آثار تنفيذ عقد الوكالة المحفزة في ظل المرسوم 18–199 المتعلق بتفويضات المرفق العام

The Effects of Implementing the Catalytic Agency Contract under Executive Decree 18-199 Related to Public Utility Delegations

عبد العالي حفظ الله[1]*، فواز لجلط[2]

[1] كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة المسيلة، abdellali.hafdallah@univ-msila.dz

[2] كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة المسيلة، faouaz.ladjelat@univ-msila.dz

تاريخ الاستلام: 2020/11/26 تاريخ القبول: 2021/04/17 تاريخ النشر: 2021/06/20

ملخص:

بعد تحقق شروط الإبرام ودخول العقد التفويضي "الوكالة المحفزة" حيز التنفيذ، فإن هذا العقد يأتي مرتبا لجملة من الآثار في حق كل من السلطة المفوضة والمفوض له ويصبح للسلطة المفوضة جملة من الوسائل القانونية التي تمكنها من متابعة التنفيذ والتي تتمثل في الرقابة والتوجيه وكذا سلطة التعديل المنفرد لإلتزاماتها العقدية. وفي المقابل ونظرا لخطورة هذه الوسائل والسلطات الممنوحة للسلطة المفوضة قدر المنظم الجزائري وضع مجموعة قيود وضوابط يضمن من خلالها عدم تعسف السلطة المفوضة في ممارسة سلطاتها، وذلك بمنح المفوض له في المقابل جملة من الحقوق لكن أقر له أيضا جملة من الإلتزامات.

الكلمات المفتاحية: تفويضات، المرفق العام، الوكالة المحفزة، أثار عقد الوكالة المحفزة.

Abstract:

After the fulfillment of the terms of the contract "incentive agency" enters into force, this contract will arrange for a set of effects against both the delegated authority and the authorized representative representing the goal of this research paper. The gravity of these means and the powers granted to the delegated authority is not arbitrary in exercising its powers, but a number of obligations were also approved for him.

Keywords: effects, implementing, catalytic, agency, contract.

* **المؤلف المرسل**

1. مقدمة :

رغم الاختلاف الموجود بين عقود القانون الإداري وعقود القانون الخاص إلا أن إشتراكها في تسمية عقد جعل من هذه الشراكة تمتد الى أن جميع هذه العقود أيا كان إطارها القانوني تنشئ حقوقا وإلتزامات متبادلة بين الأطراف المتعاقدة. لكن التباين بينها يكمن في عدم المساواة بين الأطراف المتعاقدة في العقود الإدارية، لأن الإدارة في جميع العقود الإدارية بما فيها عقد الوكالة المحفزة تتمتع بإمتيازات السلطة العامة، وهي سلطات واسعة غير مألوفة في عقود القانون الخاص، وذلك راجع لكون أن العقد الإداري هدفه تحقيق المصلحة العامة، ومنه فعقد الوكالة المحفزة بوصفه شكل من أشكال تفويضات المرفق العام فهو كغيره من العقود الإدارية يرتب أثارا عند تنفيذه.

1.1.أهمية الدراسة:

الأهمية العلمية: وتتجلى في معرفة الآثار التي يرتبها عقد الوكالة بإعتباره عقد إداري وأسلوب لتفويض المرفق العمومي.

الأهمية العملية: وتكمن في معرفة هذه الآثار وإنعكاساتها على كل من السلطة المفوضة والمفوض له، بإعتبارهما طرفا عقد الوكالة المحفزة.

2.1.دوافع إختيار الموضوع: حيث تتجسد في أسباب ذاتية وأخرى موضوعية:

الأسباب الذاتية: وتتلخص في النقاط:

الإلمام أكثر بأحكام المرسوم التنفيذي 18-199 والمرسوم الرئاسي 15-247 نظرا لأهميتهما في مجال دراسة القانون الإداري بصفة عامة.

الرغبة الشخصية في خوض غمار هذا الموضوع "الوكالة المحفزة" وإثراءه كونه حديث ولم يأخذ حظه بالدراسة في الجزائر.

الأسباب الموضوعية: وتكمن في كون أن أسلوب تفويضات المرفق العام عامة والوكالة المحفزة خاصة لهم بالغ الأهمية في دفع عجلة التنمية، وكون الموضوع يتسم بالحداثة والأهمية على حد السواء.

3.1.إشكالية الدراسة: وتكمن في التساؤل التالي:

فيما تتمثل أثار تنفيذ عقد الوكالة المحفزة في ظل المرسوم 18-199المتعلق بتفويضات المرفق العام؟

4.1.المنهج المتبع في الدراسة: فالإجابة على إشكالية الدراسة تم إتباع مقاربة منهجية تجمع بين:
الوصف: وهذا من خلال الإشارة والتعرض بصدد الدراسة لموقف الفقه من بعض المسائل والتعريفات.
التحليل: كون الموضوع متصل من الناحية القانونية بعدة نصوص تنظيمية واجبة التحليل، كالمرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والمرسوم التنفيذي 18-199 المتضمن تفويض المرفق العام.

5.1.خطة الدراسة: حتى يتسنى لنا الإجابة عن الإشكالية المطروحة بهذا الصدد والإلمام بكل جزئيات الموضوع، تم تقسيم خطة الدراسة تقسيما ثنائيا وفق محورين الأول لآثار تنفيذ عقد الوكالة المحفزة بالنسبة السلطة المفوضة، وفي الثاني إلى آثار تنفيذ عقد الوكالة المحفزة بالنسبة للمفوض له.

2. آثار تنفيذ عقد الوكالة المحفزة بالنسبة السلطة المفوضة

بعد ابرام عقد الوكالة المحفزة يدخل طرفاها "المصلحة المفوضة والمفوض له" في مرحلة التنفيذ وباعتبار ان عقد الوكالة المحفزة أحد اهم انواع تفويضات المرفق العام لارتباطه بالمرفق العام المحلي، كونها تهدف الى ترقيته وتطويره وتحقيق المصلحة العامة والحفاظ على المال العام. وعليه فبدخول عقد التفويض مرحلة التنفيذ ينجم عنه اثار مالية للإدارة المفوضة أو بالنسبة للمفوض له،[1] وهو ما يفرض علينا التطرق الى هذه السلطات المتمثلة في: سلطة الإشراف والرقابة، سلطة التعديل، سلطة توقيع الجزاء، سلطة فسخ العقد.

1.2 سلطة الاشراف والرقابة:

ويقصد بسلطة الاشراف انها امتياز للإدارة، يخولها مرافقة المفوض له وتوجيهه من اجل ضمان حسن تنفيذ عقد المفوض له واتمامه على النحو المتفق عليه.[2]

أي أن هذه السلطة تسمح للإدارة التحقق من ان المفوض له يقوم بتنفيذ التزاماته العقدية على النحو المتفق عليه،[3] اما سلطة الرقابة فتتمثل في حق الادارة في التدخل لتنفيذ العقد وتوجيه الاعمال واختيار طريق التنفيذ في حدود الشروط وضمن الكيفيات المتفق عليها في العقد.[4]

وقد تم النص عليها من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 في المادة 210 منه، وكذا المرسوم التنفيذي 18-199 حيث جاءت المادة 55 فقرة 03 "يستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام وتحتفظ بادارته ورقابته الكلية".

وتجد هذه السلطة اساسها النظري في فكرة المرفق العام وما تفرضه من سلطات يتمتع بها المرفق

مستوحاة من طبيعته،[5] وهي في مجملها ثابتة للإدارة حتى ولو لم ينص عليها العقد، وهنا يبرز الفرق واضحا بين العقد الاداري الذي تحكمه آليات القانون العام والعقد المدني الذي تحكمه آليات القانون الخاص.

وجدير بالذكر ان سلطة الاشراف والمراقبة من النظام العام لا يمكن الاتفاق على مخالفتها لأنها قررت للمصلحة العامة، كما لا يمكن لجهة الادارة التنازل عنها،[6] فهي ليست بالامتياز الممنوح للإدارة في حد ذاتها بوصفها سلطة عامة، بل قرارات هذه السلطة حماية للمال العام ، وضمان حسن سير المرفق العام.[7]

2.2 سلطة التعديل:

تأصيلا لسلطة التعديل يمكن القول بأنها أحد اهم مظاهر تميز العقد الاداري عن غيره من عقود القانون الخاص. فاذا كان اطراف العقد المدني لا يتمتع اي منهم بسلطة انفرادية تجاه الأخر تمكنه من تعديل احكام العقد بإرادة واحدة والزام الطرف الأخر بهذا التعديل، فان العقد الاداري وخلافا للقواعد المعمول بها في مجال القانون الخاص يمكن لجهة الإدارة تعديله بإرادتها المنفردة.[8]

حيث يجمع فقه القانون والقضاء المقارن على أن كل العقود الادارية قابلة للتعديل من جانب الادارة لوحدها، وتأصيل ذلك يعود لحسن سير المرافق العامة.[9]

وعليه تستطيع الادارة المفوضة اكمالا للمصلحة العامة وحسن سير المرفق العام ان تعدل في مقدار التزامات المتعاقد معها "المفوض له" بالزيادة او النقصان. وهذا الحق ثابت للإدارة المفوضة ولو لم يتم النص عليه في العقد. بل هو ثابت للإدارة ولو لم ينص عليه القانون صراحة، ذلك ان عقود القانون الخاص اذا كانت تقوم على فكرة المساواة بين طرفي العقد دون تمييز او مفاضلة لطرف على طرف، فإن العقد الاداري وخلافا لذلك يقوم على فكرة تفضيل مصلحة على مصلحة.[10]

غير انه لا يجب ان يفهم من هذا ان سلطة التعديل مطلقة، بل هي تمارس ضمن اطار محدد وضوابط دقيقة مجملها في ما يلي:

-أن لا يتعدى التعديل موضوع العقد: مما لا شك فيه ان الادارة المفوضة وهي تمارس سلطتها في التعديل تباشرها على نحو يراعي موضوع العقد الاصلي وان لا يتجاوزه، فلا يجوز لجهة الادارة ان تتخذ من سلطة التعديل ذريعة لتغيير موضوع الصفقة وارهاق الطرف المتعاقد معها "المفوض له"، وعليه لا تستطيع الادارة المفوضة ان تعدل احكام اتفاقية تفويض المرفق العام المحلي في شكل الوكالة المحفزة على نحو يغير موضوعها

مثلا.[11] والا كنا امام عقد تفويض جديد، ذلك أن المفوض له عندما قبل التعاقد "التفويض" والتزم بتنفيذ التزاماته فانه راعى في ذلك قدراته المالية والفنية،[12] فإذا أقبلت الادارة على التغيير الموضوعي او الهيكلي لعقد التفويض فان ذلك قد لا يناسب المفوض له، ومن هنا وجب ان يكون التعديل من حيث المدى والاثر نسبيا بحيث لا يؤثر على العقد الاصلي للوكالة المحفزة.

-أن يكون للتعديل أسباب موضوعية: لا شك وان الادارة وهي تباشر سلطتها في تعديل العقود الادارية والصفقات العامة وتفويضات المرفق العام لا تتحرك من فراغ ،بل هناك عوامل تدفعها لتعديل هذه العقود بهدف ضمان حسن سير المرافق العامة وتلبية الخدمة العامة للجمهور على احسن وجه، فالإدارة العامة تتعاقد في ظروف معينة وقد تتغير هذه الظروف في مرحلة ما بعد التوقيع على العقد، لذا وجب الاعتراف للإدارة بحق تعديل عقد التفويض المتمثل في الوكالة المحفزة بما يتماشى والظروف الجديدة ويلبي حاجات المنتفعين من خدمات المرفق العام.[13]

– أن يصدر قرار التعديل في حدود القواعد العامة للمشروعية: إن وسيلة الادارة المفوضة في تعديل عقد تفويض ما هو القرار الاداري، حيث تصدر الإدارة المفوضة قرارا اداريا بموجبه تعلن عن نيتها في تعديل عقد الوكالة المحفزة،[14] ووجب حينئذ ان تتوفر في هذا القرار سائر اركان القرار الاداري ليكون مشروعا.[15]

3.2 سلطة توقيع الجزاء:

تملك الادارة باعتبارها سلطة عامة توقيع جزاءات على المتعاقد معها اذا ثبت اهماله او تقصيره في تنفيذ احكام عقد التفويض او العقد الاداري عامة، أو عدم مراعاة الاجال او عدم احترامه لشروط التعاقد مثلا.[16]

ويعود تأسيس سلطة توقيع الجزاء الى فكرة تأمين سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، فهذه الأخيرة تفرض تزويد جهة الادارة والاعتراف لها في مجال التعاقد بممارسة جملة من السلطات من بينها سلطة توقيع الجزاءات للضغط اكثر على المتعاقد معها واجبارها على احترام شروط العقد والتقيد بالآجال وكيفيات التنفيذ ، دون حاجة للجوء للقضاء بل دون حاجة للنص عليها قانونا، وتصنف هذه الجزاءات الى:[17]

– الجزاءات المالية: لضمان حسن سير المرفق العاعادة ما يخول المشرع جهة الادارة ممارسة جزاءات مالية تجاه المتعاقد معها،[18] ومن الجزاءات المالية ممارسة سلطة توقيع الغرامات، أو صورة مصادرة مبالغ الضمان .ومن هذه الجزاءات المالية نجد الغرامات ومصادرة مبلغ الضمان وهو ما أكد عليه المرسوم

التنفيذي 18-199 في مادته 62 حيث جاء فيها بأنه " يمكن أن تفرض السلطة المفوضة غرامات على المفوض له، إذا تبين أنه أخل بإلتزاماته، وفق ما تنص عليه الإتفاقية.

غير أنه وقبل اللجوء الى الغرامات، يجب على السلطة المفوضة أن توجه إعذارين (02) للمفوض له، لتدرك النقائص المسجلة في الآجال المحددة.

وبإنقضاء هذه الآجال، تطبق السلطة المفوضة الغرامات المنصوص عليها في إتفاقية تفويض المرفق العام. وفي حالة ما إذا إستمر المفوض له في الإخلال بإلتزاماته، يمكن للسلطة المفوضة اللجوء، من جانب واحد، الى فسخ إتفاقية تفويض المرفق العام، دون تعويض المفوض له.

تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة، عند الحاجة، بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية ".

– وسائل الضغط: من وسائل الضغط المكرسة قضاءا أو المعتمدة فقها ان تعهد الادارة المتعاقدة بتنفيذ العقد وتفوضه لمتعامل آخر على حساب المتعامل المتعاقد الذي اخل بالتزاماته ، وتأسيس ذلك صلة بفكرة استمرارية المرفق العام وخدمة الجمهور، فلا يمكن التسليم بتوقف نشاط المرفق وتأثر حركته ومردوده بسبب تقصير المفوض له.[19]

غير ان هذه السلطة ، وبالنظر الى خطورتها واثارها فان الادارة لا تلجأ اليها الا في حالات الاخلال الجسيم بالأحكام التعاقدية ،وعادة ما توجه الادارة قبل ممارستها لهذه السلطة انذارا ينشر في الصحف لتنذر به الطرف المخل ،وتمارس بعد اصداره الاجراءات القانونية اللازمة في هذه الحالة، وعليه فالإدارة المتعاقدة "السلطة المفوضة" تتمتع بمجموعة من وسائل الضغط على المتعاقد معها "المفوض له" بغية دفعه لتنفيذ العقد الإداري إستجابة لمقتضيات المصلحة العامة وتلبية لإحتياجات الجمهور أهمها وضع المرفق تحت الحراسة في عقود التفويض مثلا.[20]

4.2 سلطة فسخ العقد:

يستهدف هذا الامتياز او السلطة المخولة للإدارة انهاء او فسخ الرابطة التعاقدية، وقطع العلاقة بينها وبين المتعامل المتعاقد "المفوض" ويفترض هنا في هذه الحالة أن يقدم المتعامل المتعاقد على ارتكاب خطأ جسيم يخول للإدارة ممارسة هذه السلطة.[21] فالفسخ عبارة عن حدث إستثنائي تترتب عليه نهاية مسبقة او مبكرة للعقد المفوض، ويؤدي الى ايقاف تنفيذ العقد قبل اوانه.[22]

ففي عقود التفويض يتصور ان يلجأ الملتزم لخرق البنود المتعلقة بالرسوم التي يلتزم المنتفعون من

خدمات المرفق بدفعها فيبادر الى رفعها،[23] دون علم الادارة وموافقتها، او ان يميز بين المنتفعين اعتمادا على اسس تتعلق بجنس المنتفع او معتقده، فهذا الفعل من جانبه يخول للادارة فسخ الرابطة العقدية، وقد اطلق مجلس الدولة الفرنسي على هذه الحالة مصطلح اسقاط الالتزام.[24]

غير ان سلطة فسخ العقد بالنظر لخطورتها وإثارها، فان الادارة قبل ممارستها تلتزم باعذار المعني بالأمر وهذا ما اقره القانون المقارن.[25]

وطبقا للأحكام الواردة في المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام يمكن ان يتخذ الفسخ الاشكال التالية:

_الفسخ بسبب خطأ المتعامل المتعاقد.

_الفسخ دون خطأ المتعامل المتعاقد.

_الفسخ الاتفاقي او التعاقدي.

وهو ما نصت عليه المواد من 62 الى 65 من المرسوم التنفيذي 18_199 المتضمن تفويض المرفق العام.

3. آثار تنفيذ عقد الوكالة المحفزة بالنسبة للمفوض له

ينجم عن ابرام العقد التفويضي آثار بالنسبة للمتعامل المتعاقد او المفوض له تتمثل في الاعتراف له بمجموعة من الحقوق، وتحمله مجموعة من الالتزامات.

1.3 حقوق المفوض له:

تأخذ حقوق المتعامل المتعاقد والمفوض له طبيعة واحدة، هي الطبيعة المالية وان كانت تختلف صورها واجراءاتها وحالاتها بين حق وآخر.

فالمفوض له عندما ينفذ التزاماته المتعلقة بموضوع عقد الوكالة المحفزة صار من حقه الحصول على المقابل المالي بالكيفية التي حددها القانون. ثم ان المتعامل المتعاقد "المفوض له" اذا واجهته اثناء التنفيذ وقائع وعوامل مرهقة لا يمكن معها الإستمرار في التنفيذ بات من حقه المطالبة بما سمي بالحق في التوازن المالي، واذا اصاب المفوض له ضررا جراء عمل قامت به الادارة جاز له المطالبة بالتعويض.[26]

وعليه تنقسم حقوق المفوض له الى:

-الحق في المقابل المالي: حيث جاء في المادة 55 فقرة 04 "يدفع المفوض له اجر مباشرة من السلطة المفوضة في شكل منحة تحدد بنسبة من رقم الاعمال تضاف اليها منحة الانتاجية وعند الاقتضاء حصة من الارباح". وتحدد السلطة المفوضة بالاشتراك مع المفوض له التعريفات التي يدفعها مستعملوا المرفق

العام، ويحصل المفوض له التعريفات لصالح السلطة المفوضة المعنية وهذا بموجب المادة 55 من المرسوم التنفيذي 18-199 السابق ذكره. فعقد التفويض "الوكالة المحفزة" شأنه شأن الصفقة حيث يقوم المفوض له بتنفيذ العمل أو الخدمة تبعا للمواصفات والشروط المتفق عليها وحسب موضوع العقد، وتلتزم الادارة بدفع المقابل المالي بالأشكال والكيفيات التي حددها القانون.[27]

-الحق في التعويض: من حق المفوض له طلب تعويض من الادارة المتعاقدة معه عن الأضرار التي تصيبه نتيجة الاخلال بالتزاماتها التعاقدية، أو لممارسة حقها في تعديل شروط العقد.

فطبقا للمبادئ العامة المقررة في القانون المدني فإن الادارة اذا تسببت في احداث ضرر للمتعامل المتعاقد"المفوض له" جاز لهذا الاخير مطالبتها بالتعويض.[28] وكذلك الحال بالنسبة لإخلالها بالتزاماتها التعاقدية، فالتجاوز أو الخرق قد يحدث من جانب الادارة المتعاقدة فتلتزم عندئذ بالتعويض.[29]

وعليه ففي كل الحالات وجب اللجوء للقضاء المختص لكي يثبت المتعامل المتعاقد او المفوض له اما خطأ الادارة او تجاوزها لاحد بنود العقد للمطالبة بالتعويض،أو حتى عند القيام بأعمال ثانوية ،أو تحمل اعباء اضافية وغيرها من حالات التعويض.[30]

-الحق في التوازن المالي: قد ينجم عن تنفيذ الصفقة احداث او وقائع من شأنها ارهاق المتعامل المتعاقد والتأثير البالغ على مركزه المالي بما يعطي له حق المطالبة بإعادة التوازن المالي، فاذا كانت مراكز الاطراف متساوية في عقود القانون الخاص،[31] فانه خلافا لذلك يكون في العقود الادارية وتفويضات المرفق العام التي قد يتحمل المتعامل المتعاقد عبئا ماليا لم يكن في الحسبان ساعة التعاقد بما يفرض مراعاة هذا الطارئ الجديد، والإعتراف له بحقوقه المالية تشجيعا له على تنفيذ التزاماته.[32]

وتعتبر نظرية التوازن المالي نظرية قضائية محصنة، يعود للقضاء الفرنسي الفضل في اظهارها الى حيز الوجود، من خلال القضايا المعروضة عليه، كان أولها قضية العربات الكهربائية بتاريخ 1910/03/11.[33]

وتجدر الاشارة الى ان الاعتراف للمتعامل المتعاقد "المفوض له" بحق التوازن المالي يدخل إما تحت نظرية فعل الأمير أو نظرية الظروف الطارئة:

أ- نظرية فعل الامير:

يقصد بفعل الامير جميع الاعمال الادارية المشروعة الصادرة عن السلطة الادارية المتعاقدة، وتؤدي

الى الاضرار بالمركز المالي للمتعامل المتعاقد،[34] وهذه النظرية من منشأ القضاء الفرنسي.[35]

ويجد هذا المبدأ اساسه القانوني في المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247، وهكذا فقد قنن المشرع الرئاسي هذه النظرية ذات المصدر القضائي والتي تأثر بها منذ فجر الاستقلال.[36]

وحسن فعل المشرع حين أخر الحل الودي لحسم النزاعات الناتجة عن التنفيذ بترخيصه للطرفين المتعاقدين اعادة النظر في الاحكام المالية للعقد بما يعيد الاعتبار المالي للمفوض له ويدفعه اكثر للوفاء بالتزاماته ومواصلة التنفيذ،[37] وهو ما نصت عليه أحكام المادة 70 من المرسوم التنفيذي 18-199 "يجب على السلطة المفوضة والمفوض له في حالة وجود خلاف بينهما في تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام، البحث عن حلول ودية من خلال اللجوء الى لجنة التسوية الودية للنزاعات المنصوص عليها في المادة 71 ادناه" .

وحتى يطالب المتعامل المتعاقد أو المفوض له بحقه في التوازن المالي بعنوان نظرية فعل الامير وجب توفر ثلاثة شروط:[38]

1_ان يصدر العمل الذي تسبب في الخلل المالي للمتعامل المتعاقد عن الادارة نفسها.[39]

2_ان يكون العمل القانوني الصادر عن الادارة المتعاقدة مشروعا وغير مخالف للنظام العام .

3_ان يؤدي العمل المشروع الصادر عن الادارة المتعاقدة الى قلب اقتصاديات العقد ،والتأثير عليها بصورة اساسية ،بما يؤثر على المركز المالي للمتعامل المتعاقد "المفوض له" فيسبب له ضررا ماليا.[40]

ب- نظرية الظروف الطارئة:

أثناء تنفيذ العقد الاداري قد تطرأ ظروف معينة خارجة عن ارادة الاطراف المتعاقدة وغير متوقعة، تؤدي الى توقف تنفيذ العقد واستحالة متابعة التنفيذ مما قد يؤدي الى الحاق ضرر بالمتعاقد "المفوض له" مع الادارة وهو ما يطرح مسألة مصير تنفيذ الالتزامات التعاقدية، وإعادة التوازن المالي للعقد الاداري في ظل القوة القاهرة أو الظرف الطارئ.[41]

وتعتبر نظرية الظروف الطارئة هي الاخرى نظرية قضائية كان للقضاء الفرنسي ممثلا في مجلس الدولة الفضل في ظهورها، بمناسبة فصله في قضية الإنارة لمدينة بوردو.[42]

وعليه تتميز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية فعل الامير كون العمل المتسبب في الخلل المالي بالنسبة لنظرية فعل الامير صدر عن الادارة المتعاقدة "المفوضة"، بينما في نظرية الظروف الطارئة ليس للإدارة المتعاقدة أي يد في إحداث الخلل المالي فهو عارض خارجي وليس للإدارة أي دخل فيه.[43]

ولتطبيق نظرية الظروف الطارئة وجب توافر الشروط التالية:[44]

1-وقوع حوادث استثنائية غير متوقعة اثناء التنفيذ كارتفاع الاسعار.

2-ان يكون الحادث الطارئ خارجا عن ارادة الطرفين.

3-يجب ان ينجم عن الحادث الطارئ خسائر غير مألوفة.

4-ينبغي ان يكون الحادث الطارئ غير متوقع.

وتجد هذه النظرية اساسها القانوني في الجزائر في نص المادة 107 من القانون المدني وايضا في المادة 153 من المرسوم 15_247 والتي ورد فيها بصريح العبارة امكانية اعادة التوازن المالي في اطار الملحق ودون الحاجة للخضوع لهيئات الرقابة الخارجية ،بما يعني مراعاة التنظيم الجديد للصفقات العامة وتفويضات المفوض العام للإرهاق المالي للمفوض له او المتعامل المتعاقد، فأجاز اعادة الاعتبار المالي له في اطار حل ودي.

2.3 التزامات المفوض له

ان يتمتع المفوض له بمجموعة من الحقوق يعد غير كاف لضمان التنفيذ الجدي للعقد ،حيث يقع على كاهله مجموعة من الالتزامات اهمها :

-الأداء الشخصي للخدمة موضوع العقد: ويقصد بواجب التنفيذ الشخصي ان يلتزم صاحب عقد التفويض "المفوض له" بالوفاء بالتزاماته التعاقدية بنفسه، وأن يمتنع عن التنازل كليا او جزئيا عن ذلك للغير الاجنبي عن العقد،واذا كان هذا هو المبدأ العام ،فانه ليس بالمبدأ المطلق اذ يقبل بعض الإستثناءات.[45]

ولا يقصد بالأداء الشخصي للعمل او الخدمة موضوع عقد التفويض ان يلتزم المفوض له بأداء الخدمة وحده دون الاعتماد على الغير او الاستعانه بهم لتنفيذ محل العقد، بل المقصود منه ان المفوض له لا يمكن ان يلقي بمسؤوليته الى الغير فيتحلل من بعض التزاماته،[46] فهو المسؤول بعد توقيع عقد الوكالة المحفزة على التنفيذ الكامل والتام والنهائي حتى ولو عهد للغير بالقيام بجزء من العمل او الخدمة في إطار ما يطلق عليه في المرسوم التنفيذي 18-199 بعقد المناولة، وذلك في المواد 60 و61 منه.

-أداء الخدمة حسب الكيفيات المتعاقد عليها: يلتزم المفوض له بأداء الخدمة حسب الشروط والاوصاف المتفق عليها لذا وجب عليه تحمل نتيجة تعهده وإلتزاماته وأن ينفذ العقد حسب ما تم التعاقد عليه.[47]

-الإلتزام بأداء الخدمة في الاجال المتفق عليها : لا يكفي الوفاء الشخصي بالالتزام التعاقدي في العقد

الاداري ،بل يلزم ان يتم ذلك في المواعيد المحددة وذلك للاستفادة بالشيء موضوع العقد،[48] وذلك لما لها من علاقة بحسن سير المرفق العام ،فلا يجوز للمفوض له تجاوز الاجل المتفق عليه .واذا قام بتجاوزه فان للإدارة حق الفسخ ويتحمل المفوض له النتائج القانونية المترتبة على ذلك.

-الإلتزام بدفع الكفالات ومبالغ الضمان المطلوبة: على المتعاقد مع الادارة "المفوض له" ان يدفع مبلغ الضمان وهذا من اجل ابراز قدراته المالية لتنفيذ العقد، ويعتبر مبلغ الضمان كاحتياطي مالي يوضع تحت تصرف الادارة وبامكانها مصادرته في الاوضاع المحددة قانونا.[49]

4. خاتمة:

كخاتمة لهذه الورقة البحثية يمكن القول أنه بعد صدور المرسوم الرئاسي 15-247 ظهرت الضرورة لوجوب صدور تنظيم آخر يدعم هذا الأسلوب ويوفيه بالتنظيم الإجرائي ويحدد قواعده العامة، وهو ما حث عليه فقهاء القانون الإداري الجزائري في كتاباتهم وباحثيه في توصياتهم، وهو ما جعل المنظم الجزائري يستجيب ويصدر المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام الذي جمع فيه كل عقود تفويضات المرفق العام وحدد قواعدها العامة، ومن بين هذه العقود المقننة بموجب التنظيم الجديد الوكالة المحفزة موضوع الدراسة.

نتائج الدراسة:

من خلال هذه الدراسة تم التوصل إلى جملة من النتائج نوجزها فيما يلي:

- إستجابة المنظم للأصوات والتوصيات المنادية بضرورة وضع تنظيم خاص لتفويض المرافق العامة.
- عقد الوكالة المحفزة يخلق آثارا نتيجة لتنفيذه شأنه في ذلك شأن باقي عقود التفويض الأخرى وعقود الصفقات العامة، وذلك سواءا بالنسبة للسلطة المفوضة أو المفوض له.
- بعد تحقق شروط الإبرام ودخول العقد التفويضي "الوكالة المحفزة" حيز التنفيذ فإن السلطة المفوضة يصبح للسلطة المفوضة جملة من الوسائل القانونية التي تمكنها من متابعة التنفيذ والتي تتمثل في الرقابة والتوجيه وكذا سلطة التعديل المنفرد لإلتزاماتها العقدية دون إعطاء الفرصة للمفوض له للإحتجاج المبني على أن العقد شريعة المتعاقدين.
- بإعتبار السلطة المفوضة هي المسؤول الأساس والأول عن سير المرافق العامة فلها الحق في إتخاذ الإجراءات اللازمة لكن في حدود محددا قانونا وتنظيما، وفي المقابل ونظرا لخطورة هذه الوسائل والسلطات الممنوحة للسلطة المفوضة قدر المنظم الجزائري وضع مجموعة قيود وضوابط يضمن من

خلالها عدم تعسف السلطة المفوضة في ممارسة سلطاتها وذلك بمنح المفوض له في المقابل جملة من الحقوق لكن أقر له أيضا جملة من الإلتزامات.

اقتراحات الدراسة:

من أجل تعزيز أكثر لدور الوكالة المحفزة في تسيير المرافق العامة المحلية نقترح التوصيات التالية:

- ضبط المفاهيم وتحديد المعايير المتعلقة بمختلف عقود التفويض.
- وضع عقود نموذجية حسب خصوصية كل عقد تفويضي.
- التكثيف من الملقيات التفصلية الخاصة بكل عقد تفويض على حدى، لدراسة هذه الأساليب وجدواها من طرف الباحثين والموظفين وأصحاب رؤوس الأموال.
- تفعيل أكثر للدور الرقابي وهذا مكافحة للفساد ومحافظة على المال العام.
- تبني أفكار الحكم الراشد وتضمينها أكثر في عقود التفويض.
- توسيع صلاحيات سلطة ضبط الصفقات العمومية والمرافق العامة حتى تتمكن:
- أولا: من الإشراف على الإجراءات التي تتطلبها عملية إختيار المتعامل المتعاقد أو المفوض له المناسب، وهذا ضمانا لنزاهة وشفافية عملية إبرام عقود التفويض.
- ثانيا: الإشراف على كيفية تنفيذ عقد التفويض حماية للمال العام ومستعملي المرفق العمومي.

5. الهوامش:

[1]/ محمد الصغير بعلي، (2017)، القرارات والعقود الإدارية، د ط، دار العلوم عنابة، الجزائر، ص 266.

[2]/ ربيحة سبيكي، (2013)، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، ص 16.

[3]/ عصمت عبد الله الشيخ، (2003)، مبادئ ونظريات القانون الإداري، د ط، جامعة حلوان، مصر، ص 257

[4]/ عمار بوضياف، (2017)، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة 05، القسم الثاني، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 07.

[5]/ عصام بنحسن، (2007)، سلطات الإدارة أثناء تنفيذ الصفقات العمومية، مجلة دراسات، كلية الحقوق، جامعة صفاقس، تونس، ص 202.

[6]/ محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 267.

[7]/سعيد بوعلي ونسرين شريقي ومريم عمارة، (2016)، القانون الإداري "التنظيم الإداري-النشاط الإداري"، الطبعة 02، دار بلقيس للنشر، الدار البضاء الجزائر، ص 139.

[8]/ عادل بوعمران، (2018)،النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية "دراسة فقهية وتشريعية وقضائية، منشورات دار الهدى، باتنة، الجزائر، ص 187، وأنظر أيضا عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، المرجع السابق، ص 12.

[9]/ محفوظ عبد القادر، (2014)، سلطات الإدارة في التعديل الإنفرادي للعقد الإداري –دراسة مقارنة- ، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، ص 08، أنظر أيضا عصمت عبد الله الشيخ، المرجع السابق، ص 277، ومحمد فؤاد عبد الباسط، (1989)، أعمال السلطة الإدارية "القرار الإداري، العقد الإداري"، دار الفكر الجامعي، مصر، ص 403.

[10]/ سعيد عبد الرزاق باخيرة، (2008)، سلطات الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه علوم، كلية الحقوق، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، الجزائر، ص 152، وأنظر أيضا محمد حاجي، (2011)، سلطات الإدارة في تعديل الصفقة العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ص 20.

[11]/أحمد محيو، (1996)، محاضرات في المؤسسات الإدارية،ترجمة محمد عرب صاصيلا، ط 05 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص383 .

[12]/ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، المرجع السابق، ص 13.

[13]/ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، المرجع السابق، ص 14.

[14]/ علي عبد العزيز الفحام، (1975)، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، رسالة دكتوراه حقوق، جامعة عين شمس، مصر، ص 20.

[15]/ محمد حاجي، المذكرة السابقة، ص 29. وأنظر أيضا محمود عاطف البنا، (د س ن)، العقودا لإدارية، ط1 ، دارالفكرالعربي، القاهرة، ص 232 .

[16]/ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، المرجع السابق،ص 20. وأنظر أيضا منصور إبراهيم العتوم، (يناير 2013)، النظام القانوني للغرامة التأخيرية في العقود الإدارية "دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة الشريعة والقانون، العدد الثالث والخمسون، السنة السابعة والعشرون، ،كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص 348.

[17]/ عادل بوعمران، المرجع السابق، 192.

[18]/ عادل قرانة، (2014)، الجزاءات المالية في العقد الإداري، أطروحة دكتوراه علوم، كلية الحقوق، جامعة عنابة، الجزائر، ص 08.

[19]/ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، المرجع السابق، ص 28.

[20]/ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 275، أنظر أيضا عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، ص 29.

[21]/ معتز القرقوري، (2007)، فسخ الصفقة العمومية في القانون التونسي ، مجلة دراسات، كلية الحقوق جامعة صفاقس، تونس، ص 225.

[22]/ عمارة بلغيث، (2007)، فسخ الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، مجلة دراسات، كلية الحقوق، جامعة صفاقس، تونس، ص 235، وأنظر أيضا علي بن شعبان، (2012)، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، ص 116.

[23]/ عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة 04، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص 176.

[24]/ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 30.

[25]/ سليمان الطماوي، (1997)، مبادئ القانون الإداري "نظرية المرفق العام وأعمال الإدارة"، الجزء 02، دار الفكر العربي، مصر، ص 548، وأنظر أيضا عادل قرانة، الأطروحة السابقة، ص 195.

[26]/ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، المرجع السابق، ص 36.

[27]/ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، المرجع السابق، 36. أنظر أيضا عادل بوعمران، المرجع السابق، ص 199.

[28]/ حمدي ياسين عكاشة، (1998)، العقود الإدارية، منشأة المعارف، د ط، الإسكندرية، مصر، ص 355.

[29]/ سعيد بوعلي ونسرين شريقي و مريم عمارة، المرجع السابق، ص 140.

[30]/ بعلي محمد الصغير، المرجع السابق، ص 285. أنظر أيضا عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، المرجع السابق، 49.

[31]/ صدراتي صدراتي، (1984)، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، ص 11.

[32]/ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، المرجع السابق، 49.

[33]/ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 610.

[34]/ عثمان بوشكيوة، (2005)، التوازن المالي للصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، المركز الجامعي سوق أهراس، الجزائر، ص 58.

[35]/ مازن ليلو راضي، (2002)، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ص 119.

[36]/ عثمان بوشكيوة، المذكرة السابقة، ص 63.

[37]/ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، المرجع السابق، 51.

[38]/ سعيد بوعلي ونسرين شريقي ومريم عمارة، المرجع السابق، ص 141.

[39]/ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 631، وأنظر أيضا محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي تواجهها تنفيذ العقود الإدارية وأثارها القانونية، د ط، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، د س ن، ص 83.

[40]/ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، المرجع السابق، 52.

[41]/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، (2005)، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ص 153.

[42]/ محمود عبد المجيد المغربي، (د س ن)، المشكلات التي تواجهها تنفيذ العقود الإدارية وآثارها القانونية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ص 126.

[43]/ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 294.

[44]/ سعيد بوعلي ونسرين شريقي ومريم عمارة، المرجع السابق، ص 142.

[45]/ توفيق الغناي، (2007)، واجب تنفيذ الصفقة من قبل معاقد الإدارة ، مجلة دراسات، كلية الحقوق، جامعة صفاقس، تونس، ص 143.

[46]/ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، المرجع السابق، ص 58.

[47]/ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 746.

[48]/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 178.

[49]/ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، المرجع السابق، ص 26.