الجمهوريّة التونسيّة
المحكمة الإداريّة

الحمد لله،

القضيّة عدد: 315841

تاريخ القرار: 30 ماي 2019

قرار تعقيبي
باسم الشعب التونسي

أصدرت الدائرة التعقيبية الثانية بالمحكمة الإدارية القرار التالي بين:

المعقّب: المكلف العام بنزاعات الدولة **********، عنوانه بمكاتبه، بعدد***** شارع *******، تونس،

من جهة،

والمعقب ضدّها: مقاولات **********_**********_********** في شخص ممثلها القانوني، نائبها الأستاذ **********، الكائن مكتبه بعدد ***** نهج *******، **********، تونس،

من جهة أخرى.

بعد الإطلاع على مطلب التعقيب المقدّم من المكلف العام بنزاعات الدولة **********_**********؛ أعلاه والمرسّم بكتابة المحكمة بتاريخ 23 جوان 2016 تحت عدد 315841 طعنا في الحكم الصادر عن الدائرة الإستئنافية الخامسة بالمحكمة الإدارية عدد 29663 بتاريخ 6 ماي 2016 والقاضي بقبول الاستئناف شكلا ورفضه أصلا وإقرار الحكم الابتدائي المستأنف وإجراء العمل به وبحمل المصاريف القانونية على المستأنف.

وبعد الإطلاع على الحكم المطعون فيه الذي تفيد وقائعه أنّ المعقّب ضدّه أبرم مع وزارة التجهيز صفقة أشغال تهيئة الطريق الوطنية رقم 4 على مستوى منطقة يبهو من ولاية سليانة وتدعيم

الطريق الوطنية رقم 17 والطريق الجهوية رقم 71 بولاية الكاف وأشغال تدعيم الطريق الوطنية رقم 4 بولاية سليانة، وأنّه أثناء تنفيذ الصفقة بين سنتي 2004 و2005 شهدت أسعار المواد الأولية الأساسية المستعملة في انجاز الأشغال المذكورة وخاصة منها المحروقات ارتفاعا مشطا أضيفت إليه العوامل المناخية القاسية بالجهة، ممّا كبّد المقاولة خسائر هامة تسبّبت في فقدانها التوازن المالي للعقد إلى حدّ العجز عن تسديد ديونها، لذلك تقدّمت أمام هذه المحكمة بدعوى في التعويض التي قضت في الطور الابتدائي بإلزام المعقب بجملة من التعويضات، فطعن فيه المعقب أمام الدائرة الاستئنافية الخامسة التي أصدرت حكمها المبيّن أعلاه وهو الحكم موضوع التعقيب الماثل.

وبعد الاطلاع على المذكرة في شرح أسباب الطعن المدلى بها من نائب المعقّب بتاريخ 17 أوت 2016 والمتضمّنة طلب نقض الحكم الاستئنافي المطعون فيه مع الإحالة بالاستناد إلى ما يلي :

-مخالفة أحكام الفصل 242 من مجلة الالتزامات والعقود، بمقولة إن اعتبار محكمة الحكم المنتقد أنّ مادة العقود الإدارية تحكمها قواعد خاصة غريبة عن تلك المعمول بها بين الخواص في غير طرقه، باعتبار أنّ الفصل 10-2 من كراس الشروط الإدارية الخاص بالصفقة نصّ على أنّ الأسعار محدّدة وغير قابلة للمراجعة واعتبرا لكون إرادة الطرفين قد انصرفت إلى انجاز الأشغال موضوع الصفقة خلال أجل معيّن وبأسعار ثابتة لا تقبل المراجعة وهو ما يقوم مقام القانون بينهما في ظل ثبوت عدم التنصيص على إمكانية مراجعة الأسعار على النحو الذي تقتضيه أحكام الفصل 42 من الأمر عدد 3158 لسنة 2002 المؤرخ في 17 ديسمبر 2002 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

- **الخطأ في اعتماد نظرية الأمر الطارئ ومبدأ حسن النية،** بمقولة أنّ إقرار محكمة الحكم المطعون فيه بوجود أمر طارئ تسبّب في اختلال التوازن المالي للعقد المطلوب التعويض عنه وتحميل الإدارة النصيب الأوفر من تبعات ذلك دون الطرف الآخر ومن غير التحقّق من وجوب الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة من طرفي العقد طبق أحكام الفصل 243 من مجلة الالتزامات والعقود، يعدّ سوء تطبيق للنظرية المذكورة وعدم ترتيب النتائج القانونية السليمة المترتبة عن وجوب توفّر حسن نية الطرفين في تنفيذ العقد، لا سيما أنّه ثبت من خلال وقائع القضية ومن المعطيات المتوفرة بالملف أنّ معاقد الإدارة تسبب بخطئه المتمثّل في التراخي في انجاز الأشغال دون مبرّر جدي وعدم احترام الآجال التعاقدية ولا

يجوز له أن ينتفع بذلك الخطأ، وأنّه يمكن في هذا الإطار الاستئناس بأحكام الفصل 2 من الأمر عدد 2472 لسنة 2008 الذي نصّ على أنّ " تشمل المراجعة الاستثنائية المنصوص عليها بالفصل الأول أعلاه الصفقات العمومية ذات الأثمان الثابتة أو القابلة للمراجعة والتي يساوي أجل انجازها أو يفوق 6 أشهر وتمّ انجاز جزء أو كل أشغالها خلال الفترة الممتدة بين أوّل جانفي 2006 و31 ديسمبر شريطة أن لا يكون امتداد الانجاز بعد غرة جانفي 2006 ناتج عن تأخير راجع لصاحب الصفقة".

-**تحريف الوقائع وضعف التعليل المؤدي إلى التناقض في استخلاص النتيجة**، بمقولة أنّ نظرية الظروف الطارئة يجب أن تقوم على توفّر مجموعتيين متلازمتين من الشروط أولها أن يكون الظرف عاما واستثنائيا يحدث أثناء تنفيذ العقد وثانيها أن لا يكون المتعاقد تدخّل في حدوثها وألا يكون في وسعه توقّعها عند إبرام العقد ولا دفعها عند وقوعها وأن يتكبّد خسارة فادحة تتجاوز الخسائر العادية المألوفة، والحال أنّه بتطبيق تلك الشروط على وقائع القضية يتبيّن أنّها لا تتوفر باعتبار أنّ معاقد الإدارة تجاوز الأجل الاتفاقي لتنفيذ الصفقة وهو السبب الرئيسي في الدخول في مرحلة الزيادة الملحوظة في أسعار المواد الأولية للصفقة، كما أنّ المعقّب ضدّه كان يعلم من الوهلة الأولى عند المشاركة في الصفقة وعند إمضاء العقد أنّ بداية الأشغال ستكون في فترة رداءة الأحوال الجوية في تلك الجهة إن لم تكن أكيدة ممّا ينتفي معه شرط عدم التوقع زمن إبرام العقد ، وهو ما يجعل ما توصلت إليه محكمة الحكم المطعون فيه غير مؤسّس قانونا ومتّسما بتحريف الوقائع الناتج عنه الإضرار بالدولة وإثقال كاهلها بأعباء مالية.

وبعد الاطلاع على المذكرة في الرّد المدلى بها من الأستاذ عماد بن الشيخ العربي نيابة عن المعقب ضدّها المذكورة أعلاه بتاريخ 7 سبتمبر 2016 والمتضمّن طلب رفض التعقيب أصلا بالاستناد إلى ما يلي:

-**بالنسبة للمطعن المتعلق بمخالفة أحكام الفصل 242 من مجلة الالتزامات والعقود:** إنّ كراس الشروط الفنيّة المبرم بين الطرفين هو بمثابة عقد الإذعان وأنّ المعقب ضدّه مقيّد باحترام كل بنوده

الفنيّة الخاصة التي توجب عليه ألاّ يضع الخرسانة الإسفلتية إلا متى كانت الطريق والظروف المناخية ملائمة لذلك إذ لا يعقل أن يكون سطح الطريق جافا وخاليا من الرطوبة أو أن تكون الحرارة أكثر من 5 درجات وهو ما أكّده الخبراء المنتدبون في القضية، ومن غير المنطقي كذلك أن تعطي الإدارة الإذن ببداية الأشغال في شهر ديسمبر عند برودة الطقس وتهاطل الأمطار وتشترط عليه في المقابل ألاّ يباشر تغليف الطريق بالخرسانة الإسفلتية إلا عندما تكون الأرضية جافة والأحوال الجوية مناسبة لذلك وتفرض عليه في نفس الوقت أجلا معيّنا لانجاز الأشغال موضوع الصفقات.

- **بالنسبة للمطعن المتعلّق بالخطأ في اعتماد نظرية الأمر الطارئ ومبدأ النزاهة وحسن النية:** إن محكمة الحكم المطعون فيه أقرّت مبدأ حسن النيّة في تنفيذ عقد الصفقة وذلك لوجود انخرام في التوازن المالي للصفقة وأنّ الشروط الفنية تضمّنت مقتضيات مجحفة بما يعني أنّه في صورة تنفيذها على حالتها فإنّ ذلك سيؤدي بالضرورة إلى إلحاق خسائر أثبتها الاختبار، وقد استقر فقه القضاء على اعتبار أنّه متى طرأت ظروف اقتصادية استثنائية أدّت إلى ارتفاع استثنائي في معدل أسعار المواد اللازمة لانجاز الصفقة، فانه يكون من حق معاقد الإدارة الحصول على تعويض بعنوان ما لحقه من خسائر جراء تلك الزيادة حتى يتمكن من مواصلة تنفيذ العقد في ظروف عادية وأنّ مبدأ النزاهة وحسن النية في تنفيذ العقود يوجب عليها الأخذ بعين الاعتبار ما يطرأ من ظروف استثنائية تعوق التنفيذ العادي للصفقة بأن تسعى إلى توفير المناخ الملائم لمعاقدها حتى يتسنى له تنفيذ العقد في ظروف عادية أو على الأقل غير مضنية وإعانته على مجابهتها.

-**بالنّسبة لمطعن المتعلق بتحريف الوقائع وضعف التعليل:** إن اعتماد محكمة الحكم المطعون فيه على أساس نظرية الأمر الطارئ لا يستقيم فهو عنصر فقط من عناصر القوة القاهرة التي تحول دون تنفيذ العقد وقد جاء الحكم المنتقد تدعيما لتوجه الفقهي وتكريسا لما استقر عليه فقه القضاء الإداري.

وبعد الاطلاع على بقيّة الأوراق المظروفة بالملف.

وبعد الاطلاع على القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرخ في 1 جوان 1972 المتعلّق بالمحكمة الإدارية كما تمّ تنقيحه وإتمامه بالنّصوص اللاحقة وآخرها القانون الأساسي عدد 2 لسنة 2011 المؤرخ في 3 جانفي 2011.

وبعد الاطلاع على ما يفيد استدعاء الطرفين بالطريقة القانونية لجلسة المرافعة المعيّنة ليوم 25 أفريل 2019 وبها تمّ الاستماع إلى المستشار السيد رفيع عاشور في تلاوة ملخّص من تقريره الكتابي وحضرت ممثلة المكلف العام بنزاعات الدولة **********

وتمسّكت بما ورد بمستندات التعقيب وحضر السيّد **********

قرّرت المحكمة حجز القضية للمفاوضة والتصريح بالقرار لجلسة يوم 30 ماي 2019.

وبها وبعد المفاوضة القانونيّة صرّح بما يلي:

من جهة الشكل:

حيث قدّم مطلب التعقيب في الأجل القانوني ممّن له الصفة والمصلحة واستوفي بقيّة شروطه الشكلية الجوهرية، ممّا اتّجه معه قبوله من هذه الناحية.

من جهة الأصل:

- **عن المطعنين المتعلقين بمخالفة أحكام الفصل 242 من مجلة الالتزامات والعقود والخطأ في اعتماد نظرية الأمر الطارئ ومبدأ حسن النيّة، لترابطهما ووحدة القول فيهما:**

حيث يعيب المعقّب على الحكم المطعون فيه مخالفته لأحكام الفصل 242 من مجلة الالتزامات والعقود لما اعتبر أنّ القاعدة الأصولية المعمول بها في مجال القانون المدني والتي مفادها أنّ العقد شريعة المتعاقدين لا تجد تطبيقا لها في مادة العقود الإدارية التي تحكمها قواعد خاصة غريبة عن تلك المعمول بها بين الخواص، باعتبار أنّ الفصل 10-2 من كراس الشروط الإدارية الخاص بالصفقة نصّ على أنّ الأسعار محدّدة وغير قابلة للمراجعة واعتبرا لكون إرادة الطرفين قد انصرفت إلى انجاز الأشغال

موضوع الصفقة خلال أجل معيّن وبأسعار ثابتة لا تقبل المراجعة وهو ما يقوم مقام القانون بينهما وذلك في ظلّ ثبوت عدم التنصيص على إمكانية مراجعة الأسعار على النّحو الذي تقتضيه أحكام الفصل 42 من الأمر عدد 3158 لسنة 2002 المؤرخ في 17 ديسمبر 2002 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، كما يعيب المعقب على المحكمة إقرارها بوجود أمر طارئ تسبّب في اختلال التوازن المالي للعقد المطلوب التعويض عنه وتحميل الإدارة النصيب الأوفر من تبعات ذلك دون الطرف الآخر ومن غير التحقّق من وجوب الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة من طرفي العقد طبق أحكام الفصل 243 من مجلة الالتزامات والعقود، يعدّ سوء تطبيق نظرية الأمر الطارئ وعدم ترتيب النتائج القانونية السليمة المترتبة عن وجوب توفّر حسن نية الطرفين في تنفيذ العقد، لا سيما أنّه ثبت من خلال وقائع القضية ومن المعطيات المتوفرة بالملف أنّ معاقد الإدارة تسبب بخطئه المتمثل في التراخي في انجاز الأشغال دون مبرّر جدي وعدم احترام الآجال التعاقدية ولا يجوز له أن ينتفع بذلك الخطأ و يمكن في هذا الاطار الاستئناس بأحكام الفصل 2 من الأمر عدد 2472 لسنة 2008 التي نصّت على أنّه " تشمل المراجعة الاستثنائية المنصوص عليها بالفصل الأول أعلاه الصفقات العمومية ذات الأثمان الثابتة أو القابلة للمراجعة والتي يساوي أجل انجازها أو يفوق 6 أشهر وتمّ انجاز جزء أو كل أشغالها خلال الفترة الممتدة بين أوّل جانفي 2006 و31 ديسمبر شريطة أن لا يكون امتداد الانجاز بعد غرة جانفي 2006 ناتج عن تأخير راجع لصاحب الصفقة".

وحيث إنّه من المستقرّ عليه في فقه قضاء هذه المحكمة اعتبار أنّ نظرية الأمر الطارئ تتوفّر في الصورة التي يتعرّض فيها معاقد الإدارة عند تنفيذ التزاماته التعاقدية إلى صعوبات ماليّة بحتة تكون خارجة تماما عن إرادة طرفي العقد ولها صبغة استثنائية وغير عادية ولم يكن لأحد من طرفي العقد أن يتنبأ بها أو يتوقع حدوثها زمن إبرامه و يجعل من تنفيذ مقتضيات العقد صعبا على معاقد الإدارة ويحمّله أعباء إضافية وخسائر فادحة يؤدي إلى فقدان توازنه المالي.

وحيث يتبيّن بالرجوع إلى مظروفات الملف أنّ أساس مسؤولية الإدارة انبنى لا على أحكام الفصل 242 من مجلة الالتزامات والعقود بل على أساس النظام العام للمسؤولية التعاقدية الواردة صلب الفصل 17 من القانون المتعلق بالمحكمة الادارية وبناء على ما توصّل إليه تقرير الاختبار

المأذون فيه من المحكمة الذي استخلص أنّ سوء الأحوال الجوية أثّرت على آجال تنفيذ الصفقة وكانت عائقا أمام تغليف الطريق بالخرسانة الاسفلتية، سيّما أنّ كراس الشروط الفنية تقتضي أن تكون الأرضية جافة والأحوال الجويّة مناسبة وأنّ تعليق الأشغال في انتظار الحصول على التراخيص الإدارية لاستعمال المتفجرات التي لم تنصّ عليها كراس الشروط الفنيّة الخاصة ساهم في تعطيل مواصلة أشغال الصفقة التي تزامنت مع الارتفاع المتواصل والمفرط لأسعار المواد الأولية والمواد المستهلكة وخاصة منها المواد الاسفلتية والمحروقات والمواد الحديدية التي تمثل نسبة تفوق 70 بالمائة من التكلفة الجملية للصفقة.

وحيث تبيّن على ضوء جملة المعطيات المقدّمة من الخبراء المنتدبين من قضاة الأصل، فقد تحقّقت لديهم شروط توفر نظرية الأمر الطارئ وهما أن مصدرها كان خارج عن ارادة الطرفين وأنّه كان غير متوقع من قبلهما وثانيهما بأنّ تأثير ذلك الأمر على معاقد الإدارة ثابت من جهة تحميله أعباء مالية إضافية غير عادية ينجرّ عنها اختلال التوازن الاقتصادي للعقد.

وحيث يستفاد مما تقدّم أنّه لم يكن من المتاح للمعقّب ضدّه تنفيذ الشروط التعاقدية لأسباب خارجة عن إرادته وأنّ مواصلته تنفيذ الأشغال حسب المواصفات المطلوبة كان غير ممكن له في ظل ثبوت تأثير الأحوال الجوية على عملية التنفيذ.

وحيث يتبيّن بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أيضا، أنّ المحكمة ميّزيت بوضوح بين نظرية الأمر الطارئ على النحو المبيّن أعلاه ونظرية القوة القاهرة التي تضع معاقد الادارة في حالة استحالة مواصلة تنفيذ العقد لتستخلص أن مبدأ حسن النية في العقود لا يتناقض مع الأمر الطارئ بل بالعكس من ذلك، يجب أن تكون الادارة محترمة لمبادئ النزاهة وحسن النية في العقود وحريصة على توفير جميع الظروف الملائمة لمعاقدها لحسن تنفيذ العقد، خاصّة متى كان هذا الأخير حريصا بدوره على مواصلة تنفيذه بالرغم من الأعباء المالية غير العادية التي تكبدها.

وحيث طالما أن عدم قابلية أسعار الصفقة للمراجعة لا يمكن الاحتجاج به إلا في الظروف العادية أو بالنسبة للأمور التي يمكن توقعها زمن إبرام العقد والتي لا تؤثر في التوازن المالي لمعاقد الادارة، فإنّ

إقرار محكمة الحكم المطعون فيه لما قضى به حكم البداية من تعويضات ناجمة عن المسؤولية الجزئية للإدارة، يكون في طريقه واقعا وقانونا، الأمر الذي يتّجه معه رفض المطعنين الماثلين لعدم وجاهتهما.

-عن المطعن المتعلق بتحريف الوقائع وضعف التعليل المؤدي إلى التناقض في استخلاص النتيجة:

حيث تمسك المعقب بأنّ نظرية الظروف الطارئة يجب أن تقوم على توفّر مجموعتيين متلازمتين من الشروط أولها أن يكون الظرف عاما واستثنائيا يحدث أثناء تنفيذ العقد وثانيها أن لا يكون المتعاقد تدخّل في حدوثها وألا يكون في وسعه توقّعها عند إبرام العقد ولا دفعها عند وقوعها وأن يتكبّد خسارة فادح تتجاوز الخسائر العادية المألوفة والحال أنّه بتطبيق تلك الشروط على وقائع القضية يتبين أنّها لا تتوفر باعتبار أن معاقد الإدارة تجاوز الأجل الاتفاقي لتنفيذ الصفقة وهو السبب الرئيسي في الدخول في مرحلة الزيادة الملحوظة في أسعار المواد الأولية للصفقة، كما المعاقد كان يعلم من الوهلة الأولى عند المشارة في الصفقة وعند إمضاء العقد أنّ بداية الأشغال ستكون في فترة رداءة الأحوال الجوية في تلك الجهة إن لم تكن أكيدة ممّا ينتفي معه شرط عدم التوقع زمن إبرام العقد ، وهو ما يجعل ما توصلت إليه محكمة الحكم المطعون فيه غير مؤسس قانونا ومتسما بتحريف الوقائع الناتج عنه الإضرار بالدولة وإثقال كاهلها بأعباء مالية، ضرورة أنّ التراخي في تنفيذ الصفقة من طرف المعقب ضدّه وإتمام الأشغال خارج الآجال التعاقدية كان السبب المباشر والرئيسي في اختلال التوازن المالي للعقد.

وحيث أوجبت أحكام الفصل 68 من القانون المتعلق بالمحكمة الإدارية أنّ تكون مذكّرة شرح أسباب الطعن مفصّلة لكلّ مطعن على حدة.

وحيث يتّضح بقراءة المطعن الماثل أنّ المعقّب جمع صلبه بين مسألتين قانونيتين مختلفتين تتعلق الأولى بضعف تعليل الحكم المطعون فيه الذي أعاد فيه المعقب مسألة عدم وجاهة الاستناد إلى نظرية الأمر الطارئ المتمسك بها في المطعن السابق، في حين تتعلق الثانية بتحريفه لوقائع القضية، بما من شأنه أن يخالف مقتضيات الفصل 68 سالف الذكر ولما درج عليه فقه قضاء هذه المحكمة في تطبيقه

من اشتراط لتفصيل المطاعن وعدم الجمع بين مسائل قانونية مختلفة صلب المطعن الواحد، الأمر الذي يتّجه معه والحالة ما ذكر رفض المطعن الراهن شكلا .

ولهذه الأسباب:

قرّرت المحكمة:

أوّلا: قبول التعقيب شكلا ورفضه أصلا.

ثانيا: حمل المصاريف القانونية على المعقّب.

وصدر هذا القرار عن الدائرة التعقيبية الثانية برئاسة السيدة نعيمة بن عاقلة وعضويّة المستشارين السيّدة نادرة نويرة والسيّدة نرجس تيرة.

وتلي علنا بجلسة يوم 30 ماي 2019 بحضور كاتبة الجلسة السيدة أمينة غريبي.

الرئيسة	المستشار المقرّر
نعيمة بن عاقلة	رفيع عاشور

الكاتب العام للمحكمة الإدارية
الإمضاء: لطفي الخالدي