



وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
المركز الجامعي مالحي أحمد بالنعام



معهد الحقوق

قسم القانون العام: القانون الإداري

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر تحت عنوان

آثار تنفيذ الصفقات العمومية في ظل

القانون 12-23

تحت إشراف:

الدكتور رمضان حميد

من إعداد الطالبين:

- بويهي بوجمعة

- عمري عبد الرزاق

لجنة المناقشة:

الصفة	الرتبة العلمية	إسم و لقب الأستاذ
رئيساً	أستاذ محاضر. أ.	د. خلواتي مصعب
مشرفاً ومقرراً	أستاذ محاضر. ب.	د. رمضان حميد
مناقشاً	أستاذ محاضر. ب.	د. عموري محمد رسيم

السنة الجامعية: 1446-1447 هـ ... 2024-2025 م



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
République Algérienne Démocratique et Populaire
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique
المركز الجامعي صالحي أحمد بالنعامة
Centre Universitaire Salhi Ahmed de Naâma

النعامة في:

معهد الحقوق

الإذن بالإيداع

أنا الممضي أسفله الأستاذ (ة)

..... ب. رمضان حميد
الرتبة: أستاذ محاضر قسم "ب" الجامعة: المركز الجامعي صالحي أحمد
المعهد: القسم: القانون العام

المشرف على مذكرة الماستر للطالب (ة)

..... ب. رمضان حميد
تحت عنوان: آثار تنفيذ الصفقات العمومية في ظل اتفاق نو. 23 - 12

المقدمة لنيل شهادة الماستر في

..... الحقوق

التخصص: ك. نو. 1 د. 1

..... 2024 / 2025
خلال الموسم الجامعي:

أشهد أن الطالب (ة) قد أتم (ت) تحرير المذكرة، وأخذ (ت) بعين الاعتبار مجمل التوجيهات المقدمة له (ها)، وعليه نوافق على طباعة العمل المذكور وفق المعهود في مذكرات والرسائل الجامعية ثم تقديمه للإدارة.

توقيع المشرف (ة)

ب. رمضان حميد



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
République Algérienne Démocratique et Populaire
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique
المركز الجامعي صالحى أحمد بالنعامة
Centre Universitaire Salhi Ahmed de Naâma

النعامة في: 16 جويلية 2025

معهد الحقوق

الرقم: /

الإذن بالايذاع بعد التصحيح

أنا المصنف أسفله الأستاذ (ة) برهان حميد
الرتبة: أستاذ محاضر قديم بـ الجامعة المركز الجامعي صالحى أحمد

المعهد: الحقوق القسم: القانون العام

المستوفى على مذكرة الماستر للطالب (ة) :

بوعيسى بوجمعة و عمراني عبد الرزاق
تحت عنوان: آثار تنفيذ الصفقات العمومية في ظل القانون 23-12

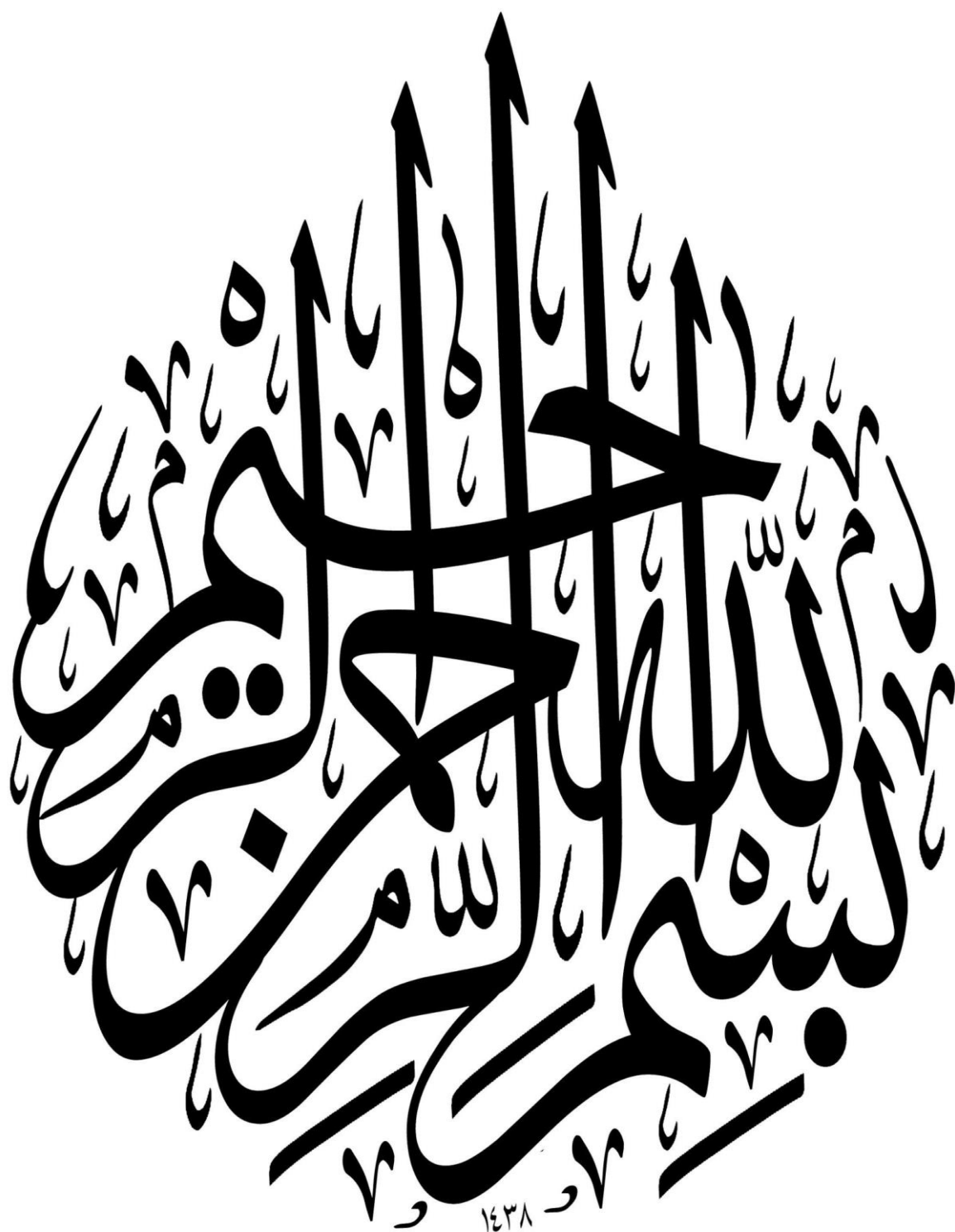
المستوى: تأهيل شهادة الماستر في حقوق و علوم سياسية

الشعبة: حقوق التخصص: القانون الإداري

خلال الموسم الجامعي: 2024 / 2025

أشهد أن الطالب (ة) قد أتم (ت) تصحيح المذاكرة طبقا لملاحظات لجنة المناقشة ، وأخذ (ت) بعين الاعتبار محمل التوجيهات المقدمة له (ها) ، وعليه توافق على إيداع العمل المذكور و تقديمه للإدارة.

توقيع المشرف (ة)



تشكراته

نشكرات

عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (مَنْ لَمْ يَشْكُرْ
النَّاسَ لَمْ يَشْكُرِ اللَّهَ)

"رواه الترمذي وقال عنه حديث حسن صحيح"

وأمثالاً لقول صلى الله عليه وسلم نتقدم بالشكر الجزيل للأستاذ الفاضل "الدكتور
برمضان حميد" الذي تشرفنا به أستاذ فلي مسارنا الدراسي ومُشرفاً على هذا
العمل، فأنا لنأسيّل هذا البحث، ولم يتأخر عنا ولم يخل علينا وزودنا بكل ما
يعيننا لإنجازه من توجيهات ونصائح فجازاه الله عنا كل خير.

والشكر موصول كذلك لأعضاء لجنة المناقشة، الأستاذ "الدكتور خلوات مصعب"
بصفته رئيساً الذي تشرفنا به أستاذ فلي مسارنا الدراسي فلي الطورين ليسانس
وماستر، والأستاذ "الدكتور عموري محمد ربيع" الذي تشرفنا به مناقشة هذه
المذكرة، وعلى قبولهم فحص وتصويب هذه المذكرة، ومن خلالها إله كل
أساتذة المركز الجامعي صالحي أحمد بالنعامة.

والله جميع الأساتذة لجميع الأطوار، والله كل من علمنا ولو حرفاً.

والله وطننا الغالي "الجزائر".

الإهداء

الأمم المتحدة

إله والدني الكريمين أطل الله عمرهما، وألبسهما ثوب الصلح

والعافية.

إله زوجتي، وسندي، وأبنائي يوسف الصديق ومحمد، زين

حياتي وقرة عيني حفظهم الله.

إله كل الإخوة والأخوات كل باسمي، وأبنائهم.

ودون أن أنسى أصدقاء وزملائي في الدراسة والعمل، وخاصة

من أعانوني ولو بالقليل.

أهدي هذا العمل المتواضع

سائلا المولى عز وجل أن يجعل في ميزان حسنات الوالدين

وصدقة جارية لي ولأسرتي.

الطالب:

بوجهي بوجهك

أهـمـاء

إلهي والدي الكريمين وأطال عمرهما، وألبسهما ثوب الصحة
والعافية.

إلهي زوجتي الكريمي، وسندي، وأبنائي رنير وأيهـم، زينـة حياتي
وقرة عيني حفظهم الله.

إلهي كل الأخوة والأخوات كل باسمي.

ودون أن أنسى أصدقاء وزملائي فلي الدراسة والعمل، وخاصة
من أعانوني ولو بالقليل.

أهدي هذا العمل المتواضع

سائلا المولى عز وجل أن يجعل فلي ميزان حسنات الوالدين
وصدقة جارية لي ولأسرتي.

الطالب:

عمراني عبيد الزناق

قائمة أهم

المختصرات

قائمة أهم المختصرات

الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية	ج . ر . ج . ج
دون سنة نشر	د . س . ن
دون طبعة	د . ط
الصفحة	ص
من الصفحة ... إلى الصفحة ...	ص . ص
الطبعة	ط
العدد	ع
قانون الصفقات العمومية	ق . ص . ع
القانون المدني الجزائري	ق . م . ج
مجلد	مج

قدرة

تسعى الدولة لتحقيق هدفها الأساسي المتمثل في خدمة المواطنين وتحقيق المصلحة العامة وذلك عبر ممارسة أنشطة إدارية متعددة تتنوع بين القرارات الأحادية التي تتخذها الإدارة، مثل الأوامر والقرارات الإلزامية، وبين العقود الإدارية التي تبرمها مع الأفراد وتتميز هذه العقود الإدارية عن العقود الخاصة بطابعها الاستثنائي، حيث تخضع أحيانا لقواعد القانون الخاص وأحيانا أخرى لتشريعات خاصة تبرز فيها الإدارة بصفة السلطة العامة، مما يعكس خصوصية طبيعة هذه العقود وأهدافها التي تركز على المصلحة العامة وليس الخاصة.

تعد الصفقات العمومية من أبرز الأدوات التي تعتمد عليها الإدارة العامة في تنظيم علاقاتها التعاقدية مع المتعاملين الاقتصاديين، حيث تشكل هذه الصفقات جسرا قانونيا وإداريا يربط بين السلطة العامة والأطراف الخارجية، بهدف تحقيق المصلحة العامة وتنفيذ السياسات العمومية إذ تتطلب توافقا دقيقا بين الإدارة والمتعاملين لضمان تنفيذ المشاريع والخدمات التي تخدم الصالح العام، كما أنها تعتبر العمود الفقري للحياة الاقتصادية اليومية، إذ تمثل الإطار القانوني الذي ينظم صرف المال العام ويحميه من الفساد، كما تعد من التصرفات الإدارية التي تبرمها الإدارة لتحقيق الخدمة العمومية وتسيير المرافق العامة.

وتعتبر الصفقات العمومية كذلك من أهم أشكال العقود الإدارية التي تستخدمها الإدارة لتنفيذ مشاريعها وتحقيق أهداف التنمية، فهي تمثل الوسيلة الأساسية لإنفاق المال العام على الأشغال والخدمات واللوازم، مع مراعاة مبادئ الشفافية والمنافسة والمساواة بين المتعاملين، وقد خضع تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر لتطورات تشريعية متعددة لضمان تحقيق هذه المبادئ بحيث جاء في التعديل الدستوري الأخير لسنة¹ 2020، بأنه كلف البرلمان بالولاية التامة في مجال الصفقات العمومية وهذا بانتقالها من التنظيم إلى التشريع، وكذلك قد أقر المشرع نظاماً خاصاً ينظم هذه العقود ويحدد حقوق وواجبات الأطراف، مع منح الإدارة سلطات استثنائية في الرقابة والتعديل وفرض الجزاءات حفاظاً على المصلحة العامة؛ تتميز هذه الصفقات بكونها عقود إدارية مكتوبة تبرم بين المصلحة المتعاقدة، وهي الجهة الإدارية، و متعاقدين اقتصاديين لتلبية حاجات محددة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات، وفق شروط نص عليها القانون رقم² 12-23 المنظم للصفقات العمومية.

أهمية دراسة الصفقات العمومية من الدور الحيوي الذي تلعبه في تسيير المال العام وحمايته من الانحرافات والفساد، كما أنها تمثل الوسيلة القانونية التي تمكن الإدارة من

¹ - التعديل الدستوري لسنة 2020، المرسوم الرئاسي رقم 442-20 المؤرخ في 2020/12/30، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء 01 نوفمبر 2020، ج.ر.ج. ع 82.

² - القانون رقم 12-23، المؤرخ في 05 أوت 2023، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، ج.ر.ج. ع 51، الصادرة بتاريخ 06 أوت 2023.

تحقيق أهدافها التنموية و الاجتماعية، و في ظل التطورات التشريعية الحديثة، شهدت منظومة الصفقات العمومية في الجزائر نقلة نوعية مع صدور القانون رقم 12-23، الذي جاء ليحدث تعديلات جوهرية على الإطار القانوني السابق المنظم للصفقات العمومية ويهدف إلى تعزيز الشفافية وتحسين آليات المنافسة وضمان تنفيذ أفضل للمشاريع العمومية، غير أن هذا القانون الجديد لم يصدر بعد النصوص التنظيمية اللازمة لتفعيله مما أدى إلى استمرار الاعتماد على المرسوم الرئاسي رقم 15-247¹، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، كإطار تنظيمي ينظم تفاصيل تنفيذ الصفقات العمومية حتى يومنا هذا.

أهمية دراسة موضوع آثار تنفيذ الصفقات العمومية وفق القانون رقم 12-23 تتجلى في عدة جوانب، إذ يشكل التنفيذ العملي لهذه الصفقات الركيزة الأساسية التي يبنى عليها إنفاق المال العام نظرا لارتباطه المباشر بالخزينة العمومية التي تتحكم في صرف الاعتمادات المالية الضخمة المخصصة لهذه الصفقات، كما أن موضوع التنفيذ يعد من أصعب المواضيع في نظرية العقد الإداري، بسبب الامتيازات الاستثنائية التي تتمتع بها الإدارة خلال هذه المرحلة، والتي تزيد من تعقيد العملية وتستلزم دراسة دقيقة لضمان عدم استغلال هذه الصلاحيات بما يؤدي إلى الإخلال بمبادئ الشرعية و حماية المال العام.

على الرغم من أهمية هذا الموضوع من الناحية العملية، إلا أن الفقه الجزائري لم يولي له العناية الكافية في التحليل والدراسة، مما يترك ثغرات قانونية تسهل عملية إهدار المال العام أو سوء التسيير، لذلك فإن التركيز على تنفيذ الصفقات العمومية يساهم في تعزيز الرقابة القانونية والمالية ويرفع من مستوى الشفافية والفعالية في إدارة الموارد العامة كما يضمن حقوق جميع الأطراف المتعاقدة ويحد من النزاعات التي قد تنشأ خلال التنفيذ. ومن خلال المعطيات السابقة تطرح إشكالية تحديد الآثار المترتبة عن تنفيذ الصفقات

العمومية من خلال القانون الجديد رقم 12-23.

لعل من أبرز أهداف دراسة آثار تنفيذ الصفقات العمومية وفق القانون رقم 12-23 كونه من المواضيع الحيوية التي تسلط الضوء على كيفية تفعيل هذه العقود في الواقع العملي، مع التركيز على التوازن بين سلطات الإدارة و التزاماتها والالتزامات المتعاملين المتعاقدين، هو توضيح الآليات القانونية التي تحكم تنفيذ الصفقات، بما يمكن الممارسين والمهتمين من فهم أعمق لهذه العملية بالإضافة إلى تعزيز ثقافتهم القانونية لتفادي النزاعات القضائية وتحقيق أفضل النتائج الاقتصادية، ناهيك عن التعرف عن أهم السلطات التي خولها المشرع للمصلحة المتعاقدة في تنفيذ الصفقات العمومية وأساسها القانوني و ضوابط استعمالها.

¹ - المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر.ج، ع 50، الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

تتبع دوافع اختيار هذا الموضوع من اهتمامي الشخصي العميق ورغبتني الملحة في الاطلاع على مختلف جوانبه، لا سيما الجانب العملي المتخصص في العقود الإدارية، إذ أرى في دراسة الصفقات العمومية فرصة لفهم أعمق للحقوق والامتيازات التي تفرض على المتعاقدين، والتي تمثل جوهر العلاقة التعاقدية بين الإدارة والمتعاملين معها، كما يشكل هذا الموضوع تحدياً معرفياً يستدعي البحث الدقيق في كيفية تنظيم هذه العقود والإطار القانوني الذي يحكمها، مما يعزز من قدراتي العلمية والعملية في مجال القانون الإداري.

ومن الدوافع الموضوعية لهذا الموضوع وجود الكم الهائل من القضايا التي يشهدها القضاء في مجال الصفقات العمومية، مما يستدعي تعزيز الرقابة القانونية وتطوير التشريعات لضمان حسن إدارة المال العام وتحقيق التنمية المستدامة، ومن هنا تأتي هذه الدراسة كمساهمة قانونية وعملية تهدف إلى إثراء المكتبة القانونية وتزويد الممارسين والمهتمين للأدوات اللازمة لفهم وتطبيق قواعد الصفقات العمومية بكفاءة وعدالة.

من ناحية الصعوبات التي واجهتنا في دراستنا لهذا الموضوع، تتمثل في النقص الكبير في المراجع سواء المحلية أو الأجنبية التي تخوض في هذا السياق وخاصة في جانب الالتزامات المتعلقة لكلا الطرفين، كون المراجع المتوفرة تتحدث غالباً عن سلطات المصلحة المتعاقدة وحقوق المتعامل الاقتصادي.

اعتمدنا في دراستنا المنهج الوصفي من خلال تحديد المفاهيم المتعلقة بالصفقة العمومية وآثارها والمنهج التحليلي في طرح القواعد المحددة للآثار المترتبة في التنفيذ ومن خلال تحليل مضمون النصوص القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية بالإضافة لاستعمال المنهج المقارن عرضياً في مقارنة بعض النصوص القانونية وإجراءات تطبيقها في القانون المصري والفرنسي.

من أجل الإلمام بموضوع دراستنا قسمنا خطة بحثنا إلى فصلين بحيث خصصنا الفصل الأول لدراسة سلطات والتزامات المصلحة المتعاقدة والذي اشتمل على مبحثين الأول خصص لسلطات المصلحة المتعاقدة والذي بدوره قسمناه إلى أربعة مطالب، سلطة الرقابة في المطلب الأول والمطلب الثاني سلطة التعديل، أما المطلب الثالث سلطة توقيع الجزاء وأخيراً المطلب الرابع سلطة الفسخ. أما المبحث الثاني خصص لالتزامات المصلحة المتعاقدة وتم تقسيمه كذلك لأربعة مطالب المطلب الأول الالتزام بتنفيذ الصفقة، والمطلب الثاني الالتزام بالتعويض، ثم المطلب الثالث الالتزام بالحفاظ على التوازن المالي، وفي المطلب الرابع الالتزام بتقديم القابل المالي.

أما الفصل الثاني فخصصناه لدراسة التزامات المتعامل الاقتصادي والذي اشتمل على مبحثين خصص المبحث الأول للالتزامات المالية المفروضة على المتعامل الاقتصادي والذي بدوره قسمناه إلى ثلاثة مطالب، الكفالة في المطلب الأول، والمطلب الثاني الضمانات المالية المختلفة، أما المطلب الثالث خصص للضمان العشري، أما المبحث

الثاني خصص لالتزامات التنفيذ التقنية المفروضة على المتعامل الاقتصادي، وتم تقسيمه كذلك لثلاثة مطالب، خصص المطلب الأول التزامات المتعامل الاقتصادي أثناء تنفيذ الأشغال، والمطلب الثاني التزامات المتعامل الاقتصادي بعد تنفيذ الأشغال، ثم المطلب الثالث مخالفة المتعامل الاقتصادي للالتزام بمبدأ حسن النية والتزام بتنفيذ الصفقة وفق شروطها.

الفصل الأول

ملطات والتزامات المصلحة

المتعاقد في تنفيذ الصفقات

المعموية

تمثل الصفقات العمومية إطاراً قانونياً استثنائياً يحكم العلاقة بين الإدارة و المتعاملين معها حيث تهيمن المصلحة العامة على التوازن التعاقدى، ينبع هذا الطابع الاستثنائي من طبيعة الأموال العامة المستثمرة في هذه الصفقات، مما يستدعي منح الإدارة سلطات واسعة لضمان تحقيق النفع العام، مع تقييدها بجملة الالتزامات تحفظ حقوق المتعاقدين في هذا السياق يكتسي القانون رقم¹ 12-23 المتعلق بالصفقات العمومية أهمية بالغة، كونه ينظم آليات تفعيل هذه السلطات ويحدد الضوابط القانونية لممارستها.

تتمثل أهمية دراسة سلطات و التزامات المصلحة المتعاقدة في تنفيذ الصفقات العمومية في كونها الركيزة الأساسية لضمان تحقيق المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام حيث تتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطات واسعة تمكنها من متابعة تنفيذ الصفقة وضبط شروطها بما يحقق النفع العام و يحفظ المال العام، وذلك و فق ما نص عليه قانون الصفقات العمومية رقم 12-23 والمرسوم الرئاسي رقم² 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

يتم تناول سلطات المصلحة المتعاقدة في تنفيذ الصفقات العمومية في المبحث الأول وتشمل هذه السلطات الرقابة على تنفيذ الصفقة، تعديل شروطها وتوقيع الجزاءات اللازمة لضمان الالتزام التام من طرف المتعامل المتعاقد بالإضافة إلى سلطة الفسخ، مع مراعاة الضوابط القانونية التي تحمي من التعسف وتحافظ على التوازن بين المصلحة العامة وحقوق المتعاقدين.

أما المبحث الثاني، فسيخصص لدراسة الالتزامات التي تقع على عاتق المصلحة المتعاقدة والتي تتضمن الالتزام بتنفيذ الصفقة مع احترام شروط العقد، وكذا الالتزام بالتعويض المالي للمتعامل المتعاقد في حالة الضرر ثم التزام المصلحة المتعاقدة بضمان التوازن المالي للصفقة العمومية في حالة ظهور أحداث من شأنها إلحاق الضرر بالمتعامل المتعاقد وفي الأخير التزام المصلحة المتعاقدة بتقديم المقابل المالي للمتعامل الاقتصادي.

¹ - القانون رقم 12-23، المصدر السابق.

² - المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المصدر السابق.

المبحث الأول: سلطات المصلحة المتعاقدة في تنفيذ الصفقات العمومية

نظرًا لأهمية الصفقات العمومية وتأثير تنفيذها على سير المرافق العامة و ضمان المصلحة العامة تتمتع الجهة المتعاقدة، بمجموعة من السلطات التي خولها لها القانون نذكر منها سلطة الرقابة على المتعامل المتعاقد لضمان تنفيذ الصفقة بصورة صحيحة وسلطة التعديل بما يخدم الصالح العام.

كما لها الحق في توقيع الجزاءات في حال تقصير المتعامل في الالتزامات التعاقدية وكذلك سلطة الفسخ التي تعتبر من الامتيازات المخولة لها، وتعتبر هذه السلطات مكملة لبعضها، حيث يمكن للجهة المتعاقدة عند ممارستها الرقابة أن تفرض جزاءات مالية أو ضاغطة عند إخلال المتعامل بالتزاماته.

تعتبر هذه الامتيازات منحًا للجهة المتعاقدة واحدة من أبرز العناصر التي تميز العقد الإداري عن غيره من العقود، نظرًا لاحتوائه على شروط استثنائية غير معتادة في علاقات القانون الخاص وتستطيع الجهة المتعاقدة ممارسة هذه السلطات سواء كانت منصوصاً عليها بشكل صريح في شروط العقد أو لم تكن¹، إذ تمثل جوهر العقد الإداري.

حيث إن ممارسة هذه السلطات من جانب الإدارة على المتعامل المتعاقد تعتبر من الأدوات القانونية الأساسية في مرحلة التنفيذ، يلزم توضيح تفاصيلها، وهذا ما سنستعرضه بشيء من التفصيل من خلال أربع مطالب، نتناول فيهما على التوالي: سلطة الرقابة (المطلب الأول)، وسلطة تعديل الصفقة العمومية (المطلب الثاني)، ثم سلطة توقيع الجزاء (المطلب الثالث)، وفي الأخير سلطة الفسخ (المطلب الرابع).

المطلب الأول: سلطة الرقابة

تلعب المصلحة المتعاقدة دورًا أساسيًا في ضمان تنفيذ الصفقة العمومية بشكل يتماشى مع الغاية التي أبرمت من أجلها، فهي تعتمد على سلطة الرقابة لمتابعة سير العمل وإيجاد الحلول المناسبة التي تضمن تحقيق أهداف الصفقة بفعالية، وفي هذا السياق تتدخل المصلحة المتعاقدة لفرض رقابتها على المتعامل المتعاقد، وذلك لتفادي أي عوائق قد تؤثر على تنفيذ الصفقة.

للإدارة المتعاقدة سلطات متعددة تمكنها من التأكد من الالتزام بالشروط المطلوبة وضمان حسن سير العملية التعاقدية، ويمكن تناول هذا الموضوع عبر تقسيمه إلى فرعين: الأول يتعلق بالأحكام العامة لسلطة الرقابة على الصفقات العمومية، والثاني وسائل الرقابة وضوابط استعمالها على تنفيذ الصفقة العمومية.

¹ عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه - القضاء - التشريع، د.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية 2003، ص35.

الفرع الأول: الأحكام العامة لسلطة الرقابة على الصفقات العمومية

تشكل سلطة الرقابة في تنفيذ الصفقات العمومية أحد الأسس الرئيسية التي تعتمد عليها الإدارة لضمان تحقيق الأهداف العامة المنوطة بهذه الصفقات، فهي أداة فعالة تمكن المصلحة المتعاقدة من الإشراف على تنفيذ العقود ومتابعة سير العمل بما يضمن الالتزام بالشروط المحددة مسبقاً، وتبرز أهمية هذه السلطة في حماية المصلحة العامة وضمان استمرارية تقديم الخدمات عبر المرافق العامة بكفاءة وفعالية.

تتيح الأحكام العامة للإدارة أدوات فعالة للتدخل، بهدف حماية المصلحة العامة وتحقيق رقابة فعالة على العقود العمومية.

أولاً/ أنواع الرقابة:

إن تعدد صور الرقابة وتنوعها يعكس تعدد مستويات التدخل وأطرافه، إذ تختلف طبيعتها بحسب الجهة الممارسة لها أو المرحلة التي تباشر فيها، وهو ما يفرض تصنيفها إلى أنواع تشمل الرقابة الخارجية والرقابة الداخلية ورقابة الوصاية، وذلك بحسب توقيت ممارستها وتكمن أهمية التمييز بين هذه الأنواع في تحديد نطاق كل رقابة واختصاص الجهة المؤهلة لممارستها مما يساهم في تعزيز الشفافية وترسيخ قواعد الحكامة الرشيدة في تسيير المال العام¹.

1/ الرقابة الداخلية:

هي آلية يتم تطبيقها داخل المصلحة المتعاقدة، حيث تقوم بها هيئات الإدارة المتعاقدة بهدف ضمان توافق الصفقات العمومية مع الفواتير والتنظيمات السارية، ولتحقيق هذا الغرض تنشئ المصلحة المتعاقدة لجنة مختصة تعرف باسم "لجنة فتح الأظرف وتقييم العروض"، وتضم مجموعة من الموظفين المؤهلين الذين يتم اختيارهم بناءً على مهاراتهم وكفاءتهم لضمان نزاهة الإجراءات².

2/ الرقابة الخارجية:

تهدف إلى التأكد من أن التزام المصلحة المتعاقدة يتماشى مع البرنامج المحدد وفق أسس نظامية بالإضافة إلى ضمان توافق الصفقات العمومية المقدمة للجنة مع القوانين والتشريعات المعمول بها.

كما تسعى هذه الرقابة إلى التحقق من مدى التزام المصلحة المتعاقدة بتنفيذ العمل وفقاً لما هو مخطط له بطريقة منظمة ودقيقة³.

¹ - فرقان فاطمة الزهرة، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر 01، 2006-2007، ص9.

² - المادة 60 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المصدر السابق.

³ - المادة 163 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المصدر نفسه.

3/ رقابة الوصاية:

تهدف رقابة الوصاية، التي تمارسها السلطة الوطنية وفقًا لهذا المرسوم، إلى ضمان توافق الصفقات العمومية التي تعقدها المصلحة المتعاقدة مع أهدافها الفعالة، مع التأكد من أن الصفقة تندرج ضمن البرامج والأولويات المحددة للقطاع، عند اكتمال تنفيذ المشروع تقوم المصلحة المتعاقدة بإعداد تقرير تقييمي يوضح ظروف الإنجاز والتكلفة الإجمالية مقارنة بالأهداف المسطرة مسبقًا ويتم إرسال هذا التقرير، حسب طبيعة النفقات المعتمدة إلى الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، بالإضافة إلى الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية¹.

ثانيًا/ الأساس القانوني لسلطة الرقابة:

تستمد سلطة الرقابة، كقاعدة أساسية، جذورها من النظام العام الذي يعد ركيزة لا يمكن الاتفاق على مخالفته أو التنازل عنه من قبل المصلحة المتعاقدة، هذه السلطة تمثل أبرز مظهر للشرط الاستثنائي الذي يميز عقود الصفقات العمومية عن العقود المدنية والتجارية².

باعتبار أن الصفقات العمومية ترتبط ارتباطًا وثيقًا بالمال العام، ممثلًا في الخزينة العمومية تفرض المصلحة المتعاقدة ضرورة الحفاظ على الأموال العامة من أي اختلاس أو إساءة استخدام ويتم ذلك عبر ممارسة سلطة الرقابة والإشراف التي تهدف إلى ضمان التزام المتعامل المتعاقد بجميع شروط العقد، تستند هذه السلطة أيضًا إلى بنود العقد الذي يتميز بشروط غير مألوفة في العقود الأخرى، و كذلك إلى دفتر الشروط الذي يحدد الطرق والأساليب التي تمارسها هذه السلطة لضمان تنفيذ الصفقة بما يتوافق مع المتطلبات الفنية والتقنية المنصوص عليها³.

الفرع الثاني: وسائل الرقابة وضوابط استعمالها على تنفيذ الصفقات العمومية

إن للرقابة دور بالغ في تحقيق مبادئ الشفافية وحسن استخدام المال العام، فمع اتساع نطاق التدخل العمومي في المجال الاقتصادي وتزايد الاعتماد على الصفقات كوسيلة لتنفيذ المشاريع العمومية، برزت الحاجة إلى تفعيل وسائل الرقابة التي تتيح متابعة مدى التزام المتعاملين الاقتصاديين بشروط التعاقد ومقتضيات التنفيذ.

فإن البحث في وسائل الرقابة وضوابط استعمالها على تنفيذ الصفقات العمومية يقتضي التطرق إلى الجوانب القانونية والتنظيمية التي تضبط عمل هذه الهيئات، ومدى فعاليتها في مواجهة الإخلالات المحتملة، بما يكرس مبدأ المساءلة ويحد من مظاهر الفساد وسوء التسيير في مجال الصفقات العمومية.

¹ - المادة 164 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المصدر السابق.

² - بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2011، ص23.

³ - هاشمي فوزية، أثر تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه تخصص علوم قانونية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، 2017-2018، ص52.

أولاً/ وسائل الرقابة في تنفيذ الصفقات العمومية

لضمان ممارسة المصلحة المتعاقدة لحقها في الرقابة على المتعامل المتعاقد بكفاءة، لا بد من توفر آليات ووسائل فعالة تتيح لها أداء مهمتها بأفضل طريقة ممكنة، ويتحقق ذلك من خلال القرار الإداري سواء كان منفصلاً أو متصلاً، حيث سيتم تناول تفاصيل كل منهما بالتتابع.

1/ القرار الإداري المتصل:

القرار الإداري يعد أداة أساسية لضمان تنفيذ الالتزامات التعاقدية، إذ يمنح للإدارة مرونة في التسيير وضبط العقد بما يحقق فعاليتها. بناءً على ذلك فإن القرارات الإدارية المرتبطة بالعقد الإداري هي تلك التي تصدرها الجهة الإدارية خلال مرحلة تنفيذ العقد، مستندة إلى سلطاتها في مواجهة المتعاقد، و تعد هذه القرارات قابلة للطعن أمام القاضي الإداري من خلال دعوى القضاء الكامل، لذا فإن أي لائحة أو قرار رقابي تمارسه الإدارة لإحكام سيطرتها على المتعامل يصنف ضمن الأعمال المتصلة، و بذلك فإن إلغاء هذه القرارات يمكن أن يؤدي إلى انهيار العملية الإدارية المركبة بأكملها¹.

2/ القرار الإداري المنفصل:

في إطار الدراسات القانونية الجزائرية، يبرز تعريف الأستاذ عمار عوابدي للقرار الإداري المنفصل حيث يراه بأنه ذلك القرار الذي لا يصدر بمعزل عن إجراء قانوني آخر، بل يبقى مرتبطاً بسير العمليات الإدارية، سواء أكان ذلك قبل حدوث الإجراء الإداري الأساسي أثناءه أو بعده².

يمكن أيضاً النظر إلى القرار الإداري المنفصل على أنه تصرف إداري مستقل، حتى وإن كان متصلاً بالعقود الإدارية، فهو يتميز بكونه قراراً منفرداً قابلاً للطعن عبر دعوى تجاوز السلطة، متى استوفى العناصر التي تميز القرار الإداري³، بذلك نستخلص أهم خصائصه على النحو التالي :

- يعد ضمن فئة القرارات الإدارية الخاضعة للرقابة القضائية الإدارية، حتى لو كان مرتبطاً بإجراء قانوني مركب.

- ينشأ كنتيجة للعمليات القانونية المركبة التي يحددها الإطار التشريعي، مما يجعله متصلاً بها في البداية.

- يمكن أن يظهر في أي مرحلة من مراحل إبرام العقود والصفقات العمومية.

¹ - حميد بن عليّة، مفهوم العمل الإداري المركب في التشريع الجزائري، تحول النشاط الإداري في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون الجزائر، 2006، ص240.

² - عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، دار هومة، الجزائر، 1999 ص93.

³ - رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، شروط قبول الدعوى الإدارية، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2009، ص76.

ثانيا/ ضوابط سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية

إن ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة الرقابة تخضع لضوابط محددة لضمان استخدامها بشكل قانوني وفعال وتتمثل هذه الضوابط في ثلاثة جوانب رئيسية وهي كالآتي:

أ/ ضرورة استغلال هذه السلطة بهدف تحقيق المصلحة العامة:

تمارس المصلحة المتعاقدة سلطتها الرقابية على تنفيذ الصفقة العمومية بهدف تحقيق المصلحة العامة التي تم إبرام الصفقة لأجلها، ويتجلى ذلك من خلال تحسين أداء المقاول في صفقات الأشغال العامة، أو ضمان تطابق المواد الموردة مع العينات المعتمدة في عقود التوريد واقتناء اللوازم لذلك، يجب أن يكون الهدف الأساسي للإدارة في جميع تصرفاتها هو تحقيق المصلحة العامة والاستجابة لمتطلبات المجتمع، وهي قاعدة يركز عليها القانون العام، حيث تتبعها الإدارة بشكل طبيعي دون الحاجة إلى نص قانوني يفرض عليها ذلك، و في حال تجاوز هذه القاعدة و الخروج عن إطار تحقيق المصلحة العامة، يعد ذلك انحرافاً في استخدام السلطة أو إساءة لاستعمالها¹.

إذا مارست الإدارة سلطتها الرقابية على تنفيذ الصفقات العمومية بشكل تعسفي، بهدف إعاقة تنفيذ المتعاقد لالتزاماته أو إلحاق الضرر به، فإن ذلك يعد خروجاً عن تحقيق المصلحة العامة وفي هذه الحالة، يكون من حق المتعاقد اللجوء إلى القضاء الإداري للطعن في تصرفات الإدارة مستنداً إلى انحرافها في استعمال السلطة، لضمان إنصافه واستعادة التوازن في العلاقة التعاقدية.

إذ إن إهمال الإدارة لممارسة الرقابة قد يسمح للمتعاقد بالانحراف عن شروط العقد مما يؤثر سلباً على جودة التنفيذ ويحول دون تحقيق الأهداف المرجوة من الصفقة العمومية².

ب/ وجوب ضرورة صدور القرارات الرقابية في حدود المشروعية القانونية:

عند ممارسة المصلحة المتعاقدة لصلاحياتها في الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية يتوجب عليها الالتزام بالمبدأ العام للمشروعية، عبر احترام النصوص القانونية ذات الصلة، فالقرارات الناتجة عن هذه السلطة تعد قرارات إدارية، بغض النظر عن الأساس الذي تستند إليه، و بالتالي يجب أن تخضع هذه القرارات لما تخضع له القرارات الإدارية الأخرى، مع ضرورة صدورها في إطار المشروعية، وفي حال كانت سلطة الرقابة محددة ضمن العقد، فإنه لا يمكن استخدامها إلا وفق الشروط التعاقدية المتفق عليها، مما

¹ - عشي علاء الدين، مدخل القانون الإداري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص281.

² - خليفة عبد العزيز عبد المنعم، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعات قضاء وتحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية 2009، ص36.

يعني عدم جواز تجاوز الإدارة لهذه القيود أو تجاهلها فالالتزام بهذه الحدود يضمن ممارسة الرقابة بشكل قانوني و متوافق مع الالتزامات التعاقدية¹.

إذا تجاوزت الإدارة نطاق الرقابة وانتقلت إلى تعديل شروط العقد، فإنها بذلك تخرج عن إطار رقابة المشروعة، مما يمنح المتعاقد الحق في اللجوء إلى القضاء للطعن في هذه التصرفات غير القانونية، وفي حال تثبت آثار جسيمة على هذه الإجراءات، بحيث بات من المستحيل على المتعاقد مواصلة تنفيذ التزاماته التعاقدية، فقد يؤدي ذلك إلى فسخ العقد كإجراء قانوني مناسب².

في عقود الأشغال العامة، حيث تكون الإدارة صاحبة المشروع بينما يتولى المتعاقد تنفيذه، يكون نطاق تدخل الإدارة أوسع، إذ يخضع المتعاقد لتوجيهاتها المباشرة ويلتزم باحترام تدخلها المستمر لضمان التنفيذ وفقاً للمعايير المطلوبة، و هذا التدخل يعكس دور الإدارة في مراقبة سير الأعمال وضمان توافقها مع المصلحة العامة³.

ج/ عدم جواز استخدام سلطة الرقابة لتعديل شروط الصفقة المتفق عليها مسبقاً:

المبدأ الأساسي في الرقابة على العقود الإدارية يتمثل في ضرورة احترام مضمون وطبيعة الصفقة بحيث لا تؤدي الرقابة إلى تعديلات جوهرية تخرج عن الحدود المعقولة والمقبولة، لذا ينبغي أن تظل شروط العقد ضمن نطاقها الأصلي دون تجاوز غير مبرر وفي حال قامت الجهة المتعاقدة باستخدام الرقابة كذريعة لإجراء تغييرات تتجاوز صلاحياتها، فإنها بذلك تتعدى على الإطار القانوني المرسوم لها مما منح الطرف المتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض عن أي ضرر ناتج عن تلك التعديلات غير المشروعة⁴.

بالتالي، يجب أن تمارس سلطة الرقابة ضمن الإطار المتوقع للعقد، بحيث تظل في نطاقها الطبيعي دون المساس بجوهره أو تغيير مضمونه بشكل يؤدي إلى قلب توازنه الاقتصادي فالرقابة لا ينبغي أن تتحول إلى أداة لإحداث تعديل جوهري على شروط العقد، و إنما يجب أن تقتصر على ضمان تنفيذ الالتزامات المتفق عليها دون تجاوز الحدود المشروعة⁵.

1- خليفة عبد العزيز عبد المنعم، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعات قضاء وتحكيم، المرجع السابق، ص36.

2- أبوراس محمد الشافعي، العقود الإدارية، د.د.ن، د.ط، د.س.ن، ص92. متوفر للتحميل على الرابط التالي:

https://archive.org/details/20210316_20210316_0939/mode/1up

3- خليفة عبد العزيز عبد المنعم، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعات قضاء وتحكيم، المرجع نفسه، ص35.

4- هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية دراسة تطبيقية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط 2014 ص14.

5- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، 1991 ص43.

المطلب الثاني: سلطة تعديل عقد الصفقة العمومية

من الطبيعي أن تحتفظ الإدارة بصلاحيات متعددة خلال تنفيذ الصفقة العمومية، ومن أبرز هذه الصلاحيات حقها في تعديل العقد، يتمثل هذا التعديل في تقليل أو زيادة الالتزامات المتفق عليها، بغض النظر عما يحدده عقد الصفقة نفسه، تستمد الإدارة هذه السلطة إما من طبيعة العقد ذاته، حيث تتضمن دفاتر الشروط بنوداً تتيح إمكانية التعديل أو من الحاجة إلى تحقيق المصلحة العامة، مما قد يستدعي تغيير بعض الشروط لجعلها أكثر انسجاماً مع المتطلبات الجديدة التي قد تظهر أثناء تنفيذ الصفقة بعد إبرامها¹.

أقر المشرع الجزائي بحق الإدارة في تعديل عقود الصفقات العمومية من خلال التنظيم القانوني لهذه الصفقات، إضافة إلى تفويضات المرفق العام المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 وذلك عبر آلية تعرف بالملحق، وبناءً على ذلك يتناول هذا المطلب في الفرع الأول الأحكام العامة التي تنظم سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد، بينما يتطرق الفرع الثاني إلى الملحق باعتباره تطبيقاً عملياً لهذه السلطة ضمن تنفيذ الصفقة العمومية.

الفرع الأول: الأحكام العامة لسلطة تعديل شروط عقد الصفقة العمومية

كان من الضروري منح الإدارة سلطة تعديل شروط الصفقة العمومية دون الحاجة إلى موافقة الطرف المتعاقد، وذلك لضمان استمرارية تنفيذها بما يتماشى مع المصلحة العامة على الرغم من أن المشرع الجزائي قد منح الإدارة صلاحية تعديل عقود الصفقات العمومية، إلا أن هذه السلطة ظلت محل نقاش واسع بين الفقهاء القانونيين، حيث انقسمت الآراء إلى مؤيدة ومنكرة نذكر منها:

يعد منح الإدارة حق تعديل عقودها الإدارية محل جدل واسع بين الفقهاء القانونيين حيث واجه هذا الحق اعتراضاً من بعض الفقهاء، وعلى رأسهم "L'HUILLIER" الذي يرى أن هذه السلطة لا تستند إلى أساس قانوني واضح، بل تعد اجتهاداً فقهيّاً ليس له دعم قضائي صريح.

ويشير هذا الفقيه إلى أن تفسير العديد من الفقهاء لقرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية "ترامواي مارسيليا" كان خاطئاً، حيث أقر المجلس بحق الشركة في إجراء تعديلات على العقد الإداري من خلال تغيير جدول المواعيد، بما يخالف ما ورد في العقد الأصلي، ومع ذلك فإن هذا القرار لا يشكل سنداً قانونياً يتيح للإدارة تعديل العقود الإدارية، بل يستند إلى وجود نص صريح في دفتر الشروط يسمح بهذا التعديل، وبالتالي إذا اعتمد مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ، فإن ذلك كان بهدف تفسير وتوضيح نوايا الأطراف المتعاقدة وفقاً لنصوص واضحة أو ضمنية، كما يرى الفقيه أن سلطة تعديل العقود الإدارية لا تتبع إلا من بعض العناصر الموجودة في العقود ذات الطبيعة الخاصة

¹ - خليفة عبد العزيز عبد المنعم، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعات قضاء وتحكيم، المرجع السابق، ص 83.

مثل "امتياز المرافق العامة"، حيث يكون التعديل مقتصرًا على الجانب التنظيمي دون المساس بجوهر العقد¹.

أما في الفقه العربي، فقد أقر معظم الفقهاء بحق الإدارة في تعديل العقد الإداري، حيث دعم الفقيه "سليمان الطماوي" هذا المبدأ، مشيرًا إلى أن جوهر هذه السلطة يكمن في تلبية احتياجات المرافق العامة وضمان استمرارها بكفاءة.

في الجزائر، أقر معظم الفقهاء بحق الإدارة في تعديل العقود الإدارية، حيث أكد الدكتور "عمار بوضياف" أن الإدارة، بصفتها طرفًا في العقد، تهدف بالدرجة الأولى إلى تحقيق المصلحة العامة وبناءً على ذلك، تمتلك الإدارة سلطة تعديل العقد بإرادتها المنفردة، دون الحاجة إلى موافقة الطرف المتعاقد معها، طالما أن التعديل لا يخرج عن نطاق الصفقة الأصلية، فالغرض الأساسي من هذه السلطة هو ضمان حسن سير المرافق العامة وتحقيق الأهداف العامة التي تخدم المجتمع².

أولاً/ تعريف سلطة تعديل الصفقة العمومية:

يحدد مفهوم تعديل الصفقة العمومية من خلال نصوص قانونية، وأهمها المرسوم الرئاسي رقم 15-247، الذي يشكل الإطار التشريعي الناظم لهذه السلطة، ومع ذلك لا يقتصر تعريف سلطة التعديل على التشريعات وحدها، بل تناوله أيضًا الفقه القانوني والقضاء بوجهات نظر مختلفة.

لذلك، سيتم أولاً استعراض التعريف التشريعي وفقاً للمرسوم الرئاسي الساري المفعول، والذي يوضح الأسس القانونية لممارسة الإدارة لحق تعديل العقود الإدارية، بعد ذلك سننتقل إلى التعريف القضائي، حيث نبحت في الأحكام القضائية الصادرة بهذا الشأن والتي ساهمت في تفسير تطبيقات سلطة التعديل ضمن العقود الإدارية، وفي الأخير سننتقل للتعريف الفقهي الذي يعكس آراء الفقهاء القانونيين بشأن هذه السلطة وكيفية تبريرها قانونياً، بهذا التقسيم يمكن تقديم رؤية شاملة لموضوع تعديل الصفقة العمومية من زوايا مختلفة، تجمع بين الإطار القانوني والتطبيقات الفقهية والقضائية لضمان فهم متكامل لهذا المفهوم.

1/ التعريف التشريعي:

على الرغم من أن المشرع الجزائري قد أقر سلطة التعديل في مختلف النصوص المنظمة لقانون الصفقات العمومية، بدءاً من التشريعات الأولى وصولاً إلى القانون الحالي، إلا أنه يمكن ملاحظة أن التعريفات الخاصة بهذه السلطة بقيت متشابهة إلى حد كبير عبر جميع هذه القوانين.

¹ - جدي مراد، شريط وليد، سلطة الإدارة المتعاقدة في تعديل عقد صفقة الأشغال العامة عن طريق الملحق، مجلة أفاق للعلوم، ع 12، جامعة علي لونيسي البليدة 2، 2018، ص 4.

² - جدي مراد، شريط وليد، المرجع نفسه، ص 49.

لذلك سيكون التركيز في هذه الدراسة على تعريف المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مع الأخذ في الاعتبار أن التعريفات السابقة لا تختلف جوهرياً عنه، يقر المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بمبدأ تعديل الصفقة العمومية من خلال آلية الملحق، حيث تنص المادة 135 على أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى إبرام ملاحق للصفقة وفقاً لأحكام هذا المرسوم، أما المادة 136، فتعرف الملحق باعتباره وثيقة تعاقدية مرتبطة بالصفقة الأصلية وغير منفصلة عنها، وتستخدم هذه الآلية عندما ترغب المصلحة المتعاقدة في إضافة خدمات جديدة، أو تقليلها، أو تعديل بند أو أكثر من بنود الصفقة، وبذلك يتيح المرسوم للإدارة المرونة اللازمة لضبط تنفيذ الصفقة بما يتماشى مع احتياجاتها والمصلحة العامة، مع ضمان عدم المساس بجوهر الاتفاق الأصلي¹.

يمكننا أن نستخلص من المواد المذكورة أن المشرع الجزائري قد منح الإدارة سلطة تعديل الصفقة العمومية من خلال آلية الملحق، والتي تعتبر الأداة القانونية الوحيدة التي تتيح للإدارة ممارسة هذه السلطة.

2/ التعريف القضائي:

يمكن الاستدلال على اعتراف القضاء الجزائري بسلطة الإدارة في تعديل عقود الصفقات العمومية من خلال الوقائع الواردة في القضية التالية:

في الدعوى التي رفعها (ع. ط) ضد والي ولاية قالمة، تعاقد المدعي بتاريخ 24 فبراير 1980 لتنفيذ مشروع إصلاح 198 مسكناً ضمن قرية فلاحية اشتراكية بمنطقة وادي الزناتة، فور صدور أمر الخدمة رقم 01، بدأ في تنفيذ الأشغال وفقاً للمخطط المتفق عليه إلا أنه بعد شهرين، وتحديدًا في 19 أبريل 1980، تلقى المدعي تعليمات بوقف الأشغال بسبب تغيير موقع تنفيذ المشروع، الأمر الذي استدعى منه إعادة بدء الأعمال في الموقع الجديد خلال نفس السنة، عدم إثارة هذا التعديل أمام الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا يبين أن القضاء الإداري اعتمد ممارسة الإدارة لسلطة التعديل دون الحاجة إلى موافقة الطرف المتعاقد، خاصة عندما يكون التغيير مرتبطاً بالمصلحة العامة وسير الأشغال².

3/ التعريف الفقهي:

يعد الدكتور سليمان محمد الطماوي من أبرز الفقهاء الذين أكدوا على حق الإدارة في تعديل عقود الصفقات العمومية بإرادتها المنفردة، حيث يرى أن هذه السلطة تنبع من احتياجات المرافق العامة ومتطلبات تحقيق المصلحة العامة.

وبناءً على ذلك، فإن ممارسة الإدارة لهذه السلطة لا تأتي بشكل اعتباطي، بل تستوجب وجود ظروف تستدعي تدخلها لإدخال التعديلات الضرورية التي تضمن استمرار

¹ - المواد 135-136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المصدر السابق.

² - قرار صادر عن المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، ملف رقم 65145، بتاريخ 1989/12/16، قضية (ع ، ط) ضد والي ولاية قالمة المجلة القضائية الجزائرية، ع 01، 1991، ص134.

المرافق العامة في أداء وظائفها بكفاءة، بما يحقق الأهداف العامة التي يركز عليها مفهوم الصفقة العمومية¹.

في هذا السياق، يؤكد الدكتور عمار بوضياف أن الطبيعة الخاصة للعقد الإداري المرتبطة بالمصلحة العامة وخدمة الجمهور، تستوجب بالضرورة منح الإدارة سلطة التعديل.

لذلك، فإن سلطة التعديل تعد إحدى الدعائم الأساسية التي تمكن الإدارة من الحفاظ على استمرارية الخدمات العامة وتحقيق أهدافها بكفاءة².

ثانياً/ الأساس القانوني لسلطة تعديل عقد الصفقة العمومية:

لقد تعددت توجهات النظر القانونية بشأن الأساس الذي تستند إليه سلطة الإدارة في تعديل عقود الصفقات العمومية، مما أدى إلى انقسام الفقهاء في تحليل هذا الموضوع.

يرى بعض الفقهاء أن هذه السلطة تشتق من فكرة السلطة العامة، حيث تمتلك الإدارة صلاحيات سيادية تمكنها من التدخل لتعديل العقود بما يخدم المصلحة العامة.

في المقابل، يذهب فريق آخر إلى أن سلطة الإدارة في التعديل تستند إلى مبدأ استمرارية المرافق العامة وقابليتها للتكيف، بحيث يكون التعديل ضرورة تفرضها طبيعة هذه العقود التي ترتبط مباشرة بخدمة الجمهور.

وبناءً على هذا الاختلاف الفقهي، سيتم تناول الدراسة القانونية لهذا الموضوع عبر محورين رئيسيين:

1/ الإطار القانوني لسلطة تعديل الصفقة العمومية وفقاً لمتطلبات المرفق العام:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل العقد تستند أساساً إلى ضرورة تلبية احتياجات المرافق العامة، باعتبارها مبدأ ملازماً لفكرة المرفق العام، التي تشكل أحد الركائز الأساسية للقانون الإداري.

ومن هذا المنطلق، تمتلك الإدارة بصفقتها الجهة المسؤولة عن المشروع، صلاحية تعديل العقد كلما اقتضت الضرورة لتحقيق المصلحة العامة، دون الحاجة إلى وجود نص صريح في دفتر الشروط أو القانون يمنحها هذه السلطة.

فطبيعة العقود الإدارية تقوم على التعاون بين أطرافها لضمان تحقيق المصلحة العامة الأمر الذي يتطلب الاستجابة لمتطلبات المرافق العامة التي تتغير وتتطور باستمرار³.

¹ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص464.

² - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص206.

³ - بن شعبان علي، أثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة منتوري قسنطينة، 2012، ص71.

2/ الإطار القانوني لسلطة تعديل الصفقة العمومية وفقاً لمبدأ السلطة العامة:

بعكس الاتجاه الذي يربط سلطة تعديل الصفقة العمومية باحتياجات المرافق العامة يرى مؤيدو هذا الرأي أن أساس هذه السلطة يكمن في امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة بحكم القانون¹.

وفقاً لهذا التصور، فإن الإدارة تمارس سلطتها في تعديل العقود الإدارية انطلاقاً من صلاحياتها السيادية، وليس فقط بناءً على الضرورات التي يفرضها سير المرافق العامة. وبالتالي، فإن حق الإدارة في تعديل العقد يعد امتداداً لصلاحياتها التنظيمية، بهدف تحقيق المصلحة العامة وضمان حسن تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

3/ موقف المشرع الجزائري من الأساس القانوني لسلطة التعديل:

بالاعتماد على المرسوم الرئاسي رقم 15-247، يمكن ملاحظة أن المواد من² 135 إلى 139، تتناول بوضوح الإطار القانوني الذي يضبط سلطة الإدارة في تعديل العقود هذه النصوص تكرر مبدأ الملحق كأداة رسمية لإدخال التعديلات الضرورية في الصفقة وفقاً للمتطلبات المستجدة.

إضافة لذلك فإن دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 خاصة في المواد من³ 30 إلى 32 يحتوي على قواعد تكمل هذا التنظيم، حيث يحدد كيفية تنفيذ صفقات الأشغال العامة ويبرز الضوابط الإدارية التي تحكم هذه التعديلات لضمان التوازن بين الإدارة وحقوق المتعاقدين، هذا يعكس فلسفة التشريع الجزائري في منح الإدارة المرونة اللازمة دون الإضرار بمبادئ التعاقد.

ثالثاً/ شروط وضوابط سلطة التعديل:

وضع القانون الإداري وأحكام القضاء قيوداً يجب على الإدارة الالتزام بها عند إجراء أي تعديل وذلك لضمان عدم الإضرار بالمتعامل المتعاقد معها، ويمكن تلخيص هذه الضوابط في مجموعة من الشروط التي تهدف إلى تحقيق التوازن بين مصلحة الإدارة وحقوق المتعاقد

1 – يجب أن لا يمس التعديل بجوهر العقد أو الإخلال بتوازنه:

مما لا شك أن سلطة الإدارة في تعديل العقود تستند إلى أسس مشروعة، و لكن لا يجوز أن تتحول هذه السلطة إلى ذريعة لتغيير جوهر الصفقة، فلا يمكن اعتبار التعديل

¹ - بن شعبان علي، المرجع نفسه، ص75.

² - المواد من 135 إلى 139، المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المصدر السابق.

³ - المواد من 30 إلى 32، من القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة، بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، ج.ر.ج. ع 6 الصادرة بتاريخ 19 يناير سنة 1995.

وسيلة لإعادة صياغة أحكام الصفقة بشكل يغير مضمونها الأساسي، و إلا فإننا نكون أمام عقد جديد يختلف عن الأصل¹.

تنص المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، في الفقرة الخامسة على أنه لا يجوز للملحق أن يؤثر بشكل جوهري على التوازن المالي للصفقة، إلا إذا ظهرت مستجدات تقنية غير متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف، و مع ذلك بظل تعديل الصفقة عبر الملحق محصوراً ضمن نطاقها دون المساس بجوهرها أو حدودها².

2 - أن يستند أي تعديل يجرى على العقد إلى أسباب موضوعية واضحة:

تمارس الإدارة سلطتها في تعديل العقود الإدارية استجابة لعوامل موضوعية تستوجب التغيير وذلك لضمان كفاءة سير المرافق العامة وتقديم الخدمات للجمهور بأفضل شكل ممكن.

فعلمية التعديل ليست إجراءً عشوائياً، بل تأتي استجابة لحاجات واقعية تهدف إلى تحسين الأداء الإداري وتحقيق المصلحة العامة.

3 - أن يكون أي قرار بالتعديل متوافقاً مع مبادئ المشروعية الإدارية:

يعتبر قرار تعديل الصفقة العمومية قراراً إدارياً، مما يستلزم توفر مقوماته و أركانه الأساسية ينبغي أن يصدر عن سلطة مختصة، وفقاً للإجراءات المقررة و ضمن الإطار القانوني المعتمد، كما يجب أن يكون الهدف من التعديل تحقيق المصلحة العامة بشكل واضح لا لبس فيه³.

ولذلك، ينبغي أن تصدر هذه القرارات من الجهة المختصة، مع مراعاة جميع الشكليات والإجراءات التي تفرضها النصوص القانونية المنظمة لضمان شرعية القرار وسلامة تطبيقه⁴.

4 - أن لا يمس التعديل بالامتيازات المالية للمتعاقد:

يجوز للمصلحة المتعاقدة إجراء تعديل على الصفقة العمومية، لكن هذا التعديل يجب أن يحترم التوازن المالي للصفقة، أي أن التعديل لا ينبغي أن يؤدي إلى إخلال بهذا التوازن

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقاً للمرسوم الرئاسي رقم 15-247، القسم الثاني، ط 05، جسور للنشر والتوزيع المحمدية الجزائر، 2017، ص 13.

² - سبكي ربيعة، سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، رسالة ماجستير، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013 ص 50.

³ - رياض عيسى، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985 ص 16-17.

⁴ - حلمي منال، تنظيم الصفقات العمومية وضمانات حفظ المال العام في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث، تخصص تحولات الدولة، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2016، ص 79.

بل يجب أن يضمن أن التزامات المتعامل المتعاقد تظل متناسبة مع حقوقه المرتبطة بالصفقة¹.

لقد أبرم المتعامل المتعاقد العقد بناءً على إمكانيته المالية وقدراته الفعلية، و لذلك من غير المقبول أن يتعرض لخسارة غير مبررة نتيجة التعديل، وعليه ينبغي على المصلحة المتعاقدة مراعاة والمحافظة على الحقوق المالية للمتعاقد، بحيث لا يؤدي التعديل إلى الإضرار بشروط المزايا المالية التي تم الاتفاق عليها ضمن الصفقة².

الفرع الثاني: الملحق كتطبيق لسلطة تعديل شروط عقد الصفقة العمومية

ونجد أن القانون رقم 12-23، في نصوصه المختلفة، قد حافظ إلى حد كبير على الروح العامة دون تقديم تفصيل دقيق أو معالجة معمقة لبعض الجوانب الجوهرية، ورغم الإشارة الواردة في المادة 81 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، إلا أنه لم يتطرق بوضوح إلى الملحق و لم يدقق في تفاصيله، الأمر الذي يلاحظ من خلال الفقرات المشابهة الواردة في المواد 136، 137، 138 و 139 يبقى الفصل الحاسم في هذه المسائل موكولا إلى النصوص التنظيمية التي من شأنها تقديم توضيحات أكثر دقة في هذا المجال.

لإيضاح هذه السلطة بشكل دقيق، لا بد من دراسة مجموعة من العناصر المرتبطة بها وذلك ضمن المحاور التالية:

أولاً/ تعريف الملحق:

حدد المشرع الجزائري مفهوم ملحق الصفقة العمومية في المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، موضحاً الأهداف التي تستدعي لجوء المصلحة إلى تعديل الصفقة عن طريق الملحق.

يعتبر الملحق وثيقة تعاقدية مكملّة للصفقة العمومية، حيث يتم اللجوء إليه عند الحاجة إلى تعديل بعض بنود العقد، سواء بزيادة الخدمات أو تقليصها، أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية.

ويهدف هذا الإجراء إلى ضمان توافق الصفقة مع المتطلبات المستجدة، مع الحفاظ على توازنها القانوني والتعاقدي³، يمكن القول إن ملحق الصفقة العمومية يختلف عن الصفقة الأصلية في عدة جوانب رئيسية، أبرزها:

¹ - خليفة عبد العزيز عبد المنعم، الأسس العامة للعقود الإدارية "الإبرام- التنفيذ- المنازعات"، د.ط، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2007، ص272.

² - عادل بوعمران، النظرية العامة للقرارات، دراسة فقهية تشريعية وقضائية، د.ط، دار الهدى عين مليلة، 2018، ص110.

³ - المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المصدر السابق.

1 - من حيث الإبرام:

يبرم ملحق الصفقة العمومية خلال مرحلة تنفيذ الصفقة، حيث يستخدم لإجراء التعديلات الضرورية التي قد تستجد أثناء التنفيذ، أما الصفقة العمومية نفسها، فتبرم قبل البدء في التنفيذ حيث تحدد الإطار العام للاتفاق والشروط الأساسية التي تحكم العلاقة بين الإدارة والمتعامل المتعاقد وهذا الفرق يعكس دور الملحق في تكييف العقد مع المتطلبات العملية دون المساس بجوهر الصفقة الأصلية¹.

2 - من حيث الخضوع للمنافسة والإشهار:

تطرح الصفقة العمومية للتنافس والإشهار وفقاً لمراحل تعاقدية محددة نصت عليها المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم² 15-247، لكن لا يخضع الملحق لإجراءات المنافسة والإشهار، حيث يعد وسيلة تمنح المصلحة المتعاقدة سلطة تعديل الصفقة العمومية وفقاً للضرورة التي تستدعي ذلك ولهذا السبب، لا يمر الملحق بنفس المراحل التعاقدية التي تخضع لها الصفقة العمومية عند إبرامها.

3- من حيث الموضوع:

تشمل الصفقة العمومية عدة مجالات رئيسية، حيث تهدف إلى تنفيذ الأشغال، اقتناء اللوازم إنجاز الدراسات، وتقديم الخدمات³ الضرورية لتسيير المرافق العامة بكفاءة، بينما يهدف الملحق إلى تعديل نطاق الصفقة العمومية من خلال زيادة أو تقليص حجم الخدمات المقدمة أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية⁴.

وعلى الرغم من الفروقات الواضحة بين الصفقة العمومية والملحق، إلا أن هناك تداخلاً وتربطاً بينهما، حيث يعتبر عنصر الكتابة إلزامياً في كل منهما لضمان توثيق الاتفاقات والتعديلات بشكل رسمي، كما أن الإدارة تشكل طرفاً أساسياً في كلا الحالتين سواء عند إبرام الصفقة العمومية أو عند إصدار الملحق.

ثانياً/ أنواع الملاحق

تتنوع الملاحق في الصفقات العمومية حسب طبيعة التعديل والغرض، لعدة أنواع رئيسية منها:

1- ملحق الأشغال المضافة:

يمنح قانون الصفقات العمومية المصلحة المتعاقدة سلطة تعديل بنود الصفقة الأولية عبر الملحق بشرط الالتزام بأحكام القسم الخامس ومبادئ المنافسة لضمان الشفافية والإنصاف.

¹ - المادتين 3 و 138 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المصدر السابق.

² - المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المصدر نفسه.

³ - المادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المصدر نفسه.

⁴ - المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المصدر نفسه.

من جهة أخرى، من الشائع أن يقوم المتعامل بإجراء تعديلات على الأشغال دون الحصول على ترخيص مسبق من المصلحة المتعاقدة، ورغم أن قانون الصفقات لم يعالج هذه الحالة بشكل صريح إلا أن دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 أجاز مثل هذه التعديلات بشرط ألا تتعارض مع قواعد الفن والذوق السليم، وأن يتم احتساب القياسات وفقاً للمعايير المحددة في دفتر الشروط الخصوصية.

يمكن أن يتناول ملحق الأشغال تعديلات متنوعة تتعلق بكمية وطبيعة الأشغال، أو مدة التنفيذ أو حتى أسعار الصفقة، وذلك إذا لم تكن الصفقة الأصلية مبرمة على أساس سعر ثابت غير قابل للمراجعة، و تتم هذه التعديلات إما بالزيادة أو النقصان، وفقاً للحاجة الفعلية ومتطلبات سير المشروع، بهدف ضمان التنفيذ الفعال وتحقيق التوازن بين مصالح الإدارة والمتعامل المتعاقد¹.

2- ملحق إدخال أشغال جديدة غير متضمنة في عقد الصفقة الأولى:

خلال تنفيذ الصفقة، قد تنشأ ظروف موضوعية تستدعي من الجهة المعنية تعديل العقد ليشمل أعمالاً أو خدمات جديدة لم ترد في الاتفاقية الأصلية، ولكنها مرتبطة بها، في هذه الحالة يتم إبرام ملحق لإضافة هذه الخدمات غير المدرجة مسبقاً، وفقاً لما جاء في المادة 103، الفقرة الثانية، وبما أن هذه الإضافات تعتبر امتداداً طبيعياً لتنفيذ الصفقة الأساسية فهي لا تشكل عقداً جديداً، بل تعد مكملة له، ويتم احتساب الأسعار وفقاً للصيغة المحددة في العقد الأصلي².

3- ملحق التغيير:

يمكن أن يطرأ التغيير على أحد أطراف العقد المتعاقدة عند حدوث ظروف استثنائية مثل عجز الإدارة المتعاقدة عن مواصلة الالتزامات، أو وزال صفتها المعنوية، أو استبدالها بجهة أخرى، و في هذه الحالات، يتم إبرام ملحق التغيير لضمان استمرار تنفيذ الصفقة بموافقة المتعامل المتعاقد كذلك يمكن أن يحدث تعديل الطرف المتعاقد الأصلي عندما يقوم بنقل الالتزام إلى معاون أو مساعد له بشرط الحصول على موافقة المصلحة المتعاقدة، و ذلك تفادياً لفسخ الصفقة³.

4- ملحق الإقفال النهائي:

قام المشرع بالإشارة إليه ضمناً في نص المادة 138 الفقرة الرابعة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 إلى أن الغرض من ملحق الإقفال يتمثل في إنهاء الصفقة نهائياً وإيقاف الالتزامات المتعلقة بها، ولا يجوز في أي حال من الأحوال تعديل هذه الالتزامات

¹ - سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص 62.

² - سبكي ربيحة، المرجع نفسه، ص 63.

³ - شقطني سهام، النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر، رسالة ماجستير في القانون فرع قانون عام كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، 2010/2011، ص 31.

عبر الملحق، حيث يعد إجراءات استثنائية لا يمكن إبرامه إلا بعد الاستلام النهائي للصفقة و قبل إمضاء الحساب العام الختامي¹.

استناداً إلى هذه المواد، يمكن استخلاص أن الهدف الأساسي من ملحق الإقبال النهائي هو إنهاء الصفقة بشكل كامل، مما يعني انتهاء الالتزامات التعاقدية دون تعديلها بأي شكل من الأشكال ويعد هذا الإجراء استثنائياً وفقاً لما جاء في المادة 138، الفقرة الرابعة، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 حيث يمكن إبرام هذا الملحق بعد الاستلام النهائي للصفقة و قبل المصادقة على الحساب العام والختامي.

ثالثاً/ شروط إبرام الملحق:

عند مراجعة المرسوم الرئاسي رقم 15-247، يتضح أنه قدم تفصيلاً أكبر فيما يتعلق بالملاحق مقارنة بالمراسيم السابقة، فقد تضمن مجموعة من القيود والضوابط التي يجب أن تلتزم بها الجهة المتعاقدة عند إبرام ملاحق للصفقة العمومية، وذلك وفقاً لما ورد في نص المادة 136 من هذا المرسوم، وتتمثل هذه الضوابط فيما يلي:

1- صدور الملحق بصيغة كتابية وتقيده بها

لا يمكن اعتبار التزام جديد بمثابة تعاقّد إلا إذا تم توثيقه بصيغة كتابية و مصادقة رسمية من السلطة المختصة، و بذلك لا يقبل طلب التعديل المقدم من المتعامل المتعاقّد بعد إبرام العقد وبعد تلقيه و عوداً من الجهات الغير مخول لها قانوناً².
بما أن الصفقة الأصلية قد تم توثيقها كتابياً، فإن عنصر الكتابة يظل ضرورياً عند ممارسة الإدارة لسلطتها في التعديل، باعتباره امتداداً طبيعياً للاتفاق الأساسي، فالتعديل يعد فرعاً من الصفقة الأصلية، مما يستوجب أن يخضع لنفس متطلبات التوثيق الرسمي وقد أكد المشرع على أهمية الكتابة في المادة 103 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مستخدماً عبارة "الملحق الوثيقة" ما يدل على ضرورة التوثيق الكتابي لضمان وضوح الالتزامات الجديدة و تحديد نطاقها بدقة³.

2- عند تعديل الملحق لا يجب المساس بجوهر الصفقة والتأثير على توازنها:

عند لجوء الإدارة إلى تعديل الملحق ينبغي عليها عدم تجاوز الحد الذي قد يؤدي إلى قلب اقتصاديات الصفقة رأساً على عقب أو إحداث تغيير جوهري في طبيعتها وأساسها فإذا حدث ذلك يحق للمتعامل المتعاقّد الامتناع عن التنفيذ والمطالبة بفسخ الصفقة استناداً إلى الأضرار التي لحقت به جراء هذا التعديل، ومع ذلك فإن المشرع الجزائري أقر استثناءً يتعلق بالتبعات التقنية غير المتوقعة والتي قد تؤثر على توازن الصفقة الأصلية

¹ - تنص المادة 138 فقرة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247: " إذا لم يكن من الممكن، وبصفة استثنائية، إبرام الملحق محل ضبط الكميات النهائية للصفقة، في الأجل التعاقدية، ويمكن إبرام هذا الملحق حتى بعد الاستلام المؤقت للصفقة، لكن ومهما كان الأمر، قبل إمضاء الحساب العام والنهائي".

² - شقطي سهام، المرجع السابق، ص 89.

³ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في أكتوبر 2010 المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية، جسر للنشر والتوزيع المحمدية، ط 4، الجزائر، 2011، ص 216.

دون أن تكون ناتجة عن خطأ أو إرادة الأطراف المتعاقدة، في هذه الحالة، يطلب من المتعامل المتعاقد الاستمرار في الوفاء بالتزاماته التعاقدية، مع ضمان حقه في التعويض من قبل الإدارة¹.

في هذا السياق، تشير المادة 136، الفقرة الثامنة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 إلى أن تعديل الملحق لا ينبغي أن يؤثر بشكل جوهري على توازن الصفقة، إلا في حال ظهور تبعات تقنية غير متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف المتعاقدة. علاوة على ذلك، يشترط ألا يؤدي الملحق إلى تغيير جوهري في موضوع الصفقة أو نطاقها، مما يضمن الحفاظ على جوهر الاتفاقية الأصلية دون الإخلال بشروطها الأساسية².

3- يجب أن يتم تعديل الملحق ضمن الحدود الزمنية المخصصة لتنفيذ الصفقة خلال مدة العقد:

يجب ممارسة سلطة التعديل خلال تنفيذ الصفقة، بحيث يكون نطاق التعديل محصوراً في الفترة الفعلية لسريان الصفقة، و ليس المدة الزمنية المحددة تعاقدياً، وذلك نظراً لاحتمالية تأخر المتعامل في التنفيذ، مما يمنح المصلحة المتعاقدة الحق في تعديل التزامات المتعامل وفقاً للشروط المحددة لكل صفقة³.

عند انتهاء المدة الفعلية للصفقة و تسليمها بشكل نهائي، يصبح طلب تعديلها غير ذي محل نظراً لانقضاء إطار التنفيذ الفعلي للالتزامات التعاقدية⁴.

في هذه الحالة، يكون للمصلحة المتعاقدة الحق في تعديل الالتزامات المترتبة على المتعامل بما يتماشى مع متطلبات الصفقة وظروف تنفيذها، مع مراعاة الأحكام والشروط الخاصة بكل اتفاقية لضمان تحقيق الأهداف المتفق عليها⁵.

إذا انتهت المدة الفعلية لتنفيذ الصفقة وتم إنجازها وتسليمها بشكل نهائي، فإن أي طلب لتعديلها يصبح غير ذي جدوى، حيث لا يمكن إدخال تغييرات على صفقة مكتملة انتهت إجراءات تنفيذها وفقاً لما تم الاتفاق عليه بين الأطراف المتعاقدة⁶.

في هذا السياق، تنص المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على إمكانية قيام المصلحة المتعاقدة بإبرام ملحق للصفقة، وذلك عندما تستدعي الظروف ذلك، بهدف توفير النفقات الضرورية لاستمرارية المرفق العام الذي تم إنشاؤه مسبقاً، يشترط أن يتم

¹ - سبكي ربيعة، المرجع السابق، ص 81.

² - المادة 136، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المصدر السابق.

³ - سبكي ربيعة، المرجع نفسه، ص 51.

⁴ - خليفة عبد العزيز عبد المنعم، الأسس العامة للعقود الإدارية "الإبرام-التنفيذ-المنازعات"، المرجع السابق، ص 267.

⁵ - سبكي ربيعة، المرجع نفسه، ص 51.

⁶ - خليفة عبد العزيز عبد المنعم، الأسس العامة للعقود الإدارية "الإبرام-التنفيذ-المنازعات"، المرجع نفسه، ص 267.

هذا الإجراء قبل عملية الاستلام النهائي للصفقة، مما يضمن توافق التعديلات مع الأطر القانونية والتنظيمية السارية¹.

4- أن تكون نسب التعديل المتعلقة بالملحق محددة بدقة وخضوعه للشروط الاقتصادية للصفقة:

أ/ تقييد الإدارة بنسب التعديل كقاعدة عامة:

تنص المادة 139 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على أن الملحق، كما هو محدد في المادة 136 لا يخضع للمراجعة القبلية من قبل هيئات الرقابة الخارجية، شريطة ألا يتجاوز مبلغه أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق نسبة 10% من القيمة الأصلية للصفقة².

يتضح من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد وضع حدًا ماليًا واضحًا للملحق حيث تم تحديد سقفه بنسبة 10% من المبلغ الأصلي للصفقة، كما ينطبق هذا الحد أيضًا على القيمة الإجمالية لمختلف الملاحق التي يتم إبرامها ضمن إطار الصفقة.

ب/ يمكن تجاوز النسب المحددة كاستثناء:

لا توجد مادة قانونية صريحة تمنع تجاوز السقف المالي للملحق في حالة الزيادة أو النقصان غير أن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 قد حدد بشكل واضح نسبًا معينة للصفقات العمومية حيث تبلغ 15% من المبلغ الأصلي لصفقة اللوازم والدراسات والخدمات و 20% في حالة صفقات الأشغال.

رغم وضع المشرع الجزائري حدودًا واضحة لتسقيف قيمة الملحق، إلا أن الإدارة لا تزال تملك إمكانية تجاوز هذه النسب إذا قدمت تبريرات مقنعة للجان المختصة، خصوصًا في الحالات التي تستدعي سرعة الإنجاز أو تلك المرتبطة بالمصلحة العامة، هذا التوجه يوضح أن مسألة الملحق لم تحسم نهائيًا في التشريع، حيث تظل الإدارة قادرة على إيجاد مبررات قانونية لتجاوز الحدود المحددة، مما يمنحها هامشًا من المرونة لتبرير تجاوزها للنسب المحددة³.

المطلب الثالث: سلطة توقيع الجزاءات الإدارية

تتمتع الإدارة بسلطة فرض الجزاءات الإدارية على المتعامل المتعاقد في حال إخلاله بالتزاماته العقدية أثناء تنفيذ الصفقات العمومية، وهذه السلطة لا تعتبر جزاءً يهدف إلى إنهاء العقد، بل هي وسيلة إلزامية تستخدم لدفع المتعامل المتعاقد إلى تنفيذ التزاماته وفقًا لما يقتضيه العقد.

¹ - المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المصدر السابق.

² - المادة 139 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المصدر نفسه.

³ - رياض عيسى، المرجع السابق، ص 15.

نظرًا لأن المصلحة المتعاقدة تملك سلطة توقيع الجزاءات الإدارية، فإن تناول هذا الموضوع يتطلب البحث في مفهوم هذه السلطة، واستعراض الأحكام العامة التي تنظمها من خلال تعريفها وتوضيح الأسس القانونية التي تستند إليها، وعليه قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى الأحكام العامة المنظمة للجزاءات الإدارية (الفرع الأول)، أنواع الجزاءات الإدارية وضوابط استعمالها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأحكام العامة المنظمة للجزاءات الإدارية

للإدارة صلاحية فرض الجزاءات على المتعاقد معها حتى وإن لم يدرج ذلك صراحة في العقد وذلك نظرا لارتباط العقود الإدارية بالمرافق العامة، مما يفرض ضرورة ضمان الوفاء بالالتزامات المتعاقد عليها، كما أن تضمين العقد لبعض الجزاءات لا يعني بالضرورة اقتصار الإجراءات التأديبية على تلك المحددة فيه، إذ تملك الإدارة الحق في تطبيق كافة الجزاءات القانونية المتاحة غير أنه ينبغي التمييز بين حالتين، فتحديد جزاءات خاصة لبعض المخالفات لا يحد من صلاحية الإدارة في فرض جزاءات أخرى على مخالفات مختلفة، بينما تظل الإدارة ملزمة بتطبيق الجزاء المنصوص عليه عندما يكون محدد صراحة في العقد¹.

وبما أن الأحكام العامة تستوجب دراسة شاملة للعناصر الأساسية المرتبطة بهذه السلطة سنتناول أولاً مفهوم الجزاءات الإدارية، وثانياً يستعرض الأساس القانوني للجزاءات الإدارية.

أولاً/ مفهوم الجزاءات الإدارية

سنتطرق إلى تعريف الجزاءات الإدارية ثم نتطرق إلى الخصائص

1- تعريف الجزاءات الإدارية:

هي صلاحيات الإدارة في فرض عقوبات دون الحاجة إلى المحكمة الجنائية، و ذلك على الأفراد الذين لا يخضعون لها مباشرة و لكن تربطهم بها معاملات، أي جمهور المواطنين، و بذلك فهي لا تشمل العقوبات التأديبية التي تخص موظفي الإدارة، كما أنها لا تمتد لتشمل الجزاءات المفروضة على الأطراف الأخرى وفق أنظمة مستقلة².

2- خصائص الجزاءات الإدارية:

تتميز سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية بعدة خصائص أساسية من بينها:

أ- تتمتع الإدارة بسلطة توقيع الجزاءات الإدارية بقرار منفرد:

حيث تملك حرية التصرف دون الحاجة إلى مراجعة القضاء مسبقاً، وذلك بمجرد ثبوت المخالفة لديها، هذه السلطة تمنح الإدارة القدرة على فرض العقوبات الإدارية بشكل مباشر لضمان تنفيذ الالتزامات التعاقدية وفقاً للقوانين المنظمة للصفقات العمومية، ورغم ذلك

¹ - محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، ط 1، مصر، 2007، ص ص248-249.

² - لبنى عدنان، الجزاءات الإدارية العامة، مجلة العلوم القانونية، مج 32، ع 3، 2017، ص120.

فإن قرارات الإدارة في هذا المجال لا تكون مطلقة، بل تخضع لرقابة القضاء، الذي يتأكد من مدى استنادها إلى أسباب قانونية مبررة، كما يتحقق من خلوها من أي تعسف أو تجاوز للسلطة¹.

ب- حرية الإدارة في اختيار وقت توقيع الجزاء:

تتميز الجزاءات الإدارية بالمرونة الزمنية في تطبيقها، حيث تعتمد على تقدير الإدارة دون التقيد بموعد محدد، ففي حال عدم وجود نص قانوني يفرض توقيع العقوبة خلال فترة معينة عند إخلال المتعاقد بالتزاماته، تظل الإدارة صاحبة القرار في اختيار التوقيت الملائم لاتخاذ الإجراء، وفق ما يخدم استمرارية المرفق العام وضمان سيره بفاعلية².

ج- فرض الإدارة للجزاءات دون ورودها في العقد:

يتضمن العقد عادةً مجموعة من الجزاءات التي يمكن للإدارة فرضها على المتعاقد في حالة إخلاله بالتزاماته، ومع ذلك يؤكد القضاء الإداري الفرنسي أن سلطة توقيع هذه الجزاءات لا تعتمد فقط على ما ورد في نصوص العقد، بل تعتبر سلطة مستقلة قائمة بذاتها، حتى في حال عدم النص عليها صراحة ضمن بنود العقد³.

إضافة إلى ذكر الجزاءات في العقد الإداري، تظل الإدارة مخولة بفرض وتطبيق عقوبات أخرى تراها ملائمة، دون أن يكون ذلك مقيداً بالنصوص التعاقدية⁴، إذا حدد العقد خطأً معيناً ورتب عليه جزاءً محدداً، فإن الإدارة ملزمة بالالتزام بهذا الجزاء دون أن تستبدله بآخر⁵.

ثانياً/ الأساس القانوني لسلطة توقيع الجزاء

الإدارة تتمتع قانونياً وقضائياً بحق فرض العقوبات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وذلك استناداً إلى ضرورة ضمان تنفيذ الالتزامات التعاقدية المرتبطة بسير المرفق العام واستمراريته، بما يحقق المصلحة العامة، ويضمن تقديم الخدمات بكفاءة وانتظام، لذلك نجد أن الآراء الفقهية قد تنوعت بشأن الأساس القانوني لصلاحيات الإدارة في فرض الجزاءات حيث انقسم الفقهاء بين من يرى أن هذه الصلاحيات تستند إلى السلطة العامة، وبين من يرى خلاف ذلك ويؤكد أن المبرر القانوني لتوقيع الجزاء يرتبط بطبيعة المرافق العامة ومتطلباتها، وسنتناول هذه الرؤى بالتفصيل فيما يلي:

¹ - خليفة عبد العزيز عبد المنعم، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته حكماً وقضاء، المرجع السابق، ص262.

² - جراد لطيفة، تنفيذ الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص35.

³ - هبة اسماعيل، تنفيذ الصفقات والرقابة الخارجية عليها، رسالة ماجستير في القانون العام والاقتصادي، جامعة وهران 2016-2017، ص45.

⁴ - قرانه عادل، سلطات الإدارة العامة في العقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عنابة، 2005، ص55.

⁵ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص481.

1- فكرة السلطة العامة كأساس قانوني:

يذهب بعض فقهاء القانون الإداري إلى أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاء بإرادتها المنفردة واستغلال امتيازها في التنفيذ المباشر، تستند إلى مفهوم السلطة العامة، ويعزز هذا الرأي بأن العقود الإدارية ترتبط ارتباطاً وثيقاً باستمرار المرافق العامة وسيرها المنتظم، مما يجعلها خاضعة لمبدأ الظروف الاستثنائية، حتى ولو لم ينص على ذلك صراحة في العقد، وتتميز السلطة العامة بخصائص محددة تبرز الفروق الجوهرية بين العقود الإدارية والعقود الخاصة¹.

يؤيد الفقيه "ديلوبادير" **"DELOBADERE"** الرأي القائل بأن الإدارة تملك صلاحية توقيع الجزاءات بقرار منفرد، حيث يرى أن المصلحة المتعاقدة، بخلاف الوضع في القانون الخاص، ليست بحاجة إلى اللجوء للقضاء لتنفيذ الجزاء، بل إنها تبشر هذه الإجراءات مباشرة، مستفيدة من امتياز التنفيذ المباشر، الذي يتيح لها إصدار قرارات ملزمة للأفراد وتنفيذها بنفسها دون الحاجة إلى تدخل قضائي وهذا الامتياز يعكس السلطة الخاصة بالإدارة في الحفاظ على انتظام سير المرافق العامة وضمان تحقيق أهدافها بكفاءة².

يرى "هوريو" **"HAURIU"** أن الأساس القانوني لصلاحية الإدارة في فرض الجزاءات ينبع من مفهوم السلطة العامة، حيث يؤكد أن للإدارة الحق في استخدام امتيازها في التنفيذ المباشر عند تنفيذ العقود المتعلقة بالمرافق العامة، ويشمل ذلك إمكانية فسخ عقود الأشغال العامة أو التوريد واتخاذ الإجراءات اللازمة لحلولها محل التعاقد المقصر في الوفاء بالتزاماته، وذلك بقرار إداري بسيط دون الحاجة إلى الرجوع إلى القضاء لاتخاذ هذه التدابير³.

من بين الفقهاء العرب الذين تبنوا هذا الرأي ودافعوا عنه بقوة، يأتي ثروت بدوي القائل: "إن الأساس القانوني لسلطة الجزاء يكمن في فكرة السلطة العامة، للارتباط الوثيق لهذه الفكرة بالعقد الإداري، إذ يمتد أثرها إلى تنفيذ هذا العقد فيخضعه لقواعد استثنائية، ولو لم يكن منصوصاً عليها فيه..... والجزاءات التي توقعها الإدارة إذا قصر التعاقد في تنفيذ التزاماته، هي مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، و هي تطبيق و أعمال لامتياز من امتيازات السلطة العامة التي تمتلكها الإدارة قبل الأفراد و هو امتياز التنفيذ المباشر"⁴.

¹ - عبد القادر دراجي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، مجلة المفكر، ع 5، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014، ص 94.

² - حمد محمد حمد الشلحاني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 201.

³ - سعيد عبد الرزاق باخيرة، سلطة الإدارة الجزائية أثناء تنفيذ العقد الإداري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة الجزائر، 2008، ص 75.

⁴ - سعيد عبد الرزاق باخيرة، المرجع السابق، ص 75.

2- فكرة المرفق العام كأساس قانوني:

هناك اتجاه فقهي آخر يرى أن الأساس القانوني لصلاحيات الإدارة في فرض الجزاءات ينبع من طبيعة المرفق العام نفسه، ففي الفقه الفرنسي يؤكد بعض الفقهاء أن الإدارة تلجأ إلى فرض الجزاءات عبر امتياز التنفيذ المباشر، معتبرين أن هذا الامتياز ليس مجرد رخصة، بل هو التزام لضمان السير المنتظم للمرافق العامة، وقد أيد الفقيه "جيز" هذا الرأي مشددًا على أن الجزاءات المترتبة على الإخلال يجب أن تكون فعالة ومباشرة، نظرًا لأن حاجات المرافق العامة تشكل الأساس الحقيقي لجزاءات القانون العام، مما يستلزم اتخاذها فورًا ودون الحاجة إلى تدخل القضاء¹.

وفي السياق ذاته، يذهب الفقيه "سليمان الطماوي" إلى أن حق الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد الذي يخل بالتزاماته يعود إلى طبيعة العقد الإداري ذاته إذ إن هذا العقد يبرم بهدف ضمان تسيير مرفق عام عبر الاستعانة بالنشاط الفردي. وعليه، فإن وجود المرفق العام يشكل الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات، وذلك لضمان تنفيذ الالتزامات المتعلقة بسير المرفق العام، أو لمعالجة أي اختلال قد يصيب أدائه وانتظامه².

3- الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في التشريع الجزائري:

إن امتيازات المصلحة المتعاقدة في فرض الجزاءات على المتعاقدين عند إخلالهم بالتزاماتهم التعاقدية لا تستند إلى التناقضات، كما هو الحال في نظرية الجزاءات في العقد الإداري وفقًا للقضاء والفقه المقارن، بل جاءت استجابة للظروف الموضوعية التي فرضها التطور الاقتصادي والاجتماعي ومتطلبات التنمية في الجزائر³.

استنادًا إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المنظم للصفقات العمومية والمرفق العام في الجزائر تنص المادة 01/147 على أنه في حال إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية، سواء بتأخير التنفيذ عن الآجال المحددة أو تنفيذها بشكل غير مطابق للمواصفات، يجوز فرض عقوبات مالية عليه، وذلك دون المساس بالعقوبات الأخرى المنصوص عليها في التشريعات السارية⁴.

بناءً على ما سبق، يمكن القول إن الأساس القانوني لصلاحيات الإدارة المتعاقدة في فرض الجزاءات على المتعاقد الذي يخل بالتزاماته التعاقدية في التشريع الجزائري يركز

¹ - رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد (دراسة مقارنة) ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص ص 203-204.

² - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 98.

³ - عبد القادر رحال، سلطة المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على المقاول المتعاقد معه في القانون الجزائري (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في القانون العام (إدارة ومالية)، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة تيزي وزو 1990، ص 90.

⁴ - أنظر المادة 01/147، المرسوم الرئاسي 15-247، المصدر السابق.

بالدرجة الأولى على المخطط التنموي، ثم يأتي دور العقد كمصدر مكمل، حيث يتم تأكيد هذه التوجهات وتطبيقها من خلال بنود العقد التي توضح الجزاءات وتحددها بوضوح للأطراف المتعاقدة¹.

الفرع الثاني: أنواع الجزاءات الإدارية وضوابط استعمالها

تعد الجزاءات الإدارية وسيلة فعالة لضمان احترام الالتزامات التعاقدية في مجال الصفقات العمومية، حيث تشكل إحدى أدوات الرقابة التي تمارسها الإدارة لضمان سير المشاريع وفقاً للضوابط القانونية والتنظيمية، ونظراً لأهمية هذه الجزاءات في تحقيق التوازن بين مصالح الإدارة والمتعاملين الاقتصاديين، فإن تحديد أنواعها وضوابط استعمالها يعد أمراً جوهرياً لضمان فعالية العقود العمومية دون الإخلال بمبدأ العدالة والشفافية.

أولاً: أنواع الجزاءات الإدارية

الجزاءات الإدارية من أهم الوسائل التي تعتمد عليها الإدارة لضمان تنفيذ الصفقات العمومية وفقاً للالتزامات المتفق عليها. وتختلف هذه الجزاءات في طبيعتها وأثرها، حيث تنقسم إلى ثلاثة أنواع رئيسية سنتناولها بالتفصيل، في البداية، سنتطرق إلى الجزاءات المالية، ثم ننتقل إلى الجزاءات الضاغطة أما الجزاءات الفاسخة، التي تعد الأشد تأثيراً فسنخصص لها معالجة مستقلة في المطلب الرابع.

1- الجزاءات المالية:

من المبادئ الفقهية المستقرة فيما يتعلق بهذه الفئة من الجزاءات، أن للقاضي سلطة الحكم بالإعفاء منها متى تبين له وقوع خطأ يستدعي ذلك. كما يملك القاضي صلاحية تخفيض الجزاء إذا ثبت لديه أنه مُبالغ فيه ولا يتناسب مع طبيعة الإخلال المرتكب². تمثل الجزاءات المالية إحدى الأدوات الأساسية التي تعتمد عليها الإدارة في العقود الإدارية، حيث تهدف بالدرجة الأولى إلى ضمان تنفيذ الالتزامات التعاقدية وفقاً لما تم الاتفاق عليه. ويرجع ذلك إلى طبيعة هذه الجزاءات، التي تتجسد في مبالغ مالية تفرض على المتعاقد الذي يتهاون في الوفاء بتعهداته، مما يجعلها وسيلة ضغط فعالة تُحفّزه على الالتزام بتنفيذ العقد في الوقت المحدد. وتأخذ شكلين رئيسيين، فإما أن تكون في صورة غرامة التأخير، أو تأتي في صورة مصادرة الضمان.

¹ - عبد القادر رحال، المرجع السابق، ص 133-134.

² - سعيد عبد الرزاق باخبيزة، المرجع السابق، ص 115.

أ/ غرامة التأخير:

* تعريفها:

تنوعت التعريفات الفقهية لغرامة التأخير، حيث يرى البعض أنها مبلغ مالي يحدد بنسبة معينة يفرض كجزاء على المتعاقد الذي يتأخر في تنفيذ التزاماته ضمن المهلة المحددة في العقد¹ بينما يرى آخرون أنها قيمة مالية يتفق عليها ضمن العقد، تلزم المتعاقد بسدادها لصالح الإدارة المتعاقدة في حال الإخلال بتنفيذ الالتزام في الموعد المحدد أو في الفترة الإضافية التي توافق عليها الإدارة².

عرف الدكتور سليمان محمد الطماوي غرامة التأخير بأنها مبالغ مالية إجمالية تقوم الإدارة بتقديرها مسبقاً، وتدرج ضمن بنود العقد، بحيث يتم تطبيقها تلقائياً في حال إخلال المتعاقد بالتزام معين، خاصة فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ³.

من خلال هذه التعريفات، يلاحظ أن جميعها تتفق على أن غرامة التأخير تفرض من قبل الإدارة على المتعاقد الذي يتأخر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وهو ذات النهج الذي اعتمدته المشرع الجزائري من خلال المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث نصت هذه المادة على أنه في حال عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية ضمن الآجال المحددة، أو تنفيذها بطريقة غير مطابقة، يمكن فرض عقوبات مالية على المتعاقد، دون المساس بالعقوبات الأخرى التي ينص عليها التشريع الساري⁴.

وهذا ما استقر عليه مجلس الدولة في القرار الصادر بتاريخ 07 أبريل 2016 الخاص بملف القضية رقم 094506 في دعوى رفعتها مؤسسة أشغال بناء ضد الصندوق الوطني لمعادلة الخدمات الاجتماعية وديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية جيجل حيث أجاز بخضم غرامة التأخير من مستحقات المتعامل المتعاقد في حالة تجاوز هذا الأخير مدة الإنجاز المتفق عليها⁵.

يعتمد إعفاء المتعامل المتعاقد من الغرامات التأخيرية على عدم تسببه في التأخير، وفقاً للمادة 84 من القانون 12-23 الذي تقابله المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، القرار بيد المصلحة المتعاقدة التي تطبقه في حال كان التأخير خارج عن إرادة المتعامل أو نتيجة لقوة قاهرة، يعلق الأجل لكن العقوبات المالية تفرض ضمن الحدود التي تحددها أوامر توقيف واستئناف الخدمة، بمعنى أن التأخير الناجم عن ظروف خارجية لا يحمل المتعامل مسؤولية العقوبة.

¹ محمد فواد عبد الباسط، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006، ص289.

² خليفة عبد العزيز عبد المنعم، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته حكماً وقضاء، المرجع السابق، ص265.

³ سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص116.

⁴ المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247، المصدر السابق.

⁵ ملف 094506، قرار صادر بتاريخ 07/04/2016، مجلة مجلس الدولة عدد خاص منازعات الصفقات العمومية 2024، ص192.

*** خصائصها:**

تتمتع غرامة التأخير بعدد من الخصائص الفريدة التي تميزها عن غيرها من الجزاءات الإدارية مما يجعلها أداة فعالة لضمان الالتزام بالجدول الزمني للعقود العمومية، ومن أبرز هذه الخصائص:

- الغرامة التأخيرية يتم تحديدها مسبقاً:

تحدد الغرامة مسبقاً في الاتفاق، فإذا لم يتضمنها العقد صراحة، فلا يحق للإدارة فرضها على المتعاقد، أما إذا كان التأخير في التنفيذ يمكن اعتباره إخلالاً جوهرياً بأحكام الالتزام، فإن الإدارة تملك حق فسخ العقد، و مصادرة الضمان، واتخاذ الإجراءات اللازمة لتأمين احتياجات المرفق العام على حساب المتعهد المقصر¹، ولهذا السبب تحرص الإدارة في معظم العقود الإدارية ودفاتر الشروط على إدراج بند صريح ينص على فرض هذه الغرامة على المتعاقد معها، بحيث تطبق تلقائياً في حال حدوث تأخير في تنفيذ الالتزامات التعاقدية ضمن الآجال المحددة في العقد².

أكد المشرع الجزائري بوضوح أن العقوبات المالية التعاقدية تخصم مباشرة من الدفعات المستحقة للمتعاملين المتعاقدين، وفقاً لما هو منصوص عليه في بنود الصفقة والشروط المحددة فيها³، ومن جهة أخرى، لا يملك المتعاقد حق الاعتراض على فرض الغرامة التأخيرية بحجة أن قيمتها مبالغ فيها أو أن التأخير لم يسبب ضرراً كبيراً للإدارة فالمعيار الأساسي في تطبيق هذه الجزاءات ليس مدى وقوع الضرر، وإنما تحقق التأخير نفسه⁴.

- الغرامة التأخيرية ذات طبيعة عقابية:

تلجأ الإدارة إلى فرض غرامة تأخيرية على المتعاقد معها عند التأخر في تنفيذ الالتزامات المتفق عليها دون الحاجة إلى إثبات حدوث ضرر، إذ يعتبر وقوع الضرر مفترضاً بموجب قرينة قانونية قطعية غير قابلة للطعن⁵.

ويترتب فرض الغرامة بمجرد حدوث التأخير أو الإخلال بالتنفيذ. وذلك انطلاقاً من كون الإدارة قد حددت مسبقاً المدة الزمنية اللازمة لإنجاز العقد، آخذةً بعين الاعتبار متطلبات تسيير المرفق العام، التي تستلزم التنفيذ ضمن الإطار الزمني المحدد لضمان تحقيق الأهداف المرجوة⁶.

هذا ما أقره مجلس الدولة في الملف رقم 113121 القرار الصادر بتاريخ 2017/07/06 في القضية التي رفعها (ع.م) ضد ديوان الترقية و التسيير العقاري لولاية

¹ سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص517.

² عبد القادر رحال، المرجع سابق، ص03.

³ المادة 01/147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المصدر السابق، ص36.

⁴ سليمان محمد الطماوي، المرجع نفسه، ص46.

⁵ سبكي ربيعة، المرجع السابق، ص97.

⁶ سليمان محمد الطماوي، المرجع نفسه، ص49.

تبيّازة بأنه لا يمكن توقيع عقوبة غرامة التأخير إلا بعد الانتهاء من المشروع لارتباطها بالمدة الفاصلة بين التاريخ الاتفاقي للتسليم والتاريخ الفعلي للتسليم¹.

للإدارة المتعاقدة الحق في الجمع بين الغرامة التأخيرية و الجزاءات الإدارية الأخرى متى توفرت المبررات القانونية لكل منها، فعلى سبيل المثال يمكنها فرض جزاء الشراء على حساب المتعاقد الذي أخلّ بالتزاماته، بالإضافة إلى توقيع الغرامة التأخيرية عليه².

- الغرامة التأخيرية يتم توقيعها تلقائياً:

الغرامة التأخيرية يتم توقيعها تلقائياً بمجرد وقوع التأخير في تنفيذ الالتزامات التعاقدية من جانب المتعاقد، يصبح من حق الإدارة تطبيق الغرامة دون الحاجة إلى توجيه تنبيه أو إذار مسبق طالما أن العقد الإداري يحدد مدة تنفيذ واضحة. وعليه، فإن مسؤولية المتعاقد عن التأخير قائمة بصورة تلقائية، وقد أكد المشرع الجزائري هذا المبدأ في المادة 36 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، حيث نصت على أن العقوبات المترتبة على التأخير تطبق تلقائياً دون إنذار مسبق، بعد إجراء تحقق عادي من تاريخ انتهاء الأجل التعاقدية عند استلام الأشغال المؤقت³.

ب/ مصادرة الضمان (مصادرة كفالة حسن تنفيذ الصفقة):

تعد التأمينات المالية بمثابة ضمان يقدم للإدارة بهدف حماية مصالحها من تبعات الأخطاء المحتملة التي قد يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ العقد الإداري، وكذلك لقياس مدى التزامه بتحمل مسؤولية تلك الأخطاء، وعند الإخلال بتنفيذ الالتزامات التعاقدية، يترتب على الإدارة حق مصادرة هذه التأمينات كإجراء مالي عقابي.

وفي حال حدوث أي تقصير من جانب المتعاقد أثناء التنفيذ، فإن الإدارة المتعاقدة تتمتع بسلطة مصادرة هذه التأمينات بإرادتها المنفردة، حتى وإن لم يترتب على الإخلال أي ضرر مباشر عليها بحيث تحتفظ بها دون الحاجة إلى اللجوء للقضاء لاستصدار حكم⁴.

عند منح الصفقة لمتعهد معين، يتوجب عليه تقديم مبلغ مالي لضمان تنفيذ الالتزامات المتفق عليها، وهو ما أطلق عليه المشرع الجزائري "كفالة حسن تنفيذ الصفقة"، وقد تم تأكيد هذا المبدأ في المادة 130 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، التي تنص على أنه بالإضافة إلى كفالة رد التسبيقات المنصوص عليها في المادة 110، يجب على المتعامل المتعاقد تقديم كفالة حسن تنفيذ الصفقة وفقاً لنفس الشروط المحددة.

¹- قرار رقم 113121 الصادر بتاريخ 2017/07/06، مجلة مجلس الدولة، ع 15، 2017، ص 24.

²- محمد حسن مرعي الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر، 2014، ص 123.

³- القرار المؤرخ في 1964/11/21، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة الأشغال العمومية والنقل، ج.ر.ج، ع 06، الصادر بتاريخ 19 يناير 1965.

⁴- رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد (دراسة مقارنة) المرجع السابق، ص 63.

تهدف كفالة حسن تنفيذ الصفقة إلى ضمان التزام المتعاقد بتنفيذ الصفقة وفقاً للشروط المتفق عليها، وفي حال إخلاله بالتزاماته التعاقدية وعدم إتمام الإنجاز بالصورة المطلوبة كما هو الحال عندما يكون تنفيذ الأشغال العامة مصحوباً بنقائص واضحة، يصبح من حق الإدارة مصادرة هذه الكفالة، والتي يشار إليها أيضاً باسم "الضمان"، كإجراء لضمان احترام المعايير المطلوبة في التنفيذ.

وفقاً للمادة 133 من المرسوم الرئاسي المذكور، قام المشرع بتحديد نسبة كفالة حسن تنفيذ الصفقة وفقاً لطبيعة وأهمية الخدمات المطلوب تنفيذها، حيث تتراوح هذه النسبة بين 5% و 10% من إجمالي مبلغ الصفقة، وذلك لضمان تنفيذها وفقاً للشروط المحددة، أما في الحالات التي لا تصل فيها قيمة الصفقة إلى المبالغ المحددة في المادة 184 من المرسوم نفسه، فإن نسبة الكفالة تتراوح بين 1% و 5% من المبلغ الإجمالي، و المبالغ المحددة المذكورة في المادة 184¹.

ولا يمكن للمصلحة المتعاقدة الحجز على كفالة الضمان بسبب التأخر في الإنجاز وقد تم الإمضاء من طرفها على محضر استلام نهائي للمشروع و هذا ما أقره مجلس الدولة في القرار رقم 126851 الصادر بتاريخ 2018/07/04 في الدعوى التي رفعتها المؤسسة العمومية الاقتصادية (شركة الصيانة والأشغال الصناعية) ضد ولاية تيارت ومن معها بأنه لا تجوز للمصلحة المتعاقدة احتجاز كفالة الضمان بسبب التأخر في إنجاز المشروع في وجود محضر استلام نهائي للمشروع².

2- الجزاءات غير المالية:

يمكن تصنيف الجزاءات غير المالية إلى نوعين رئيسيين هما الجزاءات الضاغطة والجزاءات المنهية للعقد وسنتطرق لكل منهما على حدة.

أ/ **الجزاءات الضاغطة:** تهدف الإدارة من خلال فرض هذه الجزاءات إلى إلزام المتعاقد بتنفيذ العقد وفقاً للالتزامات المحددة، دون أن يصل الأمر إلى إنهاء التعاقد مباشرة، فبدلاً من اللجوء إلى الجزاءات التي تنهي العلاقة التعاقدية، تستخدم الإدارة وسائل ضاغطة تدفع المتعاقد إلى الوفاء بشروط العقد لضمان استمرار المرفق العام دون تعطيل.

كما أشرنا سابقاً، فإن ممارسة الإدارة لصلاحياتها في فرض الجزاءات الضاغطة تخضع لرقابة القضاء، الذي يتولى تقييم مدى مشروعية القرار الإداري في هذا السياق.

¹ - أحمد بركات، سلطة الإدارة في فرض جزاءات على المتعاقد معها، مجلة القانون والتنمية المحلية، مج 03، ع 01 جامعة طاهري محمد بشار، الجزائر، 2020، ص ص 49-50.

² - ملف رقم 126851، القرار الصادر بتاريخ 2018/07/04، مجلة مجلس الدولة عدد خاص منازعات الصفقات العمومية، 2024، ص 209.

فلا يقتصر دور القضاء على التأكد من قانونية الجزاء، بل يمتد أيضاً إلى فحص مدى تناسبه مع جسامه الخطأ المرتكب من قبل المتعاقد¹.

ب/ الجزاءات المنهية للعقد: إذا ارتكب المتعاقد خطأ جسيماً يستدعي إنهاء العلاقة التعاقدية، يمكن للإدارة اتخاذ قرار الفسخ كإجراء تأديبي يفرض عليه بسبب إخلاله بالتزاماته. يُطبق جزاء الفسخ في مختلف العقود الإدارية كوسيلة لمعاقبة المتعاقد وضمان تنفيذ المشاريع وفقاً للشروط المتفق عليها.

ويختلف الفسخ كجزاء بسبب خطأ المتعاقد عن حالات إنهاء العقد التي تبادر بها الإدارة دون أن يكون هناك تقصير من جانب المتعاقد، حيث تلجأ إلى هذا الإجراء عندما تقتضي المصلحة العامة ذلك²، وتتمتع الإدارة بسلطة توقيع جزاء الفسخ بحق المتعاقد، سواء كان منصوصاً عليه صراحة في العقد أو لم يرد فيه نص مباشر بذلك.

يعتبر الفسخ في العقود الإدارية، باستثناء عقد الالتزام، بمثابة جزاء يفرض على المتعاقد عند ارتكابه خطأ جسيم في تنفيذ التزاماته، وللإدارة صلاحية توقيع هذا الجزاء سواء كان منصوصاً عليه في العقد أم لم يكن، استناداً إلى النصوص التشريعية المتعلقة بالمناقصات، والتي تحدد حالات الإخلال التي تبرر اتخاذ هذا الإجراء، وتتمتع الإدارة بسلطة اتخاذ قرار الفسخ من تلقاء نفسها، دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء مسبقاً، لكنها تبقى خاضعة لرقابة القضاء الذي يتولى مراجعة مدى مشروعية القرار الإداري ومدى تناسبه مع طبيعة المخالفة المرتكبة.

ثانياً/ ضوابط ممارسة سلطة توقيع الجزاءات الإدارية

1- إنذار المتعاقد: تنص القاعدة العامة التي أقرها مجلس الدولة الفرنسي على ضرورة قيام الإدارة بإنذار المتعاقد قبل فرض الجزاء عليه، وهو ما يعتبر إجراءً أساسياً لضمان احترام حقوق المتعاقد، خاصة في حالات مثل غرامة التأخير، فالإنذار يمنح المتعاقد فرصة لتدارك الخطأ وتصحيح مسار التنفيذ، مما يساهم في حسن سير المرافق العامة ويضمن تنفيذ الالتزامات التعاقدية بالشكل المطلوب. ومع ذلك، هناك استثناءات لهذه القاعدة، ومن أبرزها:

- وجود نص صريح في العقد يسمح للإدارة بفرض الجزاء دون إنذار مسبق، مما يمنحها سلطة مباشرة في تطبيق العقوبة دون إجراءات تمهيدية.
- حالات خاصة، مثل منح المتعاقد مهلة إضافية بموجب ملحق للعقد، إذ يعتبر هذا الملحق بمثابة إنذار ضمني، مما يعفي الإدارة من تقديم إنذار جديد.

¹ - عمار عوابدي، قضاء التفسير في القانون الإداري، دار الهومة، 1999، ص 67.
² - السيد أمين، المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، مكتبة عين شمس، 1964، ص 963.

- طبيعة العقد نفسه، حيث تستثنى بعض العقود من شرط الإنذار، مثل عقود توريد المواد للوحدات العسكرية، نظرًا لخصوصية هذه الصفقات وأهميتها في تأمين الاحتياجات العسكرية بشكل سريع ودون تأخير.

وفيما يتعلق بالقانون الإداري المصري، هناك رأي فقهي يرى ضرورة تطبيق قواعد القانون المدني المتعلقة بالإعذار داخل نطاق جزاءات العقود الإدارية، باعتبارها قواعد عامة ينبغي احترامها لضمان عدالة الإجراءات المتخذة بحق المتعاقدين¹.

2- احترام مبدأ المشروعية: بما أن الإدارة تتمتع بصلاحيات فرض الجزاءات بشكل مباشر دون الحاجة للجوء إلى القضاء، فإن الالتزام بمبدأ الشرعية يقتضي إخضاع قراراتها لرقابة قضائية لاحقة لضمان عدم تعسفها في ممارسة هذا الحق، وتشكل هذه الرقابة ضماناً أساسية لحماية حقوق المتعاقدين، والتأكد من أن الجزاءات المفروضة تتماشى مع أحكام القانون ومبادئ العدالة.

وتعد رقابة القضاء الإداري رقابة شاملة، حيث ينظر قاضي العقد في جميع المنازعات المتعلقة بالجزاءات الإدارية، وتغطي هذه الرقابة عدة جوانب، تشمل فحص مشروعية القرار من حيث الشكل، ومدى توافقه مع القوانين، وسلطة الإدارة في اتخاذه، بالإضافة إلى تقييم مدى إساءة استعمال السلطة، كما تمتد الرقابة إلى ملائمة القرار، حيث يتم التحقق من مدى تناسب الجزاء مع طبيعة الخطأ المرتكب²، لضمان تحقيق العدالة وعدم فرض إجراءات تعسفية.

3- حق المتعاقد في الدفاع عن نفسه: يعتبر حق الدفاع من الضمانات الأساسية التي يجب أن تلتزم بها الإدارة قبل فرض أي جزاء على المتعاقد معها، إذ يضمن له الفرصة للرد على الاتهامات وإثبات موقفه من خلال مختلف وسائل الإثبات، سواء كانت وثائق رسمية، شهادات شهود مستندات، أو حتى دفاع شفوي.

ويستند هذا الحق إلى مبدأ قانوني جوهري، وهو أن توقيع الجزاء لا يجوز إلا بعد إجراء تحقيق مما يتيح للمتعاقد فرصة تصحيح أي أخطاء محتملة وتنفيذ التزاماته على النحو المطلوب، كما يجب على الإدارة أن توضح للمتعاقد طبيعة المخالفات المنسوبة إليه وفي حال تجاهلها لهذا الإجراء، يعد الجزاء غير قانوني وباطل.

ومع ذلك، لهذا الحق حدود واضحة، حيث يجب على المتعاقد أن يمارس دفاعه خلال الفترة الزمنية المحددة له، وإذا امتنع عن ذلك أو رفض تقديم دفاعه، فإنه يعتبر متنازلاً عنه، مما يمنح الإدارة الحق في فرض الجزاء دون الحاجة إلى استكمال إجراءات الدفاع.

¹ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 506 وما بعدها.

² - حمد محمد حمد الشلحاني، المرجع السابق، ص 174.

وبهذا، يشكل حق الدفاع عنصر توازن ضروري بين حماية مصالح المتعاقد و ضمان حسن سير المرفق العام دون تعطيل¹.

المطلب الرابع: سلطة فسخ العقد

يعتبر الفسخ الجزائي في الصفقات العمومية أداة قانونية تهدف إلى ضمان احترام الالتزامات التعاقدية بين الإدارة والمتعامل المتعاقد. وهو إجراء يُتخذ في حال إخلال أحد الأطراف بشروط العقد، مما يؤدي إلى إنهائه بصفة غير توافقية، مع تحميل الطرف المخل مسؤولية الأضرار الناجمة.

يلعب هذا النوع من الفسخ دوراً جوهرياً في حماية المال العام و ضمان تنفيذ المشاريع وفقاً للمواصفات القانونية والاتفاقات المبرمة، مما يعكس أهمية التوازن بين حقوق الإدارة و حقوق المتعاملين الاقتصاديين، لذا سنتطرق في هذا المطلب إلى الأحكام المنظمة للفسخ الجزائي (الفرع الأول)، ثم ننتقل إلى أنواع الفسخ الجزائي وآثاره القانونية (الفرع الثاني)، وفي الأخير سنبين الإشكالات الناشئة عن سلطة إنهاء عقد الصفقة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الأحكام المنظمة للفسخ الجزائي

يعد الفسخ الجزائي من أكثر الإجراءات القانونية صرامة التي يمكن للإدارة اللجوء إليها عند إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته، حيث يتحدد وفقاً لدرجة الخطأ المرتكب فعندما يكون الإخلال جسيماً ومؤثراً على تنفيذ العقد، تملك الإدارة سلطة تقدير مدى جسامته هذا التقصير واتخاذ قرار الفسخ تحت رقابة القضاء.

أولاً/ تعريف الفسخ الجزائي

لم يحدد المشرع الجزائري عبر النصوص القانونية الخاصة بالصفقات العمومية تعريفاً دقيقاً للفسخ الجزائي، كما هو الحال في المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتعلق بالموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة لصفقات الأشغال، حيث اكتفى بذكر الإجراءات المتعلقة به، وهو ما ورد في المواد 122 إلى 127، هذا النهج تبناه أيضاً المشرع المصري، إذ لم يضع تعريفاً واضحاً للفسخ في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 الذي تم إلغاؤه بموجب المادة 3 من القانون رقم 182 لسنة 2018 المتعلق بتنظيم التعاقدات العامة، واكتفى بتحديد حالات الفسخ التلقائي في المادة 24 فضلاً عن شروط الفسخ في المواد 25، 75، و84.

¹ - وليد سعود فارس القاضي، الجزاءات في مجال العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية جامعة آل البيت، الأردن، 2000، ص19 وما بعدها.

² - أنظر المواد من 121 إلى 127 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219، المؤرخ في 20-05-2021، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية لأشغال، ج.ر.ج، ع 50، المؤرخ في 06-2021.

24

³ - أنظر المواد 25، 75 و 84 من القانون رقم 89 لسنة 1998، المتضمن قانون المناقصات والمزايدات المصري ج.ر.ج.م، ع 19 مكرر الصادرة في 08/05/1998.

كما أن القانون رقم 182 لسنة 2018 لم يتطرق إلى تعريف الفسخ الجزائي، بل اقتصر على توضيح حالتيه: الفسخ الوجوبي والفسخ الجزائي، من خلال المادتين¹ 50 و 52 واتبعت نفس المنهجية اللائحة التنفيذية السابقة، القرار الوزاري رقم 692 لسنة 2019 الذي ألغى تنظيم المناقصات والمزايدات ولم يتناول تعريف الفسخ الجزائي، بل اكتفى بالإشارة إلى حالتيه².

يرى بعض الباحثين أن عدم تحديد المشرعين الجزائري والمصري لتعريف الفسخ الجزائي كان قراراً صائباً، إذ ترك هذا الأمر للفقهاء القانونيين، الذي يعنى بصياغة المفاهيم وتحديد المصطلحات وقد تباينت آراء الفقهاء حول تعريف الفسخ، فهناك من اعتبره إجراءً صارماً تستخدمه الإدارة ضد المقاول الذي أخلّ بتنفيذ التزاماته بشكل جسيم³، إلا أن هذا التعريف ينظر إليه على أنه ناقص كونه يركز فقط على سبب الجزاء دون الإشارة إلى أثره على العلاقة التعاقدية، بينما يرى آخرون أن الفسخ الجزائي هو إجراء يجيز للإدارة إنهاء الرابطة التعاقدية عند وقوع خطأ جسيم من المتعاقد وغالباً ما تلجأ الإدارة إلى هذا الإجراء بناءً على سلطتها المنفردة حتى إن لم يكن العقد ينص عليه دون الحاجة إلى انتظار موافقة القضاء⁴.

يعرف الفسخ الجزائي، وفقاً للدكتور عمار بوضياف، بأنه حدث استثنائي وغير متوقع يؤدي إلى إنهاء الصفقة بشكل مبكر، مما يترتب عليه وقف تنفيذ العقد قبل بلوغ أجله الطبيعي⁵.

ومن خلال تحليل هذا التعريف بالمقارنة مع المفاهيم الأخرى المطروحة، يرى الباحث أن التعريفين السابقين قد استكملا جانباً لم يتطرق إليه التعريف الأول، وهو التأكيد على إنهاء الرابطة التعاقدية بين الطرفين.

وبذلك، يتفق الفقهاء على أن الفسخ يمثل قطعاً نهائياً للعلاقة بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد، نتيجة إخلال الأخير بالتزاماته التعاقدية، أي أنه يرتبط مباشرة بعدم تنفيذ المتعاقد لواجباته كما هي محددة في العقد ودفتر الشروط.

وفي هذا السياق، يقترح الباحث تعريفاً للفسخ الجزائي يتمثل في كونه إجراءً تتخذه المصلحة المتعاقدة ضد المتعامل المتعاقد الذي ارتكب خطأ جسيماً أدى إلى الإخلال

¹ - أنظر المادتين 50 و 51 من القانون رقم 182 لسنة 2018، المتضمن قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، ج.ر.ج. ع 39 مكرر (د)، الصادرة في 2018/10/03.

² - المادتين 100 و 101 من القرار الوزاري رقم 692 لسنة 2019، المتضمن إصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم 182 لسنة 2018، ج.ر.ج. ع 244 تابع (ب)، الصادرة في 2019/10/31.

³ - بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 11.

⁴ - مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003 ص 118.

⁵ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقاً للمرسوم الرئاسي رقم 15-247، القسم الثاني، ط 05، جسور للنشر والتوزيع الجزائر، 2017، ص 30.

بالتزاماته التعاقدية وذلك بعد إنذاره دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء، مما يؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية بين الطرفين بصفة نهائية.

ثانياً/ شروط الفسخ الجزائي

يمكن ملاحظة أن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 لم يضع تعريفاً واضحاً ومحددًا لسلطة فسخ الصفقة العمومية، غير أن مضمونه يسمح باستنتاج مفهومها من خلال المادة¹ 149، والتي جاء في مضمونها أن المصلحة المتعاقدة توجه إعداراً إلى المتعاقد في حال عدم تنفيذ التزاماته التعاقدية لإعطائه فرصة الوفاء بها خلال مدة معينة، و وفقاً للفقرة 2 من المادة 90 من القانون رقم 23-12 تمتلك المصلحة المتعاقدة صلاحية الفسخ الجزائي للصفقة في حال عدم استجابة المتعاقد لإعذار ثان، يعد هذا الإجراء إضافة جديدة مقارنة بالمرسوم الرئاسي رقم 15-247، الذي كان يمنح المصلحة المتعاقدة سلطة الفسخ وفق الأجل المحدد في الإعدار، وفقاً للمادة 149 منه، كما يتضمن التعديل إلغاء الفقرة الثالثة التي كانت تنص على تحديد الوزير المكلف بالمالية بموجب قرار رسمي للمعلومات الواجب إدراجها في الإعدار، إضافة إلى آجال نشره في شكل إعلانات قانونية².

نظراً لما ينطوي عليه فسخ الصفقة العمومية من تداعيات قانونية واقتصادية كبيرة يتوجب على المصلحة المتعاقدة الالتزام بمجموعة من الشروط قبل اتخاذ هذا الإجراء لضمان تحقيق العدالة واحترام حقوق الأطراف المتعاقدة ومن أبرز هذه الشروط:

1- وقوع خطأ جسيم من طرف المتعاقد: يعد الفسخ الجزائي من أشد الإجراءات التي يمكن أن تتخذها الجهة الإدارية بحق المتعامل المتعاقد عندما يرتكب خطأ بالغ الخطورة والجسامة.

فالخطأ الجسيم في الصفقة يعرف على أنه إخلال المتعامل المتعاقد بالتزام قانوني أو تعاقدية يؤثر بشكل جوهري على تنفيذ العقد، مما يمنح الإدارة حق تقدير مدى جسامة هذا الإخلال واتخاذ القرار المناسب بشأن فسخ الصفقة، سواء كان الفسخ كلياً أو جزئياً.

ومع ذلك، فإن هذه السلطة لا تُمارس بشكل مطلق، بل تخضع لرقابة القضاء الإداري الذي ينظر في مدى قانونية القرار الإداري ومدى انسجامه مع مبادئ العدالة واحترام حقوق المتعاقد³.

من خلال نص المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، يتضح أن المشرع الجزائري منح المصلحة المتعاقدة سلطة تقدير مدى جسامة الخطأ كأساس لاتخاذ قرار الفسخ، دون أن يحدد معايير دقيقة لقياس هذه الجسامة أو يضع إطاراً واضحاً لأسباب

¹ جاء في نص المادة 149، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المصدر السابق، أنه: "إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة إعدار ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محددة".

² المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المصدر السابق.

³ بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، رسالة ماجستير، تخصص قانون الدولة والمؤسسات العامة، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، كلية الحقوق 2009، ص125.

وحالات الفسخ، هذا الإغفال التشريعي قد يفتح المجال أمام الإدارة لممارسة سلطة تقديرية واسعة، مما قد يؤدي إلى احتمال التعسف في توقيع الفسخ دون وجود ضوابط موضوعية تقيد¹.

أشار دفتر الشروط الإدارية العامة الخاص بصفقات الأشغال العامة إلى مجموعة من الأخطاء الجسيمة التي يرتكبها المقاول، والتي تعد مبررًا قانونيًا لتوقيع جزاء الفسخ. من بين هذه الأخطاء عدم مباشرة المقاول للأشغال المتفق عليها ضمن الآجال المحددة في أوامر المصلحة الصادرة عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري².

2- الإعذار قبل توقيع الجزاء: نظرًا لما يترتب على الفسخ الجزائي من آثار قانونية واقتصادية جسيمة على المتعامل المتعاقد، فإنه يجب أن يكون مسبقًا بإجراء أساسي وهو توجيه إعذار رسمي له، يمنحه فرصة أخيرة للوفاء بالتزاماته ضمن مدة معقولة. فالإعذار ليس مجرد إجراء شكلي، بل هو خطوة جوهرية تهدف إلى تمكين المتعاقد من تصحيح إخلاله وتجنب فسخ الصفقة، مما يعكس حرص المشرع على تحقيق التوازن بين حقوق الإدارة وضمان حماية مصالح المتعاقد³.

يتضح من خلال ما سبق أن إجراء الإعذار يشكل ضمانًا جوهرية قبل اتخاذ قرار فسخ الصفقة بحق المتعامل المتعاقد، إذ يمنحه فرصة فعلية لمعالجة إخلاله والوفاء بالتزاماته التعاقدية، وتبرز أهمية هذا الإجراء بشكل خاص في الصفقات العمومية، حيث يتم إبرامها لتلبية حاجة عامة، ما يعني أن أي تقصير في تنفيذها يؤثر بشكل مباشر على سير المرفق العام وجودة الخدمات المقدمة ونظرًا لهذه الاعتبارات، جعل المشرع إجراء الإعذار وجوبًا قبل توقيع جزاء الفسخ.

و هذا ما جاء به قرار مجلس الدولة رقم 114905 الصادر بتاريخ 2017/10/05 في الدعوى التي رفعتها ولاية عين الدفلى ضد شركة (أ.غ) و من معها حيث أقر بأنه يعد الطلب الرامي إلى الأمر باستئناف الأشغال مؤسس قانونًا طالما أن آجال إنجاز المشروع لا تزال سارية و عليه فإن رفض الامتثال للأمر بعد الإعذار يشكل إخلالا بالالتزامات التعاقدية يترتب عنه فسخ الصفقة تحت مسؤولية المتعاقد مع الإدارة⁴.

الفرع الثاني: أنواع الفسخ الجزائي وآثاره القانونية

عندما يرتكب المتعامل المتعاقد إخلالًا جسيمًا بالتزاماته التعاقدية، فإن ذلك يؤدي إلى إنهاء الصفقة وقطع العلاقة التعاقدية مع الجهة المتعاقدة، وتبعًا لدرجة جسامة الإخلال تختلف آليات الفسخ التي يمكن أن تعتمد عليها الجهة المتعاقدة، مما ينعكس مباشرة على الآثار

¹ - سهام بن دعاس، أحكام فسخ الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مج 57، ع 05، 2020، ص133.

² - سهام بن دعاس، المرجع نفسه، ص134.

³ - بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص125.

⁴ - القرار رقم 114905، الصادر بتاريخ 2017/10/05، مجلة مجلس الدولة، ع 15، 2017، ص28.

القانونية والعملية لهذا الفسخ، وبالتالي فإن مدى خطورة الفسخ يؤثر بشكل كبير على الوضع القانوني للمتعاقد، سواء من حيث استبعاده من الصفقات المستقبلية أو تأثيره على سمعته في المجال التعاقدى.

أولاً/ أنواع الفسخ الجزائي

ينقسم الفسخ الجزائي إلى نوعين رئيسيين: الفسخ المجرد، والفسخ على حساب المتعاقد، ولكل منهما طبيعته وأحكامه الخاصة سيتم تناول كل منهما على حدة.

1- الفسخ المجرد: عندما تقرر المصلحة المتعاقدة فسخ صفقة الأشغال العمومية فسحاً مجرداً فإن ذلك يعني استبعاد المقاول المقصر نهائياً، دون فرض التزامات إضافية عليه ودون تحميله تكاليف إعادة طرح الصفقة في المناقصة، ويشترط في هذه الحالة أن يذكر بوضوح في إعلان المناقصة أن الفسخ مجرد، وإلا فقد يمنح ذلك المقاول المتعاقد فرصة الادعاء بأن المصلحة المتعاقدة مارست سلطتها العامة في الفسخ، مما قد يفتح الباب أمام مطالبته بالتعويض، أما إذا تم التنصيص صراحة على الفسخ المجرد، فإنه يلغى أي حق في التعويض سواء لصالح المقاول أو لصالح المصلحة المتعاقدة¹.

كما يفهم من الفسخ أنه إنهاء كامل للرابطة التعاقدية، بحيث يعود الأطراف إلى وضعهم السابق قبل التعاقد، و مع ذلك تحتفظ المصلحة المتعاقدة بحقها في فرض غرامات التأخير أو المطالبة بالتعويضات عن الأضرار التي نجمت عن فسخ العقد بسبب إخلال المقاول بالتزاماته².

2- الفسخ على حساب المتعاقد: يعد هذا النوع من الفسخ أكثر شدة وتأثيراً من الفسخ المجرد، حيث لا تقتصر الجهة المتعاقدة على إنهاء الصفقة الأصلية وتعويضها، بل يترافق ذلك مع إبرام صفقة جديدة لاستئناف تنفيذ الأشغال، مع تحميل المقاول المقصر مسؤولية هذا الإجراء ونتيجة لذلك يتحمل المقاول تكاليف الزيادة الناجمة عن هذه الخطوة.

ومن اللافت أن دفتر الشروط العامة في فرنسا تبني كلا النموذجين من الفسخ، حيث أقر بأن فسخ العقد بسبب خطأ صادر عن المقاول يمكن أن يكون فسحاً بسيطاً و مباشراً أو فسحاً مشروطاً بتحملة مسؤولية و تبعات هذا الإجراء³.

مواكبة لهذا التوجه، حرص المشرع الجزائري على إزالة أي لبس في تفسير آلية الفسخ، حيث نص صراحة على هذا النوع في المادة 122 الفقرة الثانية من المرسوم

¹ - هارون عبد العزيز الجمل، الجزاءات في عقود الأشغال العامة، أطروحة دكتوراه في القانون الإداري، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة طنطا مصر، 2005، ص 249.

² - مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2014 ص 75.

³ - عيسى عبد القادر الحسن، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997، ص 170.

التنفيذ رقم¹ 21-219، وجاء في نصها أنه: "...للمصلحة المتعاقدة أن تقرر إنهاء الصفقة العمومية، و يمكن أن يكون هذا الفسخ بسيطاً أو تحت مسؤولية المقاول دون سواه."

ثانياً/ الآثار القانونية للفسخ الجزائي

تملك الجهة المتعاقدة صلاحية توقيع الفسخ الجزائي بنفسها، وذلك بعد توجيه إعدار رسمي إلى المتعامل المتعاقد قبل اتخاذ قرار الفسخ، ومع ذلك يخضع هذا القرار للرقابة القضائية لضمان مشروعيته وعدم إساءة استخدامه، وبهذا يترتب آثار تتمثل في:

1- إنهاء الرابطة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد: يعد الفسخ الجزائي من الجزاءات التي تؤدي إلى إنهاء العلاقة التعاقدية بين الطرفين بشكل نهائي، حيث يترتب على صدور قرار الفسخ انقطاع أي التزام تعاقدية بينهما مستقبلاً. وبذلك، يتوقف المتعامل المتعاقد عن تنفيذ الالتزامات الواردة في العقد المشمول بالفسخ، مما يعني عدم الاعتداد بأي أعمال قد يقوم بها بعد تاريخ الفسخ².

في سياق النظرية العامة للعقود الإدارية، يعتبر الفسخ إجراءً شاملاً يؤثر على العقد بكامله وليس مجرد إلغاء جزئي لبعض بنوده، فالفسخ الكلي يؤدي إلى إنهاء جميع الالتزامات التعاقدية التي كانت تربط الطرفين، مما يمنع الإدارة من انتقاء جزء معين من العقد وإلغائه بينما تحتفظ بالأجزاء الأخرى التي تحقق لها فائدة³.

2- تحميل المتعاقد جزاء الفسخ: وفقاً للمادة 152 الفقرة 01 من المرسوم الرئاسي رقم⁴ 15-247 لا يحق للمتعامل المتعاقد الاعتراض على قرار الفسخ الجزائي الصادر عن المصلحة المتعاقدة طالما أنه يأتي في إطار تطبيق البنود التعاقدية التي تضمن حقوقها.

وبناءً على هذا النص، يتحمل المتعامل المتعاقد تبعات هذا الإجراء، حيث يحق للمصلحة المتعاقدة المطالبة بتعويض عن الأضرار التي لحقت بها حتى تاريخ الفسخ، كما يمكنها مصادرة التأمين المالي المرتبط بالصفقة، فضلاً عن كفالة حسن التنفيذ التي سبق للمتعامل تقديمها، ومن الجدير بالذكر أن القرار الصادر في هذا الصدد يعتبر نهائياً، ولا يقبل الطعن أو الاعتراض من قبل المتعامل المتعاقد⁵ يعد هذا النوع من الفسخ الجزائي الأكثر تأثيراً على المتعامل المتعاقد، إذ يتخذ الإجراء مصحوباً بإبرام عقد جديد لضمان

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 21-219، المصدر السابق.

² - سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص 316.

³ - حابي فتية، فسخ صفقات الأشغال العمومية، مجلة الاجتهاد، معهد الحقوق، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر ع 09، 2015 ص 106.

⁴ - جاء في نص المادة 152 الفقرة 01، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المصدر السابق، قولها: "لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية عند تطبيقها البنود التعاقدية لضمان، والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها وزيادة على ذلك، يتحمل هذا الأخير التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة".

⁵ - سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص 317.

تنفيذ الالتزامات المتفق عليها، مما يضع المتعامل الأصلي أمام تبعات قانونية ومالية كبيرة، ومن الآثار المترتبة على هذا الفسخ¹:

- تمتع الإدارة بحرية التعاقد مع طرف جديد لإنجاز الأعمال التي لم ينفذها المتعامل الأصلي.

- تحمل المتعاقد الأصلي كل النفقات الناتجة عن الصفقة الجديدة، وكذا تكاليف إعادة التعاقد.

- احتفاظ الإدارة بفارق المصروفات في حال كانت الصفقة الجديدة أقل تكلفة من الصفقة الأصلية، مما يسمح لها بتقليل الأعباء المالية المرتبطة بإعادة التعاقد.

المبحث الثاني: التزامات المصلحة المتعاقدة

نظرًا للطابع الفريد للصفقات العمومية، تحظى الجهة المتعاقدة بامتيازات وسلطات استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، وذلك بهدف ضمان تلبية الاحتياجات العامة بكفاءة.

ومع ذلك، فإن هذه الامتيازات يقابلها مجموعة من الالتزامات التي يجب على الجهة المتعاقدة الوفاء بها، إذ لا يمكن تحقيق أهداف الصفقات العمومية دون احترام هذه الالتزامات وضمان تنفيذها على الوجه المطلوب، لذلك سيتم تناول الالتزام بتنفيذ الصفقة (المطلب الأول)، ثم التزام الجهة المتعاقدة بتعويض المتعامل المتعاقد (المطلب الثاني) يلي ذلك دراسة التزامها بمبدأ التوازن المالي للصفقة (المطلب الثالث)، وفي الأخير الالتزام بتقديم المقابل المالي (المطلب الرابع).

المطلب الأول: الالتزام بتنفيذ الصفقة العمومية

تحرص الجهة المتعاقدة على الوفاء بالتزاماتها العقدية وفقًا لمبدأ حسن النية، مما يضمن بيئة تعاقدية قائمة على الثقة والشفافية.

كما يقع على عاتقها مسؤولية تهيئة الظروف الملائمة لتنفيذ الصفقة بكفاءة، من خلال إزالة أي عوائق قد تعيق التنفيذ السليم للصفقة ضمن الإطار الزمني المتفق عليه، لضمان تحقيق الأهداف المنشودة دون تأخير أو تعثر.

الفرع الأول: الالتزامات الفنية

يتناول هذا الفرع جانبين رئيسيين:

الأول يتعلق بضمان تمكين المتعاقد من مباشرة تنفيذ التزاماته التعاقدية، من خلال توفير الظروف الملائمة وتذليل أي عقبات قد تعترض طريقه، مما يساهم في تنفيذ الصفقة وفقًا للمتطلبات المتفق عليها.

¹ - لطيفة جزار، المرجع السابق، ص22.

أما الثاني، فيرتبط بضرورة التزام الجهة المتعاقدة باحترام مدة تنفيذ الصفقة، بما يضمن سير الأعمال وفقاً للجدول الزمني المحدد دون تأخير، تحقيقاً للكفاءة والجودة المطلوبة.

أولاً: تسهيل مباشرة المتعاقد لتنفيذ التزاماته التعاقدية

بعد استكمال إجراءات إبرام الصفقة، تصبح الصفقة سارية المفعول، مما يستوجب على الجهة المتعاقدة توفير الدعم اللازم للمتعاقل لضمان تنفيذ التزاماته على الوجه الأمثل، وتذليل كافة العقبات التي قد تعيق سير العمل، ولتحقيق ذلك، يجب على الجهة المتعاقدة اتخاذ عدة إجراءات من بينها:

- تسليم موقع التنفيذ لتمكين المتعاقل من مباشرة أعماله.
- توفير المستندات والمخططات الهندسية، والتي تشمل دراسات التربة، الدراسات الطبوغرافية وشبكات المياه لضمان تنفيذ المشروع وفق المعايير المحددة.
- منح التراخيص الإدارية، مثل رخصة البناء ورخصة الهدم، لتمكين المتعاقل من العمل ضمن الإطار القانوني المنظم للصفقة¹.

ثانياً: احترام مدة تنفيذ الصفقة

تعد مدة التنفيذ في عقود الصفقات العمومية عنصراً جوهرياً، حيث يفترض أن تظل مسؤولية احترام هذه المدة محصورة في المتعاقل المتعاقل، ومع ذلك قد يتضمن العقد التزاماً صريحاً من الجهة المتعاقدة بالمدة المحددة، مما يمنعها من تقليصها أو تمديدتها دون مبرر قانوني.

لا يجوز للإدارة تعديل مدة التنفيذ بناءً على سلطتها المطلقة دون مراعاة المصلحة العامة، إذ يجب أن تكون أي تعديلات مبررة ومرتكزة على أسس قانونية واضحة ولضمان شرعية هذه القرارات، يتعين إخضاعها لرقابة القضاء الإداري، بما يحقق التوازن بين السلطة الممنوحة للإدارة وحقوق المتعاقل المتعاقل².

الفرع الثاني: الالتزام بمبدأ حسن النية

يعد مبدأ حسن النية في تنفيذ الصفقة العمومية إحدى الركائز الأساسية التي تضمن تحقيق الأهداف المتوخاة منها، حيث يتطلب هذا المبدأ من الجهة المتعاقدة الالتزام بالشفافية والإنصاف في تعاملها مع المتعاقل المتعاقل.

فالصفقات العمومية، باعتبارها وسيلة لتلبية الاحتياجات العامة، يجب أن تدار وفقاً لمعايير قانونية وأخلاقية تضمن حقوق الأطراف المتعاقدة وتحقق المصلحة العامة.

¹ - هاشمي فوزية، المرجع السابق، ص 160.

² - هاشمي فوزية، المرجع نفسه، ص 171.

إن احترام الإدارة لهذا المبدأ لا يقتصر فقط على التقيد بالالتزامات التعاقدية، بل يشمل أيضاً توفير الظروف المناسبة التي تمكن المتعامل المتعاقد من تنفيذ التزاماته دون تعسف أو عراقيل غير مبررة.

وعليه، فإن حسن النية في تنفيذ الصفقة العمومية يشكل الضمانة الأساسية لسيورها وفق الأطر القانونية وتحقيق التوازن بين الامتيازات الممنوحة للإدارة والحقوق المترتبة للمتعاقد، ويتجسد ذلك من خلال:

أولاً – يتوجب على الجهة المتعاقدة الالتزام بالعقد الذي أبرمته:

حيث لا يجوز لها التنصل من العلاقة التعاقدية أو التراجع عن الصفقة بشكل كامل دون مبرر قانوني واضح¹.

فمراعاة مبدأ حسن النية في تنفيذ الصفقات العمومية يعد أساساً لضمان احترام الحقوق المتبادلة بين الطرفين، لا يحق للإدارة استغلال امتيازاتها وسلطاتها كوسيلة للتحرر من التزاماتها التعاقدية دون وجود مصلحة حقيقية أو سبب مشروع يستدعي ذلك إذ أن أي تصرف يخالف هذا المبدأ قد يؤدي إلى الإضرار بحقوق المتعامل المتعاقد ويشكل إخلالاً بمبادئ العدل والشفافية في تنفيذ الصفقات².

ثانياً – يتوجب على الجهة المتعاقدة تنفيذ شروط العقد بصفة كاملة وسليمة³:

حيث لا يقتصر الالتزام على الجوانب الفنية المتعارف عليها فقط طبيعة العقد، بل يشمل أيضاً احترام كافة البنود المتفق عليها دون استثناء، فتنفيذ الالتزامات يجب أن يكون شاملاً، بحيث لا يقتصر على جزء معين دون الآخر، بل يتم الوفاء بها وفقاً لما تم الاتفاق عليه كقاعدة عامة لضمان تحقيق الأهداف المتوخاة من الصفقة⁴.

ثالثاً – يجب على الجهة المتعاقدة أن تحترم تعهداتها العقدية:

وهذا بعدم قيامها بأي تصرف يمكن أن يتعارض مع التزاماتها تجاه الطرف الآخر في العقد.

يشمل ذلك عدم منح حقوق لطرف ثالث تتنافى مع الحقوق الممنوحة للمتعاقد معها وكذلك عدم رفض الترخيص لهذا المتعاقد باستخدام المال العام المتعلق بالعقد⁵.

¹ - عوابدي عمار، القانون الإداري، ج2، النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط4، الجزائر، 2007 ص220.

² - هاشمي فوزية، المرجع السابق، ص177.

³ - عوابدي عمار، القانون الإداري، ج2، النشاط الإداري، المرجع نفسه، ص220.

⁴ - هاشمي فوزية، المرجع نفسه، ص180.

⁵ - عوابدي عمار، القانون الإداري، ج2، النشاط الإداري، المرجع نفسه، ص220.

المطلب الثاني: الالتزام بتعويض المتعامل المتعاقد

قد يتعرض الطرف المتعاقد لأضرار ناتجة عن تصرفات الجهة المتعاقدة، سواء كانت هذه الأضرار مقصودة أو غير مقصودة، وبغض النظر عن وجود خطأ من طرفها. بناءً على ذلك يتم تقسيم المسألة إلى قسمين: الأول يتعلق بالتعويض القائم على إثبات خطأ الجهة المتعاقدة، والثاني يتناول التعويض الممنوح في حال عدم ثبوت أي خطأ من جانبها.

الفرع الأول: التعويض على أساس مسؤولية المصلحة المتعاقدة

يحق للمتعامل المتعاقد الحصول على تعويض من الجهة المتعاقدة في حالات معينة وفقاً للشروط المحددة في الاتفاقية، لضمان استيفائه من الحقوق والامتيازات التي يكفلها له القانون ومن أبرز هذه الحالات:

أولاً: المسؤولية العقدية

عندما يتعرض المتعاقد لأضرار بسبب أخطاء الإدارة المتعاقدة أو نتيجة إخلالها بالتزاماتها التعاقدية، فإن ذلك يترتب عليه مسؤولية قانونية تستوجب التعويض. يظهر هذا الإخلال عندما تفشل الإدارة في توفير التسهيلات اللازمة التي تعهدت بها للمتعاقد لتمكينه من بدء تنفيذ المشروع في عقود الأشغال العامة، أو حين تتسبب في تأخير غير مبرر في استلام وسائل التوريد المرسله من المورد في إطار عقود التوريد. في مثل هذه الحالات، تحمل الإدارة مسؤولية عدم الوفاء بالتزاماتها العقدية¹، مما يستوجب تعويض المتضرر عن الأضرار التي لحقت به نتيجة هذا التقصير.

ثانياً: قيام المتعامل المتعاقد بأشغال إضافية

يحق للمتعاقد المطالبة بتعويض ملائم عن الأعمال الإضافية التي أنجزها خارج نطاق البنود المتفق عليها في العقد، وقد أشار بعض الفقهاء إلى أن هذه الأعمال تشمل المهام التي لم يدرج بوضوح، سواء بشكل مباشر أو ضمني، في المواصفات والخطة التنفيذية المحددة في الاتفاق.

وفي مثل هذه الحالات، ينظر إلى هذه الأعمال على أنها تتطلب تعويضاً عادلاً لضمان عدم الإضرار بحقوق المتعاقد وتحقيق التوازن في الالتزامات بين الأطراف المتعاقدة. من الضروري أن يتحمل المتعامل المتعاقد مسؤولية إثبات وقوع الضرر الذي لحق به نتيجة خطأ ارتكبه الجهة المتعاقدة، وذلك من خلال إثبات العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

وبناءً على ذلك، يكون للمتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض استناداً إلى المسؤولية التعاقدية للإدارة المتعاقدة معه.

¹ - بسيوني عبد الغني عبد الله، القانون الإداري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1993، ص 205.

الفرع الثاني: التعويض على أساس عدم مسؤولية المصلحة المتعاقدة

سننظر في هذا الفرع إلى التعويض الناتج عن ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة تعديل عقد الصفقة (أولاً)، ثم إلى التعويض الناتج عن ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة إنهاء عقد الصفقة العمومية (ثانياً).

أولاً: التعويض الناتج عن ممارسة سلطة التعديل للعقد

الإدارة بوصفها جهة تتمتع بسلطة عامة، تظل حريصة على تحقيق المصلحة العامة في كافة تصرفاتها القانونية متجاوزة أي اعتبارات تعاقدية، كما أن القرارات الصادرة عنها بشأن تعديل العقود المبرمة تدرج ضمن صلاحياتها كسلطة عامة، إذ لا تمارس امتيازاً تعاقدياً، بل تستند إلى حق إداري يتيح لها التدخل بشكل منفرد لإدخال تعديلات على العقد خلال مرحلة التنفيذ¹، ومع أن هذه التعديلات قد تكون ضرورية، إلا أنها قد تؤثر سلباً على الطرف المتعاقد، سواء من الناحية المالية أو الزمنية، فقد يتحمل المتعاقد تكاليف إضافية غير متوقعة، إلى جانب تأخير في إنجاز المشروع، مما يزيد من أعبائه العملية لذلك يصبح لازماً على الجهة المتعاقدة تعويض المتعامل عن الأضرار الناجمة عن هذه التعديلات، سواء كانت مالية أو زمنية، لضمان تحقيق التوازن بين مقتضيات المصلحة العامة وحماية الحقوق التعاقدية للطرف الآخر، يساهم هذا النهج في تعزيز العدالة وتحقيق بيئة تعاقدية مستقرة لكلا الطرفين.

ثانياً/ التعويض الناتج عن ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة إنهاء عقد الصفقة:

في إطار تحقيق متطلبات المصلحة العامة، تملك الإدارة صلاحية إنهاء عقد الصفقة العمومية متى تبين أن استمراره لم يعد ملائماً لحاجات المرفق العام أو فقد ضرورته، وذلك استناداً إلى مبدأ امتيازات السلطة العامة في التسيير، و هنا المصلحة المتعاقدة مطالبة بتعويض المتعامل المتعاقد تعويضاً عادلاً عن الضرر الذي لحق به جراء إنهاؤها للعقد بإرادتها المنفردة و هذا ما اعترفت به المحكمة الإدارية في مصر من خلال حكمها الصادر سنة 1968 للإدارة سلطة إنهاء العقد في حالة أنها رأت أن هذا الإنهاء يقتضيه الصالح العام، ولا يكون للمتعاقد إلا التعويض إن كان له حق.

الفرع الثالث: شروط الحق في التعويض

لكي يكون للمتعامل المتعاقد حق في المطالبة بالتعويض، يجب توفر شرطين أساسيين هما:

أولاً: وجود ضرر ناتج عن قيام المصلحة بأعمال: لإثارة مسؤولية الجهة المتعاقدة عن أعمالها التعاقدية، يجب توفر ثلاثة شروط أساسية:

¹ - رياض عيسى، أحكام الأعمال الإضافية في عقود الأشغال العمومية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ع 4، ديسمبر 1987، ص 118.

1- ضرر شخصي مباشر وأكيد: أي أن الضرر يجب أن يكون حقيقياً، غير محتمل أو تقديري، ويؤثر مباشرة على الطرف المتعاقد دون وساطة أطراف أخرى.

2- حدوث خسارة مادية أو غبن للمتضرر: بمعنى أن المتعاقد يجب أن يكون قد تعرض لضرر واضح نتيجة تصرف الجهة المتعاقدة، سواء كان ذلك في شكل خسائر مالية أو إخلال بحقوقه التعاقدية.

3- وجود علاقة سببية بين خطأ الجهة المتعاقدة والضرر: يجب أن يكون الضرر ناتجاً بشكل مباشر عن تقصير الإدارة أو عدم تنفيذها لالتزاماتها التعاقدية. أما من الناحية القانونية، فإن السند الأساسي لهذه المسؤولية نجده في المادة 176 من القانون المدني الجزائري، التي تحدد مبدأ التعويض عند استحالة تنفيذ الالتزام، وتنص على أنه إذا لم يتمكن المدين من تنفيذ التزامه عيناً، فإنه يلزم بدفع تعويض عن الضرر الناجم عن ذلك، ما لم يكن سبب الاستحالة خارجاً عن إرادته كما أن التأخر في تنفيذ الالتزام قد يكون سبباً لإلزامه بالتعويض¹.

والمادة 178 من ق.م.ج، جاءت بالقاعدة العامة للعقود التي تجعل المدين مسؤولاً بمجرد عدم الوفاء بالتزاماته التعاقدية ما لم يثبت أن سبباً أجنبياً حال بينه وبين الوفاء وبالتالي فهذه المادة هي المادة التي تحكم الخطأ العقدي في القانون المدني الجزائري².

ثانياً: عدم التنازل عن المطالبة بالتعويض

يقتصر أثر التنازل عن المطالبة بالتعويض على الأعمال المنجزة قبل تاريخ التنازل مما يعني أن أي حقوق أو مطالبات ناشئة عن تلك الأعمال تعتبر ملغاة ولا يمكن للمتعاقد الرجوع إليها لاحقاً.

ومع ذلك، فإن الأعمال التي يتم تنفيذها بعد تاريخ التنازل تبقى خارج نطاق هذا الاتفاق وبالتالي يحتفظ المتعاقد بحقه في مطالبة الإدارة بالتعويض عن أي أضرار تنجم عن أخطاء الإدارة فيما يتعلق بهذه الأعمال الجديدة بالفعل، رغم أن الجهة المتعاقدة تتمتع بسلطات وصلاحيات واسعة في إدارة العقود، بدءاً من الرقابة والإشراف وصولاً إلى تعديل العقد وتوقيع الجزاءات وإنهائه، إلا أن ممارسة هذه السلطات يجب أن تتم وفقاً لضوابط وإجراءات قانونية تضمن عدم التعسف في استخدامها.

فالتمتع بهذه الصلاحيات لا يمنح الإدارة الحق في التملص من التزاماتها التعاقدية، إذ أن أي تصرف غير منضبط قد يؤدي إلى إثارة مسؤوليتها العقدية تجاه الطرف المتعاقد ولهذا يفترض أن تكون كل الإجراءات التي تتخذها الإدارة مستندة إلى مبادئ العدالة

¹ - كمال العطاروي، سلطة الإدارة في تعديل عقد الأشغال العامة أثناء مرحلة التنفيذ، مجلة العلوم القانونية والسياسية، ع 17، جانفي 2018، ص 506.

² - تنص المادة 176 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بقولها: " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

والإنصاف، بحيث لا يترتب عليها ضرر غير مبرر للطرف المتعاقد، مما يعزز التوازن في العلاقة التعاقدية ويحفظ حقوق جميع الأطراف.

المطلب الثالث: الالتزام بضمان التوازن المالي للصفقة

قد تواجه العقود الإدارية أثناء تنفيذها ظروفًا استثنائية تؤدي إلى زيادة الأعباء المالية على المتعامل المتعاقد، مما قد يؤثر على قدرته على الوفاء بالتزاماته التعاقدية ويعرض استمرارية المرفق العام للخطر، قد ينجم هذا الاختلال إما عن تدخل مباشر من الإدارة في تعديل شروط العقد، أو نتيجة لإجراءات عامة لم تصمم خصيصًا لإلحاق الضرر بالمتعامل، لكنها تؤثر بشكل غير مباشر على التزاماته كما يمكن أن يكون السبب ظروفًا اقتصادية خارجية غير متوقعة تؤثر سلبيًا على التوازن المالي للعقد في مثل هذه الحالات ورغم أن الإدارة لا تكون قد ارتكبت خطأ قانونيًا، إلا أن مقتضيات العدالة وضمان حسن سير المرافق العامة تتطلب تدخلها للمساعدة في تجاوز هذه التحديات، وذلك عبر تقديم تعويض مناسب للمتعامل المتعاقد يخفف من الأثر المالي الناجم عن هذه الصعوبات، بما يضمن استمرار تنفيذ العقد وفق شروط عادلة تحفظ مصالح جميع الأطراف¹.

لقد وضع القضاء الإداري أساسًا قانونيًا للتعويض بعيدًا عن القواعد التقليدية التي تحكم عقود القانون الخاص، حيث يلزم المدين عادة بالوفاء بالتزاماته طالما كان ذلك ممكنًا، إلا في حالة القوة القاهرة التي تجعل التنفيذ مستحيلًا ومع ذلك، فإن العقود الإدارية تتمتع بمرونة أكبر في هذا الجانب مما يسمح بإعادة التوازن المالي دون أن يكون هناك خطأ من جانب الإدارة المتعاقدة.

تتمثل أبرز الحالات التي يمنح فيها التعويض وفقًا لفكرة التوازن المالي للعقد الإداري في ثلاث نظريات رئيسية نظرية فعل الأمير (الفرع الأول)، نظرية الظروف الطارئة (الفرع الثاني) وفي الأخير نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: نظرية فعل الأمير

لدراسة هذه النظرية بشكل، يمكن تقسيم التحليل إلى ثلاثة محاور رئيسية تتمثل في تحديد مضمونها (أولاً) ثم تبين شروطه (ثانيًا) وفي الأخير إظهار الصور المختلفة لهذه النظرية (ثالثًا).

أولاً: مضمون نظرية فعل الأمير

يشير مفهوم فعل الأمير إلى القرار أو الإجراء الذي تتخذه الإدارة المتعاقدة أثناء ممارسة صلاحياتها القانونية، والذي يؤدي إلى زيادة الأعباء المالية أو الالتزامات الملقة على المتعامل المتعاقد بموجب العقد، يتميز هذا الإجراء بكونه صادرًا عن جهة رسمية ويهدف إلى تحقيق مصلحة عامة، إلا أنه قد يؤثر على التوازن المالي للعقد².

¹ - محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 01، 2008، ص291.

² - Zakaria Claude Jean, L'essentiel du Droit Public, Gualino L'extenso, 2ème éditions, 2015, p 99.

يعرف فعل الأمير أيضاً بأنه إجراء قانوني صادر عن السلطات العامة، يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، لكنه يؤدي عملياً إلى زيادة التكاليف والأعباء المالية الواقعة على المتعامل المتعاقد، مما يجعل تنفيذ العقد أكثر صعوبة وإرهاقاً. في هذه الحالة، يصبح من حق المتعامل المتعاقد المطالبة بتعويض كامل عن الأضرار التي لحقت به نتيجة لهذا التصرف، لضمان استعادة التوازن المالي للعقد¹.

ثانياً: شروط تطبيق النظرية

لتطبيق نظرية فعل الأمير في العقود الإدارية، يجب توفر مجموعة من الشروط الأساسية لضمان استحقاق المتعامل المتعاقد للتعويض عن الأعباء الإضافية التي نشأت نتيجة للإجراءات الصادرة عن الإدارة وتتضمن هذه الشروط ما يلي:

1- أن يكون الإجراء الذي أدى إلى اختلال التوازن المالي صادراً عن الإدارة

المتعاقدة نفسها: يجب أن يكون الإجراء الذي يؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد صادراً عن الإدارة العامة أو الأجهزة الإدارية المتعاقدة، باعتبارها الجهة المخولة قانونياً لاتخاذ مثل هذه القرارات، أي أن التصرف الذي يترتب التزامات إضافية على المتعامل المتعاقد يجب أن يكون نابغاً من السلطة الإدارية التي أبرمت العقد².

إذا كان الإجراء الذي أدى إلى اختلال التوازن المالي للعقد صادراً عن جهة إدارية غير متعاقدة فلا يمكن للمتعامل المتعاقد المطالبة بالتعويض وفقاً لنظرية فعل الأمير، نظراً لأن هذه النظرية تشترط أن يكون الإجراء صادراً عن الإدارة المتعاقدة نفسها، ومع ذلك يمكنه اللجوء إلى نظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروطها حيث تسمح هذه النظرية بالتعويض في حال تعرض تنفيذ العقد لتغيرات جوهرية غير متوقعة تؤثر على الأعباء المالية للمتعاقد أما فيما يتعلق بالإدارة التي اتخذت الإجراء المؤثر على تنفيذ العقد، يمكن للمتعامل المتعاقد اللجوء إلى قواعد المسؤولية الإدارية لمقاضاة الجهة المسؤولة عن اتخاذ القرار الذي تسبب في الإضرار بمصالحه³.

في بدايات تطبيق نظرية فعل الأمير، كان مجلس الدولة الفرنسي يسمح باللجوء إليها حتى لو صدر الإجراء المؤثر على تنفيذ العقد من جهة إدارية غير متعاقدة، بحيث كان يكفي أن يكون القرار نابغاً من إحدى السلطات العامة ليتم تعويض المتعامل المتعاقد عن الأضرار المالية الناتجة عنه إلا أن المجلس عدل موقفه لاحقاً، وأصبح يشترط أن يكون

¹ - بديع مستو، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، مجلة جامعة البعث سوريا، مج 38، ع 19، لسنة 2016، ص 90.

² - خليفة عبد العزيز عبد المنعم، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ط 2008، ص 214.

³ - حمدي عطية مصطفى عامر، الأعمال القانونية للسلطة الإدارية القرار الإداري- العقد الإداري دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، ط 01، 2015، ص 549.

القرار الذي تسبب في الإضرار بالمتعاقدين صادرًا بشكل مباشر عن الإدارة المتعاقدة نفسها وليس عن أي جهة إدارية أخرى¹.

2- أن يكون هناك عقد إداري مبرم بين طرفين متعاقدين: يعرف فعل الأمير أيضًا بأنه إجراء قانوني صادر عن السلطات العامة، يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة لكنه يؤدي عمليًا إلى زيادة التكاليف والأعباء المالية الواقعة على المتعامل المتعاقدين، مما يجعل تنفيذ العقد أكثر صعوبة وإرهاقًا.

في هذه الحالة، يصبح من حق المتعامل المتعاقدين المطالبة بتعويض كامل عن الأضرار التي لحقت به نتيجة لهذا التصرف، ولضمان استعادة التوازن المالي للعقد².

3- أن يكون الإجراء أو التصرف الذي قامت به الإدارة وأدى إلى نظرية فعل الأمير عملاً مشروعاً: يشترط في الإجراء الصادر عن الإدارة المتعاقدة، والذي يؤدي إلى إلحاق ضرر بالمتعامل المتعاقدين، أن يكون مشروعاً وفقاً للنظام القانوني السائد في الدولة، والذي يستند إلى مختلف مصادر المشروعية سواء المكتوبة، مثل القوانين والتشريعات، أو غير المكتوبة، مثل المبادئ العامة للقانون والأعراف الإدارية فالإجراء الذي يمنح المتعامل المتعاقدين حق المطالبة بالتعويض يجب أن يكون مشروعاً في ذاته. و في حال كانت تصرفات الإدارة غير مشروعة وأدت إلى إخلال بالالتزامات التعاقدية، فإن المسؤولية لا ترتب وفقاً لنظرية فعل الأمير، بل تتحمل الإدارة التعويض استناداً إلى المسؤولية العقدية³.

4- أن يكون الإجراء هذا الإجراء غير محتمل وقوعه: يشترط لتطبيق نظرية فعل الأمير أن يكون الإجراء الصادر عن الإدارة المتعاقدة غير متوقع وقت إبرام العقد بحيث لم يكن في حسابات أي من الطرفين المتعاقدين أن تصدر الإدارة تصرفاً يؤثر على التوازن المالي للعقد.

إذا كان الطرفان يعلمان مسبقاً بإمكانية حدوث هذا الإجراء وأدرجاه ضمن بنود العقد من خلال شروط تعاقدية واضحة، فلا مجال حينها للجوء إلى هذه النظرية⁴، إذ يكون المتعامل المتعاقدين قد وافق على تحمل المخاطر المحتملة دون المطالبة بإعادة التوازن المالي لاحقاً، هذا الشرط يعكس أهمية عنصر المفاجأة في الإجراء الإداري، حيث لا يطبق مبدأ التعويض إلا عندما يجد المتعامل المتعاقدين نفسه أمام أعباء مالية غير متوقعة

¹ - محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات مع دراسة للقانون 89 لسنة 1998 الخاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولائحته التنفيذية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1999، ص 158.

² - عبد المنعم الضوى، السلطة العامة في مواجهة الأفراد عبر القانون والعقد والقرار الإداري، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية ط 01، 2016، ص 446.

³ - خليفة عبد العزيز عبد المنعم، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمًا، المرجع السابق، ص 177.

⁴ - مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق وضمانات المتعاقدين مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري، دراسة مقارنة منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط 1، 2014، ص 661.

وغير منصوص عليها في العقد، مما يستوجب التدخل لضمان استمرار التنفيذ دون إخلال بالصفقة العمومية.

5- أن يفضي الإجراء المتخذ من قبل الإدارة إلى إلحاق ضرر بالطرف المتعاقد

معها: تعد إصابة المتعاقد بضرر نتيجة لتصرف صادر عن الإدارة الأساس الذي تبنى عليه نظرية فعل الأمير، فهذا الضرر يعد عنصراً جوهرياً في قيام المسؤولية، سواء تعلق الأمر بالقانون العام أو الخاص، وعلى الرغم من أن مسؤولية الإدارة في هذا السياق تبنى على غياب الخطأ أي أنها مسؤولية عقدية من دون خطأ إلا أنه من الضروري تحقق ضرر لحق بالمتعاقد بسبب التصرف الإداري.

ولا يشترط أن يكون هذا الضرر فادحاً أو بالغ الجسامة، بل يكفي أن يكون موجوداً ولو كان بسيطاً، إذ يكفي أن يتأثر التوازن المالي للعقد، سواء من خلال خسارة فعلية بتكبتها المتعاقد، أو بانخفاض في الأرباح التي كان يتوقع تحقيقها، وهذا ما يأخذ به مجلس الدولة الفرنسي في تطبيقه لهذه النظرية¹.

ثالثاً: صور فعل الأمير

تعد الإجراءات المشروعة التي تصدرها السلطة الإدارية، والتي يمكن أن تندرج تحت وصف "الأمر الإداري"، من التدابير التي قد تؤدي إلى زيادة الأعباء الملقاة على عاتق المتعاقد مع الإدارة، وتتمثل هذه الإجراءات إما في شكل قواعد عامة، كالقوانين واللوائح التنظيمية، أو في شكل قرارات إدارية فردية ذات طابع خاص.

1- يصدر عمل الأمير في صورة إجراء تنظيمي عام: يقصد بالإجراءات العامة تلك القوانين واللوائح الصادرة عن السلطة العامة والتي تسري على شريحة واسعة من الأشخاص، من بينهم المتعاقد مع الإدارة، مما قد يترتب عليه تحميله أعباء إضافية وتبرز في هذا السياق إشكالية جوهريّة تتعلق بإمكانية تحميل الإدارة مسؤولية تعويض المتعاقد عن الأضرار التي تنجم عن تطبيق إجراءات عامة تطل جميع المواطنين وليست موجهة حصرياً له.

وللإجابة على هذا التساؤل، لا بد من التمييز بين الإجراءات العامة التي تمس الجوهر العقدي للعقود الإدارية، وتلك التي تؤثر على ظروف تنفيذ هذه العقود فقط.

أ/ الآثار القانونية للإجراءات العامة على الأوضاع العقدية:

تتجلى هذه الحالة في صدور إجراءات عامة تؤدي إلى تعديل الأوضاع العقدية للعقود الإدارية أو فسخها، دون أن يكون المتعاقد قد ارتكب أي خطأ يحمله المسؤولية، وفي مثل هذه الظروف، يمكن تطبيق نظرية فعل الأمير، بشرط أن يكون الإجراء العام الصادر بمثابة قانون أمر، وأن لا يكون المشرع قد استبعد صراحة حق المتعاقد المتضرر في

¹ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 602.

الحصول على تعويض¹، وبصرف النظر عن مدى مشروعية القوانين الصادرة في هذا المجال، يقع على عاتق القاضي الإداري الالتزام بتطبيقها.

طبق مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ في أحكامه، ومن أبرزها الحكم الصادر بتاريخ 28 أبريل 1939، تدور وقائع القضية حول قانون فرنسي صدر في 16 يوليو 1935 قضى بخفض نفقات الدولة بنسبة 10% في مختلف المجالات، وقد أثر تطبيق هذا القانون على الاتفاق المبرم بين الدولة وشركة السكك الحديدية، الذي بموجبه استردت الدولة مرفق السكك الحديدية مقابل مبالغ سنوية تدفعها للشركة، وعندما تقدمت الشركة، بصفتها متعاملاً متعاقداً، بشكوى ضد خفض تلك الأقساط بنسبة 10% طبقاً للقانون المشار إليه قضى مجلس الدولة، استناداً إلى تقرير المفوض «Josse»، بوجوب تعويض الشركة بشكل كامل، مؤكداً توافر شروط نظرية فعل الأمير².

ب/ تأثير الإجراءات العامة على سير تنفيذ العقد الإداري:

قد تصدر الإجراءات التشريعية أو التنظيمية العامة دون أن تمس بالشروط الجوهرية للعقد إلا أنها تؤثر في ظروف تنفيذ العقد، مما يزيد من صعوبة تنفيذ الالتزامات على المتعاقد، وفي قضاء مجلس الدولة الفرنسي، تعتبر القاعدة عدم تعويض المتعاقد عن الأضرار الناتجة في هذه الحالة بينما يشكل تطبيق نظرية فعل الأمير الاستثناء الوحيد المبرر لمنح التعويض، غير أن رفض التعويض بناءً على هذه النظرية لا يحول دون المطالبة به اعتماداً على نظريات قانونية أخرى، شريطة استيفاء شروط تلك النظريات³.

2- التدابير الفردية الصادرة بصيغة إجراءات خاصة:

يقصد بالإجراء الخاص ذلك القرار الفردي الذي تتخذه السلطة الإدارية المتعاقدة تجاه المتعاقد معها، والذي يؤدي إلى تعديل أحكام العقد أو يؤثر على ظروف تنفيذ العقد الإداري المبرم بين الطرفين.

أ/ لتدابير الإدارية الخاصة التي تمس بنود العقد: تتمتع السلطة الإدارية المتعاقدة بصلاحيات تعديل العقود الإدارية التي تبرمها بإرادتها المنفردة، وذلك ضمن شروط وضوابط محددة وفي حدود معينة، دون أن يكون للمتعاقد حق الاعتراض على هذه التعديلات، سواء تعلق الأمر بتعديل التزامات المتعاقد أو بفسخ العقد قبل انتهاء المدة المتفق عليها، ويعتبر هذا الحق محصوراً في الإدارة حتى وإن لم يكن منصوصاً عليه صراحة ضمن بنود العقد⁴.

¹ محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وآثارها القانونية دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط1، 1998، ص93.

² سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص613.

³ نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ط1، 2010، ص707.

⁴ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقاً للمرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق، ص212.

يعتبر هذا التدخل من قبل المصلحة المتعاقدة، الذي يؤثر على الأحكام التعاقدية نموذجاً لعمل الأمير نظراً للخلل الذي يطرأ على التوازن المالي للعقد، وبناءً عليه، يحق للمتعاقد المطالبة بالتعويض جراء الأضرار التي لحقت به¹.

ب/ التدابير الخاصة وتأثيرها على شروط تنفيذ العقود الإدارية:

قد لا يؤدي الإجراء الخاص الصادر عن المصلحة المتعاقدة إلى تعديل العقد الإداري بشكل مباشر، لكنه يؤثر على ظروف التنفيذ، مما يفرض أعباء إضافية على الطرف المتعاقد.

بناءً على ذلك يمكن للمتعاقد الاعتراض على ما يعرف بـ "عمل الأمير" والمطالبة بالتعويض، نظراً لاضطراب التوازن المالي للعقد نتيجة تدخل الإدارة المتعاقدة ومن بين التدابير الخاصة التي تؤثر على تنفيذ العقد الإداري، يمكن الإشارة إلى ما يلي²:

- القرارات التي تصدرها المصلحة المتعاقدة أثناء ممارسة سلطاتها في الرقابة والتوجيه، والتي تترتب عليها زيادة في الأعباء المالية.

- إجراءات الضبط الإداري التي تتخذها الإدارة المتعاقدة.

- الأشغال العامة التي تنفذها المصلحة المتعاقدة والتي قد تلحق أضراراً بالطرف المتعاقد أثناء تنفيذ العقد.

- الأعمال المادية التي تباشرها المصلحة المتعاقدة، مما يجعل تنفيذ العقد أكثر إرهاقاً للمتعاقد المتعاقد.

الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة

لدراسة هذه النظرية سننظر في دورها كوسيلة لتعديل العقود خارج إطار التعاقد سنستكشف مفهومها ونحدد شروطها، ومن ثم سنتناول الآثار المترتبة عن تحقيقها.

أولاً: مفهوم نظرية الظروف الطارئة

يعرف الظرف الطارئ بأنه ظرف غير عادي أو غير متوقع، ذو طبيعة عامة أو مادية، لم يكن في حساب الأطراف عند إبرام العقد، ولم يكن من الممكن توقعه أو اتخاذ تدابير لتلاقيه مسبقاً يؤدي هذا الحدث إلى جعل تنفيذ الالتزام.

التعاقد مرهقاً بشكل غير معتاد للمدين، مما يعرضه لخسارة جسيمة، حتى وإن لم يصل إلى حد الاستحالة المطلقة³.

يمكن اعتبار الظروف الطارئة بمثابة حالة وسط بين القوة القاهرة والخسارة المعتادة تعود جذور هذه النظرية إلى القانون الكنسي، حيث كان الفقهاء يحظرون الغبن في العقود، سواء كان ذلك عند الإبرام أو عند التنفيذ، باعتباره شكلاً من أشكال الربا

¹ - محمد أنس قاسم جعفر، المرجع السابق، ص 164.

² - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص 112.

³ - محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، مطبعة الزهران، القاهرة، 1987، ص 19.

المحرم¹، ومع ذلك أدى ترسيخ مبدأ سلطان الإرادة إلى تراجع هذه النظرية، نظراً لأنها تسمح للقاضي بتعديل العقد بناءً على طلب أحد الأطراف، دون موافقة الطرف الآخر، مما يتعارض مع الطابع الإلزامي للعقد، لهذا السبب رفض القضاء المدني الفرنسي تبني هذه النظرية، رغم الجهود الفقهية لإيجاد أساس قانوني لها في المبادئ العامة للقانون المدني ومع ذلك اضطر المشرع الفرنسي إلى التدخل في حالات متعددة من خلال نصوص قانونية خاصة لتطبيقها، على العكس من ذلك وجدت هذه النظرية مجالاً خصباً في القانون الإداري، حيث اعتمدها مجلس الدولة الفرنسي منذ الحرب العالمية الأولى، لضمان استمرارية عمل المرافق العامة².

ثانياً: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

في إطار العلاقات التعاقدية، يفترض أن الالتزامات تنفذ وفقاً لما اتفق عليه الأطراف دون الإخلال بالمبدأ الأساسي لسلطان الإرادة، ومع ذلك قد تواجه بعض العقود أحداثاً غير متوقعة تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً بشكل لا يحتمل للمدين، دون أن تصل إلى حد الاستحالة المطلقة، هنا تبرز نظرية الظروف الطارئة كألية قانونية تهدف إلى تحقيق توازن بين استقرار العقود و ضمان العدالة التعاقدية، من خلال تمكين القاضي من تعديل الالتزامات أو إعادة توزيعها بطريقة تتماشى مع المتغيرات الطارئة، لتحقيق ذلك وضعت هذه النظرية مجموعة من الشروط التي يجب توافرها لضمان التطبيق العادل و سنتطرق إليها كالاتي:

1- أن يقع حادث استثنائي:

الحادث الاستثنائي هو ذلك الحدث غير المتوقع الذي لا يندرج ضمن الوقائع المعتادة للحياة، بل يظهر بشكل مفاجئ و خارج عن النمط المألوف، إنه حدث نادر لا يأخذه الشخص العادي في حسبانته نظراً لندرته و عدم انتظام وقوعه، مثل الحروب و الزلازل بالإضافة إلى تفشي الأوبئة وغيرها من الأزمات المتوقعة³.

لقد اختلف الفقهاء حول مدى اعتبار التشريعات التي تصدرها السلطة العامة، والتي تؤدي إلى تغيير جذري في اقتصاديات العقد، ضمن الحوادث الاستثنائية.

يرى أحد الاتجاهات الفقهية أن الحادث يجب أن يكون خارج نطاق تصرفات السلطة العامة وأن التشريع، حتى لو كان يؤثر على حقوق و التزامات الأطراف المتعاقدة ويؤدي إلى اختلال التوازن بينهم، لا يمكن اعتباره حادثاً استثنائياً يبرر تطبيق نظرية الظروف الطارئة⁴.

¹ - إسماعيل غانم، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، 1968، ص314.

² - نبيل سعد، النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص287-288.

³ - عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني، نظرية العقد والإرادة المنفردة، 1984، ص551.

⁴ - حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، ط1، مطبعة مصر، القاهرة، 1949، ص80.

في المقابل، يرى اتجاه آخر أن معيار الأخذ بالنظرية يكمن في مدى تأثير الحادث على اقتصاديات العقد، و بالتالي فإن التشريع ذاته قد يكون سببا كافيا لاعتماد النظرية، إذ لا يختلف في تأثيره عن أي حادث آخر في هذا المجال¹.

2- أن يكون الحادث الاستثنائي عاما:

مجرد وقوع حادث استثنائي غير كافٍ لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، بل يجب أن يتسم بصفة العمومية و الخاصة معا، فلا يشترط أن يؤثر الحادث الاستثنائي على جميع الناس، و إنما يكفي أن يمس مجموعة منهم، كحريق يجتاح حيا أو كارثة تضرب مدينة بشكل غير متوقع، إذا كان تأثير الحادث مقتصرًا على فرد معين، حتى لو كانت تبعاته جسيمة كالموت أو الإفلاس، فإنه يعتبر حادثا خاصا، مما ينفي إمكانية تطبيق نظرية الظروف الطارئة، التي تتطلب أن يكون التأثير ممتدا ليشمل طائفة من الناس².
الجدير بالذكر أن اشتراط العمومية يتعارض مع الغاية الجوهرية لهذه النظرية، إذ أنها تسعى إلى تحقيق العدالة عبر تخفيف الأعباء عن المدين المتضرر، فإذا تم تقييد الحادث الاستثنائي بشرط العمومية، فإن ذلك يحول دون تحقيق العدالة في العديد من الحالات، مما يؤدي إلى تضيق نطاق تطبيق النظرية و إضعاف فعاليتها³.

3- أن يكون الحادث غير متوقع ولا يمكن تفاديه:

لا بد أن يكون الحادث غير متوقع و غير قابل للتفادي، بحيث يشكل ظرفا استثنائيا لا يمكن تجنبه أو الحد من تأثيره، فإذا كان الحادث متوقعا أو يمكن دفعه بوسائل معقولة فإنه لا يستوفي شروط نظرية الظروف الطارئة، و بالتالي لا يمكن تطبيقها عليه⁴.
لا يكفي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون المتعاقد ذاته غير متوقع للحادث، بل يجب أن يستند التقييم إلى المعيار الموضوعي، فالتوقع لا يقاس بشعور الشخص المتعاقد وإنما بقدرة الرجل العادي على استشراف وقوع الحادث، فإذا كان بإمكان الشخص العادي توقع حدوثه، فلا يجوز للمتعاقد المطالبة بتعديل العقد بدعوى عدم توقعه وقت التعاقد⁵.
ومن جهة أخرى، فإن تأثير الحادث الطارئ يلغى إذا كان المدين قادرا على تجنب نتائجه، إذ يقع عليه واجب اتخاذ التدابير اللازمة للحماية من أي آثار يمكن تفاديها، فإذا أهمل اتخاذ الاحتياطات الممكنة، فلا يمكنه الاحتفاء بكون الظرف كان طارئا و استثنائيا حتى و إن كان غير متوقع الحدوث⁶.

1- عصمت عبد المجيد بكر، نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها، دار الحرية للطباعة والنشر، بغداد 1993، ص31-32.

2- خالد السامعة، سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة، ط1 إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، 2015، ص65.

3- حسام الدين كمال الأهواني، النظرية العامة للالتزام، ج1، مج1، المصادر الإرادية، ط3، 2000، ص425.

4- عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، 2004، ص252.

5- جلال على العدوي، أصول الالتزامات (مصادر الالتزام)، منشأة المعارف، 1997، ص262.

6- حمدي عبد الرحمان، الوسيط في نظرية الالتزام، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، 1999 ص494.

4- تأثير الظرف الطارئ على زيادة الإرهاق في تنفيذ الالتزام: لتطبيق نظرية

الظروف الطارئة، يجب أن يؤدي الظرف الطارئ إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين دون أن يصل إلى حد الاستحالة فالاستحالة تؤدي إلى انفساخ العقد تلقائيا، بينما الإرهاق يعني أن التنفيذ لا يزال ممكنا لكنه يفرض على المدين خسائر كبيرة تخل بالتوازن المالي للعقد، لذلك لا يعتبر التنفيذ مرهقا إذا كان ارتفاع التكلفة طبيعيا أو إذا كانت الخسارة الناتجة عن مألوفة في سياق التعاملات المعتادة، مثل تقلبات الأسعار وفقا لما هو متعارف عليه في السوق¹.

يعد شرط الإرهاق العنصر الأهم لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، فهو الذي يحول النظرية من مجرد مفهوم نظري إلى أداة قانونية تستخدم عمليا، و يشكل محور اهتمام القاضي عند النظر في القضية، يميز هذا الشرط عن غيره بأنه نابع من العقد ذاته، بخلاف باقي الشروط التي تكون خارج نطاق العقد، مثل كون الحادث استثنائيا أو غير متوقع الحدوث، فهذه العوامل لا ترتبط بالعقد إلا من حيث أثرها عليه، و يكمن هذا الأثر في الصعوبة التي تطرأ على تنفيذ الالتزام، حيث يؤدي إرهاق المدين، مهددا إياه بخسائر فادحة تخل بالتوازن المالي للعقد، إذ أصبح تنفيذ الالتزام مرهقا لطرف ما بينما يحقق للطرف الآخر منفعة متزايدة، فإن ذلك يفاقم الخلل في التعادل الذي كان قائما وقت إبرام العقد، مما قد يدفع الطرف المتضرر إلى المطالبة بتدخل القاضي استنادا إلى نظرية الظروف الطارئة².

يُقاس الإرهاق وفق معيار موضوعي و ليس شخصي، أي أنه لا ينظر إلى مدى قدرة المدين الذاتية على تحمله أو عدم تحمله، بل ينظر إلى حجم الخسارة بحد ذاتها و مدى تجاوزها للحدود المعتادة هذا التحديد ينبع من منطق نظرية الظروف الطارئة نفسها، حيث تهدف إلى الحفاظ على التوازن الاقتصادي للعقد و ضمان استمرارية اقتصادية قدر الإمكان، و ذلك وفق الرؤية التي كانت قائمة وقت إبرامه³.

وفقا لهذا المنطق، لا يؤخذ بعين الاعتبار الوضع المالي للمدين أو حالته الاقتصادية عند تطبيق نظرية الظروف الطارئة، إذ لا فرق بين مدين ثري و آخر أقل قدرة مالية، كما لا يميز بين فرد و دولة أو منشأة مالية ضخمة، فالمعيار الحاسم هو التأثير على اقتصاديات العقد و ما طرأ عليه من خلل واضح بفعل الظرف الطارئ⁴.

وعلى هذا الأساس عند تقييم شرط الإرهاق يجب عدم الالتفات إلى الظروف الفردية للمدين و الدائن، بينما على العكس من ذلك، ينبغي النظر في ظروف الصفقة ذاتها، فمثلاً

¹ - حمدي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص262.

² - محمد عبد الجواد، شرط الإرهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، مجلة القانون والاقتصاد، ع 04، 1963

ص562.

³ - حمدي عبد الرحمان، المرجع نفسه، ص495.

⁴ - حمدي عبد الرحمان، المرجع نفسه، ص495.

إذا صدر قانون يعرض المدين عن الخسارة التي لحقت به بسبب الحادث الطارئ، فإن ذلك يؤثر على مدى تحقق الإرهاق و يجب أخذه بعين الاعتبار¹.

ثالثاً: الآثار المترتبة عن تحقق نظرية الظروف الطارئة

تهدف نظرية الظروف الطارئة إلى تمكين المتعاقد من مواصلة تنفيذ العقد رغم التحديات غير المتوقعة التي قد تطرأ، ويتم ذلك من خلال الدعم الذي تقدمه المصلحة المتعاقدة، مما يساعد على تخفيف آثار تلك الظروف وتقليل الصعوبات التي يواجهها المدين، ومن الطبيعي أن يترتب على تطبيق هذه النظرية نتائج قانونية تؤثر على الالتزامات العقدية وتكيفها مع المستجدات الطارئة.

1- استمرار المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته:

لا يؤدي وقوع الظرف الطارئ إلى إعفاء المتعاقد من التزاماته العقدية، إذ أن استمرار التنفيذ رغم الصعوبات، يظل ضروريا لضمان استقرار التعاملات²، فهذه النظرية تمثل حلاً وسطاً بين الوضع الطبيعي الذي يتيح التنفيذ دون مشقة، وبين القوة القاهرة التي تؤدي إلى انفساخ العقد تلقائياً³.

من هذا المنطلق، فإن الإخلال بالتنفيذ نتيجة للظرف الطارئ دون إتباع الإجراءات القانونية يسقط حق المتعاقد في المطالبة بتعديل الالتزامات بموجب هذه النظرية، كما يحق للمصلحة المتعاقدة فرض الجزاءات اللازمة لضمان تنفيذ العقد وفقاً للأطر القانونية. أما مسألة تقدير تحقق شروط هذه النظرية، فتبقى من اختصاص القضاء وحده، فلا يجوز للمتعاقد أن يتخذ قراراً فردياً بوقف التنفيذ اعتماداً على تقديره الخاص⁴. في حال تطور الظرف الطارئ إلى قوة القاهرة تجعل التنفيذ مستحيلاً، يحق للمتعاقد تعليق التنفيذ خلال الفترة بهذا الظرف، على أن يستأنف التنفيذ فور زواله لتجنب الإخلال بالاتفاق التعاقدية.

2- التزام الإدارة المتعاقدة بالتعويض:

نظراً لالتزام المتعاقد بمواصلة تنفيذ العقد الإداري رغم الظروف الطارئة، يقع على عاتق المصلحة المتعاقدة مسؤولية مشاركته في تحمل جزء من الخسائر الناجمة عن هذه الظروف ويكون التعويض الذي تقدمه جهة الإدارة في هذه الحالة محدوداً ومؤقتاً، وذلك إلى حين انتهاء الظرف الطارئ و استعادة التوازن المالي للعقد، بحيث يعود إلى حالته الأصلية وقت إبرامه⁵.

¹ - عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص553.

² - سمير عثمان اليوسف، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن المالي للعقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، لبنان، 2009، ص118.

³ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص562.

⁴ - حسن محمد علي حسن البنان، أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري، مجلة الرافدين للحقوق، العراق، مج 16، ع 58، 2013، ص189.

⁵ - محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط 2003، ص542.

الفرع الثالث: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

في إطار التعاملات القانونية، قد يواجه المتعامل المتعاقد ظروفًا غير متوقعة تؤثر على تنفيذ التزاماته، ليس من باب الاستحالة، ولكن من حيث الإرهاق المالي أو المادي الشديد هنا تبرز نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة كأداة قانونية تهدف إلى تحقيق التوازن العقدي، بحيث يتم تخفيف الأعباء المترتبة على الطرف المتضرر دون المساس بجوهر الاتفاق، وعليه سنتطرق إلى تعريف هذه النظرية ثم نتطرق إلى شروط تطبيقها وفي الأخير.

أولاً: التعريف بالصعوبات المادية غير المتوقعة

تعد نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من المفاهيم التي نشأت و تطورت ضمن الاجتهاد القضائي، حيث كانت في بدايتها تعامل كامتداد لنظرية القوة القاهرة، لكنها سرعان ما اتخذت طابعاً مستقلاً، و أصبحت تشكل إطاراً قانونياً قائماً بذاته¹.

قد استقر الفقه و القضاء على اعتبار هذه النظرية وسيلة لحماية المتعاقد عندما يواجه صعوبات مالية استثنائية لم يكن بالإمكان التنبؤ بها عند إبرام العقد، فتسبب ارتفاعاً كبيراً في تكلفة التنفيذ دون أن تؤدي إلى استحالته، في مثل هذه الحالات يمكن للطرف المتضرر المطالبة بتحقيق أحكام هذه النظرية، بهدف إعادة التوازن للعقد و التخفيف من الأعباء التي فرضتها الظروف المستجدة².

تمثل الصعوبات المادية غير المتوقعة نوعاً من المخاطر التقنية الخارجة عن نطاق توقعات الأطراف المتعاقدة، والتي لم تكن ضمن الاعتبارات عند بدء التعاقد، وتظهر هذه الصعوبات أثناء تنفيذ العقد، دون إمكانية تصنيفها ضمن المخاطر العادية التي يمكن الاستعداد لها مسبقاً.

بناءً على ذلك، فإن المتعاقد يتحمل مسؤولية توقع كافة العقبات المحتملة عند إبرام العقد خاصة تلك التي تصنف ضمن المخاطر العقلانية، لكن إذا بلغت هذه المخاطر حداً معيناً يتجاوز المعدلات المتوقعة، فإنها تتحول إلى صعوبات مادية غير متوقعة، مما يمنح المتعاقد الحق في الاستفادة الكاملة من الآثار القانونية المترتبة عليها.

ثانياً: شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

تنفيذ الالتزامات في إطار الصفقة العمومية، قد يواجه تحديات جوهرية تتجاوز مجرد العوائق العادية والمتوقعة عند إبرام العقد، بل إنها قد تصل إلى مستوى من الحدة والخطورة يستوجب توافر شروط محددة لضمان إعادة التوازن المالي للمتعاقد. على الرغم من أن بعض الفقهاء يحددون خمسة شروط أساسية لتطبيق آلية الصعوبات المادية غير المتوقعة، فإننا نرى إمكانية إعادة تنظيمها ضمن ثلاث محاور رئيسية أولاً

¹ - أنور أرسلان، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة، سبتمبر، ديسمبر 1978، ع 3 و 4، السنة 1980، ص 824-825.

² - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 710-711.

طبيعة تلك الصعوبات ومدى تعقيدها، ثانيا العلاقة بين المتعاقدين وتأثرها بهذه الصعوبات وثالثا الانعكاسات العملية لهذه التحديات على تنفيذ الصفقات العمومية.

1- أن تكون الصعوبات مادية وغير عادية

حتى تكون الصعوبات مؤهلة لتطبيق آلية الصعوبات المادية غير المتوقعة، لا بد أن تتسم بخصائص جوهرية تميزها عن العقبات التقليدية، أولى هذه الخصائص أن تكون مادية ذات تأثير ملموس على تنفيذ الالتزامات، وثانيا أن تتجاوز نطاق المألوف لتشكل تحدياً استثنائياً لا يمكن توقعه عند إبرام الصفقة.

أ/ الصعوبات المادية:

يشترط في الصعوبات المادية غير المتوقعة أن تكون ذات طبيعة محسوسة لا ترتبط بالعوامل الإدارية أو الاقتصادية، بل تنشأ عن ظواهر طبيعية أو تدخلات خارجية خارجة عن إرادة طرفي العقد.

ومن الأمثلة على هذه الصعوبات في مجال تنفيذ الأشغال، ظهور تكوينات صخرية شديدة الصلابة تعيق عمليات الحفر، أو اكتشاف طبقات مائية غير متوقعة تؤثر على تصريف المياه في الموقع¹، كذلك يمكن أن تؤدي التقلبات المناخية الحادة، مثل موجات الصقيع المصحوبة بتساقط الثلوج والأمطار الغزيرة غير المعتادة، إلى صعوبات حقيقية تعيق إمكانية استخدام الطرق و تمنع الوصول إلى مواقع العمل لعدة أيام².

هذه التحديات ذات الطابع المادي لا تقتصر على نوع معين من الصفقات، بل تمتد إلى مختلف أنواع العقود، سواء في مجال إنجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم أو تقديم الخدمات إذ أن العقبات الناتجة عن الأحوال الجوية ليست مرتبطة بطبيعة الأرض فقط، بل تشمل آثاراً أوسع تؤثر على كل المتعاملين المتعاقدين، بغض النظر عن طبيعة المشاريع التي يباشرونها.

ومن جهة أخرى، قد تنشأ الصعوبات المادية نتيجة تدخلات خارجية، كظهور منشآت جديدة غير متوقعة بجوار مواقع العمل، مثل شبكة مياه لم تؤخذ في الحسبان خلال الدراسة التقنية الأولية للصفقة.

ب/ الصعوبات غير عادية:

لا يكفي مجرد وجود صعوبات مادية لتبرير تطبيق آلية الصعوبات غير المتوقعة، بل يجب أن تكون ذات طابع استثنائي يخرج عن نطاق العقبات العادية التي يفترض أن الطرف المتعاقد قد أخذها بعين الاعتبار عند تقدير تكلفة الصفقة العمومية.

¹ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص56.

² - أنور أرسلان، المقال السابق، ص850.

بناءً على ذلك يختلف تقييم الطبيعة الاستثنائية لهذه الصعوبات حسب الظروف، مما يفرض على القاضي ممارسة سلطته التقديرية لتحديد مدى انطباق هذا الوصف عليها دون أن يصل الأمر إلى جعل التنفيذ مستحيلًا تمامًا.

وفي هذا السياق، يعتمد القضاء الإداري على مبدأ حرية القاضي في تكوين قناعته¹ حيث يقع عبء الإثبات على عاتق المتعامل المتعاقد، الذي يتحتم عليه تقديم أدلة تثبت أن العقوبات التي واجهها أثناء تنفيذ التزاماته العقدية كانت غير عادية و استثنائية بالفعل.

ومن ثم فإن تقدير مدى استثنائية هذه المخاطر يتم بطريقة موضوعية، حيث يسعى القاضي الإداري إلى دراسة كل حالة على حدة، وفقا للظروف الخاصة بها وشروط العقد والملابسات التي أحاطت بإبرامه.

2- أن تكون الصعوبات غير متوقعة

لا يرتبط تطبيق آلية الصعوبات غير المتوقعة فقط بوجود صعوبات مادية ذات طابع استثنائي بل يتطلب أيضا أن تكون هذه العوائق خارجة عن نطاق إرادة الطرفين المتعاقدين، أي أنها لا تنشأ نتيجة تصرفات أحدهما أو ترتيباتهما المشتركة، بالإضافة إلى ذلك، يجب أن تكون هذه الصعوبات غير قابلة للتوقع في سياق العقد، بحيث لا يكون بالإمكان تقدير حدوثها مسبقا أو اتخاذ تدابير وقائية لمعالجتها.

أ/ صعوبات أجنبية خارجة عن إرادة الطرفين المتعاقدين

لكي تعتبر الصعوبات خارجة عن إرادة الطرفين المتعاقدين، يجب ألا تكون ناتجة عن تصرف أحدهما، سواء عن الخطأ أو بدون قصد حيث أن حدوث ذلك ينفي أحد العناصر الأساسية لهذا الشرط. و عليه، ينبغي أن تكون هذه العقوبات مفاجئة، دون أن يكون لأي من الطرفين دور في نشأتها أو تفاقم آثارها².

وفي حالة كانت الصعوبات ناتجة عن إجراء قانوني مشروع صادر عن الجهة المتعاقدة، فإن تطبيق آلية الصعوبات المادية يستبعد، لكن حقوق الطرف المتعاقد تحفظ وفقا "لفعل الأمير"، أما إذا كان سبب هذه العوائق يعود إلى خطأ ارتكبهته الجهة المتعاقدة فإن التعويض يصبح مستندا إلى المسؤولية الإدارية القائمة على الخطأ.

ومن ناحية الطرف المتعاقد، يشترط ألا تكون الصعوبات ناجمة عن إهمال أو تصرف غير محسوب منه، كأن يتسبب في تفاقمها نتيجة عدم اتخاذ التدابير الاحترازية المناسبة أو التغاضي عن مؤشرات ظهورها، أو الخروج عن شروط العقد أثناء التنفيذ، و قد انعكس هذا المبدأ في التشريع الجزائري، حيث نص دفتر البنود الإدارية العامة على حرمان الطرف المتعاقد من أي تعويض عن الأضرار والخسائر الناتجة عن الإهمال أو التقصير أو سوء إدارة الموارد³.

¹ - عمار عوابدي، القانون الإداري، ج2، النشاط الإداري، المرجع السابق، ص213.

² - أنور أرسلان، المقال السابق، ص859.

³ - أنظر الفقرة الثانية من المادة 27 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219، المصدر السابق.

وفي سياق الالتزام بمبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود تنفيذ العقود الإدارية، يقع على عاتق الجهة المتعاقدة مسؤولية تمكين الطرف المتعاقد من كافة الوسائل التي تساعد على تفادي الصعوبات المادية غير المتوقعة، وإذا ما ظهرت هذه العقبات، فإن الطرفين لا ينبغي أن يكون لهما يد في حدوثها، نظرا لحرص كل منهما على أداء دوره الكامل في التعامل معها وتجنب آثارها السلبية.

ب/ صعوبات غير محتملة ولم يحتمل توقعها:

عند تطبيق آلية الصعوبات المادية غير المتوقعة، لا بد أن تكون تلك الصعوبات قد ظهرت فجأة أثناء التنفيذ، بحيث لم يكن بالإمكان توقعها مسبقا من قبل شخص حريص ومتدبر، وهنا يبرز الدور المحوري للقاضي الإداري، الذي يتولى فحص مدى اجتهاد المتعاقد في التحري عن تفاصيل المشروع قبل توقيع العقد، ومدى حرصه على إجراء الاختبارات اللازمة للتأكد من صلاحية التصاميم و المواصفات ، وقد استقر الفقه والقضاء على أن عنصر عدم التوقع لا يقتصر فقط على الصعوبات المادية غير العادية، بل يمتد ليشمل تأثير هذه الصعوبات على التوازن المالي للعقد.

أما إذا قام المتعاقد بمعاينة موقع التنفيذ، خصوصا في صفقات إنجاز الأشغال، وأقر بقبوله لطبيعة الأعمال والصعوبات المحتملة تحت مسؤوليته الكاملة، فإنه لا يحق له لاحقا الاستناد إلى آلية الصعوبات المادية غير المتوقعة في حال واجه تحديات معتادة، إذ أن موافقته الصريحة تعني قبوله للأوضاع كما هي، وانعدام عنصر المفاجئة في هذه الحالة. ومن بين الأمثلة التي تنطبق عليها قاعدة عدم توقع تلك الصعوبات الناجمة عن شتاء شديد البرودة والرطوبة، حيث لا يمكن اعتبارها غير متوقعة، نظرا لأن المتعاقد يفترض به الإلمام بالمناخ السائد في منطقة تنفيذ العقد، وبذلك لا تمنح أي تعويضات إلا إذا كانت الصعوبات من النوع الذي تعذر توقعه عند إبرام العقد، سواء عبر الخرائط والمواصفات التي قدمتها الإدارة، أو من خلا الدراسات والتحريات والفحوصات التي أجراها المتعاقد بنفسه قبل الاتفاق.

ج/ أن تخل الصعوبات المادية باقتصاديات العقد وأن تلحق ضررا بالمتعامل المتعاقد:

يعد هذا الشرط من أبرز الأسس التي تركز عليها النظرية، حيث تهدف إلى تصحيح الاختلال في التوازن المالي للعقد من خلال تعويض المتعاقد بشكل كامل، بحيث يعود العقد إلى حالته الأولى كما كان لحظة إبرامه¹.

وبناءً على ذلك، لا يمكن تطبيق هذه النظرية عندما تكون الخسائر التي يتكبدها المتعاقد محدودة أو عادية، بل يجب أن يبلغ الضرر مستوى يتجاوز الخسائر المتوقعة بحيث يؤثر

¹ - مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، دار قنديل للنشر والتوزيع عمان، ط 01، 2011، ص184.

جوهرياً على الاقتصاديات العامة للعقد، ويمكن الاستدلال على ذلك من حجم النفقات والتكاليف التي يتحملها المتعاقد أثناء التنفيذ¹.

د/ يجب أن تكون الصعوبات ذات طابع استثنائي بحت:

الصعوبات المادية التي يواجهها المتعاقد أثناء التنفيذ لا تقتصر على مجرد عقبات متوقعة، بل قد تكون ذات طبيعة استثنائية لا تدخل ضمن المخاطر المعتادة التي يتحملها عادة، و تبعاً لذلك يمتلك القاضي الإداري صلاحية تقدير طبيعة هذه العراقيل، و تحديد ما إذا كانت ضمن نطاق الظروف العادية أم أنها ترقى إلى مستوى الحالات الاستثنائية وذلك وفقاً للخصوصية التي تتسم بها كل واقعة على حدة².

هـ/ يشترط أن تكون من شأن هذه الصعوبات الإخلال بالتوازن المالي للعقد:

يؤكد مجلس الدولة الفرنسي على شرط إضافي يتعلق بالعقود الجزافية، حيث يشترط أن تتضمن تحديداً واضحاً لكمية الأعمال المطلوبة مع الالتزام، مع التزام الإدارة بدفع قيمة إجمالية مقابلها، ورغم أن تحديد الثمن بشكل جزافي يمثل قاعدة عامة، إلا أن ذلك لا يمنع وفقاً لاجتهادات المجلس، من تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، و قد أقر المجلس بهذا المبدأ في أحد أحكامه الصادرة عام 1931 ضمن قضية "ليبوتي"، حيث أشار إلى أن الطبيعة الجغرافية للعقد لا تشكل عائقاً أمام حصول المتعاقد على تعويض في حال تعرضه لصعوبات استثنائية و غير متوقعة أثناء التنفيذ³.

ثالثاً: الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

تحقق شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، يرتب آثار قانونية مهمة من بينها:

1- استمرار التعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته رغم الصعوبات غير المتوقعة:

الهدف الأساسي من تبني نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هو ضمان قدرة المتعاقد مع الإدارة على الوفاء بالتزاماته التعاقدية، طالما أن التنفيذ لا يزال ممكناً في حدود إمكانياته، فهذه النظرية تهدف إلى الحفاظ على استمرارية المرافق العامة دون انقطاع، مما يلزم المتعاقد بمواصلة التنفيذ متى كان ذلك ممكناً، دون أن يصل الأمر إلى استحالة التنفيذ، و رغم أن هذه الصعوبات قد تجعل الوفاء بالعقد أكثر تعقيداً و كلفة، إلا أنها لا تعني بالضرورة استحالة التنفيذ⁴.

¹ - حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي المبادئ والأسس العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية ص339.

² - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص722.

³ - سليمان محمد الطماوي، المرجع نفسه، ص722.

⁴ - مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص697.

مع ذلك يرى بعض الفقهاء¹، أنها إذا توقف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته نتيجة لهذه الصعوبات فلا يكون له الحق في المطالبة بتعويض عن الأضرار الناجمة عنها، بالإضافة إلى إمكانية فرض جزاءات عليه من قبل الجهة المتعاقدة.

2- حق المتعامل المتعاقد في الحصول على التعويض:

وفقاً لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، تقع على عاتق الجهة المتعاقدة مسؤولية تعويض المتعاقد عن كافة الخسائر التي تعرض لها نتيجة لهذه الظروف الاستثنائية ويهدف هذا التعويض إلى إعادة التوازن المالي للعقد، مما يضمن حماية حقوق المتعاقد ومنع تعرضه لخسائر جسيمة قد تؤثر على قدرته على تنفيذ الالتزامات المتفق عليها.

المطلب الرابع: الالتزام بدفع المقابل المالي للمتعامل المتعاقد

عادة لا يتم الدفع إلا بعد إنجاز العمل أو تقديم الخدمة من قبل المتعاقد، حيث لا يمكن للمقاول الحصول على مستحقاته المالية إلا بعد تنفيذ الاتفاق، وهذا المبدأ يحكم تعاملات الإدارة

التي لا تقدم أي دفعات إلا بعد الوفاء بالالتزامات أو توريد المستلزمات المطلوبة. و نظراً لأن هذا المنهج يستند إلى قواعد المحاسبة العمومية، فقد يكون عبئاً مالياً ثقيلاً خصوصاً في مشاريع الأشغال التي قد تتطلب استثمارات كبيرة لا يستطيع الفرد تحملها بمفرده حتى انتهاء التنفيذ²، و لتخفيف هذا العبء ينص قانون الصفقات العمومية على إمكانية تسوية المستحقات المالية عبر تقديم تسبيقات أو الدفع على الحساب، إلى جانب إجراء التعديلات النهائية على الرصيد وفيما يلي سنستعرض هذه الجوانب بالتفصيل:

الفرع الأول: التسبيقات

وفقاً للمادة 1.1.67 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، يعرف نظام التسبيقات المالية بأنه تمويل ممنوح للمقاول من قبل الجهة المتعاقدة، مما يتيح له الحصول على مبلغ مالي مسبق وفق شروط محددة، بهدف تعزيز سيولة خزينته، كما يمكن أن يأخذ هذا التسبيق شكل مبلغ نقدي مخصص لتوفير التموينات اللازمة لتنفيذ الصفقة العمومية للأشغال³.

وفي سياق تنفيذ صفقات الأشغال العامة، يشير هذا النظام إلى الدعم المالي الذي تقدمه الجهة المتعاقدة الجزائرية لصاحب المشروع، سواء كان مقولاً وطنياً أو أجنبياً، وفقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما، وبموجب هذه الأحكام، يمنح المقاول تسبيقا نقديا لتعزيز

¹ - خليفة عبد العزيز عبد المنعم، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص212.

² - بعيث عائشة، ضمانات مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، رسالة الماجستير في القانون، تخصص الدولة والمؤسسات، جامعة الجزائر، 2014، ص75.

³ - المادة 67 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219، المصدر السابق، ص35.

السيولة المالية لديه قبل انطلاقه في تنفيذ الأشغال المتفق عليها، أو يحصل على تمويل مسبق مقابل تكوين المخزون الضروري لضمان تنفيذ الصفقة وفق المعايير المطلوبة. و وفقاً للمادة 109 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، يعرف التسبيق المالي على أنه مبلغ يدفع للمتعاقد قبل تنفيذ الخدمات المتفق عليها، دون أن يكون هناك مقابل مادي فوري، ويمنح هذا التسبيق من قبل الجهة المتعاقدة، سواء للمتعاقد الوطني أو الأجنبي بهدف دعم تنفيذ مشاريع الأشغال العامة و ضمان انطلاقها بسلاسة¹. كما يهدف هذا الإجراء إلى الحفاظ على الأموال العامة للإدارة، إلى جانب توفير التمويل اللازم للمتعاقد لضمان تنفيذ الأشغال، خصوصاً في المشاريع الكبرى². ويتخذ التسبيق المالي شكلان رئيسيان هما التسبيق الجزافي والتسبيق على التمويل وسنتطرق لكل منهما على حدة.

أولاً: التسبيق الجزافي

وفقاً للمادة 1.2.1.67 من المرسوم التنفيذي 21-219 والمادة 111 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، يوجد شكلان رئيسيان للتسبيق المالي في تنفيذ الصفقات العمومية للأشغال، التسبيق المالي والتسبيق على التمويل. تمت تسمية التسبيق المالي الخاص بتنفيذ الصفقات العمومية للأشغال وفقاً للمرسوم الرئاسي رقم 15-247 والمرسوم التنفيذي رقم 21-219 بالتسبيق الجزافي، نظراً لعدم اعتماده على معايير حسابية محددة أو بيانات كمية دقيقة، بل يتم تحديده كنسبة ثابتة من قيمة الصفقة دون حسابات تفصيلية³. من ناحية أخرى، أطلق دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 على هذا النوع من التمويل تسمية "التسبيق الإجمالي"⁴، وهو ما يخالف المرسومين المذكورين اللذين اعتمدا مصطلح "التسبيق الجزافي"، مما يستدعي توحيد المصطلحات القانونية لتجنب اللبس.

ثانياً: التسبيق على التمويل

الشكل الثاني من أشكال التسبيقات المالية في الصفقات العمومية يعرف بالتسبيق على التمويل، ويمنح للمتعهّد تغطية تكاليف شراء التموينات الضرورية مثل المواد والأدوات⁵

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية (طبقاً للمرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015)، المرجع السابق، ص 41.

² - محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الإدارية، دط، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر 2017، ص 282.

³ - محمد شريط، عقود الصفقات العامة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والتشريعات الجزائرية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 01، 2016-2017، ص 256.

⁴ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط 4، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 231.

⁵ - النوي خرشي، الصفقات العمومية، دراسة تحليلية و نقدية و تكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، دط، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، ص 314.

بعد تقديمه ما يثبت طلبه لها بشكل مؤكد¹، و ذلك حسب ما ورد في المرسومين 247-15 و 219-21.

يحدد المرسوم التنفيذي رقم 219-21 أن التسبيق على التمويل يخص حصريا الصفقات العمومية للأشغال أو صفقات الأشغال العامة، وتشير المادة 1.3.67 منه إلى أن هذا التسبيق يمنح وفقا لتقدير المصلحة المتعاقدة وليس إلزاميا، مما يعني أن المتعامل المتعاقد، سواء كان وطنيا أو أجنبيا، قد يحصل عليه ولكن ليس كحق مضمون.

الفرع الثاني: الدفع على الحساب

الدفع على الحساب هو مبلغ يمنح للمتعامل المتعاقد قبل اكتمال تنفيذ الخدمة المتفق عليها ويتناسب مع مراحل التنفيذ الجزئي، مما يجعله أداة تمويلية مهمة، لكن المتعامل يبقى مدينا بهذا المبلغ حتى إنهاء الصفقة بالكامل.

الدفع على الحساب وفقا للمادة 109 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15 هو كل مبلغ تسدده المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة²، و هو نوعان دفع على الحساب إثر القيام بعمليات جوهرية والدفع على الحساب على التمويل بالمنتجات.

أولا: الدفع على الحساب على إثر القيام بعمليات جوهرية

وفقا للمادة 117 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15، يحق لصاحب الصفقة العمومية الحصول على دفع على الحساب، شريطة إثبات تنفيذ عمليات جوهرية و أساسية في إطار الصفقة³.

يتم منح هذا الدفع للمتعامل المتعاقد بمجرد تأكيد إنجازهِ أعمالاً رئيسية تثبت تقدمه في تنفيذ الصفقة العمومية، و ذلك من خلال تقديم الوثائق المطلوبة وفقا لما هو منصوص عليه في دفتر الشروط، ومن بين الوثائق التي يمكن استخدامها لإثبات ذلك، نجد المحاضر و الكشف التفصيلية التي تؤكد طبيعة الأشغال المنجزة و مدى تقدمها⁴.

ثانيا: الدفع على الحساب على التمويل بالمنتجات

يتم صرف هذا النوع من الدفع بمجرد توريد المنتجات وتسليمها في الورشة، بشرط ألا تكون هذه المنتجات مشمولة بالمدفوعات المقدمة لتمويل المواد الأولية، أو العناصر المصنعة، وغيرها من المكونات الأساسية اللازمة للأشغال، على أن لا يتجاوز النسبة القانونية المحددة، وهي 80% من قيمتها، وفقا للأسعار المحددة لكل وحدة تمويل مخصصة.

للصفقة، وذلك على أساس الكميات التي تمت معاينتها والتأكد من مطابقتها للشروط المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ويقتصر هذا

¹ - محمد صغير بعلي، القرارات والعقود الإدارية، المرجع السابق، ص382.

² - المادة 109 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15، المصدر السابق.

³ - المادة 117 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15، المصدر نفسه.

⁴ - المادة 118 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15، المصدر نفسه.

الدفع على الحساب على التموينات التي تم اقتناءها داخل الجزائر، وفقا للأحكام القانونية السارية¹.

الفرع الثالث: التسوية على رصيد الحساب

التسوية على الحساب هي عملية الدفع النهائي أو المؤقت لقيمة الصفقة بعد تنفيذها بشكل كامل و مرض².

و قد نص المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في المادتين 119 و 120 على نوعين من هذه التسوية هما: التسوية على رصيد الحساب المؤقت و التسوية على رصيد الحساب النهائي.

أولاً: التسوية على رصيد الحساب المؤقت

التسوية على رصيد الحساب المؤقت، وفقا للمادة 119 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 تهدف إلى دفع المستحقات المالية للمتعاقل المتعاقد مقابل تنفيذ الخدمات المتفق عليها، إذ نصت الصفقة على ذلك، ومع ذلك يتم خصم بعض المبالغ قبل إجراء التسوية وتشمل:

- اقتطاع الضمان المحتمل لضمان التنفيذ السليم للصفقة.
 - الغرامات المالية التي تقع على عاتق المتعاقل عند الاقتضاء.
 - الدفعات السابقة مثل التسبيقات و الدفع على الحساب التي لم تسترجع بعد³.
- يعد احتفاظ الإدارة بمبلغ الضمان إجراء يهدف إلى حماية المال العام و التأكد من تنفيذ الصفقة وفقا للعقد المبرم، مما يعكس حرصها على المصلحة العامة⁴.

ثانياً: التسوية على رصيد الحساب النهائي

وفقا لأحكام المادة 120 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، الذي ينظم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فإن تسوية الحساب النهائي تستوجب استرجاع الاقتطاعات المتعلقة بالضمان، فضلا عن تحرير الكفالات التي قد يكون المتعاقل المتعاقد قد قدمها عند الاقتضاء.

كما يجب أن يتم صرف الدفعات سواء المتعلقة بالحساب أو بالتسوية النهائية خلال مدة لا تتجاوز 30 يوماً من تاريخ استلام الكشف أو الفاتورة، وفقا للمدة المحددة في العقد وفي بعض الحالات، يمكن تحديد فترة أطول لأنواع معينة من الصفقات بقرار صادر عن وزير المالية، بشرط ألا تتجاوز شهرين، مع مراعاة المدة العادية، بالإضافة إلى ذلك يتوجب على الجهة المتعاقدة إبلاغ المتعاقل المتعاقد بتاريخ الدفع و إصدار الحوالة⁵.

¹ - المادة 03-02-117 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المصدر السابق.

² - المادة 109 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المصدر نفسه.

³ - المادة 119 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المصدر نفسه.

⁴ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط 3، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 222.

⁵ - المادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المصدر نفسه.

الفصل الثانى

التزامات المتعامل

الاقتصادى

إن استعانة الإدارة بجهود وإمكانيات المتعامل الاقتصادي، لتحقيق أهدافها المتمثلة في الحفاظ على سير المرفق العام بانتظام وتحقيق الصالح العام، يلزمها دائماً بالتريث في حسن اختيار المتعاقد من الناحية الاقتصادية وفقاً لمجموعة من المعايير محددة ومعروفة خاصة ما يتعلق في البحث عن الضمانات الملائمة والضرورية، لذا يعتبر حسن اختيار المتعاملين، واختيار أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة من الضمانات الضرورية التي تتيح التنفيذ الحسن للصفقة العمومية.

لذا وبهدف تكريس مبدأ المنافسة الشريفة بين العرضين وإضفاء الشفافية أكثر على إبرام الصفقات العمومية وعلى اختيار المتعامل الاقتصادي، ألزم المشرع الجزائري الإدارة المتعاقدة التقيد بمجموعة من الإجراءات أهمها اختيار المتعامل المتعاقد الأقدر من الناحية المالية، الذي يتجسد في الكثير من النواحي، إذ يعتبر من أهم المسائل التي يبنى عليها الأساس التنظيمي لقانون الصفقات العمومية، فهو حتمية لا بد منها لإضفاء الشفافية بين العارضين وحماية الأموال العامة خاصة أن هذه الأخيرة ذات صلة وثيقة بالصفقات العمومية.

لهذا يتلخص المبتغى والفائدة من الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية، في الوقوف على الأحكام القانونية التي تضمنها تنظيم الصفقات العمومية، من خلال إقراره لمجموعة من المعايير يستند عليها لاختيار المتعامل الاقتصادي ومنحه الصفقة.

سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، المبحث الأول ينصب على الالتزامات المالية المفروضة على المتعامل الاقتصادي، ويعالج المبحث الثاني التزامات التنفيذ التقنية المفروضة على المتعامل الاقتصادي.

المبحث الأول: الالتزامات المالية المفروضة على المتعامل الاقتصادي

تلجأ السلطات الإدارية عند ممارستها لأنشطتها وتلبية حاجاتها لأساليب متعددة المادية منها والقانونية وأحياناً أخرى تلجأ إلى إبرام عقود إدارية، ولبلوغ الإدارة لأهدافها الأساسية تختار الأسلوب الأمثل ولأنجع للتعاقد والذي يقوم على أسس وقواعد يحددها وينظم إجراءاتها قانون الصفقات العمومية.

فالصفقات العمومية تتسع مجالاتها وتتعدد تدخلاتها وتختلف وظائفها، باعتبارها أهم قناة تتحرك فيها الأموال العامة، والأداة الوحيدة التي وضعها التشريع الجزائي في يد الإدارة بغية التجسيد الميداني للمشاريع المرسومة في السياسة العامة للأمم، وبالتالي فهي تعد من أهم الوسائل التي تلعب دور فعال في النهوض بالاقتصاد الوطني وإنجاز المشاريع بجودة عالية وبأقل تكاليف ممكنة وفي أقصر الآجال.

غير أنه فضلاً عن اختيار المتعامل الاقتصادي يعتبر في حد ذاته ضماناً، إلا أن تنظيم الصفقات العمومية ألزم كل متعاقد بتقديم ضمانات مالية، تعتبر كحماية للمصلحة المتعاقدة من المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها إنجاز مشروع ما.

لهذا يتلخص المبتغى والفائدة من الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية، في الوقوف على الأحكام القانونية التي تضمنها تنظيم الصفقات العمومية، من خلال إقراره لمجموعة من المعايير يستند عليها لاختيار المتعامل الاقتصادي ومنحه الصفقة.

كما أن هذه الضمانات لا تقف عند مرحلة معينة، بل تستغرق جميع مراحل حياة الصفقة بدء بمرحلة التحضير، مروراً بالإبرام والتنفيذ وصولاً إلى مرحلة ما بعد التسليم وذلك في حالة الضمان العشري، نتناول هذا المبحث من خلال ثلاث مطالب، سنعالج في المطلب الأول الكفالة، ونحدث في المطلب الثاني عن الضمانات المالية المختلفة وسنخرج في المطلب الثالث عن الضمان العشري.

المطلب الأول: الكفالة

لقد كرس المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية العديد من الضمانات ومن هذه الضمانات نجد الكفالة فقد أحاط المشرع الصفقات العمومية بهذه الوسيلة لضمان نجاعة عملية إبرام الصفقات العمومية وإحاطتها بعناية كبير وذلك حفاظاً على حقوق الأطراف المتعاقدة.

قسمنا المطلب إلى أربعة فروع، مفهوم الكفالة الفرع الأول، تناولنا الطابع الإلزامي لنظام الكفالة الفرع الثاني، وتحدثنا عن أنواع الكفالة الفرع الثالث، وعالجنا أدوات تنفيذ نظام الكفالة الفرع الرابع.

الفرع الأول: ماهية عقد الكفالة

أولاً/ تعريف وصور وخصائص عقد الكفالة

1/ **الكفالة لغة:** مأخوذة من كفل، ومنه قولهم: قد تكفلت بالشيء، إذا ألزمته نفسي وتحملته، وجمع الكفيل: كفلاء.

ومنه قوله تعالى: ﴿قَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقُبُولِ حَسَنِ وَأَنْبَتَا بَنَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا كُلَّمَا دَخَلَ عَلَيْهَا زَكَرِيَّا الْمِحْرَابَ وَجَدَ عِنْدَهَا رِزْقًا قَالَ يَا مَرْيَمُ أَنَّى لَكَ هَذَا قَالَتْ هُوَ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يَرْزُقُ مَنْ يَشَاءُ بِغَيْرِ حِسَابٍ¹﴾.

2/ **الكفالة اصطلاحاً:** فقد اختلف الفقهاء في تعريف الكفالة تبعاً لاختلافهم فيما يترتب عليها من أثر، فعرفها جمهور الحنفية بأنها: ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دين أو عين. وعرفها بعضهم بأنها: ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في الدين. **كما تعرف على أنها:** عقد بمقتضاه يلتزم الكفيل الوفاء بدين للدائن في ذمة المدين إذا لم يوفي به هذا الأخير.

يتضح من الأحكام العامة لعقد الكفالة أن هذا الأخير يبرم بين الكفيل والدائن، دون أن يشترط فيه رضا المدين أو موافقته، بل قد تنعقد الكفالة دون علم المدين نفسه، بل وحتى في حال معارضته.

رغم ذلك، لا يمكن إنكار الدور المحوري للمدين في وجود هذا العقد، إذ إن التزام الكفيل لا يتصور إلا لضمان التزام قائم على عاتق المدين تجاه دائنه، وهو ما يبين أن الكفالة تنشأ في الأصل لتوفير الضمان والثقة للدائن، وتعزيز مركزه القانوني في مواجهة المدين.

1 - الآية 37 من سورة آل عمران، سورة مدنية، القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.

كما يتضح أن الكفالة تقوم على وجود التزام أصلي يكون محلها، بحيث يكون الهدف منها ضمان تنفيذ هذا الالتزام، فالكفالة تنشئ التزاماً شخصياً في ذمة الكفيل، يتمثل في الوفاء بالتزام المدين الأصلي إذا تخلف هذا الأخير عن الوفاء، ومن ثم فإن التزام الكفيل يعد التزاماً تابعاً لا يقوم بذاته، وإنما يستمد وجوده ومشروعيته من الالتزام الأصلي للمدين، فيتبع هذا الأخير في وجوده وانقضائه، كما في صحته وبطلانه، بل يمتد التبعية لتشمل حتى أوصاف الالتزام الأصلي، كالأجل والتجزئة وغيرهما.

كما أن الكفالة تتميز بصورتين:

أ- **الكفالة الشخصية:** تعد الكفالة الشخصية من أبرز صور الضمانات القانونية التي تهدف إلى تعزيز ثقة الدائن في استيفاء حقه، وهي تعرف بأنها عقد يلتزم بمقتضاه شخص يدعى الكفيل، تجاه الدائن، بأن يفي بالالتزام المترتب في ذمة المدين، إذا لم يقم هذا الأخير بتنفيذه.

بموجب هذا الالتزام، تضاف ذمة الكفيل المالية إلى ذمة المدين الأصلية، بحيث يصبح للدائن الحق في الرجوع على أي منهما، ويعتبر الكفيل مسؤولاً تضامنياً أو تبعياً بحسب نوع الكفالة المتفق عليها.

بهذا المعنى، تنشئ الكفالة الشخصية حالة من "ضم الذمة إلى الذمة"، إذ يصبح للدائن ضمانان شخصيان بدلاً من ضمان واحد ذمة المدين الأصلية، وذمة الكفيل الذي يعد طرفاً أجنبياً عن العلاقة الأصلية لكنه يلتزم بها لاعتبارات قانونية أو شخصية، كالنية في التبرع أو كوسيلة لضمان الوفاء.

وقد أفرد المشرع الجزائري تنظيماً قانونياً دقيقاً للكفالة الشخصية، حيث تناول أحكامها في المواد من 644 إلى 673 من ق.م.ج، مبيناً من خلالها أركان الكفالة، وآثارها وشروط صحتها، وكذلك طرق انقضائها، ويبرز من خلال هذا التنظيم حرص المشرع على موازنة العلاقة بين أطراف عقد الكفالة الثلاثة: الكفيل، والمدين، والدائن، مع توفير حماية قانونية خاصة للكفيل باعتباره يلتزم بوفاء دين لا يعود أصله إليه.

تعد الكفالة الشخصية من الوسائل القانونية الفعالة التي تضمن استقرار المعاملات، لا سيما في المجال المدني والتجاري، إذ تمنح الدائن ثقة أكبر في استرجاع حقه، وتشجع على التوسع في التعاقد مع تقليل المخاطر المرتبطة بعدم تنفيذ الالتزامات¹.

ب- **الكفالة العينية:** تعد الكفالة العينية من صور الضمانات التي يقدمها شخص غير المدين، وتتمثل في قيام الكفيل بتخصيص مال معين من ذمته المالية (سواء كان عقاراً أو منقولاً) لضمان الوفاء بالتزام المدين تجاه دائنه، وفي هذا النوع من الكفالة لا يلتزم الكفيل بوفاء الدين من ماله الخاص كما هو الحال في الكفالة الشخصية، وإنما يُقدّم عيناً (مالاً)

1 - المواد من 644، 673 من ق.م.ج، المصدر السابق.

معيناً) كضمان للدين، بحيث يكون للدائن حق عيني تبغي يخوله التتبع والتقدم في استيفاء دينه من هذا المال المرهون عند عدم وفاء المدين بالتزامه.

وتخضع الكفالة العينية لأحكام التأمينات العينية المنصوص عليها في القانون المدني وبوجه خاص تلك المتعلقة بالرهن الرسمي إذا كان المال المقدم عقاراً، أو بالرهن الحيازي إذا كان منقولاً قابلاً للحيازة. ويترتب على هذا الضمان العيني مجموعة من الآثار القانونية، منها تمكين الدائن من تنفيذ حقه على العين المقدمة من الكفيل دون أن يكون له الرجوع على باقي أموال الكفيل¹، مما يخفف العبء المالي عن هذا الأخير ويمنحه دوراً ضامناً محدوداً في إطار الشيء المعين فقط.

وتظهر الكفالة العينية توازناً دقيقاً بين حماية مصلحة الدائن في ضمان استيفاء حقه من جهة، والحفاظ على الذمة المالية للكفيل من جهة أخرى، إذ تتيح له ضمان التزام الغير دون أن يتحمل التزاماً شخصياً شاملاً، وهي بذلك تمثل إحدى الوسائل القانونية التي تعزز الائتمان، خصوصاً في المعاملات التي تتطلب ضمانات قوية دون تحميل الأطراف التزامات شخصية مباشرة.

ثانياً/ أنواع الكفالة: هناك ثلاثة أنواع من الكفالة:

أ- الكفالة القانونية: تعد الكفالة القانونية من صور الكفالة التي لا تستند إلى إرادة الأطراف المتعاقدة، بل تنشأ بموجب نص في القانون يلزم شخصاً معيناً بتقديم كفيل لضمان تنفيذ التزام محدد، ويتميز هذا النوع من الكفالة بطابعه الإجمالي، حيث لا يترك المشرع فيها خياراً للأطراف، وإنما يملئها بقوة القانون تحقيقاً لمصلحة عامة أو حماية لحقوق الغير.

ومن الأمثلة التي أوردها المشرع الجزائري على الكفالة القانونية ما نصت عليه المادة² 851 من ق.م.ج، التي تلزم المنتفع من منقول مملوك لغيره -أي من له حق الانتفاع- بأن يقوم بجرد هذا المنقول، وأن يقدم كفيلاً يضمن المحافظة عليه ورده في نهاية الانتفاع ويفهم من هذا النص أن الهدف من الكفالة هنا ليس ضمان الوفاء بدين مالي، وإنما تأمين حماية العين المنتفع بها وضمان إرجاعها سليمة إلى مالكة الأصلي عند انقضاء حق الانتفاع.

وتظهر الكفالة القانونية في هذا السياق وظيفتها الوقائية، إذ تهدف إلى تفادي الأضرار المحتملة التي قد تلحق بالمال محل الحق، خاصة إذا تعذر التنفيذ العيني أو إرجاع الشيء المنتفع به، كما تشكل هذه الكفالة ضماناً إضافية للمالك الأصلي، بحيث لا يترك فقط إلى التزامات المنتفع، وإنما يضاف إليه كفيل يمكن الرجوع عليه في حال الإخلال بالواجبات القانونية المتعلقة بالانتفاع.

1 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني في التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، ج 10، القاهرة، 2006، ص 217 وما بعدها.

2 - المادة 851 من ق.م.ج، المصدر السابق.

وتبرز الكفالة القانونية بذلك إحدى صور تدخل المشرع في تنظيم العلاقات القانونية ذات الطابع المالي أو العيني، عندما يرى أن المصلحة تقتضي فرض ضمانات مسبقة تعزز من الاستقرار القانوني وتحمي الأطراف ذات المركز الأضعف¹.

ب- الكفالة القضائية: تعد الكفالة القضائية من صور الكفالات التي تفرض بموجب حكم صادر عن جهة قضائية مختصة، ويكون الغرض منها ضمان تنفيذ التزامات أو إجراءات معينة يراها القاضي ضرورية لحماية حقوق أحد الأطراف أو لتأمين حسن سير العدالة وتتميز هذه الكفالة بطابعها الإجمالي، إذ لا تنشأ بناءً على اتفاق الأطراف أو نص قانوني صريح، وإنما تقررها السلطة القضائية حسب ظروف الدعوى وملابساتها الخاصة².

ومن أبرز تطبيقات الكفالة القضائية، ما يقرره القاضي في إطار الأوامر على العرائض أو في دعاوى الاستعجالية، خاصة ما يتعلق منها بالتنفيذ المؤقت للأحكام، ففي هذه الحالة يملك القاضي سلطة تقديرية واسعة تجيز له، متى تبين أن التنفيذ قد يلحق ضرراً جسيماً بالمدين، أن يشترط تقديم كفالة من الطرف المستفيد من الحكم، ضماناً لإمكانية التعويض عن الأضرار التي قد تترتب في حال إلغاء الحكم لاحقاً، ويستفاد هذا المبدأ من القواعد العامة في الإجراءات المدنية، لا سيما تلك المتعلقة بتأمين الحقوق عند وجود منازعة جديدة³.

ج- الكفالة الاتفاقية: تعد الكفالة الاتفاقية من أبرز صور الكفالة في المجال المدني، وهي تلك التي تنشأ بإرادة الأطراف، حيث يتفق الدائن مع المدين على أن يقدم هذا الأخير كفيلاً يضمن تنفيذ التزامه⁴.

ويعتبر هذا النوع من الكفالة تجسيداً لحرية التعاقد، إذ يمكن للأطراف تنظيم الضمانات التي يرونها مناسبة لتأمين تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العلاقة التعاقدية، دون تدخل المشرع أو القضاء⁵.

وغالباً ما تدرج الكفالة الاتفاقية ضمن شروط العقد الأصلي، لا سيما في المعاملات التي تنطوي على قدر من المخاطرة، كعقود القرض أو البيع الآجل أو الإيجار طويل الأمد، حيث يطالب الدائن المدين بتقديم كفيلاً يمكن الرجوع إليه في حال إخلال المدين بالتزاماته، وقد يكون الكفيل شخصاً طبيعياً أو معنوياً، وتُحدد التزامات الكفيل وشروط الكفالة باتفاق الأطراف، مع مراعاة القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني.

1 - سليمان مراد، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2019، ص134.

2 - عبد الغني بادي، الكفالة في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2010، ص89.

3 - محمد صديق بن نية، الشرح العملي لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الثاني، دار العلوم للنشر، الجزائر، 2013، ص. 212.

4 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني في التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص152.

5 - سليمان مراد، المرجع السابق، ص138.

وتشكل الكفالة الاتفاقية وسيلة فعالة لتقوية مركز الدائن، حيث يحصل على ضمان إضافي يخفف من مخاطر عدم التنفيذ، كما تسهم في تعزيز الثقة بين الأطراف المتعاقدة وفي المقابل تتيح هذه الكفالة للمدين فرصة التفاوض حول شروط أكثر مرونة، من خلال تقديم كفيل محل ثقة، ما يفتح له المجال للدخول في تعاقدات قد لا تُبرم لولا وجود هذا الضمان، وتخضع الكفالة الاتفاقية -شأنها شأن باقي العقود- إلى شروط الصحة العامة من رضا، وأهلية، وسبب مشروع، كما يجب أن تكون محددة من حيث محل الالتزام ومقدار الضمان¹.

ثالثاً/ خصائص عقد الكفالة:

باعتبار عقد الكفالة عقد تبرعي وتبعي للالتزام الأصلي فإنه يتميز بمجموعة من الخصائص منها ما يلي:

1/ عقد الكفالة عقد رضائي:

ينعقد عقد الكفالة بمجرد توافر عنصر التراضي بين طرفيه، أي بمجرد تطابق إرادة كل من الكفيل والدائن، دون الحاجة إلى شكلية خاصة لانعقاده، فالكفالة بحسب الأصل تعد من العقود الرضائية التي يكفي فيها اتفاق الطرفين على نشوء الالتزام، دون اشتراط توثيقه في محرر رسمي أو عرفي، وهذا ما يستفاد من المادتين² 336 و 645 من ق.م.ج اللتين تقران أن الكفالة لا تحتاج إلى شكل معين لانعقادها، وإنما يشترط وجود الكتابة فقط لأغراض الإثبات لا غير.

ومع ذلك، وفي حال عدم وجود سند كتابي يثبت عقد الكفالة، أجاز المشرع إثباتها بطرق أخرى تقوم مقام الكتابة، كالإقرار القضائي أو غير القضائي الصادر عن الكفيل أو اليمين التي يؤديها أحد الخصوم، أو من خلال شهادة الشهود (البينة)، وذلك في الحالات التي يوجد فيها مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على دليل كتابي، ويعد هذا التيسير في وسائل الإثبات تجسيداً لمرونة القانون المدني في التعامل مع طبيعة الالتزامات التعاقدية، لا سيما تلك التي تنشأ في إطار الثقة والعلاقات الشخصية.

ومن ثم، فإن انعقاد الكفالة لا يتوقف على وجود وثيقة مكتوبة، بل يكفي قيام التراضي الصريح بين الكفيل والدائن، مع مراعاة الأحكام المتعلقة بإثبات الالتزامات المدنية خاصة عندما يثور نزاع بشأن وجود الكفالة أو مداها، ويبرز هذا التنظيم حرص المشرع على تحقيق التوازن بين متطلبات الحماية القانونية، من جهة، واعتبارات الواقع العملي الذي قد تفرضه الظروف الاجتماعية أو الاقتصادية للعلاقات التعاقدية، من جهة أخرى.

2/ عقد الكفالة عقد ملزم لجانب واحد:

يعد الكفيل الطرف الملزم في عقد الكفالة، حيث يترتب عليه التزام قانوني يوجب عليه ضمان الوفاء بالدين الأصلي في حال امتناع المدين عن التنفيذ، أي أن الكفالة، في أصلها

1 - عبد الغني بادي، المرجع السابق، ص 94.

2 - المادتين 336، 645 من ق.م.ج، المصدر السابق.

تعد عقدًا ملزمًا لجانب واحد فقط، يتمثل في الكفيل الذي يتحمل وحده عبء الوفاء بالتزام الغير دون مقابل مباشر¹.

غير أن هذا التصور قد يتغير إذا قدم الدائن للكفيل مقابلًا معيّنًا نظير كفالته، سواء كان هذا المقابل ماديًا أو ذا طبيعة قانونية أو تجارية، كمنح امتياز أو تخفيض التزام معين أو توفير منفعة محددة للكفيل، ففي هذه الحالة يتحول عقد الكفالة من عقد ملزم لجانب واحد إلى عقد ملزم للجانبين، بحيث يصبح الكفيل ملتزمًا بتقديم الكفالة، في حين يلتزم الدائن بأداء المقابل المتفق عليه.

أما إذا كان المقابل قد قدم من طرف المدين إلى الكفيل، كأن يعوّضه أو يمنحه ميزة مالية لقاء قيامه بالكفالة، فإن هذا لا يغير من الطبيعة القانونية للعقد، ويظل عقد الكفالة ملزمًا لجانب واحد فقط، هو الكفيل، وذلك لأن المدين ليس طرفًا في عقد الكفالة، ولا يُعَدُّ بمقابله في تحديد طبيعة التزامات أطراف العقد الأصلي، أي الكفيل والدائن.

ويبرز هذا التفريق أهمية تحديد أطراف العلاقة التعاقدية في عقد الكفالة، والتمييز بين مصدر الالتزام ومقابل الالتزام، وهو ما يؤكد الطبيعة التبعية والتكاملية لهذا العقد في نطاق الضمانات الشخصية، حيث تختلف آثاره تبعًا للجهة المقدمة للمقابل، سواء كان الدائن أو المدين.

3/ عقد الكفالة عقد تبرعي ومعاوضة:

يعد عقد الكفالة، من حيث الأصل، عقدًا تبرعيًا بالنسبة للكفيل، إذ يلتزم هذا الأخير بتحمل الوفاء بالدين نيابة عن المدين، في حال عجزه عن السداد، دون أن يتلقى في المقابل أي منفعة مباشرة، فالكفيل يقدم التزامًا ماليًا جادًا دون عوض، إما بدافع الإحسان أو بدافع الثقة أو العلاقة الشخصية التي تربطه بالمدين، ما يجعل من الكفالة التزامًا تبرعيًا من حيث طبيعته الأولية².

غير أن هذه الطبيعة قد تتغير إذا تلقى الكفيل مقابلًا ماديًا أو معنويًا نظير كفالته، سواء من الدائن أو من المدين، فإذا قام الدائن بمنح الكفيل منفعة أو عوضًا معيّنًا مقابل تحمله هذا الالتزام، فإن العقد يتحول بالنسبة للكفيل إلى عقد معاوضة، لتوافر عنصر المقابل وينطبق الأمر ذاته إذا اتفق المدين مع الكفيل على منحه تعويضًا عن هذه الكفالة، كأن يتحمل عنه رسومًا أو يقدم له ضمانات أو منافع معينة، ولو أن المدين ليس طرفًا مباشرًا في عقد الكفالة، فإن المقابل يغير طبيعة التزام الكفيل من تبرعي إلى معاوض.

أما بالنسبة للدائن، فإن عقد الكفالة يعد في كل الأحوال عقد معاوضة، لأنه يحصل بموجب هذا العقد على ضمان إضافي يعزز مركزه القانوني، ويتمثل في التزام الكفيل

1 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني في التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص

ص5، 6.

2 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني في التأمينات الشخصية والعينية، المرجع نفسه، ص9 وما بعدها.

بضمان الوفاء بالدين الأصلي عند تخلف المدين، فهذا الضمان وإن لم يكلف الدائن عوضاً مباشراً، إلا أنه يشكل فائدة قانونية حقيقية تترجم في تقليص المخاطر المرتبطة بعدم التنفيذ، وبالتالي يحقق للدائن مصلحة فعلية تجعله في وضع أفضل مما لو لم تكن هناك كفالة.

وعليه، فإن الطبيعة التبرعية أو المعاوضية لعقد الكفالة تتحدد بحسب مركز الطرف المعني، وبحسب ما إذا كان هناك عوض يقابل التزام الكفيل من عدمه، وهو ما يبرز الطبيعة المرنة والمتعددة الأبعاد لهذا العقد ضمن منظومة الضمانات الشخصية في القانون المدني.

4/ عقد الكفالة عقد تبعي:

يشترط لقيام عقد الكفالة وجود التزام أصلي سابق أو قائم بين الدائن والمدين، يشكل المحل الذي تنصب عليه الكفالة، فالكفيل لا يلتزم بإنشاء دين جديد، بل يتعهد بضمان تنفيذ التزام قائم في ذمة المدين، مما يجعل عقد الكفالة ذا طبيعة تبعية لا يمكن تصوّره بمعزل عن الالتزام الأصلي¹.

وبناءً على هذه الطبيعة، فإن صحة عقد الكفالة ووجوده يرتبطان بصحة الالتزام الأصلي ذاته؛ فإذا شاب هذا الالتزام عيب في الرضا كالغلط أو الإكراه أو التدليس، أو كان باطلاً لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب، فإن بطلانه يستتبع حتماً بطلان عقد الكفالة، كذلك إذا انقضى الالتزام الأصلي لأي سبب من أسباب الانقضاء، كالوفاء أو الإبراء أو التقادم أو المقاصة، فإن التزام الكفيل يزول تبعاً لذلك، لانعدام محل الكفالة. ومن ثم، فإن التبعية القانونية لعقد الكفالة تظهر جلياً في ارتباطه الوثيق من حيث الوجود والصحة والانقضاء بالالتزام الأصلي، بما يعكس فلسفة الضمان الشخصي، الذي لا يهدف إلى إنشاء التزام مستقل، بل إلى تدعيم الالتزام القائم وتعزيز ضمانات تنفيذه حماية لمصلحة الدائن.

5/ عقد الكفالة هو عقد ضمان:

تعد الكفالة وسيلة فعالة لتأمين الدائن وضمان وفائه بحقه، إذ يتجلى دورها الجوهري في تمكين الدائن من استيفاء دينه في حال تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه، فالكفالة تنشئ التزاماً تبعياً يهدف إلى تقوية مركز الدائن القانوني، من خلال إتاحة مصدر إضافي للوفاء، وهو ذمة الكفيل، إلى جانب ذمة المدين الأصلية².

ويمتاز عقد الكفالة، في هذا الإطار، بطابعه الشخصي، حيث يضاف ضمان الكفيل العام إلى الضمان العام للمدين، أي أن الكفيل لا يقدم مალأ معيناً، بل يلتزم بصفة شخصية تجاه الدائن، ويخضع بكامل ذمته المالية لاحتمال التنفيذ في حال إخلال المدين بالتزامه

1 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني في التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 10، 11.

2 - سليمان مراد، المرجع السابق، ص 128.

ويترتب على ذلك أن الدائن يستطيع الرجوع على الكفيل بذات الحق الذي كان له في مواجهة المدين، متى توافرت شروط ذلك.

ويميز هذا الطابع الشخصي للكفالة عن الكفالة العينية، التي يقتصر فيها التزام الكفيل العيني على تقديم مال معين -سواء كان عقاراً أو منقولاً- كضمان للوفاء بالدين، دون أن يلتزم شخصياً بتسديد الدين نفسه، ففي الكفالة العينية ينحصر ضمان الكفيل في حدود المال المقدم، ولا تتعداه إلى باقي أمواله الخاصة، مما يجعل مسؤوليته محدودة، بخلاف الكفالة الشخصية التي تقوم على الالتزام العام.

وتبرز هذه التفرقة بين الكفالتين الطبيعية القانونية المتنوعة لعقود الضمان، وتوضح كيف أن الكفالة الشخصية تعد أوسع نطاقاً من حيث الأثر القانوني، حيث تمنح للدائن ضماناً أكثر قوة ومرونة، في حين أن الكفالة العينية تركز على ضمان محدد محصور في المال المقدم دون التزام شخصي من الكفيل.

رابعاً/ شروط وأركان عقد الكفالة:

1/ شروط عقد الكفالة:

إن الهدف الأساسي من اشتراط تقديم كفيل في بعض الحالات هو حماية الدائن من مخاطر تعثر المدين أو إعساره، وذلك من خلال تعزيز الضمان الممنوح له بضم دمة مالية إضافية (هي دمة الكفيل) إلى دمة المدين الأصلي، فالكفالة تعد وسيلة قانونية لضمان تنفيذ الالتزامات، وتوفر للدائن وسيلة رجوع احتياطية تقلل من احتمالات ضياع حقه.

ومن أجل أن تتحقق هذه الغاية، أوجب المشرع الجزائي توافر مجموعة من الشروط في الكفيل، بصرف النظر عن مصدر التزام المدين بتقديم الكفيل، سواء كان ناشئاً عن اتفاق تعاقدى، أو مقررًا بموجب نص قانوني، أو صادرًا عن حكم قضائي، وقد تم النص على هذه الشروط صراحة في المادة 646 من ق.م.ج، التي تحدد المواصفات الواجب توفرها في الكفيل لضمان أهليته القانونية وقدرته المالية على الوفاء بالالتزام المضمون.

وانطلاقاً من هذه المادة، يمكن استخلاص أهم الشروط التي يجب أن تتوفر في الكفيل حتى يقبل ضمانه قانوناً، وهي ما سيتم بيانه في الفقرات التالية:

أ - يجب أن يكون الكفيل موسراً: يشترط في الكفيل أن يكون مقتدرًا مالياً، أي قادراً على الوفاء بالالتزام الذي تعهد بضمانه إذا دعت الضرورة إلى ذلك، إذ إن الكفالة تفقد قيمتها القانونية والعملية إذا كان الكفيل معسراً أو غير مالك لوسائل التنفيذ، وعليه فإن عبء إثبات يسار الكفيل يقع على عاتق المدين الملتزم بتقديمه، إذ لا يكفي بمجرد تقديم شخص يبدي استعداداً للكفالة، بل يجب أن يثبت أن له قدرة مالية كافية لتغطية الدين المكفول.

ويقاس يسار الكفيل من خلال ما يمتلكه من أموال، سواء كانت منقولات أو عقارات شائعة كانت أو مفرزة، شرط أن تكون كافية للوفاء بالتزامه تجاه الدائن، ومع ذلك يحق للدائن أن يطعن في قدرة الكفيل المالية، بأن يثبت أن هذه الأموال متنازع عليها قضائياً

أو أنها غير قابلة للتنفيذ الفعلي بسبب الحجز عليها، أو صعوبة التصرف فيها، مما قد يحول دون استفادته من الضمان فعلياً.

ويعد توفر صفة "الاقتدار المالي" في الكفيل مسألة موضوعية خاضعة لتقدير قاضي الموضوع، الذي يتولى فحص الأدلة والقرائن المقدمة من الطرفين، ويُقدّر مدى كفاية الذمة المالية للكفيل في ضوء ظروف كل حالة على حدة، وبهذا المعنى فإن اشتراط الاقتدار المالي لا يعد شرطاً شكلياً، بل هو عنصر جوهري في صحة الكفالة من الناحية العملية، بما يضمن فعالية الضمان وتحقيق الهدف من الكفالة ذاتها¹.

ب - أن يكون الكفيل مقيماً بالجزائر: تتجلى الحكمة من اشتراط إقامة الكفيل في تسهيل ممارسة الدائن لحقه في الرجوع عليه عند إخلال المدين بتنفيذ التزامه، إذ إن وجود الكفيل ضمن نطاق إقليمي معين ييسر على الدائن اتخاذ الإجراءات القانونية والتنفيذية في مواجهته بأقل قدر من التعقيدات، والمقصود بالإقامة في هذا السياق هي الإقامة العادية أو المعتادة، أي تلك التي يمارس فيها الكفيل حياته الطبيعية بصفة منتظمة، ولا يعتد بالإقامة العرضية أو المؤقتة².

كما أنه لا يشترط أن تكون إقامة الكفيل في نفس موطن المدين، إذ يكفي أن تكون له إقامة مستقرة يمكن للدائن الرجوع إليه فيها عند الاقتضاء، وإضافة إلى ذلك لا يشترط أن يكون الكفيل من رعايا الدولة الجزائرية، بل يجوز أن يكون أجنبياً، شريطة أن يكون له محل إقامة داخل الإقليم الوطني يمكن اتخاذ الإجراءات القانونية في مواجهته من خلاله مما يضمن فعالية الكفالة واستيفاء حق الدائن متى تخلف المدين عن التنفيذ.

ج- أن تكون للكفيل أهلية إبرام العقد: نظراً لأن الكفالة ترتب التزاماً قد يكون ضاراً بمصلحة الكفيل، إذ يعرض نفسه لتحمل دين الغير، فإن من المتعين أن يكون هذا الأخير واعياً تماماً بطبيعة الالتزام الذي يقدم عليه، ومدرّكاً لحجم المسؤولية القانونية المترتبة عليه.

فالكفالة ليست التزاماً عادياً، بل تصرف قانوني ينطوي على قدر من المخاطرة المالية مما يستوجب من الكفيل توفر حدّ أدنى من الإدراك والتمييز والوعي القانوني بما هو مقدم عليه³.

ورغم أن المادة 646 من ق.م.ج -التي سبق الإشارة إليها- لم تنص صراحة على اشتراط إدراك الكفيل لطبيعة الالتزام، إلا أن أغلب الاتجاهات الفقهية ذهبت إلى اعتبار هذا الشرط ضمنياً وضرورياً، بل شرطاً جوهرياً لصحة الكفالة وفعاليتها، فالكفالة

1 - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، التأمينات العينية والشخصية، عقد الكفالة، دار الكتاب الحديث 2005، ص25.

2 - سليمان مراد، المرجع السابق، ص142.

3 - سليمان مراد، المرجع السابق، ص144.

باعتبارها تصرفاً قانونياً ذا طابع ضامن، لا يمكن أن تحقق غايتها إذا أبرمت من قبل شخص يفتقر إلى الوعي الكافي أو لا يدرك نتائجها المحتملة. وعليه، فإن اشتراط توافر الوعي والإدراك لدى الكفيل لا يعد تقييداً لمبدأ حرية التعاقد بقدر ما يعد ضماناً أساسية لحسن سير المعاملات وحماية للكفيل من التسرع في تحمل التزامات قد تترتب عنها نتائج مالية خطيرة، وهو ما يتماشى مع مقاصد العدالة العقدية وضرورات التوازن بين أطراف العلاقة القانونية.

2/ أركان الكفالة:

أ/ التراضي:

يعد عقد الكفالة، شأنه في ذلك شأن باقي العقود المدنية، من العقود القائمة على مبدأ التراضي، الذي يشكل الركيزة الأساسية لانعقاده، فهو عقد رضائي لا يتطلب لتحقيقه سوى توافق إرادتين: إرادة الدائن وإرادة الكفيل، دون الحاجة إلى إفراغه في شكلية معينة أو إلى استيفاء إجراءات خاصة، ما لم يرد نص صريح يقضي بخلاف ذلك، كما أن رضا المدين لا يعد شرطاً لانعقاد عقد الكفالة، لأنه ليس طرفاً فيه، وإن كان موضوعه يرتبط مباشرة بالتزامه الأصلي.

غير أن الطبيعة الخاصة لعقد الكفالة، بوصفه من العقود التي تنطوي على مخاطر مالية حقيقية بالنسبة للكفيل، تستوجب أن يكون رضا هذا الأخير صريحاً وواضحاً، لا مجال فيه للغموض أو اللبس، فالكفيل يقدم على التزام يحمله عبء الوفاء بدین الغير، وقد يضطر إلى التنفيذ عوضاً عن المدين في حال تخلفه، ما يقتضي أن يتم التعبير عن إرادته بكامل الوعي والإرادة الحرة.

ومن ثم، فإن وضوح رضا الكفيل وصدوره عن إرادة حرة ومدركة يعد أمراً جوهرياً لا غنى عنه لضمان صحة العقد وفعاليته القانونية، خاصة بالنظر إلى ما يترتب عنه من آثار تمس الذمة المالية للكفيل، وهو ما ينسجم مع المبادئ العامة التي تحكم نظرية العقد لا سيما في العقود التي ترتب التزامات استثنائية أو ذات طابع ضامن¹.

ب/ المحل:

يتمثل محل التزام الكفيل في ضمان تنفيذ الالتزام الأصلي، بحيث يلتزم بالوفاء بالدين المترتب في ذمة المدين إذا عجز هذا الأخير عن الوفاء به، وعلى هذا الأساس فإن وجود التزام أصلي صحيح ومشروع يعد شرطاً جوهرياً لقيام الكفالة، إذ لا يمكن تصور التزام تابع -وهو التزام الكفيل- في غياب التزام أصلي يشكل محله، وبالتالي إذا كان الالتزام الأصلي غير موجود أصلاً، أو كان موجوداً ثم أبطل بحكم قضائي، أو انقضى لأي سبب

1 - رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص 61.

من أسباب الانقضاء كالإبراء أو الوفاء أو التقادم، فإن التزام الكفيل يفقد محله، ويصبح باطلاً لفقدان أحد أركانه الأساسية¹.

ومحل التزام الكفيل، الذي يطلق عليه أيضاً "الالتزام المكفول"، يمكن أن يتنوع من حيث مصدره، سواء نشأ عن عقد، أو عن واقعة قانونية، أو عن حكم قضائي، أو حتى عن عمل ضار، كما يمكن أن يكون محله مبلغاً مالياً، أو أداء عمل معين، أو الامتناع عن القيام بعمل، ما دام هذا المحل مشروعاً وممكناً.

غير أن هذا الالتزام المكفول يجب أن يستوفي عدداً من الشروط الأساسية، حتى يصح أن يكون محلاً لالتزام الكفيل، ومن أبرز هذه الشروط: أن يكون الالتزام موجوداً في الواقع، قائماً بصورة قانونية صحيحة، خالياً من العيوب التي تبطله أو تجعله معدوماً، وأن يكون معيناً أو على الأقل قابلاً للتعيين وقت التنفيذ، حتى يتمكن الكفيل من معرفة نطاق التزامه وضبط حدوده.

وبذلك، فإن محل الكفالة لا يمكن أن يكون افتراضياً أو غامضاً، بل يجب أن يكون قائماً على التزام محدد أو قابل للتحديد، حتى تكتسب الكفالة مشروعيتها وتنتج آثارها القانونية وفقاً للضوابط المقررة في القانون المدني.

ج/ ركن السبب

يعد السبب عنصراً جوهرياً في عقد الكفالة، شأنه في ذلك شأن سائر العقود، ويقصد به الباعث الدافع الذي حمل الكفيل على الالتزام، وتقاس مشروعية الكفالة من خلال مشروعية هذا الباعث، إذ يشترط أن يكون الدافع الذي حفز الكفيل على الدخول في الالتزام متفقاً مع النظام العام والآداب العامة².

فإذا كان الكفيل قد تعهد بالكفالة بدافع إساءة معروف أو تقديم خدمة للمدين -سواء بسبب صلة قرابة أو صداقة أو رغبة في المساعدة- فإن هذا الباعث يعد مشروعاً ويترتب عليه التزام قانوني صحيح، أما إذا كان الدافع غير مشروع، كأن يكون الكفيل مدفوعاً إلى الالتزام تحقيقاً لغرض غير قانوني أو مخالف للنظام العام، فإن السبب في هذه الحالة يكون باطلاً، ويؤدي بالتبعية إلى بطلان عقد الكفالة نفسه.

وعليه، فإن مشروعية السبب لا تستمد من ظاهر العقد فحسب، بل تستخلص من الظروف المحيطة بتكوينه، وخاصة من النية الباعثة لدى الكفيل، مما يجعل من الرقابة على السبب مسألة دقيقة تتطلب من القاضي التحقق من الغرض الحقيقي من الالتزام لضمان توافقه مع المبادئ القانونية التي تحكم صحة التصرفات القانونية.

1 - سليمان مراد، المرجع السابق، ص146.

2 - بن عبد الله محمد، التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2017 ص91.

* إثبات الكفالة:

تنص المادة¹ 645 من ق.م.ج على ما يلي: "لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة"، ويستخلص من هذا النص أن المشرع لم يجعل من الكتابة شرطاً لانعقاد عقد الكفالة، وإنما قصر ضرورتها على جانب الإثبات فقط، فعقد الكفالة ينعقد بالتراضي بين الكفيل والدائن، دون اشتراط شكلية معينة، غير أن إثبات هذا العقد أمام القضاء لا يكون مقبولاً إلا بموجب محرر مكتوب².

وتعود هذه الصرامة في الإثبات إلى الطبيعة الخاصة للالتزام الكفيل، إذ يعتبر التزاماً تبرعياً في الغالب، ينشأ دون مقابل، ويرتب التزامات ثقيلة على الكفيل قد تمس ذمته المالية.

ولذلك، يتطلب القانون أن يكون رضا الكفيل صريحاً وقاطعاً، وأن يثبت كتابة بشكل لا يدع مجالاً للشك في قصده، وذلك حماية له من التسرع أو الإكراه أو التلاعب في مدى التزامه.

كما أن الاعتماد على البينة أو الشهادة قد لا يكون كافياً أو دقيقاً في تحديد طبيعة تدخل الكفيل، أو نطاق التزامه، أو حتى نوع الكفالة المتفق عليها (بسيطة، متضامنة، أو محددة بشرط)، وهو ما قد يثير منازعات قانونية معقدة، ومن هنا أوجب المشرع أن يتم إثبات الكفالة بوثيقة مكتوبة وثابتة التاريخ، حتى تكون قابلة للاحتجاج بها ليس فقط بين أطرافها بل أيضاً في مواجهة الغير، تحقيقاً للاستقرار القانوني والائتماني.

وعليه، فإن اشتراط الكتابة للإثبات في عقد الكفالة ليس مجرد إجراء شكلي، بل هو ضمانة جوهرية لحماية إرادة الكفيل، وتحقيق التوازن في العلاقة القانونية التي تنشأ بينه وبين الدائن، خصوصاً بالنظر إلى الطبيعة الاستثنائية لهذا النوع من العقود.

الفرع الثاني: الطابع الإلزامي لنظام الكفالات

عرفت المادة 644 من القانون المدني الجزائري³ الكفالة على أنها: "الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه" ومنه الكفالة لها عنصران أحدهما مادي يتم بواسطة ضمان الدين من خلال مبلغ مالي أو أي قيمة أخرى والآخر عنصر الشخص الكفيل الذي يمثل بحد ذاته الضمان لتنفيذ الالتزام من طرف شخص آخر وهو ما يعرف بالكفالة الشخصية والتضامنية.

1 - المادة 645 من ق.م.ج، المصدر السابق.

2 - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص98.

3 - المادة 644 من ق.م.ج، المصدر نفسه.

والكفالة تنتمي إلى فئة الضمانات الشخصية (التأمينات) التي تعطي الحق للدائن بالرجوع إلى شخص آخر وهو "الكفيل" خلافاً للضمانات أو التأمينات العينية التي تعطي الحق للدائن على أموال متعددة للمدين مثل: الرهون الرسمية والرهون الحيازية¹.

ومن خصائص عقد الكفالة أنه عقد رضائي بين الدائن والكفيل، كما أنه عقد تابع لوجود التزام أصلي ناشئ بين الدائن والمدين ومن خصائص الكفالة أيضاً أنه عقد تبرع لمصلحة الدائن بحيث في الأصل أن الكفيل لا يأخذ مقابل لكن هذا لا يمنعه بأن يكون عقد معاوضة إذا تلقى هذا الأخير عوضاً عن الدائن.

ونجد في الصفقات العمومية أن الكفالة تكون بين المشتري العمومي والمتعامل الاقتصادي بحيث يقوم هذا الأخير بتقديم كفالات لضمان حسن تنفيذ الصفقة.

الفرع الثالث: أنواع الكفالات في أحكام قانون الصفقات العمومية

اشتراطت أحكام قانون الصفقات العمومية على عدة أشكال متعددة للكفالة وتتمثل في:

أولاً: كفالة التعهد

باعتبار أن الصفقات العمومية تمر بمراحل معقدة بداية من استدراج العروض إلى غاية إنهاء إجراءات إبرامها، مما يؤدي إلى إرساء طلب العروض على المتعامل الاقتصادي، هذا الأخير الذي قد يتهرب عن عرضه أو يرفض إمضاء الصفقة بعد إرساء الاختيار عليه، أو يرفض الشروع في الانجاز الأمر الذي يفرض على الجهة الإدارية المتعاقدة إما المرور إلى طلب العروض الأقل ترتيباً، أو إعادة الإجراءات من جديد مكلفاً إياها زمناً إضافياً طويلاً ومصاريف أخرى.

لهذا وكضمان وحماية مصالح الإدارة المتعاقدة، وإجبار المتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية نص التشريع الجزائي على وجوب دفع كفالة التعهد.

إذا فكفالة التعهد يقدمها المتعامل الاقتصادي للجهة الإدارية كدليل يثبت بها جديته في حال إرساء طلب العروض عليه، حيث تقدم على شكل كفالة بنسبة مئوية (01%) من قيمة الصفقة وفي حال تخلف أو تقصير المتعاقد عن تنفيذ طلب العرض إذا رسا عليه فإن قيمة الكفالة تصدر لصالح المصلحة المتعاقدة².

تلزم صفقات الأشغال العمومية واللوازم المعروضة على اللجنة القطاعية إدراج كفالة التعهد دون إلزام صفقات الخدمات والدراسات بهذه الكفالة، الأمر الذي يبدو غريباً نوعاً ما في موقف المشرع الجزائي خاصة أن هذا النوع من الصفقات -الخدمات والدراسات- قد تمر هي الأخرى أحياناً بنفس العماليات المتتالية والمعقدة التي تمر بها صفقات الأشغال واللوازم.

¹ - بحري اسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، شهادة الماجستير في الحقوق فرع قانون الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة كلية الحقوق 2009/2008، ص 83-84.

² - عبد الرؤوف جبار، ضمانات المشاريع الإنشائية العامة دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 01، لبنان 2003، ص 341.

وتجدر الإشارة أن كفالة التعهد تغطي الفترة الفاصلة بين إيداع العرض وانتهاء صفة المعارض عن المتنافسين، وترفع المصلحة المتعاقدة يدها عن هذه الكفالة، بعد يوم واحد من تاريخ انقضاء أجل الطعن للمتعهدين الذين لم يتم قبول عروضهم ولم يقدموا أصحابها طعوناً، أما بالنسبة للمتعهدين الذين قدموا طعون، فلا ترفع اليد عن كفالاتهم إلا بعد تبليغ قرار رفض الطعن من طرف لجنة الصفقات المختصة.

أما بالنسبة للمتعامل الاقتصادي الذي تم اختياره من قبل الجهة المتعاقدة، فإن كفالاته لا ترد إلا بعد وضع كفالة حسن التنفيذ طبقاً للمادة¹ 125 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، حيث تقدم كفالة حسن التنفيذ مع أول كشف مستحق التسديد.

فهو مبلغ يدفعه المتعهد الذي قدم عرضاً في إطار المنافسة من أجل الظفر بالصفقة المطروحة للتعاقد وهذا كضمان لجديته في دخول المنافسة وإثبات لحسن نيته في ذلك ومن ثم يبقى عرض المتعهد قائماً لحين إتمام ترتيبات وإجراءات إبرام الصفقة العمومية².

ثانياً: كفالة حسن التنفيذ

تعتبر كفالة حسن التنفيذ ثاني الضمانات الخاصة بالصفقة العمومية، فهي كفالة بنكية موضوعها تأميناً تعد التزاماً صادراً عن بنك يتعهد بموجبه تحمل تبعات عدم تنفيذ زبونه لمضمون التزاماته التعاقدية كعدم التسليم أو عدم مطابقة ما نفذه أو سلمه لما تم الاتفاق عليه أو للمعايير المعمول بها³.

وتعد كفالة حسن التنفيذ من أبرز الضمانات التي شدد المشرع الجزائري على ضرورة تقديمها من طرف المتعاملين الاقتصاديين الوطنيين والأجانب على حد السواء.

هذا وقد ألزم المشرع الجزائري بموجب المادة 130 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على تقديم كفالة حسن التنفيذ إذا تم النص عليها في دفتر الشروط، من خلال هذه المادة يبدو أن الهدف من إلزام بدفع هذه الكفالة هو ضمان وحماية مصالح الجهة الإدارية وحماية المال العام من جهة، ومن جهة ثانية جبر المتعامل الاقتصادي على تنفيذ التزاماته حسب الشروط وفي الأجل المنصوص عليها في العقد.

يحدد مبلغ كفالة حسن التنفيذ بنسبة تتراوح بين خمسة في المائة (05%) وعشرة في المائة (10%) من مبلغ الصفقة حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها.

وتحرر الكفالة حسب النموذج المحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية وتقدم هذه الكفالة في أجل لا يتجاوز تاريخ تقديم أول طلب دفع على الحساب من المتعامل الاقتصادي وهذا ينطبق أيضاً على كفالة التعهد.

¹ - المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المصدر السابق.

² - عبد الرؤوف جبار، المرجع السابق، ص 341.

³ - النوي خرشى، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية، ب.ط، الجزائر، 2011، ص 324.

⁴ - المادة 130 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المصدر نفسه.

وعلى العموم كان على المشرع الجزائري الإبقاء على تقديم كفالة حسن التنفيذ حسب ما ألزمت به المادة 130 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، دون تقييد الزاميتها بأجل معينة، وهذا ضماناً لوفاء المتعامل الاقتصادي بالتزاماته التعاقدية من جهة، وحماية المال العام وتحقيق الصالح العام من جهة ثانية¹.

تجدر الإشارة أنه يمكن إعفاء المتعامل الاقتصادي من تقديم كفالة حسن تنفيذ الصفقة بالنسبة لبعض صفقات، من تقديم كفالة حسن التنفيذ في حالة الصفقات المبرمة بالتراضي البسيط والصفقات المبرمة مع المؤسسات العمومية².

إضافة إلى ذلك فقد تم إعفاء الحرفيون الفنيون والمؤسسات المصغرة الخاضعة للقانون الجزائري من تقديم كفالة حسن تنفيذ الصفقة عندما يتدخلون في عمليات عمومية لترميم ممتلكات ثقافية³.

ثالثاً: كفالة الضمان

لضمان العيوب التي قد تترتب عن سوء التنفيذ لموضوع الصفقة، يلتزم المتعامل المتعاقد بضمان الأشغال التي ينفذها خلال مدة معينة بعد الانتهاء من الانجاز، فيقدم للجهة الإدارية كفالة ضمان بمبلغ مالي معين من قيمة المشروع.

والواقع أن هذه الكفالة تتعلق بالصفقات التي تنص على أجل الضمان، حيث تتحول كفالة حسن التنفيذ عند التسليم المؤقت إلى كفالة ضمان⁴.

هذا وتغطي كفالة الضمان المرحلة التي تبدأ من الاستلام المؤقت إلى نهاية أجل الضمان، الذي يؤسس كضمان بنكي، كما يمكن أن يؤسس كإقتطاع من المستحقات الواجب تسديدها إلى المتعامل الاقتصادي وفي هذه الحالة تسمى إقتطاع الكفالة⁵.

رابعاً: كفالة رد التسبيقات

لقد سبقت الإشارة إلى أن دفع التسبيقات هو استثناء عن الأصل العام المتمثل في الدفع بعد أداء الخدمة، إذ تبادر الجهة الإدارية بدفع التسبيق في رقم الحساب الجاري للمتعامل الاقتصادي بهدف مساعدته على مباشرة الأعمال وتخفيف عنه الأعباء المالية⁶ في حدود ما تم الاتفاق و النص عليه في دفاتر الشروط على أن يلتزم المتعاقد برد هذا التسبيق بعد استحقاقه، بمعنى صاحب الصفقة يبقى مديناً بهذا التسبيق حتى أجل التسديد النهائي لثمن الصفقة بأكمله.

¹ - هاشمي فوزية ، الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية دراسة مقارنة، مجلة الفقه القانوني والسياسي، جامعة تيارت، مج01، ع 01، (من 159-180)، 2019، ص166.

² - المادة 130 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المصدر السابق.

³ - المادة 133 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المصدر نفسه.

⁴ - المادة 132 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المصدر نفسه.

⁵ - النوي خرشي، المرجع السابق، ص328.

⁶ - المادة 110 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المصدر نفسه.

ولا يمكن أن يتصور قيام الإدارة بمنح أي تسبيق مهما كان نوعه، حسب الشروط التي نص عليها التشريع الجزائري دون أن يقوم المتعاقد مع الإدارة بتقديم ضمانات كافية تمكن الجهة الإدارية من استرداد التسبيقات التي منحتها، معتمدة في ذلك على تقنية المقاصة بين الدين الواقع على عاتق المتعاقد جراء حصوله على المساعدات المالية، وما يبقى له من مستحقات مالية في ذمة الإدارة، الأمر الذي تضمنه الكفالة التي يقدمها المتعاقد قبل حصوله على التسبيقات التي تنص على أن المتعاقد يقدم كفالة أو ضماناً بنكياً مسبقاً بقيمة معادلة لمبلغ التسبيقات التي تحصل عليها.

بمعنى أن المتعاقد لا يمكنه الحصول على تسبيق جزافي، أو التسبيق على التمويل، إلا في حالة الصفقات العمومية التي يفوق مبلغها الحدود المنصوص عليها في المادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وبعد تقديم كفالة بنكية، تسمى كفالة رد التسبيقات وهي مساوية لمبلغ التسبيق، حيث يصبح البنك الذي أصدرها كفيلاً للمصلحة المتعاقدة باسترجاع التسبيقات التي منحتها¹.

وعلى هذا الأساس ونظراً لاهتمام المشرع بضرورة تقديم الكفالة، من قبل المتعاقد مع الإدارة قبل حصوله على التسبيقات، ضماناً وحماية للمال العام و عقلنة تكاليف التسيير العمومي، فقد نص على إلزامية دفعها في معظم القوانين المنظمة للصفقات العمومية مع تبيان البنك الكفيل بإصدارها، غير أن المرسوم الرئاسي رقم 02-250 أضاف هيئة جديدة إلى جانب البنوك، خول لها المشرع إصدار كفالة رد التسبيقات وتتمثل هذه الهيئة في صندوق ضمان الصفقات².

الفرع الرابع: أدوات تنفيذ نظام الكفالة

نظراً لأن أغلب نفقات الدولة تذهب في شكل الصفقات وجب إعطاء دور فعال للبنوك إذ تعتبر المورد الأساسي في منح الضمانات بمختلف أنواعها، صندوق ضمان الصفقات العمومية الذي أنشأ خصيصاً ليقوم بالإسهام في ضمان تمويل الطلبات العمومية³. نظام الكفالة في الصفقات العمومية يعتبر آلية أساسية لضمان تنفيذ التزامات المتعاقد أو المتعهد في العقد المبرم مع الجهات العامة، ويهدف هذا النظام إلى حماية الأموال العامة وضمان تنفيذ الأعمال وفقاً للشروط المتفق عليها، ويشمل عدة أدوات ووسائل، تتنوع بين ضمانات مالية وفنية توفرها أطراف مختلفة مثل البنوك وصندوق ضمان الصفقات العمومية.

¹ - النوي خرشي، المرجع السابق، ص 281.

² - نص عليه المرسوم التنفيذي 98-67، المؤرخ في 21 فبراير 1998، المتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية، ج.ر.ج. ج. الصادرة في 01/03/1998، ع 11، المعدل والمتمم.

³ - جقبوب محمد رضا، المتعامل المتعاقد بين الالتزامات والحقوق في ظل المرسوم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، شهادة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، 2015-2016، ص 68.

أولاً: الكفالة البنكية:

الكفالة البنكية تعد من أبرز الأدوات المستخدمة في نظام الكفالة، فهي عبارة عن ضمان يقدم من البنك نيابة عن المتعامل الاقتصادي، حيث يقوم البنك بإيداع مبلغ معين في حساب خاص لصالح الجهة العامة.

إذا أخفق المقاول في تنفيذ العقد أو في حال حدوث أي خرق لشروطه، يمكن للجهة العامة استخدام الكفالة البنكية لاسترداد الخسائر أو تكاليف إتمام المشروع.

البنوك تلعب دوراً رئيسياً في هذا السياق، حيث تعتبر الكفالة البنكية وسيلة قوية لضمان التزام المقاول بتنفيذ عقده، وتضمن للجهة المتعاقدة تغطية الخسائر المحتملة.

ثانياً: صندوق ضمان الصفقات العمومية:

يعد صندوق ضمان الصفقات العمومية هيئة ذات طابع خاص تم إنشاؤها بغرض دعم تنفيذ الصفقات العمومية وضمان حسن سيرها، وذلك من خلال تقديم ضمانات مالية لصالح المصالح المتعاقدة، بغية تغطية المخاطر الناتجة عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاملين الاقتصاديين، لا سيما في حالة التأخر أو سوء الإنجاز أو الإخلال بالشروط المتفق عليها في العقد.

وتتمثل مهمة هذا الصندوق أساساً في منح كفالات تعويضية تشمل، من بين أمور أخرى، كفالة حسن التنفيذ وكفالة رد التسبيقات، وذلك تطبيقاً لما نصت عليه المواد 127 إلى 129 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

وفي حال إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته، يجوز للمصلحة المتعاقدة تفعيل الضمان المقدم من طرف الصندوق، للحصول على التعويض المالي المستحق، سواءً عن طريق اقتطاع مبلغ الكفالة أو تفعيل التأمين المالي، وذلك وفقاً للأحكام الواردة في التنظيم المعمول به².

هذه الأداة تسهم بشكل كبير في زيادة الشفافية وتعزيز الثقة بين المقاولين والجهات العامة حيث توفر ضمانات مالية مستقلة.

1/ كفالة التأمين:

في بعض الحالات، يتم التعاقد مع شركات التأمين لتوفير كفالات تأمينية للمشروعات العمومية يضمن التأمين تغطية الخسائر المحتملة التي قد تنشأ نتيجة إخفاق المقاول في تنفيذ التزاماته.

يمكن أن تتراوح أنواع التأمين بين التأمين ضد العيوب الخفية والتأمين ضد الأضرار الناتجة عن التأخير أو التكاليف الزائدة.

¹ - المواد من 127 إلى 129 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المصدر السابق.

² - المادة 128 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المصدر نفسه.

2/ الكفالة النقدية:

الكفالة النقدية تعتبر أداة أخرى من أدوات الكفالة في الصفقات العمومية، حيث يتم إيداع مبلغ نقدي معين لدى الجهة العامة كضمان لتنفيذ العقد. يمكن استرداد المبلغ بعد تنفيذ المشروع وفقاً للشروط المتفق عليها في العقد، وفي حال حدوث إخفاق، يتم استخدام الكفالة النقدية لتعويض الجهة العامة.

3/ الكفالة التضامنية:

هي ضمانات يقدمها أطراف آخرون (مثل شركاء أو متعهدين آخرين) لتغطية مخاطر إخفاق المقاول في تنفيذ المشروع، قد تكون هذه الكفالة عبارة عن تعهدات مالية أو تعهدات قانونية.

4/ التأمين ضد العيوب الخفية:

هذا التأمين يقدمه المقاول أثناء فترة تنفيذ المشروع، ويهدف إلى تغطية العيوب أو المشكلات التي قد تظهر في الأعمال بعد الانتهاء من المشروع، يضمن التأمين أن الجهة العامة ستتلقى تعويضاً في حال ظهور عيوب أو تقصير في العمل بعد التسليم.

ثالثاً: دور البنوك وصندوق ضمان الصفقات العمومية:

1/ البنوك:

تلعب دوراً مهماً في تقديم الكفالات البنكية للمقاولين، حيث تكون هذه الكفالات بمثابة ضمانات مالية تتيح للجهات العامة الحصول على تعويضات في حال إخفاق المقاول البنوك توفر أيضاً الاستشارات المالية للمقاولين وتساعد في تقديم الضمانات المطلوبة.

2/ صندوق ضمان الصفقات العمومية:

يعد من الأدوات الفعالة التي تمكن من توفير ضمانات إضافية للمشروعات العامة حيث يساهم في تغطية المخاطر التي قد لا تغطيها الكفالات البنكية أو التأمينية الأخرى الصندوق يعمل على تقوية الثقة بين المقاولين والجهات العامة من خلال توفير شبكة أمان إضافية في حال حدوث أي إخفاق.

رابعاً: فوائد نظام الكفالة في الصفقات العمومية

● حماية الأموال العامة:

يضمن هذا النظام حماية المال العام في حالة عدم وفاء المقاول بالتزاماته، مما يعزز من الشفافية والمصداقية في إدارة المشاريع العامة.

● تحفيز المقاولين على الالتزام:

بما أن المقاول سيتحمل عواقب مالية في حالة الإخلال بالعقد، فإن ذلك يشجعه على الالتزام بالجودة والموعد المحدد لتنفيذ المشروع.

• إجراءات سريعة للحلول :

في حال وقوع إخفاق من المقاول، يوفر نظام الكفالة آلية سريعة لتعويض الجهة العامة سواء من خلال الكفالات البنكية أو من خلال صندوق ضمان الصفقات العمومية. من خلال هذه الأدوات، يمكن للجهات العامة ضمان تنفيذ الصفقات العمومية بشكل مميز وآمن، وتوفير حماية قانونية ومالية للأطراف المتعاقدة في المشاريع الحكومية¹.

المطلب الثاني: الضمانات المالية المختلفة

لما كانت الصفقات العمومية لها صلة بالخزينة العمومية من جهة، و بحسن سير المرفق العام بانتظام من جهة ثانية، و بالجمهور المنتفع من خدمات المرفق العام من جانب آخر، وجب أخذ الاحتياطات اللازمة لتأمين الإدارة على مصالحها، و الضغط أكثر على المتعاقد معها و جبره على تنفيذ التزاماته في الأجل المتفق عليها و وفقا للشروط والمواصفات و الكيفيات الواردة في عقد الصفقة².

إن الضمانات في الصفقات العمومية تهدف في مجملها إلى حماية المصلحة المتعاقدة من مخاطر سوء تنفيذ المتعاقد لالتزاماته أو من خطر عدم استرجاع الأموال المدفوعة كالتسبيقات زيادة من المبالغ مستحقة الدفع، أو في حالة عدم تسديد دفعات القرض الذي يأخذه المتعامل المتعاقد مقابل رهن الصفقة بغية التمويل لتنفيذها.

إن الضمانات التي يلتزم المتعاقد بتقديمها أثناء تنفيذ الصفقة العمومية قد تختلف وتتنوع من ضمانات مالية إلزامية و ضمانات مالية غير إلزامية، هذه الأخيرة قد لا تتضمنها كل دفاتر الشروط، بل تعتبر مزايا إضافية منحها التشريع الجزائري للمصلحة المتعاقدة حتى تتمكن من حماية نفسها ومصالحها من المخاطر المالية التي يمكن أن تتعرض لها بصدد تنفيذ صفقاتها العمومية، وإجبار المتعامل المتعاقد على القيام بتنفيذ جميع التزاماته تنفيذاً جيداً، أي أن هدفها يبقى واحد و هو حماية المصلحة المتعاقدة من مخاطر التنفيذ³.

وتأسيساً على ما سبق ولتفصيل أكثر في هذه الضمانات خصص الفرع الأول لدراسة الضمانات الخاصة، والفرع الثاني للضمانات ذات الطبيعة الحكومية، أما الفرع الثالث فعالج اقتطاع حسن التنفيذ واقتطاع الضمان.

الفرع الأول: الضمانات الخاصة

زيادة على الكفالات يمكن للمصلحة المتعاقدة اشتراط ضمانات خاصة في حالات معينة، كأن تشترط الجهة الإدارية على المتعاقد معها تقديم كفالة باللجوء إلى كفيل شخصي أو هيئة تأمين لضمان العتاد والسلع التي تضعها تحت يد المتعامل الاقتصادي.

¹ - بن ناصر عبد القادر، الوجيز في الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، دار هومة، الجزائر 2018، ص ص 2011-2012.

² - إسماعيل بحري، المرجع السابق، ص 96.

³ - هاشمي فوزية، الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 171.

كما يمكن للمصلحة أيضا أن تنص في دفتر الشروط على جزاءات ترتبها في حالة تأخر المتعاقد في رد العتاد الذي قدم إليه، كما تنص الإدارة في دفتر الشروط على ضمانات أخرى استثنائية حتى يتمكن من تنفيذ العمل الذي أوكل له¹.

الفرع الثاني: الضمانات ذات الطبيعة الحكومية

يعتمد إنجاح التنمية في الدولة إلى حد كبير على توفر البنية التحتية وعلى مدى تطورها، حيث تمثل البنية التحتية أحد العناصر الرئيسية لجذب الاستثمار، الذي يعتمد بالدرجة الأولى على مساهمة المؤسسات الأجنبية في السياسة الاقتصادية، من خلال إبرام اتفاقيات مع الدولة بصفقتها موردا للمواد و الخدمات أكثر من كونها مشترياً².

و من أجل تشجيع الاستثمارات الأجنبية نص التشريع الجزائري طبقاً للمادة 02 من القانون رقم³ 18-22 يتعلق بالاستثمار، على مجموعة من الضمانات التي تعد في نفس الوقت مبادئ أساسية ترتكز عليها الدولة لجلب الاستثمارات الأجنبية التي تساهم في مختلف قطاعات النشاط الاقتصادي، حيث تبدأ بمبدأ العدالة والمساواة، مروراً بمبدأ تجميد التشريع و مبدأ حرية تحويل رؤوس الأموال والعائدات الناتجة عنه، وصولاً إلى مبدأ المصالحة و التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات.

وعليه و حتى يتم توفير الحماية اللازمة لأي طارئ قد يؤدي إلى عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من جانب المتعامل الأجنبي، قد نص تنظيم الصفقات العمومية على الضمانات الحكومية، ضمن أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، فقد تناول هذه الضمانات بموجب المادة⁴ 127، الذي يحظى بالأسبقية في اختيار المتعاملين الاقتصاديين الأجانب من يقدم الضمانات المذكورة أعلاه.

الفرع الثالث: اقتطاع حسن التنفيذ واقتطاع الضمان

من المسلم به أن الجهة الإدارية عند اختيارها للمتعاقد معها، تبذل قصارى جهدها للحصول على متعاقد مقبول من النواحي المالية قصد ضمان التنفيذ السليم للعقد، حيث يقع على عاتق المتعامل المتعاقد في إطار تنفيذ الصفقة احترام التزاماته التعاقدية المقررة في العقد، طبقاً لما اشتملت عليه نصوصه وتضمنته أحكامه.

لهذا يتوجب على المتعاقد الوفاء بالالتزامات خاصة المالية منها والمتمثلة في تقديم ضمانات تحمي الإدارة من مخاطر التي يمكن أن تتعرض لها بصدد إنجاز مشروع ما

¹ - إسماعيل بحري، المرجع السابق، ص108.

² - براهيم سماحي، الضمانات في الصفقات العمومية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، تخصص التجريم في الصفقات العمومية كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجبلالي ليايس سيدي بلعباس، 2013/2014، ص117.

³ - المادة 02 من القانون رقم 18-22، المؤرخ في 24 يوليو 2022، يتعلق بالاستثمار، ج.ر.ج.ع، ع 50.

⁴ - المادة 127 المرسوم الرئاسي رقم 15-247: "الضمانات ذات الصيغة الحكومية التي تهم المؤسسات الأجنبية هي : - استعمال القرض الناتج عن عقود حكومية مشتركة؛

- الضمانات التي تستخدم مساهمة الهيئات المصرفية أو هيئات التأمينات ذات الصبغة العمومية أو شبه العمومية".

حيث يتم اقتطاعها مباشرة من حقوق المتعامل المتعاقد عند تسوية حساب الرصيد النهائي بعد تقديم وضعيات الأشغال.

ومن أهم اقتطاعات التي تقوم بها الإدارة هي اقتطاع حسن التنفيذ أولاً، واقتطاع كفالة الضمان ثانياً.

أولاً: اقتطاع حسن التنفيذ

المشرع الجزائري لم يحدد في تنظيمات الصفقات العمومية في المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة لسنة 2021 المقصود باقتطاع حسن التنفيذ، لكن يمكن تعريفه على أنه كل مبلغ تقوم المصلحة المتعاقدة باقتطاعه من كل دفع على الحساب يتم دفعه إلى المتعامل المتعاقد من أجل ضمان حسن تنفيذ الصفقة¹.

و تجدر الإشارة أنه يمكن تعويض كفالة حسن التنفيذ باقتطاعات حسن التنفيذ، إذا تعلق الأمر بصفقات الدراسات و الخدمات حسب ما نصت عليه المادة 132 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 هذا وتقوم المصلحة المتعاقدة بإجراء عملية اقتطاع حسن التنفيذ في الحالات التالية²:

- النص على مدة الضمان.
 - إذا تعلق الأمر بصفقات الدراسات والخدمات التي يعفى حائزوها من تقديم كفالة حسن التنفيذ.
 - نص دفتر الشروط الصفقة على وجوب اقتطاع مبلغ حسن التنفيذ عوضاً عن تقديم كفالة حسن التنفيذ.
- أما بالنسبة إلى مبلغ اقتطاع حسن التنفيذ بالرجوع إلى الصفقات العمومية، نجد المشرع الجزائري لم يفرد نص خاص وصريح يبين مبلغ الاقتطاع أو نسبته، لكن و باعتبار أن اقتطاع حسن التنفيذ يعوض كفالة حسن التنفيذ، فإننا نتصور أن مبلغ اقتطاع حسن التنفيذ يتراوح بين 5% و 10% من مبلغ الصفقة حسب طبيعة أو أهمية الخدمات الواجب تنفيذها.

ثانياً: اقتطاع الضمان

هي مبالغ مالية تودع لدى الإدارة لتحميها من المخاطر التي يتركبها المتعاقد أثناء تنفيذ الصفقة ويضمن لها ملائمة لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره، كعدم جدية المتعامل في بذل الجهد المطلوب لتنفيذ التزاماته، أو تخليه عن تنفيذ الصفقة في أي مرحلة

¹- براهيم سماحي، المرجع السابق، ص179.

²- براهيم سماحي، المرجع نفسه، ص180.

كانت عليها، أو عدم تقديم السلع في عقد التوريد حسب المواصفات والكميات المتفق عليها¹.

على هذا الأساس يعتبر اقتطاع الضمان بمثابة كفالة تقتطعها الجهة الإدارية مباشرة من حقوق المتعامل المتعاقد دون طلب تأسيسها، حسب ما نصت عليه المادة 119 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والتي أعطت الحق للمصلحة المتعاقدة عند التسوية على رصيد الحساب في اقتطاع الضمان المحتمل و يتم رد هذا الأخير -اقتطاع الضمان- عند تسوية حساب الرصيد النهائي حسب ما نصت عليه المادة 120 من نفس المرسوم².

من خلال استقراء نص المادة أعلاه يفهم أن عملية اقتطاع الضمان تتم في أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة، الذي تتسلم من خلاله الجهة الإدارية موضوع الصفقة بصورة نهائية، بعدما تتأكد من أن المتعامل المتعاقد قد أوفى بالتزاماته جميعاً ووفقاً لما تم الاتفاق عليه.

إذا فصلاحية كفالة الضمان تسري ابتداء من عملية التسليم المؤقت، التي تقتضي وضع المصلحة المتعاقدة يدها على الخدمة موضوع الصفقة وإخضاعها لكل أدوات الاستلام والتزام المتعامل المتعاقد بتوفير الشروط اللازمة لإتمام عملية الاستلام في أحسن الظروف، والعمل على إزالة كل العوائق التي من شأنها أن تصعب هذه العملية أو تجعلها عسيرة وغير ممكنة³.

وعليه فإن عملية التسليم النهائي للصفقة من قبل المتعامل الاقتصادي لا توقف سريان مفعول الضمان، ولا يمكن استرداده إلا بتقديم شهادة رفع اليد التي تحررها المصلحة المتعاقدة.

لكن في الكثير من الأحيان قد ترفض المصلحة المتعاقدة تحرير شهادة رفع اليد، وذلك لأسباب متعددة و متنوعة كعدم تصحيح المتعامل الاقتصادي الضرر الذي لحق بالإدارة جراء انجاز المشروع مثلاً، أو عدم كفاية مبلغ الكفالة الخاصة بصفقة أخرى التي يستعملها المتعاقد لتغطية الأضرار التي لحقت بالجهة المتعاقدة.

ففي هذه الحالة فإن الجهة المتعاقدة لا تستطيع عدم استلام أشغال الصفقة نهائياً بعد انقضاء آجال الضمان إذا كانت عملية التنفيذ حسنة، فإذا رفضت الجهة المتعاقدة الاستلام النهائي لموضوع الصفقة بعد إنذارها من طرف المتعاقد معها، هذا الأخير يمكنه اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم قضائي بالتسليم النهائي متى رأى القاضي توافر شروط معينة للتسليم.

¹ - بن ناصر عبد القادر، المرجع السابق، ص210.

² - المادة 119، 120 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المصدر السابق.

³ - هاشمي فوزية، الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص174.

وعليه تستلم الإدارة المتعاقدة الصفقة في المقابل تستطيع التصرف بمبلغ الضمان لتصحيح أي ضرر مالي قد يكون لحق بها من طرف المتعامل الاقتصادي، وهذه هي الغاية الأساسية من تأسيس كفالة الضمان.

و عليه يبقى الضمان ساري المفعول و يبقى مبلغه تحت تصرف الجهة المتعاقدة ما لم تقدم تنازلاً كتابياً للمتعامل الاقتصادي تشهد بواسطته بأنها رفعت اليد عن حجز مبلغ الضمان المعني وهذا ما أكدته مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 2002/07/15، في قضية (ع. ب) و (ز. س) ضد كتابة الدولة للتكوين المهني، و الذي أكد فيه على أن مبلغ الضمان لا يسترد إلا بعد تحرير المحضر النهائي للاستلام ورفع جميع التحفظات المدونة في محضر الاستلام المؤقت¹.

بمعنى أن المتعامل الاقتصادي يتوقف عن التسديد للبنك العمولة الشهرية المتفق عليها جراء تأسيس كفالة الضمان ابتداء من الشهر الموالي لتاريخ الاستلام النهائي، إلا إذا قامت الجهة الإدارية بإبلاغ البنك الضامن عكس ذلك بموجب رسالة موصى عليها، ففي هذه الحالة يستمر البنك في حساب عمولاته إلى غاية تلقيه شهادة رفع اليد من قبل الإدارة.

كما أن المصلحة المتعاقدة حسب المادة 134 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مجبرة على التسديد الكلي للمتعامل المتعاقد، اقتطاعات الضمان المنصوص عليها في المادة 132 و 133 من نفس المرسوم، كما أن الجهة المتعاقدة مجبرة أيضاً على تحرير كفالة الضمان المذكورة في المادة 131 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

أما في حالة تخلف الإدارة المتعاقدة القيام بذلك، سيكون للمتعامل الاقتصادي الحق الكامل في الاستفادة من فوائد التأخير حسب ما نص عليه التشريع الجزائي في المواد 120 و 122 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، ومن تم فمن مصلحة الإدارة المتعاقدة إن لم تكن لديها مستحقات أخرى لدى المتعامل الاقتصادي، فبعد إعلانها عن الاستلام النهائي للصفقة، و حتى لا يترتب عليها فوائد التأخير الإسراع في تحرير كفالة الضمان الخاصة بهذه الصفقة، وكذا تسديد مبالغ الضمان المقطوعة وذلك قبل انقضاء الشهر الموالي لتاريخ الاستلام النهائي و هذا ما تم تأكيده في قرار مجلس الدولة ملف رقم 4546 القرار الصادر بتاريخ 2002/04/22، في قضية (م . خ) ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية (ب . ك)، الذي أكد على ضرورة إرجاع كفالات أو اقتطاعات الضمان بأكملها في أجل شهر إلى المقاول، ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للأشغال أو التوريدات أو الخدمات⁴.

¹ - جمال سايس، الاجتهاد الجزائي في القضاء الإداري، ج 03، منشورات كليك، ط 01، 2013، ص 1473.

² - المواد 131، 132، 133، 134 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المصدر السابق.

³ - المادة 121، 122 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المصدر السابق.

⁴ - جمال سايس، المرجع السابق، ص 1481.

المطلب الثالث: الضمان العشري

يعد الضمان العشري من أهم الضمانات القانونية التي تفرض على المقاول والمهندس مسؤولية استمرار سلامة المنشآت وجودتها لمدة عشر سنوات بعد الانتهاء من الأشغال وتسليمها، يهدف هذا الضمان إلى حماية صاحب المشروع والمستخدم النهائي من العيوب الخفية التي قد تؤثر على متانة البناء أو صلاحيته للاستعمال، خاصة في مجال الصفقات العمومية التي تكتسي أهمية كبيرة نظراً لطبيعتها المتعلقة بالمال العام والمرافق الحيوية ويعتبر الضمان العشري آلية فعالة لضمان جودة الإنجاز ومساءلة المنفذين، حيث تفرض عليه التزاماً قانونياً طويل الأمد، سنتطرق في الفرع الأول إلى الطبيعة القانونية للضمان العشري ونخصص الفرع الثاني لمجال تطبيق الضمان العشري ونظامه القانوني ونتحدث في الفرع الثالث عن أحكام الضمان العشري.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للضمان العشري

يشكل الضمان العشري آلية قانونية محورية لضمان جودة الأشغال وحماية المنشآت من العيوب التي قد تؤثر على متانتها أو صلاحيتها للاستعمال، وتزداد أهمية هذا الضمان في إطار الصفقات العمومية، حيث تتعلق الأشغال بالمال العام والمرافق العامة، تنص العديد من التشريعات وعلى رأسها القانون المدني الفرنسي والقانون المدني الجزائري على هذه المسؤولية القانونية التي تفرض التزاماً خاصاً على المهندس والمقاول يدوم عشر سنوات بعد تسلم المشروع.

أولاً: الضمان العشري في التشريع الفرنسي

تنص المادة 1792 من القانون المدني الفرنسي على أن كل مقاول أو مهندس معماري مسؤول بقوة القانون عن الأضرار التي تهدد متانة البناء أو تجعله غير صالح للاستعمال دون الحاجة إلى إثبات خطأ من طرف صاحب المشروع¹، وتعد هذه المسؤولية موضوعية تفرض بمجرد وقوع الضرر وهو ما يتماشى مع الطابع الحمائي للقانون في مجال البناء.

وتؤكد الاجتهادات القضائية الفرنسية، وعلى رأسها قرار مجلس الدولة في قضية² EPAD c/Bouygues 1973، أن الضمان العشري يسري كذلك في الأشغال العمومية ويخضع لاختصاص القضاء الإداري متى كانت الإدارة طرفاً في العقد.

¹- Code civil français, art. 1792 : Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination. Une telle responsabilité n'a point lieu si le constructeur prouve que les dommages proviennent d'une cause étrangère.

²- Cour de cassation, chambre civile 3, 3 juillet 2001, EPAD c. Bouygues (N°: 99-19.523).

هذه القضية تناولت تطبيق مبدأ الضمان العشري (la responsabilité décennale) على المقاول في بناء مشروع تابع لـ الفرنسية على التزام المقاول بتحمل المسؤولية عن العيوب التي تهدد متانة المنشآت لمدة عشر سنوات. حيث أكدت محكمة النقض (Établissement Public pour l'Aménagement de la Région de la Défense) EPAD،

ثانياً: الضمان العشري في التشريع الجزائري

يشكل الضمان العشري آلية قانونية محورية لضمان جودة الأشغال وحماية المنشآت من العيوب التي قد تؤثر على متانتها أو صلاحيتها للاستعمال، وخاصة في إطار الصفقات العمومية التي تتعلق بالمال العام والمرافق العامة، بنص القانون المدني الجزائري في المادة 554 على مسؤولية المهندس والمقاول لمدة عشر سنوات من تاريخ التسليم إذا ظهر في البناء عيوب تهدد متانته أو صلاحيته للاستعمال، وذلك متى كانت المواد أو طريقة العمل معيبة¹، إلا أن القانون الجزائري للصفقات العمومية، وخاصة المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الصادر في 2015 والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية لم ينظم الضمان العشري بشكل تفصيلي، معتمداً على الإحالة إلى القواعد العامة للقانون المدني، مما يبرز نقصاً في التخصيص القانوني لهذه المسؤولية في مجال الصفقات العمومية.

وتعتبر الدراسات الفقهية أن الضمان العشري في القانون الجزائري هو مسؤولية عقدية تحمل في ذات الوقت خصائص المسؤولية الموضوعية، باعتبارها مرتبطة بحماية النظام العام وعدم قابليتها للتنازل، كما أن أهمية تطوير الإطار القانوني للضمان العشري في الصفقات العمومية لضمان فعالية الرقابة وحماية الأموال العامة².

يتقاطع كل من النظامين الفرنسي والجزائري في الاعتراف بالضمان العشري كمسؤولية قانونية تفرض حماية طويلة الأمد لصاحب المشروع، خصوصاً في مشاريع البناء الكبرى، غير أن التشريع الفرنسي أكثر تطوراً، لاسيما من حيث وضوح النصوص وتكاملها مع قواعد التأمين، بينما لا يزال النظام الجزائري يعتمد بدرجة كبيرة على الإحالة إلى القواعد العامة دون تأصيل خاص في مجال الصفقات العمومية.

الفرع الثاني: مجال تطبيق الضمان العشري

يعد الضمان العشري من أبرز صور المسؤولية القانونية ذات الطبيعة العقدية الخاصة التي أقرها المشرع لحماية رب العمل من مخاطر الانهيار والعيوب الجسيمة التي قد تصيب المباني والمنشآت الثابتة بعد إتمامها، وقد استلهم المشرع الجزائري أحكام الضمان العشري من نظيره الفرنسي، خصوصاً المادة 1792 من القانون المدني الفرنسي.

يتحدد نطاق تطبيق الضمان العشري من زاويتين أساسيتين: المجال الشخصي (الأطراف الخاضعة له) والمجال الموضوعي (الأعمال والعيوب المشمولة به)، وهو ما سنعالجه في ضوء أحكام القانون المدني الجزائري خاصة المادة 554، وفي ظل قواعد

قانون الترقية العقارية 11-04.

¹ - المادة 554 من القانون المدني الجزائري، ص 91.

² - مجاهر سيد احمد الهادي، الضمانات القانونية في الصفقات العمومية (صفقات الأشغال العمومية نموذجاً)، مذكرة شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 19 مارس 1962 سيدي بلعباس، سنة 2021، ص 119.

أولاً: المجال الشخصي للضمان العشري

نشأ الضمان العشري في الأصل ضمن نطاق عقد المقولة، الأمر الذي قصر نطاق المسؤولية فيه على فئتين من الأشخاص ورد ذكرهما صراحة في المادة 554 من القانون المدني الجزائري، وهما المهندس المعماري والمقاول، باعتبارهما المسؤولين الرئيسيين عن هذا النوع من الضمان.

إلا أن نطاق تطبيق الضمان العشري قد توسّع في مجال الترقية العقارية بموجب نصوص قانونية خاصة، من أبرزها القانون رقم 11-04¹ المتعلق بالترقية العقارية، وكذا الأمر رقم 95-07² المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-04، حيث لم يعد هذا الضمان محصوراً في المقاول فحسب، بل أصبح يشمل فئات أخرى من المتدخلين في المشروع، مثل المرقّي العقاري وكل من يبرم عقداً مع رب العمل يساهم من خلاله في عملية الإنجاز.

شهد نطاق الأشخاص المستفيدين من أحكام الضمان العشري توسعاً ملحوظاً، بعدما كان هذا الحق محصوراً في بداياته في رب العمل الذي أبرم عقد الإنجاز، وخلفه العام أو الخاص ممن انتقلت إليهم الحقوق أو الالتزامات، فقد تدخل المشرع لتكريس حماية أشمل فأصبح من حق فئات أخرى الاستفادة من هذا الضمان، وفي مقدمتهم صاحب المشروع في حال تعدد المتدخلين وكذا الملاك المشتركين في البناء، أي مالكي الشقق أو الأجزاء المشتركة في البنايات العقارية، بالإضافة إلى الأشخاص الذين تؤول إليهم ملكية البناء سواءً بطريق البيع أو الهبة أو غيرها من طرق انتقال الملكية، ما دام الضمان لم ينقض خلال المدة القانونية المحددة له.

ويستند في ذلك إلى مبدأ انتقال الضمان مع الشيء المبيع أو المنتقل، باعتباره من توابع العقار إذ لا يشترط أن يكون المستفيد طرفاً مباشراً في العقد المنشئ للضمان، وهو ما يعزز من الطابع الحمائي لهذا النظام القانوني الذي يرمي إلى ضمان جودة البناء واستقرار المعاملات العقارية.

بالتالي، فإن نظام الضمان العشري يستدعي التمييز بين فئتين أساسيتين: فئة الأشخاص الملزمين بموجبه، وهم المتدخلون في عملية الإنجاز ممن تترتب عليهم المسؤولية كالمقاول والمهندس المعماري والمرقّي العقاري، وفئة الأشخاص المستفيدين منه، ممن لهم مصلحة في صيانة البناء والحفاظ على سلامته طيلة مدة الضمان، كما سيحدد لنا الأشخاص المستفيدين منها:

¹ القانون 11-04 المؤرخ في 17 فبراير 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج.ر.ج. ع 14 2011.

² الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995، يتعلق بالتأمينات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006، ج.ر.ج. ع 12، 2006.

1/ الأشخاص المسؤولين عن الضمان العشري:

سيتم تحديد الأشخاص ومدى تحقق مسؤوليتهم في ظل القانون المدني، وكذا بموجب قانون الترقية العقارية 11-04 السالف الذكر.

أ/ الأشخاص المسؤولين عن الضمان العشري في ظل القانون المدني:

لقد حصر المشرع الجزائري المسؤولين عن الضمان العشري في القانون المدني وفق نص المادة 554 ق.م.ج في كل من المهندس المعماري والمقاول.

أ-1/ المهندس المعماري:

يقصد بالمهندس المعماري، الذي يخضع لأحكام الضمان العشري في التشريع الجزائري، ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي المعتمد رسميًا من قبل الوزير المكلف بالسكن والعمران، والحائز على شهادة مهندس معماري معترف بها من طرف الدولة والمسجل في الجدول الوطني للمهندسين المعماريين، ويباشر هذا الأخير مهامه بموجب عقد يربطه برب العمل، يعهد إليه من خلاله بإعداد تصاميم مشاريع البناء، والإشراف على تنفيذها ومراقبة مدى مطابقتها للتصاميم والمقاييس التقنية.

يمارس المهندس المعماري مهامه بتكليف من المالك أو من ينوب عنه قانونًا، ولحساب هذا الأخير، ويعد في آن واحد فنانًا وتقنيًا، كما أن مهنته تصنف ضمن المهن الحرة ذات الطابع غير تجاري¹، ويؤكد المشرع هذا التوصيف من خلال المادة 14 من المرسوم التشريعي رقم 94-07 المؤرخ في 18 ماي 1994، التي تحمل المهندس المعماري مسؤولية الدفاع عن مصالح صاحب المشروع² وتعد هذه المهام من صميم الالتزامات التي يتولاها بموجب المادة 554 من القانون المدني الجزائري مما يرتب عليه الخضوع لنظام الضمان العشري متى تحققت شروطه القانونية.

أما المسؤولية المهندس المعماري طبقاً لأحكام الضمان العشري، فتتحدد حسب المهمة المسندة له من طرف رب العمل سواء دراسة الأرض، تصميم العمل والإشراف على تنفيذه³.

أ-2/ مقاول البناء:

يطلق على المقاول في إطار التشريع الجزائري، ووفقاً لأحكام المادة 08 من المرسوم التشريعي رقم 94-07 المشار إليه سابقاً، تسمية "صاحب المشروع المنتدب"، ويعرف

¹ عبد الرزاق حسن ياسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاولي البناء، ط 01، د.د.ن، مصر، 1987 ص414.

² المادة 07، المرسوم التشريعي رقم 94-07 المؤرخ في 18 ماي 1994، المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري، ج.ر.ج.ج، ع 32، المعدل والمتمم بالقانون رقم 04-06 المؤرخ في 14 أوت 2004، المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري، ج.ر.ج.ج، ع 51، 2004. صاحب المشروع: "كل شخص طبيعي أو معنوي يتحمل بنفسه تكلفة من إنجاز، أو يحول بناء ما يقع على قطعة أرضية يكون مالكا أو يكون حائزاً لحقوق البناء عليها".

³ بن عبو محمد، شرح القانون المدني الجزائري (عقد المقاولة والضمان العشري)، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2012، ص ص205-206.

المقاول بأنه شخص طبيعي أو معنوي يتعهد، بموجب عقد مقاوله، بإنجاز بناء أو إقامة منشآت ثابتة أخرى لفائدة صاحب المشروع، وذلك مقابل أجر متفق عليه، دون أن يكون خاضعاً لإشراف أو إدارة مباشرة من طرف هذا الأخير.

وتتمثل الوظيفة الأساسية للمقاول في تنفيذ أعمال البناء وفقاً للمواصفات التقنية والفنية المحددة في التصميم المعد من قبل المهندس المعماري المعتمد¹، وهو ما يعد جوهر التزامه التعاقدية في إطار عقد المقاوله، بحيث يناط به إنجاز الأشغال الموكلة إليه طبقاً لما تم الاتفاق عليه مسبقاً بين الأطراف.

هذا ويختلف دور المقاول اختلافاً كبيراً عن دور المهندس المعماري الذي يقوم بعمل فكري أو ذهني وهو تصميم البناء ووضع المشروع قيد تنفيذه، في حين أن المقاول يعتبر تاجراً يحترف عملاً ذا طابع مادي يتمثل في تنفيذ البناء وفقاً للتصميم الذي أعده المهندس المعماري وبكل استقلالية عن رب العمل².

غالباً ما يلجأ المقاول، خلال مرحلة تنفيذ المشروع، إلى الاستعانة بمقاول أو عدة مقاولين من الباطن، وذلك ما لم يتضمن عقد المقاوله شرطاً صريحاً يمنعه من ذلك، أو إذا كانت طبيعة الأشغال تقتضي بالضرورة الاعتماد على كفاءته الشخصية، كما أن إنجاز البناء يقتضي أيضاً الاستعانة باليد العاملة، التي تعد من الوسائل الأساسية التي يستخدمها المقاول في تنفيذ التزامه.

وفي هذا السياق، يسأل المقاول عن الأخطاء التي قد يرتكبها المستخدمون أو الأعوان العاملون تحت إشرافه، على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، وذلك طيلة فترة تنفيذ المشروع، أما بعد التسليم النهائي للبناء، فإن المقاول يظل مسؤولاً عن تلك الأخطاء في حال توافرت شروط الضمان العشري، باعتبارها مسؤولية ذات طابع خاص تهدف إلى حماية صاحب المشروع من العيوب الخطيرة التي قد تهدد متانة البناء أو صلاحيته للاستعمال.

وفيما يخص المقاولين من الباطن، ورغم مساهمتهم الفعلية في تنفيذ المشروع، فإن المشرع الجزائي قد استثناهم صراحة من الخضوع لأحكام الضمان العشري، وذلك حماية لرب العمل من تضارب المسؤوليات، وضماناً لحصر الجهة المسؤولة في المتدخلين الرئيسيين فقط، أي المهندس المعماري والمقاول الأصلي. ويتجلى هذا الاتجاه من خلال الفقرة الأخيرة من المادة 554 من ق.م.ج وكذا المادة³ 564 منه، اللتين تؤكدان أن الضمان العشري لا يشمل المقاول الفرعي، حتى ولو كان طرفاً مساهماً في الأشغال

¹ - المادة 08 المرسوم التشريعي رقم 94-07، المصدر السابق.

² - كهينة بطوش، النطاق القانوني لالتزام ضمان سلامة البناء ومتانته بعد التسليم، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2020-2021، ص 34.

³ - المادة 564 من ق.م.ج، المصدر السابق.

مما يجعل الضمان العشري في النهاية التزامًا خاصًا يقع على عاتق الأطراف الأصلية المرتبطة مباشرة بصاحب المشروع.

ب/ الأشخاص المسؤولون عن الضمان العشري في ظل قواعد قانون الترقية العقارية 04-11:

إذا كانت الأحكام التي جاء بها القانون المدني يسأل فيها المقاول والمهندس المعماري فقط، لكن خصوصية قانون الترقية العقارية 04-11 قد جعلته يوسع من دائرة الأشخاص المسؤولين عن الضمان العشري ليشمل المرقى والمتدخلين عن الآخرين الذين لهم صلة بالمرقى العقاري.

ب-1/ المرقى العقاري:

يعتبر تدخل المرقى العقاري في النشاط العقاري مهماً وأساسياً في عملية البناء، لقد قدم المشرع الجزائري تعريفاً للمرقى العقاري في المادة 03 مطة 14 من القانون رقم 11-04، كما عرفته المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 84-12.

فيما يتعلق بمجال مسؤولية المرقى العقاري في إطار الضمان العشري، يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يكن، في مرحلة سابقة، يخضع هذا الأخير لأحكام الضمان العشري المنصوص عليها في المادة 554 من القانون المدني، وهو ما أدى إلى إعفائه فعلياً من المسؤولية عن العيوب أو الأضرار الجسيمة التي قد تلحق بالعقارات المنجزة من قبله الأمر الذي شكل فراغاً تشريعياً ومس بمبدأ حماية المستفيدين من تلك العقارات.

وأمام هذا الفراغ، تدخل المشرع بموجب القانون رقم 04-11 المتعلق بالترقية العقارية، قصد رفع الغموض وتأكيد خضوع المرقى العقاري لأحكام الضمان العشري بحيث أصبح ملزماً بتحمل هذه المسؤولية شأنه في ذلك شأن باقي المتدخلين في عملية البناء، ويتجلى هذا التوجه في المادة³ 26 الفقرة 3 من القانون المذكور سابقاً، رغم ما يشوبها من غموض بخصوص مدى وضوح الإلزام، إلا أن القراءة المتكاملة للنصوص ذات الصلة، وبخاصة المادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 85-12 تؤكد تحميل المرقى العقاري مسؤولية التضامن مع باقي المتدخلين في المشروع، متى توافرت شروط قيام الضمان العشري، مما يعزز موقعه كفاعل أساسي في المنظومة العقارية تتحقق في مواجهته ذات الالتزامات المقررة على المهندس المعماري والمقاول.

¹ - المادة 03 مطة 14، من القانون 04-11 المؤرخ في 17 فبراير 2011، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج.ج.ج. ع 14، 2011.

² - المادة 02، المرسوم التنفيذي رقم 84-12 مؤرخ في 27 ربيع الأول عام 1433 الموافق 20 فبراير 2012، يحدد كيفيات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقى العقاري وكذا كيفيات مسك الجدول الوطني للمرقين العقاريين، ج.ج.ج. ع 11، 2012.

³ - المادة 03/26 من القانون رقم 04-11، المصدر السابق.

⁴ - المرسوم التنفيذي رقم 85-12، المؤرخ في 20 فبراير 2012، المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقى العقاري، ج.ج.ج. ع 11، 2012.

ب-2/ المتدخلين في المشروع العقاري:

لتوسيع دائرة الأشخاص المعنيين بالضمان العشري، اخضع المشرع الجزائري إلى جانب المهندس المعماري والمقاول أشخاصاً آخرين، وذلك بموجب النصوص القانونية وهم المراقب التقني والمرقي العقاري وشركاؤه، المقاولين الفرعيين والمتدخلين الآخرين يربطهم بصاحب مشروع العقد، وأي متدخل آخر.

ب-2-1/ المراقب التقني:

يتولى المشرع الجزائري تعريف المراقب التقني، إنما حاول تنظيم مهنة المراقبة التقنية في المرسوم رقم 86-205 بموجب المادة 03 الفقرة 01 الفقرة 07 منه¹. نظراً للدور المحوري الذي يضطلع به المرقي العقاري في عملية البناء، فقد أصبح من الملزمين قانوناً بالخضوع لأحكام الضمان العشري، ويتأكد هذا الالتزام من خلال وجوب اكتتاب عقد تأمين خاص بالمسؤولية العشرية من قبل المراقب التقني، وهو ما نصت عليه صراحة المادة² 178 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-04، مما يدل على أن المسؤولية العشرية تشمل كافة المتدخلين الأساسيين في إنجاز المشروع، بما في ذلك المرقي العقاري باعتباره أحد الأطراف الفاعلة في العملية البنائية.

وما نستخلصه من نص المادة أن المراقب التقني يخضع لقواعد المسؤولية العشرية شأنه شأن المهندس المعماري والمقاول وغيرهما من الأشخاص الملزمين بأحكام الضمان العشري

ب-2-2/ مكاتب الدراسات:

ألزم المشرع الجزائري، بموجب المادة 46 من القانون رقم 11-04 المتعلق بالترقية العقارية، فئة من المتدخلين في إنجاز المشاريع العقارية بتحمل مسؤولية ضمان سلامة ومثانة البناء بعد تسليمه وتتمثل هذه الفئة في مكاتب الدراسات، وتضم هذه الأخيرة مجموعة من المتخصصين في مجالات الهندسة، بحيث يسند إلى كل منهم تقديم خبرته الفنية والعلمية³ ضمن نطاق اختصاصه، ويأتي في مقدمتهم المهندس المعماري، إلى جانب المهندس المدني أو الإنشائي، وكذلك المهندس الاستشاري.

ويعد المهندس المدني من بين أبرز المتدخلين في هذه المكاتب، نظراً لما يلقي على عاتقه من مهام جوهرية، تتصل بشكل مباشر برسم المخططات الإنشائية، وضمان توافقها مع متطلبات التنفيذ الميداني، الأمر الذي يجعل تأثيره في إنجاز المشروع لا يقل أهمية

¹ - المادة 03 الفقرتين 03، 07 من المرسوم 86-205، المؤرخ في 19/08/1986، المتضمن تغيير هيئة المراقبة التقنية للبناء، ج.ر.ج. ج، ع 10، 1986.

² - المادة 178 من الأمر رقم 95-07، المصدر السابق.

³ - مسعود مروش، نطاق تطبيق أحكام الضمان العشري في ظل القانون الجزائري والفرنسي دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر 01، 2014، ص74.

عن تأثير المهندس المعماري، بل وقد تتجاوز مساهمته من حيث الطابع الفني والإنشائي خاصة فيما يتعلق بضمان متانة الهيكل العام للبناء وسلامته التقنية، مما يبرر خضوعه هو الآخر لأحكام الضمان العشري ضمن الفريق التقني المتكامل المسؤول عن إنجاز المشروع.

والمهندس الاستشاري قد عرفه المشرع الجزائري من خلال المادة 03 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 ماي 1988 المعدل بالقرار الوزاري المشترك المؤرخ في 04 جويلية 2001، المتضمن كيفية ممارسة الاستشارة الفنية في ميدان البناء¹.

ب-2-3/ المقاول الفرعي:

يرتبط المقاول الفرعي بعقد مع صاحب المشروع أو مع أحد المتدخلين الرئيسيين في عملية الإنجاز، وقد توسع المشرع الجزائري في تحديد الأشخاص المشمولين بأحكام الضمان العشري ليشمل فئات جديدة إلى جانب المقاول الأصلي ومكاتب الدراسات ويتجلى هذا التوجه من خلال المادة 46 من القانون رقم 04-11² المتعلق بالترقية العقارية، التي حملت المتدخلين الآخرين الذين تربطهم علاقة تعاقدية مباشرة مع صاحب المشروع، نفس الالتزامات المترتبة عن الضمان العشري شأنهم في ذلك شأن المقاولين ومكاتب الدراسات.

ويعزز هذا الاتجاه أيضاً بالمادة 30 من الملحق المرفق بالمرسوم التنفيذي رقم 12-85، التي نصت صراحة على خضوع فئات إضافية لهذا النظام، من بينها المقاولون الفرعيون وكل متدخل آخر في المشروع، إلى جانب المرقى العقاري، شركائه، مكاتب الدراسات والمقاولين الأصليين، ويعد هذا الامتداد التشريعي تأكيداً على توجه المشرع نحو توسيع نطاق المسؤولية العشرية⁴، بما يضمن شمول كافة المتدخلين الفعليين في إنجاز المشروع، وذلك بهدف تعزيز حماية صاحب المشروع وضمان جودة ومتانة البناء. وما نستنتجه أن المشرع الجزائري بموجب القانون 04-11 والمرسوم التنفيذي 12-85 قد وسع من المجال الشخصي للضمان العشري إذ يتحمل المسؤولية العشرية بالتضامن كل من المرقى ومكاتب الدراسات والمقاولين الثانويين وأي متدخل آخر يربطه عقد بصاحب المشروع.

ثانياً: الأشخاص المستفيدون من الضمان العشري:

إن التعديل الذي أدخله المشرع الجزائري على قائمة الأشخاص الخاضعين لأحكام الضمان العشري بموجب القانون رقم 04-11 المتعلق بالترقية العقارية، لم يقتصر أثره

¹ - القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 مايو 1988، يتضمن كفاءات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، ج.ر.ج.ج، ع 43، 1988.

² - المادة 46 من القانون رقم 04-11، المصدر السابق.

³ - المادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 12-85، المصدر السابق.

⁴ - عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية: الطبيب، المهندس المعماري والمقاول، المحامي الشركة العالمية للكتاب، بيروت، لبنان، ط 01، 1987، ص 240.

على نطاق الملزمين بهذا الضمان، بل امتد كذلك ليشمل فئة المستفيدين منه. وبناءً على ذلك، سيتم التطرق في هذا السياق إلى تحديد الأشخاص المستفيدين من الضمان العشري في ضوء أحكام القانون المدني من جهة، وفي إطار ما ورد في قانون الترقية العقارية رقم 04-11 من جهة أخرى.

01/ الأشخاص المستفيدين من الضمان العشري وفقاً للقانون المدني:

يعد الالتزام بالضمان العشري من الالتزامات الجوهرية التي يتحملها كل من المهندس المعماري والمقاول في مجال البناء، وفقاً لما نصّت عليه المادة 554 من ق.م.ج، وقد قرره المشرع كآلية حامية تهدف إلى صون حقوق المستفيد من البناء ضد العيوب الجسيمة التي قد تهدد سلامته أو صلاحيته للاستعمال.

وقد قصر المشرع الجزائي الاستفادة من هذا الضمان على فئة محددة، في مقدمتها رب العمل باعتباره الطرف المتعاقد والمستفيد الأصلي من المشروع، إضافة إلى خلفه العام أو الخاص، وذلك في حال انتقال ملكية البناء إليهم، حيث تنتقل معهم تبعاً لذلك الحقوق المرتبطة بالضمان العشري، طالما لم تنقض مدته القانونية.

1-1/ صاحب المشروع:

إن صاحب المشروع حسب المادة 07 من المرسوم التشريعي رقم¹ 94-07، فصاحب المشروع الذي يكون شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً خاصاً أو عاماً يعد المستفيد الأساسي من أحكام الضمان العشري، إذا تحققت شروط قيام هذا الضمان، وفي هذا الصدد له أن يرجع بدعوى الضمان العشري على الأشخاص المعنيين به متضامنين.

2-1/ خلف صاحب المشروع:

يعد صاحب المشروع المستفيد الأصلي من نظام الضمان العشري، باعتباره الطرف الذي أبرم عقد المداولة مع المهندس المعماري أو المقاول، ويهدف هذا الضمان إلى حمايته من العيوب الجسيمة التي قد تهدد متانة البناء أو تجعله غير صالح للاستعمال خلال فترة عشر سنوات من التسليم، غير أن المشرع لم يحصر الاستفادة من هذا الضمان في شخص صاحب المشروع وحده، بل وسّع نطاقه ليشمل من يخلفه في الحق، سواء كان خلفاً عاماً أو خلفاً خاصاً.

فالخلف العام، كالورثة مثلاً، يحل محل صاحب المشروع في جميع حقوقه والتزاماته وبالتالي ينتقل إليه حق الاستفادة من الضمان العشري دون الحاجة إلى نص خاص باعتبار أن الخلف العام يواصل الشخصية القانونية لصاحب المشروع، أما الخلف الخاص، كالمشتري الذي تنتقل إليه ملكية البناء بموجب عقد بيع أو هبة أو أي تصرف ناقل للملكية، فإنه هو الآخر يستفيد من ذات الحماية القانونية، شريطة أن يكون انتقال الملكية قد تم خلال مدة سريان الضمان.

¹ - المادة 07 من المرسوم التشريعي رقم 94-07، المصدر السابق.

ويعكس هذا الامتداد في نطاق الأشخاص المستفيدين من الضمان العشري توجه المشرع نحو ترسيخ الحماية القانونية لمصلحة كل من له صلة مباشرة أو غير مباشرة بالمنشأة، بما يعزز الثقة في القطاع العقاري ويضمن استقرار المعاملات المتعلقة به.

أ/ الخلف العام لصاحب المشروع:

يقصد بالخلف العام لصاحب المشروع الأشخاص الذين يخلفونه في مجموع تركته وعلى رأسهم الورثة، حيث تنتقل إليهم جميع الحقوق والالتزامات التي كان يملكها المورث، بما في ذلك الحقوق المرتبطة بالبناء محل الضمان العشري. ويُعتبر الخلف العام مستفيداً من الضمان العشري بنفس الشروط التي كان يستفيد منها صاحب المشروع الأصلي، وذلك تطبيقاً للمبدأ العام المنصوص عليه في المادة¹ 108 من ق.م.ج، التي تقر بأن الحقوق والالتزامات تنتقل إلى الورثة ما لم يوجد نص مخالف أو مانع قانوني.

وفي هذا السياق، إذا لحق بالبناء ضرر جسيم خلال مدة الضمان العشري، وكان من شأنه أن يهدد متانته أو يجعله غير صالح للاستعمال، فإن حق الرجوع بدعوى الضمان المقررة لصاحب المشروع ضد الأطراف المتدخلة في عملية البناء (كالمقاول والمهندس المعماري) ينتقل إلى خلفه العام، طالما أن ملكية البناء قد آلت إليهم بسبب الوفاة.

كما أن هذا الامتداد لا يقتصر على الحق في المطالبة بالضمان فقط، بل يشمل أيضاً الاستفادة من التأمين الإجباري من المسؤولية العشرية، المنصوص عليه في المادة² 178 من الأمر³ 07-95 المتعلق بالتأمينات، الذي يهدف إلى تغطية الأضرار التي قد تلحق بالبناء نتيجة الأخطاء أو العيوب التي تظهر خلال فترة الضمان.

ويُعد هذا التنظيم القانوني تجسيداً لإرادة المشرع في توفير حماية متواصلة ومستمرة لصاحب المشروع وخلفائه، ويؤكد أن الضمان العشري حق عيني يتبع العقار نفسه، لا يرتبط بالشخص بقدر ما يرتبط بالوظيفة الوقائية التي يؤديها لصالح من يحوز البناء سواء كان المالك الأصلي أو خلفه العام.

ب/ الخلف الخاص لصاحب المشروع:

يُقصد بالخلف الخاص لصاحب المشروع كل شخص تنتقل إليه ملكية البناء أو جزء منه بموجب تصرف قانوني بين الأحياء، كالمشتري أو الموهوب له أو المتنازل له عن العقار، ويخلف هذا الأخير صاحب المشروع في بعض عناصر ذمته المالية فقط، دون أن يمتد ذلك إلى مجموع الحقوق والالتزامات كما هو الحال بالنسبة للخلف العام.

وبالرجوع إلى المادة⁴ 109 من ق.م.ج³، يتبين أن المشرع أقر صراحةً بحق الخلف الخاص في الرجوع على الأطراف المتدخلة في عملية البناء (كالمركبي العقاري، المقاول

¹ - المادة 108 من ق.م.ج، المصدر السابق.

² - المادة 178 من الأمر رقم 07-95، المصدر السابق.

³ - المادة 109 من ق.م.ج، المصدر السابق.

المهندس المعماري) بدعوى الضمان العشري، شريطة أن يكون انتقال الملكية قد تم خلال مدة سريان هذا الضمان، أي خلال عشر سنوات من تاريخ التسليم النهائي للبناء. ولا يقتصر حق الخلف الخاص على مجرد المطالبة القضائية، بل يمتد كذلك إلى الاستفادة من التغطية التأمينية المقررة بموجب التأمين الإجباري من المسؤولية العشرية والتي تهدف إلى تعويض الأضرار التي تمسّ متانة البناء أو صلاحيته للاستعمال، متى ثبت أن هذه الأضرار تعود إلى خطأ جسيم في التصميم أو التنفيذ أو التربة. ويعكس هذا التنظيم رغبة المشرّع في توفير حماية فعّالة ومستدامة لمصلحة من آلت إليهم ملكية البناء، ولو لم يكونوا أطرافاً مباشرة في العقد الأصلي، مما يعزز الأمن القانوني في مجال المعاملات العقارية ويشجع على تداول الأملاك المبنية دون خشية من تهديدات العيوب الخفية أو الأضرار الخطيرة التي قد تظهر بعد التسليم.

02/ الأشخاص المستفيدين من الضمان العشري في ظل قانون الترقية العقارية رقم 04-11:

لم يعد نطاق الأشخاص المستفيدين من نظام الضمان العشري، في ظل التطور التشريعي الذي عرفه القانون الجزائي، مقتصرًا على صاحب المشروع باعتباره المستفيد الأصلي من هذا النظام، أو على خلفه العام أو الخاص، وإنما اتسع ليشمل فئات أخرى ممن تربطهم علاقة قانونية أو مصلحة بالمبنى، وذلك على ضوء ما جاء به القانون رقم 04-11 المتعلق بالترقية العقارية.

فقد أضيف هذا القانون طابعًا حمائيًا موسعًا على الضمان العشري، بما ينسجم مع واقع العلاقات التعاقدية الحديثة في مجال البناء والعقار، حيث لم يعد المستفيد الوحيد هو الطرف الذي أنشأ المشروع أو خلفاؤه، بل أصبح يشمل كذلك مقتني العقار (الذي لم يكن طرفًا في عقد المقولة الأصلي) والملاك المشتركين في الأبنية الجماعية، لما لهم من مصلحة مباشرة في سلامة المبنى واستقراره الفني.

وعليه، فإن الأشخاص المستفيدين من هذا الضمان، بحسب أحكام القانون المدني وقانون الترقية العقارية، هم على التوالي: صاحب المشروع الذي يبرم عقد المقولة أو الإنجاز، والمكاتب الذي يكتسب العقار عن طريق الاكتتاب في مشاريع السكن الترقوي والخلف العام والخاص لصاحب المشروع، والملاك المشتركين الذين تؤول إليهم أجزاء من البناء في إطار الملكية المشتركة.

وتُظهر هذه التوسعة التشريعية حرص المشرع على تكريس حماية فعّالة لمختلف المتدخلين في المجال العقاري، من خلال ضمان استمرارية الحق في المطالبة بالضمان العشري، بغض النظر عن صفة المستفيد، طالما ثبتت له مصلحة في سلامة البناء، ما يعزز الثقة في المعاملات العقارية ويرسخ استقرار الحقوق المرتبطة بها.

2-1/ صاحب المشروع (المركبي العقاري):

يعد المركبي العقاري في علاقته مع المكنتبين مسؤولاً مدنيًا عن العيوب أو الأضرار التي قد تظهر في البناء بعد تسليمه، وهو ما يفرض عليه قانونًا اتخاذ جميع الاحتياطات القانونية لضمان جودة الأشغال، بما في ذلك المطالبة من المتعاملين معه – كالمقاولين والمهندسين المعماريين – بتقديم الضمانات القانونية اللازمة، وفي مقدمتها التأمين من المسؤولية العشرية.

وقد يوحي هذا الوضع القانوني بأن للمركبي العقاري الحق في الاستفادة من الضمانات العشرية المقدّمة من المتدخلين في عملية البناء، باعتباره هو الذي يبرم معهم العقود ويشرف على تنفيذ المشروع. غير أنّ الفقرة الثالثة من المادة 49 من القانون رقم 11-04، جاءت صريحة في حصر حق الاستفادة من الضمانات المرتبطة بالعقار المنجز في "المالكين المتوالين"، أي من تولّوا إلهم ملكية العقار بعد إنجازهم سواء عن طريق الاكتتاب أو التصرفات القانونية اللاحقة، وهو ما يُقصي المركبي العقاري من نطاق المستفيدين من الضمان العشري.

ويُفهم من هذا التوجه التشريعي أن المشرّع قد ميّز بين من يتحمّل المسؤولية (أي المركبي العقاري) ومن يستفيد من الحماية القانونية (أي المالك النهائي للعقار أو من يخلفه)، وذلك في إطار حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وهو المكنتب أو المالك النهائي، الذي غالبًا لا تكون له القدرة الفنية أو القانونية على اكتشاف العيوب قبل تسليم البناء. وبالتالي، فإن دور المركبي العقاري ينحصر في ضمان تنفيذ المشروع طبقًا للمواصفات القانونية والفنية، دون أن يخول له ذلك حق الرجوع بالضمان العشري لفائدته الخاصة، ما لم يكن هو في الوقت ذاته مالكًا نهائيًا للعقار.

2-2/ مقتني العقار (المكنتب) وخلقه:

يعد مقتني العقار من الأشخاص الذين يستفيدون من أحكام الضمان العشري، باعتباره خلفًا خاصًا للبائع، حيث ينتقل إليه الحق في الضمانات القانونية المرتبطة بالبناء، سواء تلك الناشئة عن عقد المقولة المبرم بين صاحب المشروع والمتدخلين في الإنجاز، أو عن عقد البيع في إطار نشاط الترقية العقارية، سواء أبرم البيع قبل الإنجاز أو بعده. ويجد هذا الحق سنده في المادة 02/178 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، والتي أقرت صراحةً بامتداد التغطية التأمينية المرتبطة بالمسؤولية العشرية إلى المالك الجديد للعقار.

ويقوم الأساس القانوني لاستفادة المشتري من هذا الضمان على فكرة "الدعوى المباشرة"، التي تتيح له، رغم عدم كونه طرفًا مباشرًا في عقد المقولة، أن يُباشر دعوى الضمان ضد المقاول أو المهندس أو أي متدخل ساهم في إنشاء البناء، طالما أن العيب أو

1- المادة 03/49 من القانون رقم 11-04، المصدر السابق.

2- المادة 02/178 من الأمر رقم 95-07، المصدر السابق.

الضرر ظهر خلال مدة الضمان العشري المقدرة بعشر سنوات من تاريخ الاستلام النهائي للأشغال.

وتفسر هذه القاعدة بانصهار الضمان العشري في البناء ذاته، حيث يُعتبر من الملحقات القانونية للعقار¹، وينتقل بالتالي إلى المشتري مع انتقال الملكية، دون حاجة لنص خاص في عقد البيع. وهذا ما يؤكد الطبيعة العينية للضمان العشري²، الذي لا يترتب لحماية شخص بعينه، وإنما لحماية من له مصلحة قانونية ومادية في البناء، ما يعزز استقرار المعاملات العقارية ويضمن الطمأنينة للملاك المتعاقبين.

2-3/ المالكون المشتركون للبناء:

يفترض في نظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية أن لكل مالك جزءًا مفرزًا يخصه بشكل فردي، بالإضافة إلى حصة شائعة في الأجزاء والمرافق المشتركة للبناء، كالسلالم والمصاعد والأسطح وغيرها. وبالرغم من أن هؤلاء المالكين لا تربطهم علاقة تعاقدية مباشرة مع المهندس المعماري أو المقاول، إلا أن ذلك لا يحول دون استفادتهم من نظام الضمان العشري، متى توفرت الشروط القانونية لذلك.

ومن خلال تحليل النصوص القانونية ذات الصلة، يتضح أن دعوى الضمان العشري تُثبت لكل مالك فيما يتعلق بالأضرار التي تصيب الجزء المفرز من ملكيته، دون أن يكون من الضروري أن تكون هذه الملكية فردية أو جماعية، بل يكفي تحقق شرط الملكية القانونية للبناء أو لجزء منه. أما إذا تعلق الضرر بالأجزاء المشتركة من العقار، فإن الحق في رفع دعوى الضمان العشري يعود إلى "ممثل اتحاد الملاك المشتركين"، الذي يتم تعيينه من قبل الجمعية العامة للشركاء، وذلك وفقًا لما تقرره الفقرة الثانية من المادة 62 فقرة 2 من القانون رقم 04-11³ المتعلق بالترقية العقارية.

غير أنه في الحالات التي لا تشكل فيها جمعية الشركاء، أو في حال تقاعس ممثليها عن مباشرة إجراءات الدعوى، فإن المشرع لم يترك الملاك المشتركين دون حماية، بل أجاز لهم، سواء بصورة فردية أو جماعية، الحق في رفع دعوى الضمان العشري باسمهم الخاص، متى توافرت لهم الصفة والمصلحة في ذلك، خصوصًا إذا ترتب عن الضرر مساس بحقوقهم أو بمنافعهم في الأجزاء المشتركة.

ويظهر هذا التنظيم القانوني مرونة في تكيف المصلحة في الدعوى، ويؤكد الطابع الحمائي لنظام الضمان العشري الذي يهدف إلى صون حقوق جميع المالكين، مهما كانت طبيعة ملكيتهم أو علاقتهم التعاقدية مع أطراف البناء، طالما أن الضرر مسّ بسلامة المبنى أو بصلاحيته للاستعمال

¹ - محجوب بن عامر، المسؤولية العشرية للمتدخلين في نشاط الترقية بخصوص العناصر التجهيزية، رسالة ماجستير كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 01، 2013-2014، ص 67.

² - عائشة الطيب، الحماية القانونية لمالك البناء في عقد بيع التصاميم، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب البليدة، 2012-2013، ص 211.

³ - المادة 62 فقرة 02 من القانون رقم 04-11، المصدر السابق.

ثالثاً: المجال الموضوعي للضمان العشري

إن الشروط التقنية والفنية وحتى الجمالية المطلوبة في تشييد المباني، سواء كانت سكنية أو تجارية أو غيرها، وكذا تحديد مختلف الفاعلين والمساهمين في هذه العملية، فقد حاول المشرع ضمان سلامة ومتانة هذه المباني من أي تدهم أو عيوب، وهو سنتطرق له أولاً في تحديد الأعمال التي تكون محلاً للضمان، والمتمثلة في المباني والمنشآت الثابتة وكذلك تحديد نطاق كلا منهما، ثم سنتناول الأضرار الموجبة لتفعيل أحكام الضمان.

1/ الأعمال التي تكون محلاً لأحكام الضمان العشري:

من خلال المادة 554 من ق.م.ج، نجد أن المشرع الجزائري قد حدد وحصر الأعمال التي تكون محلاً للضمان العشري في المباني والمنشآت الثابتة.

أ/ المباني:

يشمل نطاق تطبيق الضمان العشري فئة واسعة من المباني، إذ لا يقتصر على نوع معين من الاستعمال، بل يمتد ليغطي مختلف البنايات بغض النظر عن الغرض الذي شُيِّد من أجله، طالما كانت خاضعة لشروط ومجال تطبيق هذا النظام. وتشمل هذه البنايات على وجه الخصوص المباني المعدة للاستعمال السكني، مثل المنازل الفردية والعمارات السكنية، والفلل، والتي تُعدّ من أكثر المنشآت شيوعاً من حيث الخضوع للضمان العشري، نظراً لطبيعة استعمالها وتعدد المتدخلين في إنجازها.

كما يشمل الضمان البنايات ذات الطابع التجاري، كالمحلات التجارية والمخازن والمرائب (المرائب)، التي رغم اختلاف وظيفتها، فإنها تخضع لنفس القواعد متى توافرت فيها شروط البناء الثابت المخصص للاستعمال طويل الأمد، ولا يقتصر الأمر على ذلك بل يمتد كذلك إلى المنشآت ذات الطابع الصناعي، مثل المصانع والمعامل، حيث يكون الضمان ضرورياً لحماية المستثمرين من المخاطر الناتجة عن العيوب الجسيمة في البناء التي قد تؤثر على النشاط الإنتاجي.

وإلى جانب ما سبق، ينسحب نطاق الضمان العشري أيضاً على المباني المخصصة لاستقبال الجمهور، كالمستشفيات، والمدارس، والجامعات، والمساجد، وقاعات العروض وغيرها من المنشآت التي يكون سلامة بنيانها ذات أهمية بالغة بالنظر إلى الطابع العمومي لاستعمالها، وما قد ينجم عن انهيارها أو ظهور عيوب فيها من تهديد لحياة عدد كبير من الأفراد¹.

ويستفاد من هذا التنوع في المباني الخاضعة للضمان، أن المشرع قد تبني مقاربة شاملة تضع السلامة الإنشائية فوق كل اعتبار، بغض النظر عن طبيعة الاستعمال أو الجهة

¹ - شعبان عياشي، النطاق الموضوعي للضمان العشري لمهندس ومقاولي البناء، مجلة العلوم الإنسانية، ع 50، مج أ جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2018، ص 9.

المالكة، مما يعكس الطابع الحمائي لنظام الضمان العشري الذي يهدف إلى تحقيق الاستقرار العمراني وضمان الثقة في قطاع البناء والتشييد.

ب/ المنشآت الثابتة:

لم يقتصر المشرع الجزائري في نطاق تطبيق الضمان العشري على المباني التقليدية فحسب، بل توسّع ليشمل فئة أوسع من المنشآت الثابتة، التي تُعد جزءاً لا يتجزأ من الهيكل الإنشائي أو من تجهيزات البناء. وقد كرس هذا التوسّع بوضوح في المادة 181 من الأمر رقم 07-95¹ المتعلق بالتأمينات، التي أدرجت ضمن نطاق الضمان العشري بعض المنشآت التي كان يُستبعد خضوعها في السابق، وفق ما استقر عليه القضاء.

وتضم المنشآت الثابتة، وفق هذا المفهوم الموسّع، الأشغال الهندسية الكبرى التي لا تُعد في الأصل مباني سكنية أو تجارية، مثل الآبار، الجسور، والسدود، وهي منشآت ذات طابع خاص تتطلب إنجازاً تقنياً عالياً وتُستخدم في إطار البنية التحتية أو الموارد الطبيعية. كما شمل الضمان العشري تجهيزات معقدة تُركب ضمن البناء وتُعتبر جزءاً من كيانه الإنشائي، مثل أجهزة التكيف المركزية، أو المرافق الفنية الحيوية كأنظمة التهوية والتمديدات الصحية، والكهربائية، وغيرها من العناصر التي يؤثر تلفها أو خللها في صلاحيته للاستعمال.

إضافة إلى ذلك، أدرج المشرع أيضاً المنشآت المخصصة للاستخدامات الرياضية أو الترفيهية ضمن فئة المنشآت الثابتة الخاضعة للضمان، مثل ملاعب التنس وساحات التزلج، لما تتطلبه من مواصفات فنية وهندسية خاصة تجعلها عرضة للمخاطر الإنشائية الجسيمة، إذا لم تُنفذ وفق المعايير التقنية المطلوبة.

كما لا يستثنى من نطاق الضمان العشري عناصر التجهيزات الخارجية المرتبطة بالبناء، مثل الطرق الداخلية، مجاري تصريف المياه، شبكات الصرف الصحي، وأنابيب الغاز، باعتبارها من المكونات الضرورية التي تكمل البنية التحتية للعقار وتؤثر بشكل مباشر على صلاحيته للاستعمال².

ومن خلال هذا التوسّع، يتضح أن المشرع قد تبنّى منظوراً وظيفياً في تحديد نطاق الضمان يركز على أهمية العنصر محل الضمان في الاستخدام العام للبناء أو المنشأة بصرف النظر عن طبيعته التقليدية كمبنى. ويُجسّد ذلك رغبة واضحة في تعزيز الحماية القانونية لمستعملي هذه المنشآت، والحرص على ضمان السلامة الفنية للمشاريع الهندسية بمختلف أنواعها.

¹ - المادة 181 من الأمر رقم 07-95، المصدر السابق.

² - محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية وأنواع مسؤولية جرائم البناء، تعيب المباني، التصدع، الانهيار الحوادث أثناء وبعد التنفيذ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2003، ص119.

2/ الأضرار الموجبة لأحكام الضمان العشري:

يقصد بالضرر في إطار تطبيق أحكام الضمان العشري ذلك الخلل الذي يصيب المباني أو المنشآت الثابتة، سواء كان ناتجاً عن تدهم كلي أو جزئي، أو عن ظهور عيوب جسيمة تؤثر بشكل مباشر على متانة البناء أو صلاحيته للاستعمال، ولا يُعتمد في هذا المجال بأي ضرر طفيف أو عادي، بل يشترط أن يكون الضرر من الخطورة بما يبرر تدخل الضمان العشري لحماية مالك البناء أو من يخلفه قانوناً.

ويشمل هذا النوع من الأضرار الحالات التي تؤدي إلى انهيار كلي أو إلى تزعزع في الهيكل الإنشائي للبناء، كالتشققات العميقة، أو الانحناءات الخطيرة في الأعمدة أو الأسقف، أو الهبوط في الأساسات، وهي كلها مظاهر قد تجعل المبنى غير آمن أو غير صالح للاستعمال المألوف له. كما يمكن أن تشمل الأضرار الموجبة للضمان العشري العيوب الخفية التي لا تظهر إلا بعد الاستعمال، لكنها تنطوي على مخاطر جسيمة تهدد سلامة البناء على المدى المتوسط أو الطويل.

وتكمن أهمية هذا التحديد في تمييز الضرر الذي يندرج في نطاق الضمان العشري عن غيره من الأضرار التي قد تُعالج بطرق قانونية أخرى، كدعوى المسؤولية التقصيرية أو الضمان في مواجهة العيوب الخفية في الأشياء المبيعة، فالضمان العشري له طابع خاص يقوم على حماية مصلحة عامة تتعلق بأمن وسلامة الأبنية والمنشآت، ويُلقى عبئاً قانونياً على عاتق المهندس المعماري والمقاول وكل من ساهم في إنجاز المشروع، لمدة عشر سنوات من تاريخ التسليم النهائي، وفقاً لما نص عليه القانون المدني الجزائري.

أ/ تدهم المباني والمنشآت الثابتة:

حتى نطبق أحكام الضمان العشري على تدهم على المباني والمنشآت الثابتة، يجب تحقق صورتين له كونه تدهم كلي أو جزئي.

أ-1/ التدهم الكلي:

يُقصد بالتدهم الكلي في نطاق تطبيق أحكام الضمان العشري، انهيار المباني أو المنشآت الثابتة بشكل كامل، سواء كان هذا الانهيار فعلياً من خلال سقوط جميع عناصر البناء، أو كان من حيث الأثر، بحيث تُصبح البنية غير قابلة للاستعمال أو غير صالحة للغرض الذي أنشئت من أجله. ويُعدّ هذا النوع من الأضرار من أكثر الحالات خطورة التي تستوجب تطبيق الضمان العشري، لما يشكله من تهديد مباشر لسلامة الأشخاص والممتلكات، فضلاً عن الخسائر الاقتصادية الناجمة عنه.

وقد لا يقتصر التدهم الكلي على انهيار هيكل ظاهري، بل يشمل أيضاً الحالات التي تؤدي فيها العيوب الإنشائية الجسيمة إلى فقدان كلي أو شبه كلي لوظيفة البناء، كأن تصبح العمارة السكنية غير صالحة للسكن بسبب تصدعات واسعة أو انحرافات خطيرة في

الأساسات أو الجدران الحاملة، أو كأن يُصبح المصنع غير قابل للاستغلال الصناعي بسبب انهيار الأجزاء الحاملة للمعدات.

ويدخل هذا المفهوم في صلب فلسفة الضمان العشري التي تستهدف حماية السلامة العامة، من خلال تحميل المسؤولية للمهندس المعماري والمقاول وكل من ساهم في إنجاز البناء، متى تبين أن التهدم ناتج عن عيب في التصميم أو التنفيذ أو في التربة، دون حاجة لإثبات الخطأ، وذلك طيلة مدة عشر سنوات من تاريخ التسليم النهائي للأشغال، وفقاً لما تقررته أحكام القانون المدني الجزائري.

أ-2/ التهدم الجزئي:

يُقصد بالتهدم الجزئي في إطار الضمان العشري، كل انهيار أو تلف يصيب جزءاً معيناً من البناء أو المنشآت الثابتة، دون أن يبلغ درجة الانهيار الكلي. ويتجلى ذلك من خلال سقوط أو تصدع أحد العناصر الأساسية في البنية الإنشائية، كأن ينهار سقف، أو جدار حامل، أو أن تنفصل شرفة عن هيكل المبنى، أو أن تتعرض الأرضية لتشقق شديد يؤدي إلى انفصال أجزائها¹، أو أن ينهار جسر جزئياً أو تظهر فيه تصدعات تمس بسلامته الإنشائية.

ورغم أن الضرر في هذه الحالات لا يُفضي إلى انهيار كلي، إلا أنه يُعدّ بالغ الخطورة من الناحية التقنية والوظيفية، لما له من تأثير مباشر على استقرار المبنى وسلامته واستمرارية استعماله، كما قد يُشكل خطراً فعلياً على الأرواح والممتلكات في حال عدم معالجته بشكل فوري. ويُعامل التهدم الجزئي من حيث الأثر القانوني معاملة التهدم الكلي طالما أن العيب أو الخلل الإنشائي أدى إلى زعزعة في البنية التحتية للمبنى أو مسّ بمتانه أو بصلاحيته للاستعمال.

ويترتب عن ذلك خضوع هذه الحالات لأحكام الضمان العشري المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري، حيث يُلزم كل من المقاول والمهندس المعماري ومن ساهم في إنجاز البناء بتحمل المسؤولية عن الأضرار الناتجة، دون حاجة لإثبات الخطأ، شريطة أن تكون هذه الأضرار قد ظهرت خلال عشر سنوات من تاريخ التسليم النهائي للبناء. ويبرز هذا التنظيم التشريعي الطابع الوقائي للضمان العشري، الذي يهدف إلى صون السلامة العامة وتكريس الجودة في مشاريع البناء والتشييد.

3/ العيوب الموجبة لتطبيق أحكام الضمان العشري:

يُعدّ نظام الضمان العشري من أبرز صور المسؤولية المدنية الخاصة في نطاق العقود المتعلقة بقطاع البناء، وقد حظي بعناية خاصة من طرف المشرع الجزائري، نظراً لما

¹ - سعاد بلمختار، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2008-2009، ص146.

ينطوي عليه من أهمية بالغة في حماية كل من المصلحة العامة المرتبطة بأمن وسلامة المنشآت، والمصلحة الخاصة المتمثلة في حقوق مالكي المباني أو من يحوزونها قانونًا. وتعد العيوب الجسيمة في البناء من الشروط الجوهرية لقيام هذه المسؤولية، إذ لا يكفي لقيام الضمان مجرد وجود خلل بسيط أو تقني في البناء، بل يجب أن يكون العيب من الجسامة بحيث يهدد بشكل فعلي سلامة البناء أو متانته، أو يجعله غير صالح للاستعمال وفقًا للغرض الذي أنشئ من أجله، ويستفاد من ذلك أن معيار الخطورة هو المحدد الأساس في تكليف العيب على أنه موجب للضمان العشري.

وفي هذا السياق، يتضح من خلال نص المادة 554 من القانون المدني الجزائري أن المشرع تبنى مفهومًا واسعًا للعيب، يشمل ليس فقط حالات الانهيار الكلي أو الجزئي وإنما أيضًا كل العيوب التي من شأنها أن تؤثر في سلامة البناء أو تُضعف من متانته، ولو لم يترتب عليها تدهم فعلي، وهو ما يشكل توسعًا تشريعيًا يُحسب لصالح المستفيد، ويعزز من نطاق الحماية القانونية المخولة له.

في المقابل، يُلاحظ أن قانون الترقية العقارية رقم 04-11 قد اعتمد مفهومًا أكثر تضيقًا، إذ قصر العيوب الموجبة للضمان على تلك التي تؤدي إلى زوال كلي أو جزئي للبناء، مستبعدًا بذلك العيوب غير الظاهرة التي تُهدد متانة البناء مستقبلاً دون أن تؤدي بالضرورة إلى انهياره.

وبناء على هذا التباين بين المرجعين القانونيين، تبرز الحاجة إلى توضيح مفهوم "العيب" في مجال الضمان العشري، وتحديد الشروط الواجب توافرها لاعتباره موجبًا للمسؤولية، وهو ما سيتم تناوله بالتفصيل في المحاور الموالية.

أ/ مفهوم العيب في الضمان العشري:

يقصد بالعيب في نطاق الضمان العشري، ذلك النقص أو الخلل الذي يمس بمتانة البناء أو يجعله غير صالح للاستعمال المخصص له، وقد تبنى المشرع الجزائري هذا المفهوم في المادة 554 من القانون المدني التي تنص على أن: "يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تدهم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التدهم ناشئاً عن عيب في الأرض....". ويستفاد من هذه المادة أن العيب المعني في هذا السياق هو العيب الجسيم، سواء تمثل في انهيار كلي أو جزئي، أو خلل يؤثر في سلامة واستقرار المنشأة¹.

العيوب: وهي التي تسمى أيضاً خلل، هو عيب أو تقصير أو عدم إتقان العمل عند تنفيذ منشأة، أو عنصر من منشأة أو خدمات الأشغال الذي يمكن أن يضر بسيره أو استعماله أو جماليته².

¹- بن مرزوق محمد، الضمان العشري في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة باتنة، 2014، ص21.
²- المادة 66 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219، المصدر السابق.

ب/ شروط العيب الموجب للضمان العشري:

1. أن يكون العيب خطيراً:

يجب أن يكون العيب من الجسامة بحيث يؤدي إلى تهمد كلي أو جزئي للبناء أو يجعله غير صالح للاستعمال، وتستبعد من نطاق الضمان العيوب الطفيفة أو تلك التي تمس الجانب الجمالي فقط¹.

2. أن يكون العيب خفياً:

يشترط أن لا يكون العيب ظاهراً وقت تسليم البناء، بحيث لا يمكن اكتشافه من قبل صاحب العمل باستخدام وسائل الفحص المعتادة، فإذا كان العيب ظاهراً وتم القبول بدون تحفظ، فإن الضمان يسقط².

3. أن يظهر العيب خلال مدة الضمان :

يجب أن يظهر العيب خلال العشر سنوات الموائية لتاريخ تسليم البناء، ويبدأ احتساب هذه المدة من تاريخ التسليم الفعلي لا النظري³.

4. أن يكون العيب ناتجاً عن التشييد أو التصميم :

لا يشترط إثبات الخطأ في جانب المقاول أو المهندس، بل يكفي ظهور العيب المؤثر وتعد المسؤولية هنا مسؤولية عقدية ذات طابع موضوعي⁴.

الفرع الثالث: أحكام الضمان العشري

مفهوم أحكام الضمان العشري في القانون المدني الجزائري لا يقتصر فقط على تحديد مسؤولية المهندس والمقاول عن العيوب، بل يشمل القواعد القانونية والإجرائية المنظمة لها، سنتطرق إلى دعوى الضمان العشري وهي الآلية القانونية للمطالبة بالتعويض عن العيوب الجسيمة، وسنتطرق أيضاً إلى انتفاء الدعوى الذي يحصل إذا زالت شروطها أو انقضت مهلها القانونية.

أولاً: دعوى الضمان العشري

تعد دعوى الضمان العشري الإجراء القانوني الذي يباشره صاحب العمل أو خلفه العام أو الخاص ضد المقاول أو المهندس، بقصد تحميله مسؤولية الأضرار أو العيوب الجسيمة التي ظهرت في البناء خلال عشر سنوات من تاريخ التسليم.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - العقود الواردة على العمل، ج 07، مج 01، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، 1964، ص111.

² - بوشعالة سليمان، العيوب الخفية في عقد المفاولة، مجلة الدراسات القانونية، العدد 2، 2018، ص64.

³ - بوعافية خديجة، النظام القانوني لعقد المفاولة في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 1 2016، ص44.

⁴ - بلعور عبد الحفيظ، الضمان العشري في القانون المدني الجزائري بين النص القانوني والتطبيق القضائي، مجلة القانون، ع 9، 2020، ص90.

وتتحدد طبيعتها القانونية بكونها دعوى مسؤولية عقدية ذات طابع موضوعي لا يشترط فيها إثبات الخطأ، بل يكفي إثبات العيب والضرر وعلاقة السببية، ولها مجموعة من الشروط.

1/ شروط قيام دعوى الضمان العشري:

- ✓ وجود عقد مقولة بين الطرفين.
- ✓ تسليم البناء فعلياً إلى صاحب العمل.
- ✓ ظهور عيب جسيم وخفي يمس بمتانة البناء أو يجعله غير صالح للاستعمال.
- ✓ أن يظهر العيب خلال مدة عشر سنوات من التسليم.
- ✓ رفع الدعوى خلال 3 سنوات من تاريخ اكتشاف العيب، طبقاً للمادة 557 من القانون المدني الجزائري.

فمثلاً إذا انهار جزء من عمارة بعد 5 سنوات من تسليمها، يحق للمالك أن يرفع دعوى ضد المقاول خلال 3 سنوات من ظهور الانهيار.

ثانياً: انتهاء دعوى الضمان العشري (أو سقوطها)

ويقصد بها الوقائع أو الحالات التي تؤدي إلى عدم قبول أو زوال الحق في مباشرة دعوى الضمان العشري، ومنها:

1- انتهاء مدة الضمان (10 سنوات):

إذا انقضت عشر سنوات من تاريخ التسليم دون ظهور أي عيب جسيم، تنتفي الدعوى ولا تقبل بعد ذلك.

2- انقضاء مدة التقادم القصيرة (3 سنوات):

إذا لم يباشر صاحب العمل دعواه خلال 3 سنوات من تاريخ اكتشاف العيب، تسقط الدعوى بالتقادم، حتى لو كان العيب لا يزال قائماً¹.

3- وجود سبب أجنبي:

إذا ثبت أن سبب العيب لا يعود للمقاول أو المهندس، بل لظروف خارجة كالكوارث الطبيعية أو خطأ من صاحب العمل (مثل التعديلات غير المرخصة)، فإن المسؤولية تنتفي.

4- قبول البناء رغم ظهور العيب:

إذا كان العيب ظاهراً وتم قبول البناء دون تحفظ، فإن دعوى الضمان لا تقبل، لأنه تم قبول البناء على حاله.

¹ - المادة 557 من ق.م.ج، المصدر السابق.

المبحث الثاني: التزامات التنفيذ التقنية المفروضة على المتعامل الاقتصادي

تعد العقود الإدارية، ولا سيما عقود الصفقات العمومية، أبرز الوسائل التي تعتمد عليها الدولة لتحقيق المصلحة العامة، من خلال إنجاز مشاريع البنية التحتية وتطوير المرافق العامة، وفي هذا السياق يبرز المتعامل الاقتصادي بوصفه الطرف المتعاقد مع الإدارة للقيام بإنجاز تلك الأشغال وفقاً لمقتضيات العقد والقواعد القانونية المنظمة لهذا المجال.

ويترتب على المتعامل الاقتصادي جملة من الالتزامات التي تنقسم من حيث طبيعتها الزمنية إلى التزامات تقع أثناء تنفيذ الأشغال، وأخرى تمتد إلى ما بعد تنفيذها، ففي المرحلة الأولى، تفرض القوانين والأنظمة ولا سيما دفاتر الشروط العامة والخاصة على المتعامل الاقتصادي ضرورة احترام المعايير التقنية، والأجال الزمنية، ومقتضيات السلامة والجودة، وكل ما من شأنه ضمان تنفيذ الأشغال على الوجه المطلوب، أما في المرحلة اللاحقة لإنجاز الأشغال، فتستمر مسؤوليته القانونية خلال ما يعرف بفترة الضمان، حيث يلزم بإصلاح العيوب أو الأضرار التي تظهر بعد التسليم المؤقت، وقد تمتد هذه المسؤولية إلى الضمان العشري في بعض الحالات.

وتكتسي هذه الالتزامات طابعاً خاصاً، حيث تقابل بجملة من الجزاءات القانونية والإدارية التي تهدف إلى ضمان احترام المتعامل الاقتصادي لتعهداته التعاقدية، وتتنوع هذه الجزاءات بين ما هو مالي، كغرامات التأخير، وما هو أكثر جسامة، كفسخ العقد أو إقصاء المتعامل من الصفقات العمومية، الأمر الذي يعكس الأهمية البالغة التي توليها الإدارة لاحترام قواعد التعاقد وتنفيذ الأشغال في إطار من الانضباط والشفافية؛ وانطلاقاً من هذا الإطار العام، تقتضي الدراسة تسليط الضوء في ثلاث مطالب وذلك بهدف إبراز الأبعاد القانونية والتنظيمية لهذه الالتزامات، وبيان آثار الإخلال بها على سير العلاقة التعاقدية بين الإدارة والمتعامل الاقتصادي.

يتناول المطلب الأول التزامات المتعامل الاقتصادي أثناء تنفيذ الأشغال، بينما يتناول المطلب الثاني التزامات المتعامل الاقتصادي بعد تنفيذ الأشغال، ويعالج المطلب الثالث الجزاءات المترتبة عن عدم تنفيذ المتعامل الاقتصادي لالتزاماته التعاقدية.

المطلب الأول: التزامات المتعامل الاقتصادي أثناء تنفيذ الأشغال

يشكل تنفيذ الأشغال العمومية المرحلة الحاسمة التي يتجلى فيها التلاقي بين الإرادة التعاقدية والالتزام القانوني، في ظل الإطار الذي حدده القانون 23-12 المتعلق بالصفقات العمومية، فقد جاء هذا القانون ليؤسس لمبدأ الشفافية والمنافسة العادلة في إبرام الصفقات وتنفيذها، مع ضمان حماية المصلحة العامة وتعزيز جودة الخدمات المقدمة للدولة والمجتمع.

وبناء عليه، سيتم تناول هذا المطلب من خلال الفرع الأول الذي يعالج بمحورين الأول الالتزام بالتنفيذ الشخصي للمتعامل الاقتصادي مع تسليط الضوء على حدود عقد

المناولة كشكل من أشكال التفويض، والثاني الالتزام بأداء الخدمة وفق الشروط المتعاقد عليها، التي تكفل تنفيذ الأشغال وفق المعايير المطلوبة والمحددة في العقد.

وسنتناول في هذا المطلب من خلال الفرع الثاني الذي يعالج بمحورين، الأول الالتزام بتنفيذ موضوع الصفقة، والثاني احترام الآجال اللازمة لتنفيذ العقد.

الفرع الأول: الالتزام بالتنفيذ الشخصي وأداء الخدمة حسب الشروط المتعاقد عليها

يتحمل المتعامل الاقتصادي مسؤولية ضخمة تتجسد في الالتزام الشخصي بتنفيذ الأشغال على أن يكون الالتزام المرتبط بتنفيذ الصفقة جوهرياً وشخصياً، ولا يجوز للمتعامل التنازل عن أداء العمل أو تفويضه إلا وفق الضوابط والإجراءات المنصوص عليها في القانون، ويتجلى هذا المبدأ من خلال إلزام المتعامل الاقتصادي بتنفيذ الأعمال بنفسه أو بواسطة أطراف فرعية يتم الموافقة عليها مسبقاً من الجهة المتعاقدة.

يلتزم المتعامل الاقتصادي بتنفيذ الأشغال وفقاً لما ورد في الشروط المتعاقد عليها سواء من حيث المواصفات الفنية أو الجداول الزمنية المحددة وميزانية العمل، الأمر الذي يتماشى مع مبدأ العقد شريعة المتعاقدين المنصوص عليه في القانون المدني.

أولاً: الالتزام بالتنفيذ الشخصي

كقاعدة عامة، يلتزم المتعامل الاقتصادي بتنفيذ موضوع الصفقة محل العقد المبرم مع الإدارة بصفة شخصية، سواء تعلق الأمر بتقديم خدمات، أو توريدات، أو لوازم، أو دراسات، دون أن يفوض تنفيذها إلى الغير، باعتبار أن تنفيذ العقد شخصياً يعد من الالتزامات الجوهرية الملقة على عاتقه¹ ويترتب على هذا الالتزام تحمله للمسؤولية الكاملة عن تنفيذ العقد، بما في ذلك ما قد ينجم عنه من نتائج سلبية، كعدم تحقيق الأهداف المرجوة من الصفقة، أو عدم تلبية متطلبات المرفق العام، مما يؤدي إلى قيام مسؤوليته التعاقدية في هذا الشأن²، ومع ذلك، فإن الإدارة تملك سلطة تقديرية في الترخيص للمتعامل الاقتصادي بالاستعانة بالغير لتنفيذ الصفقة، بشرط أن يتم ذلك وفقاً لما تسمح به الأحكام القانونية والتنظيمية ذات الصلة، وبما لا يمس بجوهر الالتزام الشخصي. ويقصد بالالتزام الشخصي للعقد، هو أن يكون شخص المتعاقد وصفاته وإمكاناته المالية وقدراته التقنية محل اعتبار شخصي لتنفيذ موضوع الصفقة العمومية، وهو واجب على

المتعاقدين حتى ولو لم ينص عليه صراحة في العقد، إذ يكون المتعامل الاقتصادي مسؤولاً مسؤولية

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقاً للمرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2010، القسم 02، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص129.

² - محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص183.

شخصية ومباشرة لالتزاماته العقدية مع المصلحة المتعاقدة، سواء نفذها بنفسه أو استعان بغيره في التنفيذ.

1/ الآثار المترتبة على الالتزام الشخصي في التنفيذ:

يترتب على فكرة الالتزام الشخصي عدة آثار تتمثل في:

- 1- عدم جواز التنازل عن الصفقة وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 11 الفقرة الأولى من دفتر الشروط الإدارية العامة فقد نصت أنه " لا يجوز للمقاول التنازل عن جزء أو كل مقاولته لمقاولين فرعيين أو لجماعة بدون إذن صريح من الإدارة"¹.
- 2- موت و إفلاس المتعاقد، فبالنسبة لموت المتعاقد نص التشريع الجزائري في المادة 37 الفقرة الأولى من دفتر الشروط الإدارية العامة أنه في حالة وفاة المتعامل المتعاقد تقوم الجهة المتعاقدة بالفسخ بقوة القانون وبدون تعويض، لكن إذا قام الورثة بتقديم عرض للمصلحة المتعاقدة بغية الاستمرار في تنفيذ موضوع الصفقة بذل مورثهم، ووافقت الجهة المتعاقدة على هذا العرض متى قدرت تحقيق المصلحة العامة، فهنا تستمر الرابطة العقدية ويواصل الورثة تنفيذ التزامات مورثهم المنصوص عليها في العقد².
- أما في حالة إفلاس المتعاقد نص المشروع بموجب الفقرة الثانية من المادة 37 من دفتر الشروط الإدارية العامة على فسخ العقد بقوة القانون وبدون تعويض، أو استمرار الرابطة العقدية من خلاله تعويض المقاول المفلس بوكيل دائن أو المصغي³.

2/ المناولة:

أ- تعريفها:

المناولة هي أسلوب تعاقدى يتم بموجبه تفويض جزء من الأشغال أو الخدمات أو التوريدات التي يشملها موضوع صفقة عمومية إلى طرف ثالث يعرف بـ "المناول" يتكفل بتنفيذها لحساب المتعامل المتعاقد الأصلي، وذلك تحت مسؤوليته وإشرافه، دون أن تنشأ علاقة قانونية مباشرة بين المناول والإدارة المتعاقدة.

يطرح عقد المناولة كأحد الاستثناءات المحدودة لمبدأ الالتزام الشخصي، فإنه يعتبر أداة لتفويض جزء من التنفيذ إلى مناولين متخصصين، وذلك في إطار الشروط الصارمة التي يضعها القانون رقم⁴ 12-23، بحيث تبقى المسؤولية الكاملة عن جودة التنفيذ والالتزام بالمواصفات الفنية على عاتق المتعامل الأصلي، ويأتي ذلك ضمن سياق حرص المشرع على تحقيق توازن بين ضرورة التخصص في التنفيذ وبين حماية المصلحة العامة من أي تنازل يؤثر على جودة العمل أو يؤدي إلى تأخير غير مبرر⁵.

¹ - المادة 11 من القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964، المصدر السابق، ص52.

² - المادة 37 الفقرة الأولى، المصدر نفسه، ص59.

³ - المادة 37 الفقرة الثانية، المصدر نفسه، ص59.

⁴ - المادة 82 من قانون رقم 12-23، المصدر السابق.

⁵ - المادة 1.2.105 المرسوم التنفيذي رقم 21-219، المصدر السابق.

ب- الشروط الواجب توافرها في عقد المناولة:

✓ أن يتم النص على عقد المناولة في الصفقة وفي دفتر الشروط:

لا يجوز للمتعامل الاقتصادي اللجوء لعقد المناولة إذا خلا عقد الصفقة من الإشارة إلى ذلك وتبدو الحكمة من إيراد هذا الشرط أن المشرع أراد من خلاله تحديد مجال التعاقد بعقد المناولة في مرحلة مبكرة وليس في مرحلة التنفيذ، وأيضاً لضمان حقوقه¹.

✓ أن يحظى عقد المناولة بموافقة المصلحة المتعاقدة:

حتى لا تباغت المصلحة المتعاقدة بمتعامل التعاقد بعقد المناولة، ولم ترشحه لتنفيذ جزء من الصفقة، وقد لا تتوفر فيه الشروط اللازمة، وقد يكون في وضعية مخالفة، أو قد يكون هذا الأخير في وضعية إفلاس، أو مسجلاً في قائمة الممنوعين من تقديم عروض أو صدر ضده حكم قضائي فرض المشرع موافقتها المسبقة للتأكد من وضعيته القانونية².

✓ عدم تجاوز النسبة المحددة تنظيماً:

وذلك فيما نصت عليه المادة 82 من قانون الصفقات العمومية 12-23 على أنه "..... حيث لا يمكن أن تتجاوز المناولة أربعين في المائة (40%) من مبلغ الصفقة العمومية. بالنسبة للمؤسسات الأجنبية التي تقدم تعهدات بمفردها، ما لم يكن هناك ما يبرر استحالة ذلك يجب أن تتعاقد بموجب المناولة على ما لا يقل عن ثلاثين في المائة (30%) من المبلغ الأولي للصفقة مع مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري"³.

ثانياً: أداء الخدمة حسب الشروط المتعاقد عليها

يتعين على المتعامل الاقتصادي الالتزام بتنفيذ مشروع الصفقة حسب المواصفات والكيفيات المنصوص عليها في دفتر الشرط، تحت رقابة الجهة المتعاقدة عن طريق التوجيه والإشراف بالإضافة عليه الامتثال لأوامر والتعليمات الصادرة خلال فترة تنفيذه. وبصورة عامة ينبغي على المتعامل الاقتصادي أن يبذل عناية تامة في تنفيذ التزاماته التعاقدية مما يجعل الأعمال المنفذة من قبله تنسجم مع الغرض الذي نفذ من أجله⁴.

فإن كان الأمر يتعلق بتوريد تجهيزات أو عتاد وجب أن يكون حسب الأوصاف المتفق عليها، أما إذا كان الأمر يخص عقد أشغال كشق طريق مثلاً فيجب أن يتم حسب الشروط التقنية المتعاقد عليها⁵، ولهذا فالمتعامل المتعاقد يبقى مقيد بما ورد في دفتر الشروط، وما عليه إلا الالتزام بتنفيذ التزاماته التعاقدية، والنقطة الجوهرية في هذا الصدد هي معرفة

¹ - سعيد لقليب، بن الشيخ النوي، حقوق والتزامات الطرف المتعاقد في الصفقة العمومية وفقاً للقانون الجديد للصفقات العمومية رقم 15-247، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، ع 06، جامعة محمد بوضياف مسيلة 2017، ص 68.

² - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 236-237.

³ - المادة 82 من قانون رقم 12-23، المصدر السابق.

⁴ - المادة 171 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المصدر السابق.

⁵ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع نفسه، ص 239.

محل العقد بصورة تامة من قبل المتعامل المتعاقد، وذلك لكي يقوم بتنفيذ التزاماته على الوجه المطلوب¹.

الفرع الثاني: الالتزام بتنفيذ الصفقة واحترام الآجال اللازمة لتنفيذها

تعتبر الصفقات العمومية من الأدوات القانونية الأساسية التي تعتمد عليها الدولة لتجسيد سياستها التنموية، وهو ما يستدعي من المتعامل الاقتصادي احترام التزاماته التعاقدية بدقة، وعلى رأسها تنفيذ الأشغال وفق ما جاء في دفتر الشروط، ولا يقتصر ذلك على الجودة التقنية، بل يشمل أيضاً الخضوع لرقابة الجهة المتعاقدة والتقيّد بالتوجيهات الصادرة عنها خلال فترة الإنجاز.

ومن جهة أخرى، يعد احترام الآجال المحددة لتنفيذ الصفقة التزاماً جوهرياً، لارتباطه الوثيق بمبدأ استمرارية المرفق العام وضمان فعالية المصلحة العامة، إذ إن التأخر في التنفيذ قد يؤدي إلى تعطيل الأشغال، مما يعرض المتعامل لعقوبات تعاقدية كغرامات التأخير، أو حتى فسخ الصفقة في الحالات الخطيرة².

أولاً: الالتزام بتنفيذ موضوع الصفقة

يعد عقد الصفقة العمومية من العقود الإدارية التي تنطوي على اعتبارات المصلحة العامة، ما يفرض على المتعامل الاقتصادي التزاماً دقيقاً بتنفيذ المشروع المتفق عليه طبقاً للضوابط القانونية والتقنية الواردة في دفتر الشروط، فلا يقتصر دور هذا الأخير على تنفيذ الأشغال فحسب، بل يمتد ليشمل ضرورة الالتزام بجودة العمل واحترام المعايير المحددة من طرف الجهة المتعاقدة، تحت رقابة هذه الأخيرة التي تسهر على حسن تنفيذ المشروع.

1- تنفيذ الالتزام بطريقة سليمة وفقاً لما تملّيه الشروط:

يعد تنفيذ الالتزام وفقاً لما تم الاتفاق عليه بين الأطراف في العقد من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون المدني³، ويفهم من هذا النص أن التنفيذ يجب أن يتم طبقاً لما ورد في العقد من شروط، سواء تعلقت هذه الشروط بموضوع الالتزام أو بزمانه أو مكانه أو طريقة أدائه، ويعتبر أي انحراف عن هذه الشروط إخلالاً بالتنفيذ، ويرتب مسؤولية على المتعاقد.

ولتنفيذ الالتزامات التعاقدية بطريقة سليمة وبعناية تامة، يجب على المتعامل الاقتصادي الدراية الكافية بالشؤون الفنية والخبرة في مجال الأعمال حسب طبيعة الصفقة محل التعاقد.

¹ - محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 187.

² - أحمد بلقاسم، الالتزامات القانونية للمتعاقد في الصفقات العمومية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2019، ص 145.

³ - المادة 106 القانون المدني الجزائري، المصدر السابق.

وتتجلى أهمية هذا المبدأ في عقود الأشغال العمومية بشكل خاص، حيث ينتظر من المتعامل الاقتصادي الالتزام بمواصفات تقنية دقيقة، وضمن آجال محددة، واحترام شروط الأداء المنصوص عليها في دفتر الشروط.

2- تنفيذ المتعاقد لالتزامه بحسن النية:

يمثل مبدأ حسن النية أحد الركائز الجوهرية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، وقد أقره المشرع الجزائري صراحة في المادة 107 من ق.م.ج، ويعني ذلك أن المتعاقد لا يكتفي بمجرد التنفيذ الشكلي للالتزام، بل يتعين عليه أن يتصرف بطريقة تتسم بالصدق والشفافية والتعاون مع الطرف الآخر وتجنب كل ما من شأنه الإضرار أو عرقلة تنفيذ العقد¹.

وفي مجال الصفقات العمومية، يعتبر حسن النية مطلباً جوهرياً لضمان التوازن في العلاقة التعاقدية بين الإدارة والمتعامل الاقتصادي، خاصة وأن الإدارة تتمتع بامتيازات السلطة العامة لذلك فإن إخفاء معلومات جوهرية، أو تنفيذ الالتزام بشكل يعيق غاية التعاقد، يعد مخالفاً لمبدأ حسن النية، ويبرر تدخل الإدارة باتخاذ تدابير مثل تطبيق غرامات التأخير أو حتى فسخ الصفقة وفقاً لأحكام المادة 90 من القانون² 12-23.

ثانياً: احترام الآجال اللازمة لتنفيذ العقد

احترام الآجال التعاقدية لا يقل أهمية عن جودة الإنجاز، إذ يعد عنصر الزمن من العناصر الجوهرية في تنفيذ الصفقة العمومية، لارتباطه بمبدأ استمرارية المرفق العام وحسن سيره.

فالإخلال بالمواعيد المحددة للتنفيذ قد يؤدي إلى اضطراب في تسيير المرفق أو تعطل في تحقيق أهداف الصفقة، مما يترتب مسؤولية قانونية على عاتق المتعامل، سواء كانت تعاقدية أو حتى جزائية في بعض الحالات³.

يتقيد المتعامل المتعاقد بأجل محدد لإنجاز مشروع الصفقة، ويعد احترام هذا الأجل التزاماً جوهرياً يترتب على الإخلال به فرض غرامات التأخير، وفقاً لما نصت عليه المادة 84 من القانون رقم⁴ 12-23 المتعلق بالصفقات العمومية، ولا يسمح للمتعامل بالتراخي أو التباطؤ في التنفيذ، إذ يتوجب عليه الوفاء بالمدة التعاقدية المقررة، والتي تختلف بحسب طبيعة المشروع ومجاله.

وفي هذا الإطار، يلزم المتعامل المتعاقد بإعداد مخطط إنجاز مفصل، يحدد فيه كافة مراحل التنفيذ بدءاً من تاريخ الأمر ببدء الأشغال إلى غاية الاستلام المؤقت، مع بيان نمط الأجل المعتمد في الصفقة، سواء تعلق الأمر بأجل إجمالي موحد (الأجل الواحد) أو بآجال مجزأة بحسب مراحل الإنجاز المختلفة.

¹ - المادة 107 من ق.م.ج، المصدر السابق.

² - المادة 90، القانون رقم 12-23، المصدر السابق.

³ - المادة 30، 31، المرسوم التنفيذي رقم 21-219، المصدر السابق.

⁴ - المادة 84 القانون 12-23، المصدر السابق.

عقب إتمام المتعامل الاقتصادي لتنفيذ الأشغال محل الصفقة، تتولى المصلحة المتعاقدة التأكد من مدى احترامه للأجال المحددة، ويثبت ذلك بموجب محضر استلام مؤقت ويترتب على هذا الاستلام إنشاء كفالة الضمان، التي تمتد غالباً لسنة واحدة في صفقات الأشغال، بهدف تغطية العيوب الخفية التي قد تظهر خلال هذه المدة. وبعد إجراء الاستلام النهائي تنتقل المسؤولية إلى مرحلة جديدة، إذ يتحمل المتعامل الاقتصادي مسؤولية مدنية عشرية عن كل خلل جسيم أو انهيار كلي أو جزئي، بما يمنح للإدارة حق الاستفادة من الضمان العشري في صفقات الأشغال، حمايةً لمصلحتها وللمصلحة العامة¹.

المطلب الثاني: التزامات المتعامل الاقتصادي بعد تنفيذ الأشغال

لا تنتهي التزامات المتعامل الاقتصادي في عقد الأشغال العمومية بمجرد إتمام العمليات الفنية والتنفيذية المتفق عليها، بل تمتد لتشمل مرحلة حاسمة تكتسي طابعاً قانونياً وتنظيمياً بالغ الأهمية، وهي مرحلة ما بعد التنفيذ، ففي هذه المرحلة يتعين على المتعامل الوفاء بعدد من الالتزامات التي تشكل امتداداً طبيعياً للتنفيذ السليم للصفقة، وتضمن انتقال المشروع من عهده إلى الإدارة صاحبة المشروع بطريقة قانونية منظمة، وفقاً لما تقضي به القوانين والتنظيمات ذات الصلة.

ويأتي في مقدمة هذه الالتزامات الالتزام بتسليم المشروع في الآجال والشروط المحددة تعاقدياً والذي يعكس مدى احترام المتعامل لالتزامه الجوهري بتنفيذ العمل وفقاً للمعايير الفنية والإدارية المنصوص عليها في دفتر الشروط، إذ يعد التسليم إجراء شكلي وعملي يترتب عليه انتقال الحيازة القانونية والفعالية للمشروع من المتعامل إلى المصلحة المتعاقدة، ويؤسس لقيام مرحلة جديدة تبرز فيها أهمية محضر التسليم المؤقت ثم التسليم النهائي كوثيقة إثبات قانونية توطر العلاقة بين الطرفين في هذه المرحلة².

أما مرحلة التسليم وآثارها، فتتميز بجملة من النتائج القانونية والإجرائية التي تؤثر على مركز المتعامل الاقتصادي، حيث تعلن عن بداية حساب الآجال القانونية للضمانات المختلفة، كما يمكن أن ترتب سقوط بعض حقوق الإدارة أو المتعامل إذا لم تمارس في حينها، مثل الاعتراض على العيوب الظاهرة أو المطالبة بإصلاح النقائص، ومن ثم فإن هذه المرحلة لا تقل أهمية عن باقي مراحل تنفيذ الصفقة، وتستدعي إحاطة قانونية دقيقة تضمن احترام حقوق الطرفين وتحقيق الغاية المرجوة من المشروع العمومي.

سنتطرق في هذا المطلب للالتزام بتسليم المشروع الفرع الأول، وسنتطرق أيضاً لمرحلة التسليم وآثارها الفرع الثاني.

¹ - المادة 2.102، المرسوم التنفيذي رقم 21-219، المصدر السابق.

² - المادة 86 من القانون 12-23، المصدر السابق.

الفرع الأول: الالتزام بتسليم المشروع

يعد التسليم من أبرز المراحل التي تميز نهاية تنفيذ المشروع في إطار عقد الأشغال العمومية، إذ يرتب على المتعامل الاقتصادي التزاماً جوهرياً يتمثل في تسليم المشروع إلى المصلحة المتعاقدة وفقاً للشروط الفنية، والآجال الزمنية، والمواصفات التعاقدية المحددة، ويكتسي هذا الالتزام أهمية بالغة كونه يمثل نقطة التحول من مرحلة التنفيذ إلى مرحلة ما بعد التسليم، التي تترتب عنها آثار قانونية وإدارية متعددة، على غرار بداية احتساب آجال الضمان ومسؤولية العيوب¹.

ويعتبر محضر التسليم المؤقت أو النهائي الوسيلة القانونية التي يتم بها إثبات احترام المتعامل لالتزامه بالتسليم، اللتان تحددان كفاءات إعداد محاضر التسليم ومحتواها، بما يضمن وضوح العلاقة التعاقدية بين الطرفين، ومن ثم فإن الالتزام بتسليم المشروع لا يقتصر على تسليم مادي فحسب، بل هو إجراء قانوني موثق يعد من متطلبات حسن تنفيذ الصفة العمومية².

أولاً: شروط التسليم

يشترط أن يتم تسليم المشروع من طرف المتعامل الاقتصادي وفقاً لما تم الاتفاق عليه في دفتر الشروط وفي إطار المدة التعاقدية المحددة، ويجب أن يكون المشروع منجزاً بصفة كاملة، مطابقاً للمواصفات التقنية، وخالياً من العيوب الظاهرة أو الخفية الجوهرية.

وقد ألزمت المصلحة المتعاقدة المتعامل الاقتصادي بإجراء العمليات المسبقة لقرار الاستلام، مع التأكيد على ضرورة إجراء فحص ومراقبة قبل القبول المؤقت أو النهائي للمشروع³.

ثانياً: محضر التسليم

تكون عملية التسليم بمحضر رسمي يعد من قبل لجنة مختصة تشكلها المصلحة المتعاقدة وتتضمن:

- بياناً عن الحالة العامة للمشروع.
 - مدى مطابقة الأشغال للدفاتر التعاقدية.
 - الملاحظات أو التحفظات (إن وجدت).
 - التوصية بالقبول المؤقت أو النهائي (الاستلام).
- يعد محضر التسليم سنداً قانونياً لإثبات بداية مرحلة الضمان ويشكل قاعدة لكل الآثار القانونية التي تترتب لاحقاً، كما لا يعتد بالتسليم في غياب هذا المحضر.

¹ - المادة 91 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219، المصدر السابق.

² - المادتين 138، 139 من المرسوم الرئاسي 15-247، المصدر السابق.

³ - المادة 3.92 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219، المصدر نفسه.

ثالثاً: آجال التسليم

يلزم القانون المتعامل الاقتصادي باحترام الآجال التعاقدية المحددة مسبقاً، وتحتسب هذه الآجال من تاريخ أمر الخدمة أو بداية الأشغال، حسب ما ورد في دفتر الشروط الخاص.

وفي حالة التأخر غير المبرر في التسليم، يحق للمصلحة التعاقدية فرض غرامات التأخير، كما يمكنها اتخاذ إجراءات أكثر صرامة في حال الإخلال الجسيم، كفسخ العقد من جانب واحد¹.

رابعاً: الآثار المترتبة على الإخلال بالتسليم

يتعرض المتعامل الاقتصادي لعدة جزاءات عند عدم احترامه لالتزام التسليم، من أبرزها:

- الغرامات المالية عن كل يوم تأخير (حسب النسبة المحددة في دفتر الشروط).
- تحريك الضمانات المالية المقدمة من المتعامل (مثل الكفالة البنكية).
- الفسخ الجزئي أو الكلي للعقد.
- الإقصاء المؤقت أو النهائي من المشاركة في الصفقات العمومية (حسب جسامة الإخلال).

الفرع الثاني: مرحلة التسليم وآثارها

تعد مرحلة التسليم من المراحل الجوهرية في تنفيذ الصفقة العمومية، إذ تمثل النقطة التي تنتقل فيها الأشغال أو الخدمات المنجزة من المتعامل الاقتصادي إلى المصلحة التعاقدية، ويترتب عنها مجموعة من الآثار القانونية والمالية، ولا تقتصر هذه المرحلة على مجرد تسليم مادي للمشروع، بل تخضع لإجراءات شكلية تهدف إلى التأكد من مدى احترام المواصفات التقنية والتعاقدية المتفق عليها.

وينبني التسليم على مرحلتين متتابعتين التسليم المؤقت والتسليم النهائي، حيث يرتبط الأول بإجراء فحص أولي من قبل المصلحة التعاقدية، قد يفضي إلى إبداء تحفظات، بينما يعتبر الثاني بمثابة الإقرار النهائي بسلامة تنفيذ المشروع وخلوه من العيوب أو المخالفات الجوهرية، ويترتب على التسليم النهائي آثار بالغة الأهمية، أبرزها انقضاء الالتزامات التعاقدية للمتعامل، وتحرير الضمانات والكفالات، وهو ما يجعل من هذه المرحلة محطة حاسمة في العلاقة التعاقدية بين الإدارة والمتعامل الاقتصادي.

أولاً: مفهوم مرحلة التسليم

تشكل مرحلة التسليم نقطة التحول الأساسية من تنفيذ الأشغال إلى استلام المشروع من قبل المصلحة التعاقدية، وتبدأ هذه المرحلة بطلب رسمي من المتعامل الاقتصادي ويتم إعلام الإدارة بانتهاء الأشغال واستعداده لتسليم المشروع، لتقوم هذه الأخيرة بإجراء

¹ - المادة 91 من القانون 23-12، المصدر السابق.

معايينة من قبل لجنة مختصة وفقاً للإجراءات، وقد نظم المشرع هذه الإجراءات صراحة في المواد 92 وما يليها، والمادة 93 وما يليها، والمادة 94 وما يليها، من المرسوم التنفيذي رقم 21-219، تمهيداً لإعداد محضر التسليم المؤقت أو النهائي.

ثانياً: أنواع التسليم

ينقسم التسليم إلى قسمين تسليم مؤقت وتسليم نهائي:

1. التسليم المؤقت :

بعد الانتهاء من أشغال المشروع، يلتزم المتعامل الاقتصادي بتسليمه إلى المصلحة المتعاقدة، التي تحتفظ في هذه المرحلة بمبلغ الضمان المالي كآلية للتأكد من مدى مطابقة تنفيذ الصفقة لأحكام العقد المبرم بين الطرفين، وتوثق واقعة التسليم من خلال إعداد محضر تسليم مؤقت، وذلك وفقاً لأحكام المادة 148 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وتجدر الإشارة إلى أن القانون رقم 23-12 لم يتطرق إلى هذه الإجراءات كما لم تصدر إلى غاية الآن نصوص تنظيمية تفصيلية توضح كيفية تنفيذها¹.

2. التسليم النهائي:

في حال قيام المصلحة المتعاقدة بإبداء تحفظات خلال مرحلة التسليم المؤقت لمشروع الصفقة العمومية، يلتزم المتعامل المتعاقد بمعالجة أوجه القصور وتصحيح المخالفات بما يتوافق مع الشروط التعاقدية، وذلك تنفيذاً للملاحظات الموجهة إليه، وبعد رفع هذه التحفظات والتأكد من مطابقة الأشغال للمواصفات المتفق عليها، يتم إجراء التسليم النهائي للمشروع لصالح المصلحة المتعاقدة، وتقوم هذه الأخيرة، تبعاً لذلك، برد مبالغ الضمان وشطب الكفالات المقررة، وذلك استناداً إلى أحكام المادة 120 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام².

يترتب عن كل نوع من أنواع التسليم محضر قانوني يُعتبر وثيقة رسمية لإثبات مرحلة التسليم ويعد مرجعاً لتحديد بداية آثار التسليم والمسؤوليات.

ثالثاً: الآثار القانونية للتسليم

يترتب على التسليم القانوني عدة نتائج هامة من أبرزها:

1. نقل الحيازة والمسؤولية:

يصبح المشروع تحت عهدة الإدارة، وتتحمل هذه الأخيرة مسؤوليته المادية والقانونية ما لم يثبت وجود عيب خفي يظهر لاحقاً.

¹ - المادة 148 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المصدر السابق.

² - المادة 120، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المصدر نفسه.

2. بداية احتساب آجال الضمان:

يبدأ سريان أجل الضمان العشري، وكذلك أجل ضمان حسن التنفيذ، من تاريخ القبول المؤقت وليس من نهاية الأشغال فعليًا.

3. انقضاء بعض الحقوق:

في حال عدم إثارة الإدارة لتحفظات في محضر التسليم، فإنها قد يسقط حقها لاحقًا في المطالبة بإصلاح نقائص كانت ظاهرة أثناء التسليم، تطبيقًا لقاعدة "السكوت في موضع الحاجة إلى البيان بمنزلة البيان"¹.

4. رفع المسؤولية التعاقدية عن المتعامل:

عند القبول النهائي يبرأ المتعامل من الالتزام التعاقدية في حدود ما تم تسليمه دون تحفظ، ولا تبقى في ذمته إلا المسؤوليات القانونية كضمان العيوب الخفية أو العشرية المنصوص عليها في المادة 554 من القانون المدني الجزائري.

رابعاً: الآثار المالية والإدارية

- يتم الإفراج عن جزء من الكفالة البنكية أو كاملها حسب نوع التسليم.
- يمكن تسوية الوضعيات المالية النهائية المتعلقة بالصفقة (آخر شهادة دفع).
- في حال وجود تحفظات، يمكن حجز مبالغ مالية بعنوان ضمان إصلاح التحفظات حسب ما يقرره دفتر الشروط.

تشكل مرحلة التسليم ونتائجها أحد أبرز معايير ضبط الصفقات العمومية، حيث تنتهي العلاقة التنفيذية، وتفتح المجال أمام الضمانات القانونية والتقنية، ومن ثم فإن وضوح هذه المرحلة من حيث الإجراءات والمستندات والآثار، كما يضمن حماية موازية بين مصلحة الإدارة والمقاول، ويحد من النزاعات التي قد تنشأ بعد الإنجاز.

المطلب الثالث: مخالفة المتعامل الاقتصادي للالتزام بمبدأ حسن النية والالتزام بتنفيذ الصفقة وفق شروطها

إن تنفيذ العقود بشكل صحيح يتطلب الالتزام المطلق بشروطها، حيث يرتبط ذلك ارتباطاً وثيقاً بضرورة تحلي المتعاقد بحسن النية أثناء التنفيذ، فلا يمكن تصور تنفيذ سليم للعقد دون أن يكون المتعاقد ملتزماً بمبدأ النزاهة و الشفافية في جميع مراحل التنفيذ².

الفرع الأول: الإخلال بالالتزام حسن النية في تنفيذ الصفقة العمومية

تتجلى حسن النية في حرص المتعامل المتعاقد على أداء التزاماته وفق أعلى درجات الأمانة، بما يضمن تحقيق المصلحة العامة التي تسعى إليها الجهة المتعاقدة عبر العقد

¹ - نظام الدين الشاشي، كتاب أصول الشاشي (مختصر في أصول الفقه الإسلامي)، دار الغرب الإسلامي، ط 01، 2000، ص186.

² - زينب سالم، قاعدة الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة الجزائر 2018-2019، ص82.

فهو مطالب ببذل أقصى جهده لتنفيذ العقد بشكل صحيح، بعيداً عن أي شكل من أشكال الغش أو التحايل أو التلاعب¹.

يرتبط التزام المتعامل المتعاقد بمبدأ النزاهة بشكل مباشر بمبدأ استمرارية المرافق العامة، إذ ينظر إليه كطرف مساهم في إنجاح أعمال الإدارة العمومية، مما يضع على عاتقه مسؤولية إضافية تتجاوز الالتزام التقليدي ببذل العناية المعتادة في تنفيذ التزاماته التعاقدية، ففي إطار الصفقات العمومية، يطلب منه مستوى أعلى من الحرص لضمان تحقيق المصلحة العامة و تجسيد المشاريع التنموية بفعالية².

يعد الإخلال بهذا الالتزام واضحاً عندما يعهد المتعامل الاقتصادي إلى التهرب من تنفيذ العقد دون مبرر مشروع، أو يلجأ إلى أساليب غير نزيهة كالاختيال و التلاعب، مما يعرضه لإجراءات تأديبية تشمل مصادرة كفالة حسن التنفيذ، و تسجيله ضمن البطاقة الوطنية لمخالفات القوانين، الأمر الذي يؤدي إلى حرمانه من التعامل مع الإدارات العمومية المختلفة من خلال ما يعرف بالإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية³.

الفرع الثاني: إخلال المتعامل المتعاقد بالتزام التنفيذ وفق شروط الصفقة العمومية

يلتزم المتعامل المتعاقد بتنفيذ الصفقة العمومية وفق شروط الإنجاز المحددة في العقد بما يضمن تحقيق الجودة المطلوبة و احترام المواصفات الفنية، و يتطلب هذا الالتزام من المتعامل التعاقدى أداء مهامه وفقاً لمبدأ حسن النية، حيث يشترط أن تكون عملية التنفيذ متوافقة تمتما مع المتطلبات المتفق عليها، و بالتالي فإن أي مخالفة لهذه المواصفات، مثل استخدام مواد غير مطابقة أو تنفيذ الأعمال بطريقة تخالف المعايير، يعد إخلالاً بالتزامه التعاقدى⁴.

ضمن هذا السياق، يتحمل المتعامل المتعاقد مسؤولية ضمان دقة وسلامة أساليب التنفيذ وإبلاغ الجهة المتعاقدة بأي عوائق قد تؤثر على جودة التنفيذ، سواء تعلقت بطبيعة الأرض المخصصة للبناء أو مدى صلاحية المواد المستخدمة، كما يجب أن يلتزم بتوفير مواد بناء ذات جودة عالية تتماشى مع الشروط المحددة في الصفقة العمومية⁵، لا سيما في الحالات التي يمنح فيها حرية اختيار مصادر تلك المواد⁶، حتى في حال كانت الجهة

¹ - صباح المصري، العقود الإدارية طبقاً للأحكام نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي، دار الكتاب الجامعي، الرياض 2017، ص318.

² - محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص194.

³ - محمود خلف الجبوري، المرجع نفسه، ص161.

⁴ - احسان سليمان خريبط، صعوبات تنفيذ العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص112.

⁵ - المادة 56 الفقرة 1، من المرسوم التنفيذي رقم 21-219، المصدر السابق.

⁶ - المادة 54 الفقرة 1، المرسوم التنفيذي رقم 21-219، المصدر نفسه.

المتعاقدة مسؤولة عن توريد مواد البناء وفقا لاتفاق مبرم في الصفقة، فإن على المتعامل المتعاقد تنبيهها في حالة ثبوت عدم صلاحيتها¹، لتفادي أي تأثير سلبي على التنفيذ. وفقا للمرسوم التنفيذي رقم 21-219، يعتبر الإخلال بشروط الصفقة العمومية قائما عندما لا يلتزم المتعامل المتعاقد بتنفيذ الأشغال وفق المتطلبات التقنية المحددة، سواء على مستوى المنشآت أو عناصرها أو الخدمات المرتبطة بها، فالتقيد بالمواصفات المحددة يعد شرطا أساسيا لضمان تنفيذ الأشغال وفق معايير الجودة المطلوبة، وبالتالي فإن أي تجاوز لهذه المعايير، سواء من حيث المواد المستخدمة أو أساليب التنفيذ، يؤدي إلى نتائج غير مرغوبة ومن أبرزها:

أولاً: الأشغال المنجزة قد تعاني من عيوب أو قصور في التنفيذ، مما ينعكس سلبا على كفاءة المرفق العام، أو يقلل من مستوى جودته أو جماليته، ورغم أن هذه الإخلالات قد لا تشكل تهديدا مباشرا لسلامة المرفق أو مستخدميه، إلا أنها تترك أثرا واضحا على مدى استدامته وقابليته للاستخدام بشكل فعال.

ثانياً: أن يقع أي خلل في عملية البناء، سواء من حيث التصميم، التنفيذ، إلى تداعيات خطيرة تؤثر على سلامة المنشأة، مثل الانهيار الجزئي أو الكلي، أو الهبوط البنيوي الذي يجعلها غير صالحة للاستعمال².

في مثل هذه الحالة، يتحمل المتعامل المتعاقد المسؤولية الكاملة تجاه الجهة المتعاقدة خاصة إذا أثبتت التقارير الفنية وجود عيوب جوهريّة استدعت تدابير تصحيحية مثل الهدم الجزئي أو الكلي، حيث يلزم المتعاقد بتحمل التكاليف المرتبطة بهذه الاجراءات، إلى جانب أي نفقات إضافية لازمة للكشف عن العيوب ومعالجتها³.

و لا يقتصر الأمر على التكاليف، إذ يتعرض المتعامل المتعاقد أيضا لعقوبات مالية قد تشمل مصادرة كفالة حسن التنفيذ، إضافة إلى إمكانية مطالبته بالتعويض، وفقا لأحكام المادة 84 من القانون 23-12، بل يمكن أن تصل العقوبة إلى فسخ العقد في حال ثبت وجود إخلال جسيم في تنفيذ الأشغال⁴.

غير أن تطبيق هذه الجزاءات لا يتم إلا بعد التأكد من مدى توافق التجهيزات و مواد البناء المستخدمة مع المواصفات الفنية المطلوبة، مع الأخذ في الاعتبار نتائج الفحوصات و المعاينة الميدانية التي تضمن إنجاز الأشغال وفق أعلى معايير الجودة و خلوها من العيوب أو المخالفات المحتملة⁵.

¹ - المادة 58، المرسوم التنفيذي رقم 21-219، المصدر نفسه.

² - المادة 66، الفقرة 1 من نفس المرسوم التنفيذي رقم 21-219، المصدر السابق.

³ - المادة 66، الفقرة 3 من نفس المرسوم التنفيذي رقم 21-219، المصدر نفسه.

⁴ - طبقا للمادتين 90 من القانون 23-12، المصدر السابق؛ والمادة 122، الفقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المصدر نفسه.

⁵ - المادة 92 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219، المصدر نفسه.

علاوة على ذلك، لا تعني عملية التسليم النهائي إعفاء المتعامل المتعاقد من مسؤوليته التعاقدية، إذ يظل ملزماً خلال فترة الضمان المحددة في دفتر التعليمات الخاصة أو وفق التشريعات ذات الصلة، لا سيما تلك المتعلقة بالضمان العشري لبعض الأشغال¹، بمعالجة أي اضطرابات قد تظهر لاحقاً. و خلا هذه الفترة، يتحمل المتعامل مسؤولية تصحيح أي خلل أو تدعيم المنشأة لضمان مطابقتها للشروط الأصلية المتفق عليها، فضلاً عن إجراء التعديلات التي تستدعيها نتائج الاختبارات الفنية، في حال كان مصدر هذه المشكلات هو الإخلال بالتزام التنفيذ وفق المعايير المطلوبة².

وفي النهاية، لا تتحقق مسؤولية المتعامل المتعاقد إلا بتوافر شرطين أساسيين:

- 1- أن تكون الصفة العمومية مبرمة وفق الأطر القانونية المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية 12-23 والمراسيم التنفيذية المكملة له.
 - 2- أن يكون هناك خطأ عقدي واضح، سواء من حيث الامتناع عن التنفيذ، أو التأخر فيه، أو تنفيذه بطريقة مخالفة للشروط المتفق عليها، أو الإخلال بمبدأ التنفيذ الشخصي للصفة.
- وعند تحقق المسؤولية، يخضع المتعامل المتعاقد لمجموعة من العقوبات التي تتولى الجهة المتعاقدة فرضها.

¹ - حدد المشرع الجزائري أحكام فترة الضمان في المواد 96 و 97 من المرسوم التنفيذي 21-219، الذي يقر دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية و قد تم تفصيلها من خلال تحديد أنواع الضمان، المدة الزمنية لكل منه، و الغرض الأساسي وراء تطبيقها.

² - المادة 98 الفقرة 1، 2، 3 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219، المصدر السابق.

خاتمة

خاتمة:

تعد الإدارة العمومية الركيزة الأساسية التي تقوم بتنفيذ مهام الدولة، و تسعى جاهدة لإنجاز المشاريع التجهيزية بأعلى جودة ممكنة، وفي أقصر الآجال، وبأقل التكاليف ضمن إطار قانوني واضح يحدد القواعد و الإجراءات التي تنظم كيفية إنفاق المال العام، ومن هذا المنطلق، تكتسب الصفقات العمومية أهمية بالغة كونها ترتبط ارتباطا وثيقا بالخزينة العمومية، حيث تمثل أحد أهم القطاعات التي يتم من خلالها استغلال الأموال العامة ولهذا الغرض وضع المشرع الجزائري القانون رقم 12-23 الذي يحدد القواعد العامة المنظمة للصفقات، مع اعتماد مجموعة من الإجراءات الصارمة التي تلتزم بها المصلحة المتعاقدة بهدف حماية المال العام من كل أشكال التلاعب و الفساد.

إن هذه الدراسة تأتي في إطار الاهتمام المتزايد بضمان حسن إدارة المال العام وتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، من خلا تطوير التشريعات والآليات التي تحكم الصفقات العمومية، مما يضمن تحقيق التوازن بين حقوق الإدارة وحقوق المتعاملين معها، ويحد من مظاهر التعسف أو سوء الاستغلال، ويعزز من ثقافة الشفافية والمساءلة في القطاع العام.

وتبرز مرحلة تنفيذ الصفقات العمومية كإحدى المحطات المفصلية التي تعكس الطبيعة الخاصة للمصلحة المتعاقدة، وتظهر فيها امتيازاتها السلطوية بوضوح، وهو ما دفع المشرع الجزائري إلى إحاطتها بنصوص تنظيمية صارمة لضمان سيرها وفق القواعد القانونية، ومن خلال تحليل السلطات الممنوحة للإدارة العامة في مجال العقود الإدارية يمكن استخلاص مجموعة من النقاط الجوهرية:

- تتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطات واسعة خلال تنفيذ الصفقة العمومية، حيث تشرف على جميع مراحل إبرامها وإنجازها.
- تتداخل سلطات الرقابة والتعديل والفسخ، إذ يتمتع كل منهما باستقلالية نسبية، لكنها في الوقت ذاته تؤثر على بعضها البعض.
- تملك الإدارة حق الفسخ الجزائي للعقد كإجراء تأديبي ضد المتعامل المتعاقد الذي يخل بالتزاماته التعاقدية، مما يؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية.
- منح المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة صلاحيات ممتدة بعد إبرام العقد، تشمل الرقابة والتعديل والجزاءات المختلفة، سواء كانت مالية أو إدارية، وصولا إلى الفسخ التعاقدي.
- حق المتعاقد مع الإدارة مكفول ومضمون بموجب القانون، حيث تلزم الإدارة بالارتقاء بهذا الحق والاعتناء به باعتباره شريكا فعالا في إنجاز المصلحة العامة.

- وجوب تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية ضمن المدة المحددة في العقد، مع عدم جواز توقفه عن التنفيذ بحجة وجود عيب ما إلا إذا أدى ذلك إلى فسخ العقد أو إبطاله، كما يعفى من التنفيذ في حالات القوة القاهرة أو بفعل الإدارة.

نستخلص أيضا أن التزامات المتعامل الاقتصادي في تنفيذ الصفقات العمومية تشكل الركيزة الأساسية لضمان نجاح تنفيذ المشاريع وتحقيق المصلحة العامة. فالالتزام المتعامل بتنفيذ الصفقة وفق الشروط والمواصفات، واحترام المواعيد، والامتثال للرقابة الإدارية كلها عوامل تساهم في رفع جودة الخدمات والمشاريع المقدمة، بالإضافة إلى تجنب النزاعات القانونية التي قد تعطل سير العمل. وعيه مما سبق تم استخلاص بعض النتائج نذكر من أهمها:

- التزام المتعامل بكل بنود العقد ودفاتر الشروط يضمن تنفيذ الصفقة بنجاح ويقلل من المخاطر المرتبطة بالتأخير أو سوء التنفيذ.

- يتحمل المتعامل المتعاقد المسؤولية القانونية والعقدية في حال الإخلال بالتزاماته، مما يعزز ثقافة الجدية والاحترافية في مجال الصفقات العمومية.

- النظام القانوني يحقق توازنا بين حقوق الإدارة وحقوق المتعامل، مما يضمن بيئة تعاقدية عادلة وشفافة.

وفي سبيل تحسن منظومة الصفقات العمومية وتعزيز فعاليتها، نقترح مجموعة من التدابير من بينها:

- إعادة النظر في دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 بما يتناسب مع التحولات الاقتصادية الحديثة.

- ضبط المصطلحات القانونية بدقة في تنظيم الصفقات العمومية، لمنع حدوث أي إشكالات أثناء التنفيذ.

- الحد من التعديلات المفرطة على موضوع الصفقة عن طريق الملاحق، لتفادي أي اضطرابات في تنفيذ العقد.

- إلزام الجهات الإدارية بتقديم تبريرات واضحة عند فرض الجزاءات على المتعاقدين لضمان رقابة قضائية فعالة.

- تحديد نسب دقيقة لغرامات التأخير وفقا لطبيعة العقود المبرمة، لتفادي أي إشكالات في تقديرها.

- تمديد فترة الضمان بعد تسليم الصفقة، لضمان معالجة أي عيوب قد تظهر لاحقا.

- ضرورة مراعاة الإدارة للظروف الاقتصادية التي قد تؤثر سلبا على المتعامل المتعاقد، خاصة ما يتعلق بالمركز المالي له، لتجنب تعرضه للإفلاس أو أضرار جسيمة.

- وجوب قيام الإدارة بتأمين تنفيذ المتعاقد لالتزاماته دون عوائق، والعمل على إزالة أي معوقات قد تنشأ، سواء كانت مرتبطة بالأمن أو التنسيق مع الأطراف الأخرى، مع إلزام الإدارة في حال تقصيرها.

- الدعوة إلى تسريع إصدار النصوص التنظيمية المكملة للقانون 12-23، بما يعزز من فعالية الرقابة والتنظيم في هذا المجال الحيوي.
- تنظيم دورات تدريبية للمتعاملين حول حقوقهم و واجباتهم في الصفقات العمومية لتفادي الأخطاء و ضمان الالتزام.
- إنشاء نظام تقييم دوري لأداء المتعاملين في الصفقات العمومية، يساعد في اختيار المتعاملين الأكفأ مستقبلاً.
- بهذه الإجراءات يمكن تعزيز النزاهة والشفافية في تنفيذ الصفقات العمومية، وضمان إدارة أكثر فعالية للمال العام.

قائمة المصادر

والمراجع

القرآن الكريم

الآية 37 من سورة آل عمران، سورة مدنية، رواية ورش عن نافع، عدد آياتها 200.

أولاً: المصادر

1-القوانين الجزائرية

أ-التشريع الأساس

- دستور 2020، المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 2020/12/30، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء 01 نوفمبر 2020، ج.ر.ج.ج، ع 82.

ب-التشريع العادي

*القوانين

- القوانين العادية

- القانون 23-12، المؤرخ في 05 أوت 2023، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج، ع 51، الصادرة بتاريخ 06 أوت 2023.

*الأوامر

- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995، يتعلق بالتأمينات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006، ج.ر.ج.ج، ع 12، 2006.

ج - المراسيم التشريعية

- المرسوم التشريعي رقم 94-07 المؤرخ في 18 ماي 1994، المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري، ج.ر.ج.ج، ع 32، المعدل والمتمم بالقانون رقم 04-06 المؤرخ في 14 أوت 2004، المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري، ج.ر.ج.ج، ع 51، 2004.

د -التشريع الفرعي

*المراسيم الرئاسية

- المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر.ج.ج، ع 50، الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

*المراسيم التنفيذية

- المرسوم 86-205 المؤرخ في 19/08/1986، المتضمن تغيير هيئة المراقبة التقنية للبناء ج.ر.ج.ج، ع 10، 1986.

- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 مايو 1988، يتضمن كفايات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، ج.ر.ج.ج، ع 43، 1988.

- المرسوم التنفيذي 67-98، المؤرخ في 21 فبراير 1998، المتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية، ج.ر.ج. ج.الصادرة في 1998/03/01، ع 11، المعدل والمتمم.
- المرسوم التنفيذي رقم 12-84 مؤرخ في 27 ربيع الأول عام 1433 الموافق 20 فبراير 2012، يحدد كفايات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقى العقاري وكذا كفايات مسك الجدول الوطني للمرقين العقاريين، ج.ر.ج. ج. ع 11، 2012.
- المرسوم التنفيذي رقم 12-85 المؤرخ في 20 فبراير 2012، المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقى العقاري، ج.ر.ج. ج. ع 11 2012.
- القرار الوزاري رقم 692 لسنة 2019، المتضمن إصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم 182 لسنة 2018، الجريدة الرسمية ع 244 تابع (ب)، الصادرة في 2019/10/31.
- المرسوم التنفيذي رقم 21-219، المؤرخ في 20-05-2021، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية لأشغال، ج.ر.ج. ج. ع 50، المؤرخ في 2021-06-24.

2- القوانين الأجنبية

أ-القوانين العربية

- القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة، بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، ج.ر.ج. ج. ع 6، الصادرة بتاريخ 19 يناير سنة 1995.
- القانون رقم 89 لسنة 1998، المتضمن قانون المناقصات والمزايدات المصري، ج.ر.ج.م ع 19 مكرر الصادرة في 1998/05/08.
- القانون 11-04 المؤرخ في 17 فبراير 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج.ر.ج. ج. ع 14، 2011.
- القانون رقم 182 لسنة 2018، المتضمن قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة ج.ر.ج. ج. ع 39 مكرر (د)، الصادرة في 2018/10/03.
- القانون رقم 22-18، المؤرخ في 24 يوليو 2022، يتعلق بالاستثمار، ج.ر.ج. ج. ع 50.
- القانون 23-12، المؤرخ في 05 أوت 2023، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، ج.ر.ج. ج. ع 51، الصادرة بتاريخ 06 أوت 2023.

ب-القوانين الفرنسية

- **Code civil français, art, Loi n° 1804-03-06 promulguée le 6 mars 1804.**

3- القرارات القضائية

- قرار صادر عن المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، ملف رقم 65145، الصادر بتاريخ 1989/12/16، قضية (ع، ط) ضد والي ولاية قالمة، المجلة القضائية الجزائرية، ع 01 1991.
- قرار مجلس الدولة، ملف رقم 113121، الصادر بتاريخ 2017/07/06، مجلة مجلس الدولة، ع 15، 2017.
- قرار مجلس الدولة، ملف رقم 114905، الصادر بتاريخ 2017/10/05، مجلة مجلس الدولة، ع 15، 2017.
- قرار عن مجلس الدولة، ملف رقم 094506، الصادر بتاريخ 2016/04/07، مجلة مجلس الدولة عدد خاص منازعات الصفقات العمومية، 2024.
- قرار مجلس الدولة، ملف رقم 126851، الصادر بتاريخ 2018/07/04، مجلة مجلس الدولة عدد خاص منازعات الصفقات العمومية، 2024.

4- القواميس والمعاجم

- نظام الدين الشاشي، كتاب أصول الشاشي (مختصر في أصول الفقه الإسلامي)، دار الغرب الإسلامي، ط 01، 2000.

ثانيا: المراجع

1-الكتب

أ-الكتب باللغة العربية

- أحسان سليمان خريبط، صعوبات تنفيذ العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2017.
- أحمد محمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2007.
- إسماعيل غانم، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، 1968.
- بسيوني عبد الغني عبد الله، القانون الإداري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1993.
- بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2011.
- بعلي محمد الصغير، القرارات و العقود الإدارية، د. ط، دار العلوم للنشر والتوزيع الجزائر، 2017.
- بن عبد الله محمد، التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، دار الخلدونية الجزائر، 2017.
- بن عبو محمد، شرح القانون المدني الجزائري (عقد المقاوله والضمان العشري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012.

- بن ناصر عبد القادر، الوجيز في الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 دار هومة، الجزائر، 2018.
- جلال على العدوي، أصول الالتزامات (مصادر الالتزام)، منشأ المعارف، 1997.
- جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء 03، منشورات كليك، ط 01 2013.
- حسام الدين كمال الأهواني، النظرية العامة للالتزام، ج 1، مج 1، المصادر الإرادية، ط 3 2000.
- حمد محمد حمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
- حمدي عبد الرحمان، الوسيط في نظرية الالتزام، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، 1999.
- حمدي عطية مصطفى عامر، الأعمال القانونية للسلطة الإدارية القرار الإداري- العقد الإداري دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط 01، 2015.
- حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي المبادئ والأسس العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- خالد السمامة، سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة، ط 1، إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، 2015.
- خليفة عبد العزيز عبد المنعم، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعات قضاء وتحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009.
- رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد (دراسة مقارنة)، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
- رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، شروط قبول الدعوى الإدارية، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2009.
- رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، 2007.
- رياض عيسى، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن والجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1985.
- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط 05، مطبعة جامعة عين شمس مصر، 1991.
- سمير عثمان اليوسف، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن المالي للعقد الإداري منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، لبنان، 2009.
- السيد أمين، المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، مكتبة عين شمس، 1964.

قائمة المصادر و المراجع

- صباح المصري، العقود الإدارية طبقاً للأحكام نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي، دار الكتاب الجامعي، الرياض، 2017.
- عادل بوعمران، النظرية العامة للقرارات، دراسة فقهية تشريعية وقضائية، د.ط، دار الهدى عين مليلة، 2018.
- عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه - القضاء - التشريع-، د.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
- عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، 2004.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - العقود الواردة على العمل، الجزء السابع، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، 1964.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني في التأمينات الشخصية والعينية دار النهضة العربية، ج 10، القاهرة، 2006.
- عبد الرزاق حسن ياسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاولي البناء، ط 01 د.د.ن، مصر، 1987.
- عبد الرؤوف جبار، ضمانات المشاريع الإنشائية العامة دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 01، لبنان، 2003.
- عبد العزيز خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتاب الحديث، القاهرة ط 2008.
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية "الإبرام- التنفيذ- المنازعات" دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
- عبد الغني بادي، الكفالة في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2010.
- عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني، نظرية العقد والإرادة المنفردة، 1984.
- عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المنهية: الطبيب، المهندس المعماري والمقاول، المحامي، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، لبنان، ط 01، ص 240.
- عبد المنعم الضوى، السلطة العامة في مواجهة الأفراد عبر القانون والعقد والقرار الإداري مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية، ط 01، 2016.
- عشي علاء الدين، مدخل القانون الإداري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2015.
- عصمت عبد المجيد بكر، نظرية الظروف الطارئة و دور القاضي في تطبيقها، دار الحرية للطباعة والنشر، بغداد ، 1993.
- عمار عوابدي، قضاء التفسير في القانون الإداري، دار الهومة، 1999.
- عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، دار هومة، الجزائر، 1999.

- عمار عوابدي، القانون الإداري، ج2، النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 4 الجزائر، 2007.
- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط 3، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في أكتوبر 2010 المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية، جسور للنشر والتوزيع المحمدية، ط 4 الجزائر، 2011.
- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط 4، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر 2014.
- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقاً للمرسوم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2010، القسم 02، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.
- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقاً للمرسوم الرئاسي 15-247، القسم الثاني، ط 05، جسور للنشر والتوزيع، المحمدية الجزائر، 2017.
- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر 2003.
- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، دار قنديل للنشر والتوزيع عمان، ط 01، 2011.
- مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق وضمانات المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط 1، 2014.
- محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات مع دراسة للقانون 89 لسنة 1998 الخاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولائحته التنفيذية دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1999.
- محمد حسن مرعي الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014.
- محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية وأنواع مسؤولية جرائم البناء، تعيب المباني، التصدع، الانهيار، الحوادث أثناء وبعد التنفيذ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2003.
- محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، ط 2003.
- محمد شريط، عقود الصفقات العامة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والتشريعات الجزائرية، شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 01 2016-2017.
- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، التأمينات العينية والشخصية، عقد الكفالة، دار الكتاب الحديث، 2005.

قائمة المصادر و المراجع

- محمد صديق بن نية، الشرح العملي لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الثاني، دار العلوم للنشر، الجزائر، 2013.
- محمد عبد الجواد، شرط الإرهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، مجلة القانون والاقتصاد، ع 04، 1963.
- محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، مطبعة الزهران، القاهرة 1987.
- محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2006.
- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
- محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، ط 01، مصر 2007.
- محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 01، 2008.
- محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وآثارها القانونية دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط 1، 1998.
- مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية مصر، 2014.
- نبيل سعد، النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
- نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، لبنان ط 1، 2010.
- النوي خرشي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية، ب.ط الجزائر، 2011.
- النوي خرشي، الصفقات العمومية، دراسة تحليلية و نقدية و تكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، د ط، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2018.
- هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية دراسة تطبيقية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط 2014.

Les ouvrages :

ب- الكتب باللغة الأجنبية

- Zakaria Claude Jean, L'essentiel du Droit Public, Gualino L'extenso, 2ème éditions, 2015.

2- الرسائل العلمية

أ- أطاريح الدكتوراه باللغة العربية

- أحمد بلقاسم، الالتزامات القانونية للمتعاقل المتعاقد في الصفقات العمومية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2019.

- بن شعبان علي، أثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، 2012.
- حلمي منال، تنظيم الصفقات العمومية وضمانات حفظ المال العام في الجزائر، أطروحة الدكتوراه الطور الثالث، تخصص تحولات الدولة، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2016.
- حميد بن علي، مفهوم العمل الإداري المركب في التشريع الجزائري، تحول النشاط الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 2006.
- زينب سالم، قاعدة الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، الجزائر 2018-2019.
- سعيد عبد الرزاق باخبيزة، سلطة الإدارة الجزائرية أثناء تنفيذ العقد الإداري، أطروحة الدكتوراه، جامعة الجزائر، 2008.
- عائشة الطيب، الحماية القانونية لمالك البناء في عقد بيع التصاميم، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب البليدة 2012-2013.
- عيسي عبد القادر الحسن، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997.
- كهينة بطوش، النطاق القانوني لالتزام ضمان سلامة البناء ومتانته بعد التسليم، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2020/2021.
- هارون عبد العزيز الجمل، الجزاءات في عقود الأشغال العامة، أطروحة دكتوراه في القانون الإداري، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة طنطا مصر، 2005.
- هاشمي فوزية، أثر تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين (دراسة مقارنة) أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص علوم قانونية، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس 2017/2018.

Les thèses:

ب- أطاريح الدكتوراه باللغة الفرنسية

ج-مذكرات الماجستير

- بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، رسالة ماجستير، تخصص قانون الدولة والمؤسسات العامة، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، كلية الحقوق 2009.
- براهيم سماحي، الضمانات في الصفقات العمومية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، تخصص التجريم في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي ليابس سيدي بلعباس، 2013/2014.
- بعبط عائشة، ضمانات مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، رسالة ماجستير في القانون تخصص الدولة والمؤسسات، جامعة الجزائر، 2014.

- بن مرزوق محمد، الضمان العشري في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة باتنة، 2014.
- بو عافية خديجة، النظام القانوني لعقد المقولة في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير جامعة الجزائر 1، 2016.
- سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقة العمومية، رسالة ماجستير في القانون، فرع قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جامعة تيزي وزو، 2013.
- سعاد بلمختار، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2008-2009.
- شقطني سهام، النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر، رسالة ماجستير في القانون فرع قانون عام، جامعة باجي مختار عنابة، 2010/2011.
- عبد القادر رحال، سلطة المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على المقاول المتعاقد معه في القانون الجزائري (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في القانون العام (إدارة ومالية) معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة تيزي وزو، 1990.
- فرقان فاطمة الزهرة، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر 1، 2006-2007.
- محجوب بن عامر، المسؤولية العشرية للمتدخلين في نشاط الترقية بخصوص العناصر التجهيزية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 01، 2013-2014.
- هبة اسماعيل، تنفيذ الصفقات والرقابة الخارجية عليها، رسالة ماجستير في القانون العام والاقتصادي جامعة وهران 2016/2017.
- وليد سعود فارس القاضي، الجزاءات في مجال العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية جامعة آل البيت، الأردن، 2000.
- د-مذكرات ماستر**
- جقبوب محمد رضا، المتعامل المتعاقد بين الالتزامات والحقوق في ظل المرسوم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، شهادة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، 2015-2016.
- مجاهر سيد احمد الهادي، الضمانات القانونية في الصفقات العمومية (صفقات الأشغال العمومية نموذجًا)، مذكرة شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 19 مارس 1962 سيدي بلعباس، سنة 2021.

3- المقالات

أ-المقالات باللغة العربية

- أحمد بركات، سلطة الإدارة في فرض جزاءات على المتعاقد معها، مجلة القانون والتنمية المحلية، مج 03، ع 01، جامعة طاهري محمد، بشار، الجزائر، 2020.
- أنور أرسلان، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة، سبتمبر، ديسمبر 1978، ع 3 و 4 السنة 1980.
- بديع مستو، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، مجلة جامعة البعث سوريا، مج 38، ع 19، لسنة 2016.
- بلعور عبد الحفيظ، الضمان العشري في القانون المدني الجزائري بين النص القانوني والتطبيق القضائي، مجلة القانون، ع 9، 2020.
- بوشعالة سليمان، العيوب الخفية في عقد المقاول، مجلة الدراسات القانونية، العدد 2، 2018.
- جدي مراد، شريط ولید، سلطة الإدارة المتعاقدة في تعديل عقد صفقة الأشغال العامة عن طريق الملحق، مجلة أفاق للعلوم، ع 12، جامعة علي لونيبي البليدة 2، 2018.
- حابي فتيحة، فسخ صفقات الأشغال العمومية، مجلة الاجتهاد، معهد الحقوق، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، ع 09، 2015.
- حسن محمد علي حسن البنان، أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري، مجلة الرافدين للحقوق، العراق، مج 16، ع 58، 2013.
- رياض عيسى، أحكام الأعمال الإضافية في عقود الأشغال العمومية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ع 4، ديسمبر 1987.
- سعيد لقليب، بن الشيخ النوي، حقوق والتزامات الطرف المتعاقد في الصفقة العمومية وفقا للقانون الجديد للصفقات العمومية رقم 15-247، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد السادس، جامعة محمد بوضياف مسيلة، 2017.
- سليمان مراد، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2019.
- سهام بن دعاس، أحكام فسخ الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مج 57، ع 05، 2020.
- شعبان عياشي، النطاق الموضوعي للضمان العشري لمهندس ومقاولي البناء، مجلة العلوم الإنسانية، ع 50، مج أ، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2018.
- عبد القادر دراجي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، مجلة المفكر، ع 5، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014.

- هاشمي فوزية، الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية دراسة مقارنة، مجلة الفقه القانوني والسياسي، جامعة تيارت، مج01، العدد 01، (من 159-180)، 2019.
- كمال العطاوي، سلطة الإدارة في تعديل عقد الأشغال العامة أثناء مرحلة التنفيذ، مجلة العلوم القانونية والسياسية، ع 17، جانفي 2018.
- لبنى عدنان، الجزاءات الإدارية العامة، مجلة العلوم القانونية، مج 32، ع 3، 2017.
- ب-المقالات باللغة الفرنسية
- Les articles:

- Cour de cassation, chambre civile 3, 3 juillet 2001.

4- المؤتمرات العلمية

- جمال بوشنافة، المسؤولية العشرية للمقاول والمهندس المعماري، الملتقى الدولي للترقية العقارية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2006.

المواقع الإلكترونية

- أبوراس محمد الشافعي، العقود الإدارية، د.د.ن، د.ط، د.س.ن، ص92. متوفر للتحميل على الرابط التالي:

https://archive.org/details/20210316_20210316_0939/mode/1up

قائمة المحتويات

الصفحة	قائمة المحتويات
01	مقدمة
06	الفصل الأول : سلطات و التزامات المصلحة المتعاقدة
07	المبحث الأول : سلطات المصلحة المتعاقدة
07	المطلب الأول : سلطة الرقابة
08	الفرع الأول : الأحكام العام لسلطة الرقابة على الصفقات العمومية
08	أولا : أنواع الرقابة
09	ثانيا : الأساس القانوني لسلطة للرقابة
09	الفرع الثاني : وسائل الرقابة و ضوابط استعمالها على تنفيذ الصفقات العمومية
10	أولا : وسائل الرقابة في تنفيذ الصفقات العمومية
11	ثانيا : ضوابط سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية
13	المطلب الثاني : سلطة تعديل عقد الصفقة العمومية
13	الفرع الأول : الأحكام العامة لسلطة تعديل شروط عقد الصفقة العمومية
14	أولا : تعريف سلطة تعديل الصفقة العمومية
16	ثانيا : الأساس القانوني لسلطة تعديل عقد الصفقة العمومية
17	ثالثا : شروط و ضوابط سلطة التعديل
19	الفرع الثاني : الملحق كتطبيق لسلطة تعديل شروط عقد الصفقة العمومية
19	أولا : تعريف الملحق
20	ثانيا : أنواع الملحق
22	ثالثا : شروط إبرام الملحق
24	المطلب الثالث : سلطة توقيع الجزاءات الإدارية
25	الفرع الأول : الأحكام العامة المنظمة للجزاءات الإدارية
25	أولا : مفهوم الجزاءات الإدارية
26	ثانيا : الأساس القانوني لسلطة توقيع الجزاء
29	الفرع الثاني : أنواع الجزاءات الإدارية و ضوابط استعمالها
29	أولا : أنواع الجزاءات الإدارية
34	ثانيا : ضوابط ممارسة سلطة توقيع الجزاءات الإدارية
36	المطلب الرابع : سلطة فسخ العقد
36	الفرع الأول : الأحكام المنظمة للفسخ الجزائي
36	أولا : تعريف الفسخ الجزائي
38	ثانيا : شروط الفسخ الجزائي
39	الفرع الثاني : أنواع الفسخ الجزائي و آثاره القانونية
40	أولا : أنواع الفسخ الجزائي
41	ثانيا : الآثار القانونية للفسخ الجزائي

42	المبحث الثاني : التزامات المصلحة المتعاقدة
42	المطلب الأول : الالتزام بتنفيذ الصفقة العمومية
42	الفرع الأول : الالتزامات الفنية
43	أولا : تسهيل مباشرة المتعاقد لتنفيذ التزاماته التعاقدية
43	ثانيا : احترام مدة تنفيذ الصفقة
43	الفرع الثاني : الالتزام بمبدأ حسن النية
44	أولا : يتوجب على الجهة المتعاقدة الالتزام بالعقد الذي أبرمته
44	ثانيا : يتوجب على الجهة المتعاقدة تنفيذ شروط العقد بصفة كاملة و سليمة
44	ثالثا : يجب على الجهة المتعاقدة أن تحترم تعهداتها العقدية
45	المطلب الثاني : الالتزام بتعويض المتعامل المتعاقد
45	الفرع الأول : التعويض على أساس مسؤولية المصلحة المتعاقدة
45	أولا : المسؤولية العقدية
45	ثانيا : قيام المتعامل المتعاقد بأشغال إضافية
46	الفرع الثاني : التعويض على أساس عدم مسؤولية المصلحة المتعاقدة
46	أولا : التعويض الناتج عن ممارسة سلطة التعديل للعقد
46	ثانيا : التعويض الناتج عن ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة إنهاء عقد الصفقة
46	الفرع الثالث : شروط الحق في التعويض
46	أولا : وجود ضرر ناتج عن قيام المصلحة بأعمال
47	ثانيا : عدم التنازل عن المطالبة بالتعويض
48	المطلب الثالث : الالتزام بضمان التوازن المالي للصفقة
48	الفرع الأول : نظرية فعل الأمير
48	أولا : مضمون نظرية فعل الأمير
49	ثانيا : شروط تطبيق النظرية
51	ثالثا : صور فعل الأمير
53	الفرع الثاني : نظرية الظروف الطارئة
53	أولا : مفهوم نظرية الظروف الطارئة
54	ثانيا : شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة
57	ثالثا : الآثار المترتبة عن تحقق نظرية الظروف الطارئة
58	الفرع الثالث : نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة
58	أولا : التعريف بالصعوبات المادية غير المتوقعة
58	ثانيا : شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة
62	ثالثا : الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة
63	المطلب الرابع : الالتزام بدفع المقابل المالي للمتعامل المتعاقد
63	الفرع الأول : التسبيقات
64	أولا : التسبيق الجزافي

64	ثانيا : التسبيق على التمويل
65	الفرع الثاني : الدفع على الحساب
65	أولا : الدفع على الحساب على إثر القيام بعمليات جوهريّة
65	ثانيا : الدفع على الحساب على التمويل بالمنتجات
66	الفرع الثالث : التسوية على رصيد الحساب
66	أولا: التسوية على رصيد الحساب المؤقت
66	ثانيا: التسوية على رصيد الحساب النهائي
68	الفصل الثاني : التزامات المتعامل الاقتصادي
69	المبحث الأول : الالتزامات المالية المفروضة على المتعامل الاقتصادي
70	المطلب الأول : الكفالة
70	الفرع الأول : ماهية عقد الكفالة
70	أولا: تعريف وصور وخصائص عقد الكفالة
72	ثانيا: أنواع الكفالة
74	ثالثا: خصائص عقد الكفالة
77	رابعا: شروط وأركان عقد الكفالة
81	الفرع الثاني : الطابع الإلزامي لنظام الكفالات
82	الفرع الثالث : أنواع الكفالات في أحكام قانون الصفقات العمومية
82	أولا : كفالة التعهد
83	ثانيا : كفالة حسن التنفيذ
84	ثالثا : كفالة الضمان
84	رابعا : كفالة رد التسبيقات
85	الفرع الرابع : أدوات تنفيذ نظام الكفالة
86	أولا : الكفالة البنكية
86	ثانيا : صندوق ضمان الصفقات العمومية
87	ثالثا : دور البنوك و صندوق ضمان الصفقات العمومية
87	رابعا : فوائد نظام الكفالة في الصفقات العمومية
88	المطلب الثاني : الضمانات المالية المختلفة
88	الفرع الأول : الضمانات الخاصة
89	الفرع الثاني : الضمانات ذات الطبيعة الحكومية
89	الفرع الثالث : اقتطاع حسن التنفيذ و اقتطاع الضمان
90	أولا : اقتطاع حسن التنفيذ
90	ثانيا : اقتطاع الضمان
93	المطلب الثالث : الضمان العشري
93	الفرع الأول : الطبيعة القانونية للضمان العشري
93	أولا : الضمان العشري في التشريع الفرنسي
94	ثانيا : الضمان العشري في التشريع الجزائري

94	الفرع الثاني : مجال تطبيق الضمان العشري
95	أولا : المجال الشخصي للضمان العشري
100	ثانيا : الأشخاص المستفيدين من الضمان العشري
106	ثالثا : المجال الموضوعي للضمان العشري
111	الفرع الثالث : أحكام الضمان العشري
111	أولا : دعوى الضمان العشري
112	ثانيا : انتفاء دعوى الضمان العشري (أو سقوطها)
113	المبحث الثاني : التزامات التنفيذ المفروضة على المتعامل الاقتصادي
113	المطلب الأول : التزامات المتعامل الاقتصادي أثناء تنفيذ الأشغال
114	الفرع الأول : الالتزام بالتنفيذ الشخصي و أداء الخدمة حسب الشروط المتعاقد عليها
114	أولا : الالتزام بالتنفيذ الشخصي
116	ثانيا : أداء الخدمة حسب الشروط المتعاقد عليها
117	الفرع الثاني : الالتزام بتنفيذ الصفقة و احترام الأجل اللازمة لتنفيذها
117	أولا : الالتزام بتنفيذ موضوع الصفقة
118	ثانيا : احترام الأجل اللازمة لتنفيذ العقد
119	المطلب الثاني : التزامات المتعامل الاقتصادي بعد تنفيذ الأشغال
120	الفرع الأول : الالتزام بتسليم المشروع
120	أولا : شروط التسليم
120	ثانيا : محضر التسليم
121	ثالثا : آجال التسليم
121	رابعا : الآثار المترتبة على الإخلال بالتسليم
121	الفرع الثاني : مرحلة التسليم و آثارها
121	أولا : مفهوم مرحلة التسليم
122	ثانيا : أنواع التسليم
122	ثالثا : الآثار القانونية للتسليم
123	رابعا : الآثار المالية و الإدارية
123	المطلب الثالث : مخالفة المتعامل الاقتصادي للالتزام بمبدأ حسن النية و الالتزام بتنفيذ الصفقة و وفق شروطها
123	الفرع الأول : الإخلال بالتزام حسن النية في تنفيذ الصفقة العمومية
124	الفرع الثاني : إخلال المتعامل المتعاقد بالتزام التنفيذ وفق شروط الصفقة العمومية
128	خاتمة
132	قائمة المصادر و المراجع

ملخص الدراسة

ملخص:

في الختام، يتضح أن وجود مفهوم السلطة العامة في العقود الإدارية وفي الإطار القانوني الذي ينظمها يعد السمة الفارقة التي تميزها عن عقود القانون الخاص، وتبرز أهم مظاهر هذه السلطة خلال مرحلة التنفيذ، حيث تمارس الإدارة سلطة الرقابة لضمان الامتثال للاتفاق المبرم، إضافة إلى ذلك، تحتفظ الإدارة بحق تعديل شروط عقد الصفقة بقرار منفرد، كما تمتلك القدرة على فرض الجزاءات على المتعاقد معها عند الإخلال بالالتزامات، ومن بين أخطر السلطات التي تتمتع بها الإدارة، نجد سلطة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، والتي قد تأتي إما كإجراء عقابي ضد المتعاقد، أو بدافع تحقيق المصلحة العامة، غير أن ممارسة هذه السلطة لا تخلو من تبعات قانونية خطيرة، إذ قد تؤدي إلى إنهاء العلاقة التعاقدية واستحقاق المتعاقد للتعويض عن الأضرار الناجمة، وفي المقابل يضمن التشريع الجزائري للمتعاقد مجموعة من الحقوق التي يجب على الإدارة احترامها وعدم الإخلال بها، إذ أن أي تقصير أو تجاوز في هذا الشأن يترتب مسؤولية تعاقدية على عاتقها، وبذلك يمكن استنتاج أن المشرع الجزائري قد وضع آليات تنفيذية تهدف إلى حماية المال العام من الفساد، كما تسهم في صون حقوق المتعاقد الاقتصادي من خلال توضيح إجراءات تنفيذ الصفقات و وسائل الضمان التي تكفل حماية المصالح المتبادلة بين الأطراف.

Résumé :

En conclusion, il apparait clairement que la présence du concept de pouvoir public dans les contrats dans le cadre juridique qui les régit constitue l'élément distinctif qui les différencie des contrats de droit privé. Les principales manifestations de ce pouvoir émergent lors de l'exécution, où l'administration exerce son autorité de contrôle et de supervision afin de garantir le respect de l'accord conclu. De plus, l'administration conserve le droit de modifier unilatéralement les conditions du contrat administratif, ainsi que la capacité d'imposer des sanctions au cocontractant en cas de manquement à ses obligations. Parmi les pouvoirs les plus redoutables dont dispose l'administration, on trouve le pouvoir de résilier unilatéralement le contrat administratif, qui peut être exercé soit à titre de sanction contre le cocontractant, soit dans l'intérêt général. Toutefois, l'exercice de ce pouvoir n'est pas exempt de conséquences juridiques graves, pouvant entraîner la rupture de la relation contractuelle et le droit du cocontractant à une indemnisation pour les préjudices subis. En contrepartie, la législation algérienne garantit au cocontractant un ensemble de droits que l'administration doit respecter et ne pas enfreindre, car toute négligence ou abus en la matière

engage sa responsabilité contractuelle; Ainsi, il est possible de conclure que le législateur algérien a mis en place des mécanismes d'exécutions visant à protéger les fonds publics contre la corruption, tout en préservant les droits des opérateurs économiques des procédures d'exécution des marchés et des garanties assurant la protection des intérêts mutuels des parties.