



الملحق و عامل التوازن الإقتصادي للصفقة العمومية في القانون الجزائري

إبن خليفة سميرة

قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة طاهري محمد - بشار-

الجزائر

Benkhelifas40@yahoo.fr

الملخص-

للمصلحة المتعاقدة الحق في تعديل الصفقة العمومية أثناء تنفيذ العقد لدواعي المصلحة العامة واستمرارية المرفق العامة، بواسطة وثيقة تعاقدية سماها المشرع الجزائري الملحق ، تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة في حالات محددة قانونا وفق ما هو وارد في المرسوم الرئاسي 247/15.

يثير الملحق عدة إشكالات قانونية من بينها إشكالية التوازن الاقتصادي للصفقة العمومية، ولو أن المشرع الجزائري حاول في سنة 2015 التخفيف من حدة تأثير الملاحق على توازن الصفقات العمومية عندما تتجاوز مبالغها أضعاف المرات قيمة الصفقات العمومية نفسها، حيث كان يشترط تنظيم الصفقات العمومية في السابق على المصلحة المتعاقدة عدم المساس بتوازن الصفقة ولكن دون تحديده لسقف الملحق نفسه ، لكن بصور المرسوم الرئاسي 247/15 حدد المشرع التنظيمي سقف الملحق بنسب لا تتجاوز 20 ٪ من مبلغ الصفقة بالنسبة لصفقات الأشغال و 15 ٪ بالنسبة لصفقات التوريد الخاصة باللوازم والخدمات، وبالرغم من ذلك يبقى الإشكال مطروحا دائما بفتح المجال لتجاوز هذه النسب إذا ما كانت هناك مصلحة عامة.

الكلمات المفتاحية -

الصفقات العمومية، التوازن الاقتصادي، الملحق، الأعمال الإضافية،
الأعمال التكميلية.

"Renewal and the economic equilibrium factor of public market in Algerian law"

Abstract-

The Contractor service has the right to modify the terms of the public market during its execution, for reasons of general interest and continuity of public service by a contractual tool, called by the Algerian legislator an Amendment. The contracting service uses this instrument in specific cases selected by the Presidential decree 15/247.

The amendment raises several legal issues, including the case of the economic upheaval of the public market, although the Algerian legislature tried in 2015 to mitigate the impact of the amendments on the balance of public market when these amounts far exceed the amounts initial public procurement.

Indeed, in the past, the regulations regarding public markets has conditioned the use of endorsements by maintaining the economic balance of public market, but these regulations have not selected the ceiling on the amount that can not endorsements overtake, but after the promulgation of Presidential Decree 15/247, the legislature selected to rate the riders do not exceed namely the rate of 20% of the market for public works contracts and 15% for supplies, services and studies. But this initiative of the Algerian legislature has not definitively resolved the problem of economic equilibrium simply because the legislature has allowed the contracting services above current rates, there really is a general interest.

Keywords-

public markets, economic equilibrium, Amendment, additional works, complementary works

مقدمة -

تتمتع الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في إطار تنفيذ الصفقات العمومية، بمجموعة من الامتيازات في أنواع عدة من العقود الإدارية منحها لها الفقه و القضاء قبل التشريع،¹ من هذه الامتيازات سلطة التعديل التي تعتبر من أخطر السلطات التي تتمتع بها الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري، حيث تمس هذه السلطة جوهر الرابطة التعاقدية و هو اتفاق المتعاقدين ، فخلافا للقاعدة العامة الواردة في القانون المدني الجزائري² في المادة 106 منه التي تنص على أن العقد شريعة المتعاقدين ولا يمكن تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب يقررها القانون، فإن للإدارة المتعاقدة في القانون العام الحق في أن تعدل العقد الإداري وبالتالي الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة سواء بالنقصان أو الزيادة في الخدمات، وذلك بواسطة ما أطلق عليه المشرع الجزائري "الملحق"، في المرسوم الرئاسي 247/15³.

يثير هذا الملحق عدة إشكالات عملية و قانونية في تنفيذ الصفقة العمومية من بينها إشكالية المساس بالتوازن الاقتصادي للصفقة العمومية، والذي استحدث له المشرع الجزائري في سنة 2015 أحكام جديدة تتعلق به، وذلك بموجب المرسوم الرئاسي 247/15 ، حيث حاول المشرع الجزائري من خلالها الحد من ظاهرة إبرام الملاحق بمبالغ تفوق الصفقة نفسها و بالتالي تمس بالتوازن الإقتصادي للصفقة، رغم أن أحكام الملحق لم تتغير من حيث المبدأ منذ أول نص تنظيمي نظم أحكام الصفقات العمومية منذ الاستقلال

¹- Nadine POULET, *Gibot Droit administratif : sources, moyens, contrôles*, Rosny-sous-Bois, Bréal, France, 2007, page 130.

2- الأمر 58/75 الصادر في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، ج.ن.ج.ج رقم 78 الصادرة في 30/09/1975 المعدل و المتمم بالقانون 05/07 الصادر في 13/05/2007 ج.ن.ج.ج رقم 31 الصادرة في 13/05/2007.

³ - المرسوم الرئاسي 247/15 الصادر في 2015/09/16 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ج.ر.ج. رقم 50 الصادرة في 2015/09/20.

من خلال الأمر 90/67،¹ ولو أنه عمليا يعتبر القرار الصادر في 1964/11/21 من وزير الأشغال العمومية آنذاك، هو أول نص ينظم الصفقات العمومية لكن في محال الأشغال العمومية فقط.

لكن هذا التوازن الاقتصادي نفسه له معنيين في مجال الصفقات العمومية و هو ما سنحاول التطرق إليه في هذه الدراسة من خلال الإشكالية التالية:

- كيف عالج المشرع الجزائري مسألة التوازن الاقتصادي للصفة العمومية؟ وهذه الإشكالية تتفرع عنها مجموعة من الإشكالات القانونية أهمها:

- ما المقصود بالملحق في القانون الجزائري؟.
- وما المقصود بالتوازن الاقتصادي للصفقة العمومية؟.
- وكيف سيتم اللجوء الإدارة إلى الملاحق دون المساس بهذا التوازن الاقتصادي للصفقة العمومية؟.

وسنحاول الإجابة على هذه التساؤلات من خلال المبحثين التاليين: الأول نتعرض فيه لفكرة التوازن الاقتصادي للصفقة العمومية و مدى علاقته بآلية الملحق، أما الثاني نتعرض فيه للأحكام العامة للملحق في القانون الجزائري باعتباره الوسيلة الوحيدة التي تلجأ إليها الإدارة للتعديل في الصفقة العمومية إذا فرضت عليها المصلحة العامة ذلك .

المبحث الأول: مفهوم التوازن الاقتصادي للصفة العمومية.

استنادا إلى أن العقود الإدارية و منها الصفقات العمومية هي وسيلة فعالة لتسيير المرافق العامة عندما تعجز الدولة عن مباشرة مهام معينة لها²، فإنه من الضروري مساعدة الدولة للمتعاقد معها عندما لا يستطيع

¹ - الأمر 90/67 الصادر في 1967/06/17 المتعلق بالصفقات العمومية ج.ج.ج. رقم 52 الصادرة في 1967/06/27.

2- محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية، بدون دار نشر، بدون سنة نشر، ص. 1 إلى 4.

مواصلة التنفيذ بصفة عادية، وذلك نتيجة لظروف خارجة عن إرادته ، لأنها ببساطة صاحبة المرفق العام، و لا يغدو التعاقد أن يكون سوى عنصرا معاونا ليس أكثر.

من الحالات التي تعيق التنفيذ والتي تظهر عند تنفيذ العقود الإدارية عموما و الصفقات العمومية على وجه الخصوص، الحالات التي يختل فيها التوازن الاقتصادي للصفقة.

ظهرت لأول مرة فكرة التوازن الاقتصادي في العقود الإدارية، في أحكام القضاء الإداري الفرنسي في بداية العقد العشرين، بعدما كان مدرجا في العقود المدنية منذ العصور الوسطى، لتتضمنه بعد ذلك أغلب التشريعات المقارنة، و هي الفكرة التي أثارت جدلا فقهيًا كبيرا، وظهرت تحت عدة مسميات لعل أبرزها التوازن المالي في العقود الإدارية.

استنادا على ما سبق سنقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب:

المطلب الأول: ظهور فكرة التوازن الاقتصادي للصفقة العمومية في العقود المدنية.

المطلب الثاني: فكرة التوازن الاقتصادي للصفقة العمومية في أحكام القضاء الإداري الفرنسي والفقه.

المطلب الثالث: فكرة التوازن الاقتصادي في الصفقة العمومية في القانون الإداري الجزائري.

المطلب الأول: ظهور فكرة التوازن الاقتصادي للصفقة العمومية في العقود المدنية.

لما كان القانون المدني هو الشريعة العامة للقانونين، فإن كثير من أحكام القانون الإداري تجد لها أصلا في القانون المدني، من بينها نظرية الظروف الطارئة Théorie de l'imprévision، والتي تعتبر استثناء على

قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" وهذه القاعدة تفرض على المتعاقدين تنفيذ ما اشتملت عليه بنود العقد.¹

مفاد هذه النظرية أنه قد يحدث عند تنفيذ الالتزام بسبب ظروف اقتصادية غير متوقعة أن يصبح الالتزام صعبا و مرهقا إلى حد يهدد المدين بخسارة فادحة، فيجوز للقاضي حينها أن يعيد التوازن في العقد، بشرط أن يكون الحادث الطارئ الذي أدى إلى اختلال التوازن الاقتصادي لا يد فيه لأي من المتعاقدين،² إضافة إلى كون هذا الحادث نفسه غير متوقع وقت التعاقد وهذا هو الأساس الذي تقوم عليه هذه النظرية.³

تعتبر هذه النظرية من الناحية التاريخية قديمة نسبيا حيث ظهرت في القانون المدني في العصور الوسطى ، حيث كان رجال الكنيسة يرتبون على الحوادث الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين، أثرا قانونيا وهو نفس المفهوم تقريبا في النظام الإسلامي حيث نجد أن الفقهاء سلموا بها في عقود الإيجار بداية لتنتقل الفكرة بعد ذلك إلى عقود أخرى.⁴

هذه القاعدة غير معمول بها في القانون الفرنسي إلا في مجال القانون الإداري،⁵ على عكس ما هو وارد في القانون الجزائري، حيث نجدها في مجال القانون الإداري كما نجدها في مجال القانون المدني، فعلى سبيل المثال نصت المادة 107 من القانون المدني الجزائري على أنه:

« يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية.

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ص.623.

² - نفس المرجع ، ص.632.

³ - عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، الطبعة الخامسة، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، الأردن، 2014، ص.128 و 129.

⁴ - نفس المرجع، ص.633.

⁵ -Maurice ANDRE FLAMME, *l'exécution des marchés publics*, édition E. Bruylant, Bruxelles, Belgique, 1969, p.649.

ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب ، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام. غير انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها إن الالتزام التعاقدي و إن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين إن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك».¹

و نلاحظ من خلال استقراء نص هذه المادة السالفة الذكر ، أن المشرع الجزائري تبني نظرية الظروف الطارئة كاملة كاستثناء على قاعدة إلزام تنفيذ المتعاقدين للعقد حسب ما تفرضه قواعد حسن النية، في الحالات التي تطرأ فيها حوادث فجائية تخل التوازن الاقتصادي للعقد.

و للإشارة يعتبر نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري نصا عاما يطبق أيضا على العقود الإدارية التي تتضمنه كبنود واردة في نصوصها فيما يتعلق بحل النزاعات التي تطرأ أثناء التنفيذ، وذلك لأن تنظيم قانون الصفقات نفسه لا يمنع اللجوء إلى قواعد القانون المدني إن هي لم تتعارض مع الطبيعة الإدارية للصفقة العمومية.²

المطلب الثاني: فكرة التوازن الاقتصادي للصفقة في أحكام القضاء الإداري الفرنسي والفقه.

اتجه القضاء إلى تبني فكرة التوازن الاقتصادي في العقود الإدارية، التي ظهرت نتيجة اصطلاح التوازن المالي، عموما في بداية القرن العشرين، ولعل أبرز القضايا الصادرة في هذا المجال، قضية عقود الامتياز "للمشركة المكلفة بالترامواي مرسيليا"، الذي جاء في منطوق حكمها الصادر في 1910 « أنه من

¹ - المادة 107 من القانون المدني الجزائري.

² - المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15.

الضروري في أي عقد امتياز كان تحقيق قدر الإمكان، توازن بين الحقوق الممنوحة للمتزمي المرافق والالتزامات المفروضة عليهم»¹

ومنذ هذا التاريخ أصبح اصطلاح "التوازن المالي" مدرجا في عدة أحكام في القضاء الإداري الفرنسي، التي عبر فيها القضاء على أن أساس فكرة التوازن المالي هو النية المشتركة للطرفين المتعاقدين، فأساس القاعدة هو العدالة وصالح المرفق العام فلأن كان للإدارة الحق في تعديل الالتزامات فيكون من العدالة تعويض المتعاقدين.

ومن بين أشهر القضايا الصادرة في هذا المجال أيضا قضية "شركة الإضاءة لمدينة بوردو" في 1916 وهذه الشركة التي أرادت رفع أسعار خدماتها المقدمة لمواجهة أزمة ارتفاع أسعار مادة "الفحم" التي قلت في السوق بسبب استهلاكها في الحرب العالمية الأولى²، و جاء في حيثيات الحكم أن اقتصاديات العقد انقلبت من جراء ارتفاع أسعار الفحم و عليه لا يمكن لشركة الإضاءة ضمان مواصلة تقديم الخدمة العامة استنادا للمعايير الأصلية الموجودة عند التعاقد.³

¹ - Maurice ANDRE FLAMME, *le domaine et les contrats administratifs*, Presses universitaires de Bruxelles, Belgique 1967, page 140.

² - Théorie de l'imprévision, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux 30- mars-1916, <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/30-mars-1916-Compagnie-generale-d-eclairage-de-Bordeaux>, site visité le 18/09/2016, à 18h16.

³ - « mais qu'elle entraîne dans le coût de la fabrication du gaz une augmentation qui, dans une mesure déjouant tous les calculs, dépasse certainement les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties lors de la passation du contrat de concession ; que, par suite du concours des circonstances ci-dessus indiquées, l'économie du contrat se trouve absolument bouleversée. Que la compagnie est donc fondée à soutenir qu'elle ne peut être tenue d'assurer aux seules conditions prévues à l'origine, le fonctionnement

أما الفقهاء فاختلقت وجهة نظرهم في تبني بعض الصيغ المتعلقة بفكرة التوازن الاقتصادي للعقد الإداري، أو في استبعاد طفيف لهذه الفكرة من أصله.¹

ومنشأ الخلاف بين الفقهاء في استعمالهم لمصطلح التوازن الاقتصادي للعقد أو التوازن المالي للعقد بما في ذلك من فرق كبير في المعنى من حيث الأصل، وهناك من أطلق عليه فكرة التوازن الشريف بين حقوق الملتزم مع الإدارة والتزاماته *l'équivalence honnête des prestations*.²

وبالرجوع لأصل المصطلحين في المجال الاقتصادي فإن التوازن المالي يكمن في التوازن بين جانبي الميزانية العامة للدولة، وذلك بإتباع سياسة مالية معينة، تقوم بها السلطة المالية المختصة في الدولة عند وجود تباين بين حجم النفقات العامة وحصيلة إيرادات الدولة³، أما التوازن الاقتصادي فنقصد به التوازن بين المعطيات الاقتصادية الأساسية التي يقوم عليها الاقتصاد في أي دولة كالتوازن بين الاستهلاك والادخار، والعرض والطلب، والإنتاج والتوزيع، أو بعبارة أخرى التوازن بين طبيعة الثروات الموجودة في الدولة وطبيعة الاحتياجات العامة للسكان.⁴

du service tant que durera la situation anormale ci-dessus rappelée », N° 59928 Publié au recueil Lebon , <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007629465>, site visité le 18/09/2016, à 18h30.

¹ - محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية و آثارها القانونية، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 1998، ص.8.

² - نفس المرجع، ص.8.

³ - زايد منير عبوي، مدخل للإدارة العامة، الطبعة الأولى، دار الشروق للنشر، عمان، الأردن، 2006، ص.210.

⁴ - Jules LE BASTIER, *théorie de l'équilibre économique*, P.A. Bourdier, paris, France, 1858, page 21.

أما في مجال العقود فالمعنى واحد لكلا المصطلحين في مجال العقود و لو أن الغالب في الاستعمال هو التوازن المالي و الأصح هو التوازن الاقتصادي، لأن قد يشمل إعادة التوازن وليس فقط منح مبالغ مقابل الخدمات و إنما قد يشمل الإعفاء من الرسوم الضريبية.

مهما كان المصطلح المستعمل ، يتمثل التوازن المالي أو الاقتصادي للعقد في الموازنة بين الخدمات الواردة في بنود العقد و قيمتها المالية، فتكون لكل خدمة يقدمها المتعاقد مقابل مالي عادل حسب الأسعار الواردة في السوق بشكل منصف لا يرهق معه هذا المتعاقد ، و هذا على اعتبار أن هذا الأخير يهدف من وراء تعاقد مع الإدارة تحقيق الربح.

المطلب الثالث: فكرة التوازن الاقتصادي في الصفة العمومية في القانون الإداري الجزائري.

ورد مصطلح التوازن الاقتصادي للصفة العمومية في القانون الجزائري لأول مرة، في المرسوم 145/82 المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، في مادته 104 حيث جاء في فقرتها الثانية « ... إيجاد توازن للتكاليف المترتبة على كل واحد من الطرفين » وهنا عندما يتعلق الأمر بتسوية النزاعات بين المتعاقد و المصلحة المتعاقدة ، و ظهر بشكل أوضح في المادة 91 من المرسوم التنفيذي 434/91¹ المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، التي أتت بحكم جديد يتعلق بأجال عرض الملحق للرقابة الخارجية، ورد في فقرتها الثانية، والذي جاء فيه « إذا ترتب على أسباب استثنائية و غير متوقعة و خارجة عن إرادة الطرفين اختلال التوازن الاقتصادي للعقد » ، و هو الحكم الذي لم يتغير في المراسيم الرئاسية اللاحقة سواء المعدلة أو الملغية له، كالمرسوم الرئاسي 250/02 في مادته 92 الملغى

¹ - المرسوم التنفيذي 247/91 الصادر في 1991/11/09 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ج.ج. رقم 57 الصادرة في 1991/11/13.

بالمرسوم الرئاسي 236/10 في مادته 105 الملغى بدوره، بالمرسوم الرئاسي 247/15 في المادة 135 منه.

لكن ما المقصود بالتوازن الاقتصادي في المواد السالفة الذكر ؟
يبدوا للوهلة الأولى أن التوازن الاقتصادي للصفقة المقصود عند المشرع الجزائري هو عدم اختلال التوازن بين الواجبات و الحقوق في الصفقة العمومية من الناحية الاقتصادية ، وهو المفهوم الأصلي و الصحيح، لكن بالرجوع للفقرة التاسعة من المادة 136 من المرسوم الرئاسي 247/15 ، نجد أن المشرع الجزائري لا يقصد فقط عدم اختلال التوازن بين الواجبات و الحقوق من الناحية الاقتصادية و لكن عدم الخروج عن التوازن الاقتصادي الأصلي للصفقة العمومية الذي كان عند الإبرام.

فالحكم الوارد في المادة 136 يمنع الإدارة من إبرام ملاحق إذا تجاوزت نسبة 15٪ من مبلغ الصفقة العمومية بالنسبة لصفقات الخدمات، الدراسات و التوريد و نسبة 20٪ بالنسبة لصفقات الأشغال العمومية إلا إذا بررت المصلحة المتعاقدة ذلك، و معنى هذا أن المشرع الجزائري لا يسمح بخروج الصفقة العمومية بعد إبرام ملحقاتها عن توازنها الأصلي و لو لم يختل التوازن أساسا و ذلك لاعتبار أن الزيادة في الخدمات مهما كانت طبيعتها تكون مرفقة بمبلغ مالي يقابلها، و لكن صار توازن اقتصادي آخر، كأن تنطلق الصفقة بمبلغ 10 مليون دينار عند بداية التنفيذ و تضاف أشغال إضافية بقيمة 5 مليون دينار أثناء التنفيذ ، فهنا لم يختل توازن الصفقة العمومية الاقتصادي عموما لكن إختل توازن الصفقة الأصلي.

لكن يجب التوضيح هنا أن مسألة عدم التوازن الاقتصادي للعقد عموما و الصفقة العمومية على وجه الخصوص تظهر في حالتين:
أولا: حالة تدخل الإدارة بملاحق و التي تشمل الزيادة في الخدمات، الأعمال الجديدة، الأشغال غير المنجزة.

ثانيا: حالة تدخل الإدارة بأي تصرف مشروع كالقرار الإداري مثلا ، فتسبب ضررا للمتعاقد، يطلب بموجبه التعويض و يحق له حينها رفع دعوى تعويض إذا لم يسوئ النزاع إداريا .

و في كلا حالتين نكون أمام المسؤولية العقدية إذا شمل الملحق في الحالة الأولى مبلغا لا يغطي الخدمات المضافة، و لو أن هذا عمليا لا يمكن حصوله لأن الملحق وثيقة تعاقدية أي اتفاقية، أو إذا تدخلت الإدارة بعمل مشروع لكن سبب للمتعاقد ضرر، فيحق فهنا للمتعاقد طلب إصلاح الضرر، كما يمكن للمتعاقد طلب الفسخ و يكون فسخا إتفاقيا أي يجب أن توافق عليه الإدارة إذا كان التعويض المعروض لا يكفي لإصلاح الضرر الناشئ عن التعديل أو عن تدخل الإدارة، أما التعديل الإتفاقي بين الطرفين للعقد فلا يترتب عليه مثل هذا الحق في التعويض إلا بقدر ما أثمره اتفاقهم المشترك، و في هذه الحالة الأخيرة لا يسمى تعويض و إنما مقابل للخدمات المضافة.

و عليه مسألة إخلال توازن الصفة العمومية لا يكون فقط في إطار تدخل الإدارة بالملاحق، بموجب المواد من 135 إلى 139 من المرسوم الرئاسي 247/15 و إنما يكون أيضا في حالة تتدخل فيها الإدارة بتصرف معين أو في حالة الظرف الطارئ الخارج عن إرادة المتعاقدين، استنادا للمادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15 ، و في هذه الحالة الأخيرة يظهر لنا المجال الخصب لتطبيق النظريات الثلاثة المعروفة في القانون الإداري والمبتكرة من مجلس الدولة الفرنسي، وهي نظرية فعل الأمير، ونظرية الظروف الطارئة، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

بالنسبة للنظرية الأولى التي أطلق عليها الفقه "فعل الأمير" استنادا إلى أن الفعل الذي سبب إخلال التوازن قامت به الإدارة المتعاقدة و هي المقصودة بمصطلح الأمير¹ لكن يختلف عن فعل التعديل في أن إجراء فعل الأمير هو

¹ - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية ، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي للطبع والنشر، القاهرة، 1965. ص.621.

إجراء عام تتخذه السلطات العامة يكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد¹

لكن المميز هنا أن هذه السلطة العامة هي نفسها الإدارة المتعاقدة بالنسبة للعقد الذي تضرر صاحبه من تدخل السلطة العامة بالإجراء العام، أما إذا كانت السلطة العامة هي إدارة تعلوا الهيئة المتعاقدة كالقرارات التنظيمية الوزارية أو الرئاسية فإننا نكون في إطار ما يعرف بالمخاطر الإدارية و التي تدخل في إطار النظرية الثانية وهي نظرية الظروف الطارئة.

أما النظرية الثانية وهي "نظرية الظروف الطارئة" التي تشمل علاوة على المخاطر الإدارية، المخاطر الاقتصادية كرفع الأسعار والكوارث الطبيعية التي تقلب توازن الصفقة وهي مخاطر غير متوقعة، تقوم هذه النظرية على أساسها بضمان استمرارية المرفق العام بانتظام و اطراد².

أما نظرية "الصعوبات المادية" فهي تتعلق بالصعوبات المادية الاستثنائية التي تواجه المتعاقد أثناء تنفيذ العقد تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا³ فالمجال الخصب لهذه النظرية هو الأشغال العامة لأنها المعنية بمواجهة الصعوبات الاستثنائية أثناء الأشغال.

و في كلا النظريات الثلاثة يتم قلب توازن الصفقة مما يعرض المتعاقد لضرر يستحق التعويض من باب مساعدته على تنفيذ الصفقة و بالتالي استمرارية المرفق العام، و لكن مواجهة المتعاقد مع الإدارة لهذه الظروف غير المتوقعة محل النظريات الثلاثة ليس بالأمر الحتمي، فهي ليست دائمة الوقوع في كل العقود الإدارية و منها الصفقات العمومية ، لكن تدخل الإدارة بالمحق الذي قد يخل بتوازن العقد أو الصفقة هو حتمي الوقوع خاصة في الجزائر، فتكاد لا تخلوا أي صفقة من لجوء الإدارة إلى الملاحق، خاصة

¹ - نفس المرجع ، ص. 613.

² - ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص. 188.

³ - سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص. 705 و 706.

صفقات الأشغال، لذلك خصصنا المبحث الموالي لأحكام الملحق في القانون الجزائري.

المبحث الثاني: الأحكام العامة للملحق في القانون الجزائري.

بما أن المشرع الجزائري منح المصلحة المتعاقدة السلطة في تعديل شروط الصفقة العمومية بالإرادة المنفردة، فإنه قرر وسيلة قانونية لممارسة هذا التعديل تجسدت في آلية الملحق الذي ورد في المواد من 135 إلى 139 من المرسوم الرئاسي 247/15 المذكور أعلاه، التي خصها المشرع الجزائري بمجموعة من الأحكام المميزة لعل أبرزها ما تعلق بالتوازن الاقتصادي للصفقة. لذلك سنقسم هذا المبحث لمطلبين،

المطلب الأول: تعريف الملحق في القانون الجزائري.

المطلب الثاني: علاقة الملحق بالتوازن الاقتصادي للصفقة العمومية.

المطلب الأول: تعريف الملحق في القانون الجزائري.

لم يتعرض الفقه ولا القضاء بشكل محدد لتعريف الملحق، على عكس النصوص القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية منذ الاستقلال، والتي لم تختلف تعريفاتها كثيرا عن النص الأخير الخاص بالملحق، الوارد في المرسوم الرئاسي 247/15 من حيث الأصل، فجاء في المادة 136 منه على أنه « يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و /أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة.»

و عليه يعتبر الملحق عقد مصغر تابع للصفقة العمومية الأصلية، يصدر في شكل كتابي، تبرمه المصلحة المتعاقدة مع المتعاقد عند حاجة موضوع تنفيذ الصفقة إلى الزيادة في الخدمات أو إنقاصها أو تغيير بند أو أكثر من بنود الصفقة العمومية الأصلية، وفقا لما هو منصوص عليه قانونا أو إضافة أعمال لم تكن واردة فيها، وهو ما كان يعبر عنه في التنظيم القديم قبل 2015 بالأعمال الجديدة وفي النص الجديد بالأعمال التكميلية، ولا يمكن للمتعاقد بأي حال من الأحوال رفض هذا التعديل بموجب الملحق.

فباستقراء النصوص المتعلقة بالملحق في القانون الجزائري، نجد أن المشرع حدد مجال تدخل المصلحة المتعاقدة بالملاحق بالمجالات التالية:

- أولاً: تدخل المصلحة المتعاقدة بالخدمات الإضافية أو ما يعبر عنه بملحق الخدمات المضافة، و يكون عندما تضيف الإدارة في كميات الخدمات الموجودة أصلاً في الصفقة.

- ثانياً: تدخل المصلحة المتعاقدة بإنقاص الخدمات للمصلحة العامة و هو ما يعبر عنه بملحق الخدمات غير المنجزة، ويكون عندما تنقص المصلحة المتعاقدة من كمية الخدمات الواردة في العقد وذلك لعدم تطلبها في انجاز الصفقة.

- ثالثاً، تدخل المصلحة المتعاقدة بالخدمات التكميلية وهو ما كان يعبر عنه سابقاً بالأشغال الجديدة، وهنا المصلحة المتعاقدة لا تضيف في كميات الخدمات الموجودة في الصفقة ولكن تضيف خدمات جديدة لم تكن واردة أصلاً فيها.

- رابعاً: تدخل المصلحة المتعاقدة بتغيير في بند أو أكثر من البنود التعاقدية ، كتغيير التوطن البنكي مثلاً la domiciliation bancaire.

عندما تبرم الإدارة الملحق يكون ذا طابع مالي، فعليها الأخذ بعين الاعتبار الشروط الاقتصادية الأساسية للصفقة، أي الأسعار الأصلية التي تم العمل بها عند التعاقد، وفي حالة تعذر الأخذ بالأسعار التعاقدية المحددة في الصفقة بالنسبة للخدمات الجديدة التي عبر عنها المشرع بالخدمات التكميلية ، فإنه يمكن أن تحدد أسعار جديدة تختلف عن تلك الأسعار الأصلية¹.

¹ - المادة 137 من المرسوم الرئاسي 247/15.

بما أن الملحق آلية قانونية و عملية ذات أهمية بما كان في مجال الصفقات العمومية، وبموجبها يتم خروج أموال طائلة من الخزينة العمومية، فإن المشرع أحاطه بأنواع من الرقابة يخضع لها، منها ما هو إلزامي في كل أنواع الملاحق مهما كانت قيمتها و المتمثل في الرقابة المالية التي يقوم بها المراقب المالي باعتباره الملتزم بالنفقة و الخزينة العمومية باعتبارها المحاسب العمومي¹، و منها ما هو مقيد بسقف مالي محدد للملحق قانونا بنسبة 10 %، أو متعلق بحالات محددة قانونا و المتمثل في الرقابة الخارجية للجان. من الحالات التي يخضع فيها الملحق للرقابة الخارجية والمحددة قانونا، حالة تعديل تسمية أطراف العقد وحالة تعديل الضمانات المالية و التقنية للصفقة العمومية و حالة تعديل أجل التعاقد.²

المطلب الثاني: علاقة الملحق بالتوازن الاقتصادي للصفقة العمومية.

أتى المشرع الجزائري بأحكام جديدة في المرسوم 247/15، من بينها أحكام تتعلق بالملحق كوسيلة أساسية ووحيدة تعدل بموجبها في الصفقة، فضا للجدل الذي كان قائما بشأن سقف الملحق، فنصت المادة 136 منه على أنه « عندما يتجاوز مبلغ ملحق يتعلق بزيادة في الخدمات أو القيمة الإجمالية للعديد من الملاحق، باستثناء التبعات التقنية غير المتوقعة التي سبق ذكرها، نسبة خمسة عشر 15٪ من المبلغ الأصلي للصفقة في حالة صفقات اللوازم والدراسات والخدمات وعشرين 20 ٪ في حالة صفقات الأشغال فإنه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تبرر لدى لجنة الصفقات المختصة أنه لم يتم المساس بالشروط الأصلية للمنافسة وأنه

¹ - المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي 414/92 الصادر في 14/11/1992 المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، ج.ج.ج. رقم 82 الصادرة في 15/11/1992 المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي 374/09 الصادر في 16/11/2009 ج.ج.ج. رقم 67 الصادرة في 19/11/2009.

² - المادة 139 من المرسوم الرئاسي 247/15.

لم يتم التراجع فيها وأن إعلان إجراء جديد بعنوان الخدمات بالزيادة لا يسمح بإنجاز المشروع حسب الشروط المثلى للأجال والسعر.»

و معنى هذا أن المشرع حاول تسقيف مبلغ الملحق بالنسب المذكورة أعلاه على عكس ما كان معمولاً به في السابق، و ذلك منعاً للتحايل و إبرام ملاحق قد تصل قيمتها إلى قيمة الصفقات فتكون بذلك صفقات مشبوهة.

لكن رغم ذلك يبقى بالإمكان للإدارة تجاوز النسب المحددة في المادة أعلاه، إن هي بررت ذلك للجان المختصة خاصة بالنسبة للصفقات التي تتطلب السرعة في الإنجاز، أو إن هي وجدت الحجج المتعلقة بالمصلحة العامة، بمعنى آخر لم يحسم المشرع نهائياً مسألة سقف الملحق و يبقى الإشكال قائماً بالنسبة له استناداً إلى أن الصفقات العمومية هي أصلاً متعلقة بالمصلحة العامة، مما يسهل عملية تبرير الإدارة لتجاوزها للنسب المحددة قانوناً.

و مما هو جدير بالذكر أن المشرع في المرسوم الرئاسي 250/02 تحدث في الفقرة الثالثة من المادة 90 التي عرفت الملحق عن عدم مساس الملحق لموضوع الصفقة الجوهرية، و جاء فيها : « ومهما يكن من أمر لا يمكن أن يعدل الملحق موضوع الصفقة جوهرياً»، وهو المفهوم الذي تغير نهائياً في المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل و المتمم، بموجب المادة 103 منه في فقرتها الرابعة التي تقابل المادة 90 في فقرتها الثالثة، وجاء فيها " ومهما يكن من أمر، لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة ما عاد في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة و خارجة عن إرادة الأطراف".

و نلاحظ في هذه المادة أن المشرع أسقط نهائياً مسألة المساس بموضوع الصفقة ، و اهتم فقط بمسألة التوازن مما يعني أنه كان بإمكان الإدارة في ظل المرسوم الرئاسي 236/10 المساس بموضوع الصفقة العمومية دون توازنها، وهو ما كان يشكل إشكالا عمليا للمصالح المتعاقدة في فهمها لنص المادة 103 المذكور خاصة مع إضافته لعبارة " ما عاد في حالة ما إذا طرأت تبعات

تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف"، فهل كان يفهم من هذه العبارة أنه يجوز المساس بالتوازن إذا طرأت تبعات تقنية غير متوقعة؟.

فضا لهذا الغموض الوارد في النص القديم للصفقات العمومية وضح المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 247/15 في الفقرة الثامنة من المادة 136 منه و التي تقابل الفقرة الثالثة من المادة 90 و الفقرة الرابعة من المرسوم الرئاسي 236/10، المجال الذي يمكن في إطاره إبرام الملحق، فنص على " و مهما يكن من أمر، فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة ما عاد في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة و خارجة عن إرادة الأطراف ، و زيادة على ذلك لا يمكن أن يغير الملحق موضوع الصفقة أو مداها .

و عليه عند إبرام الملحق يجب أن لا يمس التوازن الأصلي للصفقة العمومية إلا في حالة طرأت ظروف غير متوقعة، تجعل الإدارة تبرم ملحق يمس توازن الصفقة الأصلي على سبيل الاستثناء، أما فيما يتعلق بموضوع الصفقة فلا يمكن في كل الأحوال المساس به لأن المتعاقد لجأ إلى التعاقد مع الإدارة من أجل

موضوع معين بمبلغ معين يقابله ، فمن غير العدل أن يجد نفسه أمام موضوع جديد لو اقترح عليه أول مرة لما قبله، وهذا الشرط المدرج منذ 2002 في القانون الجزائري منطقي لأن التعديل في موضوع الصفقة هو بالضرورة مساس بكل ما يتعلق بشرعية الصفقة وارتباطها بالمصلحة العامة، من دراسات قبلية ، ورخص قانونية مرتبطة بها كترخصة البرنامج وغيرها من الإجراءات القانونية المقيدة التي وضعها القانون لحماية الصفقة العمومية.

الخاتمة -

في الأخير يمكننا القول أنه بالرغم من الأحكام الجديدة التي يلجأ إليها المشرع التنظيمي في كل تعديل يقوم به على تنظيم الصفقات العمومية أو نص جديد يصدره في هذا المجال ، إلا أنه تبقى أحكام هذا

القانون يعترئها الغموض و الإبهام لتعلق نص هذا القانون بالإدارات العامة عمليا و تطبيقا مما يخلق نوع من الشرح بين النصوص القانونية و الواقع العملي، وهو ما نلتمسه في مختلف أحكام الصفقات العمومية و منها ، مجال الملحق ، كالغموض الذي كان واقعا بشأن مسألة التوازن الاقتصادي للصفقة العمومية فيما يتعلق بالسقف المالي للملحق الذي يمكن للإدارة الوصول إليه دون تجاوزه ، حيث أنه كنا نرى على أرض الواقع ملاحق بمبالغ تفوق مبلغ الصفقة نفسها ثلاث مرات، و بالتالي المساس بالتوازن الاقتصادي للصفقة العمومية، و لكن لخلو النص التنظيمي للصفقات العمومية قبل 2015 من تحديد لهذه الملاحق، فإن المصالح المتعاقدة كانت تسمح لنفسها بذلك، فاتحة المجال للتلاعب بصفقات كثيرة، قد تكلف الخزينة العمومية مبالغ ضخمة.

و بالرغم من أن ظاهر نص التنظيم الجديد 247/15 يوحي بأن المشرع حسم هذه المسألة، إلا أن المستقرئ لنص المادة 136 منه، يفهم غير ذلك حيث أن المشرع سمح بتجاوز النسب المحددة للملحق، إن بررت ذلك المصلحة المتعاقدة استنادا للمصلحة العامة.