسب بين الإلتزامات التي تفرضها والفوائد التي يجنيها المتعاقدون منها[1].

رجوعا للمرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية فقد نصت المادة 115 منه على أن:

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

-إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين..."

وإستقراءا لنص المادة فإن المشرع الجزائري حاول كفالة حق إعادة التوازن المالي للصفقة لصالح المتعامل المتعاقد، وجعله إلتزاما يقع على عاتق الإدارة المتعاقدة، وأن التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة في إطار إلتزام المصلحة المتعاقدة بإعادة التوازن المالي للصفقة. وبذلك فالمشرع قد إعتنق فكرة التوازن المالي للصفقة كأساس للتعويض إستنادا لآلية فعل الأمير.

الفرع الثاني: نظام التعويض

عندما تفرض الإدارة تعديلات في شروط العقد، بزيادة أو تخفيض الأشغال التي يجب على المتعامل المتعاقد تنفيذها، فإن لهذا الأخير الحق في التعويض عن الأضرار اللاحقة به جراء التعديل، وبغرض الوقوف على النظام القانوني الذي يحكم التعويض وذلك إستنادا لفعل الأمير، كما ذكرنا في الفصل الأول ضمن مبدأ التوازن المالي للصفقة، وعلى إعتبارة ضمان للمتعامل المتعاقد في مواجهة سلطة التعديلات فإنه يتعين التعرض للتعويض و أثاره.

أولا : طبيعة التعويض: في حالة تفاقم أعباء المتعامل المتعاقد في تنفيذ الأشغال من خلال الزيادة في الأداءات من قبل المصلحة المتعاقدة، فإنه تمكنه الإستفادة من تعويض كامل عن الضرر الناتج عن هذا الفعل. والتعويض هو الوسيلة الوحيدة التي يستطيع من خلالها القاضي الإداري إعادة التوازن المالي للصفقة العمومية و إستنادا إلى نظرية فعل الأمير .

(1) محمد رفعت عبد الوهاب وحسين عثمان محمد عثمان، مبادئ القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001 ، ص 688.

ثانيا : أثار التعويض : في هذه الحالة فإن التعويض الكامل للمتعامل المتعاقد يستند على فعل الأمير، ومع مراعاة ما فات هذا الأخير من كسب وما لحقه من كسب وما لحقه من خسارة [1]. وفي المقابل فإنه توجد حالات يمنع فيها المتعامل المتعاقد من التعويض الكامل من جراء فعل الأمير.

لأجل ذلك سنتطرق إلى عنصر تحديد التعويض من جهة وأيضا التعرض إلى الحالات التي يستبعد فيها التعويض الكامل للمتعامل المتعاقد.

1 -**عناصر تحديد التعويض:** عندما يستحق المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة تعويضا عن تعديل جهة الإدارة العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، فإن هذا التعويض، يطبق عليه مبدأ التعويض الكامل الذي يشمل على عنصرين :تعويض المتعاقد عما لحقه من خسارة وتعويضه عما فاته من كسب.

2 -**الخسارة اللاحقة:** وهو عنصر ثابت لا مجال للمنازعة حوله ، ولا ترد عليه أية إستثناءات، شريطة أن تكون علاقة السببية ثابتة بين تعديل العقد و الخسارة التي تكبدها المتعاقد.

الفرع الثالث:الحالات الاستثنائية التي يستبعد فيها التعويض الكامل

لقد أجمع الإجتهاد القضائي الإداري على وجوب التعويض الكامل للمتعامل المتعاقد لإعادة التوازن المالي للصفقة العمومية استنادا لفعل الأمير، غير أن هذه القاعدة ترد عليها بعض الإستثناءات والتي سنوردها في الآتي :

1 -حالة مساهمة المتعامل المتعاقد بخطئه في إحداث الأضرار المترتبة على فعل الأمير أو التسبب في زيادتها، حيث لا يمكن صرف التعويض الكامل للمتعامل المتعاقد المتضرر من فعل لأمير المسبب لإختلال التوازن المالي للصفقة العمومية ، إذا كان خطأ المتعامل المتعاقد هو الذي تسبب في إحداث الأضرار [2].

2 -حالة فسخ الصفقة العمومية بسبب العمليات الحربية وقد اشتهر القضاء الإداري المقارن في هذه الحالة، على إستثناء من قاعدة التعويض الكامل حالة فسخ العقد من جانب الإدارة

(1) د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر–المحلة الكبرى، سنة 2005، ص 199.

(2)عبد العاطي عبد المقصود بدر، "المخاطر الإدارية"، مجلة المحاماة، مصر، العدد الأول والثاني، السنة 71، يناير– فيفري، سنة 1991، ص 142.

بسبب ظروف الحرب، أو حتى وقف العمليات الحربية، فلا يمنح المتعاقد سوى تعويض الضرر الذي لحقه، مع فكرة الكسب الذي كان يتوقعه[1].

3 -حالة الإتفاق التعاقدي على إعفاء المصلحة المتعاقدة من المسؤولية بسبب فعل الأمير.

وتجدر الإشارة هنا أن الفقهاء يميزون بشأن هذه الحالة التي يستبعد فيها التعويض الكامل بين حالتين[2]:

الحالة الأولى: اشتراط الإستبعا د المطلق للمسؤولية بسبب فعل الأمير: حيث يجمع الفقه الإداري على عدم مشروعية هذا الشرط، وبالتالي يقع بطلان كل اتفاق مفاده إعفاء المصلحة المتعاقدة من تحمل آثار الإضرار المترتبة عن فعل الأمير أو التعديلات في شروط العقد ،وفي حالة لو أخرت مشروعية هذا الشرط لما أمكن للمتعاقدة المطالبة بالتعويض في إطار تطبيق التوازن المالي للعقد .

الحالة الثانية: اشتراط الإستبعا د النسبي بسبب فعل الأمير: ومقابلة للحالة السابقة فإن هذا الشرط مشروع، وصورة ذلك أن ينصب الإعفاء من المسؤولية على إجراء معين، لا سيما إذا أخذ الطرفان في حسبانهما إجراء محتمل، وضمناه ضمن بنود الصفقة، فعندئذ يستبعد التعويض نسبيا .

وعطفا على ذلك كان لزاما على المتعامل المتعاقد إذا وافق على إستبعاد آثار إجراء معين، أن يضع آثاره في حسبانه عند تقدير مزاياه المالية، إذ يغدو هذا الإجراء متوقعا من حين لآخر، وبذلك لا يستطيع الكلام عن حدث إختلال التوازن المالي للعقد، ذلك أن المتعامل المتعاقد قد أخذ في حسبانه آثار هذا الإجراء عند تقدير ثمن الصفقة[3].

المطلب الثاني: آثار سلطة التعديل في عقد التوريد

تقوم عقود التوريد على أساس منقولات محل التعاقد، ولما كانت سلطة التعديل تستند إلى صلة العقد بالمرفق وتلبية حاجات الجمهور، ولما كانت صلة عقد التوريد بالمرفق ليست

(1) علي عبدالعزيز الفحام، الرسالة السابقة، ص397

(2) سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص، 630-631.

(3) بوشكيوة عثمان، المذكرة السابقة، ص 122.

بدرجة وضوح صلة عقد الأشغال العامة، مما جعل سلطة التعديل في عقد التوريد(إقتناء اللوازم) في أضيق الحدود[1].

ومن خلال النظام القانوني لسلطة الإدارة في تعديل الصفقة، تبين أن دفاتر الشروط غالبا ما تنظم سلطات و إمتيازات الإدارة في العقد، خاصة سلطة التعديل، ونظرا لغياب دفتر شروط مطبق على صفقات إقتناء اللوازم، كما هو معمول في صفقات الأشغال العامة، كانت الدراسة نوعا ما صعبة.

لذلك فإن أساس هذه الدراسة الإعتماد على تطبيق المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

من منطلق أن التعريف التشريعي يعلو التعريفات الأخرى، كان لزاما أن نتطرق إلى التعريف التشريعي ثم نسوق التعريف الفقهي.

أولا: التعريف التشريعي: إستنادا إلى أحكام تنظيم الصفقات العمومية المرسوم 236/10 في مادته الثالثة عشر فقرته الرابعة و5، 6 والتي نصت على أن:

"... **تهدف صفقة اللوازم إلى إقتناء المصلحة المتعاقدة أو إيجار عتاد أو مواد موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد...**"

وطبقا لأحكام المادة 04 من المرسوم المذكور أعلاه فإن:

" **الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد إنجاز الأشغال و إقتناء اللوازم و الخدمات و الدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة**"

وعليه فإن عقد إقتناء اللوازم هو عقد مكتوب يتضمن إقتناء المصلحة المتعاقدة أو إيجار عتاد أو مواد موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاط المرفق العام.

ثانيا: التعريف الفقهي: يعرف الدكتور عمار بوضياف عقد التوريد بأنه: " إتفاق بين الإدارة و أحد الأشخاص (المورد) بقصد تموينها وتزويدها بإحتياجاتها من المنقولات. وهذا لقاء مقابل تلزم بدفعه وبقصد تحقيق مصلحة عامة"[2].

(1) د/عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 17.

(2) د/ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 71.

أما الدكتور محمد الصغير بعلي فيعرفه أنه: " إتفاق تبرمه الإدارة المتعاقدة مع شخص آخر وذلك بقصد تموينها وتزويدها باحتياجاتها من المنقولات مثل الأثاث المكتبي للإدارة، الأدوية بالنسبة للمستشفى، الكتب بالنسبة للمكتبة العمومية، الخبز للمطعم الجامعي..."[1].

ومن خلال هذين التعريفين يتضح أن عقد التوريد هو إستمرار أشياء منقولة كالبضائع أو مواد التموين أو الفحم أو السفن أو المواد الحربية المختلفة...، ولا يمكن أن يكون محله العمل في عقار بطبيعته أو بالتخصيص[2].

إن سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل عقد التوريد تستند أساسا إلى صلة العقد بالمرفق العام فهي تكون في أضيق الحدود في عقد التوريد نظرا لأن مساهمة المتعاقد في تسيير المرفق بطريقة غير مباشرة[3].

مما يجعل التدابير و الإجراءات التي تتخذها المصلحة المتعاقد في إطار فعل الأمير تظهر بصورة جلية في عقد الأشغال العامة، على أن ذلك لا ينفي وجود بعض الحالات في عقد التوريد.

ومن ثم نقسم الدراسة في هذا المطلب إلى:

الفرع الأول: سلطة تعديل عقود التوريد العادية.

الفرع الثاني: سلطة تعديل عقود التوريد الصناعية.

الفرع الثالث: حدود سلطة التعديل في عقد التوريد

<u>الفرع الأول</u>: سلطة تعديل عقود التوريد العادية

إن العنصر الأساسي في عقود التوريد العادية هو تسليم منقولات يتفق على مواصفاتها، ويكون المتعاقد مع الإدارة طرفا في المصدر الذي يحصل عليها منه.

(1) د/ محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، المرجع السابق، 23.

(2) سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 131.

(3) سليمان الطماوي، المرجع نفسه، ص 471.

– بوشكيوة عثمان، المذكرة السابقة، ص 109.

وفيما يخص سلطة التعديل قبل التسليم فإنه يعود بشأنه إلى شروط العقد، ودفاتر الشروط التي تنظم هذا الحق للإدارة، ضمن أطر محددة، فإذا إلتزم العقد الصمت فإنه يترك للمورد حرية التوريد على مسؤوليته.

وطبقا لأحكام المادة 103 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية فإن التعديل في الصفقة يكون في جميع الحالات زيادة الخدمات أو إنقاصها وذلك يتخفيض الكمية المتفق عليها، أو تعديل بند أو عدة بنود ضمن صفقة التوريد الأصلية [1]. ومهما يكن من أمر فإنه لا يمكن أن يؤثر ملحق تعديل الصفقة بصورة أساسية على توازن الصفقة.

هناك إستثناء على قاعدة خضوع الملحق للشروط الإقتصادية للصفقة، أنه في حالة تعذر الأخذ بالأسعار التعاقدية المحددة للصفقة الأصلية، فإنه أن تحدد أسعار جديدة عند الإقتضاء[2].

<u>الفرع الثاني</u>: سلطة التعديل في عقود التوريد الصناعية

لقد أظهرت الأيام الأخيرة إنتشارا واسعا لهذا النوع من عقود التوريد الصناعية في الحياة العملية، وسمح هذا بوجوب التمييز بين نوعين من عقود التوريد. فقد حدث في عقود معينة يتعلق موضوعها بسلعة معينة يبدو أن تصنيعها ليس فيه صعوبة فنية كبيرة، وقد تكون في بعض الأحيان ليست من إحتكار أو من صنع المورد نفسه، بحيث تمكن الفرد العادي المشاركة في صنعها أو شرائها، وفي ظروف أخرى مختلفة، قد تبدو عقود التوريد أنها تنصب على أصناف تحتاج صناعتها إلى خبرات فنية عالية بصورة خاصة[3].

وعلى إعتبار أن الإدارة أو الدولة هي المشتري الوحيد لبعض المعدات و الأجهزة التي تصنع خصيصا لها، وتبعا لذلك، فمثل تلك العقود الصناعية مقصورة على الدولة لوحدها،

---

(1) أنظر نص المادة 103 من المرسوم الرئاسي10-2360 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

- فيما يخص تخفيض الكمية المتفق عليها، فإنها تدرج ضمن ملحق تخفيض لكمية المواد المتفق على توريدها.

(2) أنظر نص المادة 104 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

- يدرج بند في الملحق يحدد مبلغ الصفقة الأصلية، ومبلغ الملحق محل التعديلات، ثم يحدد المبلغ الجديد للصفقة.

(3) على عبد العزيز الفحام، الرسالة السابقة، ص 470.

ومثال على تلك عقود التوريد الصناعية شراء معدات فنية لمصالح البريد أو الهواتف أو شراء معدات عسكرية للدفاع. وعلى الرغم من أهميتها في الحياة العملية و خاصة الدفاعية منها فإنها لم تحظ بتنظيم خاص يليق بأهميتها في الجزائر، على غرار بلدان الأنظمة المقارنة الأخرى التي أولت إهتمام كبير بهذا النوع في عقود التوريد وذلك بإعداد دفاتر غرار بلدان الأنظمة المقارنة الأخرى التي أولت إهتمام كبير بهذا النوع في عقود التوريد وذلك بإعداد دفاتر شروط مطبقة على هذا النوع من العقود[1].

لذلك نرجو من المشرع الجزائري ان يولي أهمية بالغة إلى هذا النوع من عقود التوريد و الإسراع في إعداد دفاتر شروط تنظمها من جميع الجوانب، خاصة فيما يتعلق بسلطات وإمتيازات المصلحة المتعاقدة لا سيما سلطة التعديل.

الفرع الثالث: حدود سلطة التعديل في عقد التوريد

بالنسبة لحدود سلطة الإدارة في تعديل عقود التوريد يجب أن يدور هذا التعديل في النطاق الذي رسمه العقد أو دفاتر الشروط المخصصة، وإلا جاز للمتعاقد الامتناع عن التنفيذ ويطلب فسخ العقد، بمعنى أن لا تتعسف المصلحة المتعاقدة في حقها في التعديل بذلك الحدود المعقولة.

وتعتبر حدود سلطة التعديل المتعلقة بالعقود الإدارية بصفة عامة، هي ذات الحدود يتعلق بعقود التوريد بصفة خاصة، ولكن تبرز هنا فكرة وجوب مراعاة إمكانيات المورد الإقتصادية والفنية، وتكون أيضا هذه الحدود محل إشتراطات في العقد ذاته، أو دفاتر الشروط المتعلقة بصفقة اللوازم، فقد ينص العقد على نسبة معينة للزيادة أو الخفض المحتمل للحمولة الواجب المتعاقد نقلها [2].

وبالرجوع إلى أحكام المادة 103 من المرسوم 10-236 فقد نصت على أن:

---

(1) يجدر الإشارة أنه يوجد في فرنسا ثلاث أنواع من عقود التوريد طبقا لدفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات التوريد بمقتضى المرسوم الصادر في 27 مايو 1977، بالإضافة إلى عقود التوريد الصناعية، والتي نظمها المشرع الفرنسي بموجب مرسوم أكتوبر 1980، وثالث هذه الأنواع هو ما يعرف بعقد أداء الخدمات الصناعية التي تنصب على الإعمال الذهنية و الفكرية التي يقدمها الأفراد إلى الجهة الإدارية المتعاقدة بمقتضى المرسوم الصادر في 26 ديسمبر 1975.

- Delaubadère-Delvolvè et Moderne, op.cit, t1, p 145.

(2) علي عبدالعزيز الفحام، المرجع السابق ، ص 473.

"... **وهما يكن من أمر، فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة...**". حيث غالبا ماتتفق الأطراف المتعاقدة على تضمين بند من بنود الصفقة على ضرورة إبرام ملحق عندما تزيد أو تخفض كمية التوريد أو يحدث تعديل بند أو بنود في الصفقة الأصلية، وأخذ الإلتزامات الجديدة بعين الإعتبار عند تحديد الإلتزامات المالية التي ينبغي أن يقتضيها المتعامل المتعاقد كي يمكنه الإستمرار في التنفيذ دون إرهاق.

المبحث الثاني: تسوية النزاعات الناشئة عن سلطة التعديل

لما كان للصفقات العمومية صلة بالمال العام، وكونها ترتب حقوق وإلتزامات أطراف العقد، فإنه لاشك تثير منازعات سواء على مستوى إبرام العقد الإداري أو أثناء التنفيذ حين تصطدم مصلحة الإدارة مع المتعامل المتعاقد، وهو ما أوجب وجود نظام قانوني يحكم تلك المنازعات[1].

ونظرا للأهمية الكبيرة للصفقات العمومية، وبالنظر لطابعها التنموي فان المشرع الجزائري قد أولاها بنوع من الخصوصية في بعض الأحكام، وذلك لتسريع في عملية التنمية وعدم تعطيل المشاريع، وفض النزاع القائم بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل وخاصة في مرحلة التنفيذ حين تبرز سلطات الإدارة خلال هذه المرحلة، كسلطة التعديل في بنود العقد، وهذا موضوعنا لهذا الفصل، وذلك بالتطرق لفض النزاعات القائمة بين أطراف العقد و الناتجة عن سلطة الإدارة في تعديل الصفقة العمومية.

فخلال مرحلة التنفيذ تظهر بشكل أكثر تميزا سلطة التعديل، لذا ف إن معظم نزاعات الصفقات العمومية تتركز في مرحلة التنفيذ. وضمانا لتنفيذ حسن للصفقة المبرمة، لم يغفل المشرع عن مسالة تسوية النزاعات الناتجة عن عملية التنفيذ، بما تتضمنها من إمتيازات و سلطات خاصة سلطة الإدارة في تعديل بنود العقد، بحيث كرسها في آليتين أساسيتين كذلك هما التسوية الودية والتسوية القضائية، وإعتبار الأخيرة كوسيلة للرقابة على سلطات وإمتيازات المصلحة تجاه المتعامل المتعاقد.

وبالرجوع إلى أحكام قانون تنظيم الصفقات العمومية في **المادة 115**[2] من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 فقد كرست هذه المادة آليتين لحل النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقة العمومية، وهذا ما سنتطرق إليه خلال هذا المبحث وهذا بالتطرق إلى مطلبين:

المطلب الأول: التسوية الودية للنزاع.

المطلب الثاني: التسوية القضائية.

---

(1) د/ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 185.

(2) أنظر نص المادة 115 من المرسوم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

المطلب الأول : التسوية الودية للنزاع

حرصا من المشرع الجزائري على حل جميع الإشكالات المتعلقة بتنفيذ الصفقة العمومية و خاصة خلال استعمال الإدارة لسلطاتها الإستثنائية في الصفقة العمومية، فقد وضع آليات لفض مختلف النزاعات و تسويتها بالتراضي أولا دون اللجوء إلى التسوية القضائية .

وهذا ما نصت عليه أحكام **المادة 115** في المرسوم الرئاسي رقم 236/10 على أنه: " **تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها، غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها...**".

ومن خلال نص المادة يتضح لنا و يبدو جليا أن قانون الصفقات العمومية قد أرسى قاعدة الحل الودي الرضائي للنزاع الناتج عن التنفيذ وبما فيها النزاعات الناتجة عن سلطة الإدارة في تعديل الصفقة العمومية، وهذا تفاديا لفكرة اللجوء إلى القضاء الإداري الذي يكلف أطرافه طول الإجراءات وثقلها و تعطيل المشاريع التنموية. كما نص المشرع على ضرورة رفع الطعون أو التظلمات قبل كل مقاضاة أمام العدالة [1]، على إعتبار أن هذه التظلمات ترفع من قبل المتعاملين المتعاقدين بشأن المنازعات الناتجة عن تنفيذ الصفقة[2] وبالأخص سلطة التعديل.

وأهم آليات فض النزاعات القائمة التي قد تظهر بين المتعامل المتعاقد أو المستثمر وبين الدولة بمناسبة تنفيذ العقود آلية التحكيم كآلية لفض النزاعات التي قد تنشأ خاصة عند تنفيذ الصفقة العمومية سواء على المستوى المحلي أو الدولي [3]. وعلى إعتبار التحكيم كغيره من الوسائل المستحدثة في القوانين لتسوية النزاعات بالطرق الودية على غرار الصلح و الوساطة غير أن المشرع أدرجه ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية في نص **المادة 1006**[4]. وعليه سنتطرق في هذا المبحث إلى: الفرع الأول: ضوابط التسوية الودية للنزاع.

الفرع الثاني: التحكيم كآلية لفض نزاعات تعديل الصفقة العمومية

---

(1) أنظر الفقرة الرابعة من نص المادة 115 من المرسوم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(2)عبد الوهاب علاق، الرقابة على الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، سنة 2004، ص 122.

(3) إبراهيم بن مدخن، ضمان الإستثمار الأجنبي الخاص ومنازعاته، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عنابة، سنة 2008، ص 178.

(4) أنظر نص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008.

الفرع الأول: ضوابط التسوية الودية

عند نشوء المنازعة وفي أي مرحلة من مراحل الصفقة العمومية وقبل اللجوء إلى الجهات القضائية المعنية لفض النزاع القائم، إشترط المشرع على أطراف العقد اللجوء إلى الحل الودي للنزاع الذي يطرأ عند تنفيذ الصفقة، وذلك عبر كافة النصوص المنظمة لموضوع الصفقة العمومية و خاصة فيما يتعلق بإمتيازات الإدارة في تنفيذ الصفقة [1]، وألزم المصلحة المتعاقدة على ضرورة إيجاد تسوية ودية للنزاع القائم بشأن سلطة الإدارة في تعديل بند أو عدة بنود للصفقة كلما سمح الحل بما يأتي[2]:

- إيجاد التوازن التكاليف المترتبة على كل من الطرفين.
- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.
- الحصول على تسوية نهائية أسرع و بأقل التكاليف.

وكما سنحاول إبراز الطابع القانوني للطعون أو التظلمات المرفوعة من قبل المتعاملين المتعاقدين بشأن تعديل بند أو عدة بنود في الصفقة الأصلية.

أولا: طبقا لأحكام المرسوم الرئاسي 10- 236

- لتطبيق الحلول الودية يجب مراعاة الأتي:

01_ إعادة التوازن المالي للتكاليف المترتبة على كل من الطرفين : يتعرض المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ العقد لتدخل الإدارة التي تملك زيادة إلتزاماته أو إنقاصها، ولما كانت إلتزامات المتعاقد تتسم بالمرونة، فإنه من الضروري إضفاء هذه الصفة على حقوقه المستمدة من العقد أيضا، نظرا للعلاقة الوثيقة بين إلتزامات المتعاقد وحقوقه، ومادامت الإلتزامات قابلة للزيادة أو

(1) في ظل الأمر كانت مهمة التسوية منوطة بلجنة الصفقات العمومية، هي لجنة وزارية تحدث لدى كل وزارة مهمتها البحث عن تسوية ودية للنزاعات ضمن أحكام المادة 152 من الأمر، وتقابله المادة 101 من المرسوم 82-145، والمادة 99 من المرسوم التنفيذي 91-434، بخصوص التطور التشريعي للحل الودي راجع:

- خضري حمزة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة بسكرة، سنة 2004، ص 65 ومابعدها.

- علاق عبد الوهاب، مذكرة ماجستير، ص 120 ومابعدها.

(2) أنظر نص المادة 115 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

النقصان فيجب أن يكون هذا هو الشأن للحقوق المقابلة له وهو ما يعرف بفكرة التوازن المالي للعقد.

و رجوعا لتشريع الصفقات العمومية وفق المرسوم 10- 236، نجد أن المشرع الجزائري قد جعل المصدر التشريعي للتوازن المالي للصفقة العمومية في المادة 115 من نفس المرسوم حيث ذكرت أنه: " **تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية التنظيمية المعمول بها .**

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

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل من الطرفين..."

وإستقراءا لهذا النص التشريعي، نجد أن المشرع الجزائري قد فرض في إطار التسوية الودية أن تبحث الإدارة المتعاقدة عن حل بإمكانه أن يحسم الأمر وديا دون أن ترهقه باللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقه في التوازن المالي بين التكاليف المترتبة على كل من الطرفين كلما حدث إختلال له.

كما أن عميلة إيرام الملحق بين المصلحة المتعاقدة و بين المتعامل المتعاقد تهدف إلى تحقيق التسوية الودية في حالة تفاقم الأعياء المترتبة على المتعامل المتعاقد في حالة ما إتخدت الإدارة إجراءات أو تدابير من شأنها الزيادة أو التخفيض في حجم الأداءات أو إنقاصها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة الأصلية، ووجب إدخال هذه التعديلات ضمن الملحق وذلك على سبيل الإلزام و حسب مانصت عليه أحكام المادة 103 من المرسوم الرئاسي 10-236، دون المساس بالشروط الإقتصادية للصفقة.

وقد نصت المادة 105 من المرسوم الرئاسي على أنه:

" **لا يمكن إبرام الملحق و عرضه على هيئة الرقابة الخارجية للصفقات المختصة، إلا في حدود أجال التنفيذ التعاقدية.**

غير أن هذا الحكم لا يطبق في الحالات الأتية:

أ- عندما يكون الملحق في مفهوم المادة 103 أعلاه بتقديم الأثر المالي ويتعلق بإدخال و/أو تعديل بند تعاقدي أو أكثر، غير البنود المتعلقة بآجال التنفيذ

ب- إذا ترتب على أسباب إستثنائية، وغير متوقفة، وخارجة عن إرادة الطرفين، إختلال التوازن الإقتصادي للعقد اختلالا معتبرا و/أو أدى إلى تأخير الأجل التعاقدي الأصلي..."

ووقوفا منا أحكام نص المادة فإنه لا يمكن إبرام الملحق و عرضه على هيئة الرقابة الخارجي للصفقات المختصة إلا في حدود أجال التنفيذ التعاقدية، فإنه إستثناءا يمكن أن يبرم الملحق خارج الحالات السابقة عندما يكون عديم الأثر المالي ويتعلق بإدخال أو تعديل بند تعاقدي أو عدة بنود بإستثناء البنود المتعلقة بآجال التنفيذ.

وعليه فإن إبرام الملحق بين المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد يعتبر كتأطير لسلطة التعديل[1] في إطار التدابير التي تتخذها المصلحة المتعاقدة بإدخال أو تعديل بند تعاقدي او أكثر، والتي تتوافر فيها شروط تطبيق فعل الأمير، يمكن أن تساهم في إعادة التوازن المالي للصفقة العمومية وديا دون اللجوء إلى الجهات القضائية من طرف المتعامل المتعاقد لإعادة ذلك التوازن.

02_ التوصل إلى إسراع إنجاز لموضوع الصفقة : فقد ألحت **المادة 115** على ضرورة إعطاء عامل الزمن عنصر مهم في الصفقة، و هذا ما يحتم على جميع أطراف النزاع التوصل إلى حل ودي في أقرب الآجال، ضمن إتفاق مكتوب رسمي، و كان ذلك أنفع بالنسبة لزمن تنفيذ الصفقة[2].

03_ البحث عن تسوية نهائية في أقرب الآجال وبأقل التكاليف : وهذا لأهمية الزمن في تنفيذ الصفقة العمومية، وذلك تفاديا لزعزعة استمرارية الصفقة، حيث فرض المشرع إيجاد حل ودي وفي أسرع وقت بما يضمن مواصلة العمل، وتنفيذ الصفقة في آجالها و إذا لم يتم حل النزاع وديا فانه يتم اللجوء إلى التسوية القضائية.

وقد فرض المشرع قبل اللجوء إلى القضاء رفع طعن أمام اللجنة الوطنية للصفقات وهو ماأكدته نص المادة 115 من المرسوم 10-236. كأنما أراد المشرع البحث عن حل ودي خارج الإطار القضائي لتفادي الأضرار التي تنجم عنه بالنسبة لجميع أطراف الصفقة[3].

(1) بوشكيوة عثمان، المذكرة السابقة، ص 112.

(2) د/ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 189.

(3) د/عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 189.

هذا فضلا على أن النزاع يعرض على اللجنة الوطنية المتخصصة[1]، والتي نصت عليها أحكام المادة 115 من المرسوم الرئاسي، زيادة على ذلك تقوم اللجان الوطنية بدراسة الطعون التي يرفعها المتعاملون المتعاقدون قبل أي دعوى قضائية، بشأن النزاعات المترتبة عن سلطة تعديل التعديل[2].

لذلك فإن النزاع أحيل و عرض على لجان متخصصة، تضم كفاءات وخبرات عالية، تضم ممثلين عن بعض الوزارات و القطاعات الحيوية، تؤهلها إلى إيجاد حلول للنزاع القائم وديا.

و بموجب المادة 115 فقد فرض المشرع على اللجان الوطنية المتخصصة أن تحسم النزاع المفروض عليها في مدة 30 يوما بدءا من إيداع الطعن أو التظلم [3]، وهو ما يعني أن المشرع فرض قيد زمني على اللجنة الوطنية للصفقات العمومية من اجل عقد إجتماعها لمعرفة مصير الطعن.

ثانيا: التظلم في النزاعات الناشئة عن سلطة التعديل

يعد التظلم وسيلة ناجعة لحل الخلافات مع الإدارة بعيدا عن القضاء لأنه يمنح الإدارة الخيار بين وقوفها أمام القضاء بصفتها مدعي عليها، ومايكلفها من نفقات إضافية يستدعيها اللجوء إلى الجهات القضائية[4].

فالتظلم الإداري يساعد على تدارك جميع الهفوات و الأخطاء من قبل الإدارة من جراء إستعمال لإمتيازاتها الإستثنائية في تنفيذ الصفقة العمومية ومن بينها سلطة التعديل.

ويعرف على أنه: "الطعن الذي يقدمه ذوي الشأن و المصلحة من الإفراد إلى الرئيس الإداري للشخص أو للهيئة مصدرة القرار موضوع التظلم و الطعن يشكون فيه القرار و السلطة

(1) أستحدثت اللجان الوطنية المتخصصة بموجب المادة 142 من المرسوم الرئاسي 10- 236، وأصبحت بموجبها اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال، اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم، اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات و الخدمات.

-لتفصيل أكثر حول تشكيلة اللجان الوطنية للصفقات راجع: د/ عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص 171.

(2) أنظر نص المادة 149 من المرسوم 10-236 التضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(3) أنظر الفقرة 04 من نص المادة 115 من المرسوم 10- 236.

(4) موسى نورة، التظلم الإداري المسبق والصلح في المنازعات الإدارية، مذكرة ماجستير، جامعة تبسة، 2005، ص 83.

الإدارية التي أصدرته و يطلبون فيه بإلغاء أو تعديل أو سحب القرار، حيث يصبح مشروعا أي مطابقا للقانون أو اللوائح العامة و متلائما مع مبادئ المرافق العامة و الوظيفة الإدارية"[1].

لقد نص المشرع الجزائري على التظلم في المادة 829 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [2]. وذلك بجواز رفع تقديم التظلم إلى الجهة الإدارية المعنية مصدرة القرار، كما جعله إختياريا، ويكون في الأجال المنصوص عليها في المادة 829 من قانون الإجراءات المدنية[3].

01_ التظلم في تنظيم الصفقات العمومية 10-236.

تنص المادة 115 من المرسوم 10-236 على أن: "...**يمكن للمعامل المتعاقد أن يرفع طعنا، قبل كل مقاضاة أمام العدالة، أمام اللجنة الوطنية للصفقات المختصة التي تصدر مقررا في هذا الشأن خلال ثلاثين (30) يوما من تاريخ إيداع التظلم**

يسري هذا المقرر على المصلحة المتعاقدة بغض النظر عن غياب تأشيرة الرقابة الخارجية القبلية حسب الشروط المحددة في أحكام المرسوم التنفيذي رقم 91-314 المؤرخ في 28 صفر عام 1412 الموافق 7سبتمبر 1991 والمتعلق بإجراء تسخير الأمرين بالصرف للمحاسبين العموميين"

وإستقراءا لنص المادة و فيما يتعلق بالنزاعات التي تترتب عن إعمال المصلحة المتعاقدة لسلطتها في تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة الأصلية و عدم التوصل إلى حل لإعادة التوازن المالي للصفقة من جراء التدابير و الإجراءات التي إتخذتها الإدارة في إطار فعل الأمير. وإن لم يحدث الإتفاق بين طرفي النزاع وحسمه وديا فإن المشرع كفل المتعامل المتعاقد أحقية اللجوء إلى التسوية القضائية.

---

(1) موسى نورة، المذكرة نفسها و الصفحة سابقا.

(2) لم يعد التظلم شرطا إلزاميا لقبول دعوى الإلغاء، وإنما أصبح جوازيا و إختياريا.

أنظر نص المادة 830 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008.

- لقد كان قانون الإجراءات المدنية لدى إصداره سنة 1966، يشترط لقبول جميع الطعون بالإلغاء، سواء تلك المقامة أمام الغرف الإدارية بالمجالس القضائية، أو الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا (مجلس الدولة حاليا).
- لمزيد من التفصيل حول التطور التشريعي للطعن الإداري المسبق في الجزائر راجع:

د/ محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، سنة 2003، ص 172.

(3) نصت المادة 829 على أنه: " يحدد أجل الطعن أمام المحكمة الإدارية بأربعة (04) أشهر، يسري من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القرار الإداري الفردي، أو من تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي أو التنظيمي".

غير أنه فرض قبل كل مقاضاة رفع طعن أمام اللجان الوطنية المتخصصة للصفقات، وهذا بغرض حل المشاكل التي تطرأ لدى تعديل بنود الصفقة، خاصة في حالة عدم الإتفاق على التسوية التعاقدية في إطار إبرام الملحق المتعلق بالزيادة أو النقصان في الخدمات أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية، على إعتبار أن الملحق كوسيلة لإعادة التوازن المالي للصفقة في حالة إختلاله جراء فعل الأمير.

وقد فرض المشرع على اللجنة الوطنية المختصة أن تحسم في نزاع العروض عليها خلال مدة 30 يوما بدءا من تاريخ إيداع التظلم، وهذا محاولة من المشرع أن يلزم اللجنة الوطنية بضرورة الخروج بحل ودي يرضي المتعاقد مع الإدارة، وقبل لجوء هذا الأخير إلى التسوية القضائية.

ويسري هذا المقرر على المصلحة المتعاقدة بغض النظر عن غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية، ومن هنا يتضح جليا حرص المشرع على إيجاد حل ودي قبل اللجوء إلى القضاء كما ورد في القرار الصادر بتاريخ 1985/11/9 في قضية (ش، ذ، م، س) ضد وزير الري، ووالي ولاية الجزائر، إذ جاء فيه: "من المقرر قانونا أن عرض المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ صفقات عمومية على اللجنة الإستشارية المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية من أجل إيجاد تسوية ودية كهذه المنازعة هو إجراء يتم وجوبا قبل رفع الدعوى القضائية..." [1]. وأيضا قرار مجلس الدولة بتاريخ 2004/06/15 قضية بغدادي ضد مدير التربية لولاية بشار ملف رقم 012585، فهرس 344، قرار غير منشور، إعتبر الطعن فيه أمام اللجنة المختصة إجراءا جوهريا يتوقف عيه قبول الدعوى شكلا[2].

ويجب هنا تسجيل الغموض الذي يكتنف المادة 115 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10[3] ، فالنص وردت فيه عبارة :" **يمكن للمتعامل المتعاقد أن يرفع طعنا قبل كل مقضاة** "

(1) أنظر قرار المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، الصادر بتاريخ 1985/11/9، ملف رقم 43731، منشور بالمجلة القضائية، العدد2، سنة 1990، ص175 ومايليها.

(2) د/عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 191.

(3) وهي الملاحظة التي سجلها الدكتور محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 248. ونفس الشيء الدكتور عمار بوضياف، المرجع نفسه ، ص 190.

و عبارة " **يمكن** " هنا تفيد الجواز لا الوجوب، بمعنى أن إجراء الطعن أمام اللجنة الوطنية للصفقات المختصة صار اختياريا، وهذا ما يوصلنا إلى نتيجة مفادها انه بإمكان المتعامل المتعاقد إجراء الطعن و رفع دعواه أمام الجهة القضائية المختصة.

وعند آخر فقرة من **المادة 115 :" قبل كل مقضاة أمام العدالة ...** " و تفيد هذه الجملة الإلزام بمعنى قبل اللجوء إلى رفع الدعوى الإدارية وجب رفع تظلم أمام اللجنة الوطنية للصفقات.

مما يدل على أن نص المادة في صياغتها التي لم ترق إلى المستوى المطلوب، على مستوى الصياغة في جواز رفع الطعن، وفي نفس الوقت الإلزام قبل اللجوء إلى القضاء بوجوب رفع التظلم أمام اللجنة الوطنية للصفقات العمومية المختصة، وحتى خلال التعديل الأخير لقانون تنظيم الصفقات العمومية أبقى المشرع على نفس الصياغة.

ومهما يكن من أمر فإننا نرجح رأي أستاذنا الدكتور عمار بوضياف بضرورة إعادة صياغة نص المادة و ذلك بتبيان وجوب رفع الطعن و ذلك لمباشرة رفع الدعوى الإدارية، وأن أي إغفال لهذا الطعن يؤدي إلى رفض الدعوى.

02_ في دفتر الشروط المطبق على صفقات الإشغال العامة

بالرجوع إلى أحكام نصوص دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العامة المطبقة لسنة 1964، لاحظنا وجود نص قانوني يجيز للمتعامل المتعاقد تقديم ملاحظات مكتوبة، مبررة في شكل تظلم ضد الأمر المصلحي المتعلق بالتعديلات المنحلة على الأشغال في مهلة عشرة أيام تحت طائلة السقوط لفوات الميعاد.

وحيث نصت الفقرة 7 من المادة 12 ومن دفتر الشروط الإدارية العامة على أنه:" عندما يرتئي المقاول بأن مقتضيات أمر المصلحة تتجاوز إلتزاماته المتعاقد عليها بالصفقة، فيجب عليه طائلة الفسخ، تقديم ملاحظة خطية ومعللة الأسباب إلى مهندس الدائرة أو المهندس المعماري خلال 10 أيام، أن مطالبة المقاول تلك لا تتيح له توقيف تنفيذ أمر المصلحة إلا إذا أمر بخلاف ذلك مهندس الدائرة أو مهندس معماري".

وكما ذكرنا سابقا في دراسة الأمر المصلحي و الآثار المترتبة عليها فإن للمقاول أن يقبل الأمر

و قرار التعديل، وتوقيعه بالاستلام دون تحفظ، أو أن يرفض المقاول الأمر الخاص بالتعديلات بسبب تجاوز إلتزاماته التعاقدية.

ولقد نظم دفتر الشروط الإدارية العامة الإجراءات الخاصة بالاعتراض الأمر المصلحي، ونص على ميعاد عشرة أيام تحت طائلة السقوط في الإعتراض. وأيا ما كان الأمر، فإن التظلم على الأمر المصلحي لا يوقف تنفيذ قرار التعديل حسب نص الفقرة 7 من المادة 12.

ومما سبق ذكره نرى أهمية التسوية الودية في فض النزاعات تنفيذ الصفقة العمومية، وحرص المشرع على تجسيد هذه الآلية قبل اللجوء إلى التسوية القضائية و ذلك من خلال تشريع الصفقات العمومية.

الفرع الثاني: التحكيم كآلية لفض نزاعات تعديل الصفقة العمومية

إن شرط وجود التحكيم ضمن إشتراطات العقود الإدارية، كعقود الإستثمار ليس بالأمر الحديث، لأنه منذ بداية القرن العشرين ومع غياب تشريعات وطنية خاصة بالإستثمار أو بإستغلال الثروات الطبيعية للبلاد عملت عقود الإمتياز البترولية و كذلك عقود الأشغال العامة على قبول شرط التحكيم لفض النزاعات بشأن تنفيذ أي صفقة[1].

وموازاة مع التزامات الدولة مع الخارج وكذا لإضفاء أكثر مرونة لتجاوز الخلافات التي من شانها أن تمس بمبدأ الشفافية في الإجراءات و الحق في ممارسة كل طرق الطعن و التسوية، فقد أجاز المشرع اللجوء إلى التحكيم كآلية لتسوية النزاع بالنسبة للأشخاص المعنوية الهامة أصبح التحكيم كغيره من الوسائل المستحدثة في القوانين لتسوية النزاعات بالطرق الودية مثل الصلح والوساطة، حيث تم إدراجه ضمن آليات التسوية.

وبدوره المشرع الجزائري إقتصر في الفقرة الأخيرة من المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية

على أنه: "... **ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ماعدا في علاقاتها الإقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية**".

(1) بن مدخن إبراهيم، الرسالة السابقة، ص197.

مما يؤكد على جواز التحكيم بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة في علاقاتها الإقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية فقط، وإن كانت الإباحة لهذه الأخيرة أمرا جديدا.

أولا: ماهية التحكيم

في الغالب يرفع أطراف النزاع في النزاعات الناشئة عن تنفيذ العقد و بالأخص سلطة التعديل وما يتعلق بها من نزاعات حول السعر أو الزيادات في الأشغال أمام المحاكم، باعتبارها الجهات القضائية المؤهلة للفصل في منازعات الأفراد.

ومع هذا يمكن للخصوم أن يلجؤوا إلى التحكيم كطريقة ودية لتسوية النزاع في حقوق لهم مطلق التصرف فيها و في هذه الحالة عليهم أن يطرحوا النزاع بشان تنفيذ الصفقة على محكمين لهم السمعة و النزاهة و المؤهلات الفنية[1]. لذلك سنعرج على تعريف التحكيم وصوره.

01_ تعريف التحكيم: من قبيل أن التعريف التشريعي يعلو التعريفات الأخرى، سنقدم التعريف التشريعي ثم نتبعه بالتعريف الفقهي.

أ- التعريف التشريعي: نظم المشرع الجزائري مختلف أحكام التحكيم ضمن الباب الثاني من الفصل الأول من قانون الإجراءات المدنية[2]، بمقتضى المواد من 1006 إلى 1065

وعرف المشرع الجزائري التحكيم حسب المادة 1007 أن " شرط التحكيم هو الإتفاق الذي يلتزم بموجبه الإطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم" .

ب- التعريف الفقهي: يعرف التحكيم بأنه: عقد بمقتضاه يتفق شخصان أو أكثر على إحالة نزاع بينهما أو ما ينشا بينهما من نزاع بشأن تنفيذ العقد، على محكمين للفصل فيه، بدلا من اللجوء إلى القضاء الإداري[3].

ويعرفه بعض الفقهاء على أنه: "هو إتفاق بين طرفي علاقة قانونية عقدية كانت أو غير عقدية على تسوية ما ينشأ بصدد تلك العلاقة من منازعات التحكيم و هذا الإتفاق يمكن أن يكون

(1) خضري حمزة، المذكرة السابقة، ص72

(2) قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، رقم 09-08، المؤرخ في 25 فبراير 2008.

(3) د/ لعشب محفوظ، الوجيز في القانون الاقتصادي، النظري ة العامة وتطبيقاتها في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1993، ص 277.

سابقا أو تاليا للنزاع. ولا يجوزالإتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك حق التصرف في حقوقه، كما لا يجوزالإتفاق عليه في المسائل التي لا يجيز القانون الصلح فيها..."[1].

وكما عرفه الفقيه جون روبرت على أنه: " نوع في العدالة الخاصة التي يمكن أن ينجر عنها نزع الخلافات في ولاية القضاء العام في الدولة إلى مجموعة أشخاص أو هيئات خصو بهذه المهمة "[2].

02_ صور التحكيم: والتحكيم يشمل صورتين لفض النزاعات القائمة[3]:

أ_ مشارطة التحكيم : أي الإتفاق الذي يبرمه الأفراد، فضلا عن العقد الأصلي من أجل اللجوء إلى التحكيم في صدد نزاع نشب فعلا بينهما.

ب_ شرط التحكيم : هو نص وارد ضمن نصوص العقد الإداري، يقر ر اللجوء إلى آلية التحكيم كآلية لتسوية النزاع القائمة حول العقد أو تنفيذه.

ثانيا: مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم لفض نزاعات تنفيذ الصفقة العمومية

أقر المشرع بجواز اللجوء إلى التحكيم في المرسوم التشريعي رقم 09/93[4]. وذلك في نص المادة الأولى والتي أجازت لكل شخص طلب التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، وأبعدت التحكيم مسائل النفقة والميراث والحقوق المتعلقة بالمسكن، ولا سيما المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم. وكما أن المشرع لم يجيز للدولة ولا الأشخاص الاعتباريين العامة طلب طلب التحكيم، ولا يجوز بالنسبة لعلاقات الشركات الوطنية و المؤسسات العامة فيما بينها طلب التحكيم إلا في النزاعات المتعلقة بحقوقها المالية، أو الناجمة عن تنفيذ التوريد أو الأشغال أو الخدمات.

---

(1) د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 354.

(2) علاق عبد الوهاب، المذكرة السابقة، ص 150.

(3) نويري سعاد، النظام القانوني لعقود المؤسسات العمومية الاقتصادية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عنابة، سنة 1999، ص 96.

(4) المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 27 أفريل 1993، المعدل المتمم للأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08 جوان 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، جريدة الرسمية عدد 27، الصادرة في 1993/04/27.

وجاءت التعديلات المختلفة لقانون الصفقات العمومية متذبذبة، حيث أباحت المادة 07 من التعديل 09/74 لقانون الصفقات العمومية على إمكانية عدم تطبيق التحكيم فيما يتعلق بصفقات التجهيز، أما المرسوم 145/82 فقد أشار في مادته 55 إلى ضرورة تحديد القانون الواجب التطبيق على الصفقة العمومية، وعلى هذا النحو نصت المادة 51 من المرسوم التنفيذ 434/91 على إلزامية تبيان القانون الواجب التطبيق وشروط تسوية الخلافات في أي صفقة من الصفقات العمومية، وهي المادة التي تتجانس مع نص المادة 50 من المرسوم الرئاسي 250/02 في فقرتها الأخيرة[1].

لكن بصدور قانون الإجراءات المدنية رقم 08-09[2]، أصبح من الجائز التحكيم في منازعات الصفقات العمومية، والذي أحدث نقلة نوعية فيما يخص التحكيم، بأن أباح للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب إجراء التحكيم، بالنسبة للنزاعات المتعلقة بتنفيذ الصفقة العمومية وخاصة فيما يتعلق بسلطة التعديل، ولا سيما الصفقات المبرمة مع المؤسسات الأجنبية، وهذا موازاة مع إلتزامات الدولة بالخارج وكذا لإضفاء أكثر مرونة لتجاوز الخلافات التي من شأنها أن تمس بمبدأ الشفافية في الإجراءات و الحق في ممارسة كل طرق الطعن و التسوية.

01_ أنواع التحكيم: للتحكيم نوعان من حيث القوة الملزمة أو درجة الإلزام، تحكيم إختياري و تحكيم إجباري.

أ_ التحكيم الإختياري : يكون التحكيم إختياريا عندما تكون الأطراف المتعاقدة الحرية في اللجوء إليه[3]، سواء بالإتفاق العقدي أو بالإشتراط التحكيمي، والغاية من هذا النظام هو توسيع نطاق الانتفاع به. وهو الشائع في المعاملات الإقتصادية و التجارية [4]. وتحقيقا لهذا الهدف أجاز المشرع الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية ما قد يثور من منازعات[5].

(1) علاق عبد الوهاب، المذكرة السابقة، ص 151.

(2) قانون الإجراءات المدنية، رقم 09-08، المؤرخ في 25 فبراير 2008.

(3) نويري سعاد، المذكرة السابقة، ص 98

(4) لمزيد من التفصيل حول أنواع التحكيم يرجى مراجعة:

– د/ خاالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، الطبعة الأولى، مصر، سنة 2000، ص 116.

(5) أنظر نص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية رقم 09-08 التي تنص على التحكيم الداخلي و الدولي و الحقوق التي يجوز التحكيم فيها.

ب_ التحكيم الإجباري: وهو أن يكون فيه الإجبار عن طريق إختيار المحكمين، أو الجهة التي تتولى التحكيم[1]، ويترك للأطراف حرية تنظيم الإجراءات [2]، أو أن قانون التحكيم هو الذي ينظم إجراءاته، وهذا هو المعمول به عندنا في الجزائر في جميع المنازعات المتعلقة بالحقوق المالية الناجمة عن سلطات و إمتيازات الإدارة، سواء في عقد الأشغال العامة، أو التوريد، أو الخدمات[3].

02_ طبقا لأحكام المرسوم الرئاسي 10-236

بالنظر إلى نص المادة 115 من تنظيم الصفقات العمومية رقم 10- 236 وذلك بنصها على أنه:

تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها..."، الأمر الذي يفهم منه أن المشرع الجزائري فتح باب التحكيم أمام منازعات الصفقات العمومية، خاصة فيما يتعلق بالنزاعات المترتبة على إعادة التوازن المالي للصفقة جراء التدابير و الإجراءات التي تتخذها المصلحة المتعاقدة إستنادا لفعل الأمير.

ففي حالة عدم التوصل إلى حل ودي يقضي بإيجاد التوازن المالي للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين [4]، يمكن للأشخاص المعنوية العامة طلب التحكيم في النزاعات الناجمة عن التنفيذ طلب التحكيم خاصة في صفقات الأشغال العامة أو صفقات التوريد أو صفقات الخدمات[5]، وحيث أنه إذا كان النزاع بين مؤسستين وطنيتين فإن السلطات الوصية هي التي تتولى التحكم[6].

(1) أنظر نصوص المواد من 1011-1013 من القانون 08-09.

(2) نويري سعاد، المذكرة السابقة، ص 99.

(3) أنظر نص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية رقم 08-09 المشار إليه سابقا.

(4) أنظر الفقرة الأولى من نص المادة 115 من المرسوم 10-236.

(5) أنظر نص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية رقم 08-09.

(6) علاق عبد الوهاب المذكرة السابقة، ص 153

وعليه فإن جميع النزاعات المترتبة عنها حقوق مالية بشأن تنفيذ الصفقة العمومية، سواء في عقد الأشغال العامة أو عقد التوريد، أو الخدمات، يمكن تسويتها عن طريق التحكيم[1].

وقد يكون اللجوء إلى التحكيم الداخلي مابين أحد المصالح الإدارية و المؤسسات الوطنية. وهذا لتسوية جميع النزاعات التي تطرأ عن تنفيذ الصفقة العمومية، والتي سببها إختلال في التوازن المالي للصفقة.

المطلب الثاني: التسوية القضائية للنزاعات المترتبة على سلطة التعديل

طبقا لنص المادة 115 في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 إذا فشلت المساعي الودية في فض النزاع، فإن للمتعامل المتعاقد أن يلجأ إلى القضاء، لأنه الطريق الأنجع غالبا في هذا الصدد، وهذا دون توضيح القضاء المختص و نوع الدعوى المرفوعة[2]. وعليه فإننا سنتطرق إلى الآتي :

الفرع الأول: الرقابة القضائية على قرار الإدارة بتعديل الصفقة العمومية

الفرع الثاني: إختصاص القضاء الكامل بنظر منازعات سلطة التعديل

الفرع الثالث: إختصاص قضاء الإلغاء بالطعن في قرار التعديل

الفرع الأول: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في تعديل الصفقة العمومية

من الطبيعي أن تنشأ منازعات بين المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد معها في أي مرحلة من المراحل التي تمر بها الصفقة العمومية، منذ إجراءات الإبرام إلى غاية نهاية التنفيذ، ولأن بعض العقود الإدارية لا تخضع لنظام قانوني واحد، فبعض العقود تطبق عليها القانون الخاص، ومنها ما يطبق عليها القانون العام، ويترتب على ذلك هو خضوع النوع الأول من العقود للقضاء العادي وخضوع النوع الثاني من العقود إلى هيئات القضاء الإداري.

(1) أنظر نص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية.

(2) أنظر نص المادة 115 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

أولا : تحديد الإختصاص القضائي

وفي الجزائر تطورت التشريعات سواء المتعلقة بمنازعات العقود الإدارية، أو المتعلقة بالعقود التي تبرمها المؤسسات العمومية الإقتصادية، وخاصة تلك المتعلقة بمرحلة تنفيذ العقد، وما يترتب بشأنها من نزاعات تتعلق بإمتيازات و سلطات المصلحة المتعاقدة، وخاصة النزاعات المرتبطة بالحقوق المالية لكلا الطرفين و خاصة تجاه المتعامل المتعاقد، وهو ما سنعرج علية في الأتي:

01_ قبل صدور قانون الإجراءات المدنية 09-08 : وبالرجوع إلى الأمر المؤرخ في 10 جانفي 1974 مدد بتطبيق قانون الصفقات العمومية ليشمل عقود التجهيز للمؤسسة الإشتراكية، وبالتالي خصصها على كونها عقود إدارية، ويعني ذلك أن منازعاتها ذات طبيعة إدارية، وخاضعة لإختصاص القضاء الإداري. ولدينا أيضا الأمر رقم 44/75 المؤرخ في 17 جوان 1975، والذي أخضع منازعات المؤسسة الإشتراكية فيما بينها إلى التحكيم الإجباري، حيث أوجب على المؤسسات في فض نزاعاتها، كدرجة أولى أو نهائية التفاوض فيما بينها، وأما النزاعات بين المؤسسات و الغير، فإنها خاضعة للقضاء العادي[1]، حيث يعرض النزاع بين المؤسسة الإشتراكية والغير على المحاكم كدرجة أولى و على المجالس القضائية كدرجة استئناف، والمجلس الأعلى كدرجة نهائية.

ومع صدور المرسوم 145/82 حيث وجد النظام القانوني و أخضع كل العقود المبرمة من قبل المتعامل العمومي إلى هذا المرسوم، حتى عقود المؤسسات الاقتصادية أخضعها للمرسوم باعتبارها عقود إدارية إستنادا إلى المعيار العضوي لتجديد الصفقات العمومية[2].

فجل منازعات الصفقات في ظل المرسوم 145/82 ذات طبيعة إدارية، من اختصاص القضاء الإداري. وهناك بعض العقود تخضع للقضاء العادي[3].

(1) أنظر نص المادة 7 من الأمر رقم في 44/75 المؤرخ 1975/06/17.

(2) أنظر نص المادة 05 من المرسوم رقم 145/82 المتعلق بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي.

(3) أنظر نص المادة 08 من المرسوم رقم 145/82.

ومع ظهور قوانين الإصلاحات الاقتصادية خلال فترة الثمانينات، لاسيما قانون 01/88 فأضحت المؤسسات العمومية الاقتصادية غير خاضعة لقانون الصفقات العمومية و منازعاتها لم تعد خاضعة للقضاء الإداري وإنما للقضاء العادي و القانون الواجب التطبيق هو القانون الخاص.

إلا أنه بالنظر لنص المادة 56 من قانون 01/88 إستبعدت من إختصاص المحاكم العادية، المنازعات المتعلقة بعقود المؤسسات العمومية الإقتصادية و ذلك بصدد تنفيذ العقود وما تمتاز به من سلطات تجاه المتعامل المتعاقد :

- سلطة التعديل أو التغيير.
- سلطة الفسخ الأحادية الجانب.
- سلطة المراقبة التي تسمح للمؤسسة العمومية الاقتصادية لتنفيذ الصفقة.
- أولوية التقدم و إلزامية الدعوى التلقائية التي تخول المؤسسة العمومية الاقتصادية .
- حق النطق، و تنفيذ العقوبة دون أن تلجأ إلى القضاء.

وقد نصت الفقرة 02 من المادة 56 السالفة الذكر أنه: " تخضع المنازعة المتعلقة بهذا المجال للقواعد المطبقة على الإدارة..."، والمنازعات المذكورة بشأن السلطات الممنوحة للإدارة تجاه المتعامل المتعاقد كسلطة التعديل موضوع الدراسة أخضعها المشرع للقضاء الإداري.

02_ في قانون الإجراءات المدنية 09-08: إن منازعات الصفقة العمومية هي من إختصاص القضاء الإداري سواء فيما يتعلق بإعدادها و تكوينها وكذا تنفيذها وحتى في حالة فسخها، وهذا ما تأكد من خلال قرار محكمة التنازع الصادر بتاريخ 2000/05/08، وقضاء المحكمة العليا(الغرفة الإدارية سابقا) فقد ورد في قرارها الصادر بتاريخ 1990/01/13 في قضية (ب.م.ب) ضد وزير المالية و والي ولاية مسيلة "...حيث أنه نتيجة لذلك فإن إخلال أحد طرفي الصفقة لا يمكن أن يعاقب عليه إلا من قبل القاضي الطبيعي للإدارة خاصة في هذه الحالات"[1].

ومن ثم فإن القضاء المختص في النظر في المنازعات الناشئة في مرحلة تنفيذ الصفقات العمومية هو القضاء الإداري كذلك، ولقد تبنى المشرع أيضا في نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية كأصل عام المعيار العضوي لفصل إختصاص جهة القضاء الإداري

(1) شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثالث، نظرية الإختصاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1998، ص 398.

عن القضاء العادي، فنصت المادة 800 على: " **المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية .**

تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها..."

وهكذا قضت المادة 800 المذكورة في طبيعة المؤسسة العمومية، وإشترطت أن تكون ذات صبغة عمومية إدارية بما يعني أن القاضي الإداري يقضي بعدم الإختصاص في حال عرضت منازعة أمامه تتعلق بمؤسسة عمومية ذات طابع صناعي أو تجاري و هذا ما أكده مجلس الدولة في كثير من قراراته.

ففي قرار له صدر بتاريخ 2002/05/24 ملحق رقم 05147 الوكالة الوطنية للسدود ضد شركة لحميد أنترناسيونال أعتبر مجلس الدولة الوكالة الوطنية للسدود مؤسسة عمومية ذات طابع تجاري فأخر عدم اختصاصه وبني قراره على المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية سابقا[1].

وكذلك الحال بالنسبة للنزاعا ت التي يكون فيها دواوين الترقية والتسيير العقاري، بصفتها مؤسسات ذات طابع تجاري بحيث أعتبر مجلس الدولة أن القضاء لا يعود إلى القضاء الإداري، ومن جانب آخر حينما أقحم المرسوم الرئاسي المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لم ينظر إلى طبيعة المؤسسة بل نظر إلى تمويل الصفقة كون أنها ممولة من ميزانية الدولة لا ميزانية القطاع أو المؤسسة، فعدت حينئذ صفقة عمومية مشمولة لقواعد المرسوم الرئاسي 02-250، وإن تعلق الأمر بمؤسسة عمومية صناعية و تجارية وطالما عدت الصفقة المبرمة من قبل المؤسسة ذات الطابع التجاري أو الصناعي صفقة عمومية خاضعة لقانون الصفقات العمومية شريطة أن تكون ممولة من خزينة الدولة، فإن الإختصاص يعقد للقاضي الإداري.

أما الجهة القضائية المختصة وتطبيقا للمعيار العضوي في منازعات الصفقات العمومية بوجه عام تؤول الإختصاص القضاء الإداري ممثلا حاليا في المحاكم الإدارية [2]، ويظل الاختصاص منوطا بهذه الأخيرة ولو كانت المصلحة التعاقدية سلطة مركزية، لأنه طبقا للمادة 09 من القانون العضوي رقم98-01 المتعلق بإختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه وعمله، يتولى هذا

(1) د/عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 192.

(2) د/عمار بوضياف، المرجع نفسه و الصفحة سابقا.

الأخير النظر في دعاوى الإلغاء ضد القرارا ت التنظيمية أو الفردية الصادرة عن السلطة الإدارية المركزية الهيئات العمومية الوطنية والتنظيمات المهنية الوطنية ، كما ينظر في دعاوى التفسير وفحص المشروعية بالنسبة للنزاعات التي تؤول إليه.

وعليه أخرج المشرع الجزائري منازعات الصفقات العمومية في ولاية مجلس الدولة بعنوان قضاء إبتدائي نهائي حتى ولو كانت المصلحة المتعاقدة سلطة مركزية كالوزارة أو هيئة وطنية كالمجلس الوطني الشعبي أو مجلس المحاسبة، غير أن مجلس الدولة تطبيقا للمادة 152 من القانون العضوي يتولى مهمة الرقابة القضائية المكرسة في المادة 01 المذكورة يعني أنه ينظر في قضايا و منازعات الصفقات العمومية كدرجة إستئناف، فإذا أصدرت المحكمة الإدارية قرارا إبتدائيا في مجال تنفيذ الصفقات جاز الطعن فيه بالاستئناف أمام مجلس الدولة طبقا للمادة 10من القانون العضوي رقم 98-01 وكذا المادة 800 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثانيا: أوجه ممارسة الدعوى

إن جل المنازعات التي قد تثور بشأن تنفيذ الصفقة، يقتضي الأمر التعرض لولاية القضاء الإداري التي تخضع لها تلك المنازعات، حيث أن منها ما يخضع للقضاء الكامل، ومنها ما يخضع لقضاء الإلغاء [1].

لذلك فإن اللجوء للقضاء الإداري في مجال المنازعات الناشئة، يندرج إما تحت القضاء الكامل بمختلف أشكاله خاصة دعوى فسخ العقد أو في مجال قضاء الإلغاء وذلك بممارسة دعوى الإلغاء بعض القرارات الإدارية خاصة في مرحلة التنفيذ عند تعديل في بنود الصفقة من طرف المصلحة المتعاقدة [2]، ومن ثم فإن قاضي العقد هو المختص بالنظر في المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقد وإنهائه[3].

(1) د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 303.

– د/ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 134.

(2) بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ، 2008، ص137.

(3) د/ مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2007، ص 389.

-

وهناك إجماع على أن دعوى القضاء الكامل " دعوى العقد " هي الوسيلة الوحيدة أمام طرفي العقد في أي إجراء يتعلق بالعقد الإداري، ومن ثم فلا يجوز لأي طرف من أطراف العقد اللجوء إلى دعوى الإلغاء للطعن في أي قرار يتعلق بالصفقة العمومية[1].

وعليه فإن القضاء الكامل تدخل تحته جميع الدعاوي المتعلقة ببطلان العقود، الدعاوي المتعلقة بالحصول على مبالغ مالية معينة [2]، دعاوى التعويض [3]، الدعاوي المتعلقة بمراجعة الأسعار[4] ودعوى قيمة الأشغال المنجزة[5].

أما قضاء الإلغاء فيلتجأ إليه المتعامل المتعاقد برفع دعوى الإلغاء بمناسبة إصدار قرارا إداريا يتعلق بصفقة عمومية. فلا يكون للقرار الإداري وجودا بذاته بل له علاقة بالعملية التعاقدية وهذا ما يعرف بالأعمال المنفصلة، كقرار المصلحة المتعاقدة في تعديل بنود الصفقة بالزيادة أو النقصان، وهذه القرارات إعتبرها الفقه قرارات منفصلة يجوز الطعن فيها بالإلغاء[6].

<u>الفرع الثاني</u>: إختصاص القضاء الكامل بنظر منازعات سلطة التعديل

إذا كان محل المنازعة الإدارية عقد إداري و سواء إتصلت بانعقاده أو صحته أو تنفيذه و إنقضائه، فان المنازعة تدخل تحت ولاية القضاء الكامل [7]، ويرجع خضوع النظر في المنازعة

---

(1) د/ مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع نفسه، ص 418.

(2) أنظر قرار مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 20-01-2004 ، الغرفة الأولى، القسم الأول، ملف رقم 013565 فهرس 83 قضية بلدية باتنة ضد المؤسسة العمومية الاقتصادية للبناء وتوفير الخدمات.

(3) أنظر قرار مجلس الدولة بتاريخ 16-12-2003، الغرفة الأولى، ملف رقم 0011136 فهرس 917 قضية حرازي عائشة ضد بلدية أولاد عيش.

(4) أنظر قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، القسم الأول، بتاريخ 02-01-2003، فهرس 012، قضية بلدية عين الكحيل ضد مجاهد عبد الرحمان.

(5) أنظر قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، القسم الأول، بتاريخ 09-05-2007، ملف رقم 035101، فهرس رقم 456، قضية بلدية بريكة ضد مقاولة أشغال البناء وجميع هياكل الدولة

(6) د/ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 196.

(7) من المسلم به فقها أن القضاء الكامل هو صاحب الإختصاص الأصيل في منازعات العقود الإدارية. لتفصيل أكثر راجع:

-د/عبد العال السناري، مبادئ و أحكام العقود الإدارية، في مجال التطبيق و النظرية، دون تاريخ نشر، ص 56-57.

-د/ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص187-188.

-د/ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 134-135.

المتصلة بالعقد الإداري لإختصاص القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء، ذلك أنه يندرج تحت فكرة قضاء المشروعية أو القضاء الموضوعي، وهو صورة من القضاء تدور المنازعة التي ينظرها حول تهديد المراكز الموضوعية التي يشغلها الأفراد أو الاعتداء عليها[1].

ويدخل تحت هذا النوع من القضاء، الدعاوي المتعلقة ببطلان العقود و الدعاوي المتعلقة بالحصول على مبالغ مالية معينة و هي كثيرة جدا أو تكاد تطغى على بقية أنواع المنازعات الأخرى. وسلطة الإدارة في تعديل الصفقة تخضع لنوع من الرقابة القضائية و المتجسدة في رقابة القضاء الكامل .

خلال الفصل الأول تناولنا النظام القانوني الذي يحكم سلطة التعديل وأوردنا بالشرح القيود الواردة على سلطة التعديل و قسمناها إلى نوعين من القيود: قيود عامة و قيود خاصة، بحيث أنه يترتب على النوع الأول من هذه القيود بطلان التعديل وذلك لتعلقها بالمشروعية، أما النوع الثاني من القيود فيترتب على مخالفتها حق المتعاقد في طلب فسخ العقد، وعليه سنتطرق في الدراسة إلى:

_ دعوى بطلان التعديل

_ دعوى فسخ العقد

<u>أولا</u>: دعوى بطلان التعديل: ويحكم القاضي ببطلان التعديل في الحالات الآتية:

1- من المعروف أن سلطة التعديل ترتكز على فكرة مفادها المرفق العام، فلا تباشر الإدارة هذه السلطة إلا على تلك الشروط المتعلقة بسير و انتظام المرفق العام، وأيضا لضمان حسن سير المرفق وتلبية الخدمات العامة للجمهور في أحسن وجه[2].

وترتكز فكرة سلطة التعديل على الاشتراطات التي تتصل بالنشاط الذي يؤديه المرفق، وعلى ذلك فإنه يمكن القول أنه لصحة التعديل، لابد من وجود سبب قانوني وهو الدافع والهدف منه و هو دائما إحتياجات المرفق العام .

(1) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص304.

(2) د/ عمار بوضياف،المرجع السابق، ص 125.

2- قد تتقرر بعض الشروط في العقد بنصوص قانونية أو تنظيمية، ومن ثم لا يعترف للإدارة بتعديل تلك الشروط، فان فعلت فإنها تكون قد خرجت على مبدأ المشروعية، ويعتبر هذا القرار عملا باطلا[1].

3- إقتصار سلطة التعديل على موضوع العقد ذاته، وذلك لأن المتعاقد قبل أن يساهم في تسيير المرفق يقصد هدفا معينا، وبالتالي فان إلتزامه ينتهي تماما عند حدود الموضوع الذي تعاقد من أجله.

وتبعا لذلك فإنه لا يمكن للإدارة أن تفرض أي التزام أو تعديل، مهما كانت ضآلته ما لم يكن له علاقة بموضوع العقد، فكل تعديل يتجاوز موضوع العقد يعتبر عملا باطلا. وأن المصلحة المتعاقدة عند ممارستها سلطة التعديل تباشرها على نحو يراعي موضوع العقد الأصلي، وأن لا يمس الشروط المالية والتقنية، فهنا لا يجوز إستخدام سلطة التعديل لإرهاق المتعامل المتعاقد[2].

4- أما فيما يتعلق بضرورة تغيير الظروف كشرط لإجراء تعديل فهناك شبه إجماع في العقد سواء في فرنسا أو مصر على ضرورة توافر هذا الشرط، وذلك لمباشرة الإدارة لسلطتها في التعديل والأصل هو تنفيذ تعهدات الإتفاقية[3]. والإستثناء هو أن تباشر الإدارة هذه السلطة من جانبها فما لم يكن هناك مسوغ قانوني يبرر هذا الخروج، تكون الإدارة قد تجاوزت سلطاتها ولا تستطيع أن تباشر سلطتها في التعديل.

ثانيا: دعوى فسخ العقد: إن سلطة الإدارة في تعديل العقد بالزيادة في الإلتزامات أو إنقاصها مشروطة بأن لا تتجاوز تلك التعديلات حدود معينة، وأن لا تؤدي إلى قلب إقتصاديات العقد رأسا على عقب، أو إلى تغيير جوهره بحيث يصبح المتعاقد، وكأنما أمام عقد جديد ما كان ليقبله لو عرض عليه بادئ الأمر، وإذا تخطت الإدارة تلك الحدود للسلطة فإن للمتعاقد إذا وجد أن التعويض لا يفيده في مواجهة الظروف الجديدة ، أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بفسخ العقد[4]،

(1) د/ عبد المنعم عبد العزيز خليفة، المرجع السابق، ص293.

(2) د/ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 125.

(3) علي عبد العزيز الفحام، الرسالة السابقة، ص 293.

(4) د/سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 745.

- علاق عبد الوهاب، المذكرة السابقة، ص 130.

هذه المطالبة تكون في حدود معينة ودعواه في هذا الصدد تندرج في نطاق إختصاص القضاء الكامل[1].

إذا ترتب على التدابير و الإجراءات التي تتخذها المصلحة المتعاقدة في إطار سلطة التعديل، إرهاق المتعامل المتعاقد، وتجاوزت الحدود الطبيعية والمعقولة من حيث نوعها وأهميتها، ووصل الأمر إلى حد قلب

إقتصاديات العقد، بمعنى ان الأعباء الجديدة تؤدي إلى إرهاق المتعامل المتعاقد و تجاوز إمكانياته التقنية أو المالية، وبذلك تغيير موضوع العقد الأصلي و وجد المتعامل المتعاقد نفسه أمام عقد جديد، ولم يكن التعويض

كافيا، كان له أن يلجأ إلى القضاء لطلب فسخ العقد[2].

01_ حالات الفسخ: ويمكن أن يحكم القاضي بالفسخ في الحالات الآتية:

أ- حجم الأداءات ونسبتها فتجد أن بعض دفتر الشروط ينص على نسبة مئوية معينة، بالنسبة لحجم الأداءات التي يمكن أن تطلب من المتعاقد مع الإدارة، بعد إبرام العقد بالزيادة أو النقص بإعتبارها نسبة تمثل الحد الأقصى للأداءات المتطلبة، ولكن فيما زاد عنها يمكن للمتعاقد الحق في المطالبة بفسخ العقد، وزيادة على ذلك يحكم له بالتعويض إذا إقتضى الأمر ذلك[3].

ب- أما إذا تجاوز التعديل الذي تأمر به الإدارة، الإمكانات المالية أو الفنية للمتعاقد، فلا شك أن الحل الأمثل في هذه الحالة والذي يحقق نوع من التوفيق بين مصلحة المتعاقد وهدف سير المرفق العام، يكمن في طلب إلغاء التعديلات الجديدة من قبل المتعامل المتعاقد، مع إحتفاظه بعقده[4].

---

(1) د/حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية (المبادئ والأسس العامة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1998، ص 101.

- لتفصيل أكثر حول أهم مبادئ التوازن المالي للصفقة راجع: بوشكيوة عثمان، المذكرة السابقة، ص 116.

(2) د/ محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الفكر العربي، الإسكندرية، دون ذكر السنة، ص 841.

(3) أنظر نص المادة 30 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العامة و البناء و النقل المطبقة لسنة 1964المشارإليه آنفا.

(4) علي عبد العزيز الفحام، الرسالة السابقة، ص 295.

02_ شروط الفسخ: وهنا يجب التفرقة بين الفسخ لخطأ من المصلحة المتعاقدة، وطلب الفسخ بسبب عمل مشروع صادر منها، حقيقة أن الفسخ قد يأمر به القاضي وقد تمنحه الإدارة بالإتفاق مع المتعاقد معها، إلا أن الشروط وطبيعة الفسخ ليست واحدة في الحالتين.

الحالة الأولى : الفسخ كجزاء موقع على الإدارة المنسوب إليها إرتكاب الخطأ.

كما لو كانت هناك مخالفة جسيمة من جانبها لتعهداتها قبل الملتزم، فيمكن أن يحكم له بالفسخ، وكذلك يمكن أن تتعرض الإدارة للحكم بالفسخ إذا كان أمر بداية العمل قد تأخر صدوره بصورة تتجاوز الحدود المعقولة.

الحالة الثانية : الفسخ لعمل مشروع صادر عن الإدارة. وذلك عندما يكون هناك حق معترف به لصالح الفرد المتعاقد وحتى يمكنه أن يتخلص من تنفيذ عقد يحول بينه وبين تنفيذه ظروفه أو إمكانياته. ويجب على المصلحة المتعاقدة أن تعوض المتعامل المتعاقد تعويضا كاملا، وذلك فيما ثبت أن العمل الضار من قبيل فعل الأمير [1].

ومن خلال ما ذكر فإن الفكرة المستخلصة من قضاء الفسخ، تكمن في أن القاضي له الحرية في تقدير الظروف التي بمقتضاها يمكن له أن يقضي بها لفسخ العقد، مع مراعاة في ذات الوقت، أهمية التعديل بالنسبة لتوقعات الأطراف، ويحكم بالفسخ إذا كان مس التعديل العقد في عناصره الأساسية و المتمثلة في الإمكانات المالية والفنية للمتعامل المتعاقد.

03_ آثار الفسخ: يقبل المتعامل المتعاقد الإسهام مع الإدارة في موضوع معين وإلتزامات محدودة في حجمها و أهميتها، وحين فعل ذلك كان قد وازن بين الأعباء الملقاة عليه وإمكانياته الفنية الإقتصادية، وعلى المصلحة المتعاقدة مراعاة التوازن المالي عند استخدامها لسلطة التعديل في بنود العقود بالزيادة أو النقصان، ولا يمكن إجبار المتعامل المتعاقد على التنفيذ، حتى في حالة أن التعويض غير كافي لإصلاح الخلل الذي أصاب العقد نتيجة التعديلات، والذي تجاوز إمكانياته المالية والفنية والذي من خلاله يطلب فسخ العقد.

لذلك فإن تعديل العقد بالزيادة أو النقصان له حدود معينة، وهي أن لا يؤدي التعديل إلى قلب إقتصاديات العقد رأسا على عقب وتغيير جوهره، فإن للمتعامل المتعاقد في هذه الحالة

(1) د/ سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 629.

المطالبة بفسخ العقد، ويقترن هذا الفسخ بتعويض عادل بكل ما يلحق المتعاقد من أضرار وما فاته من كسب[1]

يجب على المصلحة المتعاقدة أن تعوض المتعاقد تعويضا كاملا، وذلك فيما ثبت أن العمل الضار من قبل فعل الأمير.

أما التعويض الواجب دفعه للمتعاقد فهو يختلف بين حالتين[2]:

الحالة الأولى: إذا كان الفسخ صادرا عن الإدارة المتعاقدة مباشرة، إعمالا لحقها في إنهاء العقد الإداري والذي لم يعد مفيدا للمرفق العام، فليس أمام هذا المتعامل المتعاقد سوى الخضوع لأوامرها، ومن حيث أنه لا دخل له بهذا الفسخ، فلا يجب أن يحرم من الفائدة التي يأمل في الحصول عليها من تنفيذ عقده، وعلى ذلك التعويض شمل على عنصرين الخسارة التي تحملها المتعاقد والمكسب الذي كان سيحققه.

الحالة الثانية : إذا كان الفسخ بناء على رغبة المتعاقد سواء كان أمام القاضي أو بالاتفاق الودي و التفاهم مع المصلحة المتعاقدة حتى يتخلص من إلتزامات تفوق إمكانياته، فعلى الرغم من أن الفسخ بناء على طلبه إلا أن الواقع أن الإدارة وبسبب تدخلها بالتعديلات الجذرية الصادرة عنها، جعلت من ظروف تنفيذ العقد عبئا لا يمكنه أن يتحمله، وعلى ذلك يعتبر فعل الإدارة هو السبب المباشر الذي دفع المتعاقد إلى طلب الفسخ لهذا يجب أن يمنح في هذه الحالة تعويضا كاملا [3].

<u>الفرع الثالث:</u> اختصاص قضاء الإلغاء بالطعن في قرار التعديل

المبدأ أن المنازعات المتعلقة بالإجراءات التي تتخذها المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد، تندرج تحت ولاية القضاء الكامل، حتى ولو إنصب النزاع على طلب إلغاء قرار إداري إتخذته الإدارة قبله، أساس ذلك ان الإدارة ما تصدره من قرارات في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية ، كتعديل العقد بالزيادة أو النقصان في بند أو عدة بنود، أو قرارها بإنهاء العقد بالإرادة المنفردة،

(1) علاق عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 130.

(2) د/سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 629.

(3) د/ محمود عبد المجيد المغربي، "المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وأثارها القانونية "، دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق"، لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، 1998، ص119.

أو بتوقيع الجزاءات، تكون جل النزاعات الناشئة بشأن هذه القررات، ضمن إختصاص القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء[1].

غير أن قيام الإدارة بالأعمال المنفردة في شكل قرارات إدارية، و أحيانا تعاقدية في شكل صفقات عمومية لا يعني بالضرورة إنفصال القرار الإداري عن العملية التعاقدية، إذ قد يحدث مزج بين العملين لأداء عملية واحدة، وهو ما يعرف بالأعمال المختلطة[2].

وعليه فإن للمتعامل المتعاقد أن يلجأ إلى قاضي العقد إذا أصدرت الإدارة قرارا إنتهكت فيه نصا من نصوص العقد أو عدلت في العقد بأن زادت مثلا في حجم الأشغال الموكلة إليه، أو أنقصت من ثمن الخدمة التي يتقاضاها من المنتفعين، حيث أورد القضاء الإداري إستثناء على هذا الأصل، وسمح برفع دعوى الإلغاء في هذه القرارات بصورة مستقلة عن دعوى العقد، إذا ما صدرت هذه القرارات من السلطات الإدارية ليس بصفتها كمتعاقدة، وإنما بإعتبارها سلطة ضبط إداري أو تطبيق للقوانين[3]، مثل قرار التعديل في الصفقة أو التعليمات الموجهة للمتعامل المتعاقد بشان تنفيذ المشروع فقد إعتبرها الفقه قرارات إدارية منفصلة يجوز الطعن فيها استقلالا بالإلغاء[4].

<u>أولا:</u> إلغاء القرار الإداري المنفصل الخاص بالتعديل

القرار الإداري المنفصل هو: " قرار ساهم في تكوين العقد الإداري يستهدف إتمامه، إلا أنه ينفصل عن هذا العقد و يختلف عنه في طبيعة الأمر الذي يجعل الطعن عليه بالإلغاء جائزا"[5].

ومن جهة أخرى فإن عقود الإدارة، سواء كانت من عقود القانون العام أو الخاص تبرم بطريقة خاصة تقضي في بعض مراحلها إصدار قرارات إدارية و التي يطلق عليها إسم القرارات الإدارية المنفصلة، وهذه القرارات الإدارية سواء أسهمت في تكوين العقد الخاص أو العقد الإداري، فإن الطعن فيها يكون أمام جهة القضاء الإداري، بإعتباره جهة القضاء العام في قضاء الإلغاء[6].

---

(1) د/حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 111.

(2) د/ عمار بوضياف، دعوى الإلغاء، جسور للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، سنة 2009، ص 77.

(3) بحري إسماعيل، المذكرة السابقة، ص139.

(4) د/ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 196.

(5) د/عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 338.

(6) د/ سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 182.

أو هي تلك: " القرارات الإدارية التي تكون جزءا من بنيات عملية قانونية تدخل في إختصاص القضاء العادي أو القضاء الإداري بناء على ولايته الكاملة، أو تخرج عن إختصاص أي جهة قضائية ولكن القضاء يقوم بفصل هذه القرارات عن تلك العملية و يقبل الطعن عليها بالإلغاء على إنفراد"[1].

ثانيا: أسباب الطعن بالإلغاء في القرار المنفصل الخاص بالتعديل

أسباب الطعن بالإلغاء في القرار المنفصل عن العملية التعاقدية هي ذات الأوجه التي يقررها القانون للطعن بالإلغاء، ويشترط في طلب إلغاء القرارات الإدارية النهائية أن يكون مرجع الطعن عدم الاختصاص أو عيب الشكل أو مخالفة القانون أو إساءة استعمال السلطة أي الإنحراف بإستعمالها[2].

والطعن بالإلغاء في القرار إذا كان ركن أو أكثر من أركانه مشوبة بعيب من العيوب و تصيب هذا القرار الإداري ومن ثم فهي تتضمن أوجه الإلغاء[3].

فحالات وأسباب الحكم بالإلغاء في القرار الإداري هي مجموعة الحالات والعيوب التي قد تشوب هذا القرار، وتجعله غير مشروع، ومخالف لقواعد القانون العام، وعند تحقق شروط إنعقاد دعوى الإلغاء، ينعقد الإختصاص للقاضي المختص بدعوى الإلغاء في فحص القرار الإداري[4].

وكما يجب على رافع الدعوى أن يثبت العيب المشوب للقرار الإداري مثل مخالفته للإجراءات، الشكل أو قواعد الاختصاص أو عيب السبب أو عيب الانحراف بالسلطة، وقاضي الإلغاء يملك سلطة ضيقة جدا فقبل النطق بالإلغاء القرار المنفصل يجب عليه تبيان أوجه الخرق في القرار الصادر، سواء لمخالفته ركن الاختصاص أو ركن الشكل أو الإجراءات[5].

---

(1) د/ جمال عباس أحمد عثمان، في مجال العقود الإدارية في الفقه و قضاء مجلس الدولة، المكتب العربي الحديث، مصر، سنة 2007، ص 168.

(2) د/محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص175.

(3) د/محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري(دعوى الإلغاء)، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، سنة 2007، ص287-288.

(4) د/عمار عوابدي، القانون الإداري: الجزء الثاني(النشاط الإداري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، سنة 2005، ص 173.

(5) د/ عمار بوضياف، الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 196.

وإلغاء القرار المنفصل يرجع إلى أسباب مشروعيته الداخلية أو الخارجية، مثل عدم إختصاص السلطة التي اتخذت القرار المنفصل أو مخالفة القانون، أو إساءة استعمال السلطة[1].

وتجدر الملاحظة أن عيوب القرار الإداري و أسباب إلغائه هي من إجتهاد القضاء و الفقه الفرنسي، وبهذا الصدد فانه يميز بين نوعين[2]:

- **عدم المشروعية الخارجية**[3]: عدم الإختصاص و عيب الشكل و الإجراءات.
- **عدم المشروعية الداخلية:** إنعدام السبب و مخالفة القانون و الإنحراف بالسلطة.

بذلك سنتطرق إلى أوجه الإلغاء سواء على مستوى عدم المشروعية الخارجية و الداخلية.

01_ عدم المشروعية الخارجية

تتمثل عدم المشروعية الخارجية في العيوب التي تمس الأركان الشكلية للقرار أي:

*عيب الإختصاص

*عيب الشكل و الإجراءات .

أ- عيب الاختصاص

يعرف الدكتور عمار بوضياف الإختصاص على أنه: " القدرة قانونا على مباشرة عمل إداري معين، فالقانون هو الذي يحدد لكل موظف نطاق إختصاصه"[4].

وكما يعرفه الدكتور عمار عوابدي الإختصاص في القرار الإداري أنه: "القدرة أو الصفة القانونية على ممارسة و إصدار قرار إداري معين باسم و لحساب الإدارة العامة" ". و يعرف الدكتور عيب الإختصاص أنه: " إنعدام القدرة و الأهلية أو الصفة القانونية على إتخاذ قرار إداري معين باسم ولحساب الإدارة العامة بصفة شرعية "[5].

ومن جهة أخرى عرف الدكتور مجمد الصغير بعلي الإختصاص على أنه: " القدرة الممكنة أو الصلاحية المخولة لشخص أو جهة إدارية للقيام بعمل معين على الوجه القانوني"[6].

---

(1) د/ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 245.

(2) د/ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 288.

(3) د/ عمار بوضياف، دعوى الإلغاء، المرجع السابق، ص 169.

(4) د/ عمار بوضياف، دعوى الإلغاء، المرجع السابق، ص 170.

(5) د/عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 175.

(6) د/ محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، سنة 2007، ص 179.

وبهذا فإنه يعتبر عيب عدم الإختصاص من العيوب الجوهرية التي تشوب القرار الإداري لذلك فهو يتميز بأنه الوجه الأبرز من أوجه الإلغاء وهو يتعلق بالنظام العام[1].

وقد يكون عيب الإختصاص شخصيا، وقد يكون زمانيا، وقد يكون مكانيا، وقد يكون موضوعيا. ويندرج عيب الاختصاص وفقا لمخالفته لمبدأ المشروعية[2].

وبالرجوع لنطاق تطبيق عيب عدم الإختصاص على قرار الإدارة بالتعديل في تنفيذ الصفقة، وعلى ما ورد ذكره من تعريفات للإختصاص في إصدارا لقرارا ت الإدارية، فان نطاق عيب عدم الاختصاص في قرار الإدارة بتعديل الصفقة يكمن في عدم إختصاص الشخص المعنوي العام بالنسبة لنطاق العقد الإداري .

ومعنى ذلك هو عدم قدرة الشخص المعنوي على إبرام العقد، وبذلك فهو يؤثر في صحة إنعقاد العقد الإداري، وأيضا إختصاص الموظفين الذين باشروا في إجراءات إبرام وتنفيذ الصفقة، وما يتخللها من إصدار القرارات، أي أن قرار التعديل لبنود الصفقة بزيادة وإنقاص الأشغال ، يتمثل في بعض الأوامر المصلحية التي تصدرها بشأن التعديل، وتصدر من ذوي الإختصاص لدى المصلحة المتعاقدة، سواء المصالح التقنية أو الإدارية في إصدار القرار.

على سبيل المثال في عقد الأشغال العامة، فإن المصلحة المتعاقدة تصدر أوامر مصلحية للمقاول من قبل بعض الفنيين المختصين في مباشرة تنفيذ المشروع، كإصدار الأمر المصلحي من قبل المهندسين المشرفين على المشروع، وبذلك يتجلى عدم الإختصاص بالقائمين على إبرام أو تنفيذ العقد.

ب- **عيب الشكل والإجراءات:**

ويعرف الدكتور عمار عوابدي الشكل و الإجراءات بأنها: "هو عبارة عن مجموعة الشكليات والقوالب والاجراءات المطلوب توافرها قانونا أو تنظيما إداريا عند إصدار قرار إداري معين كشكليات بسبب القرارات، وكتابته، وتحديد تاريخ إصداره ونشره وشرط المصادقة عليه ..." [3].

(1) د/ جمال عباس احمد عثمان، المرجع السابق، ص 191.

(2) د/ عمار عوابدي، نفس المرجع و الصفحة سابقا.

(3) د/عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 176.

كما عرف الدكتور عمار بوضياف الشكل: " إفصاح الإدارة عن إرادتها أو تبعا للشكل و التدابير التي حددها القانون. والأصل أن الإدارة غير ملزمة بشكل أو إجراء عند إصدارها للقرار الإداري ما لم يقيده النص بشكل أو إجراء"[1].

ومن خلال فهمنا لهذا التعريف فـإن القرار الإداري المنفصل له شكل معين ، يجب أن يصدر وفقا لها، وإلا ترتب على إنعدامها البطلان.

والأمر المصلحي الصادر بشأن تعديلا ت في بنود العقد ، يجب أن يصدر في صورة كتابية ، ويترتب على ذلك أن المقاول أو المتعامل المتعاقد لا يلتزم تنفيذ الأوامر الشفهية التي تصدر إليه، وأنه لا يستطيع الإستناد في طلب التعويض إلا على أساس الأوامر المصلحية المكتوبة.[2].

وتعديل بند أو بنود الصفقة بالزيادة أو النقصان مشروط بعنصر الكتابة طالما كانت الصفقة الأصلية مكتوبة فوجب وجود عنصر الكتابة في تعديل الصفقة، ووجب أن يخضع التعديل لما تخضع له الصفقة من وجوب توافر عنصر الكتابة[3].

وبالرجوع إلى أحكام القرار المؤرخ في 21 نوفمبر سنة 1964 والمتضمن المصادق على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تحديد البناء والأشغال العمومية والنقل وفي مادته 12[4] الفقرة الثامنة بوجوب إصدار الأوامر المصلحية كتابة ويجب أن تكون مؤرخه ومرقمة و مسجلة وهذا بصدد تحضير وتنفيذ الأشغال وأوامر المصلحة.

02_ عدم المشروعية الداخلية[5]

وتتمثل عدم المشروعية الداخلية في العيوب التي تمس الأركان الموضوعية للقرار الإداري أي: السبب والمحل والهدف.

ومنه فإن عدم المشروعية الداخلية يأخذ الصور الآتية[6]

- عيب السبب (إنعدام السبب).

(1) د/ عمار بوضياف، دعوى الإلغاء، المرجع السابق، ص 188.

(2) د/ سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 461.

(3) د/عمار بوضياف، الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 127.

(4) أنظر نص المادة 08/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة لسنة 1964.

(5) د/ عمار بوضياف، دعوى الإلغاء، المرجع السابق، ص 169.

(6) د/ محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري ، ص 345.

- مخالفة القانون.
- الإنحراف بالسلطة.

أ- عيب السبب (إنعدام السبب)

وقد عرفه الدكتور عمار عوابدي بأنه :" إنعدام الوقائع المادية أو القانونية، أو وقوع خطأ في تقديرها وتكييفها وتفسيرها خلال صدور قرار إداري معين من قبل سلطة إدارية مختصة" [1].

ويمكن تعريف ذلك السبب بأنه: "الحالة الواقعية أو القانونية السابقة على القرار والدافع إلى تدخل الإدارة لإتخاذه، فهو مبرر وسند خارجي لإصداره "[2].

وبالرجوع إلى ما أوردناه في الفصل الثاني في الدراسة التطبيقية لسلطة التعديل في بعض أنواع العقود ومن بينها عقد الأشغال العامة وعقد التوريد فقد تطرقنا إلى عنصر تغيير الظروف، فقرار الإدارة بالتعديل في بنود العقد يكون بسبب تغير الظروف، وكما ذكرنا في النظام القانوني لسلطة التعديل، أن المصلحة المتعاقدة وهي تتعاقد تسعي لتحقيق مصلحة عامة.

ومن المعروف أن مستلزمات المصلحة العامة لا تكون دائما ثابتة [3]، بل تتغير بتغير الظروف الإقتصادية وتغير الوقت للمكان.

ومن هنا برزت فكرة تغير الظروف كسبب لقرار الإدارة بالتعديل، ونظرا للمصلحة العامة فإن المصلحة المتعاقدة تعدل من بنود العقد بالزيادة أو النقصان.

وبذلك نقول أن مرجع وسبب إصدار المصلحة المتعاقدة لقرار التعديل يرجع إلى فكرة المصلحة العامة وتغير الظروف.

ب- عيب المحل

ويعرفه الدكتور محمد الصغير بعلي بأنه: "هو العيب الذي يصيب ركن المحل أو الموضوع في القرار الإداري، فهو وجه الإلغاء متعلق بالمشروعية الداخلية للقرار"[4].

(1) د/عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 173.

(2) د/ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 358.

(3) علي عبد العزيز الفحام، الرسالة السابقة، ص 269 .

(4) د/ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص358.

كما علاف الدكتور جمال عباس أحمد عثمان بأنه: "هو العيب الذي يلحق بعنصر المحل في القرار الإداري إذ يشترط لصحة أو مشروعية القرار أن يكون محله أو مضمون الأثر القانوني الذي أحدثه القرار جائزا أو ممكنا قانونا"[1].

وبتطبيق تعريف عيب المحل على القرار الإداري المتعلق بالتعديل فإن محل القرار يكون هو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة، أي أن التعديلات موضوع التعديل هي عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة الإجمالي.

ونصت أحكام المادة 103 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية على أنه: " **يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة ويبرم في جميع المجالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تعليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة ويمكن أن تغطي الخدمات موضوع الملحق عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة الإجمالي...**".

من خلال نص هذه المادة وما تحويه من معنى أن المصلحة المتعاقدة تستطيع أن تعدل نصوص الصفقة المتصلة بالمرفق العام فليس لها أن تعدل من الشروط المتعلقة بالمزايا المالية للمتعاقد لأنه مبدأ عام لا يجوز المساس به، وأيضا لأنه من حقوق المتعامل على الإطلاق.

وكنتيجة فإن محل التعديل يجب أن لا يمس الشروط المالية والتقنية للمتعامل المتعاقد. وإلا ترتب على ذلك بطلان العقد.

ج- عيب الغاية

وبالرجوع إلى تعريف الأستاذ محمد الصغير بعلي والذي عرف الغاية كركن أنه: " **النتيجة النهائية التي تسعى الإدارة العامة إلى تحقيقها من وراء إصداره** "[2].

ومن خلال التعريفين الوارد أعلاه فإن الغاية من إصدار القرار الخاص بتعديل العقد هو تحقيق المصلحة العامة ومقتضيات سير المرفق العام بإنتظام و إضطراد.

وكما ذكرنا سابقا أن سلطة التعديل ترتكز على فكرة المرفق العام، فلا يمكن أن تباشر الإدارة هذه السلطة إلا على تلك الشروط المتعلقة بسير وإنتظام المرفق العام، وهي الشروط التي

(1) د/ جمال عباس أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 209.

(2) د/ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، 364.

تتصل بالنشاط الذي يؤديه المرفق، وعلى ذلك يمكن القول أنه لصحة التعديل، لابد من وجود واقع وهدف، وهو دائما إحتياجات المرفق العام، فإذا ما عدلت الإدارة من شروط العقد لأي هدف آخر، يكون في تصرفها تجاوزا للسلطة.

ثالثا: أثر الحكم بإلغاء القرار المنفصل

لقد إستقر الاجتهاد القضائي، على بقاء العقود في حيز الوجود القانوني على الرغم من إلغاء القرار المنفصل، وذلك ما لم يتمسك به أحد طرفي العقد، ويطالب بإبطال العقد بناء على إلغاء هذا القرار المتعلق بالتعديل[1].

وأنه في مجال قضاء الإلغاء لا يمكن الإستناد إلى مخالفة الإدارة التعاقدية كسبب من الأسباب التي تجيز طلب إلغاء القرار الإداري، فدعوى الإلغاء هي جزاء لمبدأ عدم المشروعي ة[2] وأثر إلغاء القرار المنفصل يمتد إلى أطراف العقد حيث يمكن أن يعدلوا الأوضاع القانونية للعقد المبرم سابقا لما يقضي به حكم الإلغاء، كما يمكنهم أيضا فسخ العقد القديم، ويمكن أن لا يتفقا أطراف العقد على ذلك عندئذ يمكن للمتعامل اللجوء إلى قاضي العقد[3].

معنى هذا أن قاضي العقد وهو القاضي الإداري في القضاء الكامل يتعين عليه في هذه الحالة تنفيذ حكم الإلغاء، وبالتالي فهو ملزم قانونا بإبطال العقد الذي يكون أحد شروط مشروعيته منعدما، أي أن قاضي العقد يلزم باحترام حكم الإلغاء، ولا يناقش مشروعية القرار المحكوم بإلغائه، ولو كانت الدعوى مرفوعة من غير المتعاقدين فأيا كان من الأمر فلا بد من الالتجاء إلى قاضي العقد لأنه صاحب الاختصاص الأصيل والمطلق في الحكم بإبطال العقد[4].

ومعنى هذا أن بطلان القرار للإنفصال يقتصر أثره على الإجراءات التالية له التي بنيت عليه ولا يمتد هذا الأثر إلى الإجراءات السابقة عليه والتي تمت سليمة في حد ذاتها.

وبهذا فإن الحكم الصادر بإلغاء القرار الإداري المنفصل له حجية مطلقة أمام قاضي العقد ويترتب عليه الآثار الآتية[5]:

---

(1) د/ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 256.

(2) د/ سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص197.

(3) د/ مهند مختار نوح، المرجع نفسه، ص 257.

(4) د/ جمال عباس أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 533.

(5) د/ جمال عباس أحمد عثمان، المرجع نفسه، ص555.

01_ إذا كان حكم الالغاء قد استند إلى عيب في العيوب في القرار القابل للانفصال ففي هذه الحالة فان دور القاضي هو بيان ذلك العيب في العملية التعاقدية

وبيان ذلك أيضا أ ن قاضي العقد يشمل العقد بنظرة كلية، فلا يرتب بطلان العقد بشكل آلي ، بناء على إلغاء القرار المنفصل، إذ أن إلغاء القرار المنفصل لا يؤدي إلى بطلان العقد، وأن البطلان يكون حسب السبب الذي برر الإلغاء، فإن كان محل الإلغاء الشروط التعاقدية للقانون، فإن الإلغاء يحتم عندئذ إبطال العقد

02_ إن بطلان القرار القابل للانفصال يقتصر أثره على الإجراءات التالية له التي بنيت عليه ولا يمتد هذا الأثر إلى الإجراءات السابقة عليه رغم إستقرار قاعدة عدم تأثر العقد الإداري بالحكم الصادر بإلغاء القرار المنفصل عنه، ولا ينفصل هذا العقد تلقائيا نتيجة لحكم الالغاء إلا أن ذلك لا يقلل من أهمية حكم الالغاء، فيمكن للمتعامل المتعاقد إستنادا إلى هذا الحكم أن يلجأ إلى قاضي العقد مطالبا بالفسخ [1].

(1) د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 347

مقـــدمـــــــــــــــــــة

يعرف العالم اليوم تحولات كبرى تمس مختلف الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية وكذا القانونية، مما يؤثر في مسار الدول والشعوب.

هذه التحولات المحكومة بمنطق العولمة القائم على الاقتصاد الحر وتشجيع المبادرة الحرة والمنافسة في الجانب ألاقتصادي والنظام العالمي الجديد من الناحية السياسية أفرز تحديات ورهانات متعددة على كل البلدان، وخاصة منها دول العالم الثالث، ذلك أنه إذا كانت الدول المتقدمة قد قطعت أشواطا كبيرة في بناء اقتصاديات قوية مرتكزة على المذهب الليبرالي وحرية السوق ورفع القيود وخوصصة معظم مرافق الدولة بمافي ذلك مرفق الأمن، فإن دول العالم الثالث ما تزال تتلمس الطريق بحثا عن تحقيق التنمية لشعوبها وضمان الإقلاع الاقتصادي.

والجزائر شأنها شأن دول العالم الثالث، تبحث عن تحقيق التنمية المستدامة، الأمر الذي يجعلها مطالبة بتوفير الجو المناسب لاستقطاب رؤوس الأموال والاستثمارات الكبرى التي من شأنها إنجاز المشاريع العملاقة في كافة المجالات سواء ما تعلق بالبنية التحتية أو ما تعلق بالخدمات أو ما يهم مجال الدراسات ، كون أن جلب الاستثمارات يستوجب توفير شروط اقتصادية وسياسية وقانونية تمنح المستثمر ضمانات حقيقية تشجعه على استثمار أمواله خاصة إذا ما ربط علاقة تعاقدية مع الدولة، ذلك أن قيامها بالوظائف التي أضحت تضطلع بها سواء من حيث النهوض بالأوضاع الاقتصادية او الاجتماعية لا يمكن أن يتم دون اللجوء إلى إبرام صفقات عمومية تمكن الدولة من إشباع حاجياتها المختلفة.

إن قانون الصفقات العمومية يشكل الأداة التدخلية التي ترسم ملامح السياسة العمومية وتترجم توجهات الاستثمار والإنفاق العمومي.

ويعد موضوع الصفقة العمومية من الموضوعات البالغة الاهمية في مجال القانون الإداري ولأجل تلبية الاحتياجات العامة الضرورية للدولة وتحقيق الأهداف المحددة مسبقا لضمان التنمية الوطنية الموجودة عملت السلطات الجزائرية ومنذ الاستقلال على الإسراع بإصدار نصوص تنظيمية للصفقات العمومية لجعلها مقننة ومبينة لحقوق كل من الأطراف

وذلك حسب النموذج الاقتصادي ألمتبع وكأن آخرها قانون الصفقات العمومية 236/10 المؤرخ في 2010/10/07 والتعديلات اللاحقة لهذا المرسوم الرئاسي.

وتعتمد الجزائر على آلية الصفقات العمومية لإنجاح برامجها التنموية والتي تخص بأهمية كبيرة لما تحظى بأهمية كبيرة لما توفره من إسهامات في الحياة الاقتصادية والاجتماعية مع التركيز الدقيق عليها بالنظر للمبالغ الكبيرة التي تخصص لإنجازها، وما لهذا من ضرورة الحفاظ على هذه الأموال، والتسيير العقلاني للمال العام غاية منها تجنب مظاهر الاختلاس والغش وضمان حقوق المتعاقدين.

إن إنجاز الصفقة العمومية بالشروط الواجب توفرها حسب القانون يعتمد على طرفين (المصلحة المتعاقدة) أي الجهة صاحبة الصفقة، و (المتعامل المتعاقد) الجهة التي يستنفذ أو تنجز مضمون الصفقة، وحدد القانون طريقة تحرير العقد وشروطه الشكلية والموضوعية، والواجبات الملقاة على عاتق طرفي العقد وحقوق كل منهما على الآخر وامتيازاته وكذا الضمانات المقدمة من كل طرف لإنجاز الصفقة على أحسن وجه في جميع مراحلها.

وعليه فإنه يقع على الإدارة مهام كبيرة والمتمثلة في إطار إدارة المشروعات الاقتصادية والاجتماعية الكبرى وتظل من اختصاصها دون سواها، لاسيما عندما تمارس وظيفتها الإدارية في سبيل مصالح الجمهور، وتنفيذ مخططات التنمية وبرامجها، مستغلة في ذلك الرسائل القانونية لممارسة النشاط الإداري والتي يمكنها القانون ويتيح لها استعمالها.

ومن أهم تلك الوسائل والتصرفات القانونية أن تتخذ الإدارة طريق الأوامر والإلزام سبيلا لفرض إرادتها المنفردة، بإصدار القرارات الإدارية والتي تعد من أنجع الوسائل القانونية التي تمكن الإدارة من ممارسة نشاطها الإداري، وقيامها بالواجبات المتعددة والملقاة على عاتقها.

إلا أن أسلوب القرار الإداري الذي يقوم أساسا على معنى الإلزام وفرض الأوامر دون إرادة الأفراد، قد يعجز عن الوفاء ببعض الأهداف المنشودة، لذلك فقد ترى الإدارة ضرورة الاستعانة بخدمات الأفراد بطريق الاتفاق الودي وهو ما يعرف بأسلوب التعاقد، الذي يعتبر أحد الوسائل القانونية التي تلجأ إليها الإدارة لتلبية احتياجات المرفق العام، عندما تعجز عن ذلك بإصدار القرار الإداري ، كونه يقوم على عنصر الإلزام من جانب واحد، لكن ثمة من المشروعات والبرامج التنموية مما لا يمكنه تنفيذها ونجاحها إلا باتفاق بين الأطراف جميعا.

(المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد)، وهذا يهدف إلى التعاون في سير المرفق العام وتلبية احتياجات الجمهور، لذلك كان على الإدارة لزوما أن تتعامل مع الأفراد بأسلوب التعاقد بغرض الحصول على ما تريد من إنجاز أو توريد معدات وأجهزة، أو القيام بخدمات ودراسات وغيرها، وما تحتاجه المصلحة المتعاقد في نشاطاتها المختلفة.

إن هذه العقود التي تبرمها الإدارة مع الأفراد ليست من طبيعة واحد، ولا تخضع لنظام قانوني واحد، بل تنقسم إلى نوعين:

1. عقود الإدارة التي تخضع فيها لقواعد القانون الخاص، وتعامل معاملة عقود القانون الخاص التي يبرمها فيما بينهم.
2. العقود التي تخضع لقواعد استثنائية تميزها عن بقية عقود الإدارة الأخرى، ويطلق عليها عبارة العقود الإدارية.

ان أهمية التفرقة بين النوعين هو أن النوع الأول من تلك العقود تخضع نزاعاتها للقضاء العادي وتخضع في تنفيذها إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين. أما الطائفة الثانية من تلك العقود تخضع في نزاعاتها للقضاء الإداري وتتولى الإدارة فيها دائما تحقيق المصلحة العامة من اجل ضرورة استمرارية المرفق العام بانتظام واضطراد وتتمتع بجملة من السلطات والإمتيازات التي لا نجد لها مثيل في العقود الخاصة، محملة المتعاقد معها وبالإرادة المنفردة لها، إلتزامات تجعل موقف الطرفين غير متكافئ، ويتجلى ذلك خاصة أثناء التنفيذ، فالمصلحة المتعاقدة تحتفظ لنفسها في مثل هذه العقود بحق التعديل في التزامات المتعاقد معها سواء بالنقص أو الزيادة وكذلك سلطة الرقابة وفسخ العقد.

وعلى اعتبار أن سلطة التعديل من أخطر ألسلطات فالمصلحة المتعاقدة لا تتدخل في مجال مسكوت عنه في العقد، وإنما تحاول التغيير في الشروط التعاقدية والإلتزامات بالزيادة أو بالنقصان.

إن الإجتهاد القضائي قد منح الإدارة سلطة في محتوى الالتزامات التعاقدية، كلما استوجبت ضرورة المرفق العام الذي يتصل به ذلك العقد وفقا لشروط وأسس محددة سلفا، دون أن يكون للمتعامل المتعاقد إمكانية الاحتجاج بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

نظرا لأن سلطة التعديل كامتياز للمصلحة المتعاقدة تخالف قاعدة إلزام العقد لطرفيه، وهو جوهر الرابطة التعاقدية، ويعتبر من قبيل الشروط الاستثنائية غير المألوفة والتي تميز العقود الإدارية عن غيرها، وبذلك فهي سلطة خطيرة جدا على المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة إذا أساءت هذه الأخيرة استخدامها أو تعسفت في استعمالها، أو ممارستها على وجه غير مشروع، ومن هنا تكمن **إشكالية البحث** في : ما مدى سلطة الإدارة في تعديل بنود الصفقة العمومية ؟

أهمية الموضوع :

1-من الناحية العلمية :

- اهتمامنا بالدراسات القانونية المرتبطة بالجانب ألاقتصادي وأثرها المباشر على التقدم الاقتصادي والمرتبط أساسا بنجاعة الصفقات العمومية؟

- ندرة الابحاث والدراسات القانونية في مجال الصفقات العمومية، واختيارنا لهذا الموضوع يهدف أساسا إلى إثراء المكتبة القانونية.

- محاولة منا للبحث في آليات حماية المال العام، من خلال دراسة القيود والظوابط على سلطة التعديل، كوسيلة لمكافحة الفساد الإداري والمالي.

2-من الناحية العملية :

ندرة الابحاث والدراسات القانونية في مجال الصفقات العمومية، واختيارنا لهذا الموضوع يهدف أساسا إلى تقديم مجهود متواضع موجه لممارسي الادارة العامة عله ينيرهم في معالجة موضوع العقد الإداري و سلطة التعديل في بنود عقد الصفقة العمومية ، إذا هي معادلة واجبة التسليم بها فكلما ازداد الاهتمام باللجوء إلى استخدام العقد الإداري في النشاط الاقتصادي والاجتماعي ازدادت أهمية موضوع سلطة الإدارة في تعديل الصفقة العمومية استجابة لحاجات المرفق العام والمصلحة العامة .

سنعتمد للإجابة على إشكالية الموضوع على المنهج التحليلي وذلك بتحليل النصوص القانونية التي لها صلة بموضوع سلطة الإدارة في تعديل الصفقة العمومية بالإضافة إلى المنهج التاريخي من خلال التعرض للنصوص السابقة على المرحلة الحالية وكيفية تنظيمها لسلطة

الإدارة في تعديل الصفقة العمومية ولدراسة موضوعنا اعتمدنا على خطة أكاديمية مقسمة إلى فصلين:

يتناول الفصل الأول فيها التطرق إلى ماهية سلطة تعديل الصفقة العمومية كسلطة من سلطات الإدارة .

على أن يكون مقسما بدوره إلى مبحثين، يخصص الأول منها للتطرق مفهوم سلطة التعديل فيما يتناول الثاني نطاق سلطة التعديل والقيود الواردة عليها.

فيما يتعرض الفصل الثاني للآثار الناتجة عن تعديل الصفقة العمومية في ظل التشريع الجزائري على أن نقسمه بدوره إلى مبحثين نتناول في أولها أث ار سلطة التعديل في عقد الأشغال العمة و التوريد وثانيها تسوية النزاعات الناشئة عن سلطة التعديل ,

ملخـــص

من خلال الدراسة اتضح أن سلطة الإدارة في تعديل بنود العقد الإداري تشكل نظرية قانونية مستقلة وأحد أهم و أخطر السلطات التي تملكها المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد ، فهي تشكل إحدى القواعد العامة في نظرية العقد الإداري، وحجتها في ذلك مقتضيات فكرة المرفق العام بمعناها الواسع التي تتميز بها العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص.

وقد إعترف المشرع الجزائري للإدارة بهذه السلطة أثناء تنفيذ العقد، وقد نص المشرع من خلال المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية في المواد 102-106من خلال آلية الملحق.

ولقد تناولنا عقدي الأشغال العامة و اقتناء اللوازم (عقود التوريد)، كون هذين النوعين في العقود من أهم العقود، وأكثرها إرتباطا بالمرفق العام. فقد لاحظنا إن سلطة التعديل تختلف من حيث القوة من عقد لأخر، وذلك تبعا لإختلاف درجة إتصال العقد بالرفق العام.

ولتسوية النزاعات الناتجة عن سلطة التعديل جراء إستعماله من طرف المصلحة المتعاقدة ، ضمن المشرع للمتعامل المتعاقد اجراءات قانونية قصد إنصافه وتعويضه عن الأضرار التي لحقته ، وتكون كما يلي:

- التسوية الودية للنزاع : بالبحث عن حل ودي للنزاع الناتج عن تنفيذ الصفقة حسب أحكام المادة 115 من المرسوم رقم 10-236.
- التحكيم : حيث تم إدراجه ضمن المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية، فق د أجاز للمصلحة المتعاقدة أن تطلب إجراء التحكيم، وهذ ا إستثناء لمبدأ عدم جواز التحكيم بالنسبة للأشخاص المعنوية.
- اللجوء للقضاء: من قبل المتعامل المتعاقد عند فشل التسوية الودية

ومن خلال ما ذكرناه فإن سلطة الإدارة في التعديل تخضع لرقابة القاض ي الإداري على مدى تناسب موضوع التعديل (الأسس القانونية لسلطة التعديل) مع حسن سير المرفق العام.