تاريخ الاستلام: 06-04-2022. تاريخ القبول: 26-07-2022.

سلطة تعديل العقد الإداري بين النظرية التقليدية والاتجاهات الحديثة

The power to modify the administrative contract between traditional theory and modern trends

شقاف ابتسام فاطمة الزهراء

المركز الجامعي مغنية - تلمسان (الجزائر)

chekkafibtissem@gmail.com

ملخص:

تقرر للإدارة في إطار تنفيذ العقود الإدارية سلطات وامتيازات واسعة، من أجل ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد، ومن بين هذه الامتيازات سلطة تعديل العقد الإداري أو ما يعرف في الاصطلاح القانوني بالملحق الذي يعتبر وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة الأصلية، وتهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على نطاق سلطات الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة، حيث نخلص إلى أنّ التعديل الذي تقوم به المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية يكتسي طابعا تعاقديا وذلك بموجب المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، أمّا باقي العقود الإدارية فنحتكم إلى النظرية التقليدية أي إلى رجحان سلطة التعديل الانفرادي.

كلمات مفتاحية: الإدارة، المتعامل المتعاقد، التعديل الانفرادي، العقد شريعة المتعاقدين، الملحق.

Abstract:

In the implementation of administrative contracts, the administration has broad privileges, in order to ensure the proper functioning of the public utility on a regular basis . Among these privileges is the authority to amend the administrative contract or what is known in the legal term as the Annex, which is considered a contractual document belonging to the original transaction .This study aims to highlight the limits of the administration in amending the contract at its own will, as we conclude that the amendment made by the contractor service in the public transactions is of a contractual nature under Article 136 of Presidential Decree No. 15-257, while the rest of the administrative contracts refer to the classic point of view, that is, the preponderance of the authority of unilateral amendment .

Keywords: Administration, Contractor Dealer, Unilateral Amendment ,Pacta sunt servanda , Annex.

مقدمة:

ظهرت العقود الإدارية تاريخيا باعتبارها أعمال إدارية قانونية وبصرف النظر عن طريقة أو شكل انعقادها بعد القرار الإداري، وهذا عندما تنازلت الإدارة عن جزء من امتيازاتها لتبحث عن معاونين اقتصاديين واجتماعيين من أجل المساهمة في تسيير المرافق العامة، وهذا راجع لسببين وهدفين متكاملين هما تخفيف العبء على كاهل الإدارة بالإضافة إلى الانفتاح على النشاط الخاص بإشراكه في الشأن العام كخطوة نحو الديمقراطية الإدارية[1].

تتمتع الإدارة في مجال العقود الإدارية بامتيازات وصلاحيات استثنائية واسعة لمواجهة المتعاقد معها، تشمل كافة مراحل إبرام العقود الإدارية وتنفيذها بما يمنح للإدارة مركزا قويا و امتيازا تعاقديا مقارنة بالمتعاقد معها، و تبرز مظاهر السلطة العامة بصورة جلية في مرحلة تنفيذ العقد الإداري، إذ بإمكانها ان تعدل بنود العقد بإرادتها المنفدرة، وذلك خلافا للأصل العام الذي يقتضي أن العقد لا يمكن تعديله إلاّ بموافقة أطرافه، وذلك بموجب المادة 106 من القانون المدني[2] بنصها : "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلاّ باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرّرها القانون".

وتعرّف سلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري بأنّها: "المكنة التي تسمح للإدارة بتعديل العقد بإرادتها المنفدرة أثناء التنفيذ، بصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد"[3]. ونظرا لأهمية سلطة التعديل في العملية التعاقدية في العقود الإدارية، فقد ثار جدل فقهي كبير بين مؤيّد ومعارض لفكرة التعديل الانفرادي للعقد الإداري، ممّا دفع بالسلطة التنظيمية إلى وضع ضوابط وقيود على الإدارة المتعاقدة لممارسة هذه السلطة.

وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-247[4] نجد أنّ المشرع الفرعي يمنح للمصلحة المتعاقدة تعديل الصفقة العمومية - التي تعتبر من أهمّ العقود الإدارية- بواسطة اللجوء لآلية الملحق.

ويكتسي موضوع دراستنا أهمية بالغة تكمن في تسليط الضوء على النطاق الذي يحق فيه للإدارة تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، ودون موافقة أو رضا المتعاقد معها.

وبناء على ما سبق نطرح الإشكالية التالية: ما هو نطاق سلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة؟

ومن أجل معالجة هذا الموضوع سيتمّ اتباع المنهج التحليلي من خلال دراسة وتحليل النصوص القانونية التي لها صلة بموضوع البحث، وكذا دراسة الآراء الفقهية التي انقسمت حول حق الإدارة في ممارسة سلطة التعديل، وعلى الرغم من أنّ الدراسة ليست دراسة مقارنة، إلاّ أنّنا سنجد المنهج المقارن -يفرض نفسه في بعض نقاط البحث- من خلال الرجوع إلى الأنظمة القانونية المقارنة كفرنسا ومصر.

وفي هذا السياق نقسّم هذا المقال إلى محورين على النحو التالي:

- **المحور الأول: مظاهر سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة.**
- **المحور الثاني: آلية الملحق بين التعديل الانفرادي والحفاظ على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.**

2. مظاهر سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة:

كثيرا ما تلجأ الإدارة إلى ممارسة سلطة تعديل العقد الإداري أثناء تنفيذه لمواجهة ظروف استجدت بعد إبرامه دون رضا المتعاقد معها، ممّا يدفعنا إلى التساؤل حول تأصيل سلطة تعديل العقد الإداري (1.2)، بالإضافة إلى الضوابط الواردة على سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري (2.2).

1.2 تأصيل سلطة تعديل العقد الإداري:

اختلف شراح القانون العام حول حق الإدارة في ممارسة سلطة تعديل العقد الإداري، فذهب جانب من الفقه وعلى رأسهم الفقيه "L'Huillier"[5] إلى إنكار هذا الحق، مستندا في ذلك على موقف مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 11 يوليو 1941 في قضية "Hôpital – hospice de chauny" والذي جاء في منطوقه "إنّ الإدارة لا تستطيع تعديل شروط عمل الوكالة بإرادتها المنفدرة"[6].

وبناء على ذلك يرى الفقيه "L'Huillier" بأنّ سلطة الإدارة في تعديل العقد من جانب واحد قول لا أساس له ابتدعه الفقه ولا يوجد ما يؤيّده في القضاء[7].

والحقيقة أنّ هذا الرأي تعرّض إلى عدّة انتقادات لعلّ أهمّها وقوعه في تناقض فبعد إنكاره لسلطة التعديل عاد واعترف بهذه السلطة في بعض أنواع العقود الإدارية (عقود الالتزام)[8].

بينما ذهب اتجاه ثاني إلى حصر نطاق سلطة الإدارة في التعديل على عقود الأشغال العامة والامتياز وهذا ما تبنّاه الفقيه جيز تحت مسمى "نظرية جيز التحديدية"، والذي تبنى من خلالها فكرة تجزئة سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري بما يمنح للإدارة سلطة تعديل القواعد التنظيمية دون التعاقدية[9].

إلى جانب ذلك يتجه الرأي الراجح في الفقه الفرنسي[10] إلى التأكيد على حق الإدارة في ممارسة تعديل بنود العقد بإرادتها المنفردة، وحتى ولو لم يتمّ النص عليها، وإن تمّ النصّ عليها فإنّه يكون كاشفا لا منشئا.

ويرى الفقيه "André Delaubadere" أنّ سلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية هي من النظام العام ولا يجوز التنازل عنها[11]، وأكّد على أنّ "مبدأ ثبات العقد" في القانون الخاص يقابله مبدأ "عدم ثبات العقد" في القانون الإداري، وتأصيل ذلك يعود لحسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد[12].

ويرجع أصل الاعتراف للإدارة بهذه السلطة إلى قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 21 مارس 1910 في قضية[13]"compagnie générale française des tramways" وتتلخّص وقائع هذه القضية في قيام المحافظ بتعديل عقد الشركة صاحبة امتياز توفير خدمة النقل وزيادة الحافلات المخصصة للخدمة من أجل إشباع الحاجيات المتزايدة لسكان مرسيليا، وإثر قيام نزاع في شأن هذا التعديل اعترف المجلس بحق المحافظ بإجراء تعديلات وإضافات ضرورية من أجل السير العادي للمرفق العام.

أمّا بالنسبة لموقف الفقه المصري فقد أجمع غالبية الفقهاء على أحقية ممارسة الإدارة لسلطة تعديل العقد الإداري[14] متى اقتضت المصلحة العامة ذلك، حتى في حالة عدم وجود نص صريح في العقد الأصلي، وتأصيل ذلك يعود إلى حسن سير المرفق العام وتلبية الحاجات العامة للأفراد المتغيرة باستمرار.

ومن التطبيقات القضائية المصرية التي تؤكد على حق الإدارة في ممارسة التعديل الانفرادي نذكر الحكم الصادر بتاريخ 02 ديسمبر 1952 الذي أكّد من خلاله أنّ الإدارة تستطيع أن تُدرج التغييرات والتعديلات على العقد بما يتماشى مع مقتضيات الصالح العام[15].

وفي الجزائر اتجه أغلب الفقهاء إلى التأكيد على المواقف السابقة التي خولت للإدارة حق ممارسة سلطة تعديل العقد الإداري، حيث نجد الأستاذ "أحمد محيو" قد أكّد أنّه من الصعب إنكار سلطة التعديل بصفة انفرادية لصالح الإدارة، فيكون بذلك قد أقرّ للإدارة سلطة التعديل الانفرادي[16].

وطالما تميّز العقد الإداري بموضوعه وبعلاقته بالمرفق العام وبخدمة الجمهور وبالمصلحة العامة، وجب أن يتميّز بالمقابل بالسلطات الممنوحة للإدارة وعلى رأسها سلطة التعديل، وبغياب سلطة التعديل فإنّ العقد الإداري سيقترب من العقود الخاصة وتتلاشى امتيازات السلطات العامة في مجال التعاقد ويؤثر في النهاية على مجريات تنفيذ العقد العام[17].

ونفس الموقف تبنّاه الدكتور عمار عوابدي بقوله بأنّ الإدارة تملك أن تعدل في التزامات وشروط العقد الإداري سواء أكان التعديل زيادة أو نقصان، وأساس هذه السلطة ينبع ويستمد من ضرورة حسن سير المرفق العام بانتظام وباضطراد[18].

من خلال كل هذه المواقف الفقهية يمكن القول ان حق الادارة في تعديل العقد الاداري هو حق ثابت للإدارة حتى لو لم ينص عليه القانون صراحة و تأصيل ذلك يعود لحسن سير المرفق العام .

ومن التطبيقات القضائية الجزائرية – القليلة – في مجال سلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري نذكر القرار الصادر بتاريخ 25-06-1975 عن المجلس الأعلى للقضاء حيث جاء في القرار: "...يتعذّر على المقاول أن يرفض إنجاز هذه البناءات"[19].

وتتلخّص وقائع هذه القضية حول النزاع الذي ثار بين وزير الأشغال العمومية ضدّ "أ.أ" حيث كانت تربط بينهما صفقة عمومية من أجل إنجاز مجموعتين من المساكن، إلاّ أنّ الإدارة المتعاقدة قررت تعديل بنود العقد وتغيير لطريقة تنفيذها، فقامت بسحب رخصة بناء عشرة مساكن من كل مجموعة، وعلى الرغم من أنّ موضوع النزاع الذي أثير أمام القاضي كان يتعلّق بدفع المنجزات إلاّ أنّ قراره تضمن ما يدلّ على اعتراف للإدارة بسلطة التعديل الانفرادي[20].

ونفس الموقف تبناه مجلس الدولة الجزائري إذ إعترف هو الآخر للإدارة بسلطة التعديل الإنفرادي – مع عدم المساس بالمزايا المالية للمتعاقد- في إحدى القرارات الحديثة الصادرة عنه إذ جاء في منطوقه " حيث أنّه خلال الإجتماع الذي تقرر بالولاية بشأن التعديل الذي طرأ على البطاقة التقنية بأنّ مصالح المستأنف عليها – ولاية برج بوعريرج – قد وافقت على مراجعة وتعديل مساحة الشقة والتي تؤخذ بعين الإعتبار خلال إعادة البطاقة التقنية كما هو ثابت من المراسلة رقم 1385-2006 المؤرخة في 09-12-2006 دون تعديل سعر المتر المربع للشقة . [21]

2.2 ضوابط ممارسة سلطة تعديل العقد الإداري :

إن سلطة الإدارة في تعديل بنود العقد الإداري ليست مطلقة، بل تخضع لجملة من الضوابط نلخصها في النقاط التالية:

- **وجود ظروف استجدت بعد إبرام العقد الإداري:**

حتى يصبح التعديل الذي قامت به الإدارة صحيحا يجب أن تستجد ظروف لاحقة لعملية إبرام العقد وغير متوقعة، تستوجب عليها القيام بالتعديلات حفاظا على سير المرفق العام بانتظام في ظل الظروف والمستجدات التي طرأت، فمن غير المقبول أن تمارس الإدارة هذا الحق وفقا للسلطة التقديرية التي تتمتّع بها وتستخدمها متى تشاء للتخلص من الالتزامات التعاقدية.

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه يتمحور حول ما مدى مشروعية الظروف المستجدة التي تبرر للإدارة سلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري، ومدى مسؤولية الإدارة عن الخطأ في تقديرها؟

ذهب رأي إلى القول بأنّه حتى يمكن للإدارة ممارسة حقها في التعديل لابدّ أن تطرأ مستجدات وظروف بعد إبرام العقد تسوغ هذا التعديل، وأنّ أي خطأ من الإدارة في تقييم وتقدير مقتضيات سير المرفق العام عليها أن تتحمّل ذلك، وبالتالي لا يمكنها ممارسة حقها في التعديل[22].

لكن هذا الرأي تعرّض للانتقادات بكونه تجاهل أساس سلطة التعديل، وهو مقتضيات سير المرفق العام، وما دام أنّ المرفق العام قابل للتغيير تحقيقا للمصلحة العامة فلا يهمّ إن أخطأت الإدارة أم لم تخطأ[23].

- **عدم جواز مساس التعديل بجوهر العقد:**

ينبغي أن لا يؤدي التعديل إلى تغيير جوهري في العقد – أي أنّ يؤدي إلى إنشاء عقد جديد، كتحويل العقد من اتفاقية امتياز إلى عقد أشغال عامة – بل يتعيّن على الإدارة احترام هذه الحدود[24]. ومن هنا وجب أن يكون التعديل من حيث المدى والآثار نسبيا بحيث لا يؤثر على العقد الأصلي[25] .

- **احترام قواعد المشروعية عند إصدار قرار التعديل:**

إنّ الإدارة أثناء ممارستها لسلطة تعديل العقد الإداري فهي تقوم بعمل إداري من خلال إصدار قرار إداري، وبالتالي يتعيّن أن يتوفر في هذا القرار سائر أركان القرار الإداري[26]، فقرار التعديل يجب أن يصدر من السلطة المختصة بإصداره، وفقا للشكل والإجراءات المقررة قانونا، وأن يستهدف تحقيق الصالح العام.

وإذا لم تحترم الإدارة العناصر الشكلية والموضوعية لمشروعية قرار الإدارة بتعديل العقد الأصلي أثناء تنفيذه، جاز للمتعاقد مع الإدارة الطعن ببطلان التعديلات المخالفة لمبدأ المشروعية باعتباره الإطار العام الذي يحكم جميع الأعمال الإدارية.

- **عدم إخلال التعديل بالتوازن المالي للعقد:**

إذا كانت سلطة التعديل الانفرادي حقا للإدارة اتجاه المتعاقد معها فإنّ هذا الأخير يملك حقا اتجاهها أن لا يخلّ هذا التعديل بالتوازن المالي للعقد مما قد يلحق به خسائر فادحة لم يتوقعها أثناء إبرام العقد.

لذا يتعيّن على الإدارة أثناء إجراء التعديل عدم المساس بالمركز المالي للمتعاقد، وأن استعمال الإدارة لسلطاتها مقيّد بما يحدّده القانون لها، وأن لا يغيب عن بالها أنّ المتعاقد أثناء التعاقد وضع في حسبانه إمكانيات وقدرات مالية وفنية يمتلكها، وعليها أن لا تتجاوز هذه الإمكانيات حتى لا يصل الأمر إلى قلب اقتصاديات العقد والإضرار بمصالح المتعاقد.

وتطبيقا لما تقدّم ذهبت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في 16 ديسمبر 1956 بقولها: "يجب أن تكون تلك الأعباء في الحدود الطبيعية المعقولة من حيث نوعها وأهميتها لا أن يكون من شأنها فسخ العقد الأصلي أو تبديل موضوعه أو إنشاء محل جديد له غير ما تمّ الاتفاق عليه، أو أن تؤدي الأعباء إلى إرهاق المتعاقد فتجاوز إمكانياته الفنية أو الاقتصادية"[27].

وفي هذا السياق ، نشير إلى أنّ المشرع الفرعي وبموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247 نص على بعض الضوابط التي تحكم اللجوء إلى آلية الملحق عند تعديل عقود الصفقات العمومية وهذا ماسوف نتطرق إليه عند دراسة الضوابط القانونية لإبرام الملحق .

3. آلية الملحق بين التعديل الانفرادي والحفاظ على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين:

منح المشرع الفرعي المصلحة المتعاقدة سلطة تعديل شروط الصفقة بموجب وثيقة تعاقدية تسمّى الملحق (1.3)، مع وجوب تقيّدها بضوابط محدّدة (2.3)، لأنّ الإدارة تتدخل من أجل تعديل إلتزامات تعاقدية في الصفقة.

1.3 الإطار المفاهيمي للملحق كآلية لتعديل الصفقة العمومية:

جسد المرسوم الرئاسي رقم 15-247 – سابق الإشارة إليه – آلية الملحق في القسم الخامس منه المتضمن المواد 135 إلى 139.

أجازت المادة 135 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام للإدارة المتعاقدة إبرام ملاحق للصفقة، ولكنّها اشترطت أن يتمّ في ضوء أحكام المرسوم الرئاسي.

فالمتمعّن لنصّ المادة يقف على وجود إرادة واحدة تقرّر اللجوء إلى مثل هذا الإبرام.

أمّا المادة 136 في فقرتها الأولى من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 فسّرت المقصود بالملحق بأنّه: "يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدّة بنود تعاقدية في الصفقة".

وباستقرائنا لفحوى هذه المادة يمكن القول أنّ المحلق يكون مكتوبا طبقا لمصطلح الوثيقة، أمّا كلمة تعاقدية فتوحي لنا بوجود إرادتين هما في هذه الحالة إرادة مانح الصفقة أي المصلحة المتعاقدة، وإرادة صاحب الصفقة أي المتعامل الاقتصادي، كما حدّد هذا التعريف تبعة الملحق للصفقة الأصلية أي وجوده يقتضي صفقة سابقة عنه. وباعتبار الملحق عمل تعاقدي، فإنّه يهدف وفق ما تنصّ عليه المادة 136 إلى الزيادة في الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدّة بنود تعاقدية في الصفقة، بحيث أن لا يؤثر هذا التعديل بصورة أساسية على توازن الصفقة[28]، وأن لا يخرج عن موضوعها أو مداها.

وتعمق المشرع الفرعي في بيان حالات اللجوء للملاحق إذ تمّ إضافة فقرة متعلقة بالتعامل بالعملة الصعبة الذي يجب أن يكون محل شهادة إدارية من إعداد المصلحة المتعاقدة ووجوب إرسال نسخة من الشهادة إلى بنك الجزائر والبنك التجاري المعني[29].

كما أشارت المادة 136 في فقرتها الرابعة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بإمكانية اللجوء إلى الأشغال الجديدة خصوصا في صفقات الأشغال وبالتالي تقديم أوامر بخدمة إضافية بأسعار مؤقتة غالبا ما تكون موضوع مفاوضات بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل الاقتصادي ومكتب الدراسات المكلف بعملية المتابعة، وتجسد هذه المفاوضات عن طريق محضر.

و بالرجوع الى المادتين 135 و136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، نلاحظ ان المشرع الفرعي بموجب المادة 135 سمح للمصلحة المتعاقدة بارادتها المنفردة بتقرير امكانية اللجوء الى ابرام ملحق الصفقة العمومية ، على عكس المادة 136 نلاحظ انها لم تسمح للادارة بممارسة سلطة تعديل الصفقة العمومية بارادتها المنفردة ، فهل يفهم من ذلك ان المشرع الفرعي في عقود الصفقات العمومية إختار عدم الخروج عن الأصل العام [30] الذي تقرره المادة 106 من القانون المدني وعليه يتوجب الوقوف على مجموعة من التعاريف المقدمة من قبل الفقهاء حول مصطلح "الملحق".

يعرف الملحق بأنّه: "اتفاق إضافي للصفقة الأولى هدفه تعديل بند أو عدّة بنود تعاقدية قد تضمنتها الصفقة أو زيادة الخدمات أو تقليلها"[31].

وعرّف أيضا بأنّه: "وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، أبرم على إثر التعديلات التقنية والإدارية والمالية المحدثة في الصفقة"[32].

وفي تعريف آخر هو: "وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، أو أن الدافع الجوهري من إبرامه هو التعديل في الالتزامات التعاقدية، والتعديل يحتمل الزيادة أو النقصان أو إضافة أعمال جديدة شريطة أن تكون لها اتصال مباشر بموضوع الصفقة"[33].

وما تجدر الإشارة إليه، أنّ سلطة التعديل التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل الاقتصادي هي على نوعين، تعديل انفرادي يكون بإرادة الإدارة وحدها، وتعديل اتفاقي يكون بتوافق إرادة أطراف العلاقة التعاقدية أي المصلحة المتعاقدة والمتعامل الاقتصادي، وفي كلتا أنواع التعديل سواء الانفرادي أو الاتفاقي فإنّ التعديل لا يكون إلاّ بموجب ملحق الصفقة.

إنّ التعديل الاتفاقي للصفقة لا يثير أي إشكال باعتبار أنّ هناك اتفاق مسبق بين الإرادتين، بخلاف التعديل الانفرادي للصفقة من جانب الإدارة باعتباره سلطة مفترضة ومقررة للإدارة حتى ولو لم يتمّ عليها في الصفقة[34].

ومن خلال التعاريف السابقة يمكن أن نقدّم تعريفا جامعا لمدلول الملحق على أنّه: "وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة وأنّ الدافع الجوهري من إبرامه هو تعديل في الالتزامات التعاقدية تعديل يحتمل الزيادة و/أو النقصان و/أو إضافة أعمال جديدة شريطة أن يكون لها اتصال مباشر بموضوع الصفقة وعدم المساس بجهور الصفقة الأصلية"[35].

وهذا التعريف يكاد يتطابق مع المادة 1/136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 –سابق الإشارة إليه-، وعليه يمكن القول أنّ التعديل في الصفقات العمومية يكتسي طابعا تعاقديا.

2.3 الضوابط القانونية لإبرام الملاحق:

نظرا لخطورة ممارسة الإدارة لسلطة التعديل في الصفقات العمومية على مصلحة المتعاقد معها، توخى المشرع "تهذيبها" بجملة من الشروط على النحو التالي:

- **أن يكون الملحق مكتوبا:**

سبقت الإشارة بأنّ الملحق هو عبارة عن وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويفهم من ذلك ان وجود الصفقة العمومية الأصلية هو شرط جوهري لوجود الملحق، ولما الأمر كذلك فالملحق بمجرد إبرامه وفقا للإجراءات والتنظيمات سارية المفعول والمصادقة عليه ودخوله حيز التنفيذ يصبح جزءا من الصفقة الأصلية[36].

وبالرجوع إلى نصّ المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بقولها: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفقا للشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم...".

وبتحليل هذه المادة يتضح جليا وجوب الكتابة للصفقة العمومية بل ويعدّ شرطا جوهريا لها، وبما أنّ الملحق تابع للصفقة الأصلية فالفرع يتبع الأصل حتى من الناحية الشكلية، وعليه فالملحق لا يمكن أن يكون إلاّ مكتوبا.

- **عدم المساس بالتوازن المالي للصفقة:**

يجب أن لا يمسّ التعديل جوهر الصفقة وإلاّ نكون أمام صفقة جديدة وهذا ما أشارت إليه المادة 136 في فقرتها الثامنة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بقولها: "مهما يكن من أمر فإنّه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة، ما عدا في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف، وزيادة على ذلك لا يمكن أن يغير الملحق موضوع الصفقة أو مداها".

وعليه عند إبرام الملحق يجب كقاعدة عامة أن لا يمسّ التوازن الأصلي للصفقة العمومية، ما عدا في الحالة التي تطرأ فيها تبعات تقنية لم تكون متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف، يسمح للإدارة أن تبرم الملحق يمس توازن الصفقة الأصلية استثناءا، كما نصّ المشرع الفرعي على عدم جواز تغيير الملحق لموضوع الصفقة أو مداها لأنّ المتعامل الاقتصادي لجأ إلى التعاقد مع المصلحة المتعاقدة من أجل موضوع معيّن بمبلغ معيّن يقابله، فمن غير المقبول أن يجد نفسه أمام موضوع جديد لو اقترح عليه لأوّل مرّة لكان قد رفضه.

- **إبرام الملحق في الآجال التعاقدية:**

يجد هذا الشرط سنده القانوني في المادة 1/138 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والتي جاء فيها: "لا يمكن إبرام الملحق وعرضه على هيئة الرقابة الخارجية للصفقات المختصة إلاّ في حدود آجال التنفيذ التعاقدية...". نلاحظ أنّ المشرع الفرعي وضع قاعدة عامة مفادها أن يبرم الملحق ويعرض على لجنة الصفقات المختصة – عند الاقتضاء – خلال آجال التنفيذ، ومع ذلك خرج عن هذه القاعدة وأورد عليها استثناءات:

- عندما يكون الملحق عديم الأثر المالي ويخص تعديل بند تعاقدي أو أكثر غير تلك البنود المتعلقة بآجال التنفيذ.

- وجود ظروف غير متوقعة خارجة عن إرادة الطرفين نجم عنه اختلال التوازن المالي للعقد أو أدّى إلى تأخير الأجل التعاقدي الأصلي.

- عدم إمكانية إبرام الملحق محل ضبط للكميات النهائية للصفقة في الآجال التعاقدية، حيث يجوز في هذه الحالة إبرام الملحق بعد الاستلام المؤقت للصفقة ولكن في كل الأحوال قبل إمضاء الحساب العام والنهائي.

وتجدر الإشارة إلى أنّه في الحالتين الأخيرتين فرضت الفقرة الخامسة من ذات المادة على المصلحة المتعاقدة أن تعرض الملحق مهما كان مبلغه على لجنة الصفقات المعنية لغرض المراقبة.

إضافة إلى ما سبق ذكره، نصّت المادة 139 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على وجوب عرض الملحق على لجنة الصفقات المختصة حينما يكون موضوعه معدّلا لتسمية الأطراف المتعاقدة، أو للضمانات المالية أو التقنية أو لأجل التعاقد، و/أو إذا كان مبلغه أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق يتجاوز زيادة أو نقصانا نسبة 10% من المبلغ الإجمالي للصفقة، أو في حال تضمن خدمات تكميلية وكان مبلغه يتجاوز نسبة 10% من المبلغ الإجمالي للصفقة.

4. الخاتمة:

تعتبر سلطة التعديل الانفرادي من أهمّ المميزات التي يتمتع بها العقد الإداري، إذ يحقّ للإدارة بإرادتها المنفردة أن تعدّل بنود العقد، وهذا الحق هو ثابت وأصيل للإدارة حتى ولو لم ينصّ عليه القانون صراحة.

وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجد بأنّه يجيز للمصلحة المتعاقدة تعديل الصفقة العمومية من خلال اللجوء لآليات الملحق.

ومن خلال هذه الدراسة توصلنا إلى جملة من النتائج أهمّها:

- تعدّ سلطة تعديل العقود الإدارية من أهمّ السلطات الممنوحة للإدارة، ومناط هذه السلطة نابع من احتياجات المرفق العام.
- سلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية ليست مطلقة، بل ترد عليها ضوابط معيّنة، والتي تمّ التطرّق إليها من خلال هذه الدراسة.
- الملحق هو عبارة عن وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة العمومية ولا يمثل عقدا جديدا.
- الدافع الجوهري لإبرام الملاحق يتجلى في تحيين الصفقة العمومية مع مختلف المستجدات التي قد تطرأ أثناء مراحل تنفيذها.
- في مجال الصفقات العمومية، التعديل يكتسي طابعا تعاقديا بموجب المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

وتأسيسا على ما سبق يمكن اقتراح بعض التوصيات على النحو التالي:

- تقليص السلطات الممنوحة للإدارة في تعديل العقد الإداري حتى لا تتعسّف في استعمال هذا الحق تحت غطاء ضرورات ومتطلبات المرفق العام أو المصلحة العامة.
- إعادة النظر في النصوص القانونية المتعلقة بتنظيم "آلية الملحق"، خاصة مسألة التوازن الاقتصادي للصفقة العمومية والسقف المالي للملحق الذي لا يمكن للمصلحة المتعاقدة تجاوزه.

5. قائمة المراجع:

(1) – عبد الرحمن عزاوي، خصوصية المصطلحات القانونية في القانون الإداري وانعكاساتها على مفهوم الأعمال الإدارية القانونية ومقوماتها – حالة العقد الإداري -، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1، ع.1، مارس 2012، ص. 384 وما بعدها.

(2) – الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج.ر رقم 78 الصادرة 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم .

(3) – محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام 2004، دار الكتب المصرية، 2003، ص. 103.

(4) – المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر رقم 50، الصادرة في 20 سبتمبر 2015.

(5) – عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، ط2، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص. 15.

(6) – أشار إليه سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2012، ص. 378.

(7) – مراد جدي، وليد شريط، سلطة الإدارة المتعاقدة في تعديل صفقة الأشغال العامة عن طريق الملحق، مجلة أفاق العلوم، جامعة زيان عاشور، جلفة، ع .12، جوان 2018، ص. 48.

(8) – محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010، ص. 167.

(9) – عياد أحمد عثمان، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973، ص. 31.

(10) - George Vedel, droit administratif, Paris, 1973, p. 453.

(11) – علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976، ص. 118.

(12) – سعيد عبد الرزاق باخيرة، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري – دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه علوم، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2007-2008، ص. 152.

(13) – محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص. 160، ومع ذلك هناك دراسات أخرى أكدت أنّ مجلس الدولة الفرنسي طبق سلطة تعديل العقد الإداري لأوّل مرة بتاريخ 10 يناير في قضية "compagnie nouvelle du gaz de ville les rouen" أشار إلى ذلك عمار بوضياف، المرجع السابق، ص. 16.

(14) – محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص. 378.

(15) – خالد باجيلالي، إشكالية الموازنة بين سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري وحماية المركز التعاقدي للمتعاقد، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة أم بواقي، مجلد 8، ع.1، مارس 2021، ص. 172.

(16) – Ahmed Mahiou, cours d'institutions administratives, 2ème édition, Alger, 1979.

(17) – عمار بوضياف، المرجع السابق، ص. 15.

(18) – عمار عوابدي، القانون الإداري، - النشاط الإداري-، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000، ص. 218.

(19) – سهام بن دعاس، سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل الصفقة العمومية بين التقدير والتقييد، دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، مجلد 14، ع.1، 2022، ص. 262.

(20) – عبد القادر محفوظ، سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري – دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014، ص. 26.

(21 _ قرار مجلس الدولة، قرار غير منشور، الغرفة الاولى، القسم الاول،ملف رقم 042784، فهرس رقم 77، المؤرخ في 11-02-2009 ، قضية مؤسسة الترقية العقارية ضد مدير السكن و التجهيزات العمومية و من معها ، أشار اليه عبد الحليم مجدوب ، الضمانات القانونية المخولة لجهة الادارة في مواجهة المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد الإداري ، - دراسة مقارنة – اطروحة الدكتوراه ، تخصص قانون عام ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2018 -2019 ، ص.111.

(22) – حميدة شباب، سلطة التعديل في الصفقة العمومية (الملحق)، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، معهد العلوم القانونية والإدارية ، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريس ، تيسمسيلت، مجلد 6، ع.2، 2021، ص. 598.

(23) – مراد جدي، المرجع السابق، ص. 50.

(24) – أحسن رابحي، الأعمال القانونية الإدارية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2013، ص. 80.

(25) – محمد رحمون، عيشة خلدون، أحمد بورزق، الملحق بين متطلبات تعديل الصفقة وضرورات ترشيد النفقات، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة حسيبة بن بوعلي . شلف ، مجلد6، ع.2، 2020، ص. 1416.

(26) – مونية جليل، التنظيم الجديد للصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247، موفم للنشر، الجزائر، ص. 167.

(27) – سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص. 303.

(28) – سميرة ابن خليفة، الملحق وعامل التوازن الاقتصادي للصفقة العمومية في القانون الجزائري، مجلة الوحدات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية ، مجلد 9، ع.2، 2016، ص. 204.

(29) – المادة 2/136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 – سابق الإشارة إليه -.

(30) – نابلسي نصري منصور، العقود الإدارية – دراسة مقارنة -، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2010، ص. 315.

(31) – Christophe L'Ajoye, droit des marchés public, 2ème édition, France, 2005, p. 183.

(32) – محمد رحمون، عيشة خلدون، أحمد بورزق، المرجع السابق، ص. 1420.

(33) – سهام شقطمي، النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2010-2011، ص. 30.

(34) – Charles Dudgnon, l'avenant au contrat administratif, revue de droit public, LGDJ, n°5, 2009, p. 1355.

(35) – كوثر بن ملوكة، النظام القانوني للملحق في الصفقات العمومية – دراسة مقارنة بين المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والمرسوم الرئاسي رقم 10-236 (الملغى)-، مجلة مجاميع للمعرفة، رقم 5، أكتوبر 2017، ص. 227.

(36) – دحو كراش، الملحق في الصفقات العمومية في القانون الجزائري والفرنسي، النشر الجامعي الجديد، الجزائر، 2017، ص. 98.