

جامعة أمحمد بوقرة بومرداس



كلية الحقوق بودواو قسم القانون العام

الضمانات الأساسية لنجاحة الصفقة العمومية في مرحلة التنفيذ

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر في القانون
تخصص: قانون عام معمق

تحت إشراف الأستاذة:

د. جليل مونية

من إعداد الطالب(ة):

- دبة ريم

- خودي فريدة

الصفة	الجامعة	الرتبة	الإسم و اللقب
رئيسا	أمحمد بوقرة بومرداس	أستاذ محاضر -أ-	ملاتي معمر
مشرفا ومقررا	أمحمد بوقرة بومرداس	أستاذة محاضرة -أ-	جليل مونية
ممتحنا	أمحمد بوقرة بومرداس	أستاذة مساعدة -أ-	طحطات زهوة

السنة الجامعية

2019 - 2018

الإهداء

إلى الوالدين العزيزين أطال الله في عمرهما

إلى زوجي رفيق دربي

إلى قرّة عيني أبنائي "مليكّة نعيمة" و "رشيد إسماعيل"

إلى كل أفراد عائلتي كبيرا و صغيرا

إلى كل صديقاتي الوفيات في كلية علوم المهندس

ببومرداس

إلى كل زملائي في العمل

إلى كل من شجعني و لو بكلمة

إليكم جميعا أهدي هذه المذكرة و أتمنى من الله عز و جل

التوفيق و السداد.

ريم دبة

الشكر

أول شكر وأخره لله تعالى الذي منحنا القوة والعزم والمقدرة على إتمام هذا البحث، كما لا يفوتنا أن نتوجه بأسمى عبارات الامتنان والشكر لأستاذتنا المشرفة " جليل مونية " على التوجيهات والنصائح القيمة التي أمانتنا على إعداد هذا العمل.

كما نتوجه بالشكر إلى السيد (ة) الرئيس وأعضاء لجنة المناقشة على قبولهم الإشراف على مناقشة مذكرة التخرج. ولنا أن نتقدم بالشكر والامتنان إلى كل الأشخاص الذين ساعدونا على البحث من قريب أو من بعيد ولو بنصيحة. ونخص بالذكر موظفي كلية الحقوق بودواو

من إدارة ومكتبة .

قائمة المختصرات

أولاً: باللغة العربية

ج.ر.ج.ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

ص: صفحة.

ص ص: من الصفحة إلى الصفحة.

د.م.ج: ديوان المطبوعات الجامعية.

ج: جزء.

ط: طبعة.

د.ط: دون طبعة.

د.د.ن: دون دار نشر.

د.ب.ن: دون بلد نشر.

د. م. ج: ديوان المطبوعات الجامعية.

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ص ع: صفقة عمومية.

ثانياً: باللغة الفرنسية

– OP CIT : ouvrage précie.

– P : page.

المقدمة

المقدمة:

مع تبني الجزائر لنظام اقتصاد السوق والانفتاح الاقتصادي منذ نهاية القرن العشرين، وتحديدا منذ سنة 1989، والتخلي عن سياسة الاقتصاد الموجه، فإنه كان من الضروري تضمين النظام القانوني الخاص بالصفقات العمومية أحكاما قانونية تتماشى ومبادئ هذا التوجه.

إن العقد الإداري شأنه شأن سائر العقود في القانون الخاص يستلزم توافق إرادتين أو أكثر بقصد إنشاء التزامات متقابلة تقوم بين أطرافه، إلا أن التشابه بين هذين العقدين يقف عند هذا الحد ولا يتعداه، إذ القواعد التي تحكم العقود الإدارية تختلف اختلافا واضحا عن العقود المدنية، خاصة فيما يتعلق بالامتيازات التي تتمتع بها السلطة العامة التي تضي عليها قواعد خاصة، مناطها عدم المساواة بين أطراف العلاقة التعاقدية¹.

ليس كل عقد إداري هو بالضرورة صفقة عمومية²، لأن هذه الأخيرة، رغم اشتغالها على المعايير المحددة للعقد الإداري، إلا أنها تبقى محددة حصرا في تنظيم الصفقات العمومية، وما خرج عن ذلك يعتبر عقدا إداريا. وبالتالي بإمكاننا القول أن كل صفقة عمومية هي عقد إداري، بينما ليس كل عقد إداري صفقة عمومية.

خص المشرع الجزائري الصفقات العمومية بإطار تنظيمي يتماشى وخصوصية هذا النوع من العقود الإدارية، حيث عرف النظام القانوني لهذه الصفقات منذ الاستقلال تطورا ملحوظا، ويظهر ذلك جليا من خلال إصدار عدة تنظيمات متعاقبة منذ أول قانون سنة

¹ - RICHER Laurent, **Droit des contrats administratifs**, Lextenso éditions, L.G.D.J, Paris 8^{eme} édition, 2012, p 9.

²- LANDITCH Florian, **Le droit des marchés publics**, Edition DALLOZ, Paris, 2000, p20.

- نقلا عن : قفيفة جمال، سلطة الإدارة العمومية في اختيار التعامل معها في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ألكلي محند أو لحاج - البويرة، الجزائر، 2016-2017، ص 4.

1967 والتمثل في الأمر 67-190¹، وصولاً إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015².

جاء تعريف الصفقات العمومية بموجب المادة الثانية من المرسوم المذكور أعلاه على أنها " عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات".

ما يلاحظ على هذا التعريف أنه اعتبر الصفقة العمومية عقد، دون أن يشير إلى طبيعته، ولا المعايير التي تميزها عن العقود المدنية، لذلك لا مناص من الرجوع إلى التعريف القضائي والفقهية.

من بين التعاريف التي أو ردها القضاء بشأن العقد الإداري ما جاءت به المحكمة الدستورية العليا (محكمة التنازع) في مصر، بحيث قررت بأنه " يتعين لاعتبار العقد إدارياً، أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً، بوصفه سلطة عامة، أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام، بقصد تسييره أو تنظيمه، أن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص"³.

كما عرفه الفقه على أنه " عقد يبرمه أحد الأشخاص المعنوية بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره أو تنظيمه، أن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج

¹ - أمر رقم 67-90 مؤرخ في 9 ربيع الأول عام 1387 الموافق 17 يونيو 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر عدد 52 صادر في 27 يونيو 1967 (ملغى).

² - المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر ج ج، عدد 50، صادر في 20 سبتمبر 2015.

³ - قرار المحكمة الدستورية العليا في مصر، المؤرخ في 5 يناير 1991 في قضية رقم 01 لسنة 12 ق (تنازع)، مجموعة أحكام المحكمة، الجزء الرابع رقم 26، ص 536. - نقلاً عن: قفيفة جمال، مرجع سابق، ص 5.

أسلوب القانون العام تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص¹.

بناء على التعاريف السابقة يمكن الاستخلاص بأن الصفقات العمومية عقود إدارية مكتوبة، تبرم بمقابل بين شخص معنوي عام يتعاقد بوصفه سلطة عامة ومتعامل اقتصادي أو عدة متعاملين اقتصاديين بغرض تنفيذ أشغال أو اقتناء لوازم أو خدمات أو دراسات.

ونظرا للأهمية البالغة التي تكتسيها الصفقات العمومية، باعتبارها الأداة الفعالة لتحقيق مخططات التنمية وإشباع الحاجيات العامة، وصلتها المباشرة بالمال العام، مما يجعلها أكبر مجال تكثر فيه التجاوزات والمعاملات المشبوهة التي تؤثر سلبا على المصلحة العامة، فإساءة استغلال هذه الأموال يولد صفقات مشبوهة ترتب أضرارا خطيرة؛ و نتيجة لذلك تم إدخال نظام خاص للضمانات التي تهدف إلى حسن تنفيذ الأطراف المتعاقدة لالتزاماتها و عدم المساس بحقوقها التعاقدية، فالمنظم من خلال قانون الصفقات العمومية أوجب المصلحة المتعاقدة على أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة ؛ و مما سبق يتضح لنا أن للإدارة سلطات واسعة لمواجهة المتعامل المتعاقد معها، مما يحتم توفير حماية قانونية كافية لمواجهة إساءة استعمال هذه السلطات، و قد تتعرض الإدارة المتعاقدة إلى عدة مشاكل تحول دون حسن تنفيذ الصفقة و بالتالي المساس بمبدأ استمرارية المرفق العام.

- أهمية اختيار الموضوع:

موضوع الضمانات الأساسية في مجال الصفقات العمومية من بين المسائل الحساسة لكونه يرتبط مباشرة بإحدى أوجه الإنفاق العمومي، قد يصادف تنفيذ الصفقات العمومية مشاكل ومخاطر كثيرة قد ترهن تنفيذ المشاريع الهامة وتؤثر في نجاعة الطلبات العمومية وبالتالي تؤدي إلى تعطيل قيام الإدارة بنشاطاتها على أكمل وجه واضطلاعها

¹ - أنظر: - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية-مصر، طبعة 2007، ص16.

- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2011، ص 43.

بمهامها المختلفة لخدمة مصالح المواطنين وحسن سير المرافق العامة، لذا فقد تم التفكير في وضع ضمانات مختلفة تكفل حسن سير عملية تنفيذ الصفقة العمومية بما يتوافق مع المبادئ الأساسية لها، لعل الغاية الأساسية لتلك الضمانات هي حماية حقوق الأطراف المتعاقدة من جهة والحفاظ على الأموال العمومية من الاستغلال السيئ.

وعلى ضوء هذا الوصف جاء اختيارنا للموضوع بغرض الدراسة والبحث في الجوانب القانونية والإدارية.

- الأهداف المرجوة من هذا البحث:

* تحديد ما لكل طرف من حقوق و ما عليه من واجبات من خلال الضمانات الواجب تقديمها من كليهما.

* تبيان عدم المساواة بين المتعامل المتعاقد و الإدارة، لما هذه الأخيرة من امتيازات.

* تحديد المركز القانوني و الفعلي للمتعامل المتعاقد حيال هذه السلطات و الامتيازات الضخمة المخولة للمصلحة المتعاقدة.

* تحديد مجال القضاء الإداري فيما يخص المنازعات التي تنشأ عند الإخلال بأحد هذه الضمانات.

- أسباب اختيار الموضوع:

تعود أسباب اختيارنا لهذا الموضوع لمبررين: الأول موضوعي، ويتجلى في ما يتضمنه البحث من جوانب مهمة، والتي سنحاول التطرق إليها من خلال تسليط الضوء على أهم الضمانات التي كرسها المنظم في مجال الصفقات العمومية من أجل التنفيذ الجيد للصفقة، مما ينجر عنه استمرارية المرفق العام و حماية المال العام، وكيفية تسوية النزاعات في حالة نشوبها.

أما الثاني فهو ذاتي، يتمثل في ميولنا الشخصي لدراسة القواعد التي تنظم هذا النوع من العقود الإدارية، ورغبة في الوقوف على حدود ومجال هذه الضمانات.

- إشكالية الدراسة:

لقد تبنى المنظم الجزائري منظومة قانونية جديدة ترمي إلى تحقيق التوفيق والانسجام بين اعتبارات الاستعمال الحسن والعقلاني للأموال العامة، وبين ما تتطلبه مقتضيات العدالة من حماية لحقوق وحرّيات الأفراد من أي تعسف أو إساءة في استعمال السلطة الإدارية، ومنع الممارسات التي تمس بنزاهة وثقة جمهور المتعاملين مع الإدارة العمومية. وفي ظل وجود نصوص قانونية متعددة تفيد كلها بضرورة توفير الضمانات الكافية لحماية حقوق الأطراف المتعاقدة.

لذا فإن إشكالية الدراسة تكمن فيما يلي:

ما هي الضمانات المقررة في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية ؟ وإلى أي مدى يمكن تفعيل نظام الضمانات لتوفير أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة في ظل المرسوم الرئاسي 247/15؟

- فرضيات الدراسة:

* تمثل الضمانات المقررة في مجال الصفقات العمومية فائدة مزدوجة للأطراف المتعاقدة، فهي حق و واجب في آن واحد، خاصة بالنسبة للمتعامل المتعاقد الذي يمتاز مركزه القانوني بكونه أقل من منزلة المصلحة المتعاقدة في مرحلة تنفيذ العقد المبرم بينهما، و منه يتطلب الأمر توفير الحماية اللازمة.

* الغاية الأساسية للضمانات هي حماية حقوق الأطراف المتعاقدة من جهة و الحفاظ على المال العام من مخاطر الاستغلال السيئ له من جهة أخرى.

سنحاول الإجابة عن هذه الإشكالية، وفقا لما أقره المرسوم الرئاسي الجديد رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. قمنا بتقسيم موضوع البحث إلى فصلين:

فتم تخصيص الفصل الأول للضمانات التي تقع على عاتق الأطراف المتعاقدة، حيث تم تقسيمه إلى مبحثين، حيث سيتم التطرق إلى الضمانات الواردة على المصلحة

المتعاقدة في (المبحث الأول)، والضمانات التي تقع على عاتق المتعامل المتعاقد في (المبحث الثاني).

أما الفصل الثاني فتم تخصيصه لدراسة ضمانات تسوية النزاعات الناجمة عن عملية تنفيذ الصفقة العمومية، وهما التسوية الودية للنزاع كآلية وقائية وعلاجية في (المبحث الأول)، التسوية القضائية في (المبحث الثاني).

الفصل الأول

الضمانات التي تقع على الأطراف المتعاقدة

الفصل الأول: الضمانات التي تقع على الأطراف المتعاقدة

إن دراسة العقود الإدارية بصفة عامة تظهر عدم المساواة بين الأطراف المتعاقدة، ويتجلى هذا الأمر بوضوح في عملية تنفيذ الصفقات العمومية، أين تتمتع الإدارة أو المصلحة المتعاقدة بسلطات وحقوق في مواجهة المتعاقد معها، تفوق بكثير ما له من حقوق في مواجهتها لأنها تعمل من أجل المصلحة العامة في حين يسعى المتعامل المتعاقد إلى تحقيق مصلحته الخاصة¹.

تتجلى هذه السلطات والامتيازات المقررة للإدارة أكثر بعد إبرام العقد، أي في المرحلة التعاقدية، إذ يتقرر للإدارة قبل المتعامل المتعاقد حقوق وسلطات خاصة تختلف عن الحقوق التي يقرها القانون الخاص لأي متعاقد قبل الطرف الآخر، منها سلطة الإشراف، الرقابة والتوجيه وتعديل شروط العقد بالزيادة أو النقصان، وكذلك سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد، وسلطة الإدارة في إنهاء العقد فضلا عن حقوق وسلطات أخرى².

فالصفقات العمومية التي تبرمها الإدارة مع المتعامل المتعاقد معها الذي حاز على الصفقة وفقا للإجراءات اللازمة والمنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول به، تدخل حيز التنفيذ والتطبيق، ويترتب عنها آثار ونتائج قانونية، وهذا ما يؤدي إلى إنشاء حقوق والتزامات تسري على الطرفين، وبعبارة أخرى تولد ضمانات مفروضة على الإدارة صاحبة الصفقة لمصلحة المتعامل المتعاقد، وكذا ضمانات مقررة لصالح المصلحة المتعاقدة، المفروضة على المتعامل المتعاقد.

وهذا الوضع يحتم علينا التساؤل عن المركز القانوني والفعلي للمتعامل المتعاقد حيال هذه السلطات والامتيازات الضخمة المخولة للمصلحة المتعاقدة، وبعبارة أخرى ما هي أهم الضمانات المفروضة على الإدارة صاحبة الصفقة اتجاه المتعامل المتعاقد؟

¹ - أحمد محبو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، مرجع سابق، ص 377.

- وكذا: عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1993، ص 182.

² - مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية - القاهرة، 2002، ص 6.

وفي المقابل ما طبيعة الضمانات المقررة لصالح المصلحة المتعاقدة والمفروضة أصلاً على المتعامل المتعاقد؟

لذا وجب علينا البحث والدراسة لتحديد ماهية الضمانات المقررة في مرحلة تنفيذ الصفقة.

حيث سيتم التطرق إلى الضمانات الواردة على عاتق المصلحة المتعاقدة (المبحث الأول)، والضمانات التي تقع على عاتق المتعامل المتعاقد (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الضمانات الواردة على عاتق المصلحة المتعاقدة

يتمتع المتعامل المتعاقد تجاه المصلحة المتعاقدة بمجموعة من الحقوق والضمانات، التي تكون محددة مسبقاً في دفتر الشروط الذي تعده الإدارة أو المصلحة المتعاقدة، فتمثل هذه الحقوق الممنوحة للمتعامل المتعاقد التزامات بالنسبة للإدارة التي تسعى إلى فرض سلطتها والسعي نحو تحقيق المنفعة والمصلحة العامة، وحسن تسيير الأموال العمومية في مقابل سعي المتعاقد إلى تحقيق المصلحة الخاصة.

فالمتعامل المتعاقد عندما ينفذ التزاماته التعاقدية المتعلقة بموضوع الصفقة صار من حقه الحصول على المقابل المالي (مطلب أول)، وإذا واجهته أثناء التنفيذ وقائع و عوامل معرقلّة تجعل المتعامل غير قادر على تنفيذ الصفقة، بات من حقه المطالبة بالتوازن المالي (مطلب ثاني).

المطلب الأول: ضمانات التسوية المالية للصفقة

تعتبر الصفقة العمومية عقد معاوضة، يلزم فيه المتعامل المتعاقد بتنفيذ العمل، أو الخدمة موضوع العقد تبعاً للمواصفات والشروط المتفق عليها، وتلزم الإدارة صاحبة الصفقة بدفع المقابل المالي بالأشكال والكيفيات التي حددها القانون.

ولما كان للصفقة العمومية علاقة وثيقة بفكرة الإنفاق العام وبحقوق الخزينة العامة، وجب التأكيد على حسن التنفيذ، وأداء الخدمة قبل اتخاذ إجراء تحويل المال، ووضعه في رقم حساب المتعاقد¹.

يتمتع المتعامل المتعاقد تجاه المصلحة المتعاقدة بمجموعة من الحقوق والضمانات، التي تكون محددة مسبقا في دفتر الشروط الذي تعده الإدارة أو المصلحة المتعاقدة، فتمثل هذه الحقوق الممنوحة للمتعامل المتعاقد التزامات بالنسبة للإدارة التي تسعى إلى فرض سلطتها والسعي نحو تحقيق المنفعة والمصلحة العامة، وحسن تسيير الأموال العمومية في مقابل سعي المتعاقد إلى تحقيق المصلحة الخاصة.

لذلك يمكن تصنيف التزامات الإدارة المتعاقدة في مجال تنفيذ الصفقة العمومية إلى

نوعين رئيسيين هما:

- التزامات مستمدة مباشرة من العقد مثل الالتزام بدفع الثمن أو المقابل المالي للمتعامل المتعاقد.

- التزامات لا يكون العقد مصدرها، وإنما القضاء الإداري قررها للمتعامل المتعاقد استنادا إلى قواعد العدالة أو إلى قاعدة ضرورة سير المرفق العام بانتظام، وذلك نظير الامتيازات الاستثنائية التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة، ومثال هذه الامتيازات إعادة التوازن المالي للعقد.

فالمعامل المتعاقد عندما ينفذ التزاماته التعاقدية المتعلقة بموضوع الصفقة صار من حقه الحصول على المقابل المالي (فرع أول)، وإذا واجهته أثناء التنفيذ وقائع وعوامل معرقة تجعل المتعامل غير قادر على تنفيذ الصفقة، بات من حقه المطالبة بالتوازن المالي (فرع ثاني)، كما يمكن للمتعاقد إذا لحقت به أضرار من جراء أي فعل أو عمل صادر من الإدارة، أو وقوع قوة قاهرة، المطالبة بالتعويض (فرع ثالث).

¹ - بحري اسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008-2009، ص 57.

الفرع الأول: حق المتعامل المتعاقد في اقتضاء المقابل المالي

من أهم حقوق المتعامل المتعاقد هو الحق في المقابل المالي، وذلك أن المتعاقد يهدف إلى تحقيق الربح، والغالب أن يستحق المقابل المالي بعد تقديم الخدمة من جانب المتعاقد، إلا أن المصلحة المتعاقدة قد تدفع نسبة من هذا المقابل قبل أو أثناء التنفيذ، خاصة إذا كان التنفيذ يتطلب كثيرا من النفقات، ومتسعا من الوقت لأجل تنفيذه، والمنظم قد تكفل بحق المتعامل المتعاقد في اقتضاء المقابل المالي، فقد نص تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في المواد 108 إلى 123 على وضع آليات لعملية الدفع، وكذا آجال تحقيق هذه العملية، وهذا الاهتمام البالغ الذي أولاه المنظم في هذا المجال، والذي حدده في عدة مواد تعود لخطورة هذه المسألة خاصة في عقود الأشغال أين تتعدد المهام، وبالتالي مبلغ الصفقة يكون مرتفعا.

ويعرف الثمن أو السعر على أنه ذلك المقابل النقدي الذي يتلقاه المتعامل المتعاقد، مع الجهة الإدارية مقابل ما يقدم لها من سلع وخدمات أو أشغال، ويتم تحديد السعر في أغلب العقود الإدارية بمقتضى بند يدرج في صلب العقد، ويجوز أن يكون تحديد الثمن بالإحالة إلى عناصر أخرى خارجة عن العقد، مثل قوائم التسعير الجبري.

ونظرا لأهمية هذا الضمان بالنسبة للمتعامل المتعاقد، فإن المشرع لم يغفل في تنظيمه، و كفايات استبقائه من قبل المصلحة المتعاقدة، بحيث تعرض المرسوم الرئاسي رقم 15-247 لآليات تحديد السعر بكل وضوح وطابعه، وكفايات دفعه أيضا.

أولا- آليات دفع الثمن

القاعدة العامة في المحاسبة العمومية هي أن الدفع والتسديد يتم بعد الأداء، فالمتعاقد لا يتقاضى المقابل المالي إلا بعد الانجاز الفعلي للأشغال العامة¹.
بحيث يخضع الحصول على المقابل المالي لقاعدة وهي "الدفع بعد تأدية الخدمة"، ويقصد بها أن المصلحة المتعاقدة لا تدفع المقابل المالي للمتعاقد معها إلا بعد انجاز موضوع الصفقة، سواء القيام بالخدمة، أو تسليم التوريدات المطلوبة، وهذا باعتبار أن

¹ - محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر طبعة 2005، ص 83.

المقابل المالي يشكل نفقة عامة تدفع بمناسبة تنفيذ صفقة عمومية لذا فهي تخضع وجوبا لقواعد المحاسبة العمومية.

وفي هذا المجال ، ونظرا للأهمية و ضخامة تكاليف بعض الصفقات العمومية ،وتخفيفا من صرامة هذا المبدأ ، تضي على القاعدة السابقة مرونة من خلال تمويل جزئي و قبلي ، و بما أن صفقات اللوازم و الأشغال تتطلب تمويلا وعبئا ماليا قد لا يستطيع الفرد تحمله لوحده حتى اكتمال التنفيذ ، اعتبر قانون الصفقات العمومية في المادة 108 منه أن التسوية المالية للصفقة تتم بالتسبيقات و أو الدفع على الحساب و بالتسوية على رصيد الحساب .

سنعرضها تباعا في مايلي:

أ- التسبيق:

تعتبر التسبيقات تسوية مالية جزئية غير نهائية للثمن الإجمالي للصفقة، وهي عبارة عن المبالغ المالية التي تدفعها المصلحة المتعاقدة للمتعاقد معها، قبل أداء وتنفيذ الصفقة، ولقد عرفته المادة 109 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بأنه " هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، ويدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة "، بمعنى أن للمتعاقد المتعاقد الحق في أن يدفع له تسبيق من طرف المصلحة المتعاقدة، ويصب في رقم حسابه الجاري، وهذا حتى ولو لم يبدأ بتنفيذ موضوع الصفقة؛

وحسب نص المادة 111 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، التسبيق نوعان هما: التسبيق الجزافي، والتسبيق على التمويل.

1- التسبيق الجزافي: يقصد به ذلك المبلغ الذي تدفعه المصلحة المتعاقدة قبل الشروع في أداء الخدمة موضوع الصفقة للمتعاقد، بناءً على نسبة محددة في الصفقة، بحيث لا تتجاوز قيمته كحد أقصى خمسة عشر بالمائة (15 %) من السعر الأولي للصفقة، وهذا حسب ما نصت عليه المادة 111 فقرة 1 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، غير أن الفقرة الثانية من نفس المادة، أوردت استثناءً على هذه النسبة،

فأجازت للمصلحة المتعاقدة تسبيقا جزافيا أكبر من النسبة المقررة في الفقرة الأولى وهي خمسة عشر بالمائة (15%)، ولكن ربطتها بتوافر شروط وهي:

- إذا رأت المصلحة المتعاقدة أثناء مرحلة التفاوض أن رفضها لقواعد الدفع وأو التمويل المقررة على الصعيد الدولي سينجم عنه تحقيق ضرر أكيد.
- ضرورة الحصول على الموافقة الصريحة من الوزير الوصي، أو المسؤول عن الهيئة المستقلة، أو الوالي، وهذه الموافقة لا تمنح إلا بعد استشارة لجنة الصفقات العمومية.
وكما يمكن أن يدفع المبلغ مرة واحدة، كما يمكن توزيعه على فترات يتم الاتفاق عليها في الصفقة، وهذا ما نصت عليه المادة 112 من المرسوم 15-247.

2- التسبيق على التمويل: يقصد به ذلك المبلغ الذي تدفعه المصلحة المتعاقدة إلى المتعامل المتعاقد صاحب صفقات الأشغال أو اللوازم (يرد على عقود الأشغال واللوازم)، والذي يقدم ما يثبت طلباته المؤكدة للمواد أو المنتجات الضرورية لتنفيذ الصفقة.

ففي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تطلب من المتعامل المتعاقد معها تعهدا صريحا بإيداع تلك المواد والمنتجات في الورشة، أو في مكان التسليم خلال أجل يلاءم تنفيذ موضوع الصفقة، أما في حالة عدم قيامه بذلك، يلزم المتعاقد بإعادة التسبيق¹.

والجدير بالذكر أن المشرع لم يحدد نسبة التسبيق على التمويل كما هو الشأن بالنسبة للتسبيق الجزافي، ولكن بين عدم إمكانية تجاوز المبلغ الجامع بين التسبيق الجزافي والتسبيقات على التمويل في أي حال من الأحوال نسبة خمسون بالمائة (50%) من المبلغ الإجمالي للصفقة، وهذا ما نصت عليه المادة 115 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

أما فيما يتعلق بالزامية التسبيق الجزافي، فنجد أن قانون الصفقات العمومية لم يحدد طابعه الإلزامي، ولا الجوازي، وعليه إذا تضمن هذا النوع من التسبيق في الصفقة بشكل صريح، فإنه يفتح مجالا واسعا للمتعامل المتعاقد المطالبة به، أما إذا لم ينص عليه

¹ - أنظر المادة 116 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

في بنود الصفقة، فلا يمكن المطالبة به من طرف المتعامل المتعاقد كونه لا يشكل حقا له.

أما عن التسبيق على التموين، فحسب نص المادة 113 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15 له طابع جوازي، فهو مجرد إمكانية وليس التزاما بالنسبة للمصلحة المتعاقدة، فيمكن للمتعامل المتعاقد المطالبة به إلا إذا كان متضمنا في بند من بنود الصفقة. والغرض الأساسي منه تمكين المتعامل المتعاقد هو مساعدته على تحمل الأعباء المالية للمشروع.

ب- الدفع على الحساب: يقصد به التسديد الذي تقوم به الإدارة المتعاقدة إلى المتعاقد معها، مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة، فهو تسوية جزئية لمبلغ الصفقة قبل التنفيذ الكامل لها، ويتم ذلك وفقا لنسب ومعدلات تضبط باتفاق مشترك بين طرفي الصفقة، لأن الدفع على الحساب يكتسي طابعا اختياريا وليس إلزاميا، لذا ينبغي أن يكون محل بند صريح في الصفقة، ويمكن أن يقدم الدفع على الحساب.

ومن هنا يتبين الفرق بين الدفع على الحساب والتسبيق، فالتسبيق هو عبارة عن جزء من المال الذي يدفع قبل أداء الخدمة موضوع الصفقة، أما الدفع على الحساب فهو يتعلق بالتنفيذ الجزئي للصفقة، ويخضع الدفع على الحساب للشروط التالية:

- أن يكون الدفع على الحساب شهريا، مع إمكانية النص في العقد على فترة أطول تتلاءم مع طبيعة الصفقة، على أن لا تتجاوز الشهرين. ويترتب على الإخلال بهذا الشرط من طرف الإدارة حق المتعاقد المطالبة بفوائد التأخير، وهذا حسب المادة 122 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15.

- ضرورة تقديم المتعاقد ما يثبت تنفيذ الصفقة، ويكون الإثبات إما بتقديم محاضر إنجاز الأشغال ممضية من مكتب الدراسات، أو تسليم اللوازم في عقود التوريد...إلخ.

- أنواع الدفع على الحساب:

بالرجوع إلى أحكام المادتين 117 و 118 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15، نجد أن الدفع على الحساب يكون على نوعين:

1- الدفع على الحساب عند التمويل بالمنتجات: فهذا النوع من الدفع على الحساب يكون أو يصرف بمجرد التمويل بالمنتجات و وضعها في المكان المخصص لها، والتي لم تكن محل دفع عن طريق التسبيقات على التمويل والمواد الأولية، وهذا حتى نسبة ثمانين بالمائة (80 %) من مبلغها المحسوب بتطبيق الأسعار بالوحدة للتمويل، وهذا حسب الفقرة الثانية من المادة 117 من نفس المرسوم الرئاسي، ولا يستفيد المتعامل المتعاقد على هذا الدفع على الحساب، إلا فيما يخص التمويل بالمنتجات المقتناة في الجزائر.

والملاحظ أن هذه المادة قد اشترطت لإتمام الدفع على الحساب ألا يكون المتعاقد قد حصل على تسبيق بالتمويل بنصها على "...والتى لم تكن محل دفع عن طريق التسبيقات على التمويل...".

2- الدفع على الحساب الشهري: حسب نص المادة 118 من نفس المرسوم، فإن الدفع على الحساب يكون شهريا، ما لم تنص بنود الصفقة على مدة أطول تتلاءم مع طبيعة الخدمات، ويتوقف هذا الدفع على تقديم الوثائق التالية المنصوص عليها في دفتر الشروط وهي:

- محاضر أو كشوف حضورية أو وجاهية، أو ميدانية خاصة بالأشغال المنجزة ومصارفها.

- جدول تفصيلي للوازم موافق عليه من المصلحة المتعاقدة.

- جدول الأجر المطابق للتنظيم المعمول به، وجدول تكاليف الضمان الاجتماعي مؤشر عليه من صندوق الضمان الاجتماعي المختص.

ج- التسوية على رصيد الحساب:

عرفتها الفقرة الثالثة من نص المادة 109 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على أنها الدفع المؤقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل والمرضي لموضوعها، وعليه فإن صور التسوية على رصيد حساب تتخذ صورتين هما:

1- التسوية على رصيد الحساب المؤقت: لا يمكن تطبيق هذه التسوية إلا إذا نصت عليها الصفقة، وهي تهدف لدفع المبالغ المستحقة للمتعامل المتعاقد بعنوان التنفيذ العادي

للخدمات المتفق عليها، مع اقتطاع الضمان المحتمل، والغرامات المالية التي تبقى على عائق المتعامل عند الاقتضاء، وكذا اقتطاع الدفعات المتعلقة بالتسيقات والدفع على الحساب بمختلف أنواعها والتي لم تسترجعها المصلحة المتعاقدة بعد، ولقد بينت أحكام المادة 109 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 كيفية التسوية المؤقتة للرصيد كونها تتم بعد تسليم المشروع أو أداء الخدمة.

2- التسوية على رصيد الحساب النهائي: تكون برد الاقتطاعات بعنوان الضمان للمتعامل وشطب الكفالات التي قدمها ولا يتم ذلك إلا بعد التأكد من حسن تنفيذ المشروع، وبعد تقديم الوثائق القانونية المثبتة لذلك، ولقد ألزمت المادة 122 من نفس المرسوم، الإدارة المعنية، بالقيام بالتسوية النهائية في أجل لا يتجاوز 30 يوم من استلام الكشف أو الفاتورة، وأجازت إقرار مدة أطول لبعض الصفقات بقرار من وزير المالية، ولا يمكن أن يتجاوز شهرين أخذ بعين الاعتبار الأجل الأول أو الأجل العادي وتعلم المصلحة المتعاقدة بتاريخ الدفع، وإصدار الحوالة¹.

والملاحظ أن المشرع قد قيد منح التسيقات بمختلف أنواعها، بالتزام المتعامل المتعاقد بتقديم كفالة مالية من شأنها أن تضمن حقوق الإدارة، فتمثل هذه المبالغ المدفوعة، والموضوعة تحت تصرفها بمثابة احتياط مالي يلجأ إليه كوسيلة ضغط مالي على المتعامل المتعاقد، لجبره على الوفاء بالتزاماته التعاقدية.

الفرع الثاني: حق المتعامل المتعاقد في التعويض

تلتزم المصلحة المتعاقدة بدفع التعويض للمتعامل المتعاقد، نتيجة الأضرار التي لحقت به جراء تصرفاتها، وعليه يحق للمتعامل المتعاقد الحصول على تعويض، وذلك في حالات متعددة أهمها حدوث خطأ من الإدارة يترتب عليه ضرر، فتلتزم بتعويضه وفقا للقواعد العامة، أو أن يقوم المتعاقد بأداء خدمات غير مطلوبة أصلا في العقد، ولم تطلبها منه الإدارة².

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2011، ص136.

² - هبة إسماعيل، تنفيذ الصفقات العمومية والرقابة الخارجية عليها، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في القانون العام والاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة وهران 2 - الجزائر، 2016 - 2017، ص96.

لهذا جميع الأضرار التي تلحق بالمتعامل المتعاقد جراء تصرفات المصلحة المتعاقدة تمكن المتعاقد من المطالبة بالتعويض استنادا إلى:

أولا- المسؤولية العقدية:

إذا ألحقت أضرار بالمتعاقد نتيجة وقوع أخطاء من جانب الإدارة المتعاقدة، أو بسبب عدم تنفيذها للالتزامات الواقعة على عاتقها طبقا لشروط العقد، ومثال ذلك عدم تقديم التسهيلات التي ألتزمت بها إلى المتعاقد ليبدأ في تنفيذ العملية في عقود الأشغال العامة، أو التأخير في تسليم وسائل التوريد التي يرسلها المورد في عقود التوريد لمدة غير معقولة، ففي هذه الحالات تقوم مسؤولية الإدارة العقدية عن عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن هذا العقد¹.

وهنا تجدر الإشارة إلى أن المتعامل المتعاقد، تقع عليه عبء إثبات الضرر الناتج عن خطأ ارتكبه المصلحة المتعاقدة بواسطة العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، بمعنى أن الضرر الذي لحقه كان بفعل الخطأ المرتكب من قبل المصلحة المتعاقدة، وبالتالي يمكنه المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التعاقدية من الإدارة المتعاقد معها.

ثانيا- المسؤولية التقصيرية:

وذلك في حالة ارتكاب أخطاء من طرف الإدارة المتعاقدة (الخطأ المرفقي)²، كما يحق للمتعامل المتعاقد أن يحصل على تعويضات أخرى مترتبة خارج إطار المسؤولية العقدية أو التقصيرية، كما هو الأمر في الأعمال الإضافية، وحالة القوة القاهرة.

أ - حالة قيام المتعامل المتعاقد بأعمال إضافية: إذ يحق له أن يطالب بالتعويض المناسب نظير ما قام به من أعمال إضافية غير منصوص عليها في العقد، وقد عرف

¹ بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008-2009 ص71.

² عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص116.

بعض الفقهاء الأعمال الإضافية بأنها الأعمال التي لم تدرج صراحة أو ضمناً في مواصفات وخطة العمل المتفق عليها في العقد.¹

ب - التعويض على أساس القوة القاهرة: يقصد بالقوة القاهرة حدث غير متوقع، مستقل عن إرادة المتعاقدين، يترتب عليه استحالة التنفيذ المطلق سواء لكل أو بعض الالتزامات التعاقدية، ولتتحقق القوة القاهرة يشترط ما يلي:

- وجود سبب خارجي لا يد للمتعاقد فيه.

- عدم توقع السبب الخارجي عند إبرام العقد.

- وجود استحالة مطلقة في تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

وبناءً على ما تم ذكره عن الضمانات التي تقع على عاتق الإدارة المتعاقدة بضمان حق المتعامل المتعاقد معها في اقتضاء المقابل المالي المتفق عليه في الصفقة، وكذا التعويض عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية من خلال إثارة المسؤولية المدنية للإدارة، فإنه يترتب على المصلحة المتعاقدة ضماناً هاماً لصالح المتعاقد، وهو مراعاة التوازن المالي للعقد.

المطلب الثاني: ضمانات الحفاظ على التوازن المالي للصفقة

رأينا مما سبق أن المتعاقد مع الإدارة يتعرض أثناء التنفيذ لتدخل الإدارة، التي تملك الحق في زيادة التزاماته أو إنقاصها، لما كانت التزامات المتعاقد في هذه الظروف تتسم بالمرونة، فإن من الضروري إضفاء هذه الصفة على حقوقه المستمدة عن العقد أيضاً، نظراً للعلاقة الوثيقة بين التزامات المتعاقد وحقوقه.

فالمتعاقدين إنما يلتزم لأنه يضع نصب عينه حقوقاً معينة يعول عليها، ومادامت الالتزامات قابلة للزيادة أو النقص، فيجب أيضاً أن يكون هذا شأن الحقوق المقابلة لها، وهذا هو ما يعبر عنه بصفة عامة، بفكرة التوازن المالي للعقد الإداري، أو التوازن الشريف بين حقوق المتعاقد والتزاماته.²

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

² - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية-مصر، الطبعة الخامسة 1991، ص 584.

وقد ينجم عن تنفيذ الصفقة أحداث أو وقائع من شأنها إرهاب المتعامل المتعاقد والتأثير البالغ على مركزه المالي، بما يعطي له حق المطالبة بإعادة التوازن المالي، فإذا كانت مراكز الأطراف في عقود القانون الخاص متساوية ومتكافئة، فإنه وخلاف ذلك في الصفقة قد يتحمل المتعامل المتعاقد عبئا ماليا لم يكن في الحسبان ساعة التعاقد بما يفرض مراعاة هذا الطارئ الجديد والاعتراف له بحقوقه المالية تشجيعا له على تنفيذ التزاماته.¹

والتوازن المالي للعقد يمثل حالة العدل التي ارتضاها طرفي التعاقد، لذلك فإن أي اختلال يحدث ويؤثر ذلك التوازن ينشئ الالتزام والحق في ذات الوقت، فحين تلتزم الإدارة بإعادة التوازن المالي إلى سابق عهده، ينشأ للمتعاقد مع الإدارة حقه في التعويض عن الظروف التي أثرت على التوازن المالي.²

وتعتبر نظرية التوازن المالي نظرية قضائية يعود للقضاء الفرنسي الفصل في إظهارها إلى حيز الوجود من خلال القضايا المعروضة عليه، كان أو لها قضية العربات الكهربائية بتاريخ 11\03\1910، سر إقرار هذه النظرية أن المتعاقد مع الإدارة يلزم في كل الحالات بالوفاء بالتزاماته، وبتنفيذ ما تعهد به ولا يحق له التوقف عن أداء الخدمة بحجة غلاء أسعار بعض المواد مثلا.

كما أنه ومن جهة لا يمكن تركه لوحده يعاني من هذه الضائقة المالية، وقد يؤدي به الأمر إلى الإفلاس، وغلق المشروع، والتوقف عن كل نشاط، وهو ما سيؤثر على سير المرفق العام وخدمة الجمهور ومدة انجاز المشروع، مما يفرض في النهاية الاعتراف للمتعاقد المتعاقد بحقه في التوازن المالي.³

وعليه فقد استقر القضاء والفقهاء الإداريين (الجزائر - مصر - فرنسا)، على أن هذا الوضع يتطلب إيجاد توافق وتوازن ومعادلة بين عاملين هما:

¹ - عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 140.

² - حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف، الإسكندرية - القاهرة، 1998، ص 314.

³ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقة العمومية، مرجع سابق، ص 288.

- التزام المتعامل المتعاقد بمواصلة الصفقة لما لها من أثر على المصلحة العامة واحتياجات الجمهور، وذلك أن توقفه على تنفيذ الصفقة من شأنه الإخلال بمبدأ استمرارية المرافق للعامة من جهة.

- ضرورة تدخل الإدارة أو المصلحة المتعاقدة لسد ومنع أي اختلال في التوازن المالي للعقد، من خلال تحمل الأعباء المالية المترتبة عن الأحداث المستجدة، نظير ما تتمتع به من حقوق وسلطات.¹

ولقد أشار قانون الصفقات العمومية إلى الحق في التوازن المالي من خلال نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، "يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عن تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي: إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين...".

فالمشرع حول كفالة حق إعادة التوازن المالي للصفقة لصالح المتعامل المتعاقد وجعله التزاما يقع على الإدارة المتعاقدة، وهذا باتخاذ طريق الحل الودي للنزاعات، توخيا منه للتنفيذ الحسن والأكمل للصفقة المتعاقد عليها.²

فمبدأ التوازن المالي نشأ في مواجهة السلطات التي تتمتع بها المصالح المتعاقدة في تعديل شروط تنفيذ عقودها المبرمة مع الغير، غير أنه لا يتم الاعتراف للمتعامل المتعاقد بحقه في التوازن المالي إلا إذا استند على ما يسمى بـ: نظرية فعل الأمير (الفرع الأول)، نظرية الظروف الطارئة (الفرع الثاني)، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة (الفرع الثالث).

¹ - محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 88.

² - عمار عوايدي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 220.

الفرع الأول: التعويض على أساس نظرية المخاطر الإدارية - فعل الأمير -

أولاً- المقصود بنظرية المخاطر الإدارية - فعل الأمير -

يقصد بفعل الأمير، كل إجراء مشروع تتخذه السلطات الإدارية المتعاقدة، يكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة، والالتزامات التي ينص عليها في العقد، وقد يتخذ عمل الأمير أو ما يسمى بالمخاطر الإدارية شكل قرار فردي خاص، كالقرار الذي يصدر عن السلطة الإدارية التي أبرمت العقد بتعديل شروط التعاقد، كما قد يكون عمل الأمير بمثابة قواعد تنظيمية عامة، كما في حالة صدور قانون يقضي برفع الرسم الجمركي في إطار صدور قانون المالية سواء السنوي أو التكميلي، وعموماً فإن المخاطر الإدارية هي المخاطر الناتجة عن ممارسة السلطة العامة لامتيازاتها تجاه المتعامل المتعاقد معها، ورغم أن التصرفات الصادرة عنها مشروعة، إلا أنها تؤدي إلى إرهاب المتعامل المتعاقد معها بصورة جديّة وهذا ما يعرف بالمخاطر الإدارية، الأمر الذي يقتضي تقديم الدعم المالي له، وتعويضه عن الأضرار التي لحقت به، حتى يتمكن من الاستمرار في تنفيذ الصفقة، وهذا تحقيقاً للمصلحة العامة من خلال مواصلة تقديم الخدمات العامة للجمهور حسب موضوع العقد.

ثانياً- شروط تطبيق النظرية: ولتحقق هذه النظرية يجب توافر شروط حددها الفقه والقضاء الإداريين، حتى يمكن للمتعامل المتعاقد المتضرر الحصول على التعويض:

أ- أن يكون ثمة عقد من العقود الإدارية، وهذا الأمر طبيعي ما دنا في مجال نظريات تتعلق بعقود القانون العام التي تمتاز بطابع خاص.

ب- أن يكون الإجراء من أعمال السلطة العامة، سواء إن كان إجراء تشريعي أو إداري، وليس راجع إلى ظروف خارجية.

ج- أن يكون الإجراء المتخذ مشروعاً، إذ أن الأمر لا يتعلق بمسؤولية تقوم على أساس الخطأ، فإذا صدر أي تصرف من المصلحة المتعاقدة، وكان غير مشروع، جاز للمتعامل المتعاقد مقاضاتها طبقاً لقواعد القانون الخاص.

د- أن يسبب الإجراء أو التصرف ضرراً حقيقياً وليس احتمالياً، من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للصفقة، ولو لم يكن الضرر جسيماً، كما يشترط في الضرر الذي لحق بالمتعامل المتعاقد أن يكون محدداً ومباشراً وخصوصاً.

هـ- أن يكون الإجراء غير متوقع وقت التعاقد، بمعنى أن المتعاقد مع الإدارة وإن كان يعلم أنه من حق هذه الأخيرة تعديل التزاماته، إلا أنه لم يكن يتوقع أن يكون هذا التعديل بهذا الحد، وعدم التوقع في مجال تنفيذ الصفقة بالتكاليف الزائدة ومداهها في حالة عدم إدراجها في العقد، وإذا كانت هذه التكاليف الزائدة مدرجة في بنود الصفقة فلا يحق للمتعامل المتعاقد المطالبة بتعويض على أساس المخاطر الإدارية.

ثالثاً- الأساس القانوني والتنظيمي للنظرية:

يمكن القول أن نظرية فعل الأمير تستند وفق قانون الصفقات العمومية على المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 التي نصت على أن: "تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه، أن تبحث على حل ودي للنزاعات التي تطرأ عن تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يلي:

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.
- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.
- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة... "

وكما يمكن القول أنها تستند على مبدأ عام من المبادئ التي تحكم المرافق العمومية، ألا وهو مبدأ الاستمرارية، أي ضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد تلبية للحاجيات العامة.

وأحسن ما فعل المشرع حين أقر مبدأ الحل الودي لحسم النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية، وكذا عندما رخص للأطراف المتعاقدة إعادة النظر في الأحكام المالية للصفقة بما يعيد الاعتبار المالي للمتعامل المتعاقد على تحمل خسائر لم تكن متوقعة عند إبرام العقد حتى ولو كانت الإدارة المتعاقدة هي المتسببة فيها.

رابعاً - الآثار المترتبة على تطبيق نظرية فعل الأمير:

يترتب عنها نتيجة رئيسية هامة، وهي منح المتعاقد الذي لحق به الضرر من جراء العمل الصادر من السلطات العامة، تعويضاً كاملاً، ولكن قد يتولد عن عمل الأمير بجانب هذه النتيجة الرئيسية نتائج أخرى وهي:

- تحرر المتعاقد من الالتزام بالتنفيذ إذا ترتب على فعل الأمير استحالة التنفيذ¹.
 - حق الملتزم بالمطالبة بعدم توقيع الغرامات المالية عن التأخير في التنفيذ².
 - حقه في المطالبة بالفسخ إذا زادت الأعباء المالية وفاقت إمكانياته المالية أو الفنية³.
- الفرع الثاني: التعويض على أساس نظرية المخاطر الاقتصادية - الظروف الطارئة-

أولاً - المقصود بنظرية الظروف الطارئة:

يقصد بهذه النظرية، أنه إذا طرأت خلال تنفيذ العقد ظروف استثنائية خارجية، لم تكن في الوسع توقعها وقت إبرام العقد، وترتب على حدوثها اختلال التوازن المالي للعقد اختلالاً خطيراً، بحيث يصبح تنفيذ الالتزام أشد إرهاقاً وأكثر في التكاليف على وجه يتجاوز القدر الذي توقعه المتعاقدان، جاز للمتعاقد مع الإدارة أن يطالبها بالمساهمة في تحمل الأعباء الجديدة بتعويضه جزئياً ومؤقتاً مقابل الخسارة التي لحقت به⁴.

تمتاز هذه النظرية بأنها طابع اقتصادي، لأن من شأن الحوادث الطارئة أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً لا من الناحية الفنية أو القانونية بل من الناحية الاقتصادية، فالإرهاق يعني عدم تناسب المقابل المالي الذي يمنح للمتعاقد مع ما يجب عليه من التزام مستمر في التنفيذ في ظل الطارئ المستجد، فمن شأن الظرف الطارئ أن يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب.

¹ - بن دعاس سهام، ضمانات حماية المتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية، رسالة لنيل درجة دكتوراه علوم في القانون العام، فرع إدارة ومالية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2015-2016، ص 90.

² - سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 626.

³ - سليمان الطماوي مرجع سابق، ص 627.

⁴ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات، مرجع سابق، ص 240.

وعليه تختلف الظروف الطارئة عن القوة القاهرة في أنها لا تصل بتنفيذ الالتزام إلى درجة الاستحالة التي تعفي المتعامل المتعاقد، وتؤدي إلى فسخ العقد، فالتنفيذ مع الظروف الطارئة يظل ممكنا وان أصبح شاقا للمتعاقد، إلا أن هذه المشقة توازن بحق المتعاقد في التعويض وليس بانقضاء الالتزام، حتى لا يتوقف سير المرفق العام. أما الاختلاف بين نظرية الظروف الطارئة ونظرية فعل الأمير، هو العامل المتسبب في الخلل المالي بالنسبة لنظرية فعل الأمير الصادر عن الإدارة المتعاقدة، بينما نظرية الظروف الطارئة ليس للإدارة المتعاقدة أي يد في الحدث مصدر الخلل المالي، فهو عارض خارجي، وليس لإرادة الإدارة أي دخل فيه.

ثانيا - شروط تطبيق النظرية:

لكي يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة، فإن هناك شروط يلزم القضاء الإداري توافرها وهي:

أ- وقوع ظرف طارئ غير متوقع بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه: بحيث لا يمكن دفعه، أو تداركه، لأنه إذا طرأ الظرف قبل إبرام العقد فإن هذه النظرية لا تطبق طالما يمكن الرجوع عن الإيجاب ولم يصدر القبول، أما إذا كان التأخير ناشئا عن خطأ الطرف الآخر في العقد، أو تم بموافقة الطرفين، استحق المتعاقد المتضرر التعويض تطبيقا لهذه النظرية، وإذا كان التنفيذ قد امتد عن المدة المحددة في العقد بموافقة الإدارة، فإن الظرف الطارئ الذي يحدث أثناء المدة الإضافية يأخذ نفس حكم وقوعه خلال المدة الأصلية.

ب- أن يكون الظرف الطارئ استثنائيا غير متوقع: إذا لم يكن الظرف الطارئ استثنائيا أو كان من الظروف المتوقعة لم يجز تطبيق أحكام هذه النظرية، فإذا كانت الظروف متوقعة أو كان من الممكن توقعها، فلا سبيل لتطبيق هذه النظرية، والتوقع أو عدمه يقدره القاضي على ضوء مجمل الظروف والملابسات التي تم فيها إبرام العقد وطبيعة الظرف الطارئ.

ج- أن يكون الظرف الطارئ أجنبيا عن المتعاقدين: أي مستقلا عن إرادتهما ولا دخل لهذه الإدارة في وقوعه لأنه متى كان الفعل راجعا إلى المتعاقد المتضرر فلا مجال

للقضاء له بالتعويض، أما حينما يكون راجعا إلى الإدارة فهنا يفرق مجلس الدولة الفرنسي بين ما إذا كان الفعل الضار صادر عن الإدارة المتعاقدة وهنا نطبق نظرية الأمير. في حالة ما إذا كان الفعل الضار صادر عن جهة إدارية أخرى فهنا لا يطبق مجلس الدولة الفرنسي نظرية فعل الأمير وإنما نظرية الظروف غير المتوقعة إذا توافرت شروطها.

د- أن يكون من شأن الظروف الطارئ أن يؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد: قد يترتب على تنفيذ العقد خسارة تجاوز في فداحتها الخسارة العادية التي يمكن تحملها من طرف المتعامل المتعاقد أثناء التنفيذ، بل يجب أن يصيب المتعاقد خسارة كبيرة، إذ أن الخسارة البسيطة لا تكفي لتطبيق النظرية وكذلك الخسارة الوقتية العريضة، حيث لا تسبب اختلالا للتوازن المالي للعقد ولا تؤدي إلى تطبيق النظرية. وتقدير مدى جسامته الضرر الذي لحق بالمتعاقد مع الإدارة أمر يتولاه القاضي بنفسه.

ثالثا- أساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

تجد نظرية الظروف الطارئة أساسها القانوني والتنظيمي في نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري، وكذا في نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247. ومن الواضح أن فكرة الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري لا يمكن تطبيقها من قبل القاضي الإداري على الصفقات العمومية في حالة الاختلال المالي للصفقة العمومية لعدم ملائمتها لمتطلبات المصلحة العمومية ولتنفيذ الصفقات¹. إلا أنه قد أخذ القضاء بالمادة 107 من القانون المدني في قرار المحكمة العليا ضد المجلس الشعبي البلدي².

¹ - أنسية سعاد قريشي، النظام القانوني لعقد الأشغال العامة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 2002، ص 144.

² - قرار المحكمة العليا الفرقة الإدارية، الصادر بتاريخ 10\10\1993، في قضية (د، ج) ضد المجلس الشعبي البلدي، ملف رقم 99694، منشورة بالمجلة القضائية، العدد الأول، سنة 1994، ص 217.

رابعاً - الآثار المترتبة عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

- يمكن حصر الآثار المترتبة عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة فيما يلي:
- استمرار الطرف المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته التعاقدية رغم حدوث الاختلال بالتوازن المالي للعقد بفعل نظرية الظروف الطارئة، وذلك نزولاً وتطبيقاً لمبدأ ضرورة انتظام سير المرفق العام.
- حصول الطرف المتعاقد مع الإدارة على مساعدة ومساهمة من الإدارة المتعاقدة في صورة تعويض جزئي ومؤقت لإعادة تصحيح التوازن المالي للعقد والتعويض الجزئي من طرف الإدارة للطرف المتعاقد معها والذي أرهقه تنفيذه بسبب الظروف الطارئة ويكون هذا التعويض الجزئي تحت رقابة القرار الإداري.

الفرع الثالث: التعويض على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

أولاً- المقصود بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

هي نظرية قضائية المنشأ، كانت تعتبر امتداداً لنظرية القوة القاهرة، إلا أن هذا الوضع لم يدم طويلاً، حيث تمت فكرة الصعوبات المادية غير المتوقعة وتحددت معالمها، بل وغدت بعد ذلك مستقلة قائمة بحد ذاتها¹.

تفترض هذه أن ظروفًا خارجة عند إرادة طرفي العقد، لا يمكن توقعها، تظهر أثناء تنفيذ العقد، وخاصة عقد الأشغال العامة، صعوبات متعددة ومختلفة، من غير أن تصل هذه الصعوبات إلى استحالة تنفيذ العقد، ووفقاً لهذه النظرية فإن المتعاقد مع الإدارة، لا بد أن يستمر في تنفيذ العقد لكنه في هذه الحالة يمتلك الحق في الحصول على تعويض، وتطبق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة على العقود الجزافية، حيث يتحمل المتعامل المتعاقد جميع مخاطر العقد، مع ذلك يشترط القضاء لتطبيق هذه النظرية، أن تكون الشروط الاقتصادية للعقد قد انقلبت².

¹ - الدكتور أنور أحمد أرسلان، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، مجلة القانون الاقتصادي للبحوث القانونية والاقتصادية، القاهرة، مصر، مطبعة جامعة القاهرة، ديسمبر 1978، العددان الثالث والرابع، السنة 1980، ص 824-825.

² - فاروق أحمد خماس، محمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، بغداد 1992، ص 178.

وعندما يصادق المتعاقد مع الإدارة، وخاصة في مجال عقود الأشغال العامة صعوبات مادية، وتكون لهذه الصعوبات خصائص استثنائية أي غير طبيعية إطلاقاً، ويكون من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد مرهقاً، فإنها تفسح المجال بالمطالبة بتعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من ضرر عن طريق رفع أسعار العقد¹.

أولاً- شروط تطبيق النظرية:

يشترط القاضي الإداري كي يستحق المتعاقد التعويض عن الخسارة بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة، توافر مجموعة من الشروط يمكن إجمالها كالتالي²:

أ- يجب أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية: وترجع هذه الصعوبات المادية في أغلبها إلى ظواهر طبيعية، والصعوبات المادية ترتبط في أكثر الأحيان إلى الظواهر الطبيعية كأن يواجه المتعاقد طبقات مائية لم يكن يتوقعها مما تضيف نفقات مالية لم يكن قد وضعها في حسابه، كما قد يكون مصدر الصعوبات بفعل بعض الناس، فيوجد قناة خاصة بجوار موقع العمل لم تظهر في المواصفات التي أسس عليها العقد.

ب- أن لا تكون الصعوبات المادية بسبب أحد الأطراف: يفترض الصعوبات المادية أن لا يكون مصدرها فعل الإدارة المتعاقدة فإذا كانت بفعلها أو بسبب تدخلها وجب تعويض المتعامل المتعاقد على أساس خطئها إن كانت قد أخطأت، وعلى أساس فعل الأمير إذا لم يكن ثمة خطأ من جانبها ويشترط أيضاً أن لا يكون المتعاقد مع الإدارة قد تسبب هو الآخر بخطئه في وجود هذه الصعوبات ويجب أن يثبت بأنه لم يكن بوسعه الحد من تلك الصعوبات بما لديه من وسائل ويثبت بأنه لم يخرج على شروط العقد أثناء تنفيذ التزاماته.

ج- يجب أن تكون الصعوبات المادية غير متوقعة عند إبرام العقد: فلا يستحق التعويض إلا إذا كانت الصعوبات المادية من النوع الذي لا يمكن توقعه عند التعاقد وفقاً للظروف التي أبرم فيها العقد، والقاعدة هي أن المتعامل المتعاقد ملزم بتحري طبيعة الصعوبات التي قد تصادفه عند التنفيذ.

¹ عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في لبنان، الدار الجامعية (د، ط)، ص 535.

² بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص 79.

ومن هنا يبدو دور القاضي هاما إذ يتعين عليه أن يبحث ما إذا كان المتعاقد قد بذل في تاريخ إبرام العقد الجهد الضروري، وأن يكون قد تحرى بنفسه طبيعة الأعمال، وعمل كل ما يلزم لذلك من اختيارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات والتصميمات المعتمدة، وإعلام الإدارة في الوقت المناسب لملاحظاته¹.

د- أن تكون الصعوبات المادية ذات طابع استثنائي بحت: وذلك أن الصعوبات المادية ليست مجرد عقبات يصادفها المتعاقد عند التنفيذ ولكنها عقبات من نوع خاص، وواضح أن هذا الشرط ينتهي بنا إلى موقف ذاتي، إذ يترك للقاضي السلطة التقديرية في تقدير ما إذا كانت الصعوبات غير المتوقعة التي صادفها المتعاقد، مما يمكن اعتباره من قبيل المخاطر العادية أو الاستثنائية.

ر- أن تكون الصعوبات متعلقة بالعقود الجزافية: وهي التي تتضمن تحديد لكمية الأعمال المطلوبة تحديدا إجماليا لما تلتزم الإدارة بدفعة من ثمن يقابلها، فهذا الطابع الجزافي لتحديد الثمن لا يحول دون تطبيق نظرية الصعوبات المادية.

و- أن تكون من شأن هذه الصعوبات الإخلال باقتصاديات العقد: فإذا كانت الصعوبات المادية غير المتوقعة بسيطة بالنسبة لما هو مطلوب من المتعاقد تنفيذه، يجب أن لا يخل إخلالا جسيما باقتصاديات العقد، فلا يمكن تطبيق هذه النظرية، ولا تطبق أيضا في حالة القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، إذ ينقضي بذلك العقد.

رابعاً- الآثار المترتبة عن تطبيق نظرية الصعوبات المالية غير المتوقعة:

إن الصعوبات غير المتوقعة من شأنها أن تبقى الالتزام بالتنفيذ قائما وتفسح للمتعاقد المجال لحق التعويض.

فبالنسبة لبقاء الالتزام بالتنفيذ، فإن الصعوبات غير المتوقعة لا تحرر المتعاقد من الالتزام بالتنفيذ ولكن تفسح المجال أمامه للحق بالتعويض ويكون ذلك عندما يصبح التنفيذ مستحيلا، وعندئذ لا تكون في مواجهة صعوبات غير المتوقعة بل نصبح أمام فكرة القوة القاهرة، وكل ما في الأمر أن اعتراض الصعوبات للتنفيذ قد تؤدي إلى إعفاء المتعاقد من غرامات التأخير وتحرره من الجزاءات التي تترتب عادة على مثل هذا التأخير في تنفيذ

¹- بن دعاس سهام، مرجع سابق، ص98.

أشغال موضوع العقد، ويترتب على ذلك ضرورة استمرار المتعاقد في تنفيذ الأعمال رغم مواجهة الصعوبات غير المتوقعة و أن لا يعرض نفسه للجزاءات، كما قد يسقط حقه بالمطالبة بالتعويض على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة¹.
 أما بالنسبة لحق المتعاقد في الحصول على تعويض، فإن هذا التعويض يقدر على أساس مبدأ التعويض الكامل، أين يتعين على الإدارة أن ترد إلى المتعاقد كافة النفقات الإضافية التي تحملها لمواجهة الصعوبات التي اعترضت التنفيذ العادي.
 أما عن حساب التعويض الكامل يلجأ مجلس الدولة الفرنسي عادة إلى السعر المتفق عليه في العقد ليقدر التعويض².

المبحث الثاني: الضمانات التي تقع على عاتق المتعامل المتعاقد

تعد دفا تر شروط الصفقة المبرمة بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها هي التي تحدد حقوق والتزامات كل طرف من أطراف العقد والتي يجب احترامها حتى ولو لم تتضمن كبند صريح في عقد الصفقة.
 فالمصلحة المتعاقدة تحرص على أن تتوخى الدقة في صفقاتها المبرمة لأنها تتعلق بالمرافق العمومية والتي يجب أن تستمر في أداء أعمالها بانتظام واطراد في كل الأوقات، ومن هذا المنطلق منحت الإدارة سلطات وحقوق استثنائية في مواجهة المتعاقد معها، تتمتع بها كوظائف تمارسها في إطار القانون العام، والتي من شأنها أن تجعل تلك الصفقة تفقد الغرض الذي أبرمت من أجله، إذ تستطيع بموجبها أن تباشر حق الإشراف والرقابة على تنفيذ الصفقة، كما لها حق تنفيذ شروط الصفقة وفسخها وإنهائها بإرادتها المنفردة.

وهذه السلطات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة هي سلطات خطيرة قد تؤدي إلى حرمان المتعاقد معها من حقوقه، لذا تم وضع ضوابط لممارسة هذه السلطات والامتيازات وجعلها تتماشى وأهداف سير المرافق العامة التي ترمي إلى تحقيق المنفعة العامة.

¹ - محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وأثارها القانونية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 1998، ص 72.

² - سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 702.

وعليه يتوجب على المتعامل المتعاقد أن يفي بالالتزامات والمهام المسندة إليه، بموجب الصفقة المتعاقد عليها، بكل دقة وأمانة، لأنه في حالة الإخلال بها أو بإحداها أو التقصير في أدائها تقوم المصلحة المتعاقدة بتوقيع أحد الجزاءات المقررة لذلك الإخلال، وهذا كفالة من المشرع في مجال الصفقات العمومية لحقوق الإدارة المتعاقدة¹. وتعتبر مرحلة تنفيذ الصفقة من أهم المراحل في مسار الصفقة العمومية، لذا تحاط بضمانات قانونية متعددة وهذا لضمان حسن سيرها تحقيقا لمبادئ الأساسية التي تقوم عليها الصفقات العمومية، وتعد هذه الضمانات السبيل الأنجع لتأدية كل طرف لالتزاماته، وهذا بالنظر إلى التزامات المتعاقد عديدة ومتنوعة ولا يمكن حصرها حصرا وثيقا في إطار النظام القانوني للصفقات العمومية، ووفقا للتشريع المعمول به، يمكن رد هذه الالتزامات والضمانات إلى نوعين، واللذان يعتبران ضمانات لفائدة المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد، والمتمثلان في ضمانات التنفيذ المالي (المطلب الأول)، وضمانات التنفيذ التقني (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ضمانات التنفيذ المالي للصفقة العمومية

تحرص المصلحة المتعاقدة في إبرام الصفقة العمومية منذ البداية وفي المقام الأول، على منح الصفقة للمتعامل المتعاقد المقدر ماليا، وهذا حسب ما جاءت به المادة 124 من المرسوم الرئاسي 15-247، والتي نصت على: " يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين معها وا أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة... ".

تحدد الضمانات المذكورة أعلاه وكذا كيفيات استرجاعها حسب الحالة في دفتر الشروط أو في الأحكام التعاقدية للصفقة اعتمادا على الأحكام التشريعية أو التنظيمية المعمول بها.

ومن هنا فإن المتعاقدين مع الإدارة ملزمون بتقديم ضمانات مالية تحمي الإدارة المتعاقدة من الأخطار المالية التي يمكن أن تواجهها في حالة إخلالهم بالتزاماتهم.

¹ - بحري إسماعيل، مرجع سابق، ص 82.

الفرع الأول: الطابع الإلزامي لتقديم الكفالة

أولاً- تعريف الكفالة:

عرفت المادة 644 من القانون المدني الكفالة على أنها: " عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه"، ومنه فالكفالة لها عنصران، أحدهما مادي يتم بواسطته ضمان الدين من خلال مبلغ مالي، أو أية قيمة أخرى، والآخر عنصر الشخص الكفيل الذي يمثل بحد ذاته الضمان لتنفيذ الالتزام من طرف شخص آخر، وهو ما يعرف بالكفالة الشخصية والتضامنية، والكفالة تنتمي إلى فئة الضمانات (تأمينات) الشخصية التي تعطي الحق للدائن بالرجوع على شخص آخر ألا وهو "الكفيل"، ومن خصائص عقد الكفالة نجد:

أ- الكفالة عقد رضائي: وينعقد بمجرد تراضي بين الدائن والكفيل، الكتابة في العقد الرضائي الكتابة للإثبات فقط وليس شرطاً للانعقاد.

ب- الكفالة عقد تابع لوجود التزام أصلي: ويقصد به أن التزام الكفيل ينشأ تابعا لالتزام المدين، وهو الالتزام الأصلي الذي يهدف إلى التزام الكفيل إلى ضمان الوفاء به، مما يترتب عنه:

- أن يكون التزام الكفيل في حدود الالتزام المكفول الأصلي.
- الكفيل يستطيع التمسك بالدفع التي هي للمدين الأصلي.
- لا يصح أن يكون التزام الكفيل منجزا إذا كان الالتزام الأصلي معلقا على شرط أو مضاف إلى أجل.
- إذا كان الالتزام الكفيل أكبر أو أشد عبئا من التزام المدين الأصلي لا يبطل ولكن يجب إنقاصه حتى يعادل التزام المدين¹.

ج- الكفالة عقد ملزم بجانب واحد: الأصل أن الكفيل هو من يلتزم بضمان تنفيذ التزام يقع على عاتق الشخص المدين تجاه الطرف الآخر في العقد وهو الدائن، وهذا الالتزام لا يكون إلا بموجب عقد الكفالة.

¹ - زاهية حورية سي يوسف، عقد الكفالة، دار الأمل للطباعة والنشر، ط 4، تيزي وزو، 2012، ص 28.

ثانياً - أنواع الكفالة في تنفيذ الصفقة العمومية:

نص تنظيم الصفقات العمومية على عدة أشكال للكفالة وتتمثل في:

أ- **كفالة إرجاع التسبيقات:** كما سبق وأن أشرنا، أن للمتعاقل المتعاقد الحق في مطالبة بحقه في التسبيقات المالية التي حددتها المواد 100 و 111 من المرسوم الرئاسي 15-247، كما يلتزم بأن يدفع مبلغ الضمان المتفق عليه في العقود، كاحتياط مالي يوضع تحت تصرف الإدارة، ويكون بإمكانها مصادرته في الأوضاع المحددة قانوناً وهو ما يعرف بكفالة استرجاع التسبيقات.

وكفالة إرجاع التسبيقات تصدر من بنك جزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية أو من بنك أجنبي معتمد من طرف بنك جزائري، ويتم تحريرها حسب الصيغ التي تلاءم المصلحة المتعاقدة والبنك الذي تنتمي إليه¹.

وقد تكون التسبيقات جزافية أو على حساب التموين، فإن كفالة إرجاع التسبيقات يمكن أيضاً أن تكون كفالة إرجاع التسبيقات الجزافية، ومنه تكون هذه الكفالة معادلة للتسبيق، أو جزء منه بشرط أن لا يتجاوز نسبة 15%². وهذه الكفالة قد لا تكون إجمالية إذا وقع التسبيق دفعة واحدة، وقد تكون مجزئة إلى حصص بنفس نسب تخصيص التسبيق الجزافي.

أما كفالة إرجاع التسبيقات على حساب التموين، فإن مبلغ هذه الكفالة يكون معادلاً للتسبيق أو جزء منه، والذي لا تتجاوز نسبته خمسون بالمائة (50%) من مبلغ الصفقة.

ب- **كفالة حسن التنفيذ:** تعد هذه الكفالة من الضمانات النقدية التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة من أجل ضمان تنفيذ العقد. وقد نصت المادة 130 فقرة 2 من المرسوم 15-247 على أنه يتعين على المتعاقل المتعاقد تقديم "كفالة حسن التنفيذ"، زيادة على كفالة عرض التسبيقات، إلا في بعض أنواع الصفقات كصفقات الدراسات، والخدمات التي تحدد قائمتها بقرار وزاري مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني، فكفالة حسن التنفيذ تحرر حسب الصيغ المعتمدة من طرف المصلحة المتعاقدة والبنك الذي

¹ - أنظر المادة 125 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

² - أنظر المادة 111، نفس المرسوم.

تتنمي إليه ويحدد مبلغها بين خمسة وعشرة بالمائة (5%، 10%) من مبلغ الصفقة حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها وتسترجع في مدة شهر واحد ابتداءً من تاريخ التسليم النهائي للصفقة¹.

وقد نصت المادة 130 من المرسوم الرئاسي 15-247 على الحالات التي يعفى فيها المتعامل المتعاقد من كفالة حسن التنفيذ وهي:

- إذا لم يتعدى أجل تنفيذ الصفقة ثلاثة (3) أشهر.
- في حالة الصفقات المبرمة مع المتعاملين بالتراضي البسيط وبالنسبة للصفقات المبرمة مع المؤسسات العمومية.

كما تقضي المادة 131 من نفس المرسوم على أنه في حالة ما إذا كانت الصفقة تنص على أجل للضمان تتحول كفالة حسن التنفيذ إلى كفالة ضمان عند التسليم المؤقت.

د- **كفالة التعهد:** هذه الكفالة تتعلق بصفقات الأشغال واللوازم وتكون قيمتها مساوية أو أكبر من واحد بالمائة (1%) من مبلغ الصفقة². ونصت عليها المادة 125 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي تنص على " يجب على المتعهدين فيما يخص الصفقات العمومية للأشغال واللوازم التي تتجاوز مبالغها الحدود المنصوص عليها في المظتين الأولى والثانية على التوالي من المادة 184 من هذا المرسوم تقديم كفالة تعهد تفوق واحد من المائة (1%) من مبلغ العرض ويجب النص على هذا المبلغ في دفتر الشروط لدعوة للمنافسة وتعد الكفالة بالرجوع لمبلغ العرض ".

هـ- **كفالة الضمان:** هذه الكفالة تمكن من تحرير الاقنطاعات التي تمت من قبل الأمر بالصرف في إطار الضمان في انتظار التسليم النهائي لموضوع الصفقة، وتغطي عادة الفترة بين الاستلام المؤقت والاستلام النهائي لموضوع الصفقة.

يحول الرصيد المكون من مجموع الاقنطاعات عند التسليم النهائي إلى كفالة ضمان عندما يكون أجل الضمان منصوصا عليه في صفقة الدراسات والخدمات، ويتم

¹ - أنظر المادة 133 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

² - عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2007، ص 102.

استرجاع الكفالة أو اقتطاعات الضمان في مدة شهر واحد ابتداءً من تاريخ التسليم النهائي للصفقة وبالتالي تسري صلاحية كفالة الضمان ابتداءً من التسليم المؤقت للصفقة، وهي تضمن الحقوق المحتملة للمصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد في حالة عيب أو نقص يشوب موضوع الصفقة.

الفرع الثاني: آليات تنفيذ نظام الكفالة

لتمويل الصفقة العمومية فإنه يتطلب على المصلحة المتعاقدة توفير الاعتمادات الضرورية لدفع المبالغ المترتبة عن التنفيذ والتي تنصب على المصاريف العمومية حيث تقوم المصلحة المتعاقدة مسبقاً بتوفير الأدوات اللازمة وتسجيلها في الميزانية المخصصة لها، وفي المقابل يتوجب على المتعاقد قبل البدء في عملية التنفيذ القيام بتوفير أموال تسمح له باقتناء المواد واللوازم الضرورية لتنفيذ المشروع أو الأشغال أو تقديم الخدمات. ونظراً لأن أغلب نفقات الدولة تذهب في شكل صفقات وجب إعطاء دور فعال للبنوك إذ تعتبر المورد الأساسي في منح الضمانات في مختلف أنواعها، وصندوق ضمان الصفقات العمومية الذي أنشأ خصيصاً لتكملة النظام المصرفي ليقوم بالإسهام في ضمان تمويل الطلبات العمومية.

أ- البنوك: إن النظام المصرفي مدعو للتطور السريع في آلياته، وهذا التطور يستوجب منح بنك الجزائر (البنك المركزي) سلطات حقيقية في ميدان تنظيم ومراقبة القرض والوصول إلى منافسة فعلية بين البنوك وعلى هذا الأساس صدر أمر ينظم النقد والقرض¹.

ومن أهم أهداف هذا الأمر هو مساعدة التطهير المالي للمؤسسات حيث أن تطوير العلاقة بين البنوك وزبائنها صارت تعتمد على قاعدة قابلية تسديد القرض، فعلى المقترض أن يشرف في حينها بالتسديد بنفسه مما يعفي الدولة نهائياً من تحمل هذا العبء ويعيد للبنوك حق تقدير مقدرة زبائنها على الوفاء بمفردها.

¹ - الأمر رقم 01-01 المؤرخ في 27\02\2001 المعدل والمتمم للقانون رقم 90-10 المؤرخ في 14\04\1990 المتعلق بالنقد والقرض ج ر رقم 14.

ب- صندوق ضمان الصفقات العمومية (ص ض ص ع): إن مشكلة الديون غير المدفوعة من طرف الإدارات العمومية يعتبر عائق لمعظم المؤسسات العمومية والخاصة التي قامت بإنجاز الصفقات والطلبات في إطار ميزانية الدولة وهذا ما أدى إلى تعثر المتعاملين الاقتصاديين وذلك راجع لغياب جهاز فعال للضمان وهذا ما أدى إلى ضرورة إنشاء مؤسسة مختصة بكلفة بضمان الصفقات العمومية والمتمثل في صندوق ضمان¹، والذي يعد مؤسسة ذات طابع صناعي وتجاري، لها شخصية معنوية وتتمتع بالاستقلالية المالية، موضوعة تحت وصاية وزير المالية ويهدف إنشاء هذا الصندوق إلى الحفاظ على التطور المادي والمالي لمشاريع التجهيز العمومية المقيدة في البرامج السنوية ومتعددة السنوات ويتم تمويلها من ميزانية الدولة وهذا ما نصت عليه المادة الأولى والثانية من المرسوم المذكور أعلاه.

ويحتل الصندوق كمؤسسة مالية مكانة هامة في النظام المصرفي الجزائري من خلال منح ضمانته أو كفالته بكل الأشكال لتسهيل تحقيق مشاريع في قطاعات المنشأة القاعدية والسكن والصفقات العمومية، إضافة إلى مهام أخرى تكلفه إياها الخزينة العمومية².

الفرع الثالث: الضمانات الحكومية

هي تلك التي تطلبها الإدارة المتعاقدة من المؤسسات الأجنبية ومنها الأحكام المتعلقة بالقروض أو الإئتمانات الناتجة عن عقود حكومية مشتركة وكذلك الضمانات التي تسمح بالتنافس بين المؤسسات البنكية أو هيئات التأمين ذات الصبغة العمومية أو شبه العمومية. علما أن الجزائر تفضل هذا النوع من الضمانات بمختلف عقودها، حيث تمنح الصفقات إلى المؤسسات الأجنبية التي تقدم ضمانا من دولتها، فإذا انعدم مثل

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 67/98، المتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية، ج ر عدد 11، المؤرخة في 1998/03/01.

² - بحري إسماعيل، مرجع سابق، ص 88.

هذا الضمان فإنها تلجأ إلى إعمال نص المادة 128 وتمنحها للشركات التي تقدم ضمان حسن التنفيذ¹.

وحسب المادة 127 من المرسوم الرئاسي 15-247 فان الضمانات ذات الصيغة الحكومية التي تهم المؤسسات الأجنبية هي استعمال القرض الناتج عن عقود حكومية مشتركة وكذا الضمانات التي تستخدم مساهمة الهيئات المصرفية أو هيئات التأمينات ذات الصيغة العمومية أو الشبه العمومية. يحظى بالأسبقية في اختيار المتعاملين المتعاقدين الأجانب من يقدم أو سع هذه الضمانات مع مراعاة أهمية الحصص أو المواد المعالجة ثانويا في السوق الجزائرية، ويلاحظ من هذا النوع من الضمانات عدم تحديد إجراءات أو كيفيات التأسيس رغم أن الضمانات التي تحصل عليها المصلحة المتعاقدة لاسيما في الميدان المالي هي الضمانات النقدية التي تعطيها كفالة مصرفية يصدرها بنك أجنبي من الدرجة الأولى معتمد من البنك الجزائري المختص.

المطلب الثاني: ضمانات التنفيذ التقني للصفقة العمومية

يجب على المتعامل المتعاقد تنفيذ الالتزامات المفروضة عليه بموجب بنود العقد، ولن يدفع عنه هذا الالتزام إلا القوة القاهرة، لأن التزامه يعد الأثر العام والأساس وهو يعكس القوة الإلزامية لتنفيذ الصفقة.

إلا أنه قد يصادف عملية التنفيذ ظروف معينة تعفيه من ذلك أو في حالات يتخلى المتعامل المتعاقد عن الوفاء بالتزاماته مما يفرض عليه توقيع جزاءات مختلفة لا سيما حق الإدارة في فسخ العقد أو فرض عقوبات مالية وغيرها.

وبما أن تنفيذ العقود الإدارية عامة والصفقة العمومية على وجه الخصوص يخضع لمبدأ رعاية المصلحة العامة وضمان استمرارية المرفق العام، فان المتعاقد ملزم بأداء شروط الصفقة المتعاقد عليها لأنه الأقدر والأنسب على ذلك حسب ما تقتضيه أحكام

¹ - هبة سردوك، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، الإسكندرية- مصر، 2009، ص 89. - نقلا عن: بن دحمان لعبد، الضمانات المقررة لنزاهة الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2016، ص 82.

المرسوم الرئاسي 02-250 لاسيما المواد 29 و 80 منه إذ يحرص المتعاقد مع الإدارة في ذلك مجال التنفيذ على ما يلي:

- 1- الأداء الشخصي للخدمة موضوع الصفقة.
- 2- أداء الخدمة موضوع العقد حسب الكيفيات المتعاقد عليها وبحسن النية.
- 3- الالتزام بأداء الخدمة موضوع العقد في الآجال المتفق عليها.
- 4- الالتزام بدفع مبلغ الضمان¹.

الفرع الأول: حالة التنفيذ العادي للصفقة

تتضمن حالة التنفيذ العادي للصفقة عدة صور هي:

أولاً- الأداء الشخصي للخدمة موضوع العقد: الأصل أن المتعامل المتعاقد هو من يتولى شخصيا مهمة انجاز الصفقة التي أبرمها مع المصلحة المتعاقدة، كون أن هذه الأخيرة تراعي اعتبارات عديدة في اختيارها للطرف المتعاقد معها، وهذا بالنظر إلى الصلة الوثيقة للعقد الإداري للمرفق العام، حيث تأخذ بعين الاعتبار معايير خاصة، تحدد في دفتر الشروط فيما يتعلق بالمتعاقد معها سواء من حيث المقدرة المالية أو الفنية وحسن السيرة وغيرها من المعايير، فالمتعامل المتعاقد ملزم بالتنفيذ الشخصي للصفقة بالطريقة التي يختارها، إذ يمكن له أن يمنح تنفيذ هذه الصفقة أو جزء منها إلى متعامل متعاقد ثانوي، وبالرغم من ذلك فإنه لا يمكن أن يلقي بمسؤوليته التي تعهد بها إلى الغير، فينتصل من بعض التزاماته، فهو المسؤول عن التنفيذ الكامل للمشروع حتى ولو عهد للمتعامل الثانوي القيام بجزء من الخدمة، وهذا ما نصت عليه المواد 140 و 141 و 142 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.²

ولقد نصت المادة 143 من نفس المرسوم على شروط اللجوء للمتعامل الثانوي وهي³:

- ✓ أن يحضى اختيار المتعامل الثانوي بموافقة المصلحة المتعاقدة.
- ✓ وجوب تسليم نسخة من عقد المناولة للمصلحة المتعاقدة من طرف المتعامل المتعاقد.

¹ - عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 174.

² - ناصر لباد، الأساس في القانون الإداري، دار المجد للنشر والتوزيع، ط1، سطيف 2011، ص71.

³ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 245.

✓ يجب أن يحدد في عرض المتعهد المعني مبلغ الحصة القابلة للتحويل الموافق للخدمات التي تقدمها المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري في إطار المناولة. أما عن كيفية دفع المستحقات، فإن المتعامل الثانوي يحصل على مستحقاته من المتعامل المتعاقد وليس من المصلحة المتعاقدة هذا كقاعدة عامة، غير أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة حسب ما جاء في المادة 143 أن تدفع مستحقات المتعامل الثانوي بشرط صدور قرار وزاري¹.

ثانيا- أداء الخدمة حسب الكيفيات والشروط المتعاقد عليها: على المتعامل المتعاقد أن ينفذ التزاماته وفق ما ولدت في نصوص العقد أو ما تمليه الشروط العامة في تنفيذ الأعمال بحيث غالبا ما يتضمن دفتر شروط الصفقات بيانا أو بندا تكميليا يوضح شروط دخول الصفقة حيز التنفيذ إلى جانب تبيان موضوع الصفقة محددًا وموصوفا وصفا دقيقا. إذ ينبغي على المتعامل المتعاقد أن يتحمل نتيجة تعهده والتزامه بأن ينفذ موضوع الصفقة حسب ما تم الاتفاق عليه في بنود الصفقة، بحيث تقوم مسؤوليته عن كل ما يتضمنه التنفيذ من عيوب (ضمان العيوب) بالإضافة إلى ذلك ينبغي عليه امتثال لأوامر الإدارة ونواهيها في إطار ممارسة سلطة الإشراف والرقابة².

ثالثا- الالتزام بتنفيذ موضوع الصفقة بطريقة سليمة وعناية تامة: يجب على المتعامل المتعاقد أن يبذل جهدا وعناية تامة في تنفيذ التزاماته التعاقدية بما يجعل الأعمال المنفذة من طرفه تتسجم مع الهدف والغرض الذي وجد من أجله، وكذلك العناية بالظروف الطارئة على العقد، كما يجب عليه أيضا تنفيذ التزاماته بحسن النية مثل ما تنص عليه المادة 106 من القانون المدني بحيث يفترض في من يتعاقد مع الإدارة أن يكون حريصا على المصلحة العامة التي يريد تحقيقها بواسطة العقد، فالأصل أنه ليس للمتعامل المتعاقد التمسك في مواجهة الإدارة بعدم التنفيذ قياسا على السلطات المخولة لها والمتمثلة في سلطة الإشراف والرقابة، سلطة تعديل العقد، سلطة فسخ العقد بصفة منفردة وسلطة

¹ - أنظر المادة 143 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

² - عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 247.

توقيع الجزاءات، إذ لا يجوز للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته مع الإدارة بحجة أنها لم تنفذ التزاماتها.

رابعاً - احترام الآجال اللازمة لتنفيذ العقد: للمتعاقد المتعاقد آجال عليه احترامها، ويجب أن تحدد في الصفقة جميع الآجال التي يجب احترامها خاصة تنفيذ موضوع العقد من الناحية الفنية، وهذه الآجال تفيدنا في النزاعات التي قد تطرأ من جراء عدم احترام بنود العقد، وكذا في حساب عقوبات التأخير لصالح المصلحة المتعاقدة.

وعادة ما يقوم المتعاقد بوضع مخطط الانجاز حيث يبين فيه كل المراحل التي تمر بها انجاز الصفقة والذي يضم الفترة الممتدة بين إصدار الأمر ببدء الخدمة. ويضع فيه المتعاقد نوع الآجال إذا كانت بالأجل الواحد أو الآجال المجزأة، فالأجل الواحد هو ذلك الأجل الذي يلتزم فيه المتعاقد في يوم نهاية أجل الانجاز بتسليم الصفقة ولا يجبر على الإسراع في الأعمال أما الآجال المجزأة فهي تلك الآجال التي يقسم فيها المتعاقد انجاز موضوع الصفقة إلى عدة مراحل جزئية ويجب عليه أن ينتهي من تنفيذ الأشغال طبقاً لما تعهد به.

وعند الانتهاء من التنفيذ يتم التأكد من طرف المصلحة المتعاقدة من احترام مواعيد الانجاز ويحرر بذلك محضر استلام مؤقت لموضوع الصفقة وتؤسس كفالة الضمان التي تدوم عادة في صفقات الأشغال سنة وهذا كضمان للعيوب الخفية، أما العيوب الظاهرة فيتم اكتشافها عند الاستلام المؤقت، وبعد مرور أجل الضمان يتم ما يسمى بالتسليم النهائي أين يستلم المتعاقد في أجل شهر واحد من تاريخ إمضائه محضر الاستلام النهائي بدون أي تحفظ أو عيب¹.

الفرع الثاني: حالة التنفيذ الغير العادي للصفقة

يحرص المتعاقد على أداء الصفقة التي أبرمها على أحسن وجه إلا أنه قد تحدث بعض الظروف التي تجعل من تنفيذ الالتزامات أمراً صعباً في بعض الأحيان مستحيلاً، الأمر الذي يدفع الإدارة إلى أن تبذل ما في وسعها لتمكين المتعاقد معها من الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية اتجاهها رغم ما قد تتكبده من خسائر في سبيل

¹ - بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص 96.

تحقيق الهدف الأساسي وهو استمرارية المرفق العام، ولكن في بعض الأحيان يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة وهذا من جراء حدوث فعل القوة القاهرة¹.

أ- مفهوم شرط القوة القاهرة في مجال الصفقات العمومية: يقصد بالقوة القاهرة حسب القواعد العامة في القانون حدث غير متوقع مستقل عن إرادة المتعاقدين ويترتب عنه استحالة التنفيذ المطلق سواء لكل أو بعض الالتزامات التعاقدية.

فيما يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية فقد نصت عن جواز الإعفاء من العقوبات بفعل الأحداث غير المتوقعة والتي لا يمكن مقاومتها ومن شأنها منع صاحب الصفقة من التقيد بأجال التنفيذ المنصوص عليها في العقد وغالبا ما يتم ضبط كفيات تطبيق حالات القوة القاهرة بتضمين بند في الصفقة يتعلق بذلك (بند تكميلي).

ب- تطبيقات القوة القاهرة في مجال الصفقات العمومية: تتمثل في:

➤ حالة الظواهر الطبيعية: تمثل الحدث الطبيعي الخارجي لمفهوم القوة القاهرة الذي لا

يمكن توقعه أو تفاديه كالسيول، العواصف، الجفاف الغير العادي، الفيضانات...

➤ حالة الصعوبات التي تواجه الأطراف المتعاقدة: إذا كانت الصعوبات التي تواجه التنفيذ

غير متوقعة فالقاضي هو الذي يقدر هذه الصعوبات أو القوة القاهرة.

➤ تأخر وإخلال المقاولين أو المتعهدين من الباطن: لا يعتبر بحسب الأصل العام من قبيل

القوة القاهرة، ولكنه يعتبر الإخلال بالالتزامات من جانب المقاول أو المتعهد الأصلي إذا

تم قبول المتعهدين من الباطن من جانب الإدارة.

➤ الحوادث وفعل الغير: ومدى اعتبارها من قبيل القوة القاهرة بتطبيق القواعد المقررة بالنسبة

لما يعتبر من القوة القاهرة.

➤ حالة الإضراب: يعتبر الإضراب مثال نموذجي للحدث الذي كثيرا ما طبقت بشأنه المبادئ

المتعلقة بالقوة القاهرة ويبحث القاضي عن مدى توافر الشروط المقررة لاعتباره من قبيل

القوة القاهرة.

¹ - بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص 97.

حالة الحروب: إن اعتبار الحروب من قبيل القوة القاهرة نادر الحدوث بحيث يبحث القاضي في مدى توفر شروط القوة القاهرة فقد يمكن اعتبار الحروب وما تحمله من خراب ودمار من قبيل القوة القاهرة¹.

الفرع الثالث: الجزاءات المترتبة عن عدم تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته التعاقدية

يحق للمصلحة المتعاقدة أن توقع عدة جزاءات أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، فلها أن تفرض جزاءات ذات طابع مالي إذا أخل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، كما لها أن تلجأ إلى إجراءات أكثر صرامة بهدف إرغام المتعامل المتعاقد على تنفيذ التزاماته التعاقدية عن طريق استعمال وسائل الضغط، وأخطر جزاء توقعه المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته هو الفسخ الجزائي².

أولاً- الجزاءات المالية:

أ- **الغرامات:** تملك الإدارة المتعاقدة طبقاً للمرسوم الرئاسي ممارسة سلطة الجزاءات المالية وتجد هذه السلطة أساسها القانوني في **المادة 147** من المرسوم الرئاسي 247-15، كما تجد أيضاً الغرامة المالية أساسها في **المادة 95** من نفس المرسوم كأحد البيانات الواجب ذكرها في الصفقة. فالمصلحة المتعاقدة لها حق توقيع الجزاءات المالية بشكل غرامات ولقد قيدت **المادة 147** مجال ممارستها في حالتين هما:

1- الغرامة التأخيرية: تعتبر الغرامة التأخيرية مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مقدماً و تنص على توقيعها متى أخل المتعامل المتعاقد بالتزام معين لاسيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ وهذا ما نصت عليه **الفقرة الثانية من المادة 147**.

كما عرفها الدكتور عمار عوابدي بأنها "المبالغ المالية التي يجوز للإدارة أن تطالب بها الطرف المتعاقد معها إذا ما أخل بالتزاماته التعاقدية أثناء تنفيذ العقود الإدارية".

¹ - بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص 99.

² - جليل مونية، التنظيم الجديد للصفقات العمومية وفقاً للمرسوم الرئاسي 247-15، موفم للنشر، السداسي الأول - الجزائر، 2018، ص 174.

والجدير بالذكر أن غرامات التأخير لا تطبق فقط على المتعامل المتعاقد الوطني، بل يمكن تطبيقها حتى على المتعامل المتعاقد الأجنبي، فحسب المادة 84 في فقرتها الثالثة، كما أن الإدارة ملزمة بإعذاره، وذلك تحت طائلة تطبيق عقوبات مالية محددة حسب الشروط المنصوص عليها الفقرة الثانية من المادة 147¹.

2- الغرامات الناجمة عن حالة التنفيذ الغير مطابق: على افتراض أن المتعاقد مع الإدارة أخل بالشروط المتفق عليها و كيفيات التنفيذ وخرج عن الالتزامات التي تعهد بها فالوضع الطبيعي أيضا في هذه الحالة هو خضوعه لجزاء مالي. هذا الجزاء الذي يستمد قوته من العقد إلى جانب النصوص التنظيمية فيمكن أن توقع على المتعامل المتعاقد في حالة التنفيذ غير المطابق لأحكام وبنود الصفقة، من حيث عدم الالتزام بتنفيذ الصفقة طبقا للمواصفات المتفق عليها، مثل الإخلال لبعض الجوانب الفنية والكمية في الأشغال العامة تتعلق بشق طريق أو بناء سد².

ب- مصادرة التأمين: تعتبر التأمينات، مبالغ مالية تدفع من المتعامل المتعاقد كضمان للمصلحة المتعاقدة³، تتوقى بها آثار الأخطار التي قد تصدر منه أثناء مباشرة تنفيذ الصفقة العمومية، وقصد ضمان جدية العرض وقدرته على تحمل المسؤوليات الناتجة عن نقصيره من جراء إخلاله بالتزاماته⁴.

وعليه فإن الضمان الذي يقدمه المتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة يقصد من وراءه القيام بتنفيذ التزاماته طبقا لشروط العقد والمواعيد المحددة، بحيث لو قصر في ذلك كان للمصلحة المتعاقدة حق مصادرة هذا الضمان أو الكفالة حتى ولو لم ينص على ذلك

¹ - جليل مونية، مرجع سابق، ص 175.

² - محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 77.

³ - تتمثل هذه التأمينات في كفالة التعهد، كفالة رد التسيقات وكفالة حسن التنفيذ التي تتحول إلى كفالة ضمان عند التسليم المؤقت، عندما تنص الصفقة على أجل ضمان.

⁴ - جليل مونية، مرجع سابق، ص 176.

في دفتر الشروط الإدارية العامة أو في العقد مادام أن الغاية من التأمين هي ضمان التنفيذ الفعلي للعقد.¹

ويتميز هذا الجزاء بجملته من الخصائص تميزه عن الجزاءات المالية الأخرى:

* للإدارة الحق في مصادرة الضمان عند التقصير في التنفيذ حتى ولو لم ينص عليه صراحة في الصفحة.

* للإدارة الحق في توقيع جزاء المصادرة بنفسها دون انتظار لحكم القضاء.

* للإدارة الحق في توقيع هذا الجزاء دون الحاجة إلى إلزامها بإثبات أن ضررا ما قد لحقها من جراء إخلال المتعامل المتعاقد معها، لأن الضرر هنا مفترض.

فوجود الضمان المالي كفيل بأن يجعل الإدارة في وضعية مالية حسنة بما يكفل حسن تنفيذ الصفقة ولا يكون ذلك إلا بفرض مبالغ مالية أو ما يعرف بكفالة حسن التنفيذ.

ج- التعويض: هو عبارة عن مبالغ مالية يحق للإدارة أن تطالب بها المتعامل المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته التعاقدية حالة سكوت العقد أو دفاتر الشروط عن النص على جزاء مالي آخر كالعقوبات لمواجهة هذا الإخلال²، كما عرفه الدكتور سليمان الطماوي: " هو الجزاء الأصيل للإخلال بالالتزامات التعاقدية، وذلك إذا لم تنص الصفقة على جزاءات مالية أخرى"³، يتضح من خلال هذا التعريف أن التعويض يتم فرضه على المتعامل المتعاقد بقصد إصلاح الأضرار التي لحقت بالمصلحة المتعاقدة بسبب إخلال المتعاقد معها بالتزاماته⁴.

¹ - رجال عبد القادر، المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على المقاول المتعاقد معه في القانون الجزائري (دراسة مقارنة)، رسالة الماجستير في الإدارة والمالية مقدمة في معهد الحقوق والعلوم الإدارية، تيزي وزو، 1989-1990، ص 166.

² - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 213.

³ - رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض جزاء على المتعاقد معها، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 55؛ -نقلا عن جليل مونية، مرجع سابق، ص 177.

⁴ - جليل مونية، مرجع سابق، ص 177.

ثانياً - الوسائل والجزاءات الضاغطة:

تتمتع المصلحة المتعاقدة إضافة إلى توقيع الجزاءات المالية بمجموعة من وسائل الضغط مقررة ومكرسة فقها وقضاءً، تفرض على المتعامل المتعاقد الذي لا ينفذ الالتزامات الواقعة عليه، ويسمى هذا النوع بالجزاءات الضاغطة والذي يهدف إلى تحقيق تنفيذ العقد بواسطة الإكراه، فهي تعتمد على فكرة أن الصفقة يجب أن تنفذ لأن المرفق العام بحاجة إلى ذلك للاستمرارية. وتتخذ الجزاءات الضاغطة الصور التالية:

- توقيف المقاول في عقد الأشغال العامة وسحب العمل منه، والذي يقصد به أن تحل الإدارة محل المقاول المتعاقد في تنفيذ أعماله وقيامها بتنفيذ العمل بنفسها على حسابه وتعهده للغير بتنفيذ هذه الأعمال على مسؤولية المقاول وذلك تحت إدارتها مباشرة كلاً أو جزءاً لضمان انجاز العمل ومنه فإن هذا الجزاء يهدف إلى إرغام المقاول على تنفيذ العقد وليس من شأنه إلغاؤه، بل يستمر منتجا لأثاره وتضل الرابطة التعاقدية قائمة، ويؤدي هذا الإجراء إلى حلول المصلحة المتعاقدة أو مقاول آخر مؤقتاً محل المقاول المخل لالتزاماته ولذلك لا يوقع هذا الإجراء إلا مع قيام الرابطة العقدية¹.

- الشراء على حساب المورد في عقود التوريد، نظراً لشروط العقد سواء من حيث مواصفات التوريدات أو التأخر عن تسليمها.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الجزاءات ووسائل الضغط التي تمارسها الإدارة لا تؤدي إلى فسخ الرابطة التعاقدية مع المتعاقد معها غير أن هذه السلطة وبالنظر لخطورتها وأثرها فإن الإدارة لا تلجأ إليها إلا في حالات الإخلال الجسيم بالأحكام التعاقدية وبكيفية تنفيذ موضوع الصفقة وعادة ما توجه الإدارة قبل ممارستها لهذه السلطة إعدار ينشر في الصحف لتتذر به الطرف المخل، تمارس بعد إصداره الإجراءات القانونية اللازمة في هذه الحالة².

ثالثاً - الجزاءات الفاسخة:

تندرج الجزاءات التي تملك المصلحة المتعاقدة توقيعها على المتعامل المتعاقد

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 219.

² - المرجع نفسه، ص 225.

معها حسب درجة الخطأ الذي يرتكبه هذا الأخير، فكلما كان الخطأ جسيماً كلما تدرجت العقوبة إلى درجة أشد قساوة، وهذا بمقتضى النصوص المنظمة للصفقات العمومية ودفاتر الشروط المتعلقة بها¹.

أ- صور الفسخ: يأخذ الفسخ صوراً مختلفة فقد يكون استجابة لرغبة طرفيه أو خضوعاً واحتراماً للقانون أو تطبيقاً لحكم قضائي²:

1- الفسخ التعاقدي: لما كان إبرام العقد مبني على توافق إرادتي الطرفين فإنهما يستطيعان أيضاً أن يتفقا على إنهاءه وهذا ما نصت عليه المادة 151 من المرسوم الرئاسي 15-247.

2- الفسخ الإداري: من أهم سلطات المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد الفسخ الإداري أو الانفرادي للصفقة العمومية وهو ما جاء صراحة في أحكام المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15-247.

3- الفسخ القانوني: تنقضي الصفقة بقوة القانون دون الوقوف على رغبة أحد أطراف الصفقة، كما لو هلك محل الصفقة العمومية بسبب قوة قاهرة، أو إذا تضمنت الصفقة شرطاً فاسخاً يجعل الصفقة مفسوخة بتحقيقه وغيرها.

4- الفسخ القضائي: هو وسيلة لزوال الصفقة العمومية يقره القاضي بناءً على طلب أحد طرفي الصفقة، وبناءً على الأسباب التالية:

- القوة القاهرة.

- الفسخ كجزاء للإخلال بالالتزامات التعاقدية.

- الفسخ القضائي كموازن لسلطات الإدارة.

ب- شروط ممارسة جزاء الفسخ:

1- الخطأ الجسيم: من المسلم به أن هذا الجزاء يفترض وقوع أخطاء جسيمة من المتعاقد وبوجه عام فإن الوقائع التي تبرر تطبيق الجزاءات الضاغطة - إذا ظهرت خطورتها بدرجة كافية - يمكن أن تكون مبررات للفسخ ذاته، ويعرف الخطأ الجسيم في

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 225.

² - جليل مونية، مرجع سابق، ص 180 - 183.

الصفقة العمومية على أنه عبارة عن إخلال المتعامل المتعاقد بالتزام قانوني أو تعاقد، وللإدارة سلطة تقدير مدى جسامته هذا الخطأ أو الإخلال بتلك الالتزامات، بحيث يمكن توقيع الفسخ كجزاء وذلك تحت رقابة القاضي الإداري¹.

ب- الإعذار: من حيث المبدأ يجب اعذار المتعاقد مسبقاً بالفسخ الجزائي ومنحه فترة معقولة تسمح له بأداء التزاماته التعاقدية، ويعتبر الفسخ غير المسبوق بهذا الإجراء معيباً، فقد نص قانون الصفقات العمومية في المادة 149 من المرسوم الرئاسي على *إذا لم ينفذ المتعامل التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعذاراً ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد. وإن لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حددها الإعذار المنصوص عليه أعلاه يمكن المصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد.*

ج- توقيع جزاء الفسخ بقرار من الإدارة: يشترط في الإدارة أن يكون مشروعاً، ويخضع لرقابة القاضي التي تشمل مشروعية العقوبة وملائمتها لخطأ المتعاقد إذ يجوز للمتعاقد أن يطعن في قرار الإدارة بالفسخ إذا لم يكن مشروعاً أو ملائماً لخطئه².

ومن الآثار المترتبة عن توقيع جزاء الفسخ هي:

- إنهاء العقد كلياً بين الطرفين، لأنه لا وجود للفسخ الجزئي.
- يجب على المتعاقد الذي تم فسخ عقده من جانب الإدارة أن يخلي أماكن العمل فيما يتعلق في عقود الأشغال، أما عن عقود التوريدات فللإدارة حق رفض استلام أي توريدات بعد فسخ الصفقة.

- تسوية مصير الأدوات الخاصة بالمقاول، وعادة ما ينظم العقد هذه المسألة فإذا لم ينص على ذلك في العقد لا تكون الإدارة ملزمة باكتسابها، كما أن المقاول له أن يرفض التنازل عنها.

¹ - بحري إسماعيل، مرجع سابق، ص 103.

² - المرجع نفسه، ص 110.

خلاصة الفصل الأول:

نستنتج من خلال دراستنا للضمانات التي تقع على الأطراف المتعاقدة في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية أنها تنقسم إلى:

- ضمانات تقع على عاتق المصلحة المتعاقدة و تشمل:

* ضمان التوازن المالي للصفقة و هو متعلق بظروف تنفيذ بنود العقد أي إدراج نظريات المخاطر الإدارية و الاقتصادية و كذا نظرية الصعوبات المادية التي أسسها الفقه والقضاء الإداريين في فرنسا لما لها من أهمية في توفير أفضل الشروط الملائمة لتنفيذ الصفقة لكونها تسمح للمتعامل المتعاقد من القيام بالتزاماته التعاقدية دون التعرض لخسائر فادحة قد ترهن إتمام عملية التنفيذ.

* ضمان حق المتعامل المتعاقد في الحصول على المقابل المالي، نظير تنفيذه بنود الصفقة و هو التزام مكفول قانونا من خلال عملية تسديد التسبيقات المختلفة. و كذا دفع سعر الصفقة وفق آليات الدفع على الحساب و التسوية على رصيد الحساب و كلها ضمانات ذات طبيعة قانونية في صالح المتعامل المتعاقد.

- ضمانات مفروضة على المتعامل المتعاقد:

من بين الضمانات المفروضة على المتعامل المتعاقد في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية حق المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات المختلفة التي تراها مناسبة مع جسامه و نوع التقصير الحاصل تأمينا للمصلحة العامة و ضمانا لسير المرفق العمومية بانتظام إلا أن هذه الضمانات الأخيرة قد تنقل كاهل المتعامل المتعاقد بل تعتبر من أخطر و أشد أنواع الضمانات المفروضة لصالح الإدارة المتعاقدة التي تتمتع بسلطات واسعة سواء في تعديل بنود الصفقة أو في فرض عقوبات ومنها الفسخ الانفرادي، مما يتطلب هنا إيجاد ضمانات مضادة تحمي المتعامل المتعاقد في مواجهة تعسف المصلحة المتعاقدة.

الفصل الثاني

ضمانات تسوية النزاعات
الناسئة عن تنفيذ الصفقة العمومية

الفصل الثاني: ضمانات تسوية النزاعات الناشئة عن تنفيذ الصفقة العمومية

ضمانا لحسن تنفيذ الصفقة المعلن عنه في المادة 130 من المرسوم الرئاسي الجديد وكذا حفاظا على حقوق كل طرف من الأطراف، كرست المادة 153 آيتين أساسيتين لضمان حل وتسوية النزاعات الناجمة عن عملية تنفيذ الصفقة وهما التسوية الودية للنزاع كآلية وقائية وعلاجية في (المبحث الأول)، و التسوية القضائية في (المبحث الثاني).

المبحث الأول: التسوية الودية للنزاع كآلية وقائية وعلاجية

لكي تسير الإدارة مرافقها العمومية تقوم بإبرام صفقات عمومية وهذه الأخيرة تثير في الواقع العملي عدة منازعات لاسيما في حالة تعسفا استعمال امتيازاتها وتخلفها في تنفيذ التزاماتها، فإذا كانت الصفقات العمومية بتلك الأهمية لارتباطها بالتنمية الوطنية فإن مرحلة التنفيذ هي العمود الفقري في الصفقات العمومية¹، وكل نزاع في هذه المرحلة قد يؤثر ويعرقل التنمية، لذلك أثاره جسيمة على الاقتصاد الوطني مما يستوجب المبادرة لتسوية كل نزاع قد يحدث أو يتوقع حدوثه، لذلك نجد أن المشرع الجزائري حرص على ذلك من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وهذا ما نصت عليه المادة 153 من هذا المرسوم²، سيتم التطرق في هذا المبحث إلى النزاعات الناشئة عن تنفيذ الصفقة العمومية في (المطلب الأول)، وكيفية تسوية هذه المنازعات بالطرق الودية في (المطلب الثاني).

¹ طيبون حكيم، *منازعات الصفقات العمومية*، مذكرة لنيل شهادة الماجستير مدرسة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2013، ص 52.

² عمار بوضياف، *المنازعات الإدارية، الجوانب التطبيقية للمنازعة الإدارية*، الطبعة الأولى، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 320.

المطلب الأول: النزاعات الناشئة عن تنفيذ الصفقة العمومية

بعد إبرام الصفقة العمومية يدخل طرفا الصفقة في مرحلة تنفيذها مما يترتب على ذلك حقوق والتزامات بين المصلحة المتعاقدة والتعاقد معها، قد يحدث وتنشأ نزاعات بين طرفي الصفقة، تحول دون تنفيذ الصفقة العمومية قبل البدء في التنفيذ أو أثناء التنفيذ أو عند التسليم النهائي للصفقة العمومية، وهذا نتيجة إخلال أحد طرفي الصفقة العمومية بالتزاماته أو نتيجة سبب خارج عن إرادة طرفي الصفقة¹.

الفرع الأول: النزاعات الناتجة عن إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها

للإدارة صلاحيات كبيرة يجب عليها أثناء قيامها بالتعديل في مضمون الصفقة، عدم الإخلال بالتزاماتها لأنه في هذه الحالة ينتج عن ذلك نزاعات متعلقة بتنفيذ الصفقة العمومية²، بحيث نجد هذه النزاعات تتمثل في:

أولاً- إخلال المصلحة المتعاقدة بالشروط التقنية:

- الإخلال بالشروط التقنية هي تلك المخالفات التي تنشأ بمناسبة تنفيذ الجانب التقني للصفقة، فمن أهم النزاعات المتعلقة بالجانب التقني للصفقة نجد:
 - المنازعة المتعلقة بتفسير بند من بنود الصفقة (تضيف بذلك التزامات أخرى على عاتق المتعامل).
 - المنازعة المتعلقة بنوعية الخدمات المطلوبة (فرض نوعية من الخدمات غير موجودة في الصفقة).
 - المنازعة المتعلقة بتفسير مخططات الإنجاز بعد البدء في تنفيذ الصفقة (تغيير مخطط انجاز المشروع مما يترتب عليه التزامات أخرى على عاتق المتعامل).

ثانياً- إخلال المصلحة المتعاقدة بالشروط المالية:

يعتبر المقابل المالي الذي تمنحه الإدارة للمتعاقد معها، أهم الالتزامات الناشئة عن الصفقة المبرمة تلتزم بها الإدارة؛ غير أنه، قد تخل الإدارة بالتزاماتها المالية لعدم تسديد المقابل المالي المقرر بموجب الصفقة المبرمة أو دفتر الشروط أو تتأخر في تسديده وفق

¹- ماجد راغب الطلو، العقود الإدارية، دار الجامعي الجديد للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2009، ص ص 149-150.

²- ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، دار المجد للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 295.

الآجال المحددة، مما يلحق أضراراً بالمتعامل المتعاقد معها، فمن أهم النزاعات المتعلقة بالجانب المالي للصفقة:

- المنازعة المتعلقة بتخمين الأسعار (تغير السعر القاعدي للصفقة وذلك في حالة وجود تغيرات اقتصادية).¹
- المنازعة المتعلقة بالتأخير في تسديد مستحقات الصفقة.²
- المنازعة المتعلقة بالأشغال التكميلية (عدم الاتفاق على سعر الأشغال الإضافية التابعة للصفقة الأصلية من شأنه يرتب منازعة مالية بين المتعاقدين).
- المنازعة المتعلقة بالفوائد التأخيرية³ (في حالة عدم دفع وصرف الدفعات على الحساب في الأجل المحدد).
- المنازعة المتعلقة بجبر الأضرار اللاحقة بالمتعامل المتعاقد.

ثالثاً - إخلال المصلحة المتعاقدة بتعديل الصفقة عن طريق الملحق

إن حرص المصلحة المتعاقدة على تأقلم تنفيذ الأشغال والخدمات العمومية مع التغيرات والتحولات التي قد تعرفها الظروف الاقتصادية المحيطة بها، والتي لا تستطيع الالتزامات التعاقدية مواجهتها، وهذا ما يدفعها إلى استعمال سلطة التعديل عن طريق الملحق.

كل القوانين والتنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية تعرضت لتعريف الملحق وأجمعت كلها على أنه، يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة تبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة في الخدمات أو تعديلها بينود تعاقدية في الصفقة الأولية.⁴

ونجد المنظم الجزائري قد تناول تعريف الملحق في المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر، بحيث نجد أنه احتفظ بنفس التعريف الوارد في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 (الملغى) المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، بحيث

¹ - راجع نص المواد 97، 100، 101 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.

² - راجع نص المادة 122 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

³ - راجع نص المادة 122 الفقرة 2 و 4 من نفس المرسوم.

⁴ - بن دراجي عثمان، مداخلة بمناسبة اليوم الدراسي حول قانون الصفقات العمومية الجديد 15-247 المنظم بالتنسيق بين ولاية وجامعة محمد خيضر بسكرة، "مجال تدخل المراقب المالي في الصفقات العمومية على ضوء القانون الجديد للصفقات العمومية"، جامعة بسكرة، يوم 17/12/2015، ص ص 6-7.

يفهم من نص المرسوم الجديد رقم 15-247، أنه يمكن أن تغطي الخدمات التي هي موضوع الملحق عمليات جديدة تدخل في موضوع الملحق عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة.

ما يمكن ملاحظته من خلال هذا التعريف بأن المشرع الجزائري اعتبر الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة الأصلية، كما قام بذكر الأسباب التي من خلالها اللجوء إليه¹. قد يتخذ الملحق عدة أشكال يمكن حصرها فيها يأتي:

- ملحق الأشغال المضافة أو المُنقصة.
- ملحق التغيير.
- ملحق الإقفال النهائي.

الفرع الثاني: المنازعات الناشئة عن إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته

إن الغرض الأساسي من إبرام الصفقات العمومية هو تنفيذها وبنجم عن التنفيذ آثار بالنسبة المصلحة المتعاقدة أو بالنسبة للمتعامل المتعاقد، ومع ذلك يمكن لأحد طرفي الصفقة العمومية أن يخل بالتزاماته، ما يؤدي إلى نشوء نزاع حول تنفيذ الصفقة العمومية، فقد يحدث ويخل المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته مما يجعل المصلحة المتعاقدة تضطر باللجوء إلى استعمال الامتيازات التي تتمتع بها، فتقوم بإرادتها المنفردة بتوقيع الجزاءات المخولة لها على المتعاقد معها² كما سبق ذكرهم سابقا. من بين إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته نجد:

أولاً- امتناع المتعامل المتعاقد عن تنفيذ الصفقة: من بين أسباب امتناع المتعامل المتعاقد عن تنفيذ الصفقة نجد مثلا في حالة إخلال المصلحة المتعاقدة بتعديل الصفقة أو الإخلال بالشروط المالية وتحين الأسعار المتعلقة مثلا بالأشغال التكميلية، أو إخلالها بالتزاماتها من الناحية التقنية مثلا كتفسير بند من بنود الصفقة بمحض إرادتها لإرغام المتعامل المتعاقد على تغيير نوعية الخدمات المطلوبة³.

¹ - أنظر نص المادة 103 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 (ملغى)، مرجع سابق.

² - ماجد راغب الطلو، مرجع سابق، ص 149.

³ - للمزيد من التفاصيل أنظر: عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص ص

ثانيا- تأخير المتعامل المتعاقد عن تنفيذ الصفقة : كأصل عام لا يجوز للمتعامل المتعاقد تجاوز الأجل المتفق عليه، وإذا تجاوزه يؤدي بالضرورة إلى نشوب منازعة نتيجة تأخيره، وهذا التأخير يكون نتيجة إخلال المتعامل المتعاقد بمحض إرادته، بحيث يستوجب على المصلحة المتعاقدة إثبات هذا الإخلال، إلا إذا كان هذا الإخلال وقع خارج إرادة المتعامل المتعاقد فعليه أن يثبت ذلك، وهذا لا يؤدي إلى منازعة وإنما يؤدي إلى وجود خطأ قابل للتصحيح من الأطراف المتعاقدة¹.

ثالثا- تنفيذ المتعامل المتعاقد الصفقة بصورة غير مرضية ومعيبة: بصورة عامة نجد أنه يقع على المتعامل المتعاقد أن يبذل عناية تامة في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وكذلك يستوجب عليه أخذ العناية بالظروف الطارئة على العقد، كما ينبغي أن يقوم بتنفيذ التزاماته بحسن النية حسب المادة 107 من القانون المدني².

رابعا- استحالة تنفيذ الصفقة بسبب خارج عن إرادة المتعامل المتعاقد: قد يحدث وأن تنشأ نزاعات حول تنفيذ الصفقة بين طرفي الصفقة العمومية، مردها أسباب خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد، تنتج عن واقع وأحداث غير متوقعة تؤدي إلى إرهاب المتعامل المتعاقد أو استحالة تنفيذ الصفقة³.

ولذلك يحق للمتعاقد المتعاقد، المطالبة بالتعويض عن الأضرار المترتبة عن هذه الصعوبات، وعلى هذا الأساس فقد تتخذ هذه النزاعات شكلين:

- نزاعات ناشئة بسبب صعوبات مادية غير متوقعة.
- نزاعات ناشئة نتيجة حدوث قوة قاهرة أو ظرف طارئ.

¹ - خنوس كريم، زياني عمار، تنظيم الصفقات العمومية للجماعات الإقليمية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع القانون العام، تخصص قانون الهيئات الإقليمية، كلية والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2015، ص ص 52-53.

² - أنظر المادة 107 من الأمر رقم 58/75، مرجع سابق.

³ - مباركي ربيحة، منديل بسمينة، التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية على ضوء المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، دفعة 2015-2016، ص 74.

المطلب الثاني: آليات التسوية الودية للنزاعات الناشئة عن تنفيذ الصفقة العمومية

الفرع الأول: التسوية الودية بالطرق الرضائية

لقد نصت المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن لتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على: " يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق هذه الأحكام، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عن تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي:

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين
- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.
- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة"¹.

يبدو واضحاً من خلال هذا النص أن المنظم قد أرسى قاعدة الحل الودي للنزاع، وهذا تقادياً للنزاع القضائي، فإذا توصل الأطراف إلى الحل الودي للنزاع يتولى الوزير المعني أو مسؤول الهيئة الوطنية لمستقلة أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي بإصدار مقرر يثبت فيه هذا الاتفاق ويبين طبيعة الالتزامات الجديدة.

وحسناً ما فعل المشرع الجزائري حينما تبنى مبدأ الحسم الودي لنزاعات الصفقات العمومية في مرحلة التنفيذ حتى لا تتعطل المشاريع العمومية، وحتى يمكن أطراف النزاع من إيجاد حل يناسبهم يضعون من خلاله حداً لأية منازعة تطرأ أثناء التنفيذ، مما يضمن استلام المشروع في أجله².

إذن من خلال نص المادة 153 السالفة الذكر نستخلص الشروط الواجب مراعاتها في الحل الودي والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

أولاً- احترام الإدارة للتشريع والتنظيم المعمول به: نجد أن أثناء اللجوء إلى طرق التسوية للنزاعات لابد من مراعاة الأحكام التنظيمية والتشريعية المعمول بها، وهذا ما نصت عليه المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في المطة الأولى " تسوى النزاعات الناشئة عن تنفيذ الصفقة في إطار التشريع والتنظيم المعمول به"، فمن هنا نستنتج أن كل

¹ - أنظر نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

² - للمزيد من التفاصيل راجع: عمار بوضياف، المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص ص 320-321.

اتفاق لحسم نزاع ودي يتعارض مع أحكام التشريع أو التنظيم يقع باطلا ولا يرتب أي أثر بالنسبة لأطرافه¹.

بما يعني أيضا عدم جواز اتفاق الطرفين على حل ودي يتعارض مع التشريع أو التنظيم وفي حالة حدوثه يكون باطلا ولا يرتب أي أثر².

ثانيا- إيجاد التوازن في تحمل التكاليف بين الطرفين المتعاقدين: في بعض الأحيان أثناء تنفيذ الصفقة العمومية قد تحدث أو تستجد بعض الظروف التي تجعل من تنفيذ الالتزامات أمراً صعباً³، فتزيد التكاليف المالية للصفقة، فمكن المشرع الجزائري المصلحة المتعاقدة من إبرام ملاحق للصفقة⁴، التي يمكن أن يتم اللجوء لإبرامها بغية إعادة التوازن للتكاليف المالية المترتبة على كل طرف في الصفقة كما في حالة وجود أسباب استثنائية وغير متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف⁵، وبالتالي في هذه الحالة يعتبر الملحق آلية للتسوية الودية للنزاع.

ثالثا- التوصل إلى إنجاز أسرع لموضوع الصفقة: المشرع الجزائري قد أعطى أهمية كبرى لعامل الزمن في الصفقة العمومية، بحيث يمكن اعتماده في دفتر الشروط كأحد المعايير التي يستند إليها في اختيار أحسن العروض⁶، وذلك نظرا للأهمية الكبرى التي يتمتع بها عنصر الزمن في مجال الصفقات العمومية، وذلك لارتباط الصفقة بحاجيات المواطنين ومصالحهم والتي تحرص الإدارة على تلبيةها بأسرع ما يمكن، ونظرا لأن النزاعات التي تطرأ عند التنفيذ قد تتسبب في تعطيل إنجاز الصفقة، بما يؤثر سلبا على مبدأ استمرارية سير المرفق العام مما يعطل تنفيذ المخططات التنموية⁷، فجعل المشرع البحث عن حل ودي بين الطرفين وسيلة لضمان أسرع إنجاز لموضوع الصفقة بعيدا عن القضاء وتبعاته.

¹ - مباركي ربيحة، منديل يسمينة، مرجع سابق، ص 79.

² - خرشي النوي، الصفقات العمومية، دار الهدى، الجزائر، 2018، ص 315.

³ - بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص 112.

⁴ - المادة 135 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

⁵ - المادة 136 - 137، المرسوم نفسه.

⁶ - المادة 78، المرسوم نفسه.

⁷ - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 310.

رابعا- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة: يستهدف المشرع الجزائري من خلال تقريره للحل الودي الحصول على نتيجتين مهمتين أو لهما سرعة حل النزاع وبالتالي سرعة انجاز موضوع الصفقة كما تمت الإشارة إليه سابقا، وثانيهما الاقتصاد في المصاريف من خلال حل النزاع بأقل تكلفة ممكنة فالصفقات العمومية مرتبطة بالمال العام، فليس في صالح المتعامل المتعاقد رفع النزاع أمام جهة القضاء الإدارية وتحمل مصاريف الخبرة القضائية ورسوم الدعوى التي غالبا ما يتحملها الطرف الذي جاء القرار القضائي ضده.

الفرع الثاني: التسوية الودية للنزاعات أمام اللجان المستحدثة على ضوء المرسوم الرئاسي رقم 15-247

في حالة فشل الطرفان في التوصل لاتفاق يعرض النزاع على اللجنة المختصة بالتسوية الودية للنزاعات المستحدثة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247، حيث أشار في المادة 153 منه إلى "... وفي حالة عدم اتفاق الطرفين، يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة المنشأة بموجب أحكام المادة 154 أدناه..." كما أشارت المادة 154 من نفس التنظيم إليها حيث جاء فيها:

" تنشأ لدى كل وزير و مسؤول هيئة عمومية وكل وال لجنة التسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين..." وبالتالي هذه اللجان مختصة بالنظر في نزاعات الصفقات العمومية الداخلية فقط أي المبرمة مع متعاملين اقتصاديين جزائريين دون الصفقات العمومية الدولية المبرمة مع متعاملين اقتصاديين أجنب، ويتم اللجوء إلى هذه اللجان في حالة عدم اتفاق الطرفين على إيجاد حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة المبرمة بينهم كما ألزم المصلحة المتعاقدة بإدراج هذا الإجراء في دفتر الشروط كإجراء يتم اللجوء إليه قبل كل مقاضاة أمام العدالة¹.

¹ - برباوي رقية، بودالي محمد، (التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247)، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر، المجلد الثالث، العدد الخامس، جوان 2018، الرقم الدولي الموحد للدورية 2507-7635، ص 148.

استحدثت المشرع الجزائري بموجب المادة السالفة الذكر¹ من تنظيم الصفقات العمومية نوعين من اللجان الإقليمية: لجان مركزية على مستوى الوزارة والهيئة العمومية ولجان ولائية.

أولاً- إنشاء لجنة التسوية الودية للنزاعات على مستوى الوزارة والهيئة العمومية (المركزية): هي لجنة للتسوية الودية للنزاعات في الوزارة أو الهيئة العمومية تختص بدراسة نزاعات الإدارة المركزية ومصالحها الخارجية أو الهيئة العمومية والمؤسسات العمومية الوطنية التابعة لها²، يعين أعضائها المختارون نظرا لكفاءتهم في الميدان المعني بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير وهي تتشكل من:

- ممثل عن الوزير أو مسؤول الهيئة العمومية رئيسا.
- ممثل عن المصلحة المتعاقدة.
- ممثل عن الوزارة المعنية بموضوع النزاع.
- ممثل عن المديرية العامة للمحاسبة.

ثانياً- إنشاء لجنة التسوية الودية للنزاعات على مستوى الولاية (الولائية):

هي لجنة مختصة بالتسوية الودية للنزاعات في الولاية والبلديات والمؤسسات العمومية المحلية التابعة لها والمصالح غير الممركزة للدولة، يعين أعضائها المختارون نظرا لكفاءتهم في الميدان المعني بموجب مقرر من الوالي المعني³ وهي تتشكل كما يأتي:

- ممثل عن الوالي رئيسا.
- ممثل عن المصلحة المتعاقدة.
- ممثل عن المديرية التقنية للولاية المعنية بموضوع النزاع.
- ممثلا عن المحاسب العمومي المكلف.

ويمكن لرئيس اللجنة أن يستعين بصفة استشارية بكل كفاءة من شأنها توضيح أشغال اللجنة، كما يعين مقررًا من بين أعضاء اللجنة وتوضع لديه أمنتها.

¹ نص المادة 154 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

² للمزيد من التفاصيل راجع: بن دراجي عثمان، مرجع سابق، ص 9.

³ أنظر المادة 154 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

ثالثاً - الإجراءات المتبعة أمام لجان التسوية الودية المستحدثة:

أشارت إليها المادة 155 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 حيث يمكن أن يعرض النزاع أمام اللجنة من طرف المصلحة المتعاقدة أو من طرف المتعامل الجزائري المتعاقد مع الإدارة، وقد بدأت المادة 155 بعبارة: " يمكن المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة عرض النزاع على اللجنة... "، مما يفيد بأن الإجراء غير إجباري لكن بالرجوع للمادة 153 ينص المشرع على إجبارية إدراج إجراء التسوية الودية كشرط في دفتر الشروط بمعنى المتعامل المتعاقد مجبر على اللجوء للجنة التسوية الودية قبل اللجوء للقضاء، وأمام هذا التناقض يطرح تساؤل حول طبيعة إلزامية اللجوء إلى التسوية الودية فهل هو إجراء وجوبي أم اختياري¹.

وأشارت المادة إلى الإجراءات الواجب إتباعها أمام اللجنة و تتمثل في:

- توجيه الشاكي (المصلحة المتعاقدة أو المتعامل المتعاقد) رسالة موصى عليها مع وصل استلام توجه إلى أمانة اللجنة مقابل وصل استلام تتضمن تقريراً مفصلاً مرفقاً بكل الوثائق الثبوتية اللازمة المرتبطة بالنزاع.
- يعين مقرراً للنزاع من قبل رئيس اللجنة.
- تدعى الجهة الأخرى (الطرف الخصم) في النزاع من طرف رئيس اللجنة برسالة موصى عليها مع وصل استلام، لإعطاء رأيها في النزاع.
- يبلغ الطرف الخصم لرئيس اللجنة رأيه برسالة موصى عليها مع وصل استلام في أجل أقصاه عشرة (10) أيام من تاريخ مراسلتها.
- يمكن للجنة أن تستمع لطرفي النزاع أو تطلب منهما إبلاغها بكل معلومة أو وثيقة من شأنها توضيح مهامها.
- يدرس النزاع في أجل أقصاه ثلاثون (30) يوماً من رد الطرف الخصم، ويمكن لها أن تستقبل رأياً من سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام².

¹ حليمي منال، تنظيم الصفقات العمومية وضمانات حفظ المال العام في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2015-2016، ص 182.

² المادة 213 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

- تصدر اللجنة رأي مبرر يؤخذ بأغلبية أصوات أعضائها وفي حالة تعادل الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحاً.
- يبلغ رأي اللجنة لطرفي النزاع بإرسال موسى عليه مع وصل استلام، وترسل نسخة من هذا الرأي إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- تبلغ اللجنة رأيها في أجل ثمانية (08) أيام ابتداء من تاريخ تبليغها برسالة موسى عليها مع وصل استلام، وتعلم اللجنة بذلك.
- الطرف الذي لم يقتنع برأي اللجنة يمكنه رفع طعنه أمام القضاء.

الفرع الثالث: التسوية الودية للنزاعات بالطرق البديلة

تضمنت بعض التشريعات الجزائرية مجموعة من القواعد القانونية والآليات التي تضمن بها فض النزاعات التي تقع بمناسبة ممارسة نشاطها بطريقة ودية دون اللجوء إلى القضاء الذي قد يطول ناهيك عن تعقيدات الإجراءات وما ينتج عنه من آثار قد تتعكس سلباً على السير الحسن للمرفق العام ولعل من أبرز التشريعات التي أو جدت وسائل قانونية فعالة في هذا الشأن هو قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08، كما جاء في نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ما يلي: "تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها"، وهو ما يعني أن مسألة تسوية منازعات تنفيذ الصفقات العمومية تخضع للإجراءات المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08، حيث أطلق عليها المشرع تسمية "الطرق البديلة لحل النزاعات"، ويقصد بها كل النزاعات التي تنشأ عن تنفيذ الصفقة العمومية¹، ومن أهم الوسائل نجد:

أولاً- الصلح كآلية للتسوية الودية لنزاعات تنفيذ الصفقة: يعد الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً وذلك بتنازل كل طرف منهما على وجه

¹ - أنظر: قانون رقم 09/08، مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 الصادر في 2008/04/13.

التبادل عن حقه، ولقد أشارت إليه أغلب التشريعات بأن المنازعة تنتهي بالصلح ومعناه أمام انعدام المنازعة ينعدم الصلح¹.

تنص المادة 4 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 على أنه "يمكن للقاضي إجراء الصلح بين الأطراف أثناء سير الخصومة في أية مادة كانت"².

كما عرفه القانون المدني في نص المادة 459³، كما نصت عليه المواد 939-990 من ق إ م إ، فيعتبر الصلح من الطرق البديلة لتسوية النزاعات، ويتم اللجوء إليه من أجل وضع حد للخصومة، وهو إجراء جوازي يمكن أن يكون بمبادرة من الخصوم وقد يكون بسعي من القاضي و لكن بعد موافقة أطراف النزاع⁴.

يعد الصلح إجراء غير مقيد لمدة زمنية، فيمكن اللجوء إليه في أي مرحلة من الخصومة، والقاضي المشرف على جلسة الحكم في الصلح هو الذي يحدد الزمان والمكان الذي يراهما مناسبان، ما لم توجد نصوص مخالفة لذلك⁵.

أ- مجال قيام الصلح في منازعات الصفقات العمومية: تنص المادة 970 من ق إ م إ على أنه "يجوز للجهات القضائية الإدارية إجراء الصلح في مادة القضاء الكامل"، ومن خلال هذا النص يتضح لنا أن إجراء الصلح يقتصر على دعاوى القضاء الكامل فقط دون دعاوى الإلغاء، باعتبار أن دعاوى القضاء الكامل هي منازعات شخصية ذاتية قائمة بين الطرفين، فمن غير المعقول أن يتم الصلح في دعاوى الإلغاء التي تقوم على مخاصمة قرار إداري غير مشروع.

ب- إجراءات قيام الصلح: تتمثل هذه الإجراءات في قيام كاتب الضبط بإرسال العريضة بعد قيدها إلى رئيس المجلس القضائي، وهذا الأخير بدوره يحيلها إلى رئيس الغرفة

¹ - العيش فضيل، الصلح في المنازعات الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص الإدارة والمالية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2003، ص 55.

² - أنظر المادة من قانون 09/08، السالف الذكر.

³ - تنص المادة 459 من القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق على ما يلي: "الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه".

⁴ - رجدال فتيحة، سعداوي فطيمة، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الجماعات المحلية، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة بجاية، 2014، ص 50.

⁵ - خلوفي رشيد، شروط قبول الدعوى الإدارية، د.م.ج، الجزائر، 2004، ص 156.

الإدارية من أجل تعيين مستشار مقرر، ويقوم القاضي بتعين مدة إجراء محاولة الصلح والتي لا تتجاوز ثلاثة (3) أشهر، وعند اتفاق الأطراف فإن المجلس يصدر قرار يثبت اتفاق الأطراف وهذا الأخير عند تنفيذه يخضع لإجراءات منصوص عليها قانوناً، وعند عدم الوصول إلى اتفاق، يحرر محضر عدم الصلح وفي هذه الحالة تخضع القضية إلى إجراءات التحقيق¹.

ولقد كرس المشرع هذا الطريق كوسيلة لتسوية النزاعات الناشئة أثناء تنفيذ الصفقة في المادة 153 الفقرة 2² من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ويتضح من خلال هذه المادة أن المشرع قد نص على الحالات التي يتم تسويتها عن طريق الصلح، وهي تلك المتعلقة بفقدان التوازن المالي للعقد، وذلك من أجل تدارك التأخر في إنجاز المشاريع.

ج- النتائج المترتبة على إجراء محاولة الصلح: إن المادة 169 من ق إ م إ بينت النتائج المترتبة على نجاح محاولة الصلح أو فشلها، فلقد وضحت الفقرة الثالثة منها هذه النتائج، إذ يصب هذا الاتفاق في شكل قرار ذو طبيعة قضائية استناد للمعيار العضوي، وفي حالة فشل محاولة الصلح يكون مصير هذا الإجراء الفشل، و في حالة تمسك المصلحة المتعاقدة من جهة و المتعاقد من جهة أخرى بموقفه ومطالبه، وهذا خلافاً للحالة الأولى فإن المستشار المقرر في حالة عدم اتفاق الأطراف يحرر محضر عدم الصلح، وهذا طبقاً لما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة 169 من ق إ م إ.

ثانياً- الوساطة كآلية للتسوية الودية لنزاعات تنفيذ الصفقة:

الوساطة عكس الصلح فهو إجراء وجوبي على القاضي القيام بها في الجلسة الأولى، ولقد نصت عليها المواد من 994 إلى 1005 من ق إ م إ، فهي اللجوء إلى طرف ثالث لمساعدة الأطراف المتنازعة لإزالة سوء التفاهم والوصول إلى اتفاق.

¹ - رجدةال فتيحة، سعداوي فطيمة، المرجع نفسه، ص 51.

² - تنص المادة 2/153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 " يجب على المصلحة المتعاقدة... أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها..."

وقد حدد المشرع مدتها بثلاثة أشهر (3) قابلة للتجديد بنفس المدة مرة واحدة فقط بطلب من الوسيط إذا ما اقتضى عمله ذلك شرط موافقة الخصوم والسلطة التقديرية للقاضي في التمديد.

أ- الشروط الواجبة في الوسيط:

تتمثل في الشروط الموضوعية التي يمكن أن تستند إلى شخص طبيعي أو إلى جمعية وحينما تستند إلى هذه الأخيرة يقوم رئيسها بتعيين أحد أعضائها لتنفيذ الإجراء باسمها ويخطر القاضي بذلك، فإذا ما كان الوسيط شخص طبيعي يجب أن يتحلى بشروط معينة زيادة على حسن السلوك والاستقامة وهي:

- أن لا يكون قد تعرض إلى عقوبة عن جريمة مخلة بالشرف، وأن لا يكون ممنوعا من ممارسة حقوقه المدنية.

- أن يكون مؤهلا في النظر في المنازعة المعروضة عليه، وأن يكون محايدا ومستقلا في ممارسة الوساطة¹.

وكذلك تحتوي على شروط قانونية بحيث يجب أن تصدر الوساطة على شكل الأمر يقضي بتعيين الوسيط ويشترط موافقة الخصوم، وكذلك تحديد الآجال الأولى الممنوحة للوسيط للقيام بمهمته وأن يتضمن تاريخ رجوع القضية إلى الجلسة².

ب- صلاحيات والتزامات الوسيط ورقابة القاضي للوساطة وأعمال الوسيط:

عندما يقرر القاضي أمر بتعيين الوسيط، يقوم بتبليغ نسخة منه للخصوم وللوسيط أن يخطر القاضي دون تأخير، بقبوله لمهمة الوساطة ويستدعي الخصوم إلى أول لقاء للوساطة كما يجوز لهذا الأخير بعد موافقة الخصوم سماع كل شخص يقبل سماعه ويرى في سماعه فائدة لتسوية النزاع³، وفي حالة الاتفاق يحرر الوسيط محضرا يتضمن محتوى الاتفاق ويوقعه مع الخصوم، ويلتزم الوسيط بحفظ السر إزاء الغير وعليه إخبار القاضي بما توصل إليه الخصوم من اتفاق أو عدمه⁴.

¹ - أنظر المادة 998 من القانون رقم 08-09، يتعلق بـق.إ.م.إ.، مرجع سابق.

² - أنظر المادة 999 المرجع نفسه.

³ - أنظر المواد 1003 و1005، المرجع نفسه.

⁴ - أنظر المادة 1002، المرجع نفسه.

يقوم القاضي بالمصادقة على محضر الاتفاق بموجب أمر غير قابل للطعن، كما أنه لا يترتب عن الوساطة تخلي القاضي عن القضية وبالتالي يمكنه اتخاذ أي تدبير يراه ضروريا في أي وقت، وفي حالة نجاحها يعد محضر الاتفاق بعد مصادقة القاضي عليه سندا تنفيذيا ويحوز نفس حجية الحكم القضائي¹.

ثالثا - التحكيم كآلية للتسوية الودية لنزاعات تنفيذ الصفقة:

يعتبر التحكيم نظام قانوني لحل النزاعات في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري أقره المشرع الجزائري لأول مرة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 حيث القانوني في تنص المادة 1006 " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيه.

لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم. ولا للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية."

وأكد في تنظيم الصفقات العمومية تضمن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 هذا الإجراء من خلال نص المادة 153 التي تنص على أنه " تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة ففي إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها... يخضع لجوء المصلحة المتعاقدة في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجنبيا إلى هيئة تحكيم دولية بناء على اقتراح من الوزير المعني، للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة"، فالجزائر وجدت نفسها مجبرة على إدراج التحكيم كنظام أو آلية لتسوية منازعات الصفقات العمومية وذلك على اعتبار أن المتعامل المتعاقد الأجنبي لا يثق إلا في التحكيم الدولي ويشترط إدراجه في الصفقة المبرمة مع الدولة التي يخاف من انحياز قضائها الرسمي لها في حالة نظره في النزاع المثار بينهما، إضافة إلى جهله في الغالب بقواعد القانون الداخلي لها.

¹ - أنظر المواد 1003 و1004، من القانون رقم 08-09، يتعلق ب ق .إ. م .إ، مرجع سابق.

والمنازعات في مجال الصفقات العمومية تصنف إلى منازعات القضاء الكامل ومنازعات الإلغاء¹، فهل يجوز الاتفاق على التحكيم بالنسبة لجميع أنواع المنازعات التي يمكن أن تثيرها الصفقة العمومية؟.

أ- منازعات الصفقات العمومية التي لا يجوز التحكيم بشأنها:

أثناء تنفيذ الصفقة العمومية قد تصدر جهة الإدارة قرار إداري يتعلق بالصفقة العمومية، وهذا القرار لا يكون له وجود بذاته بل له علاقة بالعملية التعاقدية، وهي قرارات تتخذها الإدارة أثناء مرحلة تكوين العقد أو تنفيذه أو إنهائه بوصفها سلطة عامة، واصطلاح الفقه على تسمية هذه القرارات بالقرارات الإدارية القابلة للانفصال، كالقرارات المتضمنة تعديلات في الصفقة أو تلك المتضمنة تعليمات للقائم بالتنفيذ وغيرها من القرارات التي أجاز الفقه الطعن فيها استقلالاً بالإلغاء أمام قاضي المشروعية على اعتبارها أنها قرارات منفصلة².

وبالرجوع للمادة 1006 من ق إ م إ 08-09 التي تنص على أنه " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها"، يتبين من خلال نص المادة أن هيئة التحكيم لا تستطيع أن تنظر مشروعية هذه القرارات من عدمها، لعدم توافر معيار المنازعة الإدارية القابلة للتحكيم في هذا النوع من المنازعات، لعدم تعلقها بحق مالي يقبل الصلح والتصرف فيه، والذي يكون محله قضاء الحقوق، وبالتالي فإن السبيل الوحيد لفحص مشروعية هذه القرارات الإدارية القابلة للانفصال، هو عن طريق دعوى الإلغاء، ولا يجوز التحكيم بشأنها، لاندرجها في نطاق قضاء المشروعية وليس في نطاق قضاء الحقوق³.

كما تنص المادة على أنه: " لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم"، فدعوى الإلغاء تعتبر من النظام العام لا يمكن التنازل عنها

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 322.

² - المرجع نفسه، نفس الصفحة.

³ - جبايلي صبرينة، بوعبدل الله مختار، (التحكيم واختصاص القاضي الإداري في تسوية منازعات العقود الإدارية في ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 08/09)، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة، عدد 43، جوان 2015، مجلد أ، ص 223، 225.

من قبل صاحب المصلحة ويبحث قاضي الإلغاء في صحة تطبيق القانون فهو قاضي المشروعية.

وبالتالي فإن دعوى إلغاء القرار الإداري المنفصل عن الصفقة العمومية تتعلق بالنظام العام في حين أن التحكيم باعتباره أسلوباً من أساليب حسم المنازعات أساسه تراضي أطراف المنازعة في عرضها على التحكيم، وهذه الطبيعة الاتفاقية للتحكيم تجعله يتنافى مع منازعة مشروعية القرارات الإدارية المنفصلة لأنها تهدف إلى حماية المشروعية ذاتها ولا تتعلق بإرادة الأفراد¹.

ب- منازعات الصفقات العمومية التي يجوز التحكيم بشأنها:

بالرجوع إلى المادة 1006 الفقرة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجدها تنص على أنه: " ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

وبالتالي فالمادة تجيز التحكيم في المنازعات التي ترتبط بالصفقات العمومية صراحة، و تستثني المنازعات المرتبطة بالحقوق الغير قابلة للتصرف فيها وتلك المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم والمسائل المتعلقة بالنظام العام.

المبحث الثاني: التسوية القضائية للنزاع

بالرجوع إلى أحكام المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، يتضح لنا جلياً أنه عند فشل المتعاقد مع الإدارة في تسوية النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقة العمومية عن طريق التسوية الودية، يتم اللجوء إلى القضاء، ولدراسة هذه الضمانة سوف نتطرق إلى التسوية عن طريق دعوى القضاء الكامل (المطلب الأول)، وإلى التسوية عن طريق دعوى الإلغاء (المطلب الثاني).

¹ - عمامرة حسان، (المنازعة الإدارية القابلة للتحكيم)، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية و القانونية، عدد 18، جوان 2017، ص ص 195-205.

المطلب الأول: التسوية عن طريق دعوى القضاء الكامل في مجال الصفقات العمومية
تعتبر التسوية عن طريق دعوى القضاء الكامل من ضمانات تسوية النزاعات التي تطرأ أثناء تنفيذ الصفقة، ويدخل ضمن هذا النوع من القضاء الدعاوى المتعلقة ببطلان العقود، والدعاوى المتعلقة بالحصول على مبالغ مالية معينة وهي كثيرة جداً¹، سنتطرق إلى سلطات القاضي الإداري وصور المنازعات الداخلة في ولاية القضاء الكامل (الفرع الأول) وشروط قبول دعوى القضاء الكامل والجهة القضائية المختصة فيها (الفرع الثاني)).

الفرع الأول: سلطات القاضي الإداري وصور المنازعات الداخلة في ولاية القضاء الكامل

دعاوى القضاء الكامل هي مجموعة الدعاوى القضائية التي يرفعها أصحاب الصفة والمصلحة أمام السلطات القضائية المختصة، بهدف المطالبة بالاعتراف بوجود حقوق شخصية مكتسبة، وتقرير إذا ما أصابها أضرار مادية أو معنوية وتقدير هذه الأضرار مادية أو معنوية وتقدير هذه الأضرار ثم تقرير التعويض اللازم لإصلاحها². كما تُعرف أيضاً بدعاوى تحديد المركز القانوني للطاعن، وسميت بدعاوى القضاء الكامل لأن سلطات القاضي تتعدى إلغاء القرار المعيب، فيتمتع القاضي في هذا النوع من الدعاوى بسلطات واسعة³.

أولاً- سلطات القاضي الإداري: إن القاضي الإداري في مجال دعاوى القضاء الكامل يتمتع بسلطات واسعة ووظائف متعددة، مثل القيام بتعيين خبير أو فسخ العقد، كما يمكن له تقدير الأضرار المادية والمعنوية إن كانت تمس بحقوق الأفراد والحكم بالتعويض، ويحق له إبطال بعض التصرفات⁴.

¹ - بحري إسماعيل، مرجع سابق، ص 118.

² - بجادي طارق، ضمانات مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص قانون إداري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2014، ص 31.

³ - المرجع نفسه، ص 32.

⁴ - كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء ق.إ.م.إ، دار جيطلي، الجزائر، 2012، ص 108.

فالقاضي الذي يختص بهذا النوع من القضاء يمتد اختصاصه إلى الحكم عن الأضرار التي لحقت بالطاعن وخاصة الأضرار الشخصية وعليه تمتد سلطته إلى فحص الوقائع دون أن يكون لأي شخص آخر حق التمسك بهذا الحكم لأن حجيته نسبية وليست مطلقة فلا تتعدى أطراف الخصومة¹.

ثانياً- صور المنازعات الداخلة في ولاية القضاء الكامل في مجال الصفقات العمومية:

تأخذ منازعات العقود الإدارية في مجال القضاء الكامل عدة صور منها:

▪ **دعوى التعويض:** تهدف هذه الدعاوى إلى المطالبة بالتعويض وجبر الأضرار الناتجة عن الأعمال الإدارية المادية والقانونية التي تكون المصلحة المتعاقدة طرفاً فيها، وبالرجوع إلى نص المادة 801 من ق.إ.م.إ. تنص بأن المحاكم هي التي تختص بدعاوى القضاء الكامل ومن بينها دعوى التعويض².

موضوع دعوى التعويض ينصب على منازعات الصفقات العمومية ذات الطابع المالي استرداد الكفالة المدفوعة، أو مبالغ الضمان أو حسن التنفيذ، وهذه الدعوى تتميز ببعض الخصائص تجعلها تختلف عن باقي الدعاوى الأخرى، كون أنها لا توجه ضد قرار إداري أو إلى الإدارة فهي توجه إلى العقود الإدارية، ولهذا جعل المشرع دعوى التعويض طريقاً مفتوحاً للذين أصابتهم أضرار جراء أعمال وتصرفات الإدارة، ولهذا يجب أن يكون التعويض كاملاً كون أن هذه الدعوى تهدف إلى تحقيق مصلحة شخصية وذاتية³.

▪ **دعوى البطلان:** باعتبار أن الصفقة العمومية عقد إداري فيشترط لانعقاده توافر أركان العقد من رضا، محل وسبب؛ فإذا شاب أحد هذه الأركان عيب من العيوب يحق للمتعاقد رفع دعوى بطلان الصفقة، والتي تكون من ولاية القضاء الكامل.

▪ **دعوى الفسخ:** يفسخ العقد بحكم القضاء ويكون بطلب يتقدم به أحد المتعاقدين إلى القاضي، ويكون سبب الفسخ عادة في حالة التقصير المبالغ فيه من طرف المتعاقد

¹ - بوجمعة كنزة، التعاقد وفقاً لأسلوب الاستشارة الانتقائية في الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص قانون إداري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2014، ص ص 84 - 85.

² - أنظر المادة 801، من القانون رقم 08-09، المتعلق بق.إ.م.إ.، مرجع سابق.

³ - رجدةال فتيحة، سعداوي فاطمة، مرجع سابق، ص 73.

لتنفيذ التزاماته ففي حالة استمرار العقد في هذه الحالة سيؤدي إخلال بحقوق الطرف الآخر وبأخذ صورتين سواء التنفيذ الخاطئ للالتزام العقدي أو عدم التنفيذ بتاتا وتعتبر دعوى الفسخ كضمانة للمتعاقد وكمقابل للمصلحة المتعاقدة في تعديل العقد¹.
فحينما تتجاوز المصلحة المتعاقدة لتلك السلطات وتتعسف فيه يؤدي إلى انقلاب موضوع الصفقة مما يجد المتعاقد نفسه أمام عقد جديد وفي هذه الحالة يحق له المطالبة بفسخ العقد².

الفرع الثاني: شروط قبول دعوى القضاء الكامل والجهة القضائية المختصة فيها

بالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية في المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 نجد أنه لم يتطرق إلى كليات اللجوء إلى القضاء لتسوية النزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية، إذ اكتفى بالقول بتسوية النزاعات التي تطرأ أثناء تنفيذ الصفقة العمومية في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، وفي هذه الحالة يجب علينا الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في ق.إ.م.إ، فيما يخص شروط قبول الدعوى والجهة المختصة في دعاوى القضاء الكامل، ويجب توفرهما لعرض النزاع على القاضي الإداري والتي تسمح له وتلزمه بالفصل فيه في نفس الوقت، وعند عدم توفر هذه الشروط ينتج عنه عدم قبول الدعوى الإدارية³.

أولاً- شروط قبول دعوى القضاء الكامل:

بالإضافة إلى الشروط التي يجب توافرها في عريضة الدعوى والمنصوص عليها في المواد 14 و15 من ق.إ.م.إ بأن تكون العريضة مكتوبة، وتتضمن بيانات أطراف الخصومة، وكذلك أوجه الدفاع والطلبات والمحكمة التي رفع الطلب أمامها، ويجب أن تكون مؤرخة وموقعة من قبل المدعي أو محاميه.

¹ - بوحطة صورية، بن وارث كاتية، رقابة القاضي الإداري على الأعمال القانونية للجماعات المحلية - القرارات الإدارية والصفقات العمومية -، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الجماعات المحلية والهيئات الإقليمية، كلية الحقوق، جامعة بجاية، 2015، ص80.

² - نفس المرجع و نفس الصفحة.

³ - أنظر المادة 153 من الرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

كما يجب توفر شروط أخرى تتعلق بالشخص المدعي¹:

- أ- الأهلية: نصت عليها المادة 64 من ق.إ.م.إ.
- ب- الصفة: نصت عليه المادة 13 من ق.إ.م.إ، ويقصد بها يجب أن ترفع الدعوى من صاحب المركز القانوني الذاتي أو الحق الشخصي المكتسب شخصيا أو بواسطة وكيله القانوني².
- ج- المصلحة: نصت عليها المادة 13 من ق.إ.م.إ، هي من أهم شروط قبول الدعوى القضائية، فلا يجوز اللجوء إلى القضاء عبثا من دون تحقيق منفعة ما³.
- د- الميعاد: دعوى القضاء الكامل لا تنقيد بشرط الميعاد وهذا لا يعتبر مطلقا، بل يجب أن يكون الحق من الدعوى حقيقة ولم يسقط ولم يتقادم وفق قواعد التقادم في القانون المدني.

ثانيا- الجهة المختصة في دعاوى القضاء الكامل:

يقصد بقاعدة الاختصاص الجهة القضائية المؤهلة قانونا للنظر في النزاع وتعد أولى المسائل التي يثيرها القاضي قبل الفصل في موضوع الدعوى باستثناء حالات ترك الدعوى والاستئناف أو النقض⁴، وينعقد الاختصاص بالنظر في منازعات الصفقات العمومية للقضاء الإداري حسب المعيار العضوي، وعليه يكون تحديد الجهة القضائية المختصة نوعيا ومحليا.

أ- الاختصاص النوعي: بالرجوع إلى المادة 800 من ق.إ.م.إ نجد قد بينت أن المحاكم الإدارية هي جهات الولاية في المنازعات الإدارية، كما تختص في دعاوى القضاء الكامل وهذا ما أقرت به المادة 801 من نفس القانون.

¹ -أنظر المواد 13 و64 من القانون رقم 08-09، المتعلق بق.إ.م.إ، مرجع سابق.

² -عوايدي عمار، "النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري (نظرية الدعوى الإدارية)"، مرجع سابق، ص 299.

³ -خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية (شروط قبول دعوى تجاوز السلطة ودعوى القضاء الكامل)، د.م.ج، الجزائر، 2011، ص 171.

⁴ -خلوفي رشيد، شروط قبول الدعوى الإدارية، مرجع سابق، ص 9.

أما فيما يخص منازعات الصفقات العمومية فبالرجوع إلى المادة 6¹ من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجدها قد حددت نطاق تطبيق قانون الصفقات العمومية، فيطبق على الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، المؤسسات العمومية التي تخضع للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تمول كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة، الولاية، البلدية، وبحسب المعيار العضوي فإن الصفقات التي تكون الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري طرفاً فيها يؤول الاختصاص للقضاء الإداري إعمالاً لنص المادة 800 من ق.إ.م.إ.

أما الصفقات التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري أو الصناعي الممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة، الولاية، البلدية، فإن الاختصاص يؤول أيضاً إلى القضاء الإداري ولكن ليس على أساس المعيار العضوي وإنما على أساس الوكالة لأن المشروع ممول من قبل الدولة.

ب- الاختصاص المحلي: ويقصد به تلك القواعد التي تنظم توزيع اختصاص المحاكم على أساس جغرافي، وبالرجوع إلى المادة 803 من ق.إ.م.إ نصت بأنه يتحدد الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية وفقاً للمواد 37 و38 من هذا القانون.²

وطبقاً للمادة 804 من ق.إ.م.إ فإنها تنص على ما يلي: "... ترفع الدعاوى وجوباً أمام المحاكم الإدارية في المواد المبينة أدناه: ... في مادة الأشغال العمومية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال...، في مادة العقود الإدارية، مهما كانت طبيعتها، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذها، ففي مادة التوريدات أو الأشغال أو تأجير خدمات فنية أو صناعية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو مكان تنفيذه إذا كان أحد الأطراف مقيماً فيه،...".

¹ - أنظر المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

² - أنظر المادتين 37 و38 من القانون رقم 08-09، المتعلق ب.ق.إ.م.إ، مرجع سابق.

المطلب الثاني: التسوية عن طريق دعوى الإلغاء في مجال الصفقات العمومية

قد تصدر الجهة الإدارية المختصة (وزارة، ولاية، بلدية،...) قرار إداري يتعلق بصفقة عمومية، فلا يكون للقرار الإداري وجودا بذاته بل له علاقة بالعملية التعاقدية وهذا ما اصطلح عليه فقها (بالأعمال المنفصلة)، كالقرارات الإدارية المتضمنة تعليمات للقائم بالتنفيذ، أو القرارات الإدارية المتضمنة تعديلات في الصفقة العمومية، فهذه القرارات اعتبرها الفقه قرارات منفصلة يجوز الطعن فيها استقلالا بالإلغاء، حيث يجب على رافع الدعوى أن يثبت العيب الذي انطوى عليه القرار الإداري مثل: مخالفته لقواعد الاختصاص أو مخالفته للإجراءات والأشكال وعيب السبب وغيرها.

الفرع الأول: المنازعات التي تدخل في إطار دعوى الإلغاء

إنّ المشرع الجزائري يسمح بالطعن بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة عن مختلف السلطات الإدارية أمام الهيئة القضائية، وهذا إعمالا لنص المادة 161 من الدستور والتي تنص على ما يلي: " ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية"، والخصومة في دعوى الإلغاء لا تتعلق بحقوق شخصية ولا تُثير منازعة بين خصمين متنازعين (الدائن والمدين)، وإنما تُخاصم قرار إداري غير مشروع من أجل جعله في المجال الصحيح، وتجسيدا لمبدأ المشروعية¹.

فسلطة قاضي الإلغاء ضيقة جدا، فقبل أن ينطق بإلغاء قرار إداري ما ينبغي أن يسبب قراره بتبيان وجه الخرق في القرار الصادر كأن يشير لمخالفته لركن الاختصاص أو ركن الشكل والإجراءات وغيرها².

فمن حيث المبدأ المنازعات المتعلقة بالإجراءات التي تتخذها الإدارة إزاء المتعاقد معها تندرج تحت ولاية القضاء الكامل، حتى ولو انصب النزاع على طلب إلغاء قرار إداري اتخذته الإدارة اتجاهه، وأساس ذلك أن ما تصدره الإدارة من قرارات تنفيذ للصفقة مثل القرارات الصادرة بتوقيع إحدى الجزاءات التعاقدية أو فسخ العقد أو إلغائه، دائما يدخل في منطقة العقد وتكون المنازعات المتولدة عن تلك القرارات والإجراءات هي

¹ - رجدةال فتيحة، سعداوي فطيمة، مرجع سابق، ص 64.

² - عمار عوابدي، شرح تنظيم الصفقات، مرجع سابق، ص 334.

منازعات حقوقية تثير ولاية القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء ومؤدى ذلك عدم تقييد الطعن بالإجراءات والمواعيد المتعلقة بدعوى الإلغاء¹.

الفرع الثاني: شروط قبول دعوى الإلغاء

أولاً- **الشروط المتعلقة بالطاعن:** لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائز لصفقة وله مصلحة قائمة في ذلك أو يُقرها القانون، فالشروط المتعلقة بالطاعن هي الصفة والمصلحة.

ثانياً- **الشروط المتعلقة بالقرار المطعون فيه:** وهي تلك الشروط المتعلقة بموضوع محل الدعوى للإلغاء بحيث يشترط أن يكون القرار المطعون فيه إدارياً وأن يصدر من سلطة إدارية ووطنية وأن يكون نهائياً ويُحدث أثر قانوني².

ثالثاً- **شروط الميعاد:** بالعودة إلى نص المادة 829 من ق.إ.م.إ. يتضح من خلال النص أن الدعوى في منازعات الصفقات العمومية مُرتبطة بمواعيد دقيقة ومحددة واجبة الاحترام، وهي خلال 4 أشهر وإلا عُدت الدعوى غير مقبولة³.

¹ - بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص 120.

² - رجدال فتيحة، سعداوي فطيمة، مرجع سابق، ص 68.

³ - أنظر المادة 829 من قانون رقم 08-09، المتعلق ب.ق.إ.م.إ.، مرجع سابق.

خلاصة الفصل الثاني:

تدرج آليات تسوية النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقة العمومية ضمن أهم الضمانات ذات الصبغة القضائية التي تسمح بمراقبة أعمال الإدارة المتعاقدة و تمنح للمتعاقد المتعاقد ضمانا هاما يكون بمثابة حماية له من أي إجراء تعسفي أو تجاوز في ممارسة السلطات المخولة للمصلحة المتعاقدة.

ففي حالة نشوء نزاع بين الأطراف المتعاقدة نجد أن المشرع الجزائري قد خول حق اللجوء إلى القضاء لتسوية النزاعات التي تطرأ أثناء تنفيذ الصفقة العمومية و هذا في حالة فشل التسوية الودية للنزاع و التي تتم عن طريق المصلحة المتعاقدة، و لجنة تسوية النزاعان المختصة، و كذلك عن طريق الطرق البديلة و التي تتمثل في الصلح، الوساطة و التحكيم.

وتسوية النزاعات عن طريق اللجوء إلى القضاء الذي يتم عن طريق دعويين دعوى القضاء الكامل ودعوى الإلغاء، وتعتبر دعاوى القضاء الكامل من الدعاوى التي يتمتع فيها القاضي الإداري بسلطات واسعة مقارنة بالسلطات المحدودة التي يتمتع بها القاضي في دعاوى الإلغاء.

الكتابة

الخاتمة:

عمل المشرع على إيجاد الضمانات الضرورية في مرحلة تنفيذ الصفقة، وذلك من خلال تحديد الالتزامات التي تقع على عاتق الأطراف وبالخصوص المتعامل المتعاقد، وبمقابل هذه الالتزامات نجد أن المشرع قد نظم أهم حقوقه والتي تعتبر ضمانات له والتي تتمثل أساساً في ضمان الحق في المقابل المالي نظير تنفيذ موضوع الصفقة، بما أن الهدف الذي يسعى المتعامل المتعاقد لتحقيقه هو تحقيق الربح أي المصلحة الخاصة له، وكذلك ضمان التوازن المالي للصفقة وحقه في اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقه في إعادة التوازن المالي للصفقة عند حدوث ظروف خارجة عن إرادة الأطراف، وتعتبر ضمانة مهمة لكونها تهدف إلى تحقيق التوازن المالي للصفقة وإعادة المتعامل المتعاقد إلى وضعه الطبيعي بتعويض كامل أو جزئي.

وبمقابل هذه الحقوق تقع على عاتق المتعامل المتعاقد التزامات وتعد حقوق بالنسبة للمصلحة المتعاقدة، فهو ملزم بالأداء الجيد لموضوع الصفقة وأداء الخدمة بحسب ما تم الاتفاق عليه في دفتر الشروط عند إبرام الصفقة.

فعند إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته تملك المصلحة المتعاقدة سلطة فرض العقوبات وتوقيع الجزاءات، فهناك جزاءات مالية، جزاءات فاسخة وجزاءات الضاغطة، وهذه الجزاءات تعتبر ضمانات جد صارمة للمصلحة المتعاقدة.

وفي حالة نشوء نزاع بين الأطراف المتعاقدة نجد أن المشرع الجزائري قد خول حق اللجوء إلى القضاء لتسوية النزاعات التي تطرأ أثناء تنفيذ الصفقة العمومية وهذا في حالة فشل التسوية الودية للنزاع والتي تتم عن طريق المصلحة المتعاقدة، واللجان المستحدثة لتسوية النزاعات، وكذلك عن طريق الطرق البديلة والتي تتمثل في الصلح، الوساطة والتحكيم.

وتسوية النزاعات عن طريق اللجوء إلى القضاء و الذي يتم عن طريق دعويين دعوى القضاء الكامل ودعوى الإلغاء، وتعتبر دعوى القضاء الكامل من الدعاوى التي يتمتع فيها القاضي الإداري بسلطات واسعة مقارنة بالسلطات المحدودة التي يتمتع بها القاضي في دعوى الإلغاء.

إلا أنه وبالرغم من تنوع الضمانات المتعلقة بتنفيذ الصفقات العمومية، تبقى غير كافية ، وذلك يرجع إلى الغموض الذي مازال يعترى النصوص القانونية في مجال الصفقات العمومية، والثغرات والنقائص التي تشوبها رغم الكم الهائل من التعديلات التي أحدثها المشرع على تنظيم الصفقات العمومية.

لذا فإزالة الغموض وملئ الثغرات والنقائص، يقتضي اقتراح جملة من التوصيات كمحاولة لإثراء المنظومة القانونية في هذا الشأن، ويمكن إجمالها في ما يلي:

- ينبغي إعادة النظر في مسألة طرق الطعن بتوضيحها والنص عليها وبيان أحكامها بصفة مستقلة نظرا لخصوصية الدعوى في مادة الصفقات العمومية.

- يتعين على المشرع إصدار قانون يحدد شروطا صارمة تتعلق بالكفاءة اللازمة والنزاهة والنجاعة للتعيين في الوظائف التي يشرف مسئولوها على تحضير و إبرام وتنفيذ و مراقبة الصفقات العمومية.

- رفع التمثيل العضوي في لجان الرقابة على الصفقات العمومية، وبخاصة اللجنة القطاعية للصفقات. فتشكيلة هذه الأخيرة جد فقيرة بالمقارنة مع ما كانت عليه اللجان الوطنية للصفقات؛ كما أن إثراء تشكيلة هذه اللجان من شأنه أن يساهم في إضفاء مزيدا من الشفافية والفعالية في دورها الرقابي.

- من أجل ضمان نجاعة أجهزة الرقابة الإدارية سواء الداخلية أو الخارجية يجب تمكينها بقدر من الاستقلالية المادية والبشرية حتى تتمكن من ممارسة مهامها بكل صراحة.

- الدعوى إلى التنسيق بين مختلف الأجهزة الرقابية لضمان الفعالية والجدوى، وفي هذا الصدد يجب إيجاد آليات التنسيق بين هذه اللجان.

- تطوير الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية من رقابة مطابقة على مدى احترام القانون الساري العمل به عند تنفيذ الصفقات إلى رقابة نوعية تسيير أي تقييم مدى تحقق الأهداف المرجوة من إبرام الصفقة.

- تدعيم النصوص القانونية الغامضة من خلال صدور التعليمات والقرارات التي تنظم وتفسر الغموض الكامن في النصوص.

- تدعيم الإطارات العاملة في مجال الصفقات العمومية ماديا ومعنويا عن طريق المنح والتعويضات، وإصلاح نظام الأجور لتقادي وقوع الموظف في براثن الفساد واستغلال النفوذ ومنح الامتيازات لغير مستحقها.
- تحديد بدقة الجزاءات الضاغطة من طرف المشرع بالنص على الأخطاء المؤدية إلى توقيع هذا الجزاء لتقادي تعسف المصلحة المتعاقدة في توقيع هذا النوع من الجزاءات.
- يجب على المشرع توضيح قضية التعويض كجزء مالي وإبداء رأيه بدقة في هذا الموضوع، كما هو الحال بالنسبة للمشرع الفرنسي الذي أعطى سلطة تقدير المصلحة المتعاقدة للتعويض بنفسها كجزء مالي.
- إعطاء صلاحيات أوسع للجنة التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية، وذلك بأن يكون الرأي الصادر عنها بمثابة قرار إلزامي.
- وضع قواعد أكثر صرامة تجاه المصلحة المتعاقدة خاصة حول إجراء الفسخ الإداري.
- إن الغرامات التهديدية التي تفرضها القرارات القضائية على الإدارة تبقى دائما غير كافية لضمان حقوق المتعامل المتعاقد، فلا بد على المشرع أن يسعى إلى البحث عن سبل أخرى لإجبار الإدارة على تنفيذ القرارات القضائية.
- وفي الأخير من أجل تكريس فعالية ودور الصفقات العمومية في أداء المرفق العمومي للمهام المنوطة به وضمانا للمصلحة العامة فإنه يتعين الاهتمام والتركيز على الضمانات الممنوحة لكل طرف من أطراف الصفقة، ومنه يشكل موضوع الضمانات مجالا واسعا للبحث في مختلف أنواعها وأدواتها.

المراجع

أولاً: باللغة العربية

أ- الكتب:

- 1- أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الخامسة 2009.
- 2- جليل مونية، "التنظيم الجديد للصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247"، موفم للنشر، السداسي الأول - الجزائر، 2018.
- 3- حمدي ياسين عكاشة، "العقود الإدارية في التطبيق العملي"، منشأة المعارف، الإسكندرية - القاهرة، 1998.
- 4- خرشي النوي، "الصفقات العمومية"، دار الهدى، الجزائر، 2018.
- 5- خلوفي رشيد، شروط قبول الدعوى الإدارية"، د.م.ج، الجزائر، 2004.
- 6- خلوفي رشيد، "قانون المنازعات الإدارية (شروط قبول دعوى تجاوز السلطة ودعوى القضاء الكامل)"، د.م.ج، الجزائر، 2011.
- 7- رشا محمد جعفر الهاشمي، " الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض جزاء على المتعاقد معها، دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
- 8- زاهية حورية سي يوسف، عقد الكفالة، دار الأمل للطباعة والنشر، ط 4، تيزي وزو، 2012.
- 9- سليمان محمد الطماوي، " الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية-مصر، الطبعة الخامسة 1991.
- 10- عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في لبنان، الدار الجامعية، (د، ط)، 1993.
- 11- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، "الأسس العامة للعقود الإدارية"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية-مصر، طبعة 2007.
- 12- عمار بوضياف، "المنازعات الإدارية، الجوانب التطبيقية للمنازعة الإدارية"، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- 13- عمار بوضياف، "شرح تنظيم الصفقات العمومية"، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2011.
- 14- عمار بوضياف، " الصفقات العمومية في الجزائر"، جسور للنشر والتوزيع، ط2، الجزائر، 2010.

- 15- عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة السادسة 2014.
- 16- فاروق أحمد خماس، محمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، بغداد 1992، ص178.
- 17- كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء ق.إ.م.إ، دار جيطلي، الجزائر، 2012.
- 18- ماجد راغب الحلو، "العقود الإدارية"، دار الجامعي الجديد للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2009.
- 19- مازن ليلوراضي، "دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية -القاهرة، 2002.
- 20- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر طبعة 2005.
- 21- محمود عبد المجيد المغربي، "المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وأثارها القانونية"، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 1998.
- 22- ناصر لباد، "الأساس في القانون الإداري"، دار المجد للنشر والتوزيع، ط1، سطيف 2011.
- 23- ناصر لباد، "الوجيز في القانون الإداري"، الطبعة الرابعة، دار المجد للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- 24- هبة سردوك، "المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري"، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، الإسكندرية- مصر، 2009.

ب- الرسائل والمذكرات الجامعية:

* الرسائل:

- 1- بن دعاس سهام، "ضمانات حماية المتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية"، رسالة لنيل درجة دكتوراه علوم في القانون العام، فرع إدارة ومالية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2015-2016.
- 2- حليمي منال، "تنظيم الصفقات العمومية وضمانات حفظ المال العام في الجزائر"، رسالة دكتوراه، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2015-2016.

* مذكرات الماجستير:

- 1- أنسية سعاد قريشي، "النظام القانوني لعقد الأشغال العامة"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 2002.
- 2- العيش فضيل، "الصلح في المنازعات الإدارية"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص الإدارة والمالية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2003.
- 3- بحري إسماعيل، " الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر"، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008-2009.
- 7- رحال عبد القادر، "المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على المقاول المتعاقد معه في القانون الجزائري، دراسة مقارنة"، رسالة الماجستير في الإدارة والمالية مقدمة في معهد الحقوق والعلوم الإدارية، تيزي وزو، 1989-1990.
- 8- طيبون حكيم، "منازعات الصفقات العمومية"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير مدرسة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2013.
- 10- قفيفة جمال، سلطة الإدارة العمومية في اختيار التعامل معها في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ألكلي محند أو لحاج - البويرة، الجزائر، 2016-2017.
- 11- هبة إسماعيل، "تنفيذ الصفقات العمومية والرقابة الخارجية عليها"، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في القانون العام والاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة وهران 2 - الجزائر، 2016 - 2017.

* مذكرات الماستر:

- 1- بجادي طارق، ضمانات مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2014.
- 2- بن دحمان لعيد، الضمانات المقررة لنزاهة الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2016.

- 3- بوجمعة كنزة، التعاقد وفقا لأسلوب الاستشارة الانتقائية في الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2014.
- 4- بوحطة صورية، بن وارث كاتية، رقابة القاضي الإداري على الأعمال القانونية للجماعات المحلية- القرارات الإدارية والصفقات العمومية-، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الجماعات المحلية والهيئات الإقليمية، كلية الحقوق، جامعة بجاية، 2015.
- 5- خنوس كريم، زياني عمار، تنظيم الصفقات العمومية للجماعات الإقليمية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع القانون العام، تخصص قانون الهيئات الإقليمية، كلية والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2015.
- 6- رجدال فتيحة وسعداوي فطيمة، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الجماعات المحلية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2014.
- 7- مباركي ربيعة، مندبل يسمينة، التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية على ضوء المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، دفعة 2015-2016.

ج- المقالات والمدخلات العلمية:

- 1- أنور أحمد أرسلان، (نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة)، مجلة القانون الاقتصادي للبحوث القانونية والاقتصادية، القاهرة، مصر، مطبعة جامعة القاهرة، ديسمبر 1978، العددان الثالث والرابع، السنة 1980، ص 824-825.
- 2- بن دراجي عثمان، مداخلة بمناسبة اليوم الدراسي حول قانون الصفقات العمومية الجديد 15-247 المنظم بالتنسيق بين ولاية وجامعة محمد خيضر بسكرة، (مجال تدخل المراقب المالي في الصفقات العمومية على ضوء القانون الجديد للصفقات العمومية)، جامعة بسكرة، يوم 2015/12/17، ص ص 6-7.
- 3- برباوي رقية، بودالي محمد، (التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247)، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر، المجلد الثالث، العدد الخامس، جوان 2018، الرقم الدولي الموحد للدورية 2507-7635، ص 148.

- 4- جبايلي صبرينة، بوعبدل الله مختار، (التحكيم واختصاص القاضي الإداري في تسوية منازعات العقود الإدارية في ضوء قانون الإجراءات المدنية الإدارية 08/09)، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة، عدد 43، جوان 2015، مجلد أ، ص 223، 225، 233.
- 5- خضري حمزة، "الرقابة على الصفقات العمومية في ضوء القانون الجديد"، مداخلة بمناسبة اليوم الدراسي حول (التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام)، يوم 17 ديسمبر 2015، جامعة بسكرة، الجزائر.
- 6- عامرة حسان، (المنازعة الإدارية القابلة للتحكيم)، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية و القانونية، عدد 18، جوان 2017، ص 195-205.
- 7- رياض عيسى، (أحكام الأعمال الإضافية في عقود الأشغال العمومية)، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 4، ديسمبر 1987، ص 118.

د- النصوص القانونية:

- الدساتير:

- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر عدد 76 صادر في 8 ديسمبر 1996، المعدل إلى غاية القانون رقم 16-01، المؤرخ في 06 مارس 2016، ج ر ج ج عدد 14، صادر في 07 مارس 2016.

- الأوامر والقوانين:

- 1- أمر رقم 67-90 مؤرخ في 9 ربيع الأول عام 1387 الموافق 17 يونيو 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر عدد 52 صادر في 27 يونيو 1967 (ملغى).
- 2- الأمر رقم 01-01 المؤرخ في 27\02\2001 المعدل والمتمم للقانون رقم 90-10 المؤرخ في 14\04\1990 المتعلق بالنقد والقرض ج ر رقم 14.
- 4- القانون رقم 08/09، مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن ق إ م إ، ج ر، عدد 21 الصادر في 23 أبريل 2008.

-النصوص التنظيمية:

أ-المراسيم الرئاسية:

1- المرسوم الرئاسي 250-02 مؤرخ في 24 يوليو 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر ج ج عدد 52 صادر في 28 يوليو 2002، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 08-338، مؤرخ في 26-10-2008، ج ر عدد 62 لسنة 2008 ملغى.

2- المرسوم الرئاسي 236-10 مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر ج ج عدد 58، صادر في 7 أكتوبر 2010، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 08-338، مؤرخ في 26-10-2008، ج ر عدد 62 لسنة 2008 ملغى.

3- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر ج ج عدد 50، صادر في 20 سبتمبر 2015.

ب- المراسيم التنفيذية:

1- المرسوم التنفيذي رقم 67/98، المتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية، ج ر عدد 11، المؤرخة في 01/03/1998.

ثانيا باللغة الفرنسية:

A- OUVRAGES

- LANDITCH Florian, Le droit des marchés publics, Edition DALLOZ, Paris, 2000, p 20.
- MABIN Dominique, 'Marché publics', édition Studyrama, France, 2013, P87.
- MORAND DEVILLER Jacqueline, 'Droit administratif des biens', Montchrestien lextenso édition, Paris, 7eme édition 2012.
- RICHER Laurent, 'Droit des contrats administratifs', Lextenso éditions, L.G.D.J, Paris 8^{eme} édition, 2012, p 9.

B- SITES ELECTRONIQUES

<http://fr.wikipedia.org/wiki/Etat-providence>, consulté le 15 mars 2019 à 20h42.

<http://www.legifrance.gouv.fr>, consulté le 30 mars 2019 à 15h30.

الفهرس

02	الإهداء، الشكر
4	قائمة المختصرات
أ	المقدمة
11	الفصل الأول: الضمانات التي تقع على الأطراف المتعاقدة
13	المبحث الأول: الضمانات الواردة على عاتق المصلحة المتعاقدة
13	المطلب الأول: ضمانات التسوية المالية للصفقة
15	الفرع الأول: حق المتعامل المتعاقد في اقتضاء المقابل المالي
20	الفرع الثاني: حق المتعامل المتعاقد في التعويض
22	المطلب الثاني: ضمانات الحفاظ على التوازن المالي للصفقة
25	الفرع الأول: التعويض على أساس نظرية المخاطر الإدارية - فعل الأمير -
27	الفرع الثاني: التعويض على أساس نظرية المخاطر الاقتصادية - الظروف الطارئة -
30	الفرع الثالث: التعويض على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة
33	المبحث الثاني: الضمانات التي تقع على عاتق المتعامل المتعاقد
34	المطلب الأول: ضمانات التنفيذ المالي للصفقة العمومية
35	الفرع الأول: الطابع الإلزامي لتقديم الكفالة
38	الفرع الثاني: آليات تنفيذ نظام الكفالة
39	الفرع الثالث: الضمانات الحكومية
40	المطلب الثاني: ضمانات التنفيذ التقني للصفقة العمومية

41	الفرع الأول: حالة التنفيذ العادي للصفقة
43	الفرع الثاني: حالة التنفيذ الغير العادي
45	الفرع الثالث: الجزاءات المترتبة عن عدم تنفيذ المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية
51	خلاصة الفصل الأول
52	الفصل الثاني: ضمانات تسوية النزاعات الناشئة عن تنفيذ الصفقة العمومية
53	المبحث الأول: التسوية الودية للنزاع كآلية وقائية وعلاجية
54	المطلب الأول: النزاعات الناشئة عن تنفيذ الصفقة العمومية
54	الفرع الأول: النزاعات الناتجة عن إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها
56	الفرع الثاني: المنازعات الناشئة عن إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته
58	المطلب الثاني: آليات التسوية الودية للنزاعات الناشئة عن تنفيذ الصفقة العمومية
58	الفرع الأول: التسوية الودية بالطرق الرضائية
60	الفرع الثاني: التسوية الودية للنزاعات أمام اللجان المستحدثة على ضوء المرسوم الرئاسي رقم 15-247
63	الفرع الثالث: التسوية الودية للنزاعات بالطرق البديلة
69	المبحث الثاني: التسوية القضائية للنزاع
70	المطلب الأول: التسوية عن طريق دعوى القضاء الكامل في مجال الصفقات العمومية

70	الفرع الأول: سلطات القاضي الإداري وصور المنازعات الداخلة في ولاية القضاء الكامل
72	الفرع الثاني: شروط قبول دعوى القضاء الكامل والجهة القضائية المختصة فيها
75	المطلب الثاني: التسوية عن طريق دعوى الإلغاء في مجال الصفقات العمومية
75	الفرع الأول: المنازعات التي تدخل في إطار دعوى الإلغاء
76	الفرع الثاني: شروط قبول دعوى الإلغاء
77	خلاصة الفصل الثاني
78	الخاتمة
82	المراجع
89	الفهرس