جـامعـة محمـــد خيضـر بسكـرة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقـوق

المتعامــل المتعاقـد فـــي قانــون الصفقــات العموميــة

مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص قانون إداري

إعداد الطالبة:

_ سعيــدة ذباح

إشراف الدكتور:

_ عبـــاس زواوي

السنة الجامعية: 2016/2015

بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء

إلى كل من كان صبرهما عليا طويلا وحلمهما عليا جميلا، وعونهما لي كبيرا، ودعائهما لي كثيرا.

إلى من لو طل القمر لأهديته لهما، ولوطلت النجوم لرصعت بها جبينهما، إلى الغاليين،

إلى الحنونين، إلى الوالدين أمي وأبي.

إلى إخوتي وأخواتي كل بإسمه

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة سنوات التحصيل والدراسة والجهد المتواصل

ولا أنسى إلى من قدم إلى مساعدة لإنجاز هذه المذكرة

وإلى كل من ساعدني بإنجاز هذا العمل المتواضع سواء من قريب أو بعيد

شكر وتقدير

من لم يشكر الناس لم يشكر الله

فالشكر لله تعالى الذي وفقني لهذا و أنعم عليا

ثم الشكر لكل إنسان أمدني بيد المساعدة من قريب أو من بعيد

و على رأسهم الأستاذ المشرف/ **الدكتور زواوي عباس**

الذي لم يبخل عليا بالنصائح والتوجيهات برغم كثرة مهامه وانشغالاته

كما لا يفوتني أن أشكر أساتذة الحقوق

و بالخصوص أساتذة الإداري كل باسمه

على ما بذلوه من جهود في تحسين الزاد المعرفي فجزاهم الله عنا كل خير

وكل من علمنا وأنار دربنا في الدنيا بالعلوم والمعارف

وزملائني الكرام.

مقدمة

مقدمة

تقوم الإدارة بنوعين من الأعمال مادية وقانونية، الأعمال المادية إما تكون بصفة إرادية تنفيذا لعمل تشريعي (قانون) أو عمل إداري (قرار أو عقد إداري)، أو تلك التي تصدر عنها بصفة غير إرادية.

أما الأعمال الإدارية القانونية التي تتجه وتفصح فيها الإدارة عن إرادتها ونيتها في ترتيب أثر قانوني سواء بإنشاء مركز قانوني جديد أو تعديل مركز قانوني قائم أو إلغاء ذلك المركز، تنقسم إلى قسمين وذلك حسب ما إذا كانت نشأت بإرادتها المنفردة مستعملة بذلك إمتيازات السلطة العامة تسمى قرارات إدارية ، بينما إذا إقترنت إرادتها بإرادة أخرى فهنا تسمى عقد إداري.

العقد الإداري وهو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطا أو عدة شروط غير مألوفة في عقود القانون المدني.

والعقد الإداري الذي ينشأ بين الإدارة كطرف في العقد ومتعامل أجنبي له أشكال وأنواع على أساس المعيار المالي أو ما يعرف بالعتبة المالية المخصصة لهذا العقد بحيث نجد من بينها عقد الصفقات العمومية.

عرفت الصفقات العمومية في إطار المرسوم الرئاسي رقم 247/15 [1] المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و لا سيما المادة الثانية (02) منه حيث نصت على أن الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم مع متعامل إقتصادي و فق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم و الدراسات والخدمات.

وعرفت الصفقات العمومية أيضا على أنها إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعاقدين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض.

[1] المرسوم الرئاسي 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، **المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام**، الجريدة الرسمية، العدد 50 لسنة 2015.

بحيث تحدد الإدارة و بمفردها مجموعة بنود العقد الذي يوصف بأنه عقد إداري و لا يملك المتعاقد مع الإدارة إزاء ذلك سوى مناقشة السعر المقترح لتنفيذ العقد عدا ذلك من بنود العقد فإن للمتعاقد إما قبولها كلها أو رفضها كلها.

أهمية الموضوع

تكمن في أنها لا تقتصر على تسيير الأموال بل تتعدى إلى طريقة العمل للوصول إلى إلى الأهداف التالية.

أهداف الموضوع:

- إزالة الغموض حول الموضوع لأنه توالت عليه عدة تعديلات للقانون المخصص للصفقات العمومية.
- تطبيق أكبر لقواعد الشفافية من خلال إبراز الحقوق والواجبات للمتعامل المتعاقد.
- محاولة خلق بعض التوازنات في العلاقة العقدية بين صاحب المشروع والأطراف المتعاقدة.
- ضمان التسديد و الاستعمال الحسن للمال العام.

أسباب إختيار الموضوع

حيث رجع إختارنا للموضوع لأساب عدة والتي تتمحور حول تبيان واجبات وحقوق المتعامل المتعاقد التي تعتبر قيودا على الإدارة وهذا خوفا من المساس بمراكز قوة المتعاقدين مع الإدارة ومن تعسف تلك الأخيرة في مواجهتهم بل وخوفا من نفور وعزوف أشخاص القانون الخاص عن التعامل مع الإدارة لأن للمصلحة المتعاقدة جملة من الإمتيازات غير المألوفة في العقود الخاصة التي تجعلها في مركز أسمى وأقوى وهي السلطات التي تجد تبريرها في الصالح العام الذي تمثله الإدارة وفي إحتياجات المرافق العامة التي تناط مسؤوليتها بالإدارة.

إشكالية الدراسة:

فموضوع بحثنا ينصب على المتعامل مع الإدارة هذا الذي أخذ عدة تسميات على إختلاف مراحل إجراءات الصفقة نظرا لما يكدتسبه من خصوصية قانونية.

هذا ما جرنا إلى طرح إشكالية أساسية على الشكل الآتي:

مامدى توفيق المشرع الجزائري إلى ضبط العلاقة التعاقدية بين المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة ما يضمن له حقوقه ويلزمه على آداء واجباته على أكمل وجه؟

المنهج المتبع:

من أجل الإجابة على الإشكالية المطروحة لا بد من إستعمال المنهج التحليلي الوصفي وذلك بتحليل النصوص القانونية التي تناولت موضوع حقوق وواجبات المتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية وهذا لتحديد حقوقه التي يتمتع بها وإلتزاماته التي يقوم بها من خلال المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

تقسيمات الدراسة:

قسمنا البحث على الشكل الآتي:

مقدمة تم فيها تمهيد للموضوع ، الفصل الأول تطرقنا فيه إلى حقوق المتعامل المتعاقد والذي قسم بدوره إلى ثلاثة مباحث والتي تجزء الحقوق الثلاثة للمتعامل المتعاقد المتمثلة في: الحق في المقابل المالي المتفق عليه، الحق في إقتضاء التعويض، والحق في التوازن المالي للعقد.

وتطرقنا في الفصل الثاني إلى إلتزامات المتعامل المتعاقد في ثلاثة مباحث والمتمثلة في: الإلتزام بتنفيذ بنود العقد حسب الكيفيات والمدة المتفق عليها، الإلتزام بالأداء الشخصي للخدمة موضوع العقد، والإلتزام بدفع مبلغ الضمان المالي لتنفيذ الصفقة العمومية

تم ختم الموضوع بخاتمة تشمل حوصلة للموضوع و النتائج المتوصل إليها بالإضافة إلى الإقتراحات حول هذا الموضوع.

الفصل الأول

حقوق المتعامل المتعاقد

الفصل الأول: حقوق المتعامل المتعاقد

للإدارة في العقود الإدارية سلطات واسعة لا نظير لها في العقود العادية المبرمة في ظل القانون الخاص، وأهمها سلطة التعديل والإنهاء الإنفرادي للعقود الإدارية، وتتمثل هذه السلطات خرقا واستثناءا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين لذلك لابد من الحفاظ على حقوق المتعاقد مع الإدارة عند تنفيذ العقد مقابل السلطات التي تتمتع بها الإدارة.

وتتجلى أهمية الحفاظ على حقوق المتعاقد بضرورة المحافظة على سير المرافق العامة، لأن عدم المحافظة على هذه الحقوق سيؤدي حتما إلى عزوف الأفراد على التعاقد مع الإدارة وينعكس ذلك ضررا على سير المرافق العامة[1].

أضف إلى ذلك أن عدم المحافظة على هذه الحقوق يؤدي أيضا إلى خرق مبادئ العدالة ومساواة عموم الأفراد أمام الأعباء العامة[2].

لذلك عمل مجلس الدولة الفرنسي على أن يقرر للمتعاقد حقوقا توازي سلطات الإدارة الواسعة وذلك لكي لا تكون تلك السلطات تشكل عقبة أمام الأفراد الراغبين بالتعاقد مع الإدارة فتفقد الإدارة بذلك وسيلة من أنجع الوسائل في تسيير المرافق العامة[3].

فالمتعاقد مع الإدارة يهدف بطبيعة الحال إلى تحقيق كسب مادي معين من العملية التعاقدية التي يتعاقد عليها.

ومن ناحية أخرى فإن كونه يشارك في تسيير مرفق عام يستدعي مساعدته في تنفيذ إلتزاماته وفي الإستمرار فيها لأن في ذلك ضمانا لمصلحة المرفق نفسه.

ويستتبع ذلك أن يكون له حق أولي في مطالبة الإدارة بتنفيذ إلتزاماتها الناشئة عن العقد وبتمكينه من أداء إلتزاماته.

---

[1] نصري منصور نابلسي، **العقود الإدارية (دراسة مقارنة).** الطبعة الأولى، مكان النشر: [بدون]، منشورات زين الحقوقية، 2010، ص427.

[2] المادة 34 من القانون رقم 16-01، المؤرخ في 06 مارس 2016، **المتضمن التعديل الدستوري**، الجريدة الرسمية، العدد 14 لسنة 2016، ص 10. والتي جاء فيها: " تستهدف المؤسسات ضمان مساواة كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقبات الّتي تعوق تفتّح شخصيّة الإنسان، وتحول دون مشاركة الجميع الفعليّة في الحياة السّياسيّة والاقتصاديّة والاجتماعيّة والثّقافيّة".

[3] محمود خلف الجبوري،**العقود الإدارية**، الطبعة الثانية، الأردن، دار الثقافة، 1998، ص 177.

كما يكون له الحق في مطالبتها بالتعويضات اللازمة في بعض الحالات لحفظ التوازن الإقتصادي والمالي للعقد ولمواجهة الظروف غير المتوقعة وقت التعاقد التي تجعل تنفيذ العقد مرهقا له[1].

لذلك ارتأينا أن نقسم هذا الفصل حقوق المتعامل المتعاقد إلى ثلاثة مباحث وهي كالتالي: الحق في إقتضاء المقابل المالي المتفق عليه ، وحقه في إقتضاء التعويضات وأخيرا حقه في ضمان التوازن المالي للعقد.

المبحث الأول: الحق في المقابل المالي المتفق عليه

يعتبر هذا الحق من أهم حقوق المتعاقد الأولية والأساسية مع الإدارة ، وذلك لكون المتعاقد يهدف قبل كل شيء إلى تحقيق منفعة مادية تتمثل في الربح[2]، فالمقابل المادي يتقاضاه نتيجة لما أداه من أعمال أو توريدات لصالح جهة الإدارة المتعاقدة، وهو يكون مستحقا بمجرد الإنتهاء من الأعمال أو تسليم الأصناف الموردة على نحو ما أورده العقد أو دفاتر الشروط[3]، ووفقا للقواعد المقررة قانونا في المواد من 63 إلى 91 من المرسوم الرئاسي الرئاسي 10-23[4].

ولذا يعتبر شرطا تعاقديا ألزم المشرع ذكره ضمن البيانات التعاقدية بمقتضى بند صريح في الصفقة ذاتها، بأن يتم بطريقة مفصلة وموزعة وهو ما تقتضي به المادة 62 من المرسوم الرئاسي 15_247.

---

[1] محمد فؤاد عبد الباسط، **العقد الإداري(المقومات، الإجراءات، الآثار)**،الطبعة:[بدون]، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2006، ص392.

[2] محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص180.

[3] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **الأسس العامة للعقود الإدارية**، الطبعة:[بدون]، الإسكندرية: منشأة المعارف، 2004، ص 200.

[4] المرسوم الرئاسي 10-236، المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، **المتضمن تنظيم الصفقات العمومية**، المعدل والمتمم، العدد رقم 58 من سنة 2010.

المطلب الأول: صورة إقتضاء المقابل المالي المتفق عليه (الثمن)

إذا كان المتعاقد يؤدي الخدمة للإدارة مباشرة فإن الإدارة هي التي تلتزم بأداء المقابل النقدي للمتعاقد، فيتخذ المقابل في هذه الحالة صورة ثمن[1] الذي يعتبر مقابل مادي لما أداه المتعاقد من أعمال في عقود الأشغال العامة أو ما ورده من أصناف في عقد التوريد[2]، ويمكن تعريف الثمن في العقد الإداري بأنه المقابل النقدي الذي يستحقه المتعاقد مع الإدارة لتغطية نفقات وتكاليف العملية المتعاقد عليها بالإضافة إلى أرباحه المشروعة[3].

إذا كان المبدأ هو تحديد الثمن عند إبرام العقد، إلا أنه قد يبرم العقد الإداري بدون تحديد دقيق للثمن، فيقضي معرفة الأسس التي يتم إعتمادها لتحديد الثمن وبالتالي لضمان حقوق ومصالح أطراف العقد[4].

الفرع الأول: تحديد الثمن في العقد

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

ولهذا فإن الثمن يحدد بمعرفة الطرفين في أغلب الأحيان عن إبرام العقد، ولهذا فالعقد هو المصدر الأساسي لتحديد الثمن لأن الشروط الخاصة بتحديد الثمن هي شروط تعاقدية[5].

وبهذا فإن المقابل المالي في العقد يتسم بطابع الإستقرار والثبات، لأن المتعاقد مع الإدارة يحدد عند التعاقد المقابل المالي الذي يطلبه مقابل ما يقدمه للإدارة ويحقق به التوازن المالي للعقد[6].

---

[1] مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، **العقود الإدارية وأحكام إبرامها**،الطبعة: [بدون]، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 2008، ص 213.

[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 201.

[3] نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 431

[4] نصري منصور نابلسي. نفس المرجع ، ص 433

[5] مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص 214.

[6] ماجد راغب الحلو، **العقود الإداري**، الطبعة: [بدون]، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 2004، ص 212.

ولا يلتف بعد ذلك إلى تقلبات السوق أو العملة أو التعريفة الجمركية وغيرها من المسائل المتوقع حدوثها لدى المتعاقد مع الإدارة، فلا يجوز للمتعاقد المطالبة بفرق سعر مرجعه زيادة سعر العملة عند مراحل التنفيذ، بإعتبار ذلك يؤدي إلى زيادة أعباء الإدارة وإلى زيادة قيمة المقابل النقدي للعقد، وهو أمر غير جائز كأصل عام. ولا يتم الأخذ به إلا إستثناء وبنص تعاقدي خاص قائم على الرضا المشترك لطرفي العقد[1].

وهذا الإستثناء جاء لأن بعض الصفقات العمومية يستوجب تنفيذها زمنا طويلا بما يمكن أن ينتج عنه إرتفاع أسعار بعض المواد، لذلك نصت المادة 97 من المرسوم الرئاسي 15_247 على أن سعر الصفقة يمكن أن يكون ثابتا أو قابلا للمراجعة.

أولا: السعر الثابت:

ويتم تحديده في بنود الصفقة ويذكر بالأرقام والأحرف، فلا يشار في الصفقة لإمكانية مراجعته.

ثانيا: السعر القابل للمراجعة:

قد تتضمن الصفقة بندا يخول أطرافها مراجعة الأحكام المالية فيها بتغيير السعر أو تحيينه مع العوامل والظروف الجديدة وهذا حسب الأحكام المقررة في المواد من 64 إلى 71 من المرسوم الرئاسي 10_236[2].

ولا يمكن العمل ببند مراجعة السعر في الحالات التالية:

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

---

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

[2] عمار بوضياف، **شرح تنظيم الصفقات العمومية**، الطبعة الثالثة، الجزائر: دار جسور، 2011 ، ص227.

[3] المادة 98 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق، ص 27.

الفرع الثاني: تحديد الثمن في حالة عدم النص عليه في العقد

أولا: حالة التعاقد بأسلوب التعاقد المباشر

الأصل في الثمن أو السعر في الصفقة العمومية أن يحدد بإتفاق الإرادتين وبدون هذا الإتفاق لايوجد السعر، إلا أن الطبيعة التنظيمية للصفقة ووجود دفاتر شروط كعناصر مكونة لها تفرض نفسها ولهذا فإن دور إرادة الطرفين في وضع الأسعار في الصفقة العمومية يتناسب وكيفيات إبرام الصفقة. ومما لا شك فيه أن دور الإدارة في تحديد السعر يكون أكثر عندما تعقد الصفقة بطريقة التراضي[1]، يتقلص هذا الدور إلى حد كبير عندما تعقد بطريقة المناقصة أو المزايدة[(*)].

ثانيا: الأمر الصادر من جهة الإدارة بتنفيذ أكثر مما إتفق عليه في العقد

قد تأمر الإدارة المقاول أو المورد بتنفيذ أكثر مما إتفق عليه في العقد، أو قد تطلب من المورد توريد كميات تزيد عن تلك الكميات المتفق على توريدها أصلا في العقد، ففي هذه الحالة إذا كانت الأعمال والتوريدات من نفس جنس وموضوع العقد الأصلي يسري السعر الأصلي، أما إذا كانت أما إذا كانت الأعمال والتوريدات تختلف عن جنس موضوع العقد الأصلي، يقدر السعر بطريقة جديدة. وفي حال عدم تحديد الثمن في العقد الأصلي أو في حالة وجود أعمال إضافية لم يتم تحديد الثمن فيها، ولم تتوافق الإدارة مع المتعاقد على تحديد الثمن، أي في حالة الخلاف بين المتعاقدين على الثمن، لابد من عرض الأمر على القضاء[2].

---

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

[(*)] نلاحظ أن المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي الجديد 15_247 قد تخلى على نظام المناقصة نهائيا و استبدله بنظام طلب العروض حسب المادة 39 التي نصت على أن الصفقات العمومية تبرم وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة أو وفق إجراء التراضي، على أنه في حالة اللجوء إلى طلب العروض فإنه يتم حسب أشكال متعددة هي طلب العروض المفتوح، و طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا و طلب العروض المحدود، و المسابقة، في حين يتم اللجوء إلى التراضي في الحالات المحددة حصرا في المادتين 49 و50

[2] نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 442-443.

ولا يمكن للإدارة فرض أسعار معينة غير متفق عليها مع المتعاقد وبإرادتها المنفردة لأن الثمن يعد من العناصر التعاقدية التي يجب أن تكون محلا للاتفاق بين طرفي العقد.

المطلب الثاني: أشكال وآليات إقتضاء المقابل المالي

تعتبر الصفقة العمومية عقد معاوضة يلزم فيه المتعامل المتعاقد بتنفيذ العمل أو الخدمة موضوع الصفقة تبعا للمواصفات والشروط المتفق عليها وتلزم الإدارة المعنية بدفع المقابل المالي بالأشكال والكيفيات التي حددها القانون[1].

الفرع الأول: أشكال تسديد المقابل المالي

الحق المالي المضمون للمتعامل المتعاقد يمنح له على شكل قيم وأسعار يتم تحديدها في متن الصفقة المبرمة وهي القيم التي تحدد بصفة إجمالية أو بناءا على قائمة سعر الوحدة أو بناءا على نفقات المراقبة أو بصفة مختلطة[2].

وهذا ما نصت عليه المادة 96 من المرسوم الرئاسي 15-247 حيث نجد المشرع الجزائري قد حدد أربعة أشكال يدفع من خلالها أجر المتعامل المتعاقد، جراء تنفيذه الصفقة.

أولا: السعر الإجمالي أو السعر الجزافي

طبقا لنص المادة 96 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية فإنه يدفع أجر المتعامل المتعاقد إجماليا أو جزافيا، لكنه لم يتعرض إلى تعريف السعر الإجمالي أو الجزافي وترك بيان ذلك للنصوص التطبيقية.

وقد ورد تعريف السعر الإجمالي والجزافي في دفتر الشروط العامة لسنة 1964 وذلك في المادة الأولى التي تنص على: "إن صفقة السعر الإجمالي الشامل هي الصفقة التي حدد فيها على التمام الشغل المطلوب من المقاول والذي يجري تحديد سعره جملة ومسبقا".

ويفهم من هذا أن صفة السعر الجزافي تتضمن أمرين:

ـ **الأول:** هو إتفاق على تحديد العمل المطلوب إنجازه[3].

---

[1] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 221.

[2] عادل بوعمران، **النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية**، الطبعة [بدون]، الجزائر: دار الهدى، 2010، ص 114.

[3] مراد زوايد، مرجع سابق، ص 29.

_ الثاني: هو السعر الذي سيدفع جملة ومسبقا وبصفة نهائية.

وهذان الأمران مرتبطان مع بعضهما البعض إذ لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تقوم المصلحة المتعاقدة بدفع السعر جملة واحدة ومسبقا للمتعامل المتعاقد معها إلا بعد تحديد العمل المطلوب إنجازه بصفة دقيقة.

ونلاحظ من هذا التعريف قد استبعد أي أجرة إضافية للمقاول الذي يلتزم بتنفيذ الصفقة على حسابه مهما كانت الظروف التي ستعترضه، ولكن بالرجوع إلى باقي مواد دفتر الشروط الإدارية لسنة 1964، والمتعلقة بالسعر الجزافي نجد أن هناك حالات يمكن للمتعامل المتعاقد مع الإدارة أن يطلب سعرا إضافيا والتي يمكن أن نجملها في النقاط التالية.

_ حالة وجود قوة قاهرة.

_ حالة القيام بالأشغال غير المقررة.

_ حالة إخضاعه لصيغة المراجعة المحددة في دفتر الشروط الخاصة[1].

ثانيا: سعر الوحدة

ويكون ذلك في حالة تحديد سعر الصفقة بناءا على وحدات القياس مثال: تحديد سعر شق طريق عام، في إطار تنفيذ صفقة أشغال عامة، بناءا على سعر المتر المربع.

ثالثا: السعر بناءا على نفقات المراقبة

يعتمد في تحديد سعر الصفقة على النفقات والتكاليف التي قام بها المتعامل المتعاقد بناءا على وثائق ثبوتية مثل الفواتير، مع إضافة هامش ونسبة معينة للفائدة والربح 15% مثلا.

حيث جاء في نص المادة 106 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه:

" يجب أن تبين الصفقة التي تؤخذ خدماتها في شكل نفقات مراقبة، طبيعة مختلف العناصر التي تساعد على تحديد السعر الواجب دفعه، وكيفية حسابها وقيمتها".

رابعا: السعر المختلط

حيث يحدد السعر بناءا على عدة معايير : تكلفة وسعر الوحدة، مع مراعاة نفقات المراقبة، نسبة الربح ... إلخ[2].

---

[1] مراد زوايد، نفس المرجع ص 30.

[2] محمد الصغير بعلي، **العقود الإدارية**، الطبعة [بدون]، الجزائر: دار العلوم، 2005، ص ص 81، 82.

الفرع الثاني: آليات الوفاء بالمقابل المالي

ولما كان للصفقة العمومية كما تقدم البيان وثيق الصلة بفكرة المال العام وبحقوق الخزينة العامة، وجب التأكد من حسن التنفيذ وأداء الخدمة قبل إتخاذ إجراء تحويل المال ووضعه في رقم حساب المتعامل المتعاقد.

ولقد فصلت المواد من 73 إلى 91 من المرسوم الرئاسي 10_236 كيفيات الدفع بما يعكس إهتمام المشرع بهذه المسألة نظرا لخطورتها، فالأمر يتعلق بحقوق الخزينة من جهة وحق المتعامل المتعاقد من جهة أخرى.

وبينت المادة 108 وما بعدها من المرسوم الرئاسي 15_247 أن التسوية المالية للصفقة تتم بدفع قسط للمتعامل المتعاقد يأخذ أحد الأشكال التالية[1]:

أولا: التسبيق

وقد عرفه المرسوم الرئاسي 15_247 في المادة 109 بأنه:

"هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة".

بما يعني أن المتعامل المتعاقد لم يباشر بعد الخدمة موضوع الصفقة ورغم ذلك تبادر الإدارة المعنية بالتعاقد بدفع تسبيق في رقم الحساب الجاري للمتعامل المتعاقد [2]، وهذا بهدف مساعدته على مباشرة الأعمال والوفاء بالأعباء المالية، ويمكنه هذا التسبيق من توفير المواد التي يتطلبها تنفيذ الصفقة[3].

---

[1] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 221.

[2] المادة 75 من المرسوم الرئاسي 10-236، المعدلة والمتممة بالمادة 12 من المرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ في 18 يناير سنة 2012، **المتضمن تنظيم الصفقات العمومية**، العدد رقم 04 لسنة 2012، المعدل والمتمم بالمادة 110 من المرسوم الرئاسي 15_247، ص 29.

[3] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 221.

ويتخذ التسبيق حسب المادة 111 من المرسوم الرئاسي 15_247 أحد الشكلين:

1_ التسبيق الجزافي:

هو مبلغ تدفعة المصلحة المتعاقدة إلى المتعامل المتعاقد معها قبل البدء في تنفيذ الصفقة، فهو لا يتحدد بناء على إعتبارات معينة مسبقا[1]، يمكن أن يدفع على فترات يتم الإتفاق عليها في الصفقة كما يمكن أن يدفع مرة واحدة[2] هذا ما نصت عليه المادة 112 من المرسوم الرئاسي 15_247.

ويتمثل كذلك في المبالغ والقيم التي يتم دفعها دون أدنى شكلية وبنسبة محددة لا يتجاوز سقفها 15% من السعر الأولي للصفقة، غير أنه وفي أوضاع إستثنائية قد أجيز تجاوز سقف تلك النسبة المقررة وذلك بعد:

أ_ الموافقة الصريحة من الوزير الوصي أو الوالي حسب الحالة[3].

ب_ إستشارة لجنة الصفقات المعنية.

ج_ إذا رأت المصلحة المتعاقدة أثناء مرحلة التفاوض أن رفضها لقواعد الدفع و/أو التمويل المقررة على الصعيد الدولي سينجم عنه تحقيق ضرر أكيد، وهو ما يعني أن الضرر ثابت ومؤكد وليس إحتماليا فهنا يجوز الخروج عن القاعدة ومنح تسبيق أكثر من النسبة المذكورة[4].

هذا الإستثناء أوردته المادة 111 من المرسوم 15_247 والذي يعتبر إستثناء على القاعدة العامة والذي لا تطبقه المصلحة المتعاقدة إلا إذا توفرت الشروط السالفة الذكر.

2_ التسبيق على التموين:

وهي التسبيقات المخصصة لصفقات الأشغال والتوريد[5] والتي تدفعها المصلحة المتعاقدة إلى المتعامل المتعاقد إذا قدم لها ما يثبت طلباته المؤكدة للمواد أو المنتجات

---

[1] محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 84.

[2] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 222.

[3] عادل بوعمران،مرجع سابق، ص 116.

[4] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 222.

[5] عادل بوعمران،مرجع سابق،_ص 116.

الضرورية لتنفيذ الصفقة مثل: وصول وسندات شراء مواد البناء في حالة صفقات الأشغال العامة[1].

كما يمكن للمصلحة المتعاقد أن تطلب من المتعامل المتعاقد معها إلتزاما صريحا بإيداع المواد والمنتوجات المعنية في الورشة أو في مكان التسليم خلال أجل يلائم الرزنامة التعاقدية تحت طائلة إرجاع التسبيقات[2].

ويجد هذا النوع من التسبيق أساسه القانوني في المادة 113 من المرسوم الرئاسي 15_247 إذ أن الغرض من تمكين المتعامل المتعاقد من هذه المبالغ هو مساعدته على تحمل الأعباء المالية للمشروع بهدف تنفيذ موضوع الصفقة في الآجال المتعاقد عليها وعلى ذلك وجب إستعمالها في الحدود التي فرضها القانون.

وقد أجازت المادة 113 من المرسوم 15_247 للمتعامل المتعاقد حق الجمع بين التسبيق الجزافي والتسبيق على التموين من باب إفتراض حسن النية من جانب الإدارة في المتعامل المتعاقد فإن ثبت لها خلاف ذلك جاز لها اتخاذ الاجراءات المالية اللازمة[3].

غير أنه متى تم الجمع بين التسبيقين الجزافي وعلى التموين في أي وقت وفي أية مرحلة يكون عليها التنفيذ نسبة 50% من المبلغ الإجمالي للصفقة، هذا مانصت عليه المادة 115 من المرسوم الرئاسي 15_247[4].

ويتم إسترجاع مبلغ التسبيق من طرف الإدارة وفق وتيرة تحدد تعاقديا بخصم من المبالغ التي يستحقها حائز الصفقة على أن يتم ذلك الإسترجاع كليا إذا ما بلغ مجموع المبالغ المدفوعة للمتعامل المتعاقد نسبة 80% من مبلغ الصفقة[5] طبقا لنص المادة 71 من المرسوم

---

[1] محمد الصغير بعلي. مرجع سابق، ص 84.

[2] عادل بوعمران،مرجع سابق، ص 116.

[3] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص ص 223 ،224.

[4] المادة 82 من المرسوم الرئاسي 10-236، المعدل والمتمم بالمادة 115 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق، ص30.

[5] محمد الصغير بعلي. مرجع سابق، ص ص 84، 85.

الرئاسي 02_ 250[1]. كما يجب تقديم كفالة بقيمة التسبيق صادرة عن بنك جزائري أو أجنبي أو صندوق ضمان الصفقات العمومية[2].

ثانيا: الدفع على الحساب

هو التسديد الذي تقوم به الإدارة المتعاقدة إلى الطرف الثاني المتعاقد معها، مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة، كقيام المقاول فعلا بإنجاز جزء من الأشغال ببناء بعض المساكن مثل، أو تسليم المورد للإدارة بعض التجهيزات المكتبية في عقد التوريد[3].

هذا ما جاءت به المادة 109 من المرسوم الرئاسي 15_247. وينقسم الدفع على الحساب بالرجوع للمادتين 117، 118 من المرسوم الرئاسي 15_247 إلى نوعين:

1_ الدفع على الحساب عند التموين بالمنتجات:

بإستقراء نص المادة 117 من المرسوم الرئاسي 15_247 نجد أن هذا الدفع يخص فقط عقد الأشغال، فمتى أثبت المتعاقد مع الإدارة أنه وضع تحت ذمة المشروع منتوجات معينة وتم إستلامها في الورشة بإمكانه الحصول على دفع على الحساب يقدر بـ 80% من مبلغ هذه المنتوجات، حيث أشترط لإتمام الدفع على الحساب ألا يكون المتعاقد قد حصل على تسبيق بالتموين، كما أضيف شرط آخر وهو أن يكون مصدر المنتوجات من الجزائر[4].

2_ الدفع على الحساب الشهري:

وتم النص عليه في المادة 118 من المرسوم الرئاسي 15_247 والتي نصت على أن:

---

[1] المادة 71 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 مؤرخ في 24 جويلية سنة 2002، **المتضمن تنظيم الصفقات العمومية**، الجريدة الرسمية، العدد 52 لسنة 2002، المعدلة والمتممة بالمادة 83 من المرسوم الرئاسي 10_236 والمعدلة والمتممة بالمادة 116 من المرسوم الئاسي 15_247، مرجع سابق، ص 30.

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

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

[4] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص ص 224 ،225.

"الدفع على الحساب يتم شهريا ما لم ينص أحد بنود الصفقة على مدة أطول حسب طبيعة الخدمة. ونظرا لتعلق الدفع على الحساب بنسبة تقدم الأشغال أو الخدمة فقد علق المشرع منحه على تقديم الوثائق التالية:

أ_ محاضر أو كشوف حضورية أو وجاهية أو ميدانية خاصة بالأشغال المنجزة ومصاريفها.

ب_ جدول تفصيلي للوازم موافق عليه من المصلحة المتعاقدة.

ج_ جدول الأجور المطابق للتنظيم المعمول به وجدول تكاليف الضمان الإجتماعي مؤشر عليه من صندوق الضمان الإجتماعي المختص".

وهذه خطوة نوعية من جانب المشرع لدفع المتعاملين على تطبيق التشريعات ذات الطابع الإجتماعي[1].

ثالثا: التسوية على رصيد الحساب

لقد عرفت المادة 109 من المرسوم الرئاسي 15-247 التسوية على رصيد الحساب على أنها:

" الدفع المؤقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل والمرضي لموضوعها".

وعليه فإن التسوية على رصيد الحساب تأخذ صورتين:

1_ التسوية على رصيد الحساب المؤقت:

حيث نصت المادة 119 من المرسوم الرئاسي 15_247 على ما يأتي:

"تستهدف التسوية على رصيد الحساب المؤقت إذا نصت عليها الصفقة، دفع المبالغ المستحقة للمتعاقد بعنوان التنفيذ العادي للخدمات المتعاقد عليها، مع إقتطاع ما يأتي:

إقتطاع الضمان المحتمل،

الغرامات المالية التي تبقى على عاتق المتعامل عند الإقتضاء،

[1] عمار بوضياف، نفس المرجع ، ص 225.

الدفوعات بعنوان التسبيقات والدفع على الحساب، على إختلاف أنواعها، التي لم تسترجعها المصلحة المتعاقدة بعد".

2_ التسوية على رصيد الحساب النهائي:

حيث نصت المادة 120 من المرسوم الرئاسي 15_247 على ما يلي:

"يترتب على تسوية حساب الرصيد النهائي رد إقتطاعات الضمان، ورفع اليد عن الكفالات التي كونها المتعامل المتعاقد عند الإقتضاء".

وقد جاءت المادة 122 من المرسوم الرئاسي 15_247 بإلزام الإدارة المعنية بالقيام بالتسوية النهائية في أجل لا يتجاوز 30 يوم من إستلام الكشف أو الفاتورة، وأجازت إقرار مدة أطول لبعض الصفقات بقرار من وزير المالية وألا يمكن أن يتجاوز شهرين أخذا بعين الإعتبار الأجل الأول وتعلم المصلحة المتعاقدة المتعامل المتعاقد بتاريخ الدفع وإصدار الحوالة[1].

واعترفت المادة 122 من المرسوم الرئاسي 15_247 للمتعامل المتعاقد بحق الحصول على الفوائد التأخيرية في حال تجاوز الآجال المذكورة. وتحسب هذه الفوائد على أساس نسبة الفائدة البنكية المطبقة على القروض القصيرة المدى[2].

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

[2] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 226.

المبحث الثاني: الحق في إقتضاء التعويض

مما لاشك فيه أن العقد الإداري يولد إلتزامات عقدية على كل من طرفيه، سواء لجهة الإدارة أو المتعاقد معها، وبالتالي يتعين على الإدارة الوفاء بإلتزاماتها التعاقدية تحت طائلة إلتزامها بالتعويض في حال إخلالها بهذه الإلتزامات[1].

إذن يحق للمتعاقد مع الإدارة مطالبتها بالتعويض لجبر ما لحق به من أضرار أثناء وبسبب تنفيذه للعقد الإداري، وقد يكون أساس هذا التعويض إما خطأ الإدارة، وإما نظرية الإثراء بلا سبب[2].

المطلب الأول: التعويض على أساس الخطأ

إذا كان على المتعاقد مع الإدارة الإلتزام بأداء ما تقرر عليه بموجب الصفقة المبرمة ودفتر الشروط المصاحب لها فإن الإدارة هي الأخرى وفي مقابل ذلك تكون مجبرة على تنفيذ إلتزاماتها الناشئة عن العقد المبرم، وملزمة فوق ذلك بإستعمال السلطات الإستثنائية المقررة لها على نحو مشروع ذلك أن أي إخلال منها بإلتزاماتها التعاقدية وأي إستعمال منها لسلطاتها على نحو غير مشروع يشكل خطأ عقدي يرتب مسؤولية الإدارة ويولد معه حق المتعاقد في التعويض[3].

لذلك سنعرض أهم حالات مخالفة الإدارة لإلتزاماتها التعاقدية ومن ثم لشروط إستحقاق التعويض من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: أهم حالات الخطأ التي تستوجب التعويض

أولا: تأخر الإدارة في تنفيذ إلتزاماتها التعاقدية

في كثير من الأحيان يكون الخطأ ذو طبيعة مالية، فالإدارة لا تدفع الثمن المتفق عليه في الوقت المحدد في العقد بذريعة عدم كفاية الأموال الموجودة. وقد يأخذ طبيعة أخرى كإخلال

[1] نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 513.

[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 209.

[3] عادل بوعمران،مرجع سابق، ص ص 116، 117.

المصلحة المتعاقدة بأحد الإلتزامات العقدية المقررة كعدم تسليمها الموقع في وقت مناسب وخالي من الموانع.

وعلى الإدارة في كل الحالات إحترام المدة المحددة لتنفيذ كافة موجباتها التعاقدية وفق منطوق العقد، وعادة ما يتضمن العقد النص على أن يكون التنفيذ خلال مدة معينة، سواء تنفيذ العقد في مجموعة، أو تنفيذ إلتزام معين من الإلتزامات المقررة في العقد[1].

حيث نجد المشرع الجزائري في المادة 122 من المرسوم الرئاسي 15_247 قد نص صراحة على استفادة المتعاقد مع الإدارة من فوائد تأخيرية نتيجة لعدم قيام الإدارة بإصدار الدفعات على الحساب والتسوية الختامية في الوقت المحدد قانونا، وهذا يعتبر كأحد صور تعويض المتعاقد مع الإدارة.

ثانيا: إمتناع الإدارة عن تنفيذ إلتزاماتها التعاقدية

في حالة إخلال الإدارة ببعض إلتزاماتها يعد خرقا لقواعد الصفقة وهو ما يجعل المتعاقد مستحقا للتعويض عن الضرر الذي لحقه بشرط أن يكون هذا الضرر جسيما وناتجا مباشرة عن خطأ الإدارة وعدم إحترامها لأحكام العقد مما يستوجب تعويض المتعاقد تعويضا يتناسب مع الضرر الذي أصابه ويغطي الخسارة التي لحقته دون إغفال الكسب المتوقع.

وكأمثلة للأخطاء التي قد تقع فيها الإدارة وتعتبر أخطاء جسيمة تستوجب التعويض نذكر عدم تمكين المقاول من الأرض التي سيقام عليها المشروع، أو عدم منحه الإذن ببدء الأشغال لأن ذلك يعد إمتناعا عن تنفيذ شرط فرضته بنفسها ولا يكون بوسعها الإحتجاج على المقاول إن لم يبادر بالتنفيذ ولا يمكنها إبطال العقد بسبب ذلك[2].

ثالثا:الخطأ المشترك بين الإدارة والمتعاقد

يمكن أن يكون الخطأ الذي أدى إلى إلحاق الضرر بالمتعاقد مع الإدارة مشتركا بين المتعاقد والإدارة، في هذه الحالة تترتب المسؤولية عن التعويض بنسبة المساهمة في الخطأ

[1] نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص ص 517، 518.

[2] هناء العلمي وآخرون. **منازعات الصفقات العمومية على ضوء النص القانوني ووقائع الإجتهاد القضائي المغربي**. الطبعة الأولى. الرباط: طوب بريس، 2010، ص 26.

وللمتعاقد مع الإدارة أن يطالب الإدارة فقط بنسبة الأضرار الناتجة عن خطئها، ولا يمكنه المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن خطئه[1].

الفرع الثاني: شروط إستحقاق التعويض عند خطأ الإدارة

أولا: وجود الضرر نتيجة خطأ الإدارة

يتعين لقيام المسؤولية الإدارية توافر أركانها الثلاث، وهي الخطأ متمثلا في إمتناع الإدارة عن الوفاء بإلتزام تعاقدي أو تأخيرها في ذلك والضرر الذي يصيب المتعاقد وعلاقة السببية التي تربط بين خطأ الإدارة والضرر الذي أصاب المتعاقد معها بحيث لولا هذا الخطأ لما حدث الضرر[2].

ويجب على المتعاقد إثبات الضرر الذي أصابه، وللحكم بالتعويض بيان العناصر المكونة للضرر ومقداره، فلا يصح القضاء بالتعويض بصورة مجملة دون بيان عناصر الضرر أساس التعويض.

فإذا قصرت الجهة الإدارية في إلتزاماتها التعاقدية، وألقت تبعت هذا التقصير على عاتق المتعاقد معها، وقامت بسحب العمل منه بغير حق، فضلا عن توقيع غرامات تأخير عليه، فإنها تكون قد إرتكبت خطأ عقدي تسبب في الإضرار بالمتعاقد معها، ومن ثم تكون مسئولة عن تعويض الأضرار التي لحقته. كما يكون للمتعاقد معها أن يرجع عليها بمستحقاته الناتجة عما نفذه من العقود المسندة إليه[3].

ثانيا: عدم التنازل عن المطالبة بالتعويض

يشترط لإستحقاق التعويض عدم التنازل عن المطالبة به، لأنه في حالة التنازل عن المطالبة بالتعويض لا يجوز المطالبة به بعد ذلك وفقا للمبادئ القانونية، فللمتعاقدين تنظيم

[1] نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 530.

[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 210.

[3] ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص ص 214 ،215.

العقود وفقا لإرادتهم طبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، مع عدم مخالفة القواعد القانونية الآمرة المتعلقة بالنظام العام[1].

ولكن على الرغم من الحرية التعاقدية وإمكانية إعفاء الإدارة من التعويض عن الخطأ الذي يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمتعاقد معها نتيجة تنازل هذا الأخير عن المطالبة بالعطل والضرر إلا أن القضاء الإداري في فرنسا إستثنى الخطأ الجسيم للإدارة حيث ألزم الإدارة بالتعويض عن الأضرار الناتجة عنه على الرغم من التنازل المسبق من المتعاقد معها عن المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن خطأ الإدارة.

وتجدر الإشارة إلى أنه يقتضي إعمال التنازل عن الضرر ضمن موضوعه ومداه الزمني فقط. لذلك فإن تنازل المتعاقد مع الإدارة عن مطالبتها بأي تعويض أو حق أو دعوى _عن الأعمال المنجزة_ من شأنه إسقاط كل حق حول أية مطالب يكون قد تقدم بها قبل تاريخ تنازله، أما الأعمال موضوع الإلتزام يمكنه مطالبة الإدارة بقيمة الأضرار الناشئة عن خطئها[2].

المطلب الثاني: التعويض عن الأعمال الإضافية وغير التعاقدية

الأصل المقرر في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية، أن يقتصر المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ الأعمال المطلوبة منه دون سواها، ولا يجوز له أن يضيف إليها أعمالا أخرى، فإذا أخل بهذا الإلتزام كان عليه أن يتحمل نتيجة مخالفته. بل إن للإدارة أن تأمر المتعاقد بإعادة الحال إلى ماكان عليه إذا كان ذلك ممكننا، ولها بأسلوب التنفيذ المباشر أن تتولى هي وعلى حساب المتعاقد إعادة الحال إلى ما كان عليه[3].

لكن قد يكون لهذا المتعاقد الحق في مطالبة الإدارة بتعويض عما أنفقه للقيام بتلك الأعمال أو أداء الخدمات شريطة أن تكون هذه الأعمال أو الخدمات الإضافية ذات فائدة ولازمة للمرفق العام وذلك على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب[4].

---

[1] نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص ص 541، 542.

[2] نصري منصور نابلسي، نفس المرجع ، ص ص 543، 544.

[3] نصري منصور نابلسي، نفس المرجع ، ص 548.

[4] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 211.

الفرع الأول: مفهوم الإثراء بلا سبب

يعتبر الإثراء في حد ذاته واقعة قانونية، إذ من خلالها يجب أن يثري شخص ما فتزداد ذمته المالية على حساب شخص آخر ، فهي إما أن تكون مبنية على أساس ويكون لها سبب مشروع ، كما في اثراء الموهوب الذي يتسلم هدية، أو في اثراء البائع الذي يقبض لقاء ثمن البيع مبلغا يفوق قيمة هذا المبيع، وإما أن يفتقر هذا الاثراء الى مبرر قانوني ولا يعتمد على سبب مشروع كما في إثراء من يقبض مبلغا من المال دون وجه حق مثل الشخص الذي يأخذ مال الغير باعتباره دائنا لهذا الاخير إلا أنه ليس كذالك.

وإستنادا لقاعدة الإثراء بلا سبب يتقرر التعويض بناءا على شروط مادية وقانونية وهذا ما سنتطرق له في التالي:

أولا: الشروط المادية لتطبيق مبدأ الإثراء بلا سبب

1_ إثراء الإدارة:

الإثراء عادة مرتبط بالذمة المالية وقد لا يكون مرتبط بالذمة المالية ولكن يمكن تقديره بالمال ويكون على سبيل المثال بالربح أو المكسب النافع للإدارة والذي تحصل عليه عن طريق الدراسات أو الحسابات أو الرسوم التي يزودها بها أحد الفنيين أو الخبراء من خلال التحسينات ذات النسق الجمالي التي أجريت لمبنى عام.

2_ إفتقار المتعاقد:

الإفتقار هو الوجه المقابل للإثراء، فلا يكفي تحقق الإثراء للإدارة بل يشترط أيضا وجود إفتقار في ذمة المتعاقد مع الإدارة، والإفتقار هو الخسارة اللاحقة بالمدعي، فإذا لم يتحقق الإفتقار كوجه مقابل للإثراء فلا يكون هناك مجال لإعمال دعوى الإثراء بلا سبب[1].

والإفتقار في القانون العام لا يعني سوى النفقات النافعة أو الخسارة الحقيقية للمفتقر والمترتب عليها تحقيق نفع مؤكد، ولم يعول على مجرد فوات الربح آخذا في الإعتبار ما يمكن أن يحققه المفتقر من ربح مرتبط بإفتقاره وضرورة إستنزال هذا الربح[2].

---

[1] نصر نابلسري منصوي، مرجع سابق، ص ص 553، 555.

[2] نصر نابلسري منصوي، نفس المرجع ، ص 555.

3_ الإرتباط بين الإثراء والإفتقار

يشترط لإقرار التعويض للمتعاقد مع الإدارة إستنادا لنظرية الإثراء بلا سبب تحقق رابطة سببية بين إفتقار المتعاقد وإثراء الإدارة، ويشترط في هذه الحالة أن لا يصدر عن المتعاقد أية أخطاء تساهم في هذا الإفتقار، حيث يتم تحديد التعويض على أساس ما عادت هذه الأعمال أو العطاءات بالفائدة على الشخص العام، وليس على أساس ما جرى إنفاقه من مصاريف نتيجة ذلك أي أن تتوفر علاقة مباشرة بين الإثراء والإفتقار وتتوفر هذه العلاقة إذا حدث إنتقال مباشر لأحد عناصر الذمة المالية للمفتقر إلى الذمة المالية للمثرى.

وقد يكون الإرتباط بين الإثراء والإفتقار غير مباشر ويحدث ذلك عندما تدخل ذمة مالية وسيطة بين المفتقر والمثرى، أي عن طريق وساطة ذمة مالية ثالثة.

وفي الواقع يجوز إنتقال الذمم في أعقاب ظروف مادية، أو وقوع أحداث قانونية، وفي حالة الإرتباط غير المباشر بين الإفتقار والإثراء، يجب على المفتقر البحث عن المستفيد النهائي من الإثراء _شريطة أن لا يكون المستفيد النهائي قد أثبت أن لهذا الإثراء سببا قانونيا_ كي يستطيع المطالبة بالتعويض عن الأعمال النافعة على أساس نظرية الإثراء بلا سبب[1].

ولقد أسس القانون الخاص تلك الحالات[2].

ثانيا: الشروط القانونية لتطبيق مبدأ الإثراء بلا سبب

1_ سبب الإثراء والإفتقار

أ_ سبب الإثراء:

قد يقوم المتعامل مع الإدارة بتنفيذ أعمال مفيدة للإدارة ومحققة للمصلحة العامة، أو لازمة لخدمة المرافق العامة، وذلك دون أن تكون هذه الأعمال مقررة في العقد الذي يربطه بالإدارة، أو مع وجود عقد باطل أو ناقص لم يتم التصديق عليه، أو بدون وجود عقد يربطه بالإدارة على الإطلاق[3].

---

[1] نصري منصور نابلسي، نفس المرجع ، ص ص 557 ،558.

[2] المواد 141 و142 من الأمر 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، **المتضمن القانون المدني**، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 75 لسنة 1975، ص 26.

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

وفي مثل هذه الحالات يجوز له مطالبة الإدارة بالتعويض عما تكلفه في أداء هذه الأعمال على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب هو الأساس الوحيد لمسؤولية الإدارة شبه التعاقدية[1].

ب_ سبب الإفتقار:

يشترط لإقامة دعوى الإثراء بلا سبب أن لا يكون الافتقار ناجما عن خطأ المفتقر أو وجود مصلحة شخصية له. فإذا كان الافتقار قد نجم عن خطأ المفتقر نفسه، فلا يجوز له استخدام دعوى الإثراء بلا سبب ضد المثري.

والواقع أن خطأ المفتقر إما أن يؤدي إلى استبعاد دعوى الإثراء بلا سبب أو الحد من المسؤولية شبه التعاقدية التي من المحتمل أن تقع على عاتق الإدارة التي أثريت بطريقة غير عادلة[2].

2_ إحتياطية دعوى الإثراء بلا سبب

تعتبر دعوى الإثراء بلا سبب دعوى إحتياطية لا يمكن الرجوع إليها إلا إذا لم توجد دعوى أخرى[3].

الفرع الثاني: التطبيقات العملية لعملية الإثراء بلا سبب

يمكن تقسيم نطاق تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب في مجال تنفيذ الأعمال النافعة للإدارة في مجالين:عدم إبرام العقد بصورة قانونية و تنفيذ أعمال خارج النطاق التعاقدي.

أولا: عدم إبرام العقد بصورة قانونية

وتتمثل في الحالتين التاليتين:

1_ عدم التوقيع على العقد أو عدم تصديقه من المراجع المختصة

عند عدم توقيع العقد أو تصديقه من السلطة المختصة، قد يقوم المتعاقد مع الإدارة على الرغم من ذلك بتنفيذ أعمال نافعة للإدارة وفقا للعقد غير الموقع وغير المصدق في هذه

[1] ماجد راغب الحلو، نفس المرجع، ص 214.

[2] نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص ص 565 ،566.

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

الحالة لا يمكن إثارة المسؤولية التعاقدية كون العقد غير منجز قانونا، ويمكن للمتعاقد ملاحقة الإدارة بالنفقات التي خسرها إستنادا لمبدأ الإثراء بلا سبب[1].

ولا يستطيع المتعاقد مع الإدارة إلا المطالبة بالتعويض الذي يشمل النفقات الحقيقية التي أنفقها على الأعمال النافعة التي قدمها للإدارة وفقا للعقد الغير منجز قانونا.

2_ تعرض العقد للإلغاء أو الإبطال

الأعمال المنفذة عند بطلان العقد أو بعد الفسخ فإذا كان من شأن إعلان البطلان أن يؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية ومفاعيلها القانونية بين طرفي العقد، إلا أن ذلك لا يعني حرمان المتعاقد من حقه بالتعويض عن الأضرار الأكيدة التي تكون قد لحقت به بالإستناد إلى العطاءات أو التقديمات التي يكون قد قدمها للإدارة على هامش إلتزاماته التعاقدية وحتى مع عدم وجود العقد.

وأن حق الإستفادة من التعويض لا يتحقق إلا إذا كانت الإدارة قد إستفادت فعليا من تلك العطاءات أو التقديمات. وألا يكون المتعاقد قد إرتكب خطأ من شأنه أن يؤدي إلى إفقاره.

لذلك فإن نظرية الإثراء بلا سبب تلعب دورا أساسيا في هذا الشأن، من ثم تنفيذ العقد الملغى، حيث يكون للمتعاقد مع الإدارة الحق في طلب التعويض منها عما قدمه من أعمال أو دراسات[2].

ثانيا: تنفيذ أعمال خارج النطاق التعاقدي

إن إستحقاق المتعاقد لثمن إضافي كتعويض عن الأعمال الإضافية التي يقوم بها لصالح جهة الإدارة المتعاقدة، إذ أنه قد يطرأ بعد تحديد السعر في الصفقة العمومية ما يدعو المتعاقد إلى القيام بأعمال إضافية لم تنص عليها الصفقة ولم تطلبها المصلحة المتعاقدة، وإنما تمليها إعتبارات الضرورة ومصلحة جهة الإدارة المتعاقدة، ومن هنا فإن إستحقاق المتعاقد لثمن إضافي نظير قيامه بتلك الأعمال يكون أمرا محتما ويعد إستثناءا حقيقيا من مبدأ نهاية الثمن ويكون له ما يبرره[3].

[1] نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 577.

[2] نصري منصور نابلسي، نفس المرجع ، ص 582.

[3] مراد زوايد، مرجع سابق، ص 23.

وإذا كان قيام المتعاقد بأعمال إضافية لصالح جهة الإدارة هو أمر متصور في الصفقات العمومية على إختلاف أنواعها، إلا أنه يبدو واضحا وبصورة جلية في مجال عقود الأشغال العامة.

فالمقاول وإن كان يلتزم في عقود الأشغال العامة من حيث المبدأ بإحترام ما ورد في المقايسة من أعمال، وعدم القيام بأعمال أخرى إلا إذا طلبت الإدارة منه ذلك صراحة، إلا أن القضاء الفرنسي قرر إستثنائين على هذا المبدأ:

ـ **الإستثناء الأول:** يتمثل في قيام المتعاقد من تلقاء نفسه بأداء أعمال ضرورية لصالح جهة الإدارة.

ـ **الإستثناء الثاني:** يظهر من خلال قيام المتعاقد من تلقاء نفسه بأداء أعمال تعود بالنفع على جهة الإدارة المتعاقدة[1].

[1] مراد زوايد، نفس المرجع ص 24.

المبحث الثالث: الحق في التوازن المالي للعقد

إن فكرة التوازن المالي هي من المبادئ الأساسية في نظرية العقد الإداري، وهي تقيم إرتباطا وتناسبا بين حقوق المتعاقد وإلتزاماته [1]، حيث أن الإعتراف للإدارة بسلطة تعديل شروط العقد وزيادة أو إنقاص إلتزامات المتعاقد معها بإرادتها المنفردة لابد أن يقابلها من جانب آخر حق للمتعاقد يتمثل بمنحه من الإمتيازات المالية ما يساوي الزيادة في إلتزاماته، فالعدالة تقتضي أن يكون من طبيعة العقود الإدارية أن تحقق بقدر الإمكان توازنا بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها[2].

وقد أقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي فكرة التوازن المالي للعقد في العديد من أحكامه وخاصة في مجال عقود الإلتزام كما أشار إليه الكثير من مفوضي الدولة[3].

وتتلخص الحالات التي يحكم فيها القضاء للمتعاقد بالتعويض على أساس فكرة التوازن المالي للعقد، ودون خطأ من جانب الإدارة في حالة مايسمى بفعل الأمير أو إجراءات السلطة والصعوبات المادية غير المتوقعة في تنفيذ المتعاقد لإلتزاماته، والظروف الطارئة والقوة القاهرة[4].

المطلب الأول: نظرية فعل الأمير ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

ظهرت نظريات قضائية للتعامل مع مستجدات الأمور، وإعادة التوازن المالي للعقد إذا إختل، حتى لا يضار المتعاقد مع الإدارة بدون وجه حق، وإحتراما لمبدأ دوام سير المرافق العامة بإنتظام وإضطراد. إذ أن هذه النظريات تواجه مختلف أنواع المخاطر التي يمكن أن تحدث ومن شأنها المساس بالمتعاقد مع الإدارة الذي قد يضار بسببها ضررا بليغا، وهذه المخاطر قد تكون مادية وتعالجها نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وقد تكون إدارية وتجابهها نظرية فعل الأمير[5].

---

[1] محمود عاطف البنا، **العقود الإدارية**، الطبعة الأولى، القاهرة: دار الفكر العربي، 2007، ص 290.

[2] مازن ليلو راضي، **العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن**، الطبعة [بدون]،الإسكندرية: منشأة المعارف ، 2003، ص135.

[3] عبد الحميد الشواربي، **العقد الإداري في ضوء الفقه والتشريع**، الطبعة:[بدون]،الإسكندرية: منشأة المعارف، 2003، ص51.

[4] محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص 291.

[5] ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 217.

الفرع الأول: نظرية فعل الأمير

القاعدة العامة في تنفيذ العقود الإدارية هي مرونة إلتزامات المتعاقد مع الإدارة وتحركها بالزيادة أو النقصان، إلا أن إقتصار هذه القاعدة على إلتزامات المتعاقد مع الإدارة يجعلها مغرمة لهذا المتعاقد فضلا عما تمثله من إجهاد له وغبن في حقوقه، ومن ثم كان لابد من أن تشمل هذه القاعدة حقوق هذا المتعاقد. ويترتب عن ذلك أنه كلما زادت إلتزامات المتعاقد مع الإدارة زادت حقوقه أيضا[1].

أولا: تحديد نظرية فعل الأمير

يقصد بفعل الأمير التصرف أو العمل الصادر عن الإدارة المتعاقدة لدى ممارستها لأعمال السلطة التي تتمتع بها من خلال ممارستها لمهامها والتي تؤدي إلى إرهاق المتعامل المتعاقد معها بصورة جدية "مخاطر إدارية"، الأمر الذي يقتضي دعمه ماليا وتعويضه حتى يتمكن من الإستمرار في تنفيذ الصفقة، تحقيقا للمصلحة العامة للجمهور في شتى المجالات (الصحة، النقل، التعليم ... إلخ)، تبعا لموضوع ومحل العقد الإداري[2].

وهنا يحق للمتعاقد مع الإدارة أن يطلب التعويض عن هذه الأعباء الناتجة عن فعل الإدارة، لكن هناك من يرى أنه يجب التمييز بين الإجراءات ذات الطابع العام التي لا تخص المتعاقد فقط بل تمس الجميع، فهي ليست موجبة للتعويض وعن الإجراءات ذات الطابع الخاص وهي تتعلق بعدد محدود من المتعاقدين فهي موجبة التعويض.

وهذه النظرية من خلق مجلس الدولة الفرنسي وقد كان يطبقها بالنسبة لجميع الأعمال الإدارية التي تصدر من السلطات العامة في الدولة وينتج عنها إخلال بالتوازن المالي للعقد، إلا أنه ضيق من نطاق هذه الأعمال وحصرها بالأعمال الصادرة عن الجهة الإدارية التي أبرمت العقد[3]، حيث أقر المشرع الجزائري هذه النظرية وتبنى العمل بها، في نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15_247 والتي جاء فيها:

---

[1] مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص 236.

[2] محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 89.

[3] عبد الحميد الشواربي ،مرجع سابق، ص 52.

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

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

_ إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل من الطرفين".

وحسنا فعل المشرع عندما رخص للطرفين المتعاقدين إعادة النظر في الأحكام المالية ومراجعتها بما يعيد الإعتبار المالي للمتعاقد ويدفعه لمواصلة التنفيذ[1].

ثانيا: شروط تطبيق نظرية فعل الأمير

طبقا لنظرية فعل الأمير تلتزم جهة الإدارة بتعويض المتعاقد معها عن جميع الأضرار التي تلحقه بما يعيد التوازن المالي للعقد، بشرط أن تكون عناصر العقد التي نالها الإجراء قد اختلت لدى المتعاقد مع الإدارة، وأن يكون من شأن التعديل الإخلال بالتوازن المالي للعقد إخلالا خطيرا، ومن ثم إستقر القضاء الإداري الفرنسي أنه يجب لإعمال هذه النظرية التحقق من توافر الشروط الآتية[2] :

1_ أن يتعلق عمل الأمير بعقد إداري:

لا تقوم نظرية الأمير إلا بخصوص تنفيذ عقد إداري أيا كان نوعه، ولا مجال لتطبيق هذه النظرية على عقود القانون الخاص[3].

لذلك فإن مجال التطبيق الموضوعي لنظرية عمل الأمير يشمل جميع العقود الإدارية كما يشمل كل الإجراءات التي تتخذها السلطة المتعاقدة والتي يكون من شأنها التأثير على شروط تنفيذ العقد وذلك بصرف النظر عما إذا كان الإجراء الذي أصاب المتعاقد الضرر نتيجة

[1] عادل بوعمران، مرجع سابق، ص 120.

[2] أحمد محمود جمعة، **العقود الإدارية (طبقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديدة)**، الطبعة:[بدون]، الإسكندرية: منشأة المعارف، 2007، ص ص 292، 293.

[3] مازن ليلو راضي، **العقود الإدارية**، الطبعة الأولى، عمان : دار قنديل للنشر والتوزيع ، 2011، ص 173.

تدخل الإدارة المتعاقدة بتعديل مباشر نتيجة تأثيره على ظروف العقد بما من شأنه أن يحمل المتعاقد بأعباء جديدة لم تكن متوقعة لحظة إبرام العقد[1].

2_ أن يكون الفعل الضار صادرا من جهة الإدارة المتعاقدة:

يجب أن يكون العمل الضار صادرا عن الإدارة المتعاقدة كجزء من ممارستها لإختصاصاتها القانونية. أما إذا كان ذلك العمل الصادر من جهة إدارية أخرى فإن المتعاقد لا يستفيد من نظرية فعل الأمير وإنما بإمكانه المطالبة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروطها بالنسبة للإدارة التي تعاقدت معه، أما بالنسبة للسلطة التي أصدرت الإجراء فيمكنه مقضاتها وفقا لقواعد المسؤولية الإدارية[2].

3_ أن ينتج عن هذا الفعل ضررا للمتعاقد:

يشترط للمطالبة بالتعويض أن يتحقق ضرر من الفعل الضار ولذلك من اللازم أن يؤدي عمل الأمير إلى إنزال خسارة واضحة بالمتعاقد مع الإدارة. ولا يشترط أن يكون الضرر خسارة فقط، بل يجوز أن يتمثل فيما فات المتعاقد من ربح، ويشترط أن يكون الضرر محددا ومباشرا[3].

فإذا نتج مثلا عن تعديل الصفقة الزيادة الكبيرة في تحمل الأعباء المالية بالنسبة للمتعامل المتعاقد جاز له المطالبة بحقه في التوازن المالي[4].

وهو ما حرص المشرع على إقراره في المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15_247.

4_ أن لا تكون الإدارة المتعاقدة قد أخطأت بعملها الضار:

تفترض نظرية عمل الأمير أن الإجراء الذي إتخذته الإدارة المتعاقدة وأضر بالمتعاقد معها هو إجراء مشروع إتخذته في إطار إختصاصها فإذا ثبت أن هذا الإجراء ينطوي على

[1] مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص 239.

[2] محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص194.

[3] مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص 242.

[4] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 231.

خطأ وقعت فيه الإدارة فلا تطبق نظرية فعل الأمير لإستحقاق المتعاقد لتعويض على أساس المسؤولية العقدية حيث أن مسؤولية الإدارة بموجب نظرية عمل الأمير تقوم بلا خطأ.

وقد قضى في هذا الصدد بأنه من شروط نظرية عمل الأمير إفتراض أن الإدارة المتعاقدة لم تخطئ حين إتخذت عملها الضار[1].

5_ أن يكون الإجراء الذي أصدرته الإدارة غير متوقع:

تكون الإجراءات الصادرة عن الجهة الإدارية المتعاقدة غير متوقعة وقت إبرام العقد، ويكتسب عدم التوقع معنى خاصا بالنسبة للأعمال الصادرة من الإدارة في إطار ممارستها لحق التعديل الإنفرادي لشروط العقد. فالتوقع أو عدمه لا ينصب على حق التعديل في ذاته لأنه من طبيعة العقد الإداري نفسه، وبالتالي فهو متوقع منذ لحظة إبرامه وإنما عدم التوقع هنا يقصد به عدم معرفة التكاليف الزائدة ونطاقها في حالة عدم تحديدها في العقد، فإن تحددت هذه التكاليف بنصوص العقد، كانت هذه النصوص هي الحاكمة لها بما لامجال معه للمطالبة بتعويض على أساس نظرية عمل الأمير[2].

ثالثا: آثار نظرية فعل الأمير

متى توفرت الشروط السابقة الذكر فإنه يحق للمتعاقد مع الإدارة المطالبة بما يلي:

1_ المطالبة بالتعويض عما فاته من كسب ولحقه من ضرر لإعادة التوازن المالي للعقد[3].

2_ يستطيع المتعاقد المطالبة بفسخ العقد إذا ما استحال تنفيذه بفعل الأمير كصدور تشريع يمنع الإستيراد بالنسبة للسلع موضوع العقد ولا يمكن الحصول عليها إلا من خارج البلاد. وكذلك إذا ما أدى عمل الأمير إلى زيادة الأعباء المالية عليه لدرجة لا تحتملها إمكانيته المالية.

3_ حق المتعاقد بالمطالبة بعدم إيقاع عقوبة غرامات التأخير في التنفيذ إذا ثبت أن فعل الأمير وإن لم يؤد إلى إستحالة التنفيذ فقد جعله عسيرا عليه[4].

---

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 218.

[2] محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص 419.

[3] عادل بوعمران، مرجع سابق، ص 120.

[4] محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص ص 196، 197.

الفرع الثاني: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

قد يواجه المتعاقد عند تنفيذ العقد صعوبات مادية لم يتوقعها عند إبرام العقد، ومن شأن هذه الصعوبات زيادة التكاليف عن الحد المقرر في العقد وبالتالي تجعل متابعة التنفيذ مرهقا للمتعاقد مع الإدارة لأنه سيكون أكثر كلفة عليه، ويترتب على توافر شروط نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وجوب إستمرار المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية، وحقه في الحصول على تعويض مقابل ما تحمله من نفقات إضافية لمواجهة تلك الصعوبات[1].

أولا: تحديد نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

هذه النظرية تخص الوضعية التي لا يكون فيها تنفيذ العقد مستحيلا ولكن مرهقا وعسيرا نظرا لصعوبات غير عادية ذات طبيعة مادية، وغالبا ما يطرح هذا الأمر في صفقات الأشغال العمومية كوجود طبقات صخرية مفاجئة ولم تكن في الحسبان أثناء دراسة التربة، وعلى العموم يجب أن تكون هذه الصعوبات غير متوقعة وليست بفعل أحد الطرفين أو نتيجة خطئهما.

والتعويض في هذه الحالة يرتكز أساسا على مبدأ العدالة وهو من إبداع الإجتهاد القضائي والغاية منه هو إنصاف المتعاقدين وتفادي نفورهم من التعاقد مع الإدارة، ومثل هذا التعويض يمكن أن نصادفه حتى في العقود المدنية حيث جرى العرف بذلك[2].

ثانيا: شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

هذه النظرية من النظريات التي إبتكرها الفقه والقضاء الإداري ويشترط لتطبيقها شروط خاصة وهي[3] :

1_ أن تكون الصعوبات مادية:

بموجب هذا الشرط فإن إعمال نظرية الصعوبات المادية يتطلب أن تعترض تنفيذ العقد صعوبة ذات طابع مادي بحت كزيادة الطبقات الصخرية في أرض الموقع محل تنفيذ عقد

[1] نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 607.

[2] عبد العالي سمير، **الصفقات العمومية والتنمية**، الطبعة الأولى، الرباط: مطبعة المعارف، 2010، ص 46.

[3] أحمد محمود جمعة،مرجع سابق، ص 296.

الأشغال العامة مما يجعل أعمال الحفر أكثر كلفة، أو إرتفاع منسوب المياه الجوفية في أعمال الحفر بصورة لا يتمكن معها المتعاقد مع الإدارة من سحبها دون زيادة في التكاليف.

ومن ثم فإنه إذا كانت الصعوبة التي تواجه تنفيذ العقد ذات طبيعة إدارية أو إقتصادية أو طبيعية أو سياسية، فلا يكون هناك مجال لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، حيث تنطبق نظرية الظروف الطارئة أو عمل الأمير على حسب الأحوال[1].

2_ أن تكون الصعوبات المادية إستثنائية وغير عادية:

يعني أنه يترتب عليها نتائج من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد أشد وطأة وأكثر كلفة، وبخاصة إذا ما بلغ مدى ذلك حد الإخلال بإقتصاديات العقد وقلبها رأسا على عقب بسبب إنهيار الأسس التي أقيمت عليها.

فحد هذه الصعوبة إذن هو ما جاوز الحدود المعقولة التي يصل إليها التقدير العادي للأمور مبنيا على الإختبارات والبحوث الممكن إجراؤها عند وضع مثل هذا التقدير، وتحديد مستوى الصعوبة ومدى تأثيرها على تنفيذ العقد وأعباء المتعاقد هو مسألة فنية، والأمر فيها مما يختلف بالتالي تقديره بإختلاف الحالات التي تعرض في التطبيق وبحسب طبيعة العقد وموضوعه وظروف وملابسات تنفيذه[2].

3_ أن تكون الصعوبات طارئة أو غير متوقعة:

هذا الشرط يعني المفاجأة في صورة معينة كأن يجد المتعاقد مع الإدارة نفسه إزاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها لا بناءا على دفتر الشروط ولا من دراسته الأولية للمشروع أو بالرغم مما إتخذه من حيطة لا تفوت على الشخص البصير[3].

4_ أن يكون من شأن هذه الصعوبات أن تلحق إضطراب في التوازن المالي للعقد:

فإذا كان من شأن الصعوبات أن تلحق بالمتعاقد خسائر بسيطة فإنه لا يسمح بالإستفادة في هذه النظرية فمن الواجب أن يصل الضرر حدا يتجاوز الخسارة المألوفة ليقلب

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 239.

[2] محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص 447.

[3] أحمد محمود جمعة،مرجع سابق، ص 296.

إقتصاديات العقد ويتبين هذا من مقدار النفقات والتكاليف التي ينفقها المتعاقد زيادة على القيمة الإجمالية للعقد[1].

5_ أن تكون الصعوبات من غير عمل أحد طرفي العقد:

بمعنى إذا كان للإدارة دخل فيها طبقت قواعد المسئولية أو نظرية عمل الأمير، كما يجب أن لا يكون للمتعاقد في إحداث تلك الصعوبات أو زيادة آثارها خطورة، وأن يثبت أنه لم يكن في وسعه توقي آثار تلك الصعوبات بما بين يديه من وسائل. كما يشترط ألا يكون المتعاقد قد خرج على شروط العقد أثناء قيامه بتنفيذ إلتزاماته[2].

6_ أن يستمر المتعاقد في تنفيذ العقد:

لكي يستفيد المتعاقد من هذه النظرية يجب أن يستمر في تنفيذ العقد رغم الصعوبات المادية التي يواجهها، فإذا توقف فإنه يتعرض للجزاءات المترتبة على إخلاله بتنفيذ العقد ويفقده الحق في المطالبة بالتعويض إستنادا إلى هذه النظرية.

وفي هذا تتفق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة مع نظرتي الظروف الطارئة وعمل الأمير التي لا تؤدي إلى تحلل المتعاقد من إلتزاماته[3].

ثالثا: آثار نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

ترتب نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة للمتعاقد مع الإدارة الذي واجه تنفيذه للعقد صعوبة مادية لم يتوقعها ولم يكن بإمكانه ذلك، ومع ذلك إستمر في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية، حقا في الحصول على تعويض كامل عن كافة الأضرار التي إعترضت تنفيذ العقد.

فالتعويض هنا على نحو ما تكفله نظرية الظروف الطارئة لا يتمثل في معاونة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها بل هو تعويض كامل عن جميع الأضرار وذلك بدفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها[4].

---

[1] مازن ليلو راضي، **العقود الإدارية**، مرجع سابق، ص 184.

[2] مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص 284.

[3] مازن ليلو راضي، **العقود الإدارية**، مرجع سابق، ص 184.

[4] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص ص 246، 247.

المطلب الثاني: نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة

بالإضافة إلى النظريات السالفة الذكر _نظرية فعل الأمير ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة_ طرحت نظريات أخرى من قبل القضاء الإداري لإعادة التوازن المالي والتغلب على الصعوبات التي قد تكون إقتصادية تتعامل معها نظرية الظروف الطارئة وقد تصل إلى حد إستحالة تنفيذ العقد وهنا نكون أمام نظرية القوة القاهرة[1].

الفرع الأول: نظرية الظروف الطارئة

برزت هذه النظرية في النظام القانوني البرجوازي على أثر الأزمات التي حلت بالإقتصاد الرأسمالي بعد الحرب العالمية الأولى، وتعود جذورها التاريخية إلى نظرية فوات غرض العقد التي إستند عليها القضاء الإنجليزي والتمس منها الحلول لإعادة النظر في الإلتزامات المتقابلة عند تغير الظروف بهدف تقليل الأضرار التي أصابت المتعاقدين الرأسماليين جراء إرتفاع أسعار المواد الأولية أثناء فترة الحرب، وقد برزت هذه النظرية بأكثر جلاء ووضوح من خلال الحكم الشهير لمجلس الدولة الفرنسي في قضية غاز بوردو[2].

أولا: تحديد نظرية الظروف الطارئة

بمقتضى هذه النظرية أنه إذا طرأت خلال تنفيذ العقد ظروف إستثنائية خارجية عامة لم يكن بالوسع توقعها وقت إنعقاده وترتب على حدوثها أن إختل التوازن المالي للعقد اختلالا خطيرا بحيث أن تنفيذ الإلتزام دون أن يكون مستحيلا أصبح أشد إرهاقا وأكثر تكلفة، على وجه يتجاوز القدر الذي كان للطرفين أن يتوقعانه، جاز للمتعاقد مع الإدارة مطالبتها بالمساهمة معه في تحمل النتائج المترتبة على إزدياد الأعباء الناتجة عن تلك الظروف وذلك بتعويضه جزئيا ولمدة مؤقتة عن الخسائر التي لحقت به مع مراعاة الظروف المحيطة بالعقد[3].

ويعتبر من الظروف الطارئة وقوع الحرب، حدوث أزمة إقتصادية خطيرة، تخفيض العملة أو إنخفاض قيمتها، حدوث زلزال عنيف، حدوث فيضان مفاجئ أو وباء أو إضراب

---

[1] ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 217.

[2] عادل بوعمران، مرجع سابق، ص 121.

[3] محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص198.

مفاجئ، أو تحديد تسعيرة رسمية. وكثيرا ما تحدث تطبيقات لهذه النظرية في العقود طويلة الأمد أو متراخية التنفيذ كعقود التوريد والتزام المرافق العامة والأشغال العامة[1].

تجد نظرية الطارئة أساسها القانوني في الجزائر في نص المادة 107 من القانون المدني[2]، وهكذا قنن المشرع الجزائري نظرية الظروف الطارئة لأنها فكرة تتماشى ومبادئ العدالة، فليس من العدل في شيء أن يترك المتعامل المتعاقد يحمل ولوحده الأعباء المالية بحجة أن الإدارة ليست المتسببة في هذه الظروف الجديدة.

وتجد نظرية الظروف الطارئة الطارئة أساسها في التنظيم في المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15_247 والتي ورد فيها بصريح العبارة إمكانية إعادة التوازن المالي في إطار الملحق ودون حاجة للخضوع لهيئات الرقابة الخارجية. بما يعني أن قانون الصفقات راعى الظروف الطارئة والوضع الجديد والإرهاق المالي للمتعامل المتعاقد، فأجاز إعادة الإعتبار المالي له في إطار حل ودي يتجسد في ملحق للصفقة الأصلية.

وإذا كنا نسجل أن المادة 107 من القانون المدني أنها جاءت بشكل واضح وأبلغ ولا مانع أن يهتدي بها القاضي الإداري وهو يطبق نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15_247 طالما كان الغرض من النصين واحد وأن روحهما تصب ضمن ذات الإتجاه[3].

---

[1] محمود خلف الجبوري، نفس المرجع ، ص198.

[2] المادة 107 من من الأمر 75-58 ، **المتضمن القانون المدني**، مرجع سابق، ص 19 .

والني جاء فيها: " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية.

ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام.

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

[3] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص ص 234، 235.

ثانيا: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

لكي يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة، فإن هناك عدة شروط يستلزم توافرها مجتمعة:

1_ وقوع حوادث إستثنائية غير متوقعة أثناء التنفيذ:

وقوع حوادث إستثنائية عامة غير متوقعة بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه لا يمكن دفعه أو تداركه من قبيل الظروف الإقتصادية كإرتفاع الأسعار إرتفاعا فاحشا أو سياسيا مثل إعلان الحرب أو طبيعيا كحدوث زلزال أو فيضان.

ويشترط في هذا الظرف أن لا يكون متوقعا، إن هذا الشرط ينطوي إلى حد كبير على معنى المفاجأة في صورة معينة، كأن يجد المتعاقد مع الإدارة نفسه إزاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها، لا بناءا على دفتر الشروط ولا من دراسته الأولية للمشروع أو على الرغم من تنبيهه إليه أو ما إتخذه من حيطة لا تفوت على الشخص البصير بالأمور قبل الإقدام على الإسهام في تسيير المرفق العام والتعاقد بشأنه. هذا ويعد الظرف الطارئ غير متوقع ولو كان ذلك يتعلق فقط بنطاق هذا الظرف الطارئ لا بأصله، فإذا كان المتعاقد يتوقع إرتفاع الأسعار ولكنه لم يتوقع إرتفاعها إلى الحد الذي وصلت إليه فإن الشرط يعد متوفرا وتطبق النظرية في هذه الحالة[1].

2_ أن يكون الحادث الطارئ خارجا عن إرادة الطرفين:

لا تعويض إذا كان الظرف من صنع المتعاقد، بعمده أو بإهماله، لأنه يتحمل وحده نتيجة عمله أو تقصيره. وإذا كان المتعاقد تسبب في وقوع الحادث الطارئ جزئيا أو ساهم بخطئه في زيادة أعبائه، فإن القاضي يراعي ذلك في تقدير التعويض.

أما إذا كان الإختلال نتيجة لإجراء صادر من الإدارة المتعاقدة فإن الذي يطبق هو نظرية عمل الأمير أو المسؤولية على أساس الخطأ، بحسب الأحوال[2].

[1] عبد الحميد الشواربي ،مرجع سابق، ص 57.

[2] محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص 304.

3_ ينبغي أن ينجم عن الحادث الطارئ خسائر غير مألوفة:

أي أن يترتب على تنفيذ العقد خسارة تجاوز في فداحتها الخسارة العادية المألوفة التي يمكن أن يتحملها أي متعاقد أثناء تنفيذ العقد. فلا يكفي أن يترتب على الظرف الطارئ مجرد النقص في الربح أو فوات فرصة الربح إنما يجب أن يصيب المتعاقد خسارة فادحة، ومدى الفداحة يمكن تحديده بالنظر إلى العقد في مجموعة لا إلى عنصر من عناصره فقط[1].

ثالثا: آثار نظرية الظروف الطارئة

نظرية الظروف الطارئة تستهدف مصلحة المرفق العام التي تقتضي تمكين المتعاقد من تنفيذ إلتزاماته وهو ما يقتضي من ناحية أن يلتزم المتعاقد مع الإدارة بالإستمرار في تنفيذ العقد، وأن تمد له الإدارة له الإدارة يد العون لتمكينه من هذا التنفيذ[2].

1_ إلتزام المتعاقد بالإستمرار في تنفيذ العقد:

يجب أن يستمر المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته العقدية بغير توقف وبرغم الظرف الطارئ. فإن توقف المتعاقد عن التنفيذ الممكن في ذاته وإن كان بمشقة زائدة، حرم من الإستفادة من النظرية وعد مقصرا لا يحق عليه بالتالي التعويض[3].

2_ حق المتعاقد مع الإدارة في الحصول على تعويض:

إلتزام المتعاقد مع الإدارة بالإستمرار في تنفيذ العقد في ظل قيام الظرف الطارئ يقابله إلتزام من الإدارة المتعاقدة معه بتحمل جزء من الخسارة التي ألحقها به هذا الظرف وذلك بهدف مساعدته للإستمرار في تنفيذ العقد ضمانا لإستمرار سير المرفق العام موضوع التعاقد.

ويتسم التعويض هنا بأنه مؤقت يرتبط بالظرف الطارئ وجودا وعدما حيث يتوقف بزوال هذا الظرف[4].

---

[1] محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص204.

[2] محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص 305.

[3] محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص 419.

[4] عبد العزيز عبد المنعم خليفةمرجع سابق، ص233.

وجدير بالذكر أن مجال تطبيق هذه النظرية قد ضاق وتناقص أمام القضاء بفعل تكفل المشرع في التشريعات ذات الصلة بتقنين القواعد المتعلقة بالنظرية، وبفعل تكفل المصالح المتعاقدة من خلال العقود المبرمة ودفاتر الشروط المصاحبة لها ببيان الحلول اللازمة في حال حدوث ظرف طارئ بتضمين عقودها مع الأفراد بعض الشروط الخاصة بتغيير ومراجعة الأسعار والرسوم، ويرى الفقه أن تلك التدخلات تمثل في حقيقتها ردود أفعال ليس الغاية منها تقييد النظرية وإنما السعي للتحصن ضد الإفراط في تطبيقها[1].

الفرع الثاني: نظرية القوة القاهرة

تعتبر نظرية القوة القاهرة من النظريات القضائية القائمة على أساس من المنطق والعدالة ورعاية مصالح المتعاقدين مع الإدارة، دون الإخلال بالصالح العام[2].

أولا: تحديد نظرية القوة القاهرة

تعرف القوة القاهرة بأنها كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه كالظواهر الطبيعية مثل فيضانات، حرائق، جراد ... وغازات العدو وفعل السلطة ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا. والقوة القاهرة تمثل أحد أسباب إعفاء المتعاقد من إلتزاماته تجاه الإدارة ومن الجزاءات والغرامات، وذلك بشرط أن يكون الحادث الممثل للقوة القاهرة غير قابل للدفع وغير متوقع حتى من قبل أكثر الناس يقضة وتحسبا، ولا يمكن مقاومته[3].

ثانيا: شروط تطبيق نظرية القوة القاهرة

يشترط لتطبيق نظرية القوة القاهرة توافر الشروط التالي:

1_ ألا يكون لإرادة المتعاقد أي دخل في نشأة الحدث المكون للقوة القاهرة.

2_ ألا يكون الفعل المكون للقوة القاهرة متوقعا أو يمكن توقعه. ويؤكد مجلس الدولة الفرنسي أن الصعوبات المترتبة على الحرب تعد من الأمور التي يمكن توقعها[4].

---

[1] عادل عمران، مرجع سابق، ص ص 123، 124.

[2] ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 228.

[3] هناء العلمي وآخرون، مرجع سابق، ص 28.

[4] ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 228.

3_ أن تؤدي القوة القاهرة إلى إستحالة تنفيذ العقد، وليس إلى مجرد إثارة عقبات يمكن التغلب عليها ولو بصعوبة.

ثالثا: الآثار الناتجة عن نظرية القوة القاهرة

يترتب على توافر شروط القوة القاهرة تحرير المتعاقد من الإدارة من إلتزاماته بتنفيذ العقد. وهذا يتضمن إعفائه من مسؤوليته التعاقدية وحرمان الإدارة من حق توقيع جزاءات عدم التنفيذ عليه، ويجوز للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد. غير أن القوة القاهرة لا ترتب آثارها إلا في وقت قيامها، فإذا انتهت عاد إلتزام المتعاقد مع الإدارة للظهور من جديد[1].

ومع ختام هذا المبحث المتمثل في الحق في التوازن المالي للعقد نلاحظ أن النظريات الأربع (فعل الأمير، الصعوبات المادية غير المتوقعة، الظروف الطارئة، والقوة القاهرة) تعمل كلها على إنقاذ المتعامل المتعاقد ومساعدته على إجتياز العثرات والعقبات التي تواجهه أثناء تنفيذ الصفقة والتي لم يكن يتوقع حدوثها أثناء إبرامه.

ونلاحظ أن الحدود بين هذه النظريات غير واضحة المعالم وبينها الكثير من التداخل الذي إزداد بسبب تدخل الدولة المستمر في الحياة الإقتصادية والإجتماعية وبالتالي حدوث الكثير من التغييرات في النظريات والأفكار القانونية التقليدية، وعدم وضوح الحدود بين هذه النظريات وتداخلها جعل من الصعب أحيانا إيجاد معيار دقيق[2].

[1] ماجد راغب الحلو، نفس المرجع ، ص ص 228، 229.

[2] عبد العالي سمير، مرجع سابق، ص ص 46، 47.

وفي خلاصة هذا الفصل نجد أن حقوق المتعامل المتعاقد السالفة الذكر تشكل وسيلة هامة تحقق للإدارة فوائد جليلة، تتمثل في تشجيع القطاع الخاص على التعاقد مع الإدارة وتقديمه عقودا معقولة، دون مبالغة في الأثمان، خاصة وأن الإتجاه الحالي الداعي إلى الحكامة يعتبر القطاع الخاص شريكا للدولة في تحقيق التنمية.

وبالنظر أيضا للظرفية الدولية المتمثلة في العولمة وإقتصاد السوق ، كما أن إستفاء هذه الحقوق وبالشكل المثالي تحث المتعاقد على الإتقان وتجنب الغش لعلمه أنه في حالة تضرره بسبب من الأسباب في إقتضاء المقابل المالي المتفق عليه بإمكانه المطالبة بالتعويض أو التوازن المالي، وفي حال رفض الإدارة بمقدوره اللجوء إلى القضاء الذي يعد الضامن للحقوق والحريات[1].

أول الحقوق هي الحق في المقابل المالي المتفق عليه والذي يحدد في العقد أو دفتر الشروط ويأخذ إحدى الصورتين السعر الثابت أوالسعر القابل للمراجعة، وتوجد حالات لا يتم النص على الثمن في العقد وهذا في حالة التعاقد بأسلوب التعاقد المباشر أو بصدور أمر من الإدارة بتنفيذ أكثر مما إتفق عليه بالعقد، حيث يتقاضى المتعامل المتعاقد هذا المقابل بعدة أشكال وهي السعر الإجمالي أو السعر الجزافي، سعر الوحدة، السعر بناءا على نفقات المراقبة، والسعر المختلط. فأيا كان شكل المقابل المالي فهو يتم حسب آليات ثلاث وهي التسبيق سواء كان جزافي أو على التموين، الدفع على الحساب ويكون عند التموين بالمنتوجات أو شهري، والتسوية على رصيد الحساب ويكون مؤقت أو نهائي.

ثاني الحقوق هي الحق في إقتضاء التعويض ويكون على أساس الخطأ أو على أساس الأعمال الإضافية غير التعاقدية. فالتعويض على أساس الخطأ يكون في حالة تأخر الإدارة في تنفيذ إلتزاماتها التعاقدية أو إمتناعها عن تنفيذ إلتزاماتها التعاقدية أو الخطأ المشترك بين الإدارة والمتعاقد ولكي يستوجب التعويض يجب تحقق شرطين وهما: وجود الضرر نتيجة خطأ الإدارة، وعدم تنازل المتعامل المتعاقد عن المطالبة بالتعويض. بينما التعويض عن الأعمال الإضافية وغير التعاقدية يكون وفق نظرية الإثراء بلا سبب التي تطبق إذا تحققت شروط مادية وقانونية، إذ تطبق هذه اللنظرية في حالة عدم إبرام العقد بصورة قانونية، أو عدم التوقيع على العقد

[1] هناء العلمي وآخرون، مرجع سابق، ص 31.

أوعدم تصديقه من المراجع المختصة، أو تعرض العقد للإلغاء أو الإبطال، أو تنفيذ أعمال خارج النطاق التعاقدي سواء كانت أعمال غير مطابقة أو أعمال إضافية.

ثالث الحقوق هو الحق في التوازن المالي للعقد والذي يكون وفق أربعة نظريات متمثل في نظرية فعل الأمير، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة.

تطبق نظرية فعل الأمير إذا تحققت عدة شروط متمثلة في: أن يتعلق عمل الأمير بعقد إداري، أن يكون الفعل الضار صادرا من جهة الإدارة المتعاقدة، أن ينتج عن هذا الفعل ضررا للمتعاقد، أن لا تكون الإدارة المتعاقدة قد أخطأت بعملها الضار، وأن يكون الإجراء الذي أصدرته الإدارة غير متوقع.

وتطبق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة إذا تحققت الشروط التالية: أن تكون الصعوبات مادية،أن تكون الصعوبات المادية إستثنائية وغير عادية،أن تكون الصعوبات طارئة أو غير متوقعة،أن يكون من شأن هذه الصعوبات أن تلحق إضطراب في التوازن المالي للعقد،أن تكون الصعوبات من غير عمل أحد طرفي العقد،أن يستمر المتعاقد في تنفيذ العقد.

بينما نظرية الظروف الطارئة تطبق إذا تحققت هذه الشروط: وقوع حدواث إستثنائية غير متوقعة أثناء التنفيذ، أن يكون الحادث الطارئ خارجا عن إرادة الطرفين،و ينبغي أن ينجم عن الحادث الطارئ خسائر غير مألوفة.

وآخر نظرية هي نظرية القوة القاهرة والتي تطبق إذا تحققت هذه الشروط: أن لا يكون لإرادة المتعاقد أي دخل في نشأة الحدث المكون للقوة القاهرة، ألا يكون الفعل المكون للقوة القاهرة متوقعا أو يمكن توقعه، وأن تؤدي القوة القاهرة إلى إستحالة تنفيذ العقد، وليس إلى مجرد إثارة عقبات يمكن التغلب عليها ولو بصعوبة.

الفصل الثاني

إلتزامات المتعامل المتعاقد

الفصل الثاني: إلتزامات المتعامل المتعاقد

يفرض العقد الإداري على طرفيه، شأنه شأن أي عقد إلتزامات يجب على كل منهما تنفيذها طبقا للقوة الملزمة للعقد[1] ، بحيث يلتزم المتعاقد مع الإدارة كما تلتزم الإدارة بتنفيذ العقد طبقا لمبادئ مسلم بها في مجالات روابط القانون كما هو الشأن في مجال روابط القانون الخاص، غير أن العقد الإداري متميز بالا مألوف في العقود العادية.

ويتعين في تنفيذ العقد إلتزام كافة الشروط الواردة بدفاتر الشروط وفي النصوص القانونية التي تحكم التعاقد[2]، وكذلك ما يجري عليه العرف أو تقضي به العادات المتبعة في المهنة التي تكون موضوع العقد الإداري حيث يمكن الرجوع إلى العادات التجارية المتبعة في هذه العقود لتكملة ما يكون في شروطها من نقص.

إن إلتزامات المتعاقد تجاه الإدارة لا يمكن حصرها من جميع النواحي لأنها تتعلق بطبيعة كل عقد من العقود الإدارية ومع ذلك يمكن إجمالها[3].

بحيث يجب على المتعاقد أن يلتزم بتنفيذ جميع بنود الصفقة العمومية وداخل الآجال المنصوص عليها وطبقا للمواصفات والشروط المتفق عليها، كما أن هناك إلتزامات أخرى تخص شخص المتعاقد بحيث أنه لا يمكنه التعاقد من الباطن بشأن مجموع الصفقة لأن بعض خصوصياته هي التي ساهمت بشكل أو بآخر في إرساء الصفقة عليه[4].

---

[1] محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص 274.

[2] محمود عاطف البنا، نفس المرجع ، ص 275.

[3] محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص161.

[4] عبد العالي سمير، مرجع سابق، ص 48.

المبحث الأول: الإلتزام بتنفيذ بنود العقد في المدة المتفق عليها

المتعاقد مع الإدارة في إطار صفقة عمومية يجب عليه أن يقوم بالتنفيذ طبقا للشروط والمواصفات التي تعهد بها والإمتثال للأوامر المصلحية المشروعة[1].

وهذا الإلتزام يعتبر تطبيقا للقواعد العامة في القانون وذلك لأنه يجمع العقود جميعها سواء في التنفيذ أو إحترام المدة المتفق عليها، ومفاد هذا الإلتزام أن من يتعاقد مع الإدراة يجب أن يكون أمينا على المصلحة العامة التي يريد تحقيقها بواسطة العقد.

إن إلتزام المتعاقد بتنفيذ إلتزاماته يعتبر تطبيقا للقواعد العامة في تنفيذ العقود، ولذلك عليه أن يؤدي عمله على هذا الأساس ولا يجوز له الإعتماد على الألفاظ في العقد بل يجب الإهتمام بالقصد الذي عقد من أجله العقد وبالعرف وبسائر الظروف الموضوعية التي صاحبت العقد، فالمتعاقد يساهم ويتعاون مع الإدارة في تنفيذ أعمال المرفق العام، مما يلقي عليه عبئا إضافيا على واجبه الأصلي حيث أنه يكون ملزما ببذل عناية إعتيادية يتطلبها تنفيذ إلتزامه التعاقدي من ناحية ويكون ملزما ببذل عناية حريصة يتطلبها تنفيذ بنود الصفقة في الوقت المحدد في العقد[2].

وفي حالة تقاعس المتعامل أو إهماله في تنفيذ العقد وفق الكيفيات المحددة أو عدم إحترام المدة المتفق عليها ينجر عنه عقوبات وردت في المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15_247 ما يلي:

" يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق فرض عقوبات مالية، دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به".

لهذا سوف نتطرق في هذا المبحث إلى إلتزام المتعامل المتعاقد بتنفيذ بنود العقد في المطلب الأول، والإلتزام بأداء الخدمة موضوع العقد في المدة المتفق عليها في المطلب الثاني.

[1] عبد العالي سمير، نفس المرجع ، ص 50.

[2] محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص172.

المطلب الأول: الإلتزام بتنفيذ بنود العقد

على المتعاقد أن ينفذ إلتزاماته وفق ما ورد في نصوص العقد أو ما تمليه الشروط العامة في تنفيذ الأعمال. فبموجب العقد يتحدد موضوع الإلتزام المالي على عاتق المتعاقد مع الإدارة وبموجبه أيضا يتحدد أوصافة ومقداره وضرورة الإستمرار في تنفيذه، وبدون أن تستعمل الإدارة سلطاتها الآمرة فإن العقد يتضمن إلتزامات متقابلة فيعتبر وثيقة واجبة الإحترام بين الطرفين لأنها عبرت عن إتفاق إرادتهما[1].

الفرع الأول: الإلتزام بتنفيذ بنود العقد حسب الكيفيات المتفق عليها

يلتزم المتعامل المتعاقد بأداء الخدمة حسب الشروط والأوصاف المتفق عليها. فإذا كانت جهة الإدارة قد أعلنت عن الصفقة كأصل عام ومكنت المتعامل المتعاقد من دفتر الشروط فاطلع عليه وتعهد بتنفيذ الصفقة وتعاقد مع الإدارة فوجب أن يتحمل نتيجة تعهده وإلتزامه بأن ينفذ موضوع الصفقة حسب ما تم التعاقد عليه[2].

هذا الإلتزام يتطلب من المتعاقد دراية كافية بالشؤون الفنية وخبرة في مجال الأعمال التي يمارسها وذلك حسب طبيعة العقد، فإذا ماكان العقد منصبا على توريد مكائن ومعدات مثلا فإن المجهز يلتزم بتغليفها وتعبئتها في صناديق حسب الشروط والكيفيات المتفق عليها في العقد. وكذلك يجب أن تكون نوعية المكائن والمعدات والمواد والمجهزة طبقا للمواصفات الفنية المتعاقد عليها[3].

الفرع الثاني: الإلتزام بالإستمرار في تنفيذ بنود العقد

المتعاقد لا يستطيع أن يفسخ العقد بإراداته المنفردة، لأن هذا الحق محجوز للإدارة وحدها وهذا ما نصت عليه المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15_247 بحيث جاء فيها:

" إذا لم ينفذ المتعاقد إلتزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعذارا ليفي بإلتزاماته التعاقدية في أجل محدد.

---

[1] محمود خلف الجبوري، نفس المرجع ، ص175.

[2] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 238.

[3] محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص167.

وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد. ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة".

كما لا يستطيع المتعاقد بحسب الأصل أن يدفع بعدم التنفيذ المقرر الحق فيه لأطراف عقود القانون الخاص، وذلك لإعتبارات تسيير المرافق العامة بإنتظام وإضطراد، وكل ما يستطيعه المتعاقد في حالة تقصير الإدارة في تنفيذ إلتزاماتها نحوه هو أن يستمر في التنفيذ، طالما ظل ذلك في إستطاعته، مع الرجوع عليها أمام القضاء بالتعويض اللازم أو بطلب الفسخ، فإذا توقف المتعاقد عن التنفيذ خلافا لهذا الأصل أمكن الإدارة أن توقع عليه الجزاءات المقررة، فضلا عن الرجوع عليه بالتعويضات اللازمة إذا كان لإستحقاقها وجه[1].

ولا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة التحلل من الوفاء بإلتزامه التعاقدي، بل عليه الإستمرار في التنفيذ[2]، لكن قد يطرأ ظرف إستثنائي يحول دون تنفيذ العقد كموت المتعاقد أو إفلاسه فهل يمكن أن يستمر تنفيذ العقد في هذه الحالة؟

أولا: إستمرارية العقد الإداري عند وفاة المتعاقد

القاعدة هي أن موت المتعاقد مع الإدارة لا يؤدي بذاته إلى إنتهاء العقد بقوة القانون، كما أن مبدأ شخصية إلتزامات المتعاقد مع الإدارة يجعل لها الحق في فسخه بحيث يجوز لها أن تقرر هذا الفسخ مع رد التأمين، أو أن توافق على إستمرار الورثة في تنفيذ العقد بشرط أن يعينوا وكيلا بتوكيل مصدق على التوقيعات فيه وتوافق عليه السلطة المختصة.

وفي حالة تعدد المتعاقدين مع الإدارة ووفاة أحدهم، فيكون للإدارة الحق في إنهاء العقد مع رد التأمين أو مطالبة باقي المتعاقدين بالإستمرار في تنفيذه.

ويحصل الإنهاء في جميع هذه الحالات بموجب كتاب موصى عليه بعلم الوصول دون الحاجة إلى إتخاذ أي إجراءات أو الإلتجاء للقضاء[3].

---

[1] محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص ص 388، 389.

[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 192.

[3] محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص 279.

ثانيا: إستمرارية العقد الإداري عند إفلاس المتعامل المتعاقد أو إعساره

إن الضرورة تقتضي حظر المتعامل الذي أشهر إفلاسه أو إعساره، وذلك لأن المفلس أو المعسر لا يحظى بالثقة وحسن السمعة لإضطراب أحواله المدنية وعجزه عن الوفاء بإلتزاماته. بل إن المفلس ممنوع قانونا من إدارة أمواله أو التصرف فيها، وممنوع من الوفاء بما عليه من مستحقات.

كما أن المعسر تحل ما في ذمته من ديون مؤجلة، حيث يفسخ العقد تلقائيا وجوبي ودون الحاجة للإلتجاء للقضاء[1].

هذا ما فصلته المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15_247 حيث جاء فيها:

" يقصى بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة في الصفقات العمومية المتعاملون الاقتصاديون:

- الذين رفضوا إستكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ آجال صلاحية العروض حسب الشروط المنصوص عليها في المواد 71 و 74 أعلاه.
- الذين هم في حالة إفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية، أو الصلح.
- الذين هم محل إجراء عملية الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح".

في هذه الحالات يتم الإقصاء بشكل نهائي أو مؤقت إلا ما لم يتم الإتفاق عليه في بعض الحالات، كما قد يؤول إلى تسوية ودية حسب نص المادة 153 ، 154 من المرسوم الرئاسي 15_247 .

[1] محمود عاطف البنا، نفس المرجع ، ص ص 279، 280.

المطلب الثاني: الإلتزام بأداء الخدمة موضوع العقد في المدة المتفق عليها

ليس للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ العقد، ولا أن يتباطأ في ذلك التنفيذ ويدخل في مضمون العقد كل ما تستلزمه ظروف العمل مادامت تلك المستلزمات ليست غريبة عن جوهر العقد وليست فيها إساءة إلى حقوقه فإن إمتنع عن توفيرها كان مخطأ في عدم أدائه لها[1].

لذلك يجب أن يلتزم المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ إلتزاماته في المواعيد المحددة في العقد، وذلك للإستفادة بالشيء موضوع التعاقد في الميعاد الذي تراه الإدارة مناسبا لتلك الإستفادة[2].

على نحو ما ورد في نص المادة 105 من المرسوم الرئاسي 15_247 حيث نصت على:

" تدفع مقابل الخدمات المنجزة بعد الأجل التعاقدي للتنفيذ المتفق عليه، على أساس الأسعار المطبقة اعتمادا على السعر الذي يحتمل أن يكون قد تم تحيينه أو مراجعته، محسوبا في نهاية الأجل التعاقدي، في حالة ما إذا تسبب المتعاقد في تأخير تنفيذ الصفقة ".

حيث يختلف مفهوم مدة التنفيذ بحسب طبيعة كل عقد فيقصد بها في عقد الأشغال العامة المدة التي يلتزم خلالها المقاول بإنجاز العمل المطلوب منه وفقا لشروط العقد أو دفاتر الشروط سواء كان هذا العمل إقامة منشآت أو القيام بأعمال صيانة لمنشآت قائمة بالفعل، وفي عقود التوريد يقصد بمدة التنفيذ المدة التي يلتزم المورد فيها بتسليم السلع محل التعاقد.

وفي بعض العقود الإدارية يمكن النص في العقد على تجزئة مدة التنفيذ من ذلك تحديد مراحل بتواريخ محددة تسلم فيها بعض المنجزات في عقد الأشغال العامة أو الأصناف في عقد التوريد[3].

---

[1] محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص173.

[2] مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص 209.

[3] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص ص 198، 199.

الفرع الأول: تحديد المدة

مدة إنجاز الصفقة غالبا ما تكون محددة في دفاتر الشروط، إذ يتعين على المتعاقد أن يبادر بالشروع في التنفيذ بمجرد المصادقة على الصفقة وتوصله بالأمر المصلحي والذي يتحتم على الإدارة إصداره بعد المصادقة بمدة معينة حتى يتسنى له تنفيذ الأشغال أو تسليم التوريدات أو القيام بالخدمات في موعدها المحدد[1].

فإذا خلا العقد من النص على هذه المدة فلا يعني ذلك أن المتعاقد ليس ملزما بإحترام أية مدة ويستطيع تنفيذ العقد الإداري إلى ما لا نهاية إذ في مثل هذه الحالة تقدر المدة العادية للتنفيذ بمراعاة ظروف كل حالة وقدرات المتعاقد، وما يجري به العمل في العقود المماثلة والنية الحقيقية للطرفين.

الفرع الثاني: إخلال المتعامل المتعاقد بمدة تنفيذ العقد

تخلف المتعاقد عن أداء إلتزاماته في الوقت المحدد سواء كان متعلقا بالعمل كله أو بمرحلة من مراحله يعتبر خطأ عقديا يبرر توقيع الجزاء عليه، وغالبا ما يكون الجزاء غرامة تأخير مالية ينص عليها في العقد عن المدة التي يتأخر فيها إنهاء العمل كله أو تسليمه أو التي يتأخر فيها إنجاز مرحلة من مراحل العمل عن الميعاد المحدد لها في البرنامج الزمني للمشروع[2].

حيث خول المشرع للإدارة المتعاقدة حق توقيع الجزاءات المالية في شكل غرامة بموجب المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15_247 والتي جاء فيها:

"يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الإلتزامات المتعاقد عليها في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

تحددد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط المذكورة في المادة 26 من هذا المرسوم بإعتبارها عناصر مكونة للصفقة العمومية.

[1] عبد العالي سمير، مرجع سابق، ص 51.

[2] مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص ص 209، 210.

تقتطع العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصفقة من الدفعات التي تتم حسب الشروط والكيفيات المنصوص عليها في الصفقة.

يعود القرار بالإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التأخير إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة. ويطبق هذا الإعفاء عندما لا يكون التأخير قد تسبب فيه المتعامل المتعاقد الذي تسلم له في هذه الحالة أوامر بتوقيف الأشغال أو بإستئنافها.

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

وفي كلتا الحالتين، يترتب على الإعفاء من العقوبات المالية بسبب التأخير، تحرير شهادة إدارية".

لكن الإدارة في بعض الأحيان تكون مضطرة إلى الزيادة أو النقصان في مدة الإنجاز، فالزيادة في آجال التنفيذ يجب أن لا تزيد عن ما هو معتاد إذ يحق في هذه الحالة للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد، أما النقصان فيجب أن يراعي قدرات هذا الأخير المالية والتقنية والبشرية. وكتحفيز غالبا ما تلجأ الإدارة المعنية إلى مكافئة المتعاقد التي يستجيب لهذا الصنف من التعديل الذي تحتمه ظروف خاصة ودائما في إطار المصلحة العامة وضمانا لإستمرار وسير المرفق العام على أحسن حال[1].

ويجدر الإشارة إلا أنه إن لم تكن هناك عراقيل سير العملية (تنفيذ الصفقة) المسؤولية في المدة تتقسم على سبيل التوازي.

[1] عبد العالي سمير، مرجع سابق، ص 54.

المبحث الثاني: الإلتزام بالأداء الشخصي للخدمة موضوع العقد

يقصد بالأداء الشخصي أداء المتعامل المتعاقد شخصيا للعمل المتفق عليه دون مساعدة أي شخص آخر سواء كان هذا المتعامل شخص طبيعي أو معنوي فهو يلتزم في إطار الصفقات العمومية إما كفرد أو في إطار تجمع مؤسسات، كما يمكن أن يكون المتعامل المتعاقد مؤسسة خاضعة للقانون الجزائري أو مؤسسة أجنبية.

إن الشخص المتعاقد يكون محل إعتبار في العقود الإدارية، سواء عند إختيار المتعاقد مع الإدارة أو فيما يتعلق بتنفيذ العقد، وذلك نظرا لإتصال العقد بالمرافق العامة والحرص على تلبية إحتياجاتها بإنتظام[1].

ففيما يتعلق بإختيار المتعاقد تخضع الإدارة لإجراءات دقيقة ومحددة لغرض الوصول إلى الشخص المناسب الذي تتوافر فيه المقدرة الفنية والمالية للقيام بتنفيذ العقد، هذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 54 من المرسوم الرئاسي 15_247 حيث جاء فيها:

"يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من قدرات المرشحين المتعهدين التقنية والمهنية والمالية قبل القيام بتقديم العروض التقنية".

ومن ثم فإن من المتعين على هذا الشخص إذا ما تم إرساء الصفقة عليه أن يؤدي العمل المنوط بنفسه، وبما لديه من خبرة فنية ومقدرة مالية اللتان كانتا محل إعتبار عند إختياره للتعاقد مع الإدارة[2].

وإذا كشفت الإدارة عدم صلاحية المتعاقد أو عدم الكفاية والقدرة أو عدم الجدية في أداء الأعمال أو عدم التمتع بالسمعة الجيدة يحق لها عدم إبرام الصفقة أو فسخ الصفقة من جانب واحد في أي مرحلة من مراحلها وهذا الحق مضمون للإدارة بموجب القوانين حتى لا تجبر على التعاقد مع شخص لا يلبي لها الخدمات المطلوبة[3].

---

[1] محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص 276.

[2] مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص 205.

[3] محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص 276.

ولا شك أن إقدام شخص على التعاقد مع الإدارة في ضوء ما تقدم، ثم تخليه عن الصفقة لغيره، يعد نوعا من التلاعب والتحايل، لذلك وجب على المتعامل تنفيذ الصفقة شخصيا وضبط حالات التنازل والإستعانة بالغير في حدود ما حدده القانون.

هذا ما سنفصله في المطلبين التالين : التنازل عن العقد والإستعانة بالغير لتنفيذ العقد.

المطلب الأول: التنازل عن العقد

تلتقي الصفقة العمومية في الإلتزام بالأداء الشخصي للخدمة موضوع العقد بباقي عقود القانون الخاص. فعقد العمل يلزم العامل بالأداء الشخصي للعمل أن لا يعهد به للغير، فكذلك لا يجوز للمتعهد بأداء الخدمة في الصفقة العمومية أن يلقي موضوع العقد على الغير[1]، أو أن يحل غيره محله فيها أو أن يتعاقد بشأنها من الباطن إلا بموافقة الإدارة[2].

ويقصد بالتنازل عن العقد كليا أو جزئيا والتعاقد من الباطن هو أن يعهد المتعاقد إلى غيره بتنفيذ الإلتزامات التي إرتبط بها، و كذلك العقود التي قد أبرمها المتعاقد للحصول على ما يلزم من أشياء ومواد أولية لتنفيذ العملية، أو شراء أصناف مطلوب توريدها، أو الحصول عن المعونة الفنية أو على التمويل اللازم ... إلخ، فهذه الإتفاقات لا تخضع لموافقة الإدارة إلا إذا نص على ذلك صراحة في العقد[3].

الفرع الأول: التنازل بموافقة الإدارة

في حالة التنازل المسموح من الإدارة فإن المتنازل إليه يحل محل المتعاقد الأصلي في كافة إلتزاماته وحقوقه، حيث تنشأ بينه وبين الإدارة علاقة عقدية مباشرة، أما في حالة التعاقد من الباطن الموافقة من الإدارة، فإن ذلك لا يؤدي إلى حلول المتعاقد من الباطن محل المتعاقد الأصلي، بل تبقى العلاقة العقدية بين المتعاقد الأصلي والإدارة قائمة ومباشرة، ويظل مسؤولا عن تنفيذ العقد، وقد توقع عليه حتى الجزاءات بسبب عدم التقيد أو التأخير فيه[4].

---

[1] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 235.

[2] محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص 276.

[3] محمود عاطف البنا، نفس المرجع ، ص 278.

[4] مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص 207.

الفرع الثاني: التنازل الحاصل دون موافقة الإدارة

حكم هذا التصرف الذي لم تكن الإدارة طرفا فيه ولم توافق عليه هو عدم نفاذه في حقها، فلا يحتج به عليها. بحيث لا تنشأ أي علاقة بين الإدارة والمتنازل إليه أو المتعاقد من الباطن، ويظل المتعاقد الأصلي هو المسئول أمام الإدارة ويكون للإدارة ألا تمكن المتنازل إليه أو المتعاقد من الباطن من المساهمة في تنفيذ العقد.

ولا يقف الأمر عند عدم نفاذ التنازل أو التعاقد من الباطن في مواجهة الإدارة وإنما يعد هذا التصرف خطأ نظرا لمخالفة المتعاقد الأصلي لإلتزامه بالتنفيذ بنفسه، ولذا تقرر بعض الأحكام أن التنازل أو التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة يعتبر باطلا بطلانا يتعلق بالنظام العام، وهو على أية حال خطأ جسيم يبرر للإدارة فسخ العقد.

ولما كان هذا التنازل أو التعاقد من الباطن لا ينشئ له أي علاقة تعاقدية مع الإدارة، فإنه ليس له أن يرجع عليها بأي حقوق تعاقدية، وإن كان له أن يرجع عليها على أساس آخر، كالإثراء بلا سبب أو مطالبتها بحقوق مدنية (المتعاقد الأصلي) لديها طبقا للقواعد المقررة، كحجز ما للمدين لدى الغير[1].

وتجدر الإشارة أن تغيير صفة المتعاقد التي كانت محل إعتبار عند إبرام العقد معه يعد تنازلا عن العقد، خروجا عن مبدأ شخصية إلتزامات المتعاقد مع الجهة الإدارية. ولذا يجب تحديد هذه الصفة بدقة.

وعلى ذلك إذا ما تغير إسم الشركة (الشخص الإعتباري) المتعاقدة، فإنه يتعين على جهة الإدارة حتى يتسنى لها الإعتداد بهذا التغيير أن تتأكد من أن الإسم الأصلي الذي تم التعاقد على أساسه والإسم الجديد الذي أتى به التغيير المشار إليه هما مسميان لشخص إعتباري واحد هو ذات الشركة المتعاقد معها، ومن أنه لم يترتب أو ينشأ نتيجة ذلك التغيير أدنى مساس بصفة جوهرية في الشركة قبل تغيير إسمها مما كان محل إعتبار الإدارة عند الإقدام على التعاقد[2]، ولا يؤثر بالتالي في كفاءة تنفيذ الإلتزامات التي يرتبها العقد قبل الشركة.

[1] محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص 277.

[2] محمود عاطف البنا، نفس المرجع ، ص ص 278، 279.

وترتيبا على ذلك إذا كان التغيير المذكور لم يمتد سوى إلى الإسم التجاري للشركة دون المساس بكيانها القانوني فمن ثم فإن الشركة بإسمها الجديد تنتقل إليها كافة الإلتزامات والحقوق التي كانت على الشركة بحسبان أنها أصبحت إمتداد قانوني لهذه الشركة[1].

المطلب الثاني: الإستعانة بالغير لتنفيذ العقد

الأداء الشخصي للعمل أو الخدمة موضوع الصفقة العمومية لا يلزم المتعاقد بأداء الخدمة وحدة دون الإعتماد على الغير أو الإستعانة بهم لتنفيذ المشروع محل العقد، إذ لا يمكن تصور ذلك خاصة في عقد الأشغال بل المقصود به أن المتعامل المتعاقد لا يمكن أن يلقي بمسؤولياته التي تعهد بالوفاء بها إلى الغير فيتحلل من بعض إلتزاماته، فهو المسؤول بعد توقيع الصفقة عن التنفيذ الكامل والتام والنهائي للمشروع حتى لو عهد للغير القيام بجزء من العمل أو الخدمة في إطار التعامل الثانوي[2]، فلا يمكن للمتعامل المتعاقد الإحتجاج بأن العمل قام بتنفيذه المتعامل الثانوي، بل يسأل عن كل العمل، وأي تقصير من الطرف الثالث أي المتعامل الثانوي يسأل عنه المتعاقد الأصلي أو صاحب الصفقة[3].

حيث نص المرسوم الرئاسي 15_247 عن مسؤولية المتعاقد الأصلي في المادة 141 منه التي جاء فيها:

" المتعامل المتعاقد هو المسؤول الوحيد تجاه المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ جزء الصفقة المتعامل فيه بالمناولة".

الفرع الأول: اللجوء للمتعامل الثانوي

الأصل في مجال الصفقات العمومية أن يباشر المتعامل المتعاقد جميع الأعمال المتعلقة بالصفقة[4]، هذا المبدأ من الناحية العملية يصطدم بعدة صعوبات ولا سيما في صفقات الأشغال العمومية حيث أنه من الصعب على مقاولة واحدة أن تقوم بجميع التخصصات

[1] محمود عاطف البنا، نفس المرجع ، ص ص 278، 279.

[2] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 235.

[3] عمار بوضياف، نفس المرجع ، ص 238.

[4] عمار بوضياف، نفس المرجع ، ص 236.

(البناء، الكهرباء، الترصيص، الحدادة، النجارة ... إلخ) وخصوصا المقاولة الصغيرة والمتوسطة والتي تشكل القسط الأكبر من النسيج الإقتصادي، ولذلك فإن الضرورة تقتضي أن يستعين المقاول الرئيسي بمقاولين ثانويين لإنجاز بعض أجزاء الصفقة، الأمر الذي دفع المشرع إلى التساهل بهذا الخصوص[1]، لكنه قيده بشروط وردت في المادة 143 من المرسوم الرئاسي 15_ 247 والتي جاء فيها:

"يمكن اللجوء للمناولة ضمن الشروط الآتية:

يجب أن يحدد صراحة المجال الرئيسي لتدخل المناولة بالرجوع إلى بعض المهام الأساسية التي يجب أن تنفذ من طرف المتعامل المتعاقد في دفتر الشروط إذا أمكن ذلك وفي الصفقة. ويمكن التصريح بالمناول في العرض أو أثناء تنفيذ الصفقة. ويتم التصريح بالمناول أثناء تنفيذ الصفقة وقول شروطه المتعلقة بالدفع طبقا للنموذج الذي يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية.

ينبغي أن يحظى إختيار المناول وشروطه المتعلقة بالدفع من طرف المتعامل المتعاقد وجوبا بموافقة المصلحة المتعاقدة مقدما وكتابيا، مع مراعاة أحكام المادة 75 من هذا المرسوم، وذلك بعد التأكد من قدراته المهنية والتقنية والمالية. ويقبض المناول المعتمد وفق الشروط المذكورة سابقا مستحقاته مباشرة من المصلحة المتعاقدة بعنوان الخدمات المنصوص عليها في الصفقة التي تكفل بتنفيذها حسب كيفيات تحدد. وجب قرار من الوزير المكلف بالمالية.

تسلم وجوبا نسخة من عقد المناولة للمصلحة المتعاقدة من طرف المتعامل المتعاقد.

يجب أن يحدد في عرض المتعهد المعني مبلغ الحصة القابلة للتحويل الموافق للخدمات التي تقدمها المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري في إطار المناولة".

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للعقد الذي يربط بين المتعامل الثانوي والمتعامل المتعاقد

ينبغي الإنطلاق من قاعدة مفادها أن المتعامل الثانوي يحصل على مستحقاته من المتعامل المتعاقد لا من المصلحة المتعاقدة. غير أنه ومن باب الوفاء للمتعاملين الثانويين النظاميين بحقوقهم الثابتة والمكفولة في الصفقة، إعترفت المادة 143 من المرسوم الرئاسي 15_247 السابقة الذكر للإدارة المتعاقدة بدفع مستحقات المتعامل الثانوي، وفق القرار الوزاري

[1] عبد العالي سمير، مرجع سابق، ص 49.

الصادر في 28 مارس 2011 عن وزير المالية والذي بين فيه كيفيات الدفع المباشر للمتعامل الثانوي والمنشور في الجريدة الرسمية لسنة 2011 العدد 24 حيث جاء في المادة الثانية منه أنه إذا كانت الخدمات الواجب تنفيذها من المتعامل الثانوي محددة من حيث مبالغها القصوى في الصفقة، فإنه يمكن للمتعامل الثانوي أن يقبض مستحقاته من المصلحة المتعاقدة مباشرة. وعلق القرار الوزاري دفع المستحقات من جانب المصلحة المتعاقدة عن توافر الشروط التالية:

1. أن تكون المبالغ الواجب دفعها محددة بمبالغ قصوى في الصفقة.
2. يجب أن ينص دفتر الشروط للمناقصة على الدفع المباشر للمتعامل الثانوي.
3. يجب أن يكون المتعامل الثانوي محل عقد بين المتعامل الثانوي وصاحب الصفقة.
4. يجب أن يكون المبلغ المخصص للدفع المباشر للمتعامل الثانوي مشمولا برهن حيازي للصفقة.
5. يجب أن يخصم مبلغ التسبيق المخصص لصاحب الصفقة من مبلغ الخدمات الواجب تنفيذها من قبل المتعامل الثانوي والمعني بالدفع المباشر.
6. يجب أن تخصم الحصة القابلة للتحويل من مبلغ الصفقة من المبلغ المخصص للتعامل الثانوي.

وبين القرار جملة من الإجراءات لتطبيق مضمونه[1].

[1] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص ص 237، 238.

المبحث الثالث: الإلتزام بدفع مبلغ الضمان المالي لتنفيذ الصفقة العمومية

إن المصلحة المتعاقدة المكلفة بالتسيير المالي للصفقات العمومية والحفاظ بالتالي على المال العام ملزمة باتخاذ كل التدابير التي من شأنها ضمان حسن تسيير المال العام وحسن تنفيذ الصفقات التي تعهد بها للمتعاملين المتعاقد معهم وحسن اختيار هؤلاء المتعاملين[1]، لأن سوء الإختيار يمس المرفق العام الذي يتصل بالعقد الإداري فالإدارة لها حقوق تجاه المتعاقدين[2]، لذلك وجب عليها فرض ضمانات تكفل التنفيذ الأمثل للصفقة هذا ماجاءت به المادة 124 من المرسوم الرئاسي 15_247 نصت بأنه:

"يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين و/أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة. تحدد الضمانات المذكورة أعلاه وكذا كيفيات استرجاعها حسب الحالة في دفتر الشروط أو في الأحكام التعاقدية للصفقة اعتمادا على الأحكام التنظيمية أو التنظيمية المعمول بها."

وقبل الحديث عن أصناف الضمانات المالية التي تستند أكثر إلى قواعد القانون الخاص بالنظر إلى طبيعتها والأهداف المرجوة منها فإنه ينبغي إعطاء تعريف للضمانات بوجه عام ، حيث و رجوعا إلى أحكام القانون المدني فإن مؤدى نظرية الضمان هو وجوب تعويض الشخص الذي وقع عليه الاعتداء على أمواله أو نفسه مما أدى إلى هلاكها أو تلفها و ذلك حفاظا على حقوقها وصيانة لها من كل أذى ، فالضمان هو إلتزام بتعويض الغير لما لحق به من أضرار متمثلة في تلف المال أو ضياع المنافع[3].

وفي مجال الصفقات عرف الضمان على أنه مبالغ مالية تودع لدى جهة الإدارة تتوقى بها آثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ العقد الإدري ويضمن لها ملائمته لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره[4].

---

[1] http://www.ouarsenis.com/up/uploads/files/ouarsenis-261391b398.doc ، تاريخ الزيارة 2016/03/06 ، الساعة 18:20، ص01.

[2] مفتاح خليفة عبد الحميد، **إنهاء العقد الإداري**،الطبعة:[بدون]، الإسكندرية : دار المطبوعات الجامعية، 2007، ص 67.

[3] إسماعيل بحري، **الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر**، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2009، ص 97.

[4] عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 40.

وتتمثل هذه الضمانات على وجه الخصوص في: نظام الكفالة، الضمانات ذات الطبيعة الحكومية، ضمانات مالية مختلفة، اقتطاعات حسن التنفيذ، اقتطاعات الضمان.

المطلب الأول: نظام الكفالة

تعرف المادة 644 من القانون المدني الكفالة على أنها:

" عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه"[1].

يستخلص من نص المادة أن طرفي الكفالة هما الكفيل والدائن، أما المدين فليس طرفا في العقد، فيصح أن تتم الكفالة دون علمه ورغم إرادته مع أنها لا تتصور بغير وجود الالتزام الذي يقع على عاتق هذا المدين.

ويلاحظ أنه يشترط أن يكون الدين الأصلي قد نشأ وقت إبرام عقد الكفالة، فيجوز العقد لالتزامات مستقبلية وكفالتها، وكذا الالتزامات المعلقة على شرط في حين أن التزام الكفيل بالتزام المدين في وجوده لا ينفي الضمان منذ إبرام عقد الكفالة هو التزام منجز.

فالكفالة في الأصل هي تأمين شخصي لا تمنح للدائن حق التتبع ولا حق أفضلية كما في التأمين العيني، ولكنها تمنح له حقا شخصيا على الدين يسمح هذا الحق الشخصي بضم ذمتين أي ذمة المدين الأصلي وذمة الكفيل قصد تدعيم وتقوية مركز الدائن ضد مخاطر تقاعس المدين في الوفاء وإفلاسه، تكون هنا الكفالة مطلقة أو غير محددة فتنصب على الدين المكفول بمقداره وأوصافه وملحقاته[2].

الفرع الأول: الطابع الإلزامي لتقديم الكفالة

أولا: خصائص عقد الكفالة

يبرز التعريف الوارد في المادة 644 من القانون المدني عناصر الكفالة وخصائصها الأساسية، والمتمثلة في:

1. الكفالة تتم بمجرد توافق إرادتي الدائن والكفيل، دون الحاجة لرضاء المدين بها.

---

[1] الأمر 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، **المتضمن القانون المدني**، مرجع سابق، ص 107.

[2] رقية جبار، **الكفالة البنكية كضمان في الصفقات العمومية**، المداخلة السادسة والعشرون، جامعة المدية، 2013، pdf، ص ص 3، 4.

2. محل الكفالة يمكن أن يكون أي إلتزام مهما كان نوعه فلا يشترط أن يكون دينا من النقود، مدام يمكن تقديره نقدا أو يترتب على عدم تنفيذه بالحكم بالتعويض.
3. أن الكفيل يضمن تنفيذ إلتزام أصل، وأنه يرجع على المدين إذا قام بالوفاء[1].

ثانيا: أنواع كفالة تنفيذ الصفقات العمومية

1- كفالة التعهد:

لضمان جدية التقدم للمناقصة، تشترط القوانين عادة أن يتضمن العطاء كفالة تعهد يبعث على إطمئنان الإدارة لملائمة مقدمه ومقدرته على تنفيذ إلتزاماته التعاقدية في حال رسو المناقصة عليه[2].

أ_ تعريف كفالة التعهد:

نجد التعريف في المادة 125 من المرسوم الرئاسي 15_247، حيث خصصت كفالة التعد لصفقات الأشغال واللوازم التي تفوق واحد في المائة (1%) من مبلغ التعهد. والتي يجب إدراجها في دفتر الشروط . ويرد مبلغ الكفالة للمتعهد الذي لم يقبل والذي لم يقدم طعنا بعد يوم واحد من تاريخ إنقضاء أجل الطعن وهو 10 أيام إبتداءا من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة. وترد أيضا بالنسبة للمتعهد الذي رفض طعنه من طرف لجنة الصفقات المعنية.

ويجب أن تصدر كفالة تعهد المؤسسة الأجنبية من طرف بنك جزائري يشملها ضمان مقابل صادر من بنك أجنبي. وترد كفالة التعهد لمن منح الصفقة أيضا بعد إيداع كفالة حسن التنفيذ. وخص المرسوم الرئاسي 15_247 كفالة التعهد إذ أوجب إدراجها في ظرف مقفل يحمل عبارة "كفالة تعهد" ولا يفتح إلا عند فتح الأظرفة المالية[3].

ب_ أشكال الضمان لكفالة التعهد:

وتأخذ كفالة التعهد خمسة أشكال للضمان وهي:

_ ضمان نقدي: يدفع مبلغ نقدي إلى خزينة الجهة صاحبة المناقصة، مقابل إيصال رسمي.

---

[1] أنور العمروسي، **التضامن، والتضامم، والكفالة**، الطبعة الأولى، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 1999، ص 57.

[2] هيبة سردوك، **المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري**، الطبعة الأولى، الإسكندرية: مكتبة الوفاء القانونية، 2009، ص151.

[3] عمار بوضياف مرجع سابق، ص 152.

_ ضمان بحوالة أو شيك مصرفي: ويشترط أن يؤشر عليه المصرف المسحوب عليه بالقبول.

_ ضمان بالإقتطاع من مبالغ مستحقة: يقدم صاحب العرض طلبا إلى الجهة صاحبة المناقصة بإقتطاع قيمة الضمان المطلوب من مبالغ مستحقة له لديها، ويشترط أن تكون هذه المبالغ في حدود قيمة الضمان وقابلة للصرف فعلا وقت تقديم العرض.

_ ضمان بخطاب ضمان مصرفي: ويدفع لدى طلب الجهة الإدارية، دون إلتفات لأي معارضة قد تصدر من صاحب العرض.

_ ضمان بتعهد من شركة تأمين: واجب الدفع عند أول طلب من الجهة الإدارية صاحبة المناقصة، دون إعتبار لأي معارضة يمكن أن تصدر من صاحب العرض، ودون حاجة إلى إستصدار حكم قضائي، أو إقرار من هيئة تحكيم[1].

2- كفالة رد (إرجاع) التسبيقات:

هي إلتزامات بنكية بالدرجة الأولى تضمن من ناحية استفادة المتعامل المتعاقد من تسبيقات جزافية أو على التموين و في المقابل تضمن المصلحة المتعاقدة إسترجاع التسبيق أو التسبيقات التي تم منحها إلى المتعامل المتعاقد قبل أو أثناء تنفيذ الصفقة[2].

نصت المادة 110 من المرسوم الرئاسي 15_247 على أنه:

"لا تدفع التسبيقات إلا في حالة الصفقات العمومية التي يفوق مبلغها الحدود المنصوص عليه في المادة 13 من هذا المرسوم،وإذا قدم المتعامل المتعاقد مسبقا كفالة بقيمة معادلة بإرجاع تسبيقات يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية، بالنسبة للمتعهدين الجزائريين. ويجب أن تصدر كفالة المتعهدين الأجانب من بنك خاضع للقانون الجزائري، يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى.

وتتحرر كفالة إرجاع التسبيقات حسب نموذج يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية".

---

[1] رفيق يونس المصري، **مناقصات العقود الإدارية، عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة**، الطبعة الثانية، سورية: دار المكتبي، 2010، ص ص 55، 56.

[2] اسماعيل بحري، مرجع سابق، ص 98.

3-كفالة حسن التنفيذ:

لضمان تنفيذ العقد يتعين على صاحب العرض المقبول أن يؤدي كفالة حسن التنفيذ، في جميع أنواع الصفقات التي تبرمها الإدارة بإستثناء بعض أنواع صفقات الدراسات والخدمات، التي تحدد قائمتها بقرار وزاري مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني. وهي كما يتبين من تسميتها، تشكل ضمانا لجهة الإدارة يقيها الأخطاء التي قد تقع من المتعاقد معها حين يباشر التنفيذ. ويكون للإدارة حق مصادرته، أي إقتضاء قيمته بطريق التنفيذ المباشر دون حاجة إلى اللجوء للقضاء في حالة عدم التنفيذ[1].

تخضع كفالة حسن التنفيذ حسب نص المادة 110 من المرسوم الرئاسي 15_247 للقواعد الأساسية التالية:

- يمكن المصلحة المتعاقدة أن تعفي المتعامل معها من كفالة حسن التنفيذ، إذا لم يتعد أجل تنفيذ الصفقة ثلاثة (3) أشهر.
- ويمكن المصلحة المتعاقدة أن تعفي المتعامل المتعاقد من تقديم كفالة حسن التنفيذ، بالنسبة للصفقات المبرمة مع المتعاملين بالتراضي البسيط وبالنسبة للصفقات المبرمة مع المؤسسات العمومية.
- يجب تأسيس كفالة حسن التنفيذ في أجل لا يتجاوز تاريخ تقديم أو طلب دفع على الحساب من المتعامل المتعاقد.

ويجب أن تتم هذه الكفالة بنفس الشروط في حالة وجود ملحق.

- يحدد مبلغ كفالة حسن التنفيذ بنسبة تتراوح بين خمس في المائة (5%) وعشرة في المائة (10%) من مبلغ الصفقة حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها[2].

وفي حالة الصفقات العمومية للأشغال التي لا تبلغ الحد المنصوص عليه ، يمكن أن تكون إقتطاعات حسن التنفيذ بنسبة خمسة في المائة (5%) من مبلغ كشف الأشغال، بديلا لكفالة حسن التنفيذ. ويجب النص على هذه العملية في دفتر الشروط. ويحول الرصيد المكون من مجموع إقتطاعات حسن التنفيذ إلى إقتطاع ضمان، لدى الإستلام المؤقت للصفقة.

[1] هيبة سردوك، مرجع سابق، ص 180.

[2] محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص ص 77، 78.

ويعفى الحرفيون الفنيون والمؤسسات المصغرة الخاضعة للقانون الجزائري من تقديم كفالة حسن تنفيذ الصفقة عندما يتدخلون في عمليات عمومية لترميم ممتلكات ثقافية.

يمكن إستبدال كفالة حسن التنفيذ عندما تكون مطلوبة، بإقتطاع عن حسن تنفيذ إجمالي يساوي مبلغ الكفالة.

يمكن، عند الإستلام المؤقت للصفقة، إستبدال كفالة حسن تنفيذ الصفقة، بإقتطاع حسن التنفيذ.

وفي حالة ميزانية سنوية، تودع المصلحة المتعاقدة إقتطاع حسن التنفيذ لدى المحاسب العمومي المكلف.

وتحرر كفالة حسن التنفيذ حسب نموذج يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية[1].

تحتفظ الإدارة بقيمة الكفالة حتى تمام تنفيذ الصفقة بصفة نهائية. وتسترجع الكفالة أو الإقتطاعات في مدة شهر واحد إبتداءا من تاريخ التسليم النهائي للصفقة وترد قيمة الكفالة كلها أو ما تبقى منها لصاحبها دون توقف على طلب منه[2].

الفرع الثاني: أدوات تنفيذ نظام الكفالة

لتمويل الصفقة العمومية فإنه يتطلب توفير الإعتمادات الضرورية لدفع المبالغ المترتبة عن التنفيذ و التي تنصب على المصاريف العمومية، حيث تقوم المصلحة المتعاقدة مسبقا بتوفير الأدوات اللازمة و تسجيلها في الميزانية المخصصة لها، و في المقابل يتوجب على المتعامل الذي منح الصفقة قبل البدء في عملية التنفيذ القيام بتوفير أموال تسمح له باقتناء المواد واللوازم الضرورية لتنفيذ المشروع أو الأشغال أو تقديم الخدمات[3].

و نظرا لأن أغلب نفقات الدولة تذهب في شكل صفقات وجب إعطاء دور فعال للبنوك إذ تعتبر المورد الأساسي في منح الضمانات بمختلف أنواعها و صندوق ضمان الصفقات

[1] المادة 133 من المرسوم الرئاسي 15_247، مرجع سابق، ص 33.

[2] هيبة سردوك، مرجع سابق، ص 181.

[3] إسماعيل بحري، مرجع سابق، ص 100.

العمومية الذي أنشئ خصيصا لتكملة النظام المصرفي ليقوم بالإسهام في ضمان تمويل الطلبات العمومية.

أولا: البنوك

إن النظام المصرفي مدعو للتطور السريع في آلياته ، و هذا التطور الذي يستوجب منح بنك الجزائر (البنك المركزي) سلطات حقيقية في ميدان تنظيم ومراقبة القرض و الوصول إلى منافسة فعلية بين البنوك[1] و على هذا الأساس صدر أمر ينظم النقد والقرض[2]، وبغرض إنعاش وإحياء النظام البنكي الجزائري بادرت الجزائر إلى إدخال جملة من الإصلاحات ،كان أولها إنشاء البنك المركزي الجزائري و الصندوق الجزائري للتنمية اللذان كانا يتكفلان بتسيير مصادر التمويل الخارجية وتقديم المساعدات والقروض لغرض تمويل مشاريع التجهيز العمومي للمؤسسات المختلفة ثم توالت عملية إنشاء البنوك العمومية لتصبح كلها تمول المشاريع التي تقوم بها المؤسسات الوطنية.

ثانيا: صندوق ضمان الصفقات العمومية

إن مشكلة الديون غير المدفوعة من طرف الإدارات العمومية و الجماعات المحلية يعتبر عائقا هاما لمعظم المؤسسات العمومية و الخاصة التي لها دخل في إنجاز الصفقات والطلبات الممولة من طرف ميزانية الدولة، و هو ما أدى إلى تعثر المتعاملين الاقتصاديين وذلك راجع لغياب جهاز فعال للضمان و هذا ما أثبت ضرورة إنشاء مؤسسة مختصة مكلفة بضمان الصفقات العمومية.

1_ تعريف صندوق ضمان الصفقات العمومية

لقد تم إنشاء الصندوق بموجب المرسوم التنفيذي رقم 67/98 المؤرخ في: 1998/02/21 والذي يعد مؤسسة ذات طابع صناعي وتجاري[3]، لها شخصية معنوية و تتمتع

[1] إسماعيل بحري، نفس المرجع ، ص 101.

[2] الأمر 01-01، المؤرخ في 2001/02/27، المعدل والمتمم للقانون رقم 10/90، المؤرخ في 1990/04/14، **المتعلق بالنقد والقرض**، الجريدة الرسمية، العدد 14 لسنة 2010، ص 14.

[3] إسماعيل بحري، مرجع سابق ، ص 102.

بالإستقلالية المالية، موضوعة تحت وصاية وزير المالية، و يهدف من إنشاء هذا الصندوق الحفاظ على التطور المادي و المالي لمشاريع التجهيز العمومية المقيدة في البرامج السنوية والمتعددة السنوات التي يتم تمويلها من ميزانية الدولة.

ويحتل الصندوق كمؤسسة مالية ، مكانة هامة في النظام المصرفي الجزائري من خلال منح ضماناته أو كفالته بكل الأشكال لتسهيل تحقيق مشاريع في قطاعات المنشآت القاعدية والسكن و الصفقات العمومية إضافة إلى مهام أخرى تكلفه إياها الخزينة العمومية[1].

ونصت عليه المادة 146 من المرسوم الرئاسي 15_247 والتي جاء فيها:

"يمكن صندوق ضمان الصفقات العمومية تمويل الصفقات العمومية لتسهيل تنفيذها، لاسيما منها تسديد كشوف أو فواتير، في إطار رصد ديون أصحاب الصفقات العمومية وكذلك:

أ_ في إطار التمويل المسبق لتحسين خزينة صاحب الصفقة العمومية قبل أن تعترف له المصلحة المتعاقدة بحقوقه في التسديد،

ب_ في إطار القرض مقابل الحقوق المكتسبة،

ج_ في إطار الضمان على التسبيقات الإستثنائية الممنوحة مقابل الرهون الحيازية لمختلف الصفقات المبرمة من قبل المصالح المتعاقدة المذكورة في المادة 6 من هذا المرسوم".

2_ الآليات القانونية لتدخل الصندوق في ضمان عملية تمويل الصفقة

أ_ الرهن الحيازي الصفقة:

عرفته المادة 948 من القانون المدني تنص على:

" الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره بأن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئا يترتب عليه للدائن حقا عينيا يحق له حبس الشيء

[1] إسماعيل بحري، نفس المرجع ، ص102.

إلى أن يستوفي الدين. وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون"[1].

يتم الرهن الحيازي في الصفقات حسب الشروط المنصوص عليها في المادة من 145 المرسوم الرئاسي 15_247.

ب_ الضمان الإحتياطي:

عرفه إبراهيم إسماعيل إبراهيم بعد تحليله ونقده لعدة تعريفات على أنه:

"عقد كفالة خاصة لقيمة الورقة التجارية، كله أو بعضه، من قبل شخص أجنبي، أو ممن وقعوا على الورقة التجارية، بمقابل أو بدون مقابل، وأداء مبلغها عند ميعاد إستحقاقها، ويسمى الكفيل هنا بالضامن الإحتياطي"[2].

يسمى أيضا نظام الوسيط ،إذ يتدخل صندوق ضمان الصفقات العمومية تسهيلا للتنفيذ المالي للصفقة العمومية كوسيط بين المؤسسة الحائزة على الصفقة (المتعامل المتعاقد مع الإدارة) و البنك الذي يقدم لها القرض لتمويل الصفقة بتقديمه الضمانات اللازمة و يكون ذلك عندما يقرر البنك عدم التزامه مع المؤسسة لعدم تقديمها الضمانات الكافية، ويلتمس البنك ضمان الصندوق لهذه المؤسسة ،ويسمى الصندوق في هذه الحالة الضامن الاحتياطي.

لا توجد قواعد تحدد متى يكون الضمان الإحتياطي شرطيا أو غير شرطي بل ذلك يرجع للتفاوض بين البنك وصندوق ضمان الصفقات العمومية بعد دراسة الوضعية المالية للمؤسسة المتعاقدة مع الإدارة وتقدير درجة الخطر وكذلك دراسة تبعات القرض على هذا الأساس تحدد درجة تحمل المسؤولية لكل طرف و كذلك نسبة العمولة التي يستفيدون منها[3].

---

[1] المادة 948 من الأمر 75-58، **المتضمن القانون المدني**، مرجع سابق، ص 155.

[2] إبراهيم إسماعيل إبراهيم، **الضمان الإحتياطي في الأوراق التجارية**، الطبعة:[بدون]، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999، ص 29.

[3] إسماعيل بحري، مرجع سابق، ص 105، 106.

المطلب الثاني: الضمانات المالية الأخرى

نص قانون الصفقات العمومية على مجموعة من الضمانات المالية، تشكل حقوقا للمصلحة المتعاقدة والتي سنوضحها من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: الضمانات الخاصة والحكومية والضمان العشري

أولا: الضمانات الخاصة

ثمة ضمانات خاصة يمكن اشتراطها على المتعامل المتعاقد وفي حالات معينة كأن تشترط الإدارة مثلا تقديم كفالة أو الالتجاء إلى كفيل شخصي أو إلى هيئة تأمين، لضمان العتاد والسلع التي تضعها تحت يد المتعامل المتعاقد معها كما تستطيع أيضا أن تنص في دفتر الشروط على جزاءات ترتبها في حالة تأخر المتعاقد في رد العتاد الذي قدم إليه ويمكن للإدارة كذلك أن تنص في دفتر الشروط على ضمانات أخرى استثنائية حتى تتمكن من تنفيذ العمل الذي توكله إلى المتعاقد معها[1].

ثانيا: الضمانات الحكومية

الضمانات الحكومية هي تلك التي تطلبها الإدارة المتعاقدة من المؤسسات الأجنبية ومنها الأحكام المتعلقة بالقروض أو الإئتمانات الناتجة عن عقود حكومية مشتركة. وكذلك الضمانات التي تسمح بالتنافس بين المؤسسات البنكية أو هيئات التأمين ذات الصبغة العمومية أو شبه العمومية. علما أن الجزائر تفضل هذا النوع من الضمانات في مختلف عقودها. حيث تمنح الصفقات إلى المؤسسات الأجنبية التي تقدم ضمانا من دولتها[2]، لذلك فهي تلجأ إلى إعمال نص المادة 127 من المرسوم الرئاسي 15_247 والتي تنص على:

"الضمانات ذات الصيغة الحكومية التي تهم المؤسسات الأجنبية هي:

_ إستعمال القرض الناتج عن عقود حكومية مشتركة،

_ الضمانات التي تستخدم مساهمة الهيئات المصرفية أو هيئات التأمينات ذات الصيغة العمومية أو شبه العمومية.

[1] إسماعيل بحري، نفس المرجع ، ص 108.

[2] هيبة سردوك، مرجع سابق، ص 179.

يحظى بالأسبقية في إختيار المتعاملين المتعاقدين الأجانب من يقدم الضمانات المذكورة أعلاه".

وكذلك نصت المادة 129 من المرسوم الرئاسي 15_247 على أنه:

"يلزم المتعاملون المتعاقدون الأجانب، المستفيدون من هامش الأفضلية المنصوص عليه في المادة 83 من هذا المرسوم، بإستعمال المواد والخدمات المنتجة محليا.

ويجب على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من تنفيذ الإلتزامات المتعهد بها في هذا الشأن".

ثالثا: الضمان العشري

بعد التسليم النهائي للصفقة ، تترتب على المتعامل المتعاقد مسؤولية مدنية تسمى بالضمان العشري في مجال صفقات تنفيذ الأشغال ،كونها تغطي مرحلة ممتدة إلى 10 سنوات، حيث أن المقاول و المهندس مسئولان تضامنيا لمدة 10 سنوات عن التهدم الكلي أو الجزئي فيما شيداه من مباني أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض ويسري هذا الضمان إبتداءا من تاريخ الاستلام النهائي للصفقة نظرا لأن الأمر يتعلق بصفقات إنجاز مشاريع البناء.

ويغطي هذا الضمان أيضا، الأضرار المخلة بصلابة العناصر الخاصة بتجهيز بناية ما، عندما تكون هذه العناصر جزءا لا يتجزأ من منجزات التهيئة ووضع الأساس و الهيكل والإحاطة و التغطية، و يعتبر جزءا لا يتجزأ من الإنجاز كل عنصر خاص بالتجهيز لا يمكن القيام بنزعه أو تفكيكه أو استبداله دون إتلاف أو حذف مادة من مواد الانجاز.

و زيادة على هذا الضمان ، يتوجب على كل مهندس معماري ومقاول و مراقب تقني و أي متدخل اكتتاب تأمين لتغطية المسؤولية المدنية و المهنية التي قد يتعرض لها بسبب أشغال البناء و تجديد البناءات أو ترميمها و هو ما أفادت به المادة 175 من قانون التأمينات[1].

[1] بحري إسماعيل، مرجع سابق، ص 112.

الفرع الثاني: إقتطاعات حسب التنفيذ وإقتطاع الضمان

أولا: إقتطاعات حسن التنفيذ

تعوض كفالة حسن التنفيذ بإقتطاعات حسن التنفيذ فيما يخص صفقات الدراسات والخدمات، عندما ينص دفتر شروط الدعوة للمنافسة على ذلك.

وعندما يكون أجل الضمان منصوصا عليه في صفقات الدراسات و الخدمات، فإن الرصيد المكون من مجموع الإقتطاعات يحول إلى إقتطاع ضمان، عند الإستلام المؤقت[1].

ثانيا: إقتطاع الضمان

نصت عليه المواد 119 و120 من المرسوم الرئاسي 15_247، وذلك في حالة تضمن العقد أجلا للضمان، فإن الرصيد المكون من مجموع الإقتطاعات عند التسليم المؤقت يتحول في هذه الحالة إلى كفالة ضمان.

تحفظ الإدارة بقيمة الكفالة حتى تمام تنفيذ الصفقة بصفة نهائية. وتسترجع الكفالة أو الإقتطاعات في مدة شهر واحد إبتداءا من تاريخ التسليم النهائي للصفقة. وترد قيمة الكفالة كلها أو ما تبقى منها لصاحبها دون توقف على طلب من منه[2].

[1] المادة 132 من المرسوم الرئاسي 15_247، مرجع سابق، ص 32.

[2] هيبة سردوك، مرجع سابق، ص 181.

نخلص في هذا الفصل إلى أنه كما أن للمتعامل المتعاقد حقوق بيناها في الفصل الأول فهو كذلك مقيد بإلتزامات تجاه المصلحة المتعاقدة مبينة في دفتر الشروط أو العقد المبرم بينه وبين المصلحة المتعاقدة ويمكن إجمال هذه الإلتزامات إلى ثلاث إلتزامات كما وضحناها في ثلاث مباحث وهي على التوالي: الإلتزام بتنفيذ بنود العقد وفي المدة المتفق عليها، الإلتزام بالأداء الشخصي للخدمة لموضوع العقد، وأخيرا الإلتزام بدفع مبلغ الضمان المالي لتنفيذ الصفقة العمومية.

يلتزم المتعامل المتعاقد بتنفيذ بنود العقد حسب الكيفيات المتفق عليها و يستمر التنفيذ عند وفاته أو إفلاسة أو إعساره، كما يتقيد المتعامل المتعاقد بالمدة المتفق عليها في التنفيذ ويعاقب في حال إخلاله بهذا الإلتزام.

ويلتزم المتعامل بالأداء الشخصي للخدمة موضوع العقد ولا يحق له التنازل إلا بموافقة الإدارة ويمكن الإستعانة بالغير وذلك باللجوء للمتعامل الثانوي.

كما يلتزم المعامل بدفع مبلغ الضمان المالي لتنفيذ الصفقة العمومية وذلك عن طريق كفالة والتي تأخذ عدة أنواع: كفالة تعهد، كفالة رد التسبيقات، وكفالة حسن التنفيذ، والتي تنفذ عن طريق البنك أو صندوق ضمان الصفقات.

بالإضافة إلى الكفالة هناك ضمانات مالية أخرى متمثلة في الضمانات الخاصة والحكومية ،الضمان العشري، إقتطاعات حسب التنفيذ وإقتطاع الضمان.

الخاتمة

الخاتمة

من خلال ما تمت دراسته وإستقراءا لحقوق والتزامات المتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية، حيث بينا أهم حقوقه وإلتزامته المنصبة بالأساس بداية على الحق في إقتضاء الثمن أو المقابل المادي الذي يستحقه المتعاقد مع الإدارة لتغطية نفقات وتكاليف العملية المتعاقد عليها بالإضافة إلى أرباحه المشروعة.

حيث يحدد الثمن في دفتر الشروط لكن بعض الصفقات يستوجب تنفيذها زمنا طويلا بما ينتج عنه إرتفاع أسعار بعض المواد لذلك نص المشرع في المرسوم الرئاسي 15_247 على أن سعر الصفقة يمكن أن يكون ثابت أو قابل للمراجعة وتكون التسوية المالية دفعة واحدة أو عبر دفعات أو أقساط والتي تأخذ ثلاثة أشكال وهي التسبيق، الدفع على الحساب، والتسوية على الرصيد.

ولجبر ما لحق المتعاقد من أضرار أثناء وبسبب تنفيذ العقد حق له المطالبة بالتعويض والتي إعتبرناها من ثاني حقوق المتعامل المتعاقد، وينتج هذا الحق استنادا إلى خطأ من الإدارة والذي يكون بسبب إستعمال السلطات الإستثنائية المخولة لها على نحو غير مشروع أو إخلال بإلتزاماتها التعاقدية وينتج أيضا هذا الحق استنادا إلى نظرية الإثراء بلا سبب.

إضافة إلى الحق في التوازن المالي للعقد والتي حددت بأربعة نظريات قسمت وفقا للمخاطر التي تواجه المتعامل المتعاقد فقد تكون مخاطر إدارية تعالجها نظرية فعل الأمير ومخاطر مادية تعالجها نظرية الصعوبات المادية الغير المتوقعة ، وقد تكون المخاطر أو الصعوبات إقتصادية تتعامل معها نظرية الظروف الطارئة وقد تصل إلى حد إستحالة تنفيذ العقد وهنا نكون أمام نظرية القوة القاهرة.

على غرار الحقوق تم الوقوف كذلك على إلتزامات المتعامل المتعاقد والتي يمكن إجمالها حول: إلتزام المتعاقد بتنفيذ بنود العقد وفقا للشروط والمواصفات المحددة في العقد، والإلتزام الشخصي بأداء الخدمة موضوع العقد، والإلتزام بدفع مبلغ الضمان.

الإستمرار في تنفيذ بنود العقد مقرون بالمتعاقد في حد ذاته فهو يلتزم بالتنفيذ طالما ظل ذلك في إستطاعته.لكن هذا الإستمرار في التنفيذ قد يطرأ عليه ظروف طارئة خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد كموته أو إفلاسه، فعند الوفاة للإدارة حرية التصرف إما بفسخ العقد ورد التأمين أو إستمرار الورثة في التنفيذ والفسخ في هذه الحالة يكون تلقائي ووجوبي دون الحاجة للإلتجاء للقضاء.

ثاني إلتزام هو الإلتزام الشخصي بأداء الخدمة يقصد به أن يؤدي هذا الشخص العمل المنوط به بنفسه وبما لديه من خبرة فنية ومقدرة مالية اللتان كانتا محل إعتبار عند إختياره، لكن هناك إستثناءات عن هذه القاعدة والتي ضبطها المشرع الجزائري في حالتين التنازل عن العقد والإستعانة بالغير في تنفيذ العقد، فالتنازل يكون كلي أو جزئي بحيث يعهد المتعاقد لغيره بتنفيذ إلتزاماته التي إرتبط بها فإذا كان بموافقة الإدارة يحل المتنازل إليه محل المتعاقد الأصلي وتنشأ بينه وبين الإدارة علاقة عقدية مباشرة ، بينما في حالة عدم موافقة الإدارة يعد الإتفاق غير نافذ ولايعتد به في حق الإدارة ما يبرر لها فسخ العقد. أما عن ثاني إستثاء والمتمثل في الإستعانة بالغير فيقصد به الإستعانة بأحد لتنفيذ المشروع محل العقد وعدم إلقاء المسؤولية التي تعهد بها على الغير.

ويقصد بالمتعامل الثانوي أن يستعين المتعاقد بأشخاص ثانويين لإنجاز بعض أجزاء الصفقة ويتقاضى مستحقاته من الإدارة هذا من باب الوفاء للمتعاملين الثانويين النظاميين بحقوقهم الثابتة والمكفولة على الصفقة.

ثالث إلتزام هو إلتزام المتعامل المتعاقد بدفع مبلغ الضمان والذي هو عبارة عن مبلغ مالي يودع لدى جهة الإدارة تتوقى بها الأخطار التي قد تنجم إثر تنفيذ الصفقة. اذ تعتبر الضمانات أداة استراتيجية في يد المصلحة المتعاقدة منحها ايها المشرع وذلك للمحافظة على الأموال العامة نظرا لأن الصفقات تصرف مبالغ باهضة من خزينة الدولة.

أول ضمان هو الكفالة التي لم يتطرق لها المشرع بالتعريف بل عرفتها الماد 644 من القانون المدني وتعتبر تأمين شخصي اذ يلتزم الكفيل بتنفيذ إلتزامات المدين في حالة تقاعسه أو

إفلاسه فهو عقد بين الكفيل والدائن، وتنقسم الكفالة إلى ثلاثة أنواع كفالة تعهد وكفالة رد أو إرجاع التسبيقات، وكفالة حسن التنفيذ.

بالإضافة إلى الكفالة تطرق المشرع لضمانات مالية أخرى وهي: الضمانات الخاصة والحكومية والضمان العشري وإقتطاعات حسن التنفيذ وإقتطاع الضمان.

النتائج المتوصل إليها:

ومن خلال ما سبق تم التوصل لمجموعة من النتائج وهي:

1- دور الإدارة في تحديد السعر يكون أكثر عندما تعقد الصفقة بطريقة التراضي، حيث يتقلص هذا الدور إلى حد كبير عندما تعقد بطريقة طلب العروض.
2- لا يمكن للإدارة فرض أسعار معينة غير متفق عليها مع المتعاقد وبإرادتها المنفردة، فالمقابل المالي حق مضمون للمتعامل للمتعاقد يمنح بشكل قيم تحدد بصفة إجمالية أو بناء على قائمة سعر الوحدة أو بناء على نفقات المراقبة أو بصفة مختلطة.
3- من أشكال التسوية المالية التسبيق والذي يتفرع بدوره إلى شكلين التسبيق الجزافي والتسبيق على التموين واللذان يختلفان في كون التسبيق الجزافي لا يتحدد بناءا على إعتبارات معينة على عكس التسبيق على التموين الذي يدفع بناءا على إثبات المتعامل المتعاقد لطلباته المؤكدة للمواد أو المنتوجات، كما يمكن الجمع بين التسبيقين.
4-المشرع الجزائري إستثنى الخطأ الجسيم الذي يلحق المتعامل المتعاقد، فحتى لو تم التنازل عن هذا الحق في التعويض فإن الإدارة ملزمة بالتعويض على هذه الحالة على غرار ما هو معتاد فلاستحقاق التعويض.
5- سلطة تعديل شروط العقد تكون بالإرادة المنفردة للإدارة يقابلها حق المتعاقد في التعويض وذلك يمنحه من الإمتيازات المالية ما يساوي الزيادة في إلتزاماته.
6- إذا خلا العقد من النص على مدة التنفيذ فلا يعني ذلك أن المتعاقد ليس ملزما بإحترام أية مدة ويستطيع تنفيذ العقد إلى مالا نهاية إذ في مثل هذه الحالة تقدر المدة العادية للتنفيذ.

7- تتجلى أهمية شخص المتعامل المتعاقد في كون مميزاته و مؤهلاته هي الدافع للتعاقد، وتظهر هذه الأهمية في حالة الوفاة إذ تعتبر من بين الأسباب القانونية لإنهاء علاقة العمل.

المقترحات:

وبعد العرض لمجموع النتائج المتوصل إليها في هذه الدراسة ننتقل إلى إبراز أهم الاقتراحات التي خرجنا بها وهي كالتالي:

1- التأكد من حسن التنفيذ وأداء الخدمة قبل إتخاذ إجراء تحويل المال ووضعه في رقم حساب المتعامل المتعاقد.

2- الحرص على الصفة لأنها وثيقة الصلة بفكرة المال العام وبحقوق الخزينة العامة وذلك لأن المتعامل المتعاقد شخص طبيعي أو إعتباري (شركة) متى تم تغيير صفته كتغيير اسم الشركة يعد تنازل عن العقد .

3- يجب عدم التنازل المسبق من طرف المتعاقد في العقد عن الحق في التعويض على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين تحت أي ظرف كان.

4- يجب على المشرع أن يقيد الإدارة بضوابط تمنعها عن زيادة الإنجاز عن ما هو متفق عليه أو ما هو معتاد مما يسبب في إلحاق الضرر بالمتعاقد وهذا لمنع مطالبة المتعامل المتعاقد من فسخ العقد لضمان سير المرفق العام.

5- يمكن للإدارة النص في دفاتر الشروط على ضمانات إستثنائية غير التي تطرقنا إليها حتى تتمكن من تنفيذ العمل على أحسن وجه ومثال هذه الضمانات فرض عقوبات على المتعامل المتعاقد في حال تأخر في رد العتاد الذي قدم له.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر و المراجع

أولا: المصادر (القوانين)

I.التشريع الأساسي:

1- القانون رقم 16-01، المؤرخ في 06 مارس 2016، **المتضمن التعديل الدستوري**، الجريدة الرسمية، العدد 14 لسنة 2016.

II.المراسيم:

2- المرسوم الرئاسي 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، **المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام**، الجريدة الرسمية، العدد 50 لسنة 2015.

3- المرسوم الرئاسي 12-23، المؤرخ في 18 يناير 2012، **المتضمن تنظيم الصفقات العمومية**، الجريدة الرسمية، العدد 04 لسنة 2012.

4- المرسوم الرئاسي رقم 11-98، المؤرخ في أول مارس 2011، **المتضمن تنظيم الصفقات العمومية**، الجريدة الرسمية، العدد 14 لسنة 2011.

5- المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المؤرخ في 14 أكتوبر 2010، **المتضمن تنظيم الصفقات العمومية**، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 58 لسنة 2010.

6- المرسوم الرئاسي رقم 02-250 مؤرخ في 24 جويلية سنة 2002 ، **المتضمن تنظيم الصفقات العمومية** ، الجريدة الرسمية ، العدد 52 لسنة 2002.

7- المرسوم التنفيذي 98-67، المؤرخ في 21 فبراير 1998، **المتضمن إنشاء صندوق الصفقات العمومية وتنظيمه وسيره**، الجريدة الرسمية، العدد 11 لسنة 1998.

III.الأوامر:

1- الأمر 01-01، المؤرخ في 2001/02/27، المعدل والمتمم للقانون رقم 10/90، المؤرخ في 1990/04/14، **المتعلق بالنقد والقرض**، الجريدة الرسمية، العدد 14 لسنة 2010.

2- الأمر 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، **المتضمن القانون المدني**، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 75 لسنة 1975.

ثـانيا: المراجع

I.الكتب المتخصصة:

1- عادل بوعمران، **النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية**، الطبعة [بدون]، الجزائر: دار الهدى، 2010.

2- عبد العالي سمير، **الصفقات العمومية والتنمية**، الطبعة الأولى، الرباط: مطبعة المعارف، 2010.

3- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **الأسس العامة للعقود الإدارية**، الطبعة:[بدون]، الإسكندرية: منشأة المعارف، 2004.

4- عمار بوضياف، **شرح تنظيم الصفقات العمومية**، الطبعة الثالثة، الجزائر: دار جسور، 2011.

5- ماجد راغب الحلو،**العقود الإدارية**، الطبعة: [بدون]، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 2004.

6- محمد الصغير بعلي، **العقود الإدارية**، الطبعة [بدون]، الجزائر: دار العلوم، 2005.

7- محمود خلف الجبوري، **العقود الإدارية**، الطبعة الثانية، الأردن: دار الثقافة، 1998.

8- محمود عاطف البنا، **العقود الإدارية**، الطبعة الأولى، القاهرة: دار الفكر العربي، 2007.

9- مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، **العقود الإدارية وأحكام إبرامها**، الطبعة: [بدون]، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 2008.

10-نصري منصور نابلسي، **العقود الإدارية (دراسة مقارنة)**، الطبعة الأولى، مكان النشر: [بدون]، منشورات زين الحقوقية، 2010.

II.الكتب العامة:

1- إبراهيم إسماعيل إبراهيم، **الضمان الإحتياطي في الأوراق التجارية**، الطبعة:[بدون]، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999.

2- أحمد محمود جمعة، **العقود الإدارية(طبقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديدة)**، الطبعة:[بدون]، الإسكندرية: منشأة المعارف، 2007.

3- أنور العمروسي، **التضامن، والتضامم، والكفالة**، الطبعة الأولى، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 1999.

4- رفيق يونس المصري، **مناقصات العقود الإدارية، عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة**، الطبعة الثانية، سورية: دار المكتبي، 2010.

5- عبد الحميد الشواربي، **العقد الإداري في ضوء الفقه والتشريع**، الطبعة:[بدون]، الإسكندرية: منشأة المعارف، 2003.

6- مازن ليلو راضي، **العقود الإدارية**، الطبعة الأولى، عمان : دار قنديل للنشر والتوزيع، 2011.

7- ---------- ، **العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن**، الطبعة [بدون]، منشأة المعارف الإسكندرية، 2003.

8- محمد فؤاد عبد الباسط، **العقد الإداري(المقومات، الإجراءات، الآثار)**، الطبعة:[بدون]. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2006.

9- مفتاح خليفة عبد الحميد، **إنهاء العقد الإداري**، الطبعة:[بدون]، الإسكندرية : دار المطبوعات الجامعية، 2007.

10-هناء العلمي وآخرون، **منازعات الصفقات العمومية على ضوء النص القانوني ووقائع الإجتهاد القضائي المغربي**، الطبعة الأولى، الرباط: طوب بريس، 2010.

11- هيبة سردوك، **المناقصة كطريقة للتعاقد الإداري**، الطبعة الأولى، الإسكندرية: مكتبة الوفاء القانونية، 2009.

III. الرسـائل الجـامعية:

1-إسماعيل بحري، **الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر**، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2009.

2-مراد زوايد، **النظام القانوني للوفاء بالمقابل المالي بقانون الصفقات العمومية الجزائري**، مذكرة ماجستير، جامعة بومرداس، 2012.

IV. المقالات العلمية.

1- رقية جبار، **الكفالة البنكية كضمان في الصفقات العمومية**، المداخلة السادسة والعشرون، جامعة المدية، 2013، pdf.

ثالثا: المواقع الإلكترونية

1--http://www.ouarsenis.com/up/uploads/files/ouarsenis-261391b398.doc تاريخ الزيارة 2016/03/06 ، الساعة 18:20.

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

مقدمة .....
الفصل الأول: حقوق المتعامل المتعاقد 4
المبحث الأول: الحق في المقابل المالي المتفق عليه 5
المطلب الأول: صورة إقتضاء المقابل المالي المتفق عليه (الثمن) 6
الفرع الأول: تحديد الثمن في العقد 6
أولا: السعر الثابت 7
ثانيا: السعر القابل للمراجعة 7
الفرع الثاني: تحديد الثمن في حالة عدم النص عليه في العقد 8
أولا: حالة التعاقد بأسلوب التعاقد المباشر 8
ثانيا: الأمر الصادر من جهة الإدارة بتنفيذ أكثر مما إتفق عليه في العقد 8
المطلب الثاني: أشكال وآليات إقتضاء المقابل المالي 9
الفرع الأول: أشكال تسديد المقابل المالي 9
أولا: السعر الإجمالي أو السعر الجزافي 9
ثانيا: سعر الوحدة 10
ثالثا: السعر بناءا على نفقات المراقبة 10
رابعا: السعر المختلط 10
الفرع الثاني: آليات الوفاء بالمقابل المالي 11
أولا: التسبيق 11
ثانيا: الدفع على الحساب 14
ثالثا: التسوية على رصيد الحساب 15
المبحث الثاني: الحق في إقتضاء التعويض 17
المطلب الأول: التعويض على أساس الخطأ 17
الفرع الأول: أهم حالات الخطأ التي تستوجب التعويض 17
أولا: تأخر الإدارة في تنفيذ إلتزاماتها التعاقدية 17

ثانيا: إمتناع الإدارة عن تنفيذ إلتزاماتها التعاقدية 18
ثالثا:الخطأ المشترك بين الإدارة والمتعاقد 18
الفرع الثاني: شروط إستحقاق التعويض عند خطأ الإدارة 19
أولا: وجود الضرر نتيجة خطأ الإدارة 19
ثانيا: عدم التنازل عن المطالبة بالتعويض 19
المطلب الثاني: التعويض عن الأعمال الإضافية وغير التعاقدية 20
الفرع الأول: مفهوم الإثراء بلا سبب 21
أولا: الشروط المادية لتطبيق مبدأ الإثراء بلا سبب 21
ثانيا: الشروط القانونية لتطبيق مبدأ الإثراء بلا سبب 22
الفرع الثاني: التطبيقات العملية لعملية الإثراء بلا سبب 23
أولا: عدم إبرام العقد بصورة قانونية 23
ثانيا: تنفيذ أعمال خارج النطاق التعاقدي 24
المبحث الثالث: الحق في التوازن المالي للعقد 26
المطلب الأول: نظرية فعل الأمير ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة 26
الفرع الأول: نظرية فعل الأمير 27
أولا: تحديد نظرية فعل الأمير 27
ثانيا: شروط تطبيق نظرية فعل الأمير 28
ثالثا: آثار نظرية فعل الأمير 30
الفرع الثاني: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة 31
أولا: تحديد نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة 31
ثانيا: شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة 31
ثالثا: آثار نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة 33
المطلب الثاني: نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة 34
الفرع الأول: نظرية الظروف الطارئة 34
أولا: تحديد نظرية الظروف الطارئة 34
ثانيا: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة 36

ثالثا: آثار نظرية الظروف الطارئة 37
الفرع الثاني: نظرية القوة القاهرة 38
أولا: تحديد نظرية القوة القاهرة 38
ثانيا: شروط تطبيق نظرية القوة القاهرة 38
ثالثا: الآثار الناتجة عن نظرية القوة القاهرة 39
الفصل الثاني: إلتزامات المتعامل المتعاقد 42
المبحث الأول: الإلتزام بتنفيذ بنود العقد وفي المدة المتفق عليها 43
المطلب الأول: الإلتزام بتنفيذ بنود العقد 44
الفرع الأول: الإلتزام بتنفيذ بنود العقد حسب الكيفيات المتفق عليها 44
الفرع الثاني: الإلتزام بالإستمرار في تنفيذ بنود العقد 44
أولا: إستمرارية العقد الإداري عند وفاة التعاقد 45
ثانيا: إستمرارية العقد الإداري عند إفلاس المتعامل المتعاقد أو إعساره 46
المطلب الثاني: الإلتزام بأداء الخدمة موضوع العقد في المدة المتفق عليها 47
الفرع الأول: تحديد المدة 48
الفرع الثاني: إخلال المتعامل المتعاقد بمدة تنفيذ العقد 48
المبحث الثاني: الإلتزام بالأداء الشخصي للخدمة موضوع العقد 50
المطلب الأول: التنازل عن العقد 51
الفرع الأول: التنازل بموافقة الإدارة 51
الفرع الثاني: التنازل الحاصل دون موافقة الإدارة 52
المطلب الثاني: الإستعانة بالغير لتنفيذ العقد 53
الفرع الأول: اللجوء للمتعامل الثانوي 53
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للعقد الذي يربط بين المتعامل الثانوي والمتعامل المتعاقد ... 54
المبحث الثالث: الإلتزام بدفع مبلغ الضمان المالي لتنفيذ الصفقة العمومية 56
المطلب الأول: نظام الكفالة 57
الفرع الأول: الطابع الإلزامي لتقديم الكفالة 57
أولا: خصائص عقد الكفالة 57

ثانيا: أنواع الكفالة تنفيذ الصفقات العمومية 58
الفرع الثاني: أدوات تنفيذ نظام الكفالة 61
أولا: البنوك 62
ثانيا: صندوق ضمان الصفقات 62
المطلب الثاني: الضمانات المالية الأخرى 65
الفرع الأول: الضمانات الخاصة والحكومية والضمان العشري 65
أولا: الضمانات الخاصة 65
ثانيا: الضمانات الحكومية 65
ثالثا: الضمان العشري 66
الفرع الثاني: إقتطاعات حسب التنفيذ وإقتطاع الضمان 67
أولا: إقتطاعات حسن التنفيذ 67
ثانيا: إقتطاع الضمان 67
الخاتمة 69
قائمة المصادر والمراجع 73
فهرس الموضوعات 77

الملخص

ملخص

يتمتع المتعامل المتعاقد بجملة من الحقوق تتصل أساسا بالجانب المالي، وتتمثل في المقابل المالي كأول وأهم حق لأن الهدف هو تحقيق الربح، حيث يأخذ صور متعددة بحسب موضوع العقد والحق الثاني هو الحق في التعويض الذي يعد من المبادئ العامة لأن الإدارة متى تسببت في إحداث ضرر للمتعامل المتعاقد فإنها ملزمة بتعويضه كما إذا أخلت بإلتزاماتها التعاقدية وإن هي لم تلتزم بهذا التعويض جاز للمتعاقد اللجوء للقضاء، ولأنه قد ينجم عن تنفيذ العقد أحداث ووقائع من شأنها إرهاق المتعاقد والتأثير في مركزه المالي فتجعل تنفيذ العقد باهض الكلفة وقد يتسبب في إفلاسه لهذا استوجب إعادة التوازن المالي للعقد والذي يعتبر من ثالث حقوقه، حيث يكتسب المتعامل المتعاقد هذه الحقوق بمجرد تنفيذ إلتزاماته والتي يمكن حصرها في ثلاث إلتزامات أولها الإلتزام بتنفيذ بنود العقد وفي المدة المتفق عليها بحيث يلتزم بأداء الخدمة حسب الشروط والكيفيات المتفق عليها في دفتر الشروط وفي المدة المحددة وعدم إحترام الآجال يمنح للإدارة حق الفسخ، ثاني إلتزام هو الإلتزام بالأداء الشخصي للخدمة موضوع العقد والذي يقصد به عدم إلقاء موضوع العقد على الغير إلا إذا سمحت له الإدارة بذلك وبنص صريح في الصفقة كما هو الحال في التعامل الثانوي، وآخر إلتزام هو الإلتزام بدفع مبلغ الضمان المالي لأن الصفقة وثيقة الصلة بالخزينة العامة لذلك وجب أخذ الإحتياطات اللازمة لتأمين الإدارة والضغط أكثر على المتعامل المتعاقد لتنفيذ إلتزامته على أكمل وجه.