

حقوق المتعامل الاقتصادي في قانون الصفقات العمومية 247-15

إشراف الأستاذ السعيد بوغناقة

عماري عصام طالب دكتوراه ل.م.د.

issamdoc78@gmail.com

كلية الحقوق تيجاني هدام

جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1

تاريخ النشر

26 ديسمبر 2019

تاريخ القبول

02 ديسمبر 2019

تاريخ الإيداع

04 جويلية 2019

الملخص:

تعتبر الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام من أبرز المواضيع التي تشغل حيزا واسعا من اهتمام رجال القانون والإدارة والاقتصاد على السواء، وذلك بالنظر إلى الأهمية الكبرى التي يكتسبها هذا الموضوع في الوقت الراهن، حيث تصنف ضمن الوسائل القانونية التي تستخدمها الإدارة العامة لتنفيذ البرامج الاقتصادية، كما تعد من أهم أوجه إنفاق الأموال العمومية، باعتبار أن هذا النوع من العقود عادة ما يتطلب اعتمادات مالية ضخمة.

وكل ذلك يستدعي الموازنة بين المتغيرات الثلاث: الحفاظ على المال العام، تنفيذ البرامج الاقتصادية، مراعاة حقوق المتعامل الاقتصادي.

الكلمات المفتاحية: الصفقات العمومية، المرفق العام، الوسائل القانونية، البرامج الاقتصادية، الأموال العمومية.

RIGHTS OF THE ECONOMIC AGENT IN THE LAW OF PUBLIC TRANSACTIONS 15-247

Abstract:

Public transactions and General Assembly mandates are among the most important topics of concern to the legal, administrative and economic sectors, given the great importance that this subject currently enjoys. It is classified as a legal tool used by the General Directorate for the implementation of economic programs. Is one of the most important aspects of spending public funds, since this type of contract usually requires large financial allocations.

All this calls for a balance between the three variables: preservation of public money, implementation of economic programs, taking into account the economic rights of the client.

Keywords: Public transactions, General facility, Legal means, Economic programs, Public funds.

مقدمة:

اتجهت مختلف التشريعات نحو تحديد شروط وطرق إبرام الصفقات العمومية، إلى جانب ضبط الإجراءات والآليات القانونية الكفيلة بحماية المال العام الذي يكون محل نفقات هذا النوع من العقود، بما يكفل الموازنة بين متطلبات توفير الحاجات العامة للجمهور وتلبية الطلبات العمومية من جهة، ومقتضيات ضمان الاستعمال الحسن للمال العام وحمايته من التبيد من جهة ثانية.

وهي المقاربة التي حاولت الكثير من الدول تبنيها من خلال وضع إطار قانوني خصوصي مستقل بذاته ومتميزا في أحكامه عن القواعد التي تحكم روابط القانون الخاص، يتولى تنظيم الصفقات العمومية، وقد عرف في الجزائر خلال الفترة التي سبقت صدور المرسوم الرئاسي رقم

247-15 المؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015 بتسمية "تنظيم الصفقات العمومية"، لكن هذا المرسوم الأخير أضاف عبارة "تفويضات المرفق العام"، وأضحى يسمى "تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام"، حيث تطبق أحكامه على الصفقات العمومية التي تكون محل نفقات الدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية، كما تطبق أيضاً على تفويضات المرفق العام، كأسلوب حديث للتمويل والإنجاز والتسيير من خلال عقد الامتياز أو استئجار أراضي فلاحية أو إدارة المصلحة العامة أو التسيير، وعقب الفترة التعاقدية تصبح المنشأة أو الممتلكات المادية أملاكاً للمؤسسة العمومية أو الإدارة العمومية المعنية.

لذلك فقد منح المشرع من خلال هذا القانون للمصلحة المتعاقدة، سلطات وامتيازات واسعة في مواجهة المتعاقد معها لا مثيل لها في نطاق عقود القانون الخاص، حيث تمتد هذه السلطات من الإشراف والرقابة، والحق في تعديل الصفقة العمومية، ويصل إلى حد إمكانية توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد التي قد تصل إلى سلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء الصفقة العمومية.

وفي جميع الحالات السابقة تعتبر السلطات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة من النظام العام، لا يمكنها التنازل عنها أو الإتفاق مع المتعامل المتعاقد بما يخالف مقتضياتها، على اعتبار أنها امتيازات لم تقرر لمصلحة الإدارة في حد ذاتها، وإنما منحت لها من أجل حماية المصلحة العامة، وضمن حسن سير المرافق العامة.

وتكمن أهمية الموضوع في تصفية الضوء على حقوق المتعامل الاقتصادي والضمانات القانونية التي منحها المشرع الجزائري لضمان توازن الصفقة العمومية وتكريس حقه في إستيفاء حقوقه المالية في الحالات العادية وكذلك في الحالات الاستثنائية التي قد تكون بسبب خارج عن نطاق إرادته ولا يمكن للمتعامل الاقتصادي دفعه بأي حال من الأحوال، وهي حالات وفروض واقعية فرضتها التجربة العملية لإنجاز صفقات المتعلقة بإنجاز المرافق العامة، وهو ما جعل المشرع

من خلال القانون 15-247 يحيط بهذه الإشكاليات ويعالج كفاءات تسويتها دون الإخلال بالتزامات التعاقدية التي تنصرف إلى المتعامل الاقتصادي.

ومن هنا يثور التساؤل عن الحقوق التي يضمنها قانون الصفقات العمومية للمتعامل المتعاقد مع الإدارة كونها صاحبة سلطة وسيادة من خلال الصلاحيات الواسعة الممنوحة لها؟ فما هي حقوق المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة التي منحها له قانون الصفقات العمومية 15-247، لكي لا يكون الحلقة الأضعف في هذه الرابطة القانونية؟

الواقع أن حقوق المتعامل المتعاقد هي التزامات تقع على عاتق المصلحة المتعاقدة، ويحددها صراحة عقد الصفقة العمومية الذي يربطهما، وعلاوة عن ذلك قد تجد تلك الحقوق أساسها في النظرية العامة للعقود الإدارية، وبالنظر إلى أهميتها فإن ذلك يدعونا إلى تفصيل أبرزها بالاعتماد على المنهج التحليلي والمنهج الوصفي فيما يأتي:

المحور الأول: حق المتعامل المتعاقد في المقابل المالي.

المحور الثاني: حق المتعامل المتعاقد في اقتضاء التعويضات.

المحور الثالث: حق المتعامل المتعاقد في إعادة التوازن المالي للصفقة.

نتولى شرح كل منها فيما يلي:

المحور الأول: حق المتعامل المتعاقد في المقابل المالي:

لا شك في أن تنفيذ المتعامل المتعاقد لموضوع الصفقة على الوجه المرغوب فيه، يقتضي حصوله على المقابل المالي من أجل تغطية الأعباء المالية لتنفيذ الصفقة والحصول على الأرباح المشروعة المحققة.¹

¹ - دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، السنة الثانية، العدد الثاني، المؤرخ في 19 يناير 1964، وفي هذا السياق تنص المادة 28 من دفتر الشروط الإدارية العامة السالف الذكر أن الأسعار تشمل الربح وكذا جميع الحقوق والضرائب والأداءات والنفقات العامة، والنفقات غير الرسمية، وبصورة عامة جميع المصروفات الحادثة كنتيجة ضرورية ومباشرة للشغل.

ويأخذ المقابل المالي أشكالاً متعددة بحسب نوع وطبيعة الصفقة العمومية، فقد يكون في شكل رسوم محددة مسبقاً كما في عقد الامتياز مثلاً، كما قد يأخذ شكل ثمن محدد مسبقاً كما في عقد التوريد أو الأشغال العامة أو الخدمات أو الدراسات.

أولاً - تحيين المقابل المالي ومراجعته:

بالنظر إلى أهمية المقابل المالي¹، فإنه يدخل في نطاق البنود التعاقدية التي لا تقبل المراجعة أو التحيين إلا برضا المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة على السواء، وبالتالي لا يمكن لهذه الأخيرة تغييره بإرادتها المنفردة وإنما يتعين عليها التفاوض مع المتعاقد معها إن أرادت ذلك، كما لا يحق للمتعاقد التمسك بأية حجة للرجوع في أسعار الصفقة التي اتفق بذاته عليها، غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة، إذ يمكن تحيين الثمن أو مراجعته بناءً على تحيين الأسعار أو مراجعتها.²

1- تحيين الأسعار:

يمكن للمتعامل المتعاقد المطالبة بتحيين الأسعار متى نص دفتر الشروط على هذا الحق، لكن ذلك مقيد بمدى توافر إحدى الحالات التالية:

- إذا كان يفصل بين التاريخ المحدد لإيداع العروض وتاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة، أجل يفوق مدة تحضير العرض زائد ثلاثة (03) أشهر.
- يمكن اللجوء إلى تحيين الأسعار في حالة ما إذا تطلبت الظروف الاقتصادية ذلك، ما عدا الصفقات المبرمة عن طريق التراضي التي لا يمكن أن تكون محلاً لتحيين الأسعار.
- تجاوز مدة صلاحية العروض يعطي للمتعهد الحق في تحيين الأسعار حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 100 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15.³

¹ - محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، مصر 2000، ص 214.

² - المادة 41 من دفتر الشروط الإدارية العامة، مرجع سابق.

³ - المرسوم الرئاسي 15 - 247 المؤرخ في سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر العدد 50، المؤرخة في 20 سبتمبر 2015.

2- مراجعة الأسعار:

علاوة عن تحيين الأسعار أقر المشرع الجزائري إمكانية مراجعة أطراف الصفقة العمومية لأسعار الصفقة إذا كان السعر قابلاً للمراجعة، على أن تحدد الصفقة صيغة أو صيغ مراجعته، كـ كيفيات تطبيق هذه الصيغة أو الصيغ الخاصة بالمراجعة¹، وعلاوة عن ذلك يتعين أن تتم مراجعة الأسعار في إطار الشروط التالية: ²

- أ- يجب أن تتم مراجعة الأسعار في الحالات التي يميزها القانون.
- ب- تنحصر مراجعة الأسعار على الخدمات المنفذة فعلاً حسب شروط الصفقة.
- ج- لا تتعلق مراجعة الأسعار بصفات مبرمة بأسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة.
- د- يجب أن تراعى في صيغ مراجعة الأسعار الأهمية المتعلقة بطبيعة كل خدمة في الصفقة من خلال تطبيق معاملات وأرقام استدلالية تخص "المواد" و "الأجور" و "العتاد".
- هـ- يجب أن تطبق بنود مراجعة الأسعار مرة واحدة كل ثلاثة (3) أشهر ما عدا في حالة اتفاق مشترك بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد على تحديد فترة تطبيق أطول.

ثانياً - كيفيات تحديد المقابل المالي:

بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر يتضح أنه قد حدد صراحة كيفيات دفع أجر المتعامل

المتعاقد، حيث جاء فيها ما يلي: "يدفع أجر المتعامل المتعاقد وفق الكيفيات الآتية".³

- بالسعر الإجمالي والجزائي.

- بناء على قائمة سعر الوحدة.

¹ - المادة 42 من دفتر الشروط الإدارية العامة، مرجع سابق.

² - راجع المادة 100 من المرسوم الرئاسي 15-247 مرجع سابق.

³ - نصيرة بلحاج، تحديد السعر في الصفقات العمومية وفقاً للتشريع الجزائري "مداخلة مقدمة ضمن أشغال الملتقى الوطني حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، المنظم من طرف كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحيى فارس، المدينة، يومي 20 و 21 ماي 2013، ص 5 وما بعدها.

- بناء على النفقات المراقبة.

- بسعر مختلط.

ويفهم من ذلك أن المشرع قد منح للمصلحة المتعاقدة عدة خيارات في تحديد الكيفية المناسبة لدفع المقابل المالي، أخذا بعين الاعتبار نوع وطبيعة موضوع كل صفقة عمومية¹.

1. الدفع بالسعر الإجمالي والجزافي: فقد يتم الدفع بناء على ثمن يحدد جملة ومسبقا

لمجموع الخدمات التي يؤديها التعامل الاقتصادي، من غير تفاصيل توزيع الثمن ودون تحديد كل جزء منه لنوع معين من الخدمات موضوع الصفقة العمومية.

2. الدفع بناء على قائمة سعر الوحدة: قد يتم الدفع بناء على قائمة أسعار الوحدات

وفي هذا الأسلوب يحدد الثمن النهائي للصفقة بعد تقديم الخدمات²، وذلك إما بتحديد ثمن لكل نوع من الخدمات التي سيؤديها التعامل المتعاقد دون تحديد لكميتها أو تعيين حجمهما وهو ما يطلق عليه تسمية تحديد الثمن على أساس الجدول، وإما يتم تحديد ثمن لكل نوع من الخدمات التي سيؤديها التعامل المتعاقد مع تحديد حجم وكمية الخدمات المطلوب تأديتها وهو ما يسمى تحديد الثمن على أساس التسلسل³.

¹ - نصيرة بلحاج، المرجع نفسه، ص 14.

² - وفي هذا المعنى تنص المادة 2/38 "من القانون 247-15 على أن ":

- الصفقة التي تتضمن عدة أسعار أو جدول أسعار،

يعد الحساب طبقا لمقايير الأشغال المنجزة فعليا والواقعة مشاهدة رسميا لنص المادة 39 التالية، ولأسعار الوحدات المبينة في النشرة أو الجدول والمعدلة عند الاقتضاء طبقا لشروط مراجعة الأسعار التي يمكن أن تتطلبها الصفقة والتابعة عند اللزوم للتخفيض أو الإضافة الواردة في المشاركة...".

³ - تنص المادة الأولى فقرة ب من دفتر الشروط الإدارة العامة على ما يلي: "إن صفقات أسعار الوحدات هي الصفقات التي يجرى تسديدها على أسعار الوحدات وفقا للمقايير المنفذة فعليا ويجوز بصورة خاصة إعداد أسعار الوحدات على الصفقة المعتبرة (الجدول) أو إعدادها على أسعار النشرة المتداولة (التسلسل)...".

3. الدفع بناء على النفقات المراقبة: يحدد المقابل المالي - وفقا لهذا الأسلوب - بعد

انتهاء التعامل المتعاقد من تنفيذ الخدمات المطلوبة في دفتر الشروط، وذلك بناء على الوثائق، والكشوف التي يقدمها للمصلحة المتعاقدة، والمتعلقة بالأعباء المالية التي تحمّلها لقاء تنفيذ موضوع الصفقة إلى جانب الأرباح المشروعة التي يتحصل عليها. وإذا كان المقابل المالي في هذا الأسلوب لا يحدد عند إبرام الصفقة، فإن ذلك لا ينفي ضرورة معايير المراقبة مسبقا وكيفيات حساب نفقات المراقبة¹، وهو الأمر الذي أكدت عليه المادة 106 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر، إذ نصت 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.

4. الدفع بسعر مختلط: وبموجب هذا الأسلوب يمكن للمصلحة المتعاقدة مزج كيفيتين

أو أكثر من الكيفيات المشار إليها أعلاه، في سبيل تحديد المقابل المالي المستحق للتعامل المتعاقد، وعلى أية حال يجوز للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى هذا الأسلوب متى قدرت أهميته بشأن الصفقة العمومية محل التنفيذ.

ومن المفيد التنويه إلى أن المشرع الجزائري قد ترك للمصلحة المتعاقدة السلطة التقديرية من أجل تحديد الطريقة المثلى لدفع المقابل المالي للتعامل الاقتصادي المتعاقد معها، بما يتناسب مع نوع وطبيعة موضوع كل صفقة عمومية.

ثالثاً: كيفيات دفع المقابل المالي:

الأصل أن يحصل التعامل على المقابل المالي بعد التنفيذ التام والمرضي لموضوع الصفقة العمومية²، وبالتالي فإن المصلحة المتعاقدة غير ملزمة بدفعه قبل ذلك، ما عدا في حالة تقديم

¹ - SABRI Mohamed, AOUDIA Khaled, LALLEM Mohamed, Guide de gestion des marchés publics, édition de Sahel, 2000, p.69.

² - ناصر لباد، القانون الإداري، ج2: النشاط الإداري، ط1، لباد éditeur، سطيف، الجزائر، 2004، ص 443.

المتعامل المتعاقد لطلب يلتزم من خلاله الحصول على جزء أو أجزاء من المبلغ الكلي للصفقة حتى قبل إنهاء تنفيذها، وهذا ما أقره المشرع الجزائري وأيده غالبية فقهاء القانون الإداري، ولا غرابة في ذلك على اعتبار أن مقتضيات ضمان حسن سير المرافق العامة تستدعي ذلك، فإذا كان تنفيذ الكثير من الصفقات العمومية يتطلب أعباء مالية ضخمة، فإن ذلك قد يثقل كاهل المتعامل المتعاقد، مما يؤدي إلى تجنب المتعاملين الاقتصاديين للتعاقد مع الأشخاص المعنوية العامة، لذا من الأهمية بمكان إفادتهم من أقساط على أن تنتقص من المبلغ الإجمالي للصفقة. وبالرجوع إلى المادة 108 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر¹ يتضح أن المصلحة المتعاقدة تتبع في دفع المقابل المالي الكيفيات التالية:

1. التسبيقات : يعرفها البعض² على أنها مبلغ يدفع قبل أداء الخدمة محل العقد وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة، وعلى أية حال لا يتم دفع التسبيق إلا في حالة الصفقات العمومية التي يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة اثني عشر مليون دينار (12.000.000 دج) أو يقل عنه للأشغال أو اللوازم، وستة ملايين دينار (6.000.000 دج) للدراسات أو الخدمات، وعلاوة عن ذلك يشترط تقديم المتعامل الاقتصادي المتعاقد لكفالة بقيمة معادلة بإرجاع كل مبلغ يدفع له قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة، ويشترط أن تكون صادرة عن بنك خاضع للقانون الجزائري أو من صندوق ضمان الصفقات العمومية³، هذا بالنسبة للمتعاملين المتعاقدين الوطنيين، بينما يجب أن تصدر

¹ - تنص الفقرة الأولى من نص المادة 108 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مرجع سابق، على ما يأتي: "تتم التسوية المالية للصفقة بدفع التسبيقات و/أو الدفع على الحساب، وبالتسويات على رصيد الحساب".

² - Yves Haudemet, Traité de droit administratif, Tome 1, Droit administratif général, 16ème édition, L.G.D.J-DELTA, Paris, 2002, P.707.

³ - تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد أقر إمكانية تكفل صندوق ضمان الصفقات العمومية بتمويل الصفقات العمومية لتسهيل تنفيذها، فقد جاء في نص المادة 146 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر، ما يأتي: "يمكن صندوق ضمان الصفقات العمومية تمويل الصفقات العمومية لتسهيل تنفيذها، لاسيما منها تسديد كشوف أو فواتير، في إطار رصد ديون أصحاب الصفقات، وكذلك:

عن بنك خاضع للقانون الجزائري وأن يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى إذا تعلق الأمر بالمتعاملين المتعاقدين الأجانب¹، وتأخذ التسبيقات صورتين هما:

- **تسبيقات جزافية:** وهي مبالغ تدفعها المصلحة المتعاقدة للمتعامل الاقتصادي المتعاقد قبل تنفيذه لموضوعها، على ألا يتجاوز مبلغها قيمة أقصاها 15 بالمائة من السعر الأولي للصفقة العمومية²، ويتم ذلك مرة واحدة أو في شكل أقساط تنص الصفقة على فتراتها الزمنية³، مع ملاحظة أن المشرع قد رخص للمصلحة المتعاقدة أن تقدم استثنائيا تسبيقا جزافيا يفوق هذه النسبة، إذا كان يترتب على رفضها قواعد الدفع و/أو التمويل المقررة على الصعيد الدولي ضرر أكيد بهذه المصلحة بمناسبة التفاوض على صفقة، شريطة الموافقة الصريحة من الوزير الوصي أو مسؤول الهيئة العمومية أو الوالي، على أن تمنح هذه الموافقة بعد استشارة لجنة الصفقات العمومية المختصة.

- **تسبيقات على التمويل:** إذ علاوة عن التسبيقات الجزافية يمكن لأصحاب صفقات عمومية للأشغال والوظائف أن يحصلوا على تسبيقات على التمويل متى اثبتوا حيازتهم عقودا أو طلبات مؤكدة للمواد أو المنتوجات الضرورية لتنفيذ الصفقة، على ألا

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

- في إطار القرض مقابل الحقوق المكتسبة.

- في إطار الضمان على التسبيقات الاستثنائية الممنوحة مقابل رهون الحيازية لمختلف الصفقات المبرمة من قبل المصالح المذكورة في المادة 6 من هذا المرسوم.

¹ - المادة 110 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المصدر نفسه.

² - تنص المادة 01/111 من المصدر نفسه على ما يأتي: "يحدد التسبيق الجزافي بنسبة أقصاها خمسة عشر في المائة (15) من السعر الأولي للصفقة".

³ - نصيرة بلحاج، المرجع السابق، ص 06.

يتجاوز مجموع قيمة التسبيق الجزافي والتسبيق على التموين نسبة خمسين في المائة من المبلغ الإجمالي للصفقة¹.

وفي جميع الأحوال تتم استعادة التسبيقات بخضم من المبالغ التي يستحقها المتعامل صاحب الصفقة على أبعد تقدير عندما يبلغ مجموع المبالغ المدفوعة خمسة وثلاثين في المائة 35% من مبلغ الصفقة الأصلي ويجب أن ينتهي الاسترداد عندما يبلغ مجموع المبالغ المدفوعة نسبة ثمانين في المائة 80% من المبلغ الأصلي للصفقة، وهذا خلافا لما كان عليه الوضع في ظل المادة 83 المرسوم الرئاسي رقم 10-236².

2. الدفع على الحساب: هو دفع شهري أو على فترة أطول تقدمه المصلحة المتعاقدة لكل صاحب صفقة عمومية، إذا أثبت قيامه بعمليات جوهرية في تنفيذ هذه الصفقة، وفي هذا السياق أكد المشرع إمكانية استفادة أصحاب صفقات الأشغال من دفعات على الحساب عند التموين بالمنتجات المسلمة في الورشة والتي لم تكن محل دفع عن طريق التسبيقات على التموين، حتى نسبة ثمانين في المائة من مبلغها المحسوب بتطبيق الأسعار بالوحدة للتموين المعدة خصيصا للصفقة المقصودة على أساس الكميات المعانية.

¹ - تنص المادة 115 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر على ما يلي: "لا يمكن أن يتجاوز المبلغ الجامع بين التسبيق الجزافي والتسبيقات على التموين، بأي حال من الأحوال، نسبة خمسين في المائة (50) من المبلغ الإجمالي للصفقة".

² - V.Ounissi Layachi, « la procédure de passation des marchés publics : Étude analytique et réflexions à la lumière du code des marchés publics 2015 », intervention sur le décret présidentiel n° 15-247 du 16/09/2015 portant code des marchés publics, faculté de droit et des sciences politique, université de Biskra, 17 décembre 2015, p, 7 ets.

مع ملاحظة أن استفادة التعامل الاقتصادي المتعاقد من الدفع على الحساب يتوقف على تقديمه للوثائق المنصوص عليها في دفتر الشروط المتعلق بالصفقة المعنية، ولا يخص سوى التموينات المقتناة في الجزائر فقط.

3. التسوية على رصيد الحساب المؤقت: دفع للتعامل المتعاقد بعنوان التنفيذ العادي للخدمات المتعاقد عليها، مع خصم اقتطاع الضمان المحتمل، والغرامات المالية التي قد تقع على عاتق التعامل المتعاقد، إلى جانب الدفعات بعنوان التسبيقات والدفع على الحساب التي لم تسترجعها المصلحة المتعاقدة.

4. تسوية حساب الرصيد النهائي: ويترتب عنه رد اقتطاعات الضمان ورفع اليد عن الكفالات بمختلف أنواعها، وفي هذه الحالة يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تقوم بصرف بالتسوية النهائية في مدة لا تتجاوز ثلاثين يوما ابتداء من استلام الكشف أو الفاتورة، غير أن ذلك لا يحول دون تمديد هذه المدة إلى فترة لا تزيد عن الشهرين، وذلك بناء قرار صادر عن الوزير المكلف بالمالية.¹

وعلى أية حال يتعين على المصلحة المتعاقدة إعلام التعامل المتعاقد كتابيا بتاريخ الدفع، يوم إصدار الحوالة، فإذا لم تتقيد بهذا التاريخ فإنه يحق للمتعاقد معها المطالبة بفوائد التأخير محسوبة على أساس نسبة الفائدة التوجيهية لبنك الجزائر زائد نقطة واحدة (1) ابتداء من اليوم الذي يلي تاريخ نهاية هذا الأجل حتى اليوم الخامس عشر (15) مدرجا، الذي يلي تاريخ صرف الدفعات على الحساب، فإذا تم صرف الدفعات على الحساب بعد هذا الأجل ولم يرافقه صرف فوائد التأخير، ولم يتم إعلام المتعاقد بتاريخ صرف الدفعات، فإنه يتم تسديد الفوائد على التأخير إلى غاية تمكين التعامل المتعاقد من المبالغ المستحقة، ويترتب على عدم دفع كل الفوائد على التأخير أو جزء منها عند صرف الدفعات زيادة بنسبة اثنين في المائة (2) من مبلغ هذه الفوائد على كل شهر تأخير، ويقدر التأخير الذي تحتسب على أساسه هذه النسبة المثوية بشهر كامل محسوبا يوم بيوم.

¹ - المادة 01/122 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مرجع سابق.

مع ملاحظة أنه لا يمكن للمصلحة المتعاقدة توقيف أجل صرف الدفعات خلال الأجل الأصلي المحدد لذلك إلا مرة واحدة، شريطة تقيدها بالإجراءات المقررة في الفقرة السابقة من نص المادة 122 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

المحور الثاني: حق المتعامل المتعاقد في طلب إعادة التوازن المالي للصفقة:

من المعلوم أن المقابل المالي غير قابل للمراجعة إذا كان محددًا بصفة نهائية، الأمر الذي يلزم المتعامل المتعاقد بتنفيذ الخدمات التي تعهد بتأديتها بالثمن المتفق عليه في الصفقة، وبالمعايير المحددة في دفتر شروطها، وخلال الآجال المحددة لها، غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة على اعتبار أن المتعامل المتعاقد قد تعترضه ظروف خارجة عن إرادته لم تكن متوقعة أثناء إبرام الصفقة، فتؤدي إلى جعل الوفاء بالتزاماته التعاقدية من الأمور المرهقة له، بالنظر إلى تسببها في زيادة الأعباء المالية المتعلقة بتنفيذ الصفقة بشكل جسيم، لذا من الأهمية بمكان إفادته من إعادة التوازن المالي للصفقة، من خلال تمكينه من تعويضات كاملة أو جزئية لقاء استمراره في تنفيذ موضوع الصفقة، ولا شك في أن إقرار هذا الضمان لم يكن لأجل المتعامل المتعاقد في حد ذاته وإنما من أجل ضمان استمرار حسن سير المرافق العامة.¹

وغالبا ما يكون المتعامل المتعاقد أمام هذه الوضعية نتيجة إجراءات اتخذتها المصلحة المتعاقدة وأثرت مباشرة على التوازن المالي للصفقة، أو نتيجة إجراءات عامة اتخذتها السلطات العامة دون أن تكون الصفقة هي المقصودة بالذات بتلك الإجراءات، كما قد يكون نتيجة ظروف طارئة أو قوة قاهرة بحسب الأحوال، وقد انتهج المشرع الجزائري ما أقره القضاء الإداري في هذا الشأن، وأكد على حق المتعامل المتعاقد في ضمان التوازن المالي للصفقات العمومية تصريحًا وتلميحًا. وعلى أية حال يجب على المتعامل المتعاقد أن يؤسس مطالبته بالتعويض على إحدى النظريات التالية:

¹ - عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، دراسة تشريعية قضائية فقهية، الطبعة 01، جسر للنشر والتوزيع، المحمدية، الجزائر، 2007، ص 166.

1. نظرية فعل الأمير.

2. نظرية الظروف الطارئة.

3. نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

أولاً - نظرية فعل الأمير (المخاطر الإدارية):

تعتبر نظرية فعل الأمير أو ما يطلق عليها البعض نظرية المخاطر الإدارية من أبرز النظريات التي يمكن أن يستند عليها التعامل المتعاقد في المطالبة بالتعويض، جراء الأعباء المالية الإضافية التي يتحملها في سبيل الاستمرار في تنفيذ موضوع الصفقة العمومية، لكن استفادته من التعويض يتوقف على مدى توافر شروط تطبيق نظرية فعل الأمير، لذا من الأهمية بمكان الوقوف على مضمون هذه النظرية (أ) وشروطها (ب) وآثارها (ج).

أ - مضمون نظرية فعل الأمير:

بقصد بفعل الأمير (المخاطر الإدارية) كل الأعمال والإجراءات الإدارية المشروعة التي تتخذها وتصدرها السلطة الإدارية المتعاقدة، ويكون من شأنها زيادة الأعباء المالية بالنسبة للطرف المتعاقد مع الإدارة أو زيادة الامتيازات المنصوص عليها في العقد الذي يشكل مخاطر إدارية استثنائية وغير مألوفة¹.

ويفهم من ذلك أن كل عمل أو إجراء صادر عن المصلحة المتعاقدة ويؤدي إلى زيادة الأعباء المالية للمتعاقد بصفة غير مألوفة، يدخل في دائرة فعل الأمير الذي يبرر حق التعامل المتعاقد في المطالبة بالتعويض²، من أجل إعادة التوازن لاقتصاديات العقد³.

ومن المفيد التنويه إلى أن هذه النظرية من خلق مجلس الدولة الفرنسي وكان يطبقها بالنسبة لجميع الأعمال الإدارية التي تصدر من السلطات العامة في الدولة وينتج عنها إخلال بالتوازن

¹ - عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2002، ص 223.

² - Rivero Jean, Waline Jean, droit administratif, Dalloz, 2000, P.398.

³ - André de Laubadère, Yves Gaudemet, Traité de droit administratif. Tome 1 : Droit administratif général, 16ème édition, LGDJ, Paris 2004, p.702.

المالي، قبل أن يستقر على حصره تطبيقها على الإجراءات الصادرة من الجهة الإدارية التي وقعت العقد، سواء أثرت في العقد بصفة مباشرة أو غير مباشر¹.

ولقد كانت الاعتبارات العملية التي اقتضت منح الإدارة سلطة التعديل هي ذاتها الاعتبارات العملية التي جعلت مجلس الدولة الفرنسي يقر بالتعويض حتى يقدم الأفراد على التعاقد مع الإدارة دون ما خشية من آثار السلطة العامة التي تتمتع بها²، فضلا عن اعتبارات العدالة التي يراعاها القضاء الإداري والتي تأبى تحميل المتعاقد أعباء مالية دون ما سبب من جانبه إلا تعاقد مع الإدارة لأجل خدمة مرفق عام.

ومن تطبيقات نظرية فعل الأمير بالجزائر، قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا المؤرخ في 11 ديسمبر 1964³، فقد أبرمت بلدية فوكه عقد امتياز مع متعامل متعاقد "غاز وكهرباء الجزائر" ينصب موضوعه على توصيل الأعمدة والخطوط الكهربائية، إلا أن المصلحة المتعاقدة ممثلة في البلدية اتخذت قرارا يتعلق ببناء مدرسة في المسار المحدد لمدا الأعمدة والخطوط الكهربائية، الأمر الذي دفع المتعامل المتعاقد "المقاول" إلى تغيير مسار وجهة الأعمدة، مما ترتب عنه تحميله لأعباء مالية إضافية من أجل تنفيذ موضوع الصفقة، لكن عندما طالب بالتعويض رفضت المصلحة المتعاقدة "البلدية" طلبه، فلجأ إلى القضاء الإداري ممثلا في الغرفة الإدارية لمجلس قضاء العاصمة الذي أقر قضائها أن عمل البلدية داخلا في فعل الأمير، وذلك بالنظر إلى الاعتبارات التالية :

- تعلق موضوع النزاع بعقد صفقة عمومية.
- عدم توقع المتعامل المتعاقد لقرار بناء المدرسة.
- صدور قرار بناء المدرسة عن المصلحة المتعاقدة.

¹ - محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2012 ص 614.

² - سحر جبار يعقوب، "فسخ العقد الإداري لاستحالة التنفيذ بسبب الظروف الطارئة"، مجلة دراسات الكوفة، العدد السابع، كلية القانون، جامعة الكوفة، العراق، 2008، ص 147.

³ - عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 389.

- اختلال التوازن المالي للصفقة بسبب قرار المصلحة المتعاقدة.
- ب- شروط تطبيق نظرية فعل الأمير:
 - يجب أن يتعلق فعل الأمير بتنفيذ عقد إداري لا عقد من عقود القانون الخاص، حتى ولو كانت المصلحة المتعاقدة طرفاً فيه¹.
 - يجب أن يكون الإجراء أو العمل صادراً من قبل المصلحة المتعاقدة.
 - يجب أن يؤدي هذا الإجراء أو العمل إلى اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية اختلالاً كبيراً، لا يدخل في دائرة الأمور العادية والمألوفة².
 - ويستوي الأمر إن تسبب فعلها في زيادة الأعباء المالية أو إنقاص الأرباح بطريقة مباشرة أو غير مباشرة³.
 - يجب أن يكون الإجراء أو العمل الذي اتخذته المصلحة المتعاقدة غير متوقع من طرف المتعامل المتعاقد وقت التعاقد، فإذا كان متوقعاً، فإنه يفترض فيه أنه قدر تلك الظروف.
 - يجب أن يصدر الإجراء أو العمل من طرف المصلحة المتعاقدة، بعد إبرام الصفقة وأثناء تنفيذها وقبل الانتهاء من تنفيذها.

¹ - سمير عثمان اليوسفي، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن المالي للعقد الإداري، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص70.

² - محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص92.

³ - بن دعاس سهام، "مدى فعالية قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، مداخلة مقدمة ضمن أشغال الملتقى الوطني حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، المنظم من طرف كلية حقوق العلوم السياسية، جامعة يحيى فارس، المدينة، ليومي 20-21 ماي 2003، ص03.

وفي هذا الإطار قد يتخذ هذا الفعل صورة إجراءات فردية تؤثر بصفة مباشرة أو غير مباشرة على التوازن المالي للصفقة العمومية، كأن تفرض على المتعامل المتعاقد قيود تستهدف من ورائها حماية الأفراد، أو أن تتخذ إجراء أو إجراءات يترتب عنها تغيير في ظروف تنفيذ الخدمات التي التزم بإدائها في عقد الصفقة العمومية، على التوالي، للمزيد من التفاصيل: سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص85.

ج- آثار تطبيق نظرية فعل الأمير:

يترتب عن توافر شروط تطبيق فعل الأمير إعادة التوازن المالي للصفقة، عن طريق تعويض الأضرار التي لحقت بالمتعامل التعاقد نتيجة الإجراء الذي أصدرته الإدارة تعويضا كاملا، يشمل ما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة¹.

وفي هذا الإطار أكدت المادة 32 من دفتر الشروط الإدارية العامة المذكور سابقا، حق المتعامل المتعاقد في المطالبة بالتعويض عند انتهاء الحساب في عقد الأشغال العامة إذا تبين أن التغييرات التي أمرت بها المصلحة المتعاقدة قد أدت إلى الإضرار به².

هذا، وقد أقر غالبية فقهاء القانون الإداري حق المتعامل المتعاقد في المطالبة بفسخ الصفقة العمومية، إذا كان عمل أو إجراء المصلحة المتعاقدة قد جعل تنفيذه للخدمات الملتزم بأدائها مرهقا له، ولا يستطيع تحمل الأعباء المالية الإضافية المترتبة عنها³.

ثانياً - نظرية الظروف الطارئة:

علاوة على نظرية فعل الأمير، أقر القضاء الإداري نظرية أخرى يمكن للمتعاقد أن يؤسس عليها مطالبته بالتعويض عن اختلال التوازن المالي للصفقة، يتعلق الأمر في هذا الإطار بنظرية الظروف الطارئة، وبالنظر إلى أهميتها في حماية حقوق المتعاملين المتعاقدين مع الإدارة، حري بنا الإحاطة بها - ولو بشكل مقتضب - من حيث مضمونها (أ) وتحديد شروطها (ب) وبيان آثارها (ج).

¹ - محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 92.

² - فقد جاء في المادة 1/32 من دفتر الشروط الإدارية العامة السالف الذكر، ما يلي: "عندما تتضمن الصفقة تفصيلا تقديريا يبين أهمية مختلف أنواع الأشغال، وعندما يتبين أن التغييرات التي تأمر بها الإدارة وتنتج عن ظروف غير متأتية من خطأ أو عمل المقاول فتتناول أهمية مختلف أنواع الأشغال تختلف فيه المقادير، بما يفوق الخمسة والثلاثين بالمائة بزيادة أو نقصان عن المقادير المقيدة في التفصيل التقديري، فيستطيع المقاول عندئذ أن يقدم عند انتهاء الحساب طلبا بالتعويض، مرتكزا على الضرر المسبب له من جراء التعديلات الحاصلة بهذا الشأن في احتياطات المشروع".

³ - عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 226.

أ- مضمون نظرية الظروف الطارئة:

خلافًا للنظرية السابقة التي ينتج فيها الفعل عن إرادة الإدارة، يصدر الظرف الطارئ بصفة مستقلة عن إرادة الأطراف¹، ويتلخص مضمون هذه النظرية في أنه "إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الإداري حوادث وظروف طبيعية كانت أو اقتصادية أو من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر، لم تكن في حساب المتعاقد عند إبرام العقد، ولا يملك لها دفعا، ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما، ومؤدى تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها إلزام جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في احتمال نصيب من الخسارة التي ألحقت به طوال فترة الظروف الطارئة، وذلك ضمانا لتنفيذ العقد الإداري واستدامة لسير المرفق العام الذي يخدمه..."².

ويفهم من ذلك أن نظرية الظروف الطارئة تجب مبررها في ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد، باعتبار أن عدم تحمل المصلحة المتعاقدة لجزء من الخسائر قد يؤدي إلى إرهاب المتعامل المتعاقد وانقطاعه عن الاستمرار في تنفيذ موضوع الصفقة، الأمر الذي يؤدي إلى المساس بمبدأ دوام واستمرار سير المرفق العام، لذا شدد القضاء الإداري على ضرورة إفادة المتعامل المتعاقد من التعويض الجزئي³، متى تعرض لظروف طارئة أدت إلى اختلال اقتصاديات الصفقة العمومية اختلالا جسيما.

ولا تفوتنا الإشارة إلى أن نظرية الظروف الطارئة من خلق مجلس الدولة الفرنسي الذي أقرها سنة 1916 بمناسبة فصله في قضية إنارة مدينة "بورديو"، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن عقد امتياز أبرم بين مدينة "بورديو" الفرنسية وأحد المتعاملين « compagnie générale

¹ - عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي، "القدرة القانونية للإدارة في تعديل العقد، مجلة العقود، المجلد 9، العدد 16، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، 2006، ص 18.

² - قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية، المؤرخ في 11 ماي 1968، الطعن رقم 1562، لسنة 10 ق، 68 لسنة 11 قضائية، مشار إليه في: حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية الدولية، د.د.س.ن، ص 331.

³ - عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي، المرجع السابق، ص 18.

« d'éclairage de Bordeaux »، التزمت بمقتضاه هذه الأخير بتوفير الإنارة للمدينة، لقاء رسوم محددة في العقد، لكن مع استعار الحرب العالمية الأولى ارتفعت أسعار المادة الأولية "الفحم" ارتفاعا فاحشا، الأمر الذي أدى إلى اختلال اقتصاديات العقد، لذا طلب المتعامل المتعاقد من المصلحة المتعاقدة « La ville de Bordeaux » رفع الرسوم التي يدفعها المنتفعين، فرفضت ذلك استنادا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، مما دفعه إلى رفع دعوى أمام القضاء الإداري، وحال فصل قضاة مجلس الدولة الفرنسي في القضية أقرّوا حق المتعامل المتعاقد في الاستفادة من تعويض جزئي ومؤقت إلى غاية زوال الظرف الطارئ المتمثل في ارتفاع أسعار الفحم، مؤسسين اجتهدهم على نظرية الظروف الطارئة، وقد خلص قضاة المجلس إلى ضرورة استمرار المتعامل المتعاقد في تنفيذ الخدمات التي التزم بها، من أجل ضمان استمرار سير المرفق العام، وله الحق في طلب مساهمة الإدارة في الخسائر التي تلحق به بصفة مؤقتة¹.

وبالرجوع إلى الاجتهاد القضائي الجزائري يتضح أن قضاة الغرفة الإدارية للمحكمة العليا قد طبقوا نظرية الظروف الطارئة، وهذا ما يتجلى من قرارها المؤرخ في 10 أكتوبر 1993، بمناسبة نظرهم في قضية (د.ح)/ ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة، حيث

¹ - le Conseil d'état décide :

« ... Article 1^{er} : L'arrêté susvisé du conseil de préfecture du département de la Gironde en date du 30 juillet 1915 est annulé.

Article 2 : La Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux et la ville de Bordeaux sont renvoyées devant le Conseil de préfecture pour être procédé, si elles ne s'entendent pas amiablement sur les conditions spéciales aux quelles la compagnie continuera son service, à la fixation de l'indemnité à laquelle la compagnie a droit à raison des circonstances extracontractuelles dans lesquelles elle aura du assurer le service concédé.

Article 3 : La ville de Bordeaux est condamnée à tous les dépens de première instance et d'appel » : V. Conseil d'État, Section, 30 mars 1916 , Compagnie général d'électricité de Bordeaux, requête numéro 59928, publié au recueil Lebon, P.125.

جاء في حيثيات القرار أنه: "من المقرر قانوناً أنه إذا طرأت ظروف استثنائية لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي إن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ولما ثبت أن السوق محل العقد المبرم بين المستأنف والمستأنف عليه بقى مغلقاً بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي، فإن ذلك يعد حادثاً استثنائياً يجب الأخذ به".¹

وعلى أية حال، لا يمكن للمتعامل المتعاقد مطالبته بالتعويض استناداً إلى هذه النظرية، إلا إذا توافرت شروطها، لذا من الأهمية بمكان بيانها في العنوان اللاحق (ب).

ب- شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة²:

- حصول حوادث استثنائية غير متوقعة ومن غير الممكن دفعها، بعد إبرام العقد وقبل انتهاء المتعامل المتعاقد من تنفيذ موضوع الصفقة، ومن أمثلتها الارتفاع الفاحش أسعار المواد الأولية، اندلاع الحروب، الكوارث.
- يجب أن يكون الحادث الطارئ خارجاً عن إرادة المتعاقدين، فلا يستفيد المتعاقد من هذا الظرف متى كان هو السبب في حصوله، كما لا يتم التعويض على أساسه إذا كان للمصلحة المتعاقدة يد فيه، حيث يكون أساس التعويض في هذه الحالة هو فعل الأمير.
- يجب أن تؤدي الظروف الطارئة إلى قلب اقتصاديات الصفقة العمومية مع عدم استحالة تنفيذها، فلا يمكن للمتعامل المتعاقد المطالبة بالتعويض على أساس نظرية

¹- قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، ملف رقم 99694، المؤرخ في 10 أكتوبر 1993، قضي د.ح/رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة، منشور في: المجلة القضائية، العدد الأول، 1994، ص 217.

²- سحر جبار يعقوب، المرجع السابق، ص 151.

الظروف الطارئة إذا لم تتسبب هذه الظروف في خسائر غير مألوفة¹، أو نقص فادح في الأرباح المشروعة المحتملة للمتعامل المتعاقد².

ج- آثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

- استمرار المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته التعاقدية رغم حدوث الاختلال المالي وذلك تطبيقاً لمبدأ ضرورة انتظام واضطراب سير المرافق العامة، تحت طائلة التعرض للعقوبات المقررة في حالة انقطاعه عن تنفيذ تلك الالتزامات.

- حصول المتعامل المتعاقد على مساهمة من المصلحة المتعاقدة في صورة تعويض جزئي بقصد إعادة التوازن المالي للصفقة في الحدود التي تسمح بإعادة التوازن الاقتصادي للصفقة، ويفهم من ذلك أن التعويض لا يكون كاملاً، كل ما في الأمر أن المصلحة المتعاقدة تتقاسم مع المتعامل المتعاقد الخسائر التي مست باقتصادات الصفقة، بالقدر الذي يسمح دون للمتعامل المتعاقد من الاستمرار في تنفيذ الخدمات التي التزم بها، تكرساً لمبدأ دوام سير المرفق العام باستمرار واضطراب.

ومن المفيد التنويه إلى أن هذا التعويض مؤقت وليس مؤبد أي يرتبط بالظرف الطارئ وجوداً وعدماً، وبالتالي تمتنع المصلحة المتعاقدة عن تقديم مساهمتها في الخسائر بزوال هذا الظرف، وإذا استغرق هذا الأخير فترة زمنية طويلة فحينها يفقد التعويض علته المتمثلة في مساعدة المتعامل الاقتصادي المتعاقد على تجاوز الظروف الطارئة من أجل الاستمرار في تنفيذ مضمون العقد الإداري، ويتحول الوضع من "ظرف طارئ" إلى "قوة القاهرة" تنطبق عليها أحكام نظرية القوة القاهرة، ويلاحظ في هذا الصدد أن جميع المراسيم الرئاسية المتعلقة بتنظيم الصفقات العمومية قد نصت في بعض أحكامها على تطبيق نظرية "القوة القاهرة" بشأن الصفقات العمومية التي تبرمها المصلحة المتعاقدة مع المتعاملين الاقتصاديين، وهو الأمر الذي كرسه المرسوم

¹ - عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 226.

² - محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 612.

الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر، إذ ورد هذا المصطلح في نص المادة 147 منه، حيث أشارت إلى القوة القاهرة كسبب لإعفاء المتعامل المتعاقد من العقوبات المالية، واكتفت بتحديد آثار تطبيقها دون الإشارة إلى مدلولها أو بيان شروطها، الأمر الذي يحيلنا إلى تطبيق الشروط العامة للنظرية والواردة في القانون المدني الجزائري، وعلى أية حال فقد جاء في الفقرة الخامسة من هذه المادة ما نصه "وفي حالة القوة القاهرة، تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير، ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف واستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة".

ويفهم من مضمون هذه الفقرة أن من أبرز الآثار القانونية لتطبيق نظرية القوة القاهرة تتمثل في استفادة المتعامل المتعاقد من تعليق آجال تنفيذ موضوع الصفقة العمومية، وعلاوة على ذلك يعفى المعني من العقوبات المالية المترتبة عن تأخير التنفيذ، وفي كلتا الحالتين يشترط أن يعود سبب ذلك التأخير إلى القوة القاهرة، وإذا كانت المادة 147 المذكورة أعلاه قد تناولت "القوة القاهرة" بصفة موجزة، فإن المادة 27 من دفتر الشروط الإدارية العامة السابق الإشارة إليه، قد نصت صراحة على الحالات التي لا يمكن أن يتمسك المتعامل المتعاقد بها كأسباب مبررة لعدم تنفيذ التزاماته التعاقدية استنادا إلى نظرية القوة القاهرة، وإذا كانت المادة 147 المذكورة أعلاه قد تناولت "القوة القاهرة" بصفة موجزة، فإن المادة 27 من دفتر الشروط الإدارية العامة السابق الإشارة إليه، قد نصت صراحة على الحالات التي لا يمكن أن يتمسك المتعامل المتعاقد بها كأسباب مبررة لعدم تنفيذ التزاماته التعاقدية استنادا إلى نظرية القوة القاهرة.

ثالثاً - نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

تعتبر نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من أهم النظريات التي قد يستند إليها المتعامل الاقتصادي المتعاقد في المطالبة بالتعويض عن اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية، ومن أجل بحث هذه النظرية من الأهمية بمكان تحديد مضمونها (1)، ثم التطرق لشروطها (2)، وبيان أبرز آثار تطبيقها (3).

1. مضمون نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

يقصد بالصعوبات المادية غير المتوقعة كافة العوائق المادية التي تظهر أثناء تنفيذ موضوع الصفقة العمومية، بحيث تكون ذات طابع استثنائي ولم يتوقعه المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة أثناء إبرام العقد، وتؤدي إلى اختلال التوازن المالي للصفقة بزيادة الأعباء المالية التي يتحملها المتعامل المتعاقد، الأمر الذي يتيح له المطالبة بالتعويض الكامل استنادا إلى نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.¹

ومن الأهمية بمكان الإشارة إلى أن هذه النظرية من ابتداء مجلس الدولة الفرنسي، إذ يعود أول قرار له صدر بشأنها إلى تاريخ 18 مارس 1869 في قضية « Veyert »، حيث أعترف قضاء هذا المجلس بحق المتعاقد في الحصول على تعويض عن الضرر الذي صادفه عن تنفيذ العقد وذلك بسبب صعوبات مادية غير متوقعة لا ترجع إلى فعله أو فعل الإدارة.²

2. شروط تطبيق النظرية:

من خلال تفحص مضمون نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، يمكن استخلاص الشروط الواجب تحققها حتى يستطيع المتعامل المتعاقد الاستناد إلى النظرية في مطالبته بالتعويض، وتتمثل أساسا فيما يأتي:

- يجب أن تكون الصعوبات المادية راجعة إلى ظواهر طبيعية: على اعتبار أن الصعوبات المادية تتعلق بظواهر طبيعية فمن المتصور أن تنصب على عدم صلاحية الأرض محل الأشغال العامة بأن تكون صخرية أو رملية غير صالحة للبناء عليها أو تحتاج إلى تجهيزات أكثر تكلفة مما قدره المتعاقدون وقت إبرام العقد أو وجود طبقة غزيرة من

¹ - راجع في هذا الصدد قرار محكمة القضاء الإداري المصرية، الطعن رقم 7892، لسنة 11 قضائية، مجموعة

الأحكام القضائية، السنة 11، ص 102

² - عليوات ياقوتة، "تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري: الصفقات العمومية، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2008-2009، ص 189.

المياه أثناء تنفيذ موضوع الصفقة الأمر الذي يتطلب تقنيات خاصة ومكلفة لسحبها.¹

- يجب ألا تكون للإدارة يد في الصعوبات: أي لا تكون الصعوبات المادية ناتجة عن فعل المصلحة المتعاقدة، على اعتبار أن استفادة التعامل المتعاقد من تطبيق هذه النظرية يتطلب ذلك، فإذا كانت لها يد فيما أمكن له المطالبة بالتعويض الجزئي استنادا إلى نظرية فعل الأمير متى تحققت شروطها كما بينا سابقا.
- يجب أن تكون الصعوبات المادية ذات طابع استثنائي غير عادي: لان الصعوبات المادية لا تعني العقوبات العادية التي من المتصور أن يضعها التعامل المتعاقد في حسابه وقت التعاقد أو التنفيذ، ولكنها تتعلق بعقوبات من نوع غير مألوف، وعلى أية حال يتمتع القاضي الإداري بسلطة تقديرية واسعة في سبيل تقدير طبيعة الصعوبات المادية وبما إذا كانت تدخل في دائرة الصعوبات المألوفة، أم أنها ذات طبيعة استثنائية يمكن أن تطبق عليها نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.
- يجب أن تؤدي الصعوبات المادية إلى ضرر ليس في وسع المتعاقد تحمله، وذلك بزيادة الأعباء المالية لتنفيذ موضوع الصفقة بشكل يجعل استمراره في تنفيذ التزاماته التعاقدية من الأمور المرهقة والمكلفة له.

3. آثار تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة²:

- استمرار المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته التعاقدية رغم حدوث الاختلال المالي وذلك تطبيقا لمبدأ سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وذلك تحت طائلة التعرض للعقوبات المقررة في حالة انقطاعه عن تنفيذ تلك الالتزامات.

¹ محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية، ص 114، متاح على الموقع www.pdfactory.com، تاريخ الإطلاع 15 مارس 2019.

² لمزيد من التفاصيل: محمد الشافعي أبو راس، المرجع السابق، ص 120.

- استحقاق المتعامل المتعاقد من تعويض كامل تقدمه المصلحة المتعاقدة، من أجل إعادة التوازن المالي للصفقة، ويفهم من ذلك أنه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تغطي كافة النفقات الإضافية التي تحملها المتعاقد معها في سبيل مواجهة الصعوبات التي اعترضت تنفيذ العقد بصورة طبيعية، وليس مجرد مساهمة جزئية فتتحصّر في تحمل جزء من تلك الأعباء.

- وهكذا تخلص إلى أن تطبيق النظريات الثلاثة من شأنه ضمان إعادة التوازن المالي للصفقات العمومية، طالما أنها تتيح للمتعامل المتعاقد الاستفادة من تعويض جزئي أو كامل من المصلحة المتعاقدة، الأمر الذي يمكنه من الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية دون توقف، ويحقق مبدأ ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام وباضطراد.

الخاتمة:

لقد كرّس المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، لأول مرة طرق تفويض المرفق العام، وذلك من أجل الاستعانة بالقطاع الخاص في إنشاء وتسيير وصيانة استغلال المرافق العمومية مع احتفاظ الدولة بملكيتها، وهو توجه محمود حسب اعتقادنا، ولعل هذا الأمر أهم ميزة ينفرد بها المرسوم الحالي عن المراسيم السابقة التي عرفت البلاد منذ ستينات القرن الماضي.

ولا غرابة في ذلك على اعتبار أنه جاء في سياق الأوضاع الاقتصادية الراهنة، التي تتطلب الاستفادة من قدرات المتعاملين الاقتصاديين من خلال مساهمتهم في إنشاء وتسيير المرافق العامة. إن من السمات المميزة للصفقات العمومية إنفراد الإدارة العامة بتحديد الشروط التي تحكم الصفقة مسبقا، دون اشتراك المتعاملين الاقتصاديين في وضعها، حيث تحرر تلك الشروط كتابة في "دفاتر شروط"، التي تضعها الإدارة وتحنينها بصفة دورية، وحرصا من المشرع الجزائري على حماية المال العام وتحقيق المصلحة العامة، فقد جعل عقود الصفقات العمومية تتميز عن غيرها، كونها عقود إذ كان تظهر فيها الإدارة بمظهر السلطة والسيادة وبسط الرقابة على من يتعاقد معها من متعاملين اقتصاديين، ولكن ومع كل هذه الامتيازات الممنوحة للإدارة فقد ضمن

المشرع الجزائري حق التوازن والموازنة بين المصلحة العامة في إنجاز المرافق العمومية، والمصلحة الخاصة للمتعامل المتعاقد مع الإدارة، وذلك من خلال ضمانات وحقوق أقرها القانون للمتعامل الاقتصادي، وذلك حتى لا يكون الحلقة الأضعف في هذه العلاقة التعاقدية والواقع أن حقوق المتعامل المتعاقد هي التزامات تقع على عاتق المصلحة المتعاقدة، ويحددها صراحة عقد الصفقة العمومية الذي يربطهما، وعلاوة على ذلك قد تجد تلك الحقوق أساسها في النظرية العامة للعقود الإدارية، وهي كما أفردنا سالفًا، هي حق المتعامل المتعاقد في استيفاء المقابل المالي، وحقه في اقتضاء التعويضات الضرورية، وكذلك إمكانية إعادة التوازن المالي للصفقة طالما أنها تتيح للمتعامل الاستفادة من تعويض جزئي أو كامل من المصلحة المتعاقدة، وهو الأمر الذي يمكنه من الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية دون توقف، وذلك بسبب صعوبات مادية غير متوقعة لا ترجع إلى فعله أو فعل الإدارة.

وفي الأخير نخلص إلى أن قانون الصفقات العمومية الذي تعد تحقيق المصلحة العامة أولى أولوياته لم يهمل حقوق المتعامل المتعاقد مع الإدارة، وذلك لحسن إنجاز وتسيير وتسليم المرفق العام في أحسن وجه، فقد استطاع المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تحقيق الموازنة بين المصلحة العامة في إنجاز المرافق العمومية، والرقابة على المال العام، كل ذلك دون الإخلال بالمصلحة الخاصة للمتعامل المتعاقد مع الإدارة.

التوصيات:

- من خلال دراستنا لموضوع حقوق المتعامل الاقتصادي في قانون الصفقات العمومية 15-247 نقف على أهم التوصيات التالية:
- ضرورة توفير السيولة المالية اللازمة قبل البدء في الإنجاز والتعاقد مع المتعاملين الاقتصاديين.
- ضرورة إجراء خبرة دقيقة وجدية في تحديد أسعار الصفقات العمومية المدونة في دفتر الشروط وذلك تفاديا لوقوع في إعادة تقييم الأسعار لاحقا.
- تسهيل إجراءات التعويض عن الأضرار الطارئة الناجمة عن الكوارث الطبيعية.

— مراعاة التأكد من القدرة والتأهيل بالنسبة للمتعامل الاقتصادي المتعاقد مع الإدارة في إنجاز المرافق العمومية، وإسناد المشاريع بالإعتماد على معيار الكفاءة والتجربة وتوفر الوسائل المادية والبشرية، وليس على أساس الطرق التدليسية والمحسوبة في التعامل.

قائمة المصادر والمراجع:

النصوص القانونية:

1. المرسوم الرئاسي 15 - 247 المؤرخ في سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر. العدد 50، المؤرخة في 20 سبتمبر 2015.
- دفتـر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تحديد البناء والأشغال العمومية والنقل، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، السنة الثانية، العدد الثاني، المؤرخ في 19 يناير 1964.

المراجع باللغة العربية:

1. سمير عثمان اليوسفي، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن المالي للعقد الإداري، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
2. عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، دراسة تشريعية قضائية فقهية، الطبعة 01، جـسور للنشر والتوزيع، المحمدية، الجزائر، 2007.
3. عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2002.
4. محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
5. محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2012.
6. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، مصر، 2000.

7. ناصر لباد، القانون الإداري، ج 2 : النشاط الإداري، ط1، لباد éditeur، سطيف، الجزائر، 2004.

الأنطروحات والرسائل:

1. عليوات ياقوتة، "تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري: الصفقات العمومية، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2008-2009.

المداخلات:

1. بن دعاس سهام، "مدى فعالية قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، مداخلات مقدمة ضمن أشغال الملتقى الوطني حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، المنظم من طرف كلية حقوق العلوم السياسية، جامعة يحي فارس، المدية، يومي 20-21 ماي 2013.

2. نصيرة بلحاج، تحديد السعر في الصفقات العمومية وفقا للتشريع الجزائري" مداخلات مقدمة ضمن أشغال الملتقى الوطني حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، المنظم من طرف كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس، المدية، يومي 20 و21 ماي 2013.

المجلات:

1. عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي، "القدرة القانونية للإدارة في تعديل العقد، مجلة العقود، المجلد 9، العدد 16، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، 2006.

2. سحر جبار يعقوب، "فسخ العقد الإداري لاستحالة التنفيذ بسبب الظروف الطارئة"، مجلة دراسات الكوفة، العدد السابع، كلية القانون، جامعة الكوفة، العراق، 2008.

القرارات القضائية:

1. قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، ملف رقم 99694، المؤرخ في 10 أكتوبر 1993، قضي د.ح/رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة، منشور في: المجلة القضائية، العدد الأول، 1994.

2. قرار محكمة القضاء الإداري المصرية، الطعن رقم 7892، لسنة 11 قضائية، مجموعة الأحكام القضائية، السنة 11.

3. قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية، المؤرخ في 11 ماي 1968، الطعن رقم 1562، لسنة 10 ق، 68 لسنة 11 قضائية، مشار إليه في : حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية الدولية، د.د.س.ن.

4. V. Conseil d'État, Section, 30 mars 1916 , Compagnie général d'électricité de Bordeaux, requête numéro 59928, publié au recueil Lebon.

مواقع الانترنت:

1. محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية، ص 114، متاح على الموقع www.pdfactory.com، تاريخ الإطلاع 15 مارس 2019.

المراجع باللغة الأجنبية:

1. Rivero Jean, Waline Jean, droit administratif, Dalloz, 2000.
2. André de Laubadère, Yves Gaudemet, Traité de droit administratif. Tome 1 : Droit administratif général, 16ème édition, LGDJ, Paris 2004.
3. SABRI Mohamed, AOUDIA Khaled, LALLEM Mohamed, Guide de gestion des marchés publics, édition de Sahel, 2000.
4. V.Ounissi Layachi, « la procédure de passation des marchés publics : Étude analytique et réflexions à la lumière du code des marchés publics 2015 », intervention sur le décret présidentiel n° 15-247 du 16/09/2015 portant code des marchés publics, faculté de droit et des sciences politique, université de Biskra, 17 décembre 2015.

5. Yves Haudemet, Traité de droit administratif, Tome 1, Droit administratif général, 16ème édition, L.G.D.J-DELTA, Paris, 2002.