جامعة عبد الرحمان ميرة _ بجاية_

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم قانون الأعمال

الضمانات العقدية في الصفقات العمومية

مذكرة لنيل شهادة الماستر

فرع: القانون الاقتصادي للأعمال

تخصص: القانون العام للأعمال

إعداد الطالبتين:

- عبلاش كاهنة
- علي سوهيلة

إشراف الأستاذة:

- عسالي نفيسة

أعضاء لجنة المناقشة:

- براهمي فضيلة، أستاذة مساعدة .....رئيسا.
- عسالي نفيسة، أستاذة مساعدة صنف"ب".....مشرفا ومقررا.
- آيت وارث حمزة أستاذ مساعد.....ممتحنا.

السنة الجامعية: 2015- 2016

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

إلى من جعلت الجنة تحت أقدامها إلى منبع الحنان إلى من لا يمكن للكلمات أن تُوفي حقها، إلى أغلى إنسانة في هذا الوجود أمي الحبيبة.

إلى سبب الوجود في هذه الدنيا أبي الغالي.

إلى جدتي العزيزة فاطمة أطال الله في عمرها.

إلى أخواي حُسين ومُحند سندي في هذه الحياة.

إلى كل الأقارب والأصدقاء كل بإسمه.

إلى كل من ساعدني في إتمام هذا العمل ولو بكلمة.

أهدي هذا العمل.

سوهيلة.

الإهداء

إلى النور الذي يُنير لي درب النجاح ويا من علمتني الصُمود مهما تبدلت الظُروف...أمي الحنُونة.

إلى سبب وُجودي في الحياة...أبي الحبيب لك كل التجلي والإحترام.

إلى رُوح جدتي لالة قاسي لويزة وجدي لونيس مُحند وعلي.

إلى رمز المحبة والإخاء إخوتي وأخواتي وأبنائهم وأزواجهن.

إلى كل الأقارب والأصدقاء وإلى كل من ساعدني في إنجاز هذا العمل ولو بكلمة طيّبة.

أهدي هذا العمل.

✍كاهنة.

كلمة شكر

أول شكر وأخره للّه تعالى الذي منحنا القوة والعزم والمقدرة على إتمام هذا البحث، كما لا يفوتنا أن نتوجه بأسمى عبارات الإمتنان والشكر لأستاذتنا المشرفة **«عسالي نفيسة»** وعلى التوجيهات والنصائح القيّمة التّي أعانتنا على إعداد هذا العمل، والتّي ساهمت في إثراء هذه المذكرة ولا يسعنا سوى أن نُكن لها التقدير والإحترام والشكر عرفانا لما قدمته لنا.

كما نتوجه بالشكر إلى السيّد(ة) الرئيس وأعضاء لجنة المناقشة على قبولهم الإشراف على مناقشة هذا البحث، ولنا أن نتقدم بالشكر والإمتنان إلى كل الأشخاص الذين ساعدونا على إنجاز البحث من قريب أو من بعيد ولو بنصيحة.

-قائمة المختصرات-

أولا: 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 النشر

د.س.ن: دون سنة النشر

د.ب.ن: دون بلد النشر

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

د.ج: دينار جزائري

ثانيا: باللّغة الفرنسية:

Op-Cit : ouvrage précédemment cité.

P : page.

L.G.D.J : librairie géneral de droit de jurisprudence.

مقدمة

تلجأ الإدارة العمومية لتحقيق أهدافها المتمثلة أساسا في إشباع الحاجات العامة إلى عدّة وسائل تُتيحها لها القوانين والتنظيمات، لذلك فهي تعتمد في مباشرة وظائفها على أساليب مختلفة في طبيعتها ووصفها القانوني، فقد تكون هذه الأخيرة أعمالا مادية أو تصرفات قانونية بحيث تستعملها لتحقيق النفع العام بامتيازات ووسائل لا نجد لها مثيل في نطاق القانون الخاص.[1]

والأعمال القانونية التّي تصدر عن الإدارة إمّا أن تكون بحد ذاتها في شكل أعمال انفرادية تقوم بها الإدارة بإرادتها المنفردة مستعملة امتيازات السلطة العامة مثل القرارات الإدارية، أو في صورة أعمال تعاقدية وهي تلك الصادرة بناء على اتفاق بين الإدارة من جهة وطرف آخر بمقتضى عقد إداري، وهذه الأعمال التعاقدية أصبحت اليوم تحتل مكانة هامة في سلم النشاط الإداري بوجه عام بالنظر إلى ما توفره من فُرص وامتيازات لا نظير لها،[2] لاعتبارها إحدى الوسائل الهامة التّي تلجأ إليها الإدارة في تنفيذ مشاريعها وتسيير مرافقها ولا تقل أهمية عن القرارات الإدارية، لأجل ذلك تدخل المشرع معترفا للإدارة بأهلية التعاقد بغرض تمكينها من تحقيق أهدافها المرجوة.[3]

وينتج عن هذه الروابط العقدية ما يسمى «**العقد الإداري**» والذي يعتبر عقدا أو اتفاقا يبرمه شخص معنوي عام باستعماله امتيازات السلطة العامة لتسيير مرفق عام وحسب أساليب القانون العام بتضمينه شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.[4]

---

[1] بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009 ص 1.

[2] مرجع نفسه، ص 1.

[3] تياب نادية، سلسلة محاضرات في مقياس الصفقات العمومية، أُلقيت على طلبة السنة الثانية ماستر، تخصص القانون العام للأعمال، جامعة بجاية، 2015، ص 2 (منشورة).

[4] خلف اللّه كريمة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص التنظيم الاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2013، ص 2.

والعقود الإدارية التّي تبرمها الإدارة كثيرة وعديدة من بينها عقد تفويض تسيّير مرفق عام وعقد الإمتياز وكذا تلك المُبرمة في إطار الصفقات العمومية، ونجد أن المشرع الجزائري قام بوضع قانون خاص ومتميّز بها[5] وهذا بالنظر إلى الخصائص والمميّزات التّي تطبعها انطلاقا من عملية تشكيلها وتكوينها مرورا بإبرامها ثم تنفيذها وإنهائها،[6] والذي يقوم بتنظيم جانب هام وحساس من مهام الإدارة ألا وهو الصفقة العمومية، التّي تعد أداة فعّالة للتنمية الوطنية لما لها من وظيفة عالية في توزيع المواد، ومسايرة مختلف التطورات الراهنة على الصعيد الاقتصادي.[7]

ويحوز قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أهمية كبيرة في القانون الإداري نظرا لإحتواءه على أحكام قانونية مميّزة على أحكام القانون الخاص، إذ تتميّز الصفقة العمومية بنفس مميّزات العقد الإداري لذا تحوز هي الأخرى أهمية بالغة بحيث تستعملها الدولة وباقي الأشخاص المعنوية العامة والخاصة في ضّخ الأموال العامة وتطوير الاقتصاد قصد الحفاظ على توازنه،[8] إذ يعد النظام القانوني الأمثل لسيّر واستغلال الأموال العامة، خاصة في ظل اعتماد الاقتصاد الوطني على زيادة النفقات العامة، من أجل تنشيط العجلة الاقتصادية وتفعيل السياسة التنموية العامة في البلاد.[9]

لذلك نجد أن المشرع قد نّظم كل ما يتعلق بالنظام القانوني للصفقات العمومية بما فيها الضمانات في إطار قوانين، ومراسيم خاصة بالصفقات العمومية، والتّي شهدت تطورات وتعديلات كثيرة.

---

[5] AOUDIA Khaled, LALLEM Mohamed et LAOUER Rachida, Gestion des marches publics, ISGP, 2003, p 2.

[6] المشرع الجزائري لم يبيّن طبيعة عقد الصفقة العمومية ولم يتضمن تكيّيفا صريحا له في ظل قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وإنّما اكتفى بتعريفه في نص المادة 2 من قانون تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنّها عقود مكتوبة تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، بخلاف نظيره المشرع الفرنسي الذي يَعتبر الصفقة العمومية عقدا إداريا.

[7] AOUDIA Khaled, LALLEM Mohamed et LAOUER Rachida, Op- Cit, p 2.

[8] خلف اللّه كريمة، المرجع السابق، ص 2.

[9] بن معزوز خديجة وعباش لامية، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق، جامعة بجاية، 2011، ص 1.

حيث تم صدور أول تشريع جزائري مُنظم للصفقات العمومية بموجب الأمر رقم 67/ 90، وقد عُدل مرة،[10] ومن ثم صدر المرسوم الرئاسي رقم 02/ 250 الذي عُدل هو كذلك مرتين ،[11] وفي سنة 2010 صدر مرسوم رئاسي رقم 10/ 236 والذي عُدل أربعة مرات،[12] وفي سنة 2015 صدر مرسوم رئاسي جديد رقم 247/15،[13] المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

وما يلاحظ حول قانون المُنظم للصفقات العمومية أنّه غير مُستقر وذلك نظرا لتنظيمه لمجال حسّاس والذي هو المال العام.

ولقد عُرفت الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247 على أنّها عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تُبرم بمقابل مالي مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنّصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللّوازم

[10] أمر رقم 90/67 مؤرخ في 17-06-1967، يتعلق بقانون الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج، عدد 52 لسنة 1967، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي 434/91 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991، ج.ر.ج.ج، عدد 57، الصادر في 13 نوفمبر 1991 (ملغى).

[11] مرسوم رئاسي 02/ 250 مؤرخ في 24 جويلية 2002، يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج، عدد 52 لسنة 2002، والمعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي 03/ 301 المؤرخ في 11 سبتمبر 2003، المتعلق بتنظيم الصفقات ج.ر.ج.ج، عدد 55، الصادر في 14 سبتمبر 2003، وبموجب المرسوم الرئاسي 338/08 المؤرخ في 26 جانفي 2008، ج.ر.ج.ج، عدد 62، الصادر في 9 نوفمبر 2008 (ملغى).

[12] مرسوم رئاسي 10/ 236 مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ح، عدد 58، الصادر في 7 أكتوبر 2010، المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي 11- 98 المؤرخ في 1 مارس 2011، ج.ر.ج.ج، عدد 14، الصادر في 6 مارس 2011، وبموجب المرسوم الرئاسي 11- 222، المؤرخ في 11 جوان 2011، ج.ر.ج.ج، عدد 34، الصادر في 19 جوان 2011، وبموجب المرسوم الرئاسي 12- 23 المؤرخ في 18 جانفي 2012، ج.ر.ج.ج، عدد 04، الصادر في جانفي 2012، وبموجب المرسوم الرئاسي 13- 03 المؤرخ في جانفي 2013، ج.ر.ج.ج، عدد 2 لسنة 2013 (ملغى).

[13] مرسوم رئاسي 15/ 247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر.ج.ج، عدد 50، الصادر في 20 سبتمبر 2015.

والخدمات والدراسات،[14] التّي تتطلب لإنجازها وتنفيذها صرف مبالغ مالية من ميزانية الدولة وبالتالي يجب أن تكون الصفقات العمومية عقود مكتوبة.

وتبرز أهمية الصفقات العمومية أيضا إضافة لصلتها الوثيقة بالخزينة العمومية على أنّها أداة تنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية على حد السواء، ذلك أن البرامج والخطط الاستثمارية التّي تضعها السلطات المركزية المختصة إنّما يقع تنفيذُها على الإدارة المعنية في جزء كبير منها عن طريق الصفقات العمومية، كما هو الحال في الجزائر بالنّسبة لتنفيذ برنامج الإنعاش الاقتصادي خلال الفترة 2001-2004 ثم تكملته ببرنامج آخر وهو برنامج دعم النمو للفترة 2005-2009، بحيث تُعد هذه البرامج جزءا مُهما من الإنفاق العمومي في مجال التجهيز والاستثمار.[15]

ونتيجة لذلك تم إدخال نظام خاص للضمانات التّي تهدف إلى حُسن تنفيذ الأطراف المتعاقدة لالتزاماتها وعدم المسّاس بحقوقها التعاقدية، وهذا في شكل مبادئ عامة وإجراءات عملية تُميّز الصفقات العمومية عن عقود الإدارة الأخرى نظرا لإحاطتها بكم هائل من هذه المبادئ والإجراءات، فقد نّصت المادة 124 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه: **" يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين معها و/ أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة"** وهو ما يضفي أكثر الطابع الإلزامي للضمانات المطلوبة سواء في اختيار المتعاملين أو في توفير أفضل الشروط لتنفيذ موضوع الصفقة، حيث يقع هذا الالتزام أساسا على الإدارة المتعاقدة بصفتها صاحب المشروع والمكلف بتنفيذه.[16]

وكذلك لمّا للإدارة من سُلطات واسعة لمواجهة المتعاقد معها، ممّا يُجعل التشريعات توفر الحماية القانونية الكافية لمواجهة إساءة استعمال هذه السُلطات وهذا إلى جانب ما أرساه القضاء

---

[14] أنظر المادة 2 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

[15] بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص 4.

[16] المرجع نفسه، ص 4.

الإداري في هذا الصدد، وبالمقابل قد تتعرض الإدارة المتعاقدة إلى عدّة مشاكل تحُول دون حسن اختيارها لأفضل المترشحين للصفقة ومنه التأثير سلبا على حسن التنفيذ ممّا يعرض أداء النشاط الإداري إلى صعوبات جمة وبالتالي المسّاس بمبدأ استمرارية المرافق العامة.[17]

وعليه فإن دراسة هذا الموضوع تقوم حول الإشكالية التالية:

- ما مدى فعالية الضمانات العقدية للصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247/15؟

سنحاول الإجابة عن هذه الإشكالية، وفقا لمّا أقره المرسوم الرئاسي الجديد رقم 15/ 247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والذي خصّص قسم كامل للضمانات وهو القسم الرابع، من الفصل الرابع من الباب الأول، والذي جاء تحت عنوان « **الضمانات**» بحيث إرتأينا إلى تقسيم بحثنا إلى فصلين، نتناول ضمانات الأطراف المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية في (الفصل الأول)، وضمانات تسوية النزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقة العمومية في (الفصل الثاني).

[17] بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص 5.

الفصل الأول:

ضمانات الأطراف المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية

تعد دفاتر شروط الصفقة العمومية المبرمة بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد هي المحدّدة ما لكل طرف من حقوق وما عليه من التزامات إلى جانب تلك الشروط المفترضة في كل العقود الإدارية والتّي يجب احترامها حتى ولو لم تضمن كبند صريح في بيانات أو عقد الصفقة، فالمصلحة المتعاقدة تحرص على أن تتوخى الدّقة في صفقاتها المبرمة لأنّها تتعلق بالمرافق العامة والتّي يجب أن تستمر في أداء أعمالها بانتظام واطراد في كل الأوقات.[23]

من هذا المنطلق منحت للإدارة سلطات وحقوق استثنائية في مواجهة المتعاقد معها تتمتع بها كوظائف تمارسها في إطار القانون العام إذ تستطيع بمقتضاها أن تباشر حق الإشراف والرقابة على تنفيذ الصفقة وأن تقوم بتنفيذ شروط الصفقة وفسخها وإنهائها بذاتها المنفردة وهي سلطات خطيرة قد تؤدي إلى حرمان الطرف المتعاقد من حقوقه لذا تم وضع حدود وضوابط لممارسة هذه الامتيازات وجعلها تتماشى وأهداف سيّر المرافق العامة الرامية إلى تحقيق المنفعة العامة.[24]

إن الغرض الأساسي من إبرام الصفقات العمومية هو تنفيذها وينجم عن آثار قانونية بالنّسبة للإدارة المتعاقدة وكذا المتعامل الحائز على الصفقة، بحيث ينتج عن تنفيذ الصفقة آثار تتمثل في حقوق والتزامات كل طرف من الأطراف.[25]

من هذا المنطلق سنتطرق في هذا الفصل إلى دراسة مبحثين، سنتناول في(المبحث الأول)، الضمانات التّي تقع على عاتق المصلحة المتعاقدة وفي(المبحث الثاني)، الضمانات التّي تقع على المتعامل المتعاقد.

[23] بعيط عائشة، ضمانات مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص الدولة والمؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014، ص65.

[24] المرجع نفسه، ص 65.

[25] بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص56.

المبحث الأول:

الضمانات التّي تقع على عاتق المصلحة المتعاقدة

بعد دخول الصفقة حيز التنفيذ والتطبيق، ينجم عنها آثار بالنسبة للمتعامل المتعاقد، بتمتعه إزاء المصلحة المتعاقدة بجملة من الضمانات في شكل حقوق، وهذا حسب دفتر شروط الصفقة التي تم إبرامها بينهما والتي تتضمن معظمها، ومن هذا المنطلق نعالج هذه الضمانات في مطلبين، بحيث نتطرق إلى حق المتعامل المتعاقد في اقتضاء المقابل المالي(المطلب الأول)، وإلى ضمانة الدفع والحق في الحفاظ على التوازن المالي للعقد في(المطلب الثاني).

المطلب الأول:

حق المتعامل المتعاقد في المقابل المالي

تعتبر الصفقة العمومية عقد معاوضة يلزم فيه المتعامل المتعاقد بتنفيذ العمل أو الخدمة موضوع الصفقة تبعا للمواصفات والشروط المتفق عليها، وتلزم الإدارة المعنَية بدفع المقابل المالي بالأشكال والكيفيات التي حددها القانون.[26]

ويعتبر المقابل المالي ضمانة أساسية للمتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة، كون أن هذه الأخيرة عبارة عن عائد يحصل عليه المتعامل المتعاقد مقابل تنفيذه للعقد لتغطية التكاليف التي يتحملها، ولقد أولى المشرع اهتمام كبير لتنظيم الأسعار في الصفقات العمومية،[27] كون أن الصفقة مرتبطة بالمال العام والخزينة العامة.[28]

ونجد أن المقابل المالي يأخذ عدة صوّر (الفرع الأول)، ويمكن كذلك مراجعة السعر (الفرع الثاني).

---

[26] بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، ط 2، دار جسور، الجزائر، 2009، ص 136.

[27] أكرور مريم، السعر في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، ص 6.

[28] مبروكي مصطفى، الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2014، ص 100.

الفرع الأول:

صوّر المقابل المالي

السعر هو ذلك المقابل النقدي الذي يتلقاه المتعامل المتعاقد من الجهة الإدارية نظير ما يقدم لها من سلع وخدمات أو أشغال، ويتم تحديده في أغلب العقود الإدارية بمقتضى شرط يُدرج في صلب العقد أو بمقتضى وثائق مستقلة تلحق به.

ونظرا لأهمية هذا الضمان لأطراف الصفقة المشرع الجزائري لم يغفل تنظيمه وكيفية استيفائه من قبل المصلحة المتعاقدة، بحيث تعرض قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في نّص المادة 96 منه،[29] لصوّر المقابل المالي.

أولا: السعر الإجمالي والجزافي

إن السعر الجزافي أو الإجمالي يُعد أحد كيفيات تحديد سعر الصفقة، ويكون ذلك في حالة النّص على مبلغ جزافي يشتمل على كافة وجميع المُستحقات المالية التّي يتقاضها المتعامل المتعاقد نظير تنفيذه للصفقة، دون الاعتماد على حساب الوحدات المنجزة،[30] ويطبق السعر الجزافي أو الإجمالي على كل أو جزء من موضوع الصفقة، وهو غير قابل للتغيير، ويمكن للمصلحة المتعاقدة، مراعاة لاحترام الأسعار، تفضيل دفع مستحقات الصفقة وفق صيغة السعر الإجمالي أو الجزافي وهذا حسب الفقرة الثانية من المادة 96 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

---

[29] تنص المادة 96 من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق على ما يلي: "**يدفع أجر المتعامل المتعاقد وفق الكيفيات الآتية:**

- **بالسعر الإجمالي والجزافي،**
- **بناء على قائمة سعر الوحدة،**
- **بناء على النفقات المراقبة،**
- **بسعر مختلط،...".**

[30] بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 81.

ثانيا: سعر الوحدة

يتم اللّجوء إلى سعر الوحدة عندما يحدّد سعر الصفقة بناءا على وحدات القياس كالمتر المربع أو الكيلو غرام، ويتم الاعتماد على سعر الوحدة في عقود الأشغال العامة، وعقود التوريد وكمثال على ذلك بناء جسر الذي يكون على أساس المتر المربع، أو مثلا وحدة الكيلو غرام في عقود توريد سلعة ما، وسعر الوحدة يكون ثابتا ويطبق السعر بالوحدة على الكمية التي تم توريدها كاملة وهنا يكون الثمن الإجمالي متغير لأنه مرتبط بالقيمة المنجزة فعليا.[31]

ثالثا: السعر بناء على نفقات المراقبة

يعرف السعر بناء على نفقات المراقبة في الصفقة على أنه يكون نفقات حقيقية والمراقبة للمقاول (يد عاملة، مواد مستهلكة، إيجار العتاد، النقل...إلخ) لتنفيذ عمل محدّد والتي يتم تسديدها كليا بتطبيق معاملات الزيادة أخذا بعين الاعتبار التكاليف العامة وهامش الربح،[32] ولم يرّد تعريفه من الناحية التشريعية.

والسعر الذي يتقاضاه المتعامل المتعاقد حسب هذه الصورة لا يكون محددا أو معروفا عند إبرام الصفقة، بل يتم تحديد سعر الصفقة على أساس النفقات التي قام بها المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة بناء على وثائق ثُبوتية الفواتير مثلا مع إضافة نّسبة معينة للفائدة والربح.[33]

رابعا: تحديد الأجر بسعر مختلط

يعد السعر المختلط أحد أساليب تحديد المقابل المالي الذي يأخذه المتعامل المتعاقد لقاء تنفيذه الصفقة، غير أنه يستخلص من مصطلح **"مختلط"**، أنه يفترض أن يكون جامعا بين

[31] بوشيرب مليكة، المتعامل مع الإدارة في عقود الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الهيئات الإقليمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2014، ص ص 39-40.

[32] بعيط عائشة، المرجع السابق، ص 70.

[33] زوايد مراد، النّظام القانوني للوفاء بالمقابل المالي بقانون الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2012، ص 38.

أسلوبين من أساليب تحديد الثمن كأن يجمع بين سعر الوحدة وكذلك السعر بناء على نفقات المراقبة.[34]

هذا السعر يكون عندما يتم تقييم جزء من الخدمات المنجزة في الصفقة بسعر جزافي والجزء الأخر بسعر الوحدة.

وعمليا هذا النوع من السعر نجده يستخدم في صفقات الأشغال، بحيث يتم الحساب بطريق السعر الإجمالي أو الجزافي للبنية القاعدية بالنسبة للكميات المنجزة فعليا، أما بالنسبة للبنية الفوقية للانجازات يتم تقييمها على أساس سعر نفقات المراقبة عادة.[35]

الفرع الثاني:

مراجعة السعر

مهما كان أسلوب تحديد السعر فإن هذا الأخير غير قابل للتميّيز من حيث المبدأ إلا في حالات استثنائية قد ترد على هذا المبدأ تمليها إرادة المتعاقدين وأخرى ظروف خارجية وقد أفادت المادة 97 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بإمكانية أن يكون السعر ثابتا أو قابل للمراجعة، وفي هذه الحالة الأخيرة يجب أن تحدد الصفقة صيغة أو صيغ مراجعته، وكذلك كيفيات تطبيقها.

أولا: السعر الثابت

ورّد في نص المادة 97 من دون تعريف ويقصد به أن تكون الأسعار نهائية أو قابلة للمراجعة، فالأسعار النهائية هي التي لا يمكن تعديلها بسبب تغير الظروف الاقتصادية وعلى العكس في ذلك تكون الأسعار قابلة للمراجعة، وعليه فإن للسعر الثابت مفهوم مرن فهو ذلك السعر الذي تم تحديده والاتفاق على تأديته للمتعامل المتعاقد عند إبرام الصفقة، دون إمكانية تغييره أو تعديله أو مراجعته لاحقا، ومن ثم فإنه لا يعد السعر ثابتا إذا كان قابلا لذلك لأن الأسعار

[34] بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص 61.

[35] بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص 61.

الثابتة هي تلك الأسعار التي لا تتغير خلال فترة العقد لا على مستوى الطوارئ والتغيرات التكنولوجية ولا على صعيد الشروط الاقتصادية.[36]

ثانيا: السعر القابل للمراجعة

ويكون السعر قابلا للمراجعة عندما تنص الصفقة بحد ذاتها على ذلك فهو إذن يسمح للأطراف بمراجعة الأحكام المالية وتغييرها ويكون ذلك عن طريق مراجعته أو تحيينه مع عوامل مستجدة لذلك وهذا ما نصت عليه المادة 97 الفقرة 1 و2 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فالسعر إذن يتم تغييره إما عن طريق مراجعته أو تحيينه لكن بتوفر شروط، فعندما يكون السعر قابل للمراجعة يجب أن تحدد الصفقة صيغة أو صيّغ مراجعته.

المطلب الثاني:

ضمانة الدفع و الحق في الحفاظ على التوازن المالي للعقد

تُعد ضمانة الدفع والحق في الحفاظ على التوازن المالي من بين ضمانات المتعامل المتعاقد إزاء المصلحة المتعاقدة من أجل ضمان تنفيذ الصفقة العمومية، لذا سوف نعالج في هذا المطلب ضمانتين بحيث نتطرق في (الفرع الأول)، إلى ضمانة كيفية الدفع وفي (الفرع الثاني)، إلى ضمانة الحق في الحفاظ على التوازن المالي.

الفرع الأول:

كيفية الدفع

القاعدة العامة في المحاسبة العمومية أن الدفع والتسديد يتم بعد الأداء فالمقاول مثلا لا يتقاضى المقابل المالي إلا بعد الانجاز الفعلي للأشغال.[37]

[36] معاشو عمار، النظام القانوني لعقود المفتاح في اليد بالجزائر، د.م.ج، الجزائر، 1989 ، ص 135.

[37] بعلي محمد الصغير، المرجع السابق، ص 83.

فالمصلحة المتعاقدة لا تدفع المقابل المالي للمتعاقد معها إلا بعد انجازه لموضوع الصفقة سواء القيام بالخدمة أو تسليم التوريدات المطلوبة،[38] وهذا باعتبار المقابل المالي يشكل نفقة عامة تدفع بمناسبة تنفيذ صفقة عمومية لذا فهي تخضع وجوبا لقواعد المحاسبة.

وفي هذا المجال وتخفيفا من صرامة هذا المبدأ، وبما أن صفقات اللوازم والأشغال تتطلب في أكثر الأحيان تمويلا معينا وعبئا ماليا قد لا يستطيع الفرد تحمله لوحده حتى اكتمال التنفيذ، إعتبر قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في المادة 108 منه أن التسوية المالية تتم بدفع التسبيقات و/أو الدفع على الحساب، وبالتسويات على رصيد الحساب وهي الكيفيات التي سنتعرض لها:

أولا: التسبيق

التسبيقات تسوية مالية جزئية غير نهائية لثمن الصفقة، وتعرف على أنها مبالغ مالية تدفع من قبل الإدارة للمتعاقد معها على حساب الثمن النهائي وقبل أداء وتنفيذ الخدمة.

وهو نفس التعريف الذي اعتمده قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في المادة 109 منه، حيث أشار المشرع إلى صوّر نّصت عليها المادة 111 من قانون الصفقات العمومية على أنه: **" تسمى التسبيقات، حسب الحالة، جزافية أو على التموين".**

1 – التسبيق الجزافي: هو المبلغ الذي تقدمه المصلحة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد معها، قبل أن يبدأ في تنفيذ الصفقة، ويمكن أن يدفع مرة واحدة كما يمكن أن يدفع في عدة أقساط تنص الصفقة على تعاقبها الزمني،[39] وبالعودة لنص المادة 111 من المرسوم السالف الذكر، نجد أن المشرع الجزائري لم يترك حرية تحديد نّسبة دفع مبلغ التسبيق الجزافي للأطراف المتعاقدة وإنما حددها بنسبة أقصاها خمسة عشر في المائة (15%) من السعر الأولي للصفقة.

[38] لباد ناصر، القانون الإداري (النشاط الإداري)، ج 2، لبناد للنشر، الجزائر، 2004، ص 43.

[39] أنظر المادة 112 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

2- التسبيق على التموين:

خُصص هذا التسبيق فقط لصفقات الأشغال واللّوازم حتى يُمكن للمتعاملين المتعاقدين أن يحصلوا إلى جانب التسبيق الجزافي تسبيقا على التموين،[40] بشرط أن يثبتوا حيازتهم عقودا أو طلبات مؤكدة للمواد أو المنتجات الضرورية لتنفيذ الصفقة وهذا تجنبا لقيام المتعاقد بتصرف أو استخدام تلك المواد أو المنتجات لأغراض غير مخصصة لموضوع الصفقة المتعاقد عليها، مثلا وصول سندات طلب شراء مواد البناء في حالة صفقات الأشغال العمومية، وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تطلب من المتعامل المتعاقد معها التزاما صريحا بإيداع تلك المواد والمنتجات المعنية في الورشة أو في مكان التسليم خلال أجل يُلائم الرزنامة التعاقدية تحت طائلة إرجاع التسبيق،[41] وكذلك يمكن للمتعامل المتعاقد في مجال صفقات الأشغال أو اللوازم الجمع بين التسبيق الجزافي والتسبيقات على التموين، شرط أن لا يتجاوز بأي حال من الأحوال، مجموعه 50% من المبلغ الإجمالي للصفقة.[42]

بحيث بالنّسبة للمتعهدين الجزائريين يُشترط على المتعامل المتعاقد التقديم المُسبق لكفالة بقيمة معادلة بإرجاع تسبيقات يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان للصفقات العمومية، ويُشترط كذلك أن تصدر كفالة المتعهدين الأجانب من بنك خاضع للقانون الجزائري، يشملها ضمان مُقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى، وهذا إعمالا لنص المادة 110 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.[43]

إن المصلحة المتعاقدة تستعيد التسبيقات الجزافية والتسبيقات على التموين عن طريق اقتطاعات من المبالغ المدفوعة في شكل دفع على الحساب والتسوية على رصيد الحساب، ويتم استرجاع مبلغ التسبيقات وفق وتيرة تعاقدية، بخصم المبالغ التّي يستحقها حائز الصفقة، على أن

---

[40] بن زمام عبد الغاني، تمويل الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، ص 41.

[41] أنظر المادة 113 من المرسوم الرئاسي 15/ 247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

[42] أنظر المادة 115، المرجع نفسه.

[43] أنظر المادة 110، المرجع نفسه.

يتم ذلك الاسترجاع كليا إذا ما بلغ مجموع المبالغ المدفوعة للمتعامل المتعاقد نسبة 80% من مبلغ الصفقة.[44]

ثانيا : الدفع على الحساب

يعد الدفع على الحساب من بين صوّر كيفيات الدفع وهي ضمانة للمتعاقد مقابل التنفيذ الحسن لصفقة، ومن هنا نتطرق إلى تعريف الدفع على الحساب(1) وتسديد الدفع على الحساب(2).

1- تعريف الدفع على الحساب: نّصت عليه المادة 109 من المرسوم الرئاسي 15/ 247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ويعرّف الدفع على الحساب على أنه المبالغ التّي تقدمها المصلحة المتعاقدة للمتعاقد معها في كل مرة يثبت القيام بأعمال جوهرية لتنفيذ الصفقة المعهود بها إليه.[45]

2- تسديد الدفع على الحساب: كقاعدة عامة يكون الدفع على الحساب شهريا غير أنّه يمكن أن تنّص الصفقة على فترة أطول تتلاءم مع طبيعة الخدمات، ويتوقف هذا الدفع على تقديم الوثائق المنّصوص عليها في دفتر الشروط، حسب الحالة. [46]

وقد قيّد المشرع الجزائري الاستفادة من الدفع على الحساب بشروط منها:

- أن يثبت المتعاقد قيامه بعمليات جوهرية في تنفيذ الصفقة.[47]

- أن يقدم المتعاقد الوثائق الثُبوتية كالمحاضر الخاصة بالأشغال المنجزة ومصاريفها، جدول تفصيلي للوازم موافق عليه من المصلحة المتعاقدة، جدول الأجور المطابق للتنظيم المعمول به أو جدول التكاليف الاجتماعية مؤشر عليه من صندوق الضمان الاجتماعي.[48]

---

[44] أنظر المادة 116، المرجع نفسه.

[45] بلحاج نصيرة، " تحديد السعر في الصفقات العمومية وفق التشريع الجزائري"، مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني حول" دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، كلية الحقوق، جامعة المدية، يوم 20 ماي 2013، ص 6.

[46] أنظر المادة 118 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

[47] أنظر المادة 117، المرجع نفسه.

[48] تياب نادية، سلسلة محاضرات في مقياس الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 74.

ثالثا: التسوية على رصيد الحساب

لقد عرفت المادة 109 من المرسوم الرئاسي 15/ 247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التسوية على رصيد الحساب هو الدفع المؤقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل والمُرضي للصفقة.

1- صوّر التسوية على رصيد الحساب: ومن خلال المادة 109 نستنتج أن التسوية على رصيد الحساب يأخذ صورتين: الدفع المؤقت والدفع النهائي.

أ- التسوية على رصيد الحساب المؤقت: يتم الدفع في هذا النوع بعد تسليم المشروع أو أداء الخدمة مع اقتطاع الضمان المحتمل والغرامات المالية التي تبقى على عاتق المتعامل المتعاقد عند الاقتضاء، والدفعات بعنوان التسبيقات والدفع على الحساب، على اختلاف أنواعها، التي لم تستردها المصلحة المتعاقدة بعد.[49]

ب- التسوية على رصيد الحساب النهائي: هذه الصورة تكون حسب ما نّصت عليه المادة 120 من المرسوم الرئاسي 15/ 247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام برد اقتطاعات الضمان إلى المتعامل المتعاقد، ورفع اليد على الكفالات التي كونّها المتعامل المتعاقد عند الاقتضاء.

2- تسديد رصيد الحساب: يتوقف التسديد النهائي لثمن الصفقة على تمام إنجاز العمل الذي تم التعاقد من أجله، بحيث تقوم الإدارة بمعاينة العمل المنجز أو السلعة الموردة، وتتأكد من مطابقة ذلك العمل أو تلك السلعة لشروط العقد.

وهذا ما ورد في نص المادة 121 من قانون الصفقات العمومية التي أوضحت أنه: **" يجب أن تحدد الصفقة الآجال المخوّلة للمصلحة المتعاقدة لتقوم بعملية الإثبات التي تعطي الحق في الدفع. ويبدأ سريان الآجال إعتبارا من تقديم صاحب الصفقة العمومية طلبا بذلك مدعما بالمبررات الضرورية.".**

[49] أنظر المادة 119 من المرسوم الرئاسي 15/ 247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

وبعد عملية إثبات أداء الخدمات المتعاقد عليها في الصفقة يتعيّن على المصلحة المتعاقدة أن تقوم بصرف الدفعات على الحساب أو التسوية النهائية في أجل لا يمكن أن يتجاوز 30 يوما، ابتداء من استلام الكشف أو الفاتورة، غير أنّه يمكن تحديد أجل أطول لتسوية بعض أنواع الصفقات بقرار من وزير المكلف بالمالية، وهذا دون أن يتجاوز أجل شهرين وتُعلم المصلحة المتعاقدة المتعامل المتعاقد كتابيا بتاريخ الدفع، يوم إصدار الحوالة.[50]

الفرع الثاني:

الحق في الحفاظ على التوازن المالي للعقد

إن الاعتراف للإدارة بسلطة تعديل شروط العقد وزيادة أو إنقاص التزامات المتعامل المتعاقد معها بإرادتها المنفردة لابد أن يقابلها من جانب آخر حق المتعامل المتعاقد يتمثل بمنحه من الامتيازات المالية ما يساوي الزيادة في التزاماته، فالعدالة تقتضي أن يكون من طبيعة العقود الإدارية أن تحقق بقدر الإمكان توازنا بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها.[51]

وبهذا إذا حال بينه وبين تحقيق تلك المصلحة إجراءات اتخذتها المصلحة المتعاقدة أو فرضتها ظروف أو صعوبات جعل تنفيذ التزاماته التعاقدية عسيرا ومكلفا بصورة فاقت إمكانياته، هنا تتدخل المصلحة المتعاقدة على الرغم من أنها لم ترتكب أي خطأ، وهذا يعود إلى أن أساس مسؤوليتها هي اعتبارات العدالة، فضلا عن مقتضيات المصلحة العامة تستلزم مساعدة المتعاقد مع الإدارة لضمان استمراره في الوفاء بالتزاماته التعاقدية.[52]

ويكون أداء المصلحة المتعاقدة للتعويض في إطار شروط نظرية فعل الأمير(أولا)، أو شروط نظرية الظروف الطارئة(ثانيا)، أو نظرية الظروف المادية غير متوقعة (ثالثا)

---

[50] أنظر المادة 121 و122، المرجع نفسه.

[51] مازن ليلو راضي، الوجيز في القانون الإداري، د.د.ن، مصر، د.س.ن، ص 86.

[52] تياب نادية، سلسلة محاضرات في مقياس قانون الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 75.

أولا: التعويض على أساس نظرية المخاطر الإدارية (فعل الأمير)

إن فعل الأمير هو كل إجراء مشروع تتخذه السلطة العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد، أو في الالتزامات التّي ينص عليها العقد، ممّا يُطلق عليه بصفة عامة المخاطر الإدارية، وهذا ما سنتطرق إليه من خلال عرض المقصود بنظرية فعل الأمير(1)، والأساس الذي تستند إليه نظرية فعل الأمير(2)، وشروط تطبيق نظرية فعل الأمير(3)، والآثار المترتبة عن نظرية فعل الأمير(4).[53]

1- المقصود بنظرية فعل الأمير: عمل الأمير هو كل عمل يصدر من سلطة عامة دون خطأ من جانبها ينجم عنه تدهور مركز المتعاقد في عقد إداري، ويؤدي إلى التزام جهة المصلحة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك بما يعيد التوازن المالي للعقد.[54]

ويجد مبدأ التوازن المالي أساسه القانوني في التشريع الجزائري في نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15/ 247 المتعلق بينظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام: **" تسوى النزاعات التّي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.**

...

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين،..."

وحسنا فعل المشرع حين أقر مبدأ الحل الودي لحسم النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية، وكذلك عندما رخص للطرفين المتعاقدين إعادة النظر في الأحكام المالية للصفقة بما يعيد الاعتبار المالي للمتعامل المتعاقد ويدفعه أكثر للوفاء بالتزاماته وبمواصلة التنفيذ، فما كانت

[53] DE L'AUBDAIR André, MODERNE Frank et DELVOLVE Pierre, Traité des contrats administratifs, Tome second, L.G.D.J, paris, 1984, p 515.

[54] الأعرج محمد، نظام العقود الإدارية والصفقات العمومية وفق قرارات وأحكام القضاء الإداري المغربي، ط 3، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، 2011، المغرب، ص97.

الصفقات العمومية يوما مجالا لدفع المتعامل المتعاقد على تحمل خسائر لم تكن متوقعة ساعة إبرام الصفة ثم أن المتسبب في إحداثها هي المصلحة المتعاقدة نفسها.[55]

2- الأساس الذي تستند إليه نظرية فعل الأمير: لا تستند نظرية فعل الأمير إلى أحكام المسؤولية التقصيرية حيث تقوم المسؤولية التعاقدية على أساس إخلال أحد المتعاقدين بشرط من شروط العقد، ويترتب عن هذا الإخلال ضرر بالمتعاقد الأخر ويرتبط الضرر بالإخلال بالرابطة السببية، والواضح أن فعل الأمير لا يُمثل إخلالا بأي شرط من شروط العقد، بل أنّها قد تصدر من جهات ليست أطراف في العقد، وحتى ولو كانت صادرة عن الجهة الإدارية المتعاقدة فإنها تصدر عنها بصفتها جهة إدارية وليس باعتبارها طرفا في العقد وهكذا يكون واضحا أن مسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها عما نزل به من أضرار مادية من جراء هذه الإجراءات لا يمكن أن يكون مؤسس على خطأ.[56]

3- شروط تطبيق نظرية فعل الأمير: وحتى يطالب المتعامل المتعاقد بحقه في التوازن المالي بعنوان نظرية فعل الأمير وُجب توافر شروط نُبيّنها فيما يلي:

- يجب أن تكون الأفعال الضارة صادرة من جهة الإدارة المتعاقدة نفسها، فإن صدر العمل أو القرار عن جهة إدارية أخرى فلا يمكن في هذه الحالة إعمال وتطبيق نظرية فعل الأمير ونكون عندئذ أمام تطبيق نظرية الظروف الطارئة.[57]

- تفترض نظرية فعل الأمير أن جهة الإدارة المتعاقدة لم تخطئ حين صدر عنها الفعل الضار، ذلك أن التزام الإدارة بمقتضى العقد لا يمكن أن يقيّد تصرفاتها كسلطة عامة تستهدف تحقيق الصالح العام، وترتب على تصرفاتها الضرر للمتعاقد في حدود سلطاتها المشروعة فإن الإدارة تسأل في نطاق نظرية فعل الأمير بصرف النظر عن قيام خطأ في جانبها، ذلك أن المسؤولية في

---

[55] بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص 142.

[56] بعيط عائشة، المرجع السابق، ص 82.

[57] شقطمي سهام، النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة عنابة، 2011، ص 73.

نطاق تلك النظرية وإن كانت مسؤولية عقدية بلا خطأ، فإن صدر العمل عنها وكان غير مشروع جاز للطرف الأخر اللّجوء إلى القضاء ومساءلتها طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية.[58]

– أن يؤدي العمل المشروع الصادر عن الإدارة إلى قلب اقتصاديات العقد والتأثير عليها بصورة أساسية بما يؤثر على المركز المالي للمتعامل المتعاقد فيسبب له ضررا ماليا.

فإذا نتج مثلا عن تعديل الصفقة الزيادة الكبيرة في تحمل الأعباء المالية بالنسبة للمتعامل المتعاقد جاز له المطالبة بحقه في التوازن المالي، لذا فإن الإدارة عادة وهي تمارس سلطاتها في تعديل الصفقة تطلب من المتعامل المتعاقد تقديم كشف مالي عن الأعباء الجديدة وتصل معه على الوضع الغالب لحل توافقي ودي وهو ما حرص المشرع على إقراره في المادة 135 من المرسوم الرئاسي 15/ 247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.[59]

4- الآثار المترتبة عن تطبيق نظرية فعل الأمير: يترتب عن هذه النظرية آثر هام يتمثل في التزام المصلحة المتعاقدة بإعادة التوازن المالي للصفقة، وذلك بواسطة تعويض المتعامل المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به من جراء ذلك العمل ويكون التعويض كاملا عن الربح والخسارة.

ومنه، فإن الأساس القانوني للتعويض الذي يدفع بسبب تطبيق هذه النظرية قائمة على تحمل نتائج عمل السلطة العامة المشروع فهي مسؤولية دون خطأ.

وإلى جانب هذا الأثر الرئيسي أشار بعض الفقهاء إلى أثار فرعية أخرى تترتب على تطبيق هذه النظرية منها:

– تحرر المتعامل المتعاقد من الالتزام بالتنفيذ إذا ترتب عن فعل الأمير استحالة التنفيذ، كصدور التشريع يمنع استيراد بالنسبة لسلعة لا يمكن الحصول عليها إلا في الخارج.

[58] خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون عام، كلية حقوق، جامعة الجزائر، 2015، ص 312.

[59] بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص 169.

– حق المتعامل المتعاقد بالمطالبة بعدم توقيع عقوبة غرامات التأخير في التنفيذ إذا ثبت أن فعل الأمير، وإن لم يؤدي إلى استحالة التنفيذ فقد جعله عسيرا عليه.[60]

– حق المتعاقد في طلب الفسخ إذا أصبحت أعباؤه كبيرة لا تتحملها إمكانياته المالية والفنية.

ويستطيع المتعاقد أن يجمع بين بعض هذه النتائج إذا تعددت الأسباب كالحصول على التعويض الكامل والفسخ أو الجمع بين التعويض الكامل وعدم توقيع غرامات التأخير، وهذا تطبيقا لنظرية المخاطر الإدارية.[61]

ثانيا: التعويض على أساس نظرية المخاطر الاقتصادية

قد يحصل أن تطرأ ظروف مستقلة عن إرادة المتعاقد مع الإدارة وغير متوقعة عند إبرام العقد من شأنها أن تُخل باقتصادياته دون أن تُؤدي إلى جعل تنفيذه لالتزاماته مُستحيلا، لكنها تُوقع المتعاقد في خسارة نتيجة بقائه مُلتزما بمُتابعة التنفيذ مع حقه في أن تُبادر المصلحة المتعاقدة إلى مدّ يد العون له لتخطي الصعوبات الطارئة، وتحملها جزء من الخسارة التّي سببتها له تلك الظروف، وسنُحاول دراسة تلك النظرية من خلال تسليط الضوء على كل من المقصود بنظرية الظروف الطارئة (1)، والأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة (2)، وشروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة (3)، والآثار المُترتبة عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة (4).

1– المقصود بنظرية الظروف الطارئة: تقوم هذه النظرية في العقود الإدارية التي يصبح تنفيذها مرهقا للمتعاقد بسبب بعض الأحداث والتقلبات الاقتصادية الوطنية أو الدولية، وتكون خارجة عن إرادة الطرفين وغير متوقعة لحظة إبرام العقد، وتؤدي إلى قلب التوازن المالي للعقد رأسا على عقب، إلى حد يجعل المتعاقد على وشك الانقطاع عن مزاولة نشاطه إذ لم تقدم إليه إعانة مالية من الإدارة.[62]

[60] بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص 75.

[61] المرجع نفسه، ص 75.

[62] الأعرج محمد، المرجع السابق، ص 95.

غير أن هذه الاضطرابات الاقتصادية الأجنّبية عن إرادة الطرفين من شأنها أن تفرض أعباء وتكاليف باهظة، إلا أن التنفيذ المادي يبقى ممكنا.

وعليه تختلف الظروف الطارئة عن القوة القاهرة في أنّها لا تصل بتنفيذ الالتزام إلى درجة الاستحالة التّي تعفي المتعامل المتعاقد وتؤدي إلى فسخ العقد، فالتنفيذ مع الظروف الطارئة يظل[63] ممكنا وإن أصبح شاقا للمتعاقد مع الإدارة، إلا أن هذه المشقة توازن بحق المتعاقد في التعويض وليس بانقضاء الالتزام حتى لا يتوقف سيّر المرفق العام.[64]

2- **الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة:** تجد نظرية الظروف الطارئة أساسها القانوني في القانون والتنظيم

- **القانون:** ويتضح أساس النظرية في هذه الحالة من خلال ما وردّ صراحة في أحكام القانون المدني حيث تنّص المادة 107 من القانون المدني[65] على ما يأتي: **"...غير أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهق للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول،..."**.

يتضح من نص المادة أن هذه النظرية تجد أساسها حتى في المعاملات المدنية الخاصة هذا على غرار نظرية فعل الأمير التّي يكون مجالها العقود الإدارية، وذلك بتدخل سلطة إدارية عامة.

- **التنظيم:** تجد النظرية أساسها في المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15/ 247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وكذلك نلتمس أساس النظرية أيضا من خلال المادة 2/137 من نفس المرسوم والتّي تنص على مايلي: **"وفي حالة تعذر الأخذ بالأسعار التعاقدية المحددة في الصفقة، بالنّسبة للخدمات التكميلية الواردة في ملحق، فإنه يمكن أن تحدد أسعار جديدة..."**.

---

[63] بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص76.

[64] المرجع نفسه، ص 76.

[65] أمر 58/75 مؤرخ في 26-09-1975، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، على موقع الأمانة العامة للحكومة: www.joradp.dz - A civil.pdf.

ويمكن إرجاع هذه الحالة إلى الصعوبات المادية التّي قد تعترض تنفيذ الصفقة العمومية ممّا يُلزم بالضرورة تغيّير الأسعار المتفق عليها في الصفقة، وكذلك ما ورد في المادة 8/136 من نفس المرسوم.[66]

3- شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة: لتطبيق نظرية الظروف الطارئة وُجب توافر الشروط التالية:

- **وقوع حوادث استثنائية غير متوقعة أثناء التنفيذ:** وتعد من قبيل الظروف الاستثنائية غير المتوقعة كارتفاع أسعار بعض المواد المستعملة في تنفيذ المشروع ارتفاعا غير عادي، ذلك أن الارتفاع البسيط والطبيعي أمر يقدره أطراف العقد ويضعونه بعين الاعتبار ساعة التعاقد أما لو كان الارتفاع يسير بوتيرة متسارعة ومرتفعة فإن ذلك يعد ظرفا استثنائيا وطارئا موجبا لإعادة الاعتبار المالي شريطة حدوثه أثناء تنفيذ الصفقة وليس قبل التوقيع أو بعد الانتهاء.[67]

- **أن يكون الحادث الطارئ خارجة عن إرادة الطرفين:** وعلى ذلك لا يستفيد المتعامل المتعاقد من إعادة التوازن المالي تحت عنوان الظروف الطارئة إذا تسبب هو بعمله أو تدخله في إحداث السبب أو الطارئ الجديد، وكذلك الحال ينبغي أن لا تكون الإدارة هي المتسببة في ظهور هذا الطارئ الجديد، فإن كانت هي المتسببة بعملها جاز مساءلتها تحت عنوان الإخلال بأحكام المسؤولية التقصيرية لا نظرية الظروف الطارئة.[68]

- **ينبغي أن ينجم عن الحادث الطارئ خسائر غير مألوفة:** ويقصد بالخسائر غير المألوفة أن الظروف الطارئة أدت إلى قلب الوضع الاقتصادي للمتعامل المتعاقد رأسا على عقب، حيث ألحقت به خسائر كبيرة غير طبيعية وغير متوقعة كأن تقبل السلطة المختصة على زيادة الضرائب

---

[66] تنص المادة 8/136 من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق على مايلي: **" ومهما يكن من أمر، فإنه لا يُمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة، ما عدا في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف..."**.

[67] محمد راشد القباني، "نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي بحث مقارن"، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، عدد 2، د.س.ن، ص 22.

[68] محمود خلف الجبوري ، العقود الإدارية، دار الثقافة، عمان، 2010، ص 226 و227.

أو تقبل على استحداث رسوم جديدة ونسب عالية تتعلق بالمواد المستعملة في التنفيذ المشروع وهكذا، ففي مثل هذه الحالة ينتج عن مواصلة تنفيذ المشروع إرهاق المتعاقد مع الإدارة ماليا، لذا وُجب أن ينصف بإعادة توازنه المالي.[69]

- **ينبغي أن يكون الحادث الطارئ غير متوقع:** بمعنى لا يكون بوسع أطراف العقد توقعه كحدوث أزمة اقتصادية أو صدور نصوص قانونية أو تنظيمية جديدة وغيرها، بما يولد للمتعامل المتعاقد المطالبة بحقه في التوازن المالي.[70]

فإن توافرت هذه الشروط يُلزم المتعاقد بمواصلة التنفيذ وعدم التوقف وذلك حرصا على احترام مبدأ دوام وسير المرافق العامة،[71] وبالموازاة يحق له المطالبة وديا بإعادة الاعتبار لوضعه المالي، فإن تحقق غرضه ووصل إلى اتفاق مع المصلحة المتعاقدة، فإن هذا الاتفاق ينّفذ، وإلا جاز له اللّجوء إلى القضاء والمطالبة بإعادة التوازن المالي ويقع عليه عبء إثبات توفر الشروط السابقة الذكر.[72]

4- الآثار المترتبة عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

إن تحقيق شروط النظرية ينجر عنه أثار على عملية التنفيذ وتكمن أساسا فيما يلي:

- **حق المتعامل المتعاقد في الحصول على مساعدة المصلحة المتعاقدة:** إذا توافرت شروط تطبيق النظرية، وجب على المصلحة المتعاقدة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وهنا ليس المقصود هو إعادة التناسب الذي كان موجودا عند التعاقد بين الطرفين كليا وإنما هو مساهمة الطرفين في تحمل أعباء الظروف الطارئة، وكون التعويض هنا ذو طابع جزئي من الخسارة التي لحقت به، وليس للمتعاقد أن يطالب بالتعويض بدعوى أن أرباحه قد نقصت أو لفوات كسب ضاع منه، وكذلك يكون له طبيعة مؤقتة ولا يمكن أن يستمر بصفة دائمة، لأن التوقيت من طبيعة

[69] محمود خلف الجبوري ، المرجع نفسه، ص 227.

[70] بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص ص 171- 173.

[71] ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعية، مصر، 2000، ص 145.

[72] بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص ص 171- 173.

الظرف الطارئ نفسه، أما في حالة كان ظرف مستمر ودائم هنا يكون للطرفين إما أن يبرما عقدا جديدا على أساس معطيات جديدة أو يطلبا إلى القاضي فسخ العقد.[73]

- **بقاء التزامات المتعاقد:** لا يستطيع المتعاقد أن يتوقف عن تنفيذ التزاماته رغم حدوث ظروف طارئة عملا بمبدأ استمرارية سير المرفق العام، وفي حالة الطوارئ لا يتحرر المتعاقد من أي التزام، لاسيما أنه ملزم بإتمام تنفيذ العقد، وانقطاعه عن ذلك ينجر عنه حرمانه من التعويض بعنوان نظرية الظروف الطارئة.[74]

ثالثا: التعويض على أساس الصعوبات المادية غير المتوقعة

إن هذه النظرية استحدثها مجلس الدولة الفرنسي، وذلك من أجل تصحيح وضع المتعاقد مع الإدارة أثناء تعرضه لصعوبات مادية غير متوقعة، وسوف نقوم بدراسة المقصود بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة(1)، وشروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة(2)، وآثار تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة(3).

1- المقصود بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة: تقوم هذه النظرية على أساس أن المتعاقد مع الإدارة واجهته حال تنفيذه لالتزامه التعاقدي صعوبات مادية استثنائية لم يكن بوسعه توقعها أثناء إبرام العقد، بحيث يكون التنفيذ في هذه الحالة أكثر إرهاقا وتكلفة، الأمر الذي يلزم جهة المصلحة المتعاقدة بتعويض المتعاقد معها تعويضا كاملا لجبر ما أحدثته له تلك الصعوبات من أضرار، والمجال الخصب لتطبيق هذه نجده في عقود الأشغال العامة لما يكتنف تنفيذ مثل هذه العقود من صعوبات مادية،[75] وتجد هذه النظرية أساسها القانوني من خلال تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وذلك بموجب نص المادة 153 و136/8 منه.

[73] بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص 78 و79.

[74] المرجع نفسه، ص 78و79.

[75] عبد العزيز خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتاب الحديث، د.ب.ن، 2008، ص 237.

2- **شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:** يشترط القاضي الإداري كي يستحق المتعاقد التعويض عن الخسارة بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة، توفر مجموع من الشروط يمكن إجمالها كالتالي:

- **يجب أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية:** وترجع هذه الصعوبات المادية في أغلب الحالات إلى الظواهر الطبيعية، ومن ثم فإن أكثر التطبيقات المتعلقة بها مرجعها إلى طبيعة الأراضي التي تنفذ فيها صفقات الأشغال، كأن يكتشف المتعامل عند التنفيذ أن الأرض ذو طبيعة صخرية في حين أن التنفيذ الطبيعي يفترض طبيعة سهل، ولذا تكون هذه الصعوبات سبب في استحقاق المتعاقد للتعويض.[76]

- **أن لا تكون الصعوبات المادية بسبب أحد الأطراف:** يفترض في هذه النظرية أن لا يكون مصدرها فعل الإدارة المتعاقدة، فإذا كانت بفعلها أو بسبب تدخلها وُجب تعويض المقاول على أساس خطئها إن كانت قد أخطأت، وعلى أساس فعل الأمير في حالة عدم ارتكابها لخطأ، ويشترط كذلك أن لا يكون المتعاقد مع الإدارة قد تسبب هُو الآخر بخطئه.[77]

- يجب أن تكون هذه الصعوبات عند إبرام العقد وذات طابع استثنائي لا يستحق التعويض إلا إذا كانت الصعوبات المادية من النوع الذي لا يمكن توقعه عند التعاقد وذات طابع استثنائي.[78]

3- أثار تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة: إن مرجع هذه النظرية هي النّية المشتركة للطرفين المتعاقدين على أساس أن كل ما إتفق عليه في العقد إنّما قصد به مواجهة التنفيذ في ظروف عادية،[79] لذا فإن الآثار التي تترتب على قيام هذه النظرية بشروطها السابقة الذكر تتمثل في:

---

[76] بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص 80.

[77] المرجع نفسه، ص 80.

[78] بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص 81.

[79] الأعرج محمد، المرجع السابق، ص 99.

– **بقاء التزامات المتعاقد قائمة:** بالرغم من تصادف هذه الصعوبات في تنفيذ موضوع العقد إلا أن المتعاقد يستمر في عملية التنفيذ تحت طائلة التعرض لمختلف الجزاءات الإدارية مع احتمال فقدانه الحق في التعويض إلا إذا أدت إلى استحالة في التنفيذ وفقا لشروط القوة القاهرة.[80]

- الحق في الحصول على التعويض الكاف: خلافا لنظرية الظروف الطارئة التّي يحصل فيها المتعامل المتعاقد على تعويض جزئي ومؤقت، فإن تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هو حصول المتعاقد مبدئيا على تعويض كامل مقابل ما تحمله من إنفاق في مواجهة تلك الصعوبات ويشمل التعويض كل الحالات التي يصبح فيها تنفيذ العقد باهظا وأكثر تكلفة.[81]

تقوم النظريات الثلاثة على أساس مسؤولية الإدارة بلا خطأ، فإن أخطأت الإدارة لا يمكن إثارة مسؤولياتها على أساس النظريات السابقة بل تُسأل على أساس المسؤولية العقدية، وطبقا للمبادئ العامة المُقررة في القانون المدني فإن الإدارة إذا تسببت في إحداث ضرر للمتعامل المتعاقد جاز لهذا الأخير مُطالبتها بالتعويض، وكذلك الحال بالنّسبة لإخلالها بالتزاماتها التعاقدية، فأي تجاوز أو خرق تُحدثه الإدارة المتعاقدة ، فتُلزم عندئذ بالتعويض.

[80] بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص 81.

[81] المرجع نفسه، ص 81.

المبحث الثاني:

الضمانات التّي تقع على المتعامل المتعاقد

سبق وأن أشرنا أن دفتر شروط الصفقة المُبرمة بين المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة هو الذي يحدد ما هي حقوق وما هي التزامات وعليه يتوجب على المتعامل المتعاقد أن يفي بالتزامات والمهام المُسندة 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 المتعاقدة وبما أن مرحلة التنفيذ هي تلك المرحلة الهامة في مسار الصفقة العمومية فقد تمت إحاطتها بكم كبير من الأدوات القانونية اللازمة لضمان سيرها الحسن وتعد هذه الضمانات السبيل الأنجع لتأدية كل طرف بالتزاماته،[82] وهذا ما سنتعرض إليه في دراستنا هذه بحيث سنتطرق إلى ضمانات التنفيذ المالي للصفقة (المطلب الأول)، وضمانات التنفيذ التقني (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

الضمانات المالية

إن المصلحة المتعاقدة تحرص في البداية إلى تقديم الصفقة للمتعامل المتعاقد صاحب الكفاية المالية، وهذا من أجل التنفيذ الحسن للصفقة المبرمة بينهما، وبالتالي يجب على المتعامل المتعاقد تقديم ضمانات مالية للمصلحة المتعاقدة،[83] بهدف حمايتها من أي أخطار التي قد تُواجهها نتيجة إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته، وتتمثل هذه الضمانات في الكفالة (الفرع الأول)، والضمانات المالية الأخرى (الفرع الثاني).

[82] بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص 82.

[83] أنظر المادة 124 من المرسوم الرئاسي 15/ 247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

الفرع الأول:

الكفالة

الكفالة تنتمي إلى فئة ضمانات التأمينات الشخصية بتقديم كفيل يكفُل ويضمن الالتزام إذا لم يفي المدين بالتزامه على خلاف التأمينات العينية أين يقوم المدين بتقديم رهن رسمي أو حيازي...

أولا: الطابع الإلزامي لتقديم الكفالة

بجسب القانون المدني وبالتحديد المادة 644 منه عرفت : " **الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه.**"

ومن خصائص عقد الكفالة أنه عقد رضائي بين الدائن والكفيل، وأنه تابع لوجود التزام أصلي ناشئ بين الدائن والمدين ومن خصائص الكفالة أيضا تعد عقد تبرع لمصلحة الدائن، بحيث في الأصل أن الكفيل لا يأخذ مُقابلا لالتزامه، لكن هذا لا يمنع من أن يكون عقد معاوضة إذا تلقى هذا الأخير عوضا من الدائن.[84]

ونجد في الصفقات العمومية أن الكفالة تكون بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد بحيث يقوم هذا الأخير بتقديم كفالات لضمان حسن تنفيذ الصفقة.

ثانيا : صوّر الكفالة في تنفيذ الصفقات العمومية

وتتمثل هذه الكفالات فيما يخص صفقة الأشغال العمومية واللوازم وهي كالتالي:

1- كفالة تعهد: هي مبلغ مالي يدفعه المتعهد الذي قدم عرضا في إطار المنافسة من أجل الظفر بالصفقة المطروحة للتعاقد، وهذا كضمان لجديته في دخول المنافسة وإثباتا لحسن نيته في ذلك ومن ثم يبقى عرض المتعهد قائما لحين إتمام تراتيب وإجراءات إبرام صفقة العمومية،[85] وتخص الصفقات العمومية للأشغال واللوازم وتكون قيمتها تفوق واحدا في المائة (1%) من مبلغ العرض،

[84] سرايش زكريا، الوجيز في شرح أحكام الكفالة والرهن الرسمي وفق القانون الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 11.

[85] حابي فتيحة، النظام القانوني لصفقة انجاز الأشغال العمومية (في ظل المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المعدل والمتمم)، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العام، تخصص قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2013، ص 240 .

طبقا لنص المادة 67 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.[86]

2- كفالة استرجاع التسبيقات: وتشترط في إطار كيفيات تسوية الصفقات العمومية ماليا وفق طرق التسبيقات، وهذه التسبيقات لا يستفيد منها المتعامل المتعاقد إلا إذا قدم مسبقا كفالة بقيمة معادلة لإرجاع تسبيقات يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية، بالنسبة للمتعهدين الجزائريين، ويجب أن تصدر كفالة المتعهدين الأجانب من بنك خاضع للقانون الجزائري، يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى، وتحرر الكفالة المذكورة حسب نموذج محدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية.[87]

وبما أن التسبيقات قد تكون جزافية أو على حساب التموين فإن كفالة إرجاع التسبيقات يمكن أن تكون أيضا كفالة إرجاع التسبيقات الجزافية أو كفالة إرجاع التسبيقات على حساب التموين وعليه تكون الكفالة الاولى معادلة للتسبيق أو جزء منه شرط أن لا يتجاوز نسبة 15% وهي قد تكون إجمالية إذا دُفع التسبيق دفعة واحدة وقد تكون مُجزئة إلى حصص بنفس نّسب تخصيص التسبيق الجزافي، أمّا عن الثانية فإن مبلغها يكون معادلا للتسبيق أو جزء منه والذي لا تتجاوز نسبته 50% من مبلغ الصفقة.[88]

3- كفالة حسن التنفيذ: وتعد من الضمانات النقدية وتتمثل في كفالة مصرفية يصدرها بنك أجنبي من الدرجة الأولى يعتمده البنك الجزائري المختص وهي تشكل ضمانا للمصلحة المتعاقدة من أجل تنفيذ حسن للصفقة وهذا حسب المادة 128 من نفس المرسوم، لذا فهي تغطي المرحلة بين إعطاء الأمر ببدء التنفيذ والاستلام المؤقت للصفقة (ضمان العيوب الظاهرة).[89]

---

[86] أنظر المادة 67 و125 من المرسوم الرئاسي 15/ 247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

[87] أنظر المادة 110، المرجع نفسه.

[88] بعيط عائشة، المرجع السابق، ص 88.

[89] أنظر المواد 130-133 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

4- كفالة الضمان: تسري هذه الكفالة من لحظة الاستلام المؤقت إلى غاية الاستلام النهائي لموضوع الصفقة، تدعى هذه المرحلة بمرحلة الضمان، والغرض من تأسيس هذه الكفالة هو التأكد من خلو موضوع الصفقة من أي عيب خفي قد يظهر بعد عملية الاستلام المؤقت،[90] وبحسب المادة 134 من نفس المرسوم يتم استرجاع الكفالة أو اقتطاعات الضمان في مدة شهر واحد ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة، وبالتالي تسري صلاحية كفالة الضمان ابتداء من التسليم المؤقت للصفقة.

وهي تضمن الحقوق المحتملة للجهة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد في حالة عيب أو نقص يشوب موضوع الصفقة أو يكون غير ملائم للبنود العقدية الواردة في الصفقة، وتُأسس كفالة الضمان كما يلي: تحويل كفالة حسن التنفيذ عندما تنّص الصفقة على أجل الضمان وكفالة يصدرها البنك وصندوق الصفقات العمومية وأيضا اقتطاعات من كشوف الدفع على الأشغال.[91]

ولتموين الصفقات العمومية فإنه يتطلب إعلان هذه الأخيرة لتوفير الاعتمادات الضرورية لدفع المبالغ المُترتبة عن التنفيذ والتّي تنصب عن المصاريف العمومية، وعُموما يمكن حصر احتياجات تمويل الصفقات العمومية في ثلاثة احتياجات رئيسية تتمثل في احتياجات التمويل المسبق وهذا لتغطية الأعمال الأُولى للتهيّئة والانطلاق في المشروع وكذا وضع الكفالات البنكية واحتياجات تعبئة الدُيون المُرتبطة بالأعمال التي تم تنفيذها ولم تتم تسويتها في الآجال المحددة وكذلك احتياجات تغطي بدون تمييز التموين المسبق وتعبئة الديون المسجلة من قبل المؤسسات التي لها مبالغ منتظمة وهامة مبرمة مع الدولة وتفرعاتها.[92]

ثالثا: أدوات تنفيذ نظام الكفالة

نظرا لأن أغلب نفقات الدولة تذهب في شكل صفقات وُجب إعطاء دور فّعال للبنوك إذ تعتبر المورد الأساسي في منح الضمانات بمختلف أنواعها، وصندوق ضمان الصفقات العمومية

---

[90] لوز رياض، دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007، ص 67.

[91] بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص 86.

[92] بعيط عائشة، المرجع السابق، ص 90.

الذي أنشئ خصيصا لتكملة النظام المصرفي ليقوم بالإسهام في ضمان تمويل الطلبات العمومية.[93]

1- البنوك: إن النظام المصرفي مدعو للتطور السريع في آلياته وهذا التطور الذي يستوجب منح بنك الجزائر (البنك المركزي) سلطات حقيقية في ميدان تنظيم ومراقبة القرض والوصول إلى منافسة فّعلية بين البنوك.[94]

ومن أهم أهداف هذا الأمر هو مساعدة التطهير المالي للمؤسسات حيث أن تطوير العلاقة بين البنوك وزبائنها صارت تعتمد على قابلية تسديد القرض، فعلى المقترض أن يُباشر في التسديد شخصيا ممّا يعفي الدولة نهائيا من تحمل هذا العبء بحيث يُولد ثقة بين البنوك وزبائنها على مقدرتهم بالوفاء، لذا فإن البنوك تلعب دور وسيط مالي فعّال من خلال إقرار نوع من الاستقلالية في التسيير.[95]

2- صندوق ضمان الصفقات العمومية: يعرف الصندوق بحسب المادة 1 من المرسوم التنفيذي 67/98 المتعلق بإنشاء صندوق الصفقات العمومية وتنظيمه وسيّره،[96] كما يلي: **"يعتبر صندوق ضمان الصفقات العمومية مؤسسة عمومية ذات طابع صناعيّ وتجاريّ، تتمتّع بالشّخصية المعنويّة والاستقلال الماليّ".**

يعتبر الصندوق تاجرا في علاقته مع الغير، ويخضع إذن للقوانين والأنظمة السارية المفعول وأيضا لأحكام هذا المرسوم، يُوضع هذا الصندوق تحت وصاية الوزارة المكلفة بالمالية، مقره الجزائر العاصمة، ويُمكن تحويله إلى أيّ مكان بمرسوم بناء على اقتراح وزير المكلف بالمالية.[97]

---

[93] بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص 87.

[94] بعيط عائشة، المرجع السابق، ص 90.

[95] المرجع نفسه، ص 90.

[96] مرسوم تنفيذي رقم 98/ 67 المؤرخ في 1998/02/21، المتعلق بإنشاء صندوق الصفقات العمومية وتنظيمه وسيّره، ج.ر.ج.ج، عدد 11، الصادر في 1998/02/28.

[97] المادة 05، المرجع نفسه.

ويعد الصندوق أداة أساسية في يد الدّولة بموجبه تحافظ على التّوازن بين التطوّر المادّي والماليّ لمشاريع التّجهيز العموميّة والمقيّدة في البرامج السنويّة والمتعدّدة السّنوات والتّي يتم تمويلها من ميزانيّة الدّولة، وتنحصر مهمته في ضمان تمويل الصفقات والطلبات العمومية.

تأسيسا على ما تقدم فإنه يكلف بتقديم ضمانته أو كفالته لتسهيل الانجاز المالي للصفقات والطلبات العمومية، ويقوم هذا الصندوق إلى جانب أنشطة أخرى بإبرام كل الصفقات أو العقود أو المعاهدات التي لها علاقة بهدفه.[98]

إن مدير صندوق الصفقات العمومية يتمتع بالسلطات الضرورية للسيّر الحسن له بحيث أناط القانون للمدير منح الضمانات والكفالة والضمانات الاحتيّاطية طبقا للقانون.[99]

حيث تنّص المادة 02 من دفتر الشروط : " **يعمل صندوق ضمان الصّفقات العموميّة في إطار انجاز برامج التّجهيز العموميّة، وتحت أشكال مختلفة، على توفير الضمانة أو كفالته الرّامية إلى تسهيل تنفيذ الصّفقات ماليّا، وكذا طلبات انجاز الأشغال أو توريد التّجهيزات والعقار المموّل بواسطة ميزانية الدولة**"[100]

وتطبيقا لأحكام المرسوم الرئاسي 15/ 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في ظل المواد 146، 145، 122 منه، وبموجب المرسوم التنفيذي رقم 98/ 67 السالف الذكر وكذا دفتر الشروط المحدّد لصلاحيات هذا الصندوق فإن هذا الأخير يسمح لأصحاب الطلبات والصفقات العمومية الحصول على الكفالات أو الضمانات التي تسمح لهم بالمساهمة في انجاز الصفقات العمومية والاستفادة من التسبيقات التعاقدية المخصّصة لتغطية النفقات المقررة في إطار الإنجاز والحصول على الضمانات المطلوبة من المصلحة المتعاقدة وكذا على التسبيقات مُقابل تقديم كشف الأشغال وكذلك الطُموح إلى قُروض إجمالية قد تُغطي احتياجاتها التمويلية المُسبقة دون تميّز أو تعبئة الديّون عندما يكون لديها حافظة صفقات أو

[98] المادة 02 من المرسوم التنفيذي 98/ 67، المتعلق بإنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية، المرجع السابق.

[99] حابي فتيحة، المرجع السابق، ص 207.

[100] دفتر الشروط صدر كملحق للمرسوم التنفيذي رقم 67/98، المتعلق بإنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج، عدد11، الصادر في 1998/02/28.

طلبات هامة ومُنتظمة مُبرمة مع مصالح الدولة أو مع أحد تفرعاتها وأيضا الاستفادة من ضمان المؤسسة لدى بُنوكها قصد الحصول على أيّ قرض يتّضمن انجاز صفقات أو طلبات عمومية وبالمقابل يطلب الصندوق من المُستفيدين من الضمانات والكفالات كل التبريرات وتقديم كل الوثائق الضرورية.[101]

وفيما يخص نظام الكفالة فإن الصندوق يقوم بمنح كفالته لصالح المتعامل الحائز على الصفقة سواء في بداية تنفيذ عقد اللوازم أو انجاز أشغال حيث تقوم هذه الكفالة بالضمان وبصفة عامة مختلف التزامات المؤسسة المتعاقدة مع الإدارة.[102]

ولضمان عمليات التمويل التي يتدخل فيها الصندوق، فهو يستعمل آليتين وهما:

أ- الرهن الحيازي للصفقة: تنص المادة 948 من القانون المدني على أن: **" الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص، ضمانا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون".**

يُعتبر الرهن الحيازي أحد أشكال تمويل الصفقات العمومية لأنه يكون مقابل مبلغ مالي لتغطية نقص في خزينة مؤسسة لانجاز الصفقة ولتمكينها من مُواصلة أشغال الانجاز، ويتم الرّهن الحيازي حسب الشُروط المنصوص عليها في المادة 145 من المرسوم الرئاسي247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.[103]

ب- الضمان الاحتياطي: ويُدعى كذلك نظام الوسيط، إذ يتدخل صندوق ضمان الصفقات العمومية تسهيلا للتنفيذ المالي للصفقة العمومية كوسيط بين المؤسسة الحائزة على الصفقة (المتعامل

[101] بعيط عائشة، المرجع السابق ص 91 و92.

[102] المرجع نفسه، ص 91 و92.

[103] أنظر المادة 145 من المرسوم الرئاسي 15/ 247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

المتعاقد)، والبنك الذي يقدم لها القرض لتمويل الصفقة، بتقديمه الضمانات اللازمة ويكون ذلك عندما يقرر البنك عدم التزامه مع المؤسسة لعدم تقديمها الضمانات الكافية، ويلتمس البنك ضمان الصندوق لهذه المؤسسة، ويسمى الصندوق في هذه الحالة الضامن الاحتياطي، فعند حلول أجل استحقاق الديّن، إذا لم تتمكن المؤسسة من تسديد ديّونها إزاء البنك يلتزم الصندوق بتسديد المبلغ المستحق للبنك، ويرجع هذا الأخير على المؤسسة لاسترجاع ما دفعه.[104]

ويلاحظ أن العمل بهذا النظام معدوم في مجال الصفقات العمومية وهذا راجع لعدّة عوامل هي:

– أن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية جاء كتكملة للنظام المصرفي الجزائري وهذا ما يجعل الصندوق في موقع منافسة مع البنوك في مجال اختصاصاته وهو تمويل الصفقات.

– يشكل الضمان الاحتياطي بالنسبة للمؤسسة الحائزة على الصفقة أعباء إضافية لخزينتها بحيث تسدد فوائد البنك مقابل القرض، وتسدد عمولة للصندوق مقابل الضمان الاحتياطي.

– يتم اللجوء إلى الضمان الاحتياطي في حالة ما إذا كان البنك يعاني نقص في السيولة، في هذه الحالة يقوم بالاقتراض من بنك الجزائر حسب احتياجات خزينته مقابل السندات الإذنية التي تكون بحوزته والتي أصدرت لتمثيل القروض المفتوحة والممنوحة لتمويل الصفقة العمومية حيث يتدخل الصندوق لتقديم الإمضاء الثالث على السندات الإذنية الضرورية لعملية الخصم لدى بنك الجزائر، غير أن البنوك في الوضع الحالي لها سيولة مالية كافية لتمويل الصفقات العمومية وليست بحاجة للاقتراض من بنك الجزائر.[105]

– من الناحية القانونية نجد أن نظام الوسيط لا ينشأ إلا إذا كان صاحب الإمضاء الثالث (صندوق ضمان الصفقات) يتمتع بامتياز الخزينة العمومية التّي لها القُدرة على الاقتراض من بنك الجزائر دون تحديد سقف مبلغ القرض مع تطبيق الفوائد العادية عليه، في حين أن باقي البنوك يحدد لها

[104] بعيط عائشة، المرجع السابق، ص 93 و94.

[105] المرجع نفسه، ص 94.

سقف الاقتراض من بنك الجزائر ويطبق عليه فوائد عادية، لكن في حين تجاوز السقف فتفرض عليها فوائد جد مرتفعة.[106]

الفرع الثاني:

ضمانات مالية أخرى

نّص المرسوم الرئاسي 247/15 على مجموعة من الضمانات المالية الأخرى، والتي تشكل حقوق للمصلحة المتعاقدة في مرحلة التنفيذ وتتمثل في الضمانات ذات الصيغة الحكومية (أولا)، واقتطاعات حسن التنفيذ (ثانيا)، واقتطاع الضمان (ثالثا).

أولا: ضمانات ذات الصيغة الحكومية

تم استحداثها لأول مرة ضمن أحكام المرسوم التنفيذي رقم 145/82[107] وتخص المؤسسات الأجنبية، كما أن المادة 127 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، قد نّصت على الضمانات ذات الصيغة الحكومية التي تهم المؤسسات الأجنبية والتّي يتم استعمال القرض الناتج عن عقود حُكومية مُشتركة والضمانات التّي تستخدم مساهمة الهيئات المصرفية أو هيئات التأمينات ذات الصبّغة العمومية أو شبه العمومية.

وتسمح هذه الضمانات للمصلحة المتعاقدة بتوفير الحماية اللازمة لأيّ طارئ قد يُؤدي إلى عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من جانب المتعامل الأجنّبي من خلال التزام الهيّئات العمومية وشبه العمومية بدفع المُتعامل الأجنبي للوفاء بالتزاماته مع تعويض الضرر الحاصل بفعل سوء التنفيذ، ويحظى بالأسبقية في اختيار المتعاملين المتعاقدين الأجانب من يُقدم منهم هذه الضمانات المذكورة أعلاه.

---

[106] المرجع نفسه، ص ص 93 و94.

[107] مرسوم تنفيذي رقم 145/82 مؤرخ في 10-04-1982، متعلق بتنظيم صفقات المتعامل العمومي، ج.ر.ج.ح، عدد 15، الصادر في 13-04-1982.

وأضافت نّص المادة 129 من نفس المرسوم على أنّه يلزم المتعاملون المتعاقدون الأجانب، باستعمال المواد والخدمات المُنتجة محليا، ويجب على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من تنفيذ الالتزامات المتعهد بها في هذا الشأن.[108]

ويلاحظ في هذا النوع من الضمانات عدم تحديد الإجراءات أو كيفيات التأسيس ولكنه يفهم من نّص المادة 128 على أن الضمانات التي تحصل عليها المصلحة المتعاقدة من المتعاملين المتعاقدين الأجانب، لاسيما في الميدان المالي، هي الضمانات النقدية التي تُغطيها كفالة مصرفية يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها ضمان مُقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى.[109]

ثانيا: اقتطاعات حسن التنفيذ

من بين أهم الضمانات المالية المفروضة على المتعامل المتعاقد في بعض أنواع صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من كفالة حسن التنفيذ والتي يحدد قائمتها بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني، والمنصوص عليها طبقا لنّص المادة 132 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بحيث يُمكن تعويض كفالة حُسن التنفيذ باقتطاعات حسن التنفيذ في حالة ما إذا نّص دفتر شروط الدعوة للمنافسة على ذلك، وعندما يكون أجل الضمان منصوصا عليه في صفقات الدراسات أو الخدمات، فإن الرصيد المكون من مجموع الاقتطاعات يحُول إلى اقتطاع ضمان عند الاستلام المؤقت وتسترجع هذه الاقتطاعات كليا، في مدة شهر واحد، ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة وهذا طبقا لنص المادة 134 من المرسوم الرئاسي 15/ 247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.[110]

---

[108] تنّص المادة 129 من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق على مايلي:**" يُلزم المتعاملون المتعاقدون، المستفدون من هامش الأفضلية المنّصوص عليه في المادة 83 من هذا المرسوم، استعمال المواد والخدمات المُنتجة محليا..."**.

[109] أنظر المادة 128 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

[110] أنظر المادة 132 و134، المرجع نفسه.

ثالثا: اقتطاع الضمان

وهو عبارة عن إجراء يتضمن قيام المصلحة المتعاقدة بمناسبة كل عملية تسوية على رصيد الحساب المؤقت للمُتعامل المتعاقد، باقتطاعات محتملة من المبالغ المُستحقة لهذا الأخير لأجل ضمان الديون التّي يمكن أن تترتب عليه لفائدة المصلحة المتعاقدة، وبذلك يعد اقتطاع الضمان بمثابة كفالة تفرضها مباشرة على المتعاقد ودون الحاجة إلى طلب تأسيسها.

ويترتب على تسوية حساب الرصيد النهائي رّد اقتطاعات الضمان ورفع اليد عن الكفالات التي كونها المتعاقد.[111]

المطلب الثاني:

ضمانات التنفيذ التقني

على المتعامل المتعاقد أن يُنفذ الالتزامات التّي تقع على عاتقه بموجب العقد ولن يدفع عنه هذا إلا في حالة القوة القاهرة وهذا يعكس القوة الإلزامية للعقد، لكن قد يصادف المتعامل المتعاقد أثناء عملية التنفيذ ظروف معيّنة تجعله يُعفى من ذلك، أو قد توجد هناك حالات يخل المتعاقد بالتزاماته أو يتخلى عن الوفاء بها كلية ممّا يفرض عليه توقيع جزاءات مختلفة لاسيما حق الإدارة في فسخ العقد أو فرض عقوبات مالية،[112] وهذا ما سنتعرض له في دراستنا هذه إلى التزامات المتعامل المتعاقد (الفرع الأول)، الجزاءات المترتبة عن عدم تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته التعاقدية (الفرع الثاني).

[111] انظر المواد 119 و120 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

[112] بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص 94.

الفرع الأول:

التزامات المتعامل المتعاقد

تقع على عاتق المتعامل المتعاقد عدة التزامات تعاقدية تتمثل فيما يلي:

أولا: الأداء الشخصي للخدمة موضوع العقد

إن المتعاقد يلتزم بتنفيذ التزامه التعاقدي شخصيا وهذا الالتزام يعتبر من القواعد العامة في العقود الإدارية، وعليه فإن التزامه هو التزام شخصي للعمل فلا يجوز له أن يتنازل عن القيام بالصفقة لشخص أخر،[113] والإخلال بهذا الالتزام يرتب خطأ جسيم يحمل المتعاقد كافة الأضرار الناتجة عن ذلك، كما يمنح للإدارة حق توقيع الجزاءات والعقوبات عليه، ولكن استثناء أين يمكن للمتعامل المتعاقد أن يلجأ إلى المناولة، وهذا ما أكدته المادة 140 من المرسوم الرئاسي 15/ 247 وهو منح جزء من الصفقة لمناول بواسطة عقد مناولة، على أن لا تتجاوز المناولة 40% من المبلغ الإجمالي للصفقة.

ومن أجل اللّجوء إلى المناولة يجب أن يُحدد صراحة مجال اللّجوء إلى المناولة ويجب أن يحصل المناول على موافقة المصلحة المتعاقدة وعندما تنّص الصفقة على الخدمات التي يقوم به المناول، فإنه يقبض مستحقاته مباشرة من المصلحة المتعاقدة.[114]

وبالرجوع إلى نص المادة 141 من المرسوم السالف الذكر فيما يخص إقرار المسؤولية فنجد أن المتعامل المتعاقد هو المسؤول الوحيد تجاه المصلحة المتعاقدة فيما يخص جزء الصفقة محل المناولة.[115]

---

[113] رجدال فتيحة وسعداوي فطيمة، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، فرع القانون العام، تخصص قانون الجماعات المحلية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2014، ص 25.

[114] أنظر المادة 143 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

[115] تنّص المادة 141، المرجع نفسه على مايلي: **"المتعامل المتعاقد هو المسؤول الوحيد تُجاه المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ جزء الصفقة المُتعامل فيها بالمناولة".**

ثانيا: أداء الخدمة حسب الكيفيات والشروط المتعاقد عليها

بعد الإعلان عن الصفقة واختيار المتعامل المتعاقد فإنه يقع على هذا الأخير تنفيذ التزاماته حسب الشروط والأوصاف المُتفق عليها، فبموجب العقد يتحدّد موضوع الالتزامات التّي تُفرض على المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة،[116] وهذا ما أقرت به المادة 26 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فإن كان الأمر بتوريد تجهيز أو عتاد فيجب أن يكون حسب الأوصاف المتفق عليها، وإن كان الأمر يخص عقد الأشغال فوجب أن يتم حسب الشروط التقنية المتعاقد عليها.[117]

ثالثا: الالتزام بتنفيذ موضوع الصفقة بطريقة سليمة وعناية تامة

على المتعاقد أن يبذل عناية تامة في تنفيذ التزاماته التعاقدية لكي تنطبق مع الغرض الذي يُنفذ من أجله، وبحسن النّية مثلما تنّص عليه المادة 107 من القانون المدني،[118] وكذلك عليه أن يكون أمينا وحريصا على المصلحة العامة التّي يريد تحقيقها بواسطة العقد، وكأصل عام ليس للمتعاقد التمسك في مواجهة الإدارة بعدم التنفيذ قياسا على السلطات المخولة لها والمتمثلة أساسا في سلطة الإشراف والرقابة، سلطة تعديل العقد وإنهائه، وسلطة توقيع الجزاءات.[119]

رابعا: احترام الآجال اللاّزمة لتنفيذ العقد

بما أن الصفقات العمومية تُعد مجالا مرتبطا بالمصلحة العامة وبالخزينة العامة للدولة وكضمان لحسن سيّر المرفق العام، وُجب على المتعاقد أن يُنفذ موضوع الصفقة في الأجل المحدّد في دفتر الشروط، والأصل هو أن تنّص الصفقة المُبرمة على تاريخ بداية التنفيذ، وإن لم يتم النّص عليه في الصفقة، فإنه يُحتسب بداية من تاريخ إخطار المتعاقد بالقرار الإداري بالبدء في

[116] بوشيرب مليكة، المرجع السابق، ص 57.

[117] بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص 148.

[118] أنظر المادة 107، المتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، المرجع السابق.

[119] بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص 96.

التنفيذ،[120] وإن لم يلتزم بالمدّة المحدّدة تفرض عليه غرامات مالية وهذا إعمالا لنّص المادة 147 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

خامسا : الضمان العُشري

يترتب على المتعاقد مسؤولية بعد التسليم النهائي للصفقة تسمى بالضمان العشري في صفقات تنفيذ الأشغال، حيث تقتضي المادة 554 من القانون المدني على أن المهندس المعماري والمقاول يكون مسؤولان مسؤولية تضامنية لمدّة 10 سنوات، عن الأضرار الناتجة عن التهدم الكلي أو الجزئي لما شيّداه من مباني أو منشات ثابتة، حتى ولو كان التهدم بسبب عيوب في الأرض أما عن مدة 10 سنوات يبدأ حسابها من تاريخ التسليم النهائي للعمل.[121]

ومن خلال هذا النّص يتضح لنا أن الضمان العشري التزام قانوني مُلقى على عاتق المُقاول يضمن في الصفقة العمومية هؤلاء ما يحدث من تهدم المبنى كليا أو جزئيا خلال مدّة تدوم 10 سنوات.[122]

سادسا: الالتزام بدفع الكفالات ومبالغ الضمان المطلوبة

يلتزم المتعامل المُتعاقد كما بيّنا وقبل مُطالبته بحقه في التسبيقات أن يدفع مبلغ الضمان المُتفق عليه كإحتياط مالي يُوضع تحت تصرف الإدارة بإمكانها مُصادرته في الأوضاع المحدّدة قانونا بحسب ما تم شرحه وبيانه سابقا.[123]

---

[120] حريقن شيخ نادية، تنفيذ العقد الإداري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 18، الجزائر، 2010، ص 17.

[121] أنظر المادة 554 من القانون المدني، معدل ومتمم، المرجع السابق.

[122] مصطفاوي عايدة، "الضمان العشري والضمانات الخاصة لمشيدي البناء في التشريع الجزائري والتشريع المقارن"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 6، جامعة البليدة، 2012، ص 266.

[123] بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط 4، دار جسور، الجزائر، 2011، ص 248.

الفرع الثاني:

الجزاءات المترتبة عن عدم تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته التعاقدية

تُعتبر سلطة توقيع الجزاءات من المصلحة المُتعاقدة على المتعاقد ضمانة لها كما أنّها تعد أيضا ضمانة لحسن سيّر المرافق العامة، وعليه يُمكن تصنّيف الجزاءات التّي تُوقعها المصلحة المتعاقدة على المتعاقد معها إلى جزاءات مالية، جزاءات ضاغطة، وجزاءات فاسخة.

أولا: الجزاءات المالية

تملك الإدارة المتعاقدة عند عدم تنفيذ المتعاقد معها التزاماته سلطة فرض عقوبات مالية وهذا ما قضت به المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15/ 247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وهذه العقوبات المالية تتّخذ عدّة صوّر قد تكون في صورة التعويض أو في صورة غرامات تأخيرية، وقد تكون في صورة مُصادرة مبلغ الضمان.

1- التعويض: هو الجزاء الذي يُوقع على المُتعاقد من طرف المصلحة المتعاقدة عند إخلاله لالتزاماته التعاقدية بقصد إصلاح الضرر الذي أصاب المصلحة المتعاقدة من جراء ذلك.[124]

2- الغرامات التأخيرية: هي تلك المبالغ المالية التّي يجوز للإدارة أن تُطالب بها الطرف المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته التعاقدية أثناء تنفيذ العقد،[125] وبالرجوع إلى المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15/ 247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجد أن المشرع خوّل للمصلحة المتعاقدة حق توقيع عقوبات في حالتين:

أ-الحالة الأولى: حالة عدم تنفيذ الالتزامات محل التعاقد في الأجل المتفق عليه

إن المصلحة المتعاقدة عند التعاقد تضع بعين الاعتبار عنصر الزمن الذي ينبغي خلاله تنفيذ العقد، لكي يتسنى لها إنهاء العلاقة التعاقدية والدخول في علاقة تعاقدية جديدة، أو تنفيذ جزء

---

[124] سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تيزي وزو، 2013، ص 112.

[125] عوابدي عمار، القانون الإداري (النشاط الإداري)، ج 2، ط 3، د.م.ج، الجزائر، 2005، ص 219.

مسطر والانتقال إلى جزء آخر، فمن هذا المنطلق وجب تسليط جزاء مالي على كل متعاقد ثبت إخلاله بالمدّة المقررة لتنفيذ الصفقة.[126]

ب- الحالة الثانية: حالة التنفيذ غير المطابق

هي إخلال المتعاقد مع الإدارة بالشروط وكيفيات التنفيذ المتفق عليها، بحيث خرج عن الالتزامات التّي تعهد بها، فالوضع الطبيعي هو خضوعه لجزاء مالي والمتمثل في الغرامة التأخيرية،[127] وورّد هذا الجزاء في المادة 147/3 من المرسوم السالف الذكر بحيث يستمد قوته من العقد وكذلك في فقرتها الثالثة ورّد فيها أن مقدار العقوبات المالية تحدد في الصفقة، وهذا ما أكدتّه المادة 95 من المرسوم السالف الذكر.

3- مصادرة مبلغ الضمان: وُجب أخذ الاحتياطات اللازمة لتأمين الإدارة والضغط أكثر على المتعاقد معها وجبره على تنفيذ التزاماته في الآجال المُتفق عليها حسب الشروط الواردة في الصفقة، ومن خلال المادة 124 من المرسوم السالف الذكر نجد المشرع ألزم على المصلحة المتعاقدة إيجاد الضمانات الضرورية التّي تُتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين معها و/ أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة.[128]

وتقوم الإدارة بحجز هذه الضمانات التي يقدمها المتعاقد معها جراء الإخلال بالتزاماته، وهي سلطة تتمتع بتسليطها على المتعاقد بإرادتها المنفردة دون الحاجة إلى صدور حكم قضائي،[129] غير أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعفي المتعاقد من شرط تقديم الضمان إن لم يتعدى ذلك

[126] سبكي ربيحة، ،المرجع السابق، ص 92.

[127] بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص 130.

[128] أنظر المادة 124 و125و133 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

[129] سبكي ربيحة، المرجع السابق، ص 108.

تنفيذ أجل الصفقة 3 أشهر،[130] وهذا ما ورّد في المادة 130/3 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ويحق للمتعاقد الذي قام بتنفيذ التزامه من استرجاع التأمين النهائي الذي يقع عليه جزاء المصادرة، في مدّة شهر واحد ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة وهذا ما أوضحته المادة 134 من القانون السالف الذكر.

ثانيا: الجزاءات الضاغطة

تُعد بأنها ذات طبيعة مؤقتة تملك المصلحة المتعاقدة حق توقيعها على المتعاقد معها فهي لا تنهي العقد وإنّما تُوكل تنفيذه إلى غير المتعاقد الأصلي، ولكن المسؤولية تبقى على عاتق المتعاقد الأصلي،[131] وهذه الجزاءات تختلف باختلاف موضوع الصفقة وتتخذ ثلاث صوّر تتمثل في سحب العمل من المُقاول في عُقود الأشغال العامة والشراء على حساب ومسؤولية المورد وكذلك وضع المشروع تحت الحراسة.

ثالثا: الجزاءات الفاسخة

تُعد من أخطر الجزاءات التي تُوقعها الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها بالمقابل يُعتبر ضمان قويّ في يّد الإدارة، بحيث يُمكن لها أن تضع حدا للعقد، ولكن هذا يتم بعد ارتكاب المتعاقد معها خطأ جسيم، ويتم هذا بعد اعذراه بحيث تُعد ضمانة قانونية للمُتعاقد من تعسف الإدارة وتجاوز سلطاتها، ولها أن تفسخ الصفقة من جانب واحد دون خطأ من المتعاقد إذا كان المُبرر المصلحة العامة، كمّا أجازت المادة 151 من المرسوم السالف الذكر اللّجوء إلى الفسخ التعاقدي.[132]

---

[130] تغيلت محند الصالح وركال عبد النور، تنفيذ الصفقات العمومية على ضوء المرسوم الرئاسي 10-236 ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2011، ص 22.

[131] حابي فتيحة، المرجع السابق، ص 286.

[132] أنظر المواد 149 و150 و151 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

ويترّتب على قرار الفسخ الذي تم تبليغه للمتعاقد إخلاء أماكن العمل في صفقة الأشغال العامة في المواعيد التي تحددها المصلحة المتعاقدة، وكذلك يتم إنهاء العقد، وأخيرا إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد.[133]

انطلاقا ممّا سبق يتضح لنا أن إزاء السلطات الواسعة لجهة الإدارة في الصفقات العمومية فإن للمتعامل المتعاقد معها حقوق مستمدة من الصفقة بحدّ ذاتها، بحيث عمل مجلس الدولة الفرنسي على أن يقرر للمتعاقد حقوقا تُمثّل ضمانات تُوازي سُلطات الإدارة الواسعة وذلك كي لا تكون تلك السُلطات تُشكل عقبة أمام الأفراد الراغبين في التعاقد وتتمثل حقوق المتعاقد مع الإدارة في حق اقتضاء المُقابل المالي وضمانة الدفع والحق في الحفاظ على التوازن المالي للعقد.

وضمانا لحقوق المصلحة المتعاقدة، تم وضع نظام الضمانات ذات الطبيعة المالية والتّقنية تُفرض على المتعامل الحاصل على الصفقة أثناء تنفيذها وبعدها، وكذلك الالتزامات التّي نص عليها قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والتّي تتمثّل في تقديم مختلف أنواع الكفالات، بالإضافة إلى الضمانات ذات الصيغة الحكومية التّي تُفرض على المؤسسات الأجنبيّة الحاصلة على الصفقة، وكذلك الضمان العُشري لصفقة الأشغال.

[133] سبكي ربيحة، المرجع السابق ، ص 159.

الفصل الثاني:

ضمانات تسوية النزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية

إن المصلحة المتعاقدة تتمتع بامتيازات وسلطات واسعة وهذه الأخيرة تظهر بشكل أكثر في مرحلة تنفيذ الصفقة، وذلك لحرصها على القيام بالخدمات المتعاقد عليها على أكمل وجه مع المتعاقد معها، فإن مُعظم منازعات الصفقات العمومية توجد أكثر في مرحلة التنفيذ ولارتباطها المباشر بحقوق والتزامات كل طرف، وضمان لحُسن تنفيذ الصفقة العمومية المُعلن عنها وحفاظا على حقوق كل طرف من الأطراف، لم يغفل قانون الصفقات العمومية مسألة هامة وهي تسوية النزاعات الناجمة عن عملية تنفيذ الصفقة العمومية في أحكام المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فالمشرع الجزائري حرص على إيجاد الضمانات الضرورية لتسوية الخلافات التي تقع بين الطرفين،[103] وتتمثل هذه الضمانات في التسوية الودية للنزاع والتسوية القضائية للنزاع وهذا ما سنتطرق إليه في هذا الفصل بحيث نتناول التسوية الودية للنزاع في (المبحث الأول)، والتسوية القضائية للنزاع في (المبحث الثاني).

[103] بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص 113.

المبحث الأول:

التسوية الودية للنزاع

عمل المشرع على إيجاد طرق من أجل حلَ النزاعات التي تطرأ في تنفيذ الصفقة وهذا حفاظا للمال العام وكذلك السرعة في انجاز الأشغال والخدمات المتفق عليها وتتمثل هذه الطرق عموما في الطابع الإلزامي للحل الوّدي وكذلك التسوية عن طريق الطرق البديلة والتّي تتمثل في الصلح، الوساطة والتحكيم وهذا ما سنتناوله في مطلبين بحيث نتعرض إلى التسوية عن طريق المصلحة المتعاقدة ولجنة تسوية النزاعات (المطلب الأول)، والتسوية عن طريق الطرق البديلة (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

التسوية عن طريق المصلحة المتعاقدة ولجنة تسوية النزاعات

حرص المشرع على الحفظ على المال العام والسرعة في إنجاز المشاريع فحاول إيجاد طرق من أجل فض النزاع دون اللَجوء إلى القضاء وتفادي ما قد يترتب عنه من ضياع الوقت، وذلك من خلال التسوية عن طريق المصلحة المتعاقدة في (الفرع الأول)، واللَجوء إلى لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

التسوية عن طريق المصلحة المتعاقدة

حرصا من المشرع على حلَ الإشكالات المتعلقة بتنفيذ الصفقات العمومية قام بتكريس مبدأ حلَ النزاعات وتسويتها بالتراضي أولا، وهذا ما أفادته نَص المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[104] على أنه: " ... **يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها...**".

[104] مرسوم رئاسي 247/15، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

يبدو واضحا من هذا النَص أن المرسوم الرئاسي أرسى قاعدة الحل الودي للنزاع الناتج عن التنفيذ، وهذا تفاديا للنزاع القضائي الذي يكلف أطرافه طول الإجراءات وطول الانتظار، ممَا يحدث فرصة لإيجاد الحل بالطرق التفاوضية.

أولا: الطابع الإلزامي للحلّ الرضائي

من خلال المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، يتضح لنا أن المشرع قد حرص على إعمال الحّل الوّدي الرضائي للنزاعات والإشكالات التي تنشأ أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، لتفادي اللُجوء إلى القضاء الإداري نظرا لكونّه يحتوي على إجراءات معقدة وطويلة، ولذا نلخص من هذه المادة أن فكرة الحل الرضائي هي ذات طابع إلزامي للمصلحة المتعاقدة. [105]

وحسن ما فعل المشرع حينما تبنى مبدأ الحسم الودي لنزاعات تنفيذ الصفقات العمومية حتى لا تتعطل المشاريع العمومية وحتى يتمكن أطراف النزاع من إيجاد حل يضعون به حدا لمنازعة طرأت أثناء التنفيذ بما يضمن في النهاية استلام المشروع في آجاله، وهو ما يتماشى وهدف خطة الصفقات العمومية في القطاعات المختلفة للدولة.[106]

ثانيا: التفاوض المباشر

أسس المشرع هذا الطريق من أجل فضّ النّزاعات حيث نص في المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على: " **يجب على المصلحة المتعاقدة...**

_ الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة."

وبهذا يُمكن التفاوض المباشر في حالة فقدان التوازن المالي للعقد من أجل التوصل إلى تدراك التأخر في إنجاز المشاريع، لكن هناك حالات لا يُمكن التفاوض فيها مثل:

_ سوء إنجاز المتعاقد لمحل الصفقة.

[105] رجدال فتيحة وسعداوي فطيمة، المرجع السابق، ص 49.

[106] بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص 114.

_ عدم إحترام طرق الإنجاز.

_ عدم إستعمال المواد المطلوبة أو الطريقة التقنية المتفق عليها.

ولأن الهدف المرجو هو المحافظة على المال العام والوقت بأن تتم التسوية في أسرع وقت وبأقل تكلفة،[107] نجد أن المادة المذكورة أعلاه نّصت على مجموعة من الأحكام التي يجب توافرها لكي تلجأ لوسيلة الحل الودي ومن بينها:

1- أن تحترم الإدارة المعنية التشريع والتنظيم الجاري بهما العمل وأن لا تخالفه: يجب أن يكون إتفاق حسم النزاع لا يتعارض مع أحكام التشريع والتنظيم، وإلا يقع باطلا ولا يترتب أي أثر عنه.

2- الحرص على إيجاد التوازن في تحمل التكاليف بين الطرفين المتعاقدين: قد تظهر أثناء تنفيذ العقد ظروف تجعل المتعاقد مع الإدارة يتحمل نفقات جديدة، فحين المطالبة بها فمن واجب الإدارة أن تراعي وتأخذ بعين الإعتبار الظروف الجديدة، وتنصف المتعاقد معها وأن تحسم الأمر وديا دون أن ترهقه باللُجوء إلى القضاء للمطالبة بحقه في التوازن المالي للعقد، وهذا ما نّصت عليه الفقرة الثانية من المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.[108]

3- التوصل إلى تنفيذ أسرع لموضوع الصفقة: ألح المشرع على ضرورة إعطاء عنصر الزمن في الصفقة أهمية كبيرة، وذلك من أجل إنجاز الخدمات موضوع الصفقة بهدف الحسم الودي للنزاع الذي قد يثور أثناء تنفيذ الصفقة، فكلما كانت التسوية طريقة ودية تم ضبط الاتفاق في وثائق رسمية كان ذلك أحسن لزمن تنفيذ موضوع الصفقة.

4- البحث عن تسوية نهائية في أسرع وقت وبأقل تكلفة: نظرا للأهمية الكبيرة لمعيار الزمن في تنفيذ العمل موضوع الصفقة، ومن أجل تفادي النزاع الذي يمكن أن يثور والذي يؤثر في استمرارية

---

[107] فارس خنوش، النظم القانوني لصفقات المؤسسات العمومية الطابع الصناعي والتجاري في ظل المرسوم الرئاسي 205/02 المعدل والمتمم، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 14، الجزائر، 2006، ص 48.

[108] تنّص المادة 153/2 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق على مايلي:**" يجب على المصلحة المتعاقدة...**

- **إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين،..."**.

الصفقة، ألزم المشرع الأطراف البحث عن حل ودي في أسرع وقت مما يضمن مواصلة العمل وإنجاز موضوع الصفقة في آجالها المحددة في العقد.

الفرع الثاني:

التسوية أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة

تتمثل هذه الطريقة في فض النزاعات المتعلقة بتنفيذ الصفقات العمومية حيث نصت عليها المادة 155/1 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والتي تنّص على أنه: " **يمكن المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة عرض النزاع على اللُجنة.**"

كما نَصت عليها المادة 153/3 من نفس المرسوم على أن: " **وفي حالة عدم إتفاق الطرفين، يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة، المنشأة بموجب أحكام المادة 154 أدناه لدراسته...**".

ويشترط على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط اللُجوء إلى إجراء التسوية الودية للنزاعات، وهذا قبل كل مقاضاة أمام العدالة وعليها كذلك البحث عن العناصر المتعلقة بالقانون أو الوقائع لإيجاد حل ودي ومنصف للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات والمطروحة أمامها ويشترط عدم مشاركة أعضاء اللُجنة في إجراءات إبرام ومراقبة وتنفيذ الصفقة المعنية وفي حالة المتعاملين المتعاقدين الأجانب تتم التسوية عن طريق اللُجوء إلى هيئة تحكيم دولية بناء على إقتراح من الوزير المعني، بعد الموافقة المسبقة أثناء إجتماع الحكومة.[109]

أولا: تشكيلة اللُجنة

بالعودة إلى نص المادة 154 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجد أنها تنّص: " **تنشأ لدى كل وزير ومسؤول هيئة عمومية وكل وال**

[109] أنظر المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

لجنة التسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين:

1/لجنة التسوية الودية للنزاعات في الوزارة والهيئة العمومية، تختص بدراسة نزاعات الإدارة المركزية ومصالحها الخارجية أو الهيئة العمومية والمؤسسات العمومية الوطنية التابعة لها، تتشكل اللُجنة كما يأتي:

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

2/لجنة التسوية الودية للنزاعات في الولاية، تختص بدراسة نزاعات الولاية والبلديات والمؤسسات العمومية المحلية التابعة لها والمصالح غير الممركزة للدولة.

تتشكل الُجنة كما يأتي:

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

يعين أعضاء اللُجان المختارون نظرا لكفاءتهم في الميدان المعني، بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي المعني.

ويمكن رئيس اللُجنة أن يستعين، على سبيل الإستشارة، بكل كفاءة من شأنها توضيح أشغال اللُجنة.

ويعين رئيس اللُجنة مقررا من ضمن أعضاء اللُجنة.

توضع أمانة اللُجنة لدى رئيس اللُجنة."[110]

[110] مرسوم الرئاسي 247/15، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

وكذلك تختص سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في حل النزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين المتعاقدين الأجانب وهذا بموجب نص المادة 9/213 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في البت فيها والتي تنص: " **...تتولى هذه السلطة الصلاحيات الآتية:**

- البت في النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين المتعاقدين الأجانب.....".

ثانيا: كيفية عرض النزاع على اللُّجنة

يقوم الشاكي بتوجيه تقرير مفصل مرفق بكل وثيقة ثبوتية برسالة موصى عليها مع وصل الاستلام، إلى أمانة اللُجنة، كما يمكن له إيداعه مقابل وصل الاستلام، ويقوم رئيس اللُجنة باستدعاء الجهة الشاكية برسالة موصى عليها مع وصل الاستلام، لإعطاء رأيها في النزاع، ويقع عليها تبليغ رأيها لرئيس اللُجنة برسالة موصى عليها مع وصل الاستلام، في أجل أقصاه 10 أيام من تاريخ مراسلتها، وتتم دراسة النزاع في أجل أقصاه 30 يوم ابتداء من تاريخ جواب طرف الخصم، برأي مبرر.

كما يمكن للُجنة أن تستمع لطرفي النزاع وأن تطلب منهما إبلاغها بكل معلومة أو وثيقة من شأنها توضيح أعمالها، بحيث تؤخذ آراؤها بأغلبية أصوات الأعضاء، وفي حالة تساوي الأصوات يُرجح صوت الرئيس، ويُبلغ رأي اللُجنة لطرفي النزاع بإرسال موصى عليه مع وصل الاستلام، وترسل نسخة من هذا الرأي إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وتقوم المصلحة المتعاقدة بتبليغ قرارها في رأيّ اللُجنة للمتعامل المتعاقد في أجل أقصاه 8 أيام، ابتداء من تاريخ تبليغها برسالة موصى عليها مع وصل الاستلام، وتُعلم اللُجنة بذلك.[111]

[111] أنظر المادة 155 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

المطلب الثاني:

التسوية عن طريق الطرق البديلة

وهي تلك الطرق المعروفة، التي يمكن اللُجوء إليها من أجل حل النزاعات التي تطرأ أثناء تنفيذ الصفقة، وتدخل ضمن الوسائل الودية لحل النزاعات، والمتمثلة في كل من الصلح، الوساطة، التحكيم، فنقوم بدراسة كل واحد على حدى بحيث نتطرق إلى الصلح والوساطة في (الفرع الأول)، والتحكيم في (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

الصلح و الوساطة

إن المشرع الجزائري استحدث هذه البدائل سعيا منه للحد من حجم المنازعات التي باتت تثقل كواهل القضاة وحلُها بهذه البدائل ما أمكن، كما كان يهدف إلى سرعة الفصل في المنازعات واجتناب إطالة أمدها بالأخذ والرّد وبالطعون التي يمكن أن تلحق الأحكام الصادرة فيها متى كانت قابلة للحل بالطرق البديلة المتمثلة في الصلح (أولا)، والوساطة (ثانيا).

أولا: الصلح

يُعد الصلح عقد يُنهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بتنازل كل طرف منهما على وجه التبادل عن حقه، ولقد أشارت إليه أغلب التشريعات بأن المنازعة تنتهي بالصلح ومعناه أمام انعدام المُنازعة ينعدم الصلح.[112]

1- تعريف الصلح: عرفه القانون المدني في نص المادة 459،[113] كما نصت عليه المواد 990-939 من ق.إ.م.إ، فيعتبر الصلح من الطرق البديلة لتسوية النزاعات، ويتم اللُجوء إليه من أجل

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

[113] تنّص المادة 459 من القانون المدني، معدل ومتمم، المرجع السابق على مايلي :" **الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه.**".

وضع حد للخصومة، وهو إجراء جوازي يمكن أن يكون بمبادرة من الخصوم وقد يكون بسعي من القاضي ولكن بعد موافقة أطراف النزاع.[114]

يعد الصلح إجراء غير مقيُد لمدة زمنية، فيمكن اللُجوء إليه في أي مرحلة من الخصومة، والقاضي المشرف على جلسة الحكم في الصلح هو الذي يحدد الزمان والمكان الذي يراهما مناسبا، مالم توجد نصوص مخالفة لذلك.[115]

2- 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"**،[116] ومن خلال هذا النص يتضح لنا أن إجراء الصلح يقتصر على دعاوى القضاء الكامل فقط دون دعاوى الإلغاء، بإعتبار 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.

3- 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 الإدارية من أجل تعيين مستشار مقرر، ويقوم القاضي بتعيين مدة إجراء محاولة الصلح والتي لا تتجاوز 3 أشهر، وعند إتفاق الأطراف فإن المجلس يصدر قرار يثبت إتفاق الأطراف وهذا الأخير عند تنفيذه يخضع لإجراءات منصوص عليها قانونا، وعند عدم الوصول إلى إتفاق، يحرر محضر عدم الصلح وفي هذه الحالة تخضع القضية إلى إجراءات التحقيق.[117]

---

[114] رجدال فتيحة وسعداوي فطيمة، المرجع السابق، ص 50.

[115] خلوفي رشيد، شروط قبول الدعوى الإدارية، د.م.ج، الجزائر، 2004، ص 156.

[116] قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن ق.إ.م.إ، ج.ر.ج.ج، عدد 21، الصادر في 23 أفريل 2008.

[117] رجدال فتيحة وسعداوي فطيمة، المرجع السابق، ص 51.

ولقد كرس المشرع هذا الطريق كوسيلة لتسوية النزاعات الناشئة أثناء تنفيذ الصفقة في المادة 153/2[118] من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ويتضح من خلال هذه المادة أن المشرع قد نّص على الحالات التي يتم تسويتها عن طريق الصلح، وهي تلك المتعلقة بفقدان التوازن المالي للعقد، وذلك من أجل تدارك التأخر في إنجاز المشاريع.

4- النتائج المترتبة على إجراء محاولة الصلح: إن المادة 169 من ق.إ.م.إ بيّنت النتائج المترتبة على نجاح محاولة الصلح أو فشلها، فلقد وضحت الفقرة الثالثة منها هذه النتائج، إذ يصب هذا الإتفاق في شكل قرار ذو طبيعة قضائية استناد للمعيار العضوي، وفي حالة فشل محاولة الصلح يكون مصير إجراء محاولة الصلح الفشل، وفي حالة تمسك المصلحة المتعاقدة من جهة والمتعاقد من جهة أخرى بموقفه ومطالبه، وبهذا وخلافا للحالة الأولى فإن المستشار المقرر في حالة عدم إتفاق الأطراف يحرر محضر عدم الصلح[119] طبقا لما نّصت عليه الفقرة الرابعة من المادة 169 من ق.إ.م.إ.

وما يمكن القول في الأخير أن للصلح أهمية كبيرة في تسوية الخلافات التي تنشأ بين الأطراف خاصة تجنب الدعاوى الإدارية وإجراءاتها، والفصل في الخلافات بطريقة سريعة.

ثانيا: الوساطة: نصت عليها المواد 994 إلى 1005 من ق.إ.م.إ.

1- تعريف الوساطة:

فالوساطة عكس الصلح فهي إجراء وجوبي على القاضي القيام بها في الجلسة الأولى وهي جائزة في جميع المواد باستثناء قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية على اعتبار أن لها إجراءات خاصة بها، كما أنها لا تجوز في كل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام ويمكن أن تمتد إلى

---

[118] تنّص المادة 153/2 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على مايلي:" **يجب على المصلحة المتعاقدة... أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التّي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها...".**

[119] بن معزوز خديجة وعباش لامية، المرجع السابق، ص 58.

النزاع كله كما يمكن أن تنصب على جزء منه فقط، وهذا إعمالا لنص المادة 944 من ق.إ.م.إ.[120]

من خلال نص المادة يتضح أن الوساطة هي اللُجوء إلى طرف ثالث لمساعدة الأطراف المتنازعة لإزالة سوء التفاهم والوصول إلى اتفاق بدلا من طول الوقت والانتظار في حالة اللُجوء إلى التحكيم.

2- مدّة الوساطة:

وقد حدّد المشرع في المادة 996 من ق.إ.م.إ مدتها بثلاثة أشهر قابلة للتجديد لنفس المدُة مرة واحدة بطلب من الوسيط إذا ما اقتضى عمله ذلك شرط موافقة الخصوم، والسلطة التقديرية للقاضي في التمديد.

3- الشُروط 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 عن حسن السلوك والاستقامة وهي:

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

ـ أن يكون مؤهلا بالنظر في المنازعة المعروضة عليه، وأن يكون محايدا ومستقلا في ممارسة الوساطة.[121]

---

[120] تنّص المادة 944 من ق.إ.م.إ، المرجع السابق على مايلي:**" يجب على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد، باستثناء قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية وكل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام."**.

[121] أنظر المادة 998، المرجع نفسه.

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 الجلسة.[122]

4- صلاحيات والتزامات الوسيط ورقابة القاضي للوساطة وأعمال الوسيط: فبالنسبة لصلاحيات والتزامات الوسيط عندما ينطق القاضي بأمر تعيين الوسيط، يقوم أمين الضبط بتبليغ نسخة منه للخصوم وللوسيط أن يخطر القاضي دون تأخير، بقبوله لمهمة الوساطة ويستدعي الخصوم إلى أول لقاء للوساطة كما يجوز للوسيط بعد موافقة الخصوم سماع كل شخص يقبل سماعه ويرى في سماعه فائدة لتسوية النزاع،[123] وفي حالة الاتفاق يحرر الوسيط محضرا يضمن محتوى الاتفاق ويوقعه مع الخصوم، ويلتزم الوسيط بحفظ السر إزاء الغير وعليه إخبار القاضي بما توصل إليه الخصوم من اتفاق أو عدمه.[124]

كما يمكن للقاضي في أي وقت إنهاء الوساطة بطلب من الوسيط أو الخصوم كما يمكن له إنهاؤها تلقائيا عندما يتبين له استحالة السير الحسن لها، ويجب في جميع الحالات أن ترجع القضية إلى الجلسة ويستدعى الوسيط الخصوم عن طريق أمين الضبط، ويجب أن ترجع القضية إلى الجلسة بالتاريخ المحدد لها مسبقا من قبل القاضي.[125]

5- تثبيت الاتفاق وآثار الوساطة: عندما يتوصل الوسيط إلى اتفاق يحرر محضر بمحتوى ذلك الاتفاق ويوقعه والخصوم، ويقوم القاضي بالمصادقة على محضر الاتفاق بموجب أمر غير قابل لأي طعن، ولا 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 عليه من القاضي سندا

[122] أنظر المادة 999 من القانون رقم 08-09، يتعلق بق.إ.م.إ، المرجع السابق.

[123] أنظر المادة 1000 و1001، المرجع نفسه.

[124] أنظر المادة 1003 و1005،المرجع نفسه.

[125] أنظر المادة 1002، المرجع نفسه.

تنفيذيا ويحوز نفس حجية الحكم القضائي طبقا لنص المادة 600/8 والمادة 1004 من ق.إ.م.إ.[126]

الفرع الثاني:

التحكيم

يعتبر التحكيم نظام قانونيا عرفته معظم التشريعات القديمة والحديثة كونه أحد وسائل فض النزاعات على المستوى الداخلي والدولي، كما أنه تطور كثيرا فاتسع نطاقه ليشمل مجالات كانت بعيدة عنه، كما هو الحال في المنازعات الإدارية التي تكون الدولة أو أحد فروعها طرفا في النزاع بوصفها سلطة عامة، حيث لم يكن يتصور حسم النزاع عن طريق التحكيم نظرا لما تتمتع به من امتيازات.[127]

ولدراسة موضوع التحكيم كضمانة لتسوية نزاعات الصفقات العمومية فإننا سنتعرض إلى مفهوم التحكيم (أولا)، وإجراءات التحكيم (ثانيا).

أولا: مفهوم التحكيم

هناك تنازع في مفهوم التحكيم في الفقه والقضاء والتشريعات المختلفة وذلك لما تكتنف هذه من عدم تحديد، وما تضفيه أهمية هذه الوسيلة من رغبة الفقه في الأنظمة القانونية المتباينة إلى تحديد مفهوم جامع ومانع لها.[128]

1-تعريف التحكيم: التحكيم هو إتفاق أطراف النزاع على إختيار أشخاص محكمين للفصل فيه دون تدخل القضاء.

2- الأساس القانوني للتحكيم: نجد أساسه في المادة 1006 من ق.إ.م.إ التي تنص ما يلي:

"يمكن لكل شخص اللُجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.

لايجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم.

---

[126] أنظر المادة 1003 و1004 من القانون رقم 08-09، المتعلق بق.إ.م.إ، المرجع السابق.

[127] خلف الله كريمة، المرجع سابق ص 66.

[128] المرجع نفسه، ص 67.

ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إيطار الصفقات العمومية."

3- صوّر التحكيم: للتحكيم صورتين هما:

أ- شرط التحكيم: هو شرط يرد في العقد الأصلي، بأن تتم التسوية باللُجوء إلى التحكيم في حالة وجود نزاع بين أطراف العقد، وُيعد اتفاق بين الأطراف قبل نشوء النزاع.[129]

ب- مشارطة التحكيم: هو الاتفاق الذي يلتزم به أطراف الصفقة بعرض النزاعات التي تثار بشأن هذا العقد على التحكيم.[130]

ثانيا: إجراءات التحكيم

إن سماح التشريع بنظام التحكيم تكون من واجبه أن ينظمه تنظيما يمكن من ممارسة نصوص تحكيمية التي يهدف من خلالها أطراف التحكيم إلى الحصول على حقه أو إستعادته أو حمايته.

1- هيئة التحكيم والإجراءات أمامها:

يعتبر التحكيم تقنية قانونية تهدف إلى إعطاء حل لمسألة من قبل محكمين يتمتعون بسلطة الحكم أي القضاء وليس تفويضا من الدولة ولا من السلطة التشريعية بل تستمد ولايتها من إتفاق الأطراف على التحكيم.[131]

أ- هيئة التحكيم:

من المنطقي أن تكون تشكيلة هيئة التحكيم من أشخاص طبيعية أو شخص معنوي يعين من بين أعضائه محكما أو محكمين والأهم هو أن تعيين هؤلاء يتم وفقا لشروط حددها القانون حتى لا يتم ردهم وإستبعادهم.[132]

---

[129] حمادي نيسات وحرفوش فاطمة، التحكيم في العقود الإدارية (الصفقات العمومية كنموذج) –دراسة مقارنة– ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون العام للأعمال، كلية الحقوق، جامعة بجاية، 2015، ص 10.

[130] رجدال فتيحة وسعداوي فطيمة، المرجع السابق، ص 52.

[131] خلف الله كريمة، المرجع السابق، ص 105.

[132] المرجع نفسه، ص 105.

• تشكيلة هيئة التحكيم:

تنص المادة 1008/2 من ق.إ.م.إ. في إطار التحكيم الداخلي على أنه: **" يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفيات تعيينهم."**، كما يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان أسماء المحكمين وكيفية تعيينهم وموضوع النزاع، أما في إطار التحكيم الدولي فتنص المادة 1041/2 من ق.إ.م.إ. على أنه:**"يمكن للأطراف مباشرة وبالرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم وإستبدالهم."**

• الشروط الواجب توفرها في المحكم أو المحكمين:

المحكم هو شخص يتمتع بثقة الخصوم أولوه عناية الفصل في الخصومة القائمة بينهم وقد يتم تعيينه من جانب المحكمة إذا كان التشريع يجيز ذلك للقيام بذات المهمة المتقدمة، ولما كانت منازعات الصفقات العمومية تتسم بسمات معينة فإن المؤهلات المتطلبة في المحكم يجب أن تتلائم مع هذه الصفقات حتى يتمكن من أداء مهمته بإصدار حكم يحقق العدالة المنشودة بين أطراف النزاع.[133]

وقد يكون المحكم قانونيا كما يمكن أن يكون غير ذلك مثلا في عقد الأشغال العمومية فالمحكم يكون مهندسا إذا تضمن النزاع نواحي هندسية حتى تتمكن هيئة التحكيم من الفصل في العناصر الفنية للنزاع بإنزال حكم القانون على معطيات التداعي من وقائع ووزن الأدلة القانونية بميزان القانون للوصول إلى حكم التحكيم في النهاية.[134]

ب- الإجراءات أمام هيئة التحكيم: من خلال نص المادة 1019 من ق.إ.م.إ فإن الخصومة التحكيمية في مجال الصفقات العمومية تسري وفقا للآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية الإدارية إلاَ في حالة وجود إتفاق بين الأطراف على خلاف ذلك.

[133] خلف الله كريمة، المرجع السابق، ص 107.

[134] المرجع نفسه، ص 107 و108.

وبالرجوع إلى ق.إ.م.إ نجد أنه حدّد مجموعة من الإجراءات التي يجب إتباعها أثناء النظر في النزاع من قبل هيئة التحكيم وذلك إبتداء من طرح النزاع أمامها إلى غاية تنفيذ حكم التحكيم الصادر عنها.

• طرح النزاع أمام هيئة التحكيم:

بعد توفر الشروط الشكلية والموضوعية للتحكيم والتشيكل الصحيح لهيئة التحكيم فإنه يمكن للخصوم مباشرة إجراءات الخصومة التحكيمية أمام هيئة التحكيم، ويقع على هذه الأخيرة إخطارهم بمواعيد الجلسات يتقرر عقدها قبل التاريخ الذي تم تعيينه لذلك، ويكون وفقا للقواعد والشكليات التي تحكم الجلسات أمام القضاء.[135]

ففي التحكيم الدولي نميّز بين حالتين:

-إما أن تكون إتفاقية التحكيم هي التي حددت الإجراءات التي يتعين ممارستها بصفة دائمة مباشرة أو بناء على نظام تحكيمي، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في إتفاقية التحكيم.

- إما أن تكون الاتفاقية قد سكتت على تحديد الإجراءات بالضبط أوفي حالة الخلاف بين الأطراف فهيئة التحكيم هي التّي تتولى تحديد الإجراءات، وهذا مباشرة أو استنادا إلى قانون ما أو نظام حكم تحكيمي.[136]

وتكون دعاوى التحكيم قائمة بمجرد رفع النزاع أمام المحكم أو المحكمين الذين ورّد تعيينهم في الاتفاقية، وفي حالة عدم تعيينهم مسبقا، فعندها يباشر أحد الأطراف الإجراءات المتعلقة بشكل محكمة التحكيم.[137]

---

[135] خضري حمزة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة بسكرة، 2005، ص 110.

[136] خلف الله كريمة، المرجع السابق، ص 110.

[137] المرجع نفسه، ص 79.

ويمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك، وفي حالة ما إذا لم يقم الطرف المعين بتنفيذ هذا التدبير إراديا، فلمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، كما يمكن لمحكمة التحكيم أو الأطراف أن يخضعوا لتدابير مؤقتة أو تحفظية من أجل تقديم ضمانات ملائمة من الطرف الذي طلب هذا التدبير،[138] وعند انتهاء التحقيق وإحالة القضية على المداولة، يصدر الحكم التحكيمي.[139]

•حكم التحكيم:

فيما يخص الحكم التحكيمي فإنه يصدر وفقا وطبقا للإجراءات والأشكال المحددة باتفاق الأطراف، وعند غياب أية اتفاقية فإن حكم التحكيم يُصدر من محكم وحيد،[140] أو عن طريق الأغلبية في حالة ما إذا كانت محكمة التحكيم متشكلة من عدة محكمين.[141]

وحكم التحكيم يكون محررا أو مُسببا، وموقعا عليه من طرف كل المحكمين وفي حالة رفض أحد المحكمين التوقيع، يقوم الآخرين بالإشارة على ذلك، ويكون لحُكم التحكيم يحوز نفس الأثر كما لو كان موقعا عليه من كل المحكمين.[142]

2- صدور وتنفيذ الحكم أو القرار التحكيمي:

يعتبر المحكم بمثابة قاضي خاص رخص المشرع وسمح للأطراف باختياره ومنحه ولاية قضاء محدودة في النزاع القائم بين الأطراف، فإذا انتهى المحكمين من إعداد الحكم وصياغته وفقا للشروط الشكلية والموضوعية قاموا بإصداره، وذلك خلال الميعاد المحدد من الأطراف اتفاقا أو

---

[138] أنظر المادة 1046 من القانون رقم 08-09 المتعلق بق.إ.م.إ، المرجع السابق.

[139] محفوظ عبد القادر، سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد– دراسة مقارنة–، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2014، ص 118.

[140] خضري حمزة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 79.

[141] أنظر المادة 1026 من القانون رقم 08-09 المتعلق بق.إ.م.إ، المرجع السابق.

[142] أنظر المواد 1027 و1029، المرجع نفسه.

قانونا، كما يتم إيداع الحكم بالمحكمة المختصة وتبليغه إلى الأطراف،[143] وهنا سنتناول صدور الحكم أو القرار التحكيمي (أ)، ثم تنفيذ هذا الأخير(ب).

أ- صدور الحكم أو القرار التحكيمي:

إن المشرع الجزائري لم يعرف الحكم التحكيمي لكن إتفاقية نيويورك المبرمة في 10 جوان 1958 التي إنضمت إليها الجزائر في 1988، التي جاء فيها تعريفه على أن القرارات التحكيمية ليست تلك التي يصدرها حكام يعينون لحالات معينة فحسب، وإنما تشمل تلك التي تصدرها أجهزة تحكيم دائمة يخضع لها الأطراف.[144]

بما أن ق.إ.م.إ لم يعرف الحكم أو القرار التحكيمي كغيره من التشريعات الحديثة إلا أنه يعني القرار الذي تصدره محكمة تحكيم مختصة مُشكلة قانونا في خصومة معروضة عليها طبقا لإجراءات متفق عليها سواء أكان في الموضوع كلّه أو في شق منه أوفي مسألة أولية متفرعة عنه بشكل نهائي وملزم للأطراف، أما إذا كان التحكيم دوليا فإن القانون لم يحدد له مهلة، فالأمر يعود لسلطات الإرادة وإذا لم يمارس هذا الأخير خيارا، فلا يكون للتحكيم الدولي في الجزائر مُهلة،[145] وتتولى هيئة التحكيم مُهمة الفصل هيئة التحكيم في المنازعة الدولية وفقا للقانون الذي إختاره الأطراف وفي غياب هذا الإختيار يكون الفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها هيئة التحكيم مُلائمة، ويتم إصدار حكم التحكيم باسم المحكمين، ويُحرر من قبل المحكم إن كانت المحكمة مُشكلة من قبل مُحكم فردي، وإن كانت مُشكلة من قبل جميع المحكمين فإنه يحرر من قبل أحدهم فهنا وُجب على مُحرر الحُكم التقيّد بمبادئ أساسية وهي الأمانة في التعبير عن الآراء التي وردت أثناء المداولة السرية والوضوح في المنهجية والدقة في الإقتناع وعدم الإسهاب.[146]

---

[143] بوصنوبرة خليل، القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه وفقا للقانون الجزائري، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2008، ص93 و94.

[144] المرجع نفسه، ص 55 و56 .

[145] خلف الله كريمة، المرجع السابق، ص 114و 115.

[146] المرجع نفسه، ص 115 و116.

ولم يشترط صدور حكم أو قرار التحكيم في جلسة علنية بل إشترط أن يكون بأغلبية الأصوات ومكتوبا مشتملا على أسماء وألقاب الخصوم وعناوينهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الإجتماعي وكذا أسماء وألقاب المحكمين وأسماء وألقاب المحامين، ويتضمن التحكيم عرض موجز لإدعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم ومنطوق الحكم وأن يكون مسببا ومؤرخا مع تحديد مكان صدوره وكذا بيّان تاريخ التعيّين لإمكانية الرجوع إليها في احتساب المهلة القانونية للتحكيم ويوقع حكم التحكيم من جميع المُحكمين وذلك إذا امتنع الأقلية منهم على ذلك، فإن البقية تُشير إلى ذلك ويرتب الحكم أثره باعتباره مُوقعا من طرف جميع المحكمين.[147]

بعدما تفصل هيئة التحكيم في النزاع فإنها تتخلى عنه ويبقى بإمكانها فقط تفسيره أو تصحيح الأخطاء المادية والإغفالات التي تشوبه،[148] ويبلغ حكم أو قرار التحكيم من طرف كتابة ضبط المحكمة تحت إشراف الرئيس أو بواسطة أحد الأطراف عن طريق المحضرين القضائيين ثم يُودع ويُسجل لكتابة الضبط في المحكمة المختصة لتطلُب له الصيغة التنفيذية، ومن الملاحظ أن ق.إ.م.إ قد سكت عن إجراءات تبليغ حكم أو قرار التحكيم، كما أنه لم يتكلم عن مراحل صدور التحكيم الدولي بل إكتفى بكيفية الإعتراف به، ويستنتج أنه إذا كان التحكيم دوليا يجري في الجزائر، فإن الحكم يصدر وفقا لمّا هو عليه الحال في التحكيم الداخلي[149].

ب- تنفيذ الحكم أو القرار التحكيمي:

لصحة حكم التحكيم سواءا كان داخليا أو دوليا فإنه لابُد أن يكون قطعيا، منهيا للخصومة التحكيمية وحائز لحجية الشيء المقضي فيه بحيث لا يُمكن نقض حقيقته وفي هذا الصدد نّصت عليه المادة 1013 من ق.إ.م.إ: " **تحوز أحكام التحكيم حُجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصل فيه".**

[147] أنظر المواد 1026- 1029 من قانون رقم 09/08، المتعلق بق.إ.م.إ، المرجع السابق.

[148] أنظر المادة 1030، المرجع نفسه.

[149] خلف الله كريمة، المرجع السابق، ص 116 و117.

فإذا صدر الحكم وكان قطعيا نهائيا حاز على حُجية الشيء المقضي فيه فإنه يكون ملزم لأطرافه ويكون للطرف الذي صدر الحُكم لصالحه أن يُنفذه كونه يعد سندا تنفيذيا يستدعي مُهرُه بالصيغة التنفيذية ومضمون هذا الأخير هو واجب قانوني بالتنفيذ لكل سند تحكيمي يشكل قُوته التنفيذية لا كواجب وظيفي يقع على عاتق المحضرين،[150] وللحصول عليها وُجب على طالبها تقديم عريضة مؤسسة مرفقة بالوثاق اللازمة لإثبات وجود حكم التحكيم المطلوب منحه الصيغة التنفيذية أمام رئيس المحكمة المختصة، ويُسجل الطلب بناء على نظام الأوامر على العرائض وبعدها يُسلم أمناء الضبط نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم لمن يطلبها من الأطراف.[151]

وعليه إذا كان حكم التحكيم دوليا مقره هو الجزائر فإنه يُنفذ بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها مع إثباته بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو نُسخ عنها تستوفي شروط صحتها ويتم إيداع هذه الوثائق المذكورة بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف الذي يهُمه التعجيل[152] لتواصَل إجراءات تنفيذه كما هو الشأن بالنّسبة لحكم التحكيم الداخلي.[153]

وما يمكن ملاحظته هو أن طلب الأمر بتنفيذ حكم التحكيم هو بطبيعته طلب قضائي وليس تحكيمي وبالتالي لا يجوز تقديمه للمحكم حتّى وإن كان أحد رجال القضاء وإن كان الحكم التحكيمي ممهور بالصيغة التنفيذية فهذا يعني إصدار السند التنفيذي[154] والأصل في تنفيذه هو اختياري لا جبري ممّا يعني أن قوتُه التنفيذية الجبرية هي بطبيعتها قوة احتياطية، بحيث لا تُنشط إذا امتنع الملتزم في السند عن تنفيذه اختياريا.[155]

---

[150] خلف الله كريمة، المرجع السابق، ص 117.

[151] أنظر المادة 1036 من القانون رقم 09/08، المتعلق بق.إ.م.إ، المرجع السابق.

[152] أنظر المادة 1051 و1053، المرجع نفسه.

[153] أنظر المادة 1040، المرجع نفسه.

[154] خلف الله كريمة، المرجع السابق، ص 117 و118.

[155] المرجع نفسه، ص 118.

وإذا رُفض تنفيذ الاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي فإنه يُستأنف الأمر القاضي بذلك في أجل شهر من تاريخ التبليغ الرسمي لرئيس المحكمة، ويجب مراعاة أحكام المادة 977 من ق.إ.م.إ التي تّنص على: **" تُطبق المقتضيات الواردة في هذا القانون المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم وطرق الطعن فيها على أحكام التحكيم الصادرة في المادة الإدارية"**، لأن التحكيم في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية يكون أمام قضاء خاص متمثل في هيئة التحكيم على مستوى الجهة القضائية الإدارية.

ويكون لحكم التحكيم بين الخصوم كافة الآثار التّي يُرتبُها الحكم القضائي كما تُلحقه الحجية منذ صدوره حتّى وإن لم يُصدر الأمر بتنفيذه ولا يمكن المجادلة في حجيته حتّى وإن لم يتم تنفيذه طالما الحجية قائمة إلا أنّها تبقى نّسبية بحيث لا يُحتج بأحكام التحكيم تُجاه الغير.[156]

3- طرق الطعن في الحكم أو القرار التحكيمي:

الطعن هنا قد يكون في حكم التحكيم أو في قرار التحكيم الذي يرفض الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم، أو يكون الطعن في الحكم الذي يقر بالاعتراف بحكم التحكيم أو بالتنفيذ، وفي هذه الحالة الطعن يكون عن طريق الاستئناف أو يكون عن طريق البطلان.[157]

أ- الطعن بالاستئناف:

ويكون في الحكم الذي يسمح بالاعتراف أو بتنفيذ حكم التحكيم في حالة ما إذا تمسكت محكمة التحكيم باختصاصها أو عدم اختصاصها عن خطأ وكذلك في حالة ما إذا فصلت محكمة التحكيم من دون وجود اتفاقية التحكيم، أو استنادا إلى اتفاقية باطلة أو انقضت مدتها وأيضا في حالة ما إذا تم إنشاء محكمة التحكيم بصفة لا تطابق القانون أو كان تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون وحالة إذا لم يتم احترام مبدأ الوجاهية وكذلك في حالة ما إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المنسوبة إليها، وعند مخالفة النظام العام الدولي.[158]

---

[156] أنظر المادة 1038 من القانون رقم 09/08، المتعلق بق.إ.م.إ، المرجع السابق.

[157] خضري حمزة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 81.

[158] أنظر المادة 1056 من القانون 09/08، المتعلق بق.إ.م.إ، المرجع السابق.

وبالرجوع إلى ق.إ.م.إ نجد أنه حدد مدّة الاستئناف بأجل شهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة.[159]

ب- الطعن بالبطلان:

بالرجوع إلى المادة 1058 ق.إ.م.إ نجد أن حالات الطعن بالبطلان هي نفس حالات الطعن بالاستئناف، و يرفع الطعن بالبطلان ضد حكم التحكيم أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصها، ويقبل الطعن ابتداء من تاريخ النطق بالحكم ولا يقبل بعد أجل شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي بالأمر القاضي بالتنفيذ.

[159] أنظر المادة 1057 من القانون 09/08، المتعلق بق.إ.م.إ، المرجع السابق.

المبحث الثاني:

التسوية القضائية للنزاع

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

المطلب الأول:

التسوية عن طريق دعاوى 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 جدا،[160] وسنتطرق إلى سلطات القاضي الإداري وصوّر المنازعات الداخلة في ولاية القضاء الكامل في (الفرع الأول)، وشُروط قبول دعوى القضاء الكامل والجهة القضائية المختصة فيها في (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

سلطات القاضي الإداري وصوّر 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 ثم تقرير التعويض الكامل واللاّزم لإصلاحها.[161]

---

[160] بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص 118.

[161] 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، ص 31.

كما تُعرف أيضا بدعاوى تحديد المركز القانوني للطاعن، وسميت بدعاوى القضاء الكامل لأن سلطات القاضي تتعدى إلغاء القرار المعيب، فيتمتع القاضي في هذا النوع من الدعاوى بسلطات واسعة،[162] وسنتطرق إلى سلطات القاضي الإداري (أولا)، وصوّر المنازعات الداخلة في ولاية القضاء الكامل في مجال الصفقات العمومية (ثانيا).

أولا: سلطات القاضي الإداري

إن القاضي الإداري في مجال دعاوى القضاء الكامل يتمتع بسلطات واسعة ووظائف متعددة، مثل القيام بتعين خبير أو فسخ العقد، كما يمكن له تقدير الأضرار المادية والمعنوية إن كانت تمّس بحقوق الأفراد والحكم بالتعويض، ويحق له إبطال بعض التصرفات.[163]

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 الخصومة.[164]

ثانيا: صوّر المنازعات الداخلة في ولاية القضاء الكامل في مجال الصفقات العمومية

تأخذ منازعات العقود الإدارية في مجال القضاء الكامل عدة صوّر منها دعوى التعويض دعوى الفسخ، ودعوى البُطلان.[165]

1- **دعوى التعويض:** تهدف هذه الدعوى إلى المطالبة بالتعويض وجبر الأضرار الناتجة عن الأعمال الإدارية المادية والقانونية التي تكون المصلحة المتعاقدة طرفا فيها، وبالرجوع إلى نص

[162] بجادي طارق، المرجع السابق، ص 32.

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

[164] بوجمعة كنزة، التعاقد وفقا لأسلوب الإستشارة الإنتقائية في الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2014، ص 84 و85.

[165] LAJOYE Christophe, Droit des marchés publics, BERTI, Alger, 2007, p 202.

المادة 801 ق.إ.م.إ تنّص بأن المحاكم الإدارية هي التي تختص بدعاوى القضاء الكامل ومن بينها دعوى التعويض.[166]

والتعويض عن أعمال الإدارة التي انجرت عنها أضرار بالنسبة للأفراد يكون على أساس فكرة تحقق الضرر والعلاقة السببية، وعليه فأساس مطالبة الفرد للتعويض هو صدور عمل إداري خاطئ كان السبب المباشر في إلحاق ضرر بالفرد، الأمر الذي يدفع بهذا الطرف بالمطالبة بالتعويض أمام المحكمة المختصة.[167]

وما يجب الإشارة إليه هو أنه إذا ما كان هناك اتفاق بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها فالإدارة هنا تدفع مبلغ التعويض على أساس نظرية فعل الأمير إذا وافقت على إعادة النظر في شروط العقد.[168]

وبهذا فإن موضوع دعوى التعويض ينصّب على منازعات الصفقات العمومية ذات الطابع المالي كمبالغ استرداد الكفالة المدفوعة، أو مبالغ الضمان أو حسن التنفيذ، وهذه الدعوى تتميز ببعض الخصائص تجعلها تختلف عن باقي الدعاوى الأخرى، كون أنَها لا توجه ضد قرار إداري أو إلى الإدارة فهي توجه إلى العقود الإدارية، ولهذا جعل المشرع دعوى التعويض طريقا مفتوحا للذين أصابتهم أضرار جراء أعمال وتصرفات الإدارة، ولهذا يجب أن يكون التعويض كاملا كون أن هذه الدعوى تهدف إلى تحقيق مصلحة شخصية وذاتية.[169]

2- دعوى البُطلان:

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، وحتى يكون أمامنا تصور كامل لدعوى بطلان

[166] أنظر المادة 801، من القانون 09/08، المتعلق بق.إ.م.إ، المرجع السابق.

[167] محمد رفعت عبد الوهاب، أصول القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة ، مصر، 2007، ص 221 و222.

[168] بن معزوز خديجة وعباش لامية ، المرجع السابق، ص 87.

[169] رجدال فتيحة وسعداوي فاطمة، المرجع السابق، ص 73.

العقد الإداري لابد لنا من استعراض الأسباب التي يمكن أن تستند إليها الدعوى والمتمثلة في تخلُف أحد أركان العقد الإداري التي لا يقوم بدونها، والتي يشترك فيها مع العقد المدني، وهي:[170]

أ– الرضا: ويقصد به اتجاه إرادة طرفين واتفاقهما نحو إحداث أثر قانوني ففي العقود الإدارية يتم التعبير عن الرضا بواسطة الكتابة لإفراغه في قالب شكلي، أما بالنسبة لصفقة فعنصر الرضا يكون حاضرا إذا كان هناك إيجاب صادر من راغب التعاقد مع الإدارة عن طريق تقديم عطائه في المناقصة، وإذا صدر القبول من المصلحة المتعاقدة رست عليه الصفقة وعلم بذلك فإن العقد قد انعقد.[171]

ولسلامة الرضا يجب أن يكون صادر من جهة إدارية مختصة بالتعاقد وضمن صلاحيتها المالية، أي يجب مراعاة الاختصاص الزماني والمكاني فمثلا منح التأشيرة يكون تبعا لقواعد الاختصاص، فصدور التأشيرة من جهة غير مختصة يجعلها باطلة مثلا أن تقوم البلدية بإصدار تأشيرة لصفقة تختص بها لجان الولاية، ويجب أن يكون رضا الإدارة خاليا من العيوب كالغلط والتدليس والإكراه.[172]

ب– المحل: يتمثل محل أي صفقة عمومية في العملية القانونية قصد تحقيقها بإبرامها، وإذا كان أثر الصفقة هو إنشاء التزامات، لابد أن ترمي في مجموعها إلى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد، ويشترط في محل الصفقة أن يكون موجود إذا كان شيئا، أو ممكنا إن كان عملا أو امتناع عن عمل وأن يكون معينا أو قابلا للتعين، وكذلك أن يكون محل الالتزام قابلا للتعامل فيه وعليه فلكل من لديه مصلحة أن يتمسك ببطلان هذه الصفقة إذا كان محلها غير قابل للتعامل لكونه مخالف للنظام العام.[173]

---

[170] بن معزوز خديجة وعباش لامية، المرجع السابق، ص 85.

[171] محمود خلف الجبوري ، المرجع السابق، ص 92.

[172] المرجع نفسه، ص 92.

[173] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية (الإبرام، التنفيذ، المنازعات)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 319 و320.

ج– السبب: إنَ السبب في الصفقة العمومية هو الدافع الذي أدى بها إلى إبرامها، وبالتالي يكون السبب ركنا لازما لا يقوم العقد الإداري بدونه ويجب أن يكون موجودا ومشروعا أي غير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة، وإن حدث وأن تعاقدت الإدارة دون سبب أو في حالة مخالفتها للنظام العام والقانون، فالمتعاقد يقوم بإثبات ذلك بكافة طرق الإثبات.[174]

3– دعوى الفسخ: إن العقد يفسخ بحكم القضاء ويكون بطلب يتقدم به أحد المتعاقدين إلى القاضي وترتب آثار إلى تاريخ رفع الدعوى ويكون سبب الفسخ عادة عدم تنفيذ التزاماته إذا ما ثبت أنَها تحقق تلك القوة القاهرة لسبب أجنبي لم يكن بوسعه توخيه، بحيث يكون الفسخ دون تعويض الطرف الأخر وقد نلجأ إلى دعوى الفسخ في حالة التقصير المبالغ من طرف المتعاقد لتنفيذ التزامه وفي حالة استمرار العقد في هذه الحالة سيؤدي إخلال بحقوق الطرف الآخر ويأخذ صورتين سواء التنفيذ الخاطئ للالتزام العقدي أو عدم التنفيذ بتاتا وتعتبر دعوى الفسخ كضمانة للمتعاقد وكمقابل للمصلحة المتعاقدة في تعديل العقد.[175]

فحينما تتجاوز المصلحة المتعاقدة لتلك السلطات وتتعسف فيها يؤدي إلى انقلاب موضوع الصفقة ممَا يجد المتعاقد نفسه أمام عقد جديد وفي هذه الحالة يحق له المطالبة بفسخ العقد.[176]

الفرع الثاني:

شروط قبول دعوى القضاء الكامل والجهة القضائية المختصة فيها

بالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية في المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15 نجد أنَه لم يتطرق إلى كيفيات اللّجوء إلى القضاء لتسوية المنازعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية، إذ اكتفى فقط بالقول بأنَه تسوى النزاعات التي تطرأ أثناء تنفيذ الصفقة العمومية في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، وفي هذه الحالة يجب علينا الرجوع إلى القواعد

[174] محمود خلف الجبوري ، المرجع السابق، ص ص 95–96.

[175] بوحطة صورية وبن 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، ص 80.

[176] المرجع نفسه، ص 80.

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 الإدارية،[177] وسنتطرق إلى شروط قبول الدعوى (أولا)، والجهة القضائية المختصة في دعوى القضاء الكامل (ثانيا).

أولا: 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.

يجب توفر شروط أخرى تتعلق بالشخص المدعي نّصت عليها المادة 13 من القانون السالف الذكر، والتّي تتمثل في الصفة والمصلحة.

1- شرطي الصفة والمصلحة: بالإضافة إلى ضرورة توافر شرط الأهلية المنصوص عليه في المادة 64 من القانون السالف الذكر، لا تقبل دعوى المدعى إلاَ ممن تتوفر فيه الصفة والمصلحة.

أ- شرط الصفة: ويقصد بها أن تُرفع الدعوى من صاحب المركز القانوني الذّاتي أو الحق الشخصي المُكتسب شخصيا أو بواسطة وكيله القانوني، [178] وبما أن الصفة شرط لابُد من توافره في المتعامل المتعاقد مع الإدارة فيجب أيضا توافره في المصلحة المتعاقدة.

ب- شرط المصلحة: إن دعوى المتعامل المتعاقد لا تُقبل إلاَ إذا أثبت نوعا من المصلحة، فيجب عليه إثبات وُجود مسّاس بمصلحة شخصية، ويُعتبر شرط المصلحة من أهّم شروط قُبول الدعوى

[177] أنظر المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

[178] عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري (نظرية الدعوى الإدارية)، ج 2، ط 3، د. م.ج، ، الجزائر، 2004، ص 299.

القضائية والتي يُقوم المتعاقد مع الإدارة من تحقيقها من خلال اللّجوء إلى الجهات القضائية المُختصة من أجل المُطالبة بالحقوق والتعويض عن الأضرار التي أصابته إذ لا يجوز اللّجوء إلى القضاء عبثا من دون تحقيق منفعة ما،[179] وهناك من يرى أنها مصلحة ضيّقة مقارنة بمصلحة المتعاقد في دعوى الإلغاء، حيث يُمكن لأيّ شخص مُؤهل رفع هذه الدعوى تحقيقا للمصلحة العامة.[180]

2- شرط الميعاد: إذا كان ميعاد رفع دعوى الإلغاء يكون خلال أربعة أشهر من تاريخ تبليغ القرار الإداري طبقا لنّص المادة 829 من ق.إ.م.إ، فإن دعوى القضاء الكامل لا تتقيد بشرط الميعاد وبالتالي لا نطبق أحكام المادة 829 السالفة الذكر وهذا لا يعني أنَ عدم تقييدها بشرط الميعاد يعتبر مطلقا، بل يجب أن يكون الحق من الدعوى حقيقة ولم يسقط ولم يتقادم وفق لقواعد التقادم في القانون المدني.

ثانيا: الجهة المختصة في دعاوى القضاء الكامل

يقصد بقاعدة الاختصاص الجهة القضائية المؤهلة قانون للنظر في النزاع وتعد أولى المسائل التّي يثيرها القاضي قبل الفصل في موضوع الدعوى باستثناء حالات ترك الدعوى والاستئناف أو النقض،[181] وينعقد الاختصاص بالنظر في منازعات الصفقات العمومية للقضاء الإداري حسب المعيار العضوي، وعليه يكون تحديد الجهة القضائية المختصة نوعيا ومحليا.

1- الاختصاص النوعي:

ويقصد به حصة كل جهة قضائية من الدعاوى المعروضة أمام القضاء بالنظر إلى نوعها، وبالرجوع إلى المادة 800 من ق.إ.م.إ نجد بأنَها نصت بأنَ: "**المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية، تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع**

[179] خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية (شروط قبول دعوى تجاوز السلطة ودعوى القضاء الكامل)، د.م.ج، الجزائر، 2001، ص 171.

[180] شيهوب مسعود، المبادىء العامة للمنازعات الإدارية (الهيئات والإجراءات أمامها)، ج 2، د.م.ج، الجزائر، 2007، ص 265.

[181] خلوفي رشيد، شروط قبول الدعوى الإدارية، د.م.ج، الجزائر، 2004، ص9.

القضايا، التّي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها."، كما تختص المحاكم الإدارية في دعاوى القضاء الكامل وهذا ما أقرت به المادة 801 ق.إ.م.إ.[182]

أما فيما يخص منازعات الصفقات العمومية فبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام فنجد المادة 6 [183] منه حدّدت 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 كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة، الولاية، البلدية، وبحسب المعيار العضوي فإن الصفقات التّي تكون الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري طرفا فيها يؤول الاختصاص للقضاء الإداري إعمالا لنص المادة 800 من ق.إ.م.إ.

أما الصفقات التّي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري أو الصناعي الممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة، الولاية، البلدية، فإن الاختصاص يؤول أيضا إلى القضاء الإداري ولكن ليس على أساس المعيار العضوي وإنما على أساس الوكالة لأ المشروع ممول من قبل الدولة.

2- 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 وفقا للمواد 37 و38 من هذا القانون،[184] وطبقا للمادة 804 من ق.إ.م.إ فإنَها تنّص على مايلي "...**تُرفع الدعاوى وُجوبا أمام المحاكم الإدارية في المواد المُبيّنة أدناه: ...في مادة الأشغال العمومية أمام المحكمة التّي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال....،في مادة العقود الإدارية، مهما**

---

[182] **"تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل.....2- دعاوي القضاء الكامل....."**

[183] أنظر المادة 6 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

[184] أنظر المادتين 37 و38 من القانون رقم 08-09، المتعلق بق.إ.م.إ، المرجع السابق.

كانت طبيعتها، أمام المحكمة التّي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذها، في مادة التوريدات أو الأشغال أو تأجير خدمات فنّية أو صناعية، أمام المحكمة التّي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو مكان تنفيذه إذا كان أحد الأطراف مّقيما فيه،...".

المطلب الثاني:

التسوية عن طريق دعوى الإلغاء في مجال الصفقات العمومية

تنتمي الصفقة العمومية إلى فئة العقود الإدارية والأصل العام الذي أقرّه مجلس الدولة الفرنسي في مجال اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية مفاده " **إذا كان محل المنازعة عقدا إداريا سواء تعلقت بانعقاده أو صحته أو تنفيذه وانقضائه، فإن المنازعة تدخل في ولاية القضاء الكامل"**، إلا أن القضاء الفرنسي لم يقم بإقصاء قضاء الإلغاء من منازعات الصفقات العمومية، بل أقرّ إمكانية إلغاء بعض القرارات الإدارية المُتصلة بالصفقة العمومية في إطار ما يُعرف بنظرية القرارات الإدارية المنفصلة.[185]

وهي عبارة عن دعوى يرفعها أحد الأفراد إلى القضاء الإداري يطلب إلغاء قرار إداري مخالف للقانون، وإزالة الآثار والنتائج المترتبة على القرار الإداري ويُشترط في دعوى إلغاء القرار الإداري مجموعة من الشروط المتعلقة بالقرار الإداري وهي:

- ❖ أن يكون القرار المطلوب إلغاؤه صادر من إحدى الجهات الإدارية المنّصوصة عليها في المادة 801 من ق.إ.م.إ، المُتمثلة في البلدية أو الولاية أو إحدى الجهات الإدارية التابعة لها أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية.
- ❖ أن يكون تنفيذيا من شأنه إحداث مراكز قانونية جديدة وعليه فإن التصرفات الصادرة عن الإدارة العامة لا تُعد قرارات إدارية ما لم تكن تتمتع بالطابع التنفيذي النهائي.[186]

[185] تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2013، ص 214.

[186] عبعوب محمد الأمين، التقاضي على درجتين في القضاء الإداري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق، جامعة ورقلة، 2014، ص 7 و8.

ومثل هذه القرارات يُمكن أن تكون محل دعوى إلغاء أمام القضاء الإداري ممّا يجعله مختصا لرقابة مشروعية الصفقة من خلال فحصه للقرارات التّي بُنيت عليها،[187] لذا سنقوم بدراسة المنازعات التّي تدخُل في إطار دعوى الإلغاء وشروط قُبول الدعوى (الفرع الأول)، وجهة الاختصاص في دعاوى الإلغاء وسلطات القاضي الإداري (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

المنازعات التّي تدخُل في إطار دعوى الإلغاء وشروط قبول الدعوى

مجال الطعن بالإلغاء في منازعات الصفقات العمومية مُرتبط بالقرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري، بحيث لا يمكن اعتبارها جزء من بنود الصفقة، ولقبول الدعوى يجب توافر شروط، لذا نتطرق إلى دراسة المنازعات التّي تدخُل في إطار دعوى الإلغاء (أولا)، وشروط قبول الدعوى (ثانيا).

أولا: المنازعات التّي تدخُل في إطار دعوى الإلغاء

إنّ المشرع الجزائري يسمح بالطعن بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة عن مختلف السلطات الإدارية أمام الهيئات القضائية، وهذا إعمالا لنّص المادة 161 من الدستور[188] والتّي تنّص على مايلي: **"ينظر القضاء في الطّعن في قرارات السّلطات الإدارية"**، والخصومة في دعوى الإلغاء لا تتعلق بحقوق شخصية ولا تُثير منازعة بين خصمين متنازعين(الدائن والمدين)، وإنّما تُخاصم قرار إداري غير مشروع من أجل جعله في المجال الصحيح، وتجسيدا لمبدأ المشروعية.[189]

---

[187] علة كريمة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، تخصص القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013، ص 204.

[188] دستور الجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية الموافق عليه بالاستفتاء الشعبي بتاريخ 28- 11-1996، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 7-12-1996، ج.ر.ج.ج، عدد 76، الصادر بتاريخ 8-012-1996، والمعدل والمتمم بموجب القانون رقم 02-03 المؤرخ في 10-04-2002، ج.ر.ج.ج، عدد 25، الصادر بتاريخ 14-04-2002، وبموجب القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15-11-2008، ج.رج.ج، عدد 63، الصادر بتاريخ 16-11-2008، وبموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016، ج.ر.ج.ج، عدد14، الصادر في 7 مارس 2016.

[189] رجدال فتيحة وسعداوي فطيمة، المرجع السابق، ص 64.

1- القرارات الإدارية المنفصلة عن عقد الصفقة العمومية وأثر إلغائها على الصفقة:

يجوز الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المُنفصلة عن العقد وتُعد نظرية هذه القرارات من ابتداع مجلس الدولة الفرنسي حيث كان هذا الأخير في بداية الأمر وذلك في القرن 19 يقبل الطعن بالإلغاء ضد العقد الإداري ولكن منذ حكم المجلس بتاريخ 1899 في قضية levieux عُدل عن قضائه السابق واستقرت أحكامه منذ ذلك التاريخ على عدم قبول الطعن بإلغاء العقود الإدارية.[190]

ومع مطلع القرن 20 أقر المجلس نظرية القرارات المنفصلة ومضمونها هو أن العقد الإداري يمر بمراحل متعددة وتدخل في تكوينه عناصر مختلفة، منها ما له طبيعة عقدية بحتة ومنها ما تتوافر له صفات أو أركان القرار الإداري، فهذه القرارات وإذ كانت تدخل ضمن العملية العقدية إلاّ أن لها من الاستقلال ما يسمح بفصلها عن العملية العقدية والطعن فيها يكون بدعوى الإلغاء.[191]

فالإشكالية التّي تُثار في الطعن في القرارات الإدارية المُنفصلة عن طريق دعوى الإلغاء تتمثل في أثر الإلغاء لتلك القرارات المُنفصلة على عقد الصفقة العمومية، بحيث اختلفت الآراء والمذاهب حول حُجية الحُكم الصادر بإلغاء القرارات، فهناك من يرى أن الصفقة العمومية تُبطل بمجرد صُدور حكم الإلغاء، وهناك من يرى أنه لا تُوجد أي علاقة تربط القرار الإداري الصادر من الإدارة وبند عقد الصفقة، بمعنى إذا تم إلغاء القرار يبقى العقد صحيح،[192]

أمّا المُشرع الجزائري نجده نظم كيفية الفصل في الطعون المرفوعة ضد القرارات الإدارية المنفصلة، وذلك قبل إبرام العقد في نص المادة 946 من ق.إ.م.إ والتّي تنّص على مايلي: **"...يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد... ويمكن لها كذلك وبمجرد إخطارها أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدّة لا تتجاوز 20 يوم ..."**.

[190] بوجمعة كنزة، المرجع السابق، ص 86.

[191] المرجع نفسه، ص 86.

[192] رجدال فتيحة وسعداوي فطيمة، المرجع السابق، ص 65.

2- قضاء الإلغاء في منازعات تنفيذ الصفقة العمومية:

من حيث المبدأ المنازعات المتعلقة بالإجراءات التّي تتخذها الإدارة تُجاه المُتعاقد معها تندرج ضمن ولاية القضاء الكامل، حتى لو انصب النزاع على طلب إلغاء قرار إداري اتخذته الإدارة تُجاهه، وأساس ذلك أن ما تصدره الإدارة من قرارات تنفيذا للصفقة يدخُل في منطقة العقد مثل تلك الصادرة بتوقيع إحدى الجزاءات التعاقدية، أو فسخ العقد أو إنهائه، وتكون تلك القرارات والإجراءات هي منازعات حُقوقية تُثير ولاية القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء، وسبب ذلك عدم تقيّد الطعن بالإجراءات والمواعيد المُتعلقة بدعوى الإلغاء.[193]

والقرارات الإدارية التّي تُصدر عن المصلحة المتعاقدة في مجال تنفيذ الصفقة العمومية، هي إجراءات تتخذها الجهة الإدارية في منطقة العقد أثناء سريانه، كما أن أعمال التنفيذ في غالبيتها مُتصلة بالعقد وغير قابلة للفصل، وكذلك الحال بالنّسبة للمُتعاقد مع الإدارة، فإذا كان يستعمل الطعن بالإلغاء في الأعمال القابلة للفصل في مرحلة انعقاد العقد القائم على مُخالفة القرار الإداري للقواعد المشروعة، فإن كل أعمال التنفيذ التّي يكون لها مصلحة في الطعن فيها فإنّها تُخالف الشروط العقدية، ومخالفة العقد لا يمكن أن يُبنى عليه الطعن بالإلغاء.[194]

ثانيا: شُروط قُبول دعوى الإلغاء

لا يحق لأي شخص رفع دعوى الإلغاء ما لم يكن تتوفر فيه الشروط اللاّزمة لرفع الدعوى المتعلقة بالطاعن في حدّ ذاته(1)، والقرار المطعون فيه (2).

1- الشروط المتعلقة بالطاعن:

لقد وضع ق.إ.م.إ قاعدة عامة تسري على مختلف الطعون ومنها الطعن بالإلغاء أمام القاضي الإداري حينما نّص عليها في إحدى المواد لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائز لصفقة وله مصلحة قائمة في ذلك أو يُقرها القانون، ويُقرر القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليه، إذا فالشروط المتعلقة بالطاعن هي الصفة(أ)، المصلحة(ب).

[193] بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص 120.

[194] رجدال فتيحة وسعداوي فطيمة، المرجع السابق، ص 66.

أ- شرط الصفة:

يمكننا تعريف الصفة على أنّها السُلطة المُخولة للمتعامل المتعاقد في الالتجاء إلى القضاء لحماية حقه، وهي مُستمدة من كونه صاحب هذا الحق أو صاحب المركز القانوني موضوع النزاع،[195] فالطعن القضائي وسيلة خوّلها القانون لصاحب الحق لحمايته عن طريق الطعن في الحكم الصادر فيه، وبالتالي فتنتفي الصفة إذا أُستعملت من طرف من لم يكن طرفا في النزاع الأصلي والإخلال بقاعدة إتحاد أطراف الخُصومة سيُؤدي إلى تفويت درجة من درجات التقاضي على أحد الخصوم.[196]

ب- شرط المصلحة:

يقصد بضرورة توافر المصلحة كشرط لقبول الطعن في الأحكام حتمية ويأتي هذا الشرط تطبيق للقاعدة الرُومانية القديمة بأن المصلحة هي مناط الدعوى، ومفاد هذه القاعدة أنه لمّا كان الحق غير موجود بدون مصلحة ولمّا كانت الدعوى هي وسيلة حماية هذا الحق، فإن الدعوى لا يُمكن أن تُوجد بغير مصلحة، فالمبدأ إذن هو أنّه حيث لا مصلحة فلا دعوى بمعنى إذا لم يكُن هناك مصلحة في تعديل الحُكم فلا يُقبل الطعن فيه،[197] فمصلحة الشخص الطبيعي تتعلق بمنفعة مادية أومعنوية، أمّا بالنّسبة للشخص المعنوي فتتمثّل في مجموع الأهداف التّي يسعى إلى تحقيقها والتّي أنشئ من أجلها.[198]

- يجب أن ترفع من قبل محامي مُعتمد وجوبي وإلاّ رفضت الدعوى شكلا.
- دعوى الإلغاء تكون متزامنة مع دعوى وقف التنفيذ إلى غاية الفصل في الدعوى.

[195] عبعوب محمد الأمين، المرجع السابق، ص 35.

[196] المرجع نفسه، ص 35و36.

[197] المرجع نفسه، ص 36.

[198] رجدال فتيحة وسعداوي فطيمة، المرجع السابق، ص 68.

2- **الشروط المتعلقة بالقرار المطعون فيه:** وهي تلك الشروط المتعلقة بموضوع محل الدعوى للإلغاء بحيث يشترط أن يكون القرار المطعون فيه إداريا وأن يُصدر من سلطة إدارية ووطنية وأن يكون نهائي ويُحدث أثر قانوني.[199]

3- شرط الميعاد:

بالعودة إلى نص المادة 829 من ق.إ.م.إ يتضح من خلال النّص أن الدعوى في منازعات الصفقات العمومية مُرتبطة بمواعيد دقيقة ومحددة واجبة الاحترام، وهي خلال 4 أشهر وإلا عُدت الدعوى غير مقبولة.[200]

وحسب نّص المادة 830 من نفس القانون نجد أنّه يجُوز لصاحب رافع الدعوى أن يُقدم تظلما إداريا أمام الجهة الإدارية المُصدرة للقرار المطعون فيه خلال 4 أشهر، وعليه عند تقديم التظلم وبعد مرور مهلة شهرين من تقديمه فإن سكوت الإدارة يُعد رفضا، وتبدأ مدة حساب الشهرين من تاريخ تبليغه، وللمتظلم في حالة سُكوت الإدارة عن الرّد أن يستفيد من أجل شهرين لتقديم طعنه القضائي ويسري هذا الأجل إبتداءا من تاريخ انتهاء مُهلة الشهرين لتقديم التظلم، وفي حالة صُدور قرار صريح بالرفض من جهة الإدارة فللطاعن أن يرفع طعنه القضائي من تاريخ التبليغ بقرار الرفض الصريح.

ولميعاد رفع الدعوى أن يمتد لمجموع من الأسباب ذُكرت في نّص المادة 832 من ق.إ.م.إ بحيث تجعل ميعاد الدعوى بداية ونهاية جديدتان.[201]

---

[199] رجدال فتيحة وسعداوي فطيمة، المرجع السابق، ص 68.

[200] أنظر المادة 829 من قانون رقم 09/08، المتعلق بق.إ.م.إ، المرجع السابق.

[201] تنّص المادة 832، المرجع نفسه على مايلي: **" تنقطع آجال الطعن في الحالات الآتية:**

1. **الطعن أمام جهة قضائية إدارية غير مختصة،**
2. **طلب المساعدة القضائية،**
3. **وفاة المدعي أو تغيّر أهليته،**
4. **القوة القاهرة أو الحادث الفُجائي."**

الفرع الثاني:

جهة الاختصاص في دعاوى الإلغاء وسلطات القاضي الإداري

إن قضاء الإلغاء في المنازعات الإدارية يأتي محدودا ومحصورا ويتم اللّجوء إلى الجهات القضائية المختصة بإلغاء القرار الإداري، لذا سنتعرض إلى جهة الاختصاص في دعاوى الإلغاء (أولا)، وسلطات القاضي الإداري (ثانيا).

أولا: جهة الاختصاص في دعاوى الإلغاء

وتقتصر على جهتين تتمثل في المحاكم الإدارية ومجلس الدولة بحيث تختص الأولى بالطعون ضد القرارات الإدارية الصادرة عن الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية، أو الصادرة من البلدية أو من المؤسسات العُمومية ذات الصبغة الإدارية، وتحكُم بحُكم ابتدائي قابل للاستئناف على مُستوى مجلس الدولة.[202]

أمّا الثانية تفصل بحُكم ابتدائي ونهائي في جميع القرارات الصادرة عن السُلطات الإدارية المركزية، والهيئات الوطنية المستقلة والمُنظمات الإدارية.[203]

ثانيا: سلطات القاضي الإداري

إذا كان قضاء العقود الإدارية ومسؤولية الإدارة عن أعمالها غير التعاقدية هو المجال الأصيل للقضاء الكامل، فإن قضاء الإلغاء في مُنازعات العُقود الإدارية يأتي محدودا بحيث قام مجلس الدولة الفرنسي إلى إرجاعه إلى مبدأين وهما:

- ✓ **المبدأ الأول:** أنّها لا تُوجه للعقود ومن شروط قبول هذه الدعوى هو أن تُوجه إلى قرار إداري كون أن العقد توافق إرادتين بينما القرار هو تعبير عن إرادة الإدارة بمفردها.
- ✓ **المبدأ الثاني:** أنّه لا يُمكن الإسناد في قضاء الإلغاء إلى مُخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية كسبب من الأسباب التّي تُجيز طلب إلغاء القرار الإداري، فدعوى الإلغاء هي جزء لمبدأ المشروعية والالتزامات المُترتبة على العقود الإدارية هي التزامات شخصية.[204]

---

[202] أنظر المادتين 800 و801 من القانون 09/08، المتعلق بق.إ.م.إ، المرجع السابق.

[203] رجدال فتيحة وسعداوي فطيمة، المرجع السابق، ص 71 و72.

[204] بن معزوز خديجة وعباش لامية، المرجع السابق، ص 76 و77.

وتأسيسا على ذلك فقد أورّد مجلس الدولة الفرنسي استثناءا محدودا في حالة القرارات الإدارية المُنفصلة عن عملية التعاقد، فالأصل أن الطعن بالإلغاء لا يُكون إلاّ ضدّ القرارات الإدارية، كون أنّ الصفقة العمومية هي نتاج عملية مُركبة من عدّة مراحل تشمل كُل مرحلة عدّة قرارات إدارية، وهي عملية قانونية مُتكاملة تخرج ككل عن نطاق دعوى الإلغاء وتسهم في صنعها قرارات إدارية ينظر القاضي إلى كل منها على وجه الاستقلال ويُقبل الطعن فيها بالإلغاء.[205]

وللمتعامل المُتعاقد الحق في الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية المُنفصلة الصادرة من طرف الإدارة ليس استنادا لخرقها لبُنود العقد، وإنّما إلى خرقها للشُروط والإجراءات المنّصُوص عليها في القوانين واللّوائح كقرارات غير منشورة أو لم يستند في إصدارها إلى صفتها كمُتعاقدة.[206]

ولقد أوضح مجلس الدولة الفرنسي أساس التفرقة من خلال هاتين الحالتين:

- حالة صدور القرارات الإدارية استنادا إلى الشروط الواردة في دفتر الشروط وعلى المتعاقد هنا اللّجوء إلى القضاء الكامل.
- حالة صدور القرارات المطعون فيها استنادا إلى القوانين واللّوائح، هنا على المصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى قضاء الإلغاء للحكم على مشروعية الإدارة في ذاتها وبغض النظر عن العقد وأحكامه.[207]

[205] بن معزوز خديجة وعباش لامية، المرجع السابق، ص 77.

[206] المرجع نفسه، ص 77.

[207] المرجع نفسه، ص 77.

من خلال ما سبق يتضح لنا أن المشرع قد أرسى قاعدة الحّل الوّدي لتسّوية المُنازعات الناشئة أثناء تنفيذ الصفقة، ويكون هذا عن طريق المصلحة المُتعاقدة ولجنة تسّوية النّزاعات المُختصة وأيضا عن طريق الطُرق البديلة ومن بينها التحكيم حيث نجد أن المُشرع أجاز لأشخاص القانون العام المذكُورة في المادة 800 من ق.إ.م.إ اللُّجوء إلى التحكيم في مجال الصفقات العمومية وعند فشل التسّوية الوّدية يتم اللُّجوء إلى القضاء وذلك عن طريق دعويين وهُما دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل وأساس الطعن في الدعوى الأولى أنّه ينصّب على القرارات الإدارية المُنفصلة، ولرفع هذه الدعاوى يجب توفُر مجموعة من الشُروط كالصفة، المصلحة، وجهة الاختصاص.

خاتمة

عمل المشرع على إيجاد الضمانات الضرورية في مرحلة تنفيذ وإنهاء الصفقة، وذلك من خلال تحديد الالتزامات التي تقع على عاتق الأطراف وبالخصوص المتعامل المتعاقد، وبمقابل هذه الالتزامات نجد أن المشرع قد نظم أهم حقوقه والتّي تعتبر ضمانات له والتّي تتمثل أساسا 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 اللّجوء إلى القضاء للمطالبة بحقه في إعادة التوازن المالي للصفقة عند حدوث ظروف خارجة عن إرادة الأطراف، وتعتبر ضمانة مهمّة لكونّها تهدف إلى تحقيق التوازن المالي لصفقة وإعادة المتعامل المتعاقد إلى وضعه الطبيعي بتعويض كامل أو جزئي.

وبمقابل هذه الحقوق تقع على عاتق المتعامل المتعاقد التزامات وتعد حقوق بالنّسبة للمصلحة المتعاقدة، فهو مُلزم بالأداء الشخصي والمرضي لموضوع الصفقة وأداء الخدمة بحسب الكيفيات والمدّة المحدّدة في دفتر شروط الصفقة المُبرمة، والقيام بإنجاز موضوع الصفقة بحسن النّية وبأحسن وجه بهدف ضمان حسن سيّر المرافق العامة.

وعند إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته تملك المصلحة المتعاقدة سُلطة فرض العقوبات وتوقيع الجزاءات، وتتمثل هذه الجزاءات في الجزاءات المالية، والجزاءات الضاغطة، والجزاءات الفاسخة، وهذه الجزاءات تعتبر ضمانات جد صارمة للمصلحة المتعاقدة مُقارنة بتّلك المتعلقة بالمتعامل المتعاقد، وهذا ما يستدعي توفير الحماية القانونية والقضائية عند تعسف الإدارة في استعمال السلطات المخوّلة لها.

وفي حالة نُشوء نزاع بين الأطراف المتعاقدة نجد أن المشرع الجزائري خوّل حق اللّجوء إلى القضاء لتسوية النزاعات التي تطرأ أثناء تنفيذ الصفقة العمومية وهذا في حالة فشل التسوية الوّدية للنزاع والتّي تتّم عن طريق المصلحة المتعاقدة، ولجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة، وكذلك عن طريق الطرق البديلة والتّي تتمثل في الصلح، الوساطة، التحكيم.

وتسوية النزاعات عن طريق اللّجوء إلى القضاء يتم عن طريق دعويين دعوى القضاء الكامل ودعوى الإلغاء، وتعتبر دعاوى القضاء الكامل من الدعاوى التي يتمتع فيها القاضي الإداري بسلطات واسعة مقارنة بسلطات المحدودة التي يتمتع بها القاضي في دعاوى الإلغاء وهذا الأمر يتماشى ويخدم طبيعة الصفقات العمومية.

كوّن الصفقات العمومية تعتبر وسيلة لتجسيد البرامج التنّموية، وتحقيق التنمية للدولة، إلا أنّها وفي الوقت نفسه تُعد أبرز مجال لتفشي ظاهرة الفساد بصوّره المختلفة ولذلك تُعد جرائم الصفقات العمومية من أخطر الجرائم، ولذلك تدخل المُشرع لردعها وذلك بموجب قانون العقوبات، وبعد ذلك أُلغيت الأحكام المتعلقة بهذه الجرائم وأعاد تنّظيمها القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، حيث حصرها في جريمة الامتيازات غير المبررة وتنقسم إلى صوّرتين هي المحاباة وجريمة استغلال نفوذ أعوان الدولة للحصول على امتيازات غير مبررة، وجريمة الرشوة وهي جريمة يتلقى فيها المُوظف العمومي منفعة مادية أو معنوية نظير إرساء الصفقة على من يدفع لا على من يستحق، وجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية وهي أخذ المسؤول عن رقابة الصفقة أو الإشراف عليها فوائد بصفة غير شرعية منها.

ونظرا لحساسّية وصعوبة اكتشاف أساليب الفساد في الصفقات العمومية تبقى المُقاربة القانونية لمكافحة الفساد في الصفقات العمومية ليست الكفيلة وحدها لمعالجة الظاهرة، بل لابُد من توافر وتضافر الجهود للقضاء على هذه الظاهرة الخطيرة لحماية المال العام.

وبذلك فإن تنظيم مجال الصفقات العمومية بهذا الشكل وتضمينها ضمانات بهذه الكيفية يُساهم في تنفيذ الصفقات العمومية بالمعايير المُتفق عليها، دون تكاليف إضافية ناتجة عن عدم التطابق أو خوض إجراءات التقاضي المُعقدة.

قائمة المراجع

أولا: باللّغة العربية

1- الكتب:

1.الأعرج محمد، نظام العقود الإدارية والصفقات العمومية وفق قرارات وأحكام القضاء الإداري المغربي، ط3، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، د.ب.ن، 2011.

2. بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

3. بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، ط2، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

4. ---------، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط4، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

5. خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية (شروط قبول دعوى تجاوز السلطة ودعوى القضاء الكامل)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.

6. ---------، شروط قبول الدعوى الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.

7. سرايش زكريا، الوجيز في شرح أحكام الكفالة والرهن الرسمي وفق القانون الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2010.

8. شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الهيئات والإجراءات أمامها،ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.

9. عبد العزيز خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتاب الحديث، د.ب.ن، 2008.

10. عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، نظرية الدعوى الإدارية، ج2، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.

11.---------، القانون الإداري (النشاط الإداري)، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

12. كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار جيطلي للنشر والتوزيع، الجزائر،2012.

13. لباد ناصر، القانون الإداري: النشاط الإداري، ج2، لباد للنشر، 2004.

14. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، الدار الجامعية للطباعة والنشر، مصر، 2000.

15. مازن ليلو راضي، الوجيز في القانون الإداري، د.د.ن، مصر، د.س.ن.

16. محمد رفعت عبد الوهاب، أصول القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.

17. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة، عمان، 2010.

18. معاشو عمار، النظام القانوني لعقود المفتاح في اليد بالجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.

2- الرسائل والمذكرات العلمية:

*** الرسائل:**

1. بوصنوبرة خليل، القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه وفقا للقانون الجزائري، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2008.

2. تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2013.

3. خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2015.

4. علة كريمة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، تخصص القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013.

***مذاكرات الماجستير:**

1. أكرور مريم، السعر في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008.

2. العيش فضيل، الصلح في المنازعات الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص الإدارة والمالية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2003.

3. بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009.

4. بعيط عائشة، ضمانات مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص دولة ومؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014.

5. بن زمام عبد الغاني، تمويل الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008.

6. حابي فتيحة، النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية (في ظل المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المعدل والمتمم)، مذكر لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2013.

7. خضري حمزة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة بسكرة، 2005.

8. خلف الله كريمة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص التنظيم الاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2013.

9. زوايد مراد، النظام القانوني للوفاء بالمقابل المالي بقانون الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2012.

10. زيري زهية، الطرق البديلة لحلّ النزاعات طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون المنازعات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2015.

11. سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2013.

12. شقطمي سهام، النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة عنابة، 2011.

13. لوز رياض، دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية (المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007.

14. محفوظ عبد القادر، سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد- دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2014.

*** مذكرات تخرج المدرسة العليا للقضاء:**

1. حريقن شيخ نادية، تنفيذ العقد الإداري، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 18، الجزائر، 2010.

2. خنوش فارس، النظام القانوني لصفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري في ظل المرسوم الرئاسي 02-250 المعدل والمتمم، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 14، الجزائر، 2006.

*** مذاكرات الماستر:**

1. بجادي طارق، ضمانات مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2014.

2. بن معزوز خديجة وعباش لامية، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق، جامعة بجاية، 2011.

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 وبن وارث كاتية، رقابة القاضي الإداري على الأعمال القانونية للجماعات المحلية– القرارات الإدارية، والصفقات العمومية–، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الجماعات المحلية والهيئات الإقليمية، كلية الحقوق، جامعة بجاية، 2015.

5. بوشيرب مليكة، المتعامل مع الإدارة في عقود الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص الهيئات الإقليمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2014.

6. تغيلت محند الصالح وركال عبد النور، تنفيذ الصفقات العمومية على ضوء المرسوم الرئاسي 10–236 ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص القانون العام للأعمالّ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2011.

7. حمادي نيسات وحرفوش فطيمة، التحكيم في العقود الإدارية (الصفقات العمومية كنموذج) – دراسة مقارنة–، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2015.

8. رجدال فتيحة وسعداوي فطيمة، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الجماعات المحلية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2014.

9. عبعوب محمد الأمين، التقاضي على درجتين في القضاء الإداري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق، جامعة ورقلة، 2015.

10. مبروكي مصطفى، الرقابة الإدارية على إبرام الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2014.

3- المحاضرات

. تياب نادية، سلسلة محاضرات في مقياس الصفقات العمومية، ألقيت على طلبة الماستر(قانون أعمال)، جامعة بجاية، 2015 (منشورة).

4- المقالات والمداخلات:

- **المقالات:**

1. محمد راشد القباني، "نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي بحث مقارن"، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، عدد2، د.س.ن، ص ص 121-181.

2. مصطفاوي عايدة، "الضمان العشري والضمانات الخاصة لمشيدي البناء في التشريع الجزائري والتشريع المقارن"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 6، جامعة البليدة، 2012، ص ص 259-278.

- **المداخلات:**

. بلحاج نصيرة، "تحديد السعر في الصفقات العمومية وفق التشريع الجزائري"، مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني السادس حول "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، يوم 20 ماي 2013 ، كلية الحقوق، جامعة المدية، ص ص 1-7.

5- النّصوص القانونية:

- **الدستور:**

. دستور الجمهورية الجزائرية الشعبية الديمقراطية الموافق عليه باستفتاء 28-11-1996، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 7-12-1996، ج.ر.ج.ج، عدد 76 الصادر بتاريخ 08-12-1996، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 02-03 مؤرخ في 10-04-2002، ج.ر.ج.ج، عدد 25 الصادر بتاريخ 14-04-2002، وبموجب القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15-11-2008، ج.ر.ج.ج، عدد 63، الصادر بتاريخ 16-11-2008، وبموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6-03-2016، ج.ر.ج.ج، عدد 14، الصادر في 7 مارس 2016.

- **النّصوص التشريعية:**

1. أمر رقم 67-90 مؤرخ في 10-06-1967، المتعلق بقانون الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج، عدد 52 لسنة 1967، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991، المتعلق بإعادة تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج، عدد 57، الصادر في 13 نوفمبر 1991 (ملغى).

2. أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26-09-1975، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، على موقع الأمانة العامة للحكومة: www.joradp.dz-Acivil.pdf.

3. قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج، عدد 21، الصادر في 23 أفريل 2008.

- **النّصوص التنظيمية:**

1. مرسوم رئاسي رقم 02-250 مؤرخ في 24-6-2002، يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج، عدد 52 لسنة 2002، المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي 03-301 المؤرخ في 11-9-2003، المتعلق بتنظيم الصفقات، ج.ر.ج.ج، عدد 55، الصادر في 14-9-2003، وبموجب المرسوم 08-338 المؤرخ في 26-1-2008، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج، عدد 62، الصادر في 9-11-2008 (ملغى).

2. مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 7-10-2010، يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج، عدد 58، الصادر في 7-10-2010، المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي 11-98 المؤرخ في 1-3-2011، ج.ر.ج.ج، عدد 14، الصادر في 6-3-2011، وبموجب المرسوم الرئاسي 11-222، المؤرخ في 11-6-2011، ج.ر.ج.ج، عدد 34، الصادر في 19-6-2011، وبموجب المرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ في 18-1-2012، ج.ر.ج.ج، عدد 04، الصادر في 2012، وبموجب المرسوم الرئاسي 13-03 المؤرخ في 13-1-2013، ج.ر.ج.ج، عدد 2 لسنة 2013 (ملغى).

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

4. مرسوم تنفيذي رقم 145/28 مؤرخ في 10-04-1982، المتعلق بتنظيم صفقات المتعامل العمومي، ج.ر.ج.ج، عدد 15، الصادر في 13-04-1982.

5. مرسوم تنفيذي رقم 98-67 مؤرخ في 21-02-1998، يتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية وتنظيمه وسيره، ج.ر.ج.ج، عدد11، الصادر في 28-02-1998.

ثانيا: باللغة الفرنسية

Ouvrages :

1- DE L' AUBDAIR André, MODERNE Frank et DELVOLVE Pierre, Traité des contrats administratifs, Tome second, L.G.D.J, Paris, 1984.

2- AOUDIA Khaled, LALLEM Mohemed et LAOUER Rachida, Gestion des marchés publics, I.S.G.P, 2003.

3- LAJOYE Christophe, Droit des marchés publics, BERTI EDITION, Alger, 2007.

الفهرس

الموضوع الصفحة

إهداء

شكر وتقدير

مقدمة.....2

الفصل الأول: ضمانات الأطراف المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية.....8

المبحث الأول: الضمانات التّي تقع على عاتق المصلحة المتعاقدة.....9

المطلب الأول: الحق في المقابل المالي.....9

الفرع الأول: صوّر المقابل المالي.....10

أولا: السعر الإجمالي والجزافي.....10

ثانيا: سعر الوحدة.....11

ثالثا: السعر بناء على نفقات المراقبة.....11

رابعا: تحديد الأجر بسعر مختلط.....11

الفرع الثاني: مراجعة السعر.....12

أولا: السعر الثابت.....12

ثانيا: السعر القابل للمراجعة.....13

المطلب الثاني: ضمانة الدفع والحق في الحفاظ على التوازن المالي للعقد.....13

الفرع الأول: كيفية الدفع.....13

أولا: التسبيق.....14

1- التسبيق الجزافي.....14

2- التسبيق على التموين.....15

ثانيا: الدفع على الحساب.....16

1- تعريف الدفع على الحساب.....16

2- تسديد الدفع على الحساب.....16

ثالثا: التسوية على رصيد الحساب.....17

1- صوّر التسوية على رصيد الحساب.....17
أ- التسوية على رصيد الحساب المؤقت.....17
ب- التسوية على رصيد الحساب النهائي.....17
2_ تسديد رصيد الحساب.....17
الفرع الثاني: الحق في الحفاظ على التوازن المالي للعقد.....18
أولا: التعويض على أساس نظرية المخاطر الإدارية.....19
1-المقصود بنظرية فعل الأمير.....19
2- الأساس الذي تستند إليه نظرية فعل الأمير.....20
3- شروط تطبيق نظرية فعل الأمير..... 20
4- الآثار المترتبة عن تطبيق نظرية فعل الأمير.....21
ثانيا: التعويض على أساس نظرية المخاطر الاقتصادية.....22
1-المقصود بنظرية الظروف الطارئة.....22
2- الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة.....23
3- شروط تطبيق نظرية الظُروف الطارئة.....24
4- الآثار المترتبة تطبيق نظرية الظُروف الطارئة.....25
ثالثا: التعويض على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.....26
1-المقصود بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.....26
2- شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.....27
3- آثار تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.....27
المبحث الثاني: الضمانات التّي تقع على عاتق المتعامل المتعاقد.....29
المطلب الأول: الضمانات المالية.....29
الفرع الأول: الكفالة.....30
أولا: الطابع الإلزامي لتقديم الكفالة.....30
ثانيا: صوّر الكفالة في تنفيذ الصفقات العمومية.....30

1- كفالة تعهُد.....30
2- كفالة استرجاع التسبيقات.....31
3- كفالة حُسن التنفيذ.....31
4- كفالة الضمان.....32
ثالثا: أدوات تنفيذ نظام الكفالة.....32
1- البنوك.....33
2- صندوق ضمان الصفقات العمومية.....33
أ- الرهن الحيازي للصفقة.....35
ب- الضمان الإحتياطي.....35
الفرع الثاني: ضمانات مالية أخرى.....37
أولا: الضمانات ذات الصيغة الحكومية.....37
ثانيا: إقتطاعات حُسن التنفيذ.....38
ثالثا: إقتطاع الضمان.....39
المطلب الثاني: ضمانات التنفيذ التقنّي.....39
الفرع الأول: إلتزامات المتعامل المتعاقد.....40
أولا: الأداء الشخصي للخدمة موضوع العقد.....40
ثانيا: أداء الخدمة حسب الكيفيات والشروط المتعاقد عليها.....41
ثالثا: الإلتزام بتنفيذ موضوع الصفقة بطريقة سليمة وعناية تامة.....41
رابعا: احترام الآجال اللاّزمة لتنفيذ العقد.....41
خامسا: الضمان العُشري.....42
سادسا: الالتزام بدفع الكفالات ومبالغ الضمان المطلوبة.....42
الفرع الثاني: الجزاءات المترتبة عن عدم تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته التعاقدية.....43
أولا: الجزاءات المالية.....43
1- التعويض.....43

2- الغرامات التأخيرية.....43
أ- الحالة الأولى: حالة عدم تنفيذ الالتزامات محل التعاقد في الأجل المتفق عليه.....43
ب- الحالة الثانية: حالة التنفيذ غير المطابق.....44
3- صادرة مبلغ الضمان.....44
ثانيا: الجزاءات الضاغطة.....45
ثالثا: الجزاءات الفاسخة.....45
الفصل الثاني: ضمانات تسوية النزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقة العمومية.....48
المبحث الأول: التسوية الودية للنزاع 49
المطلب الأول: التسوية عن طريق المصلحة المتعاقدة ولجنة تسوية النزاعات.....49
الفرع الأول: التسوية عن طريق المصلحة المتعاقدة.....49
أولا: الطابع الإلزامي للحلّ الرضائي.....50
ثانيا: التفاوض المباشر.....50
1- أن تحترم الإدارة المعنية التشريع والتنظيم الجاري بهما العمل وأن لا تُخالفه.....51
2- الحرص على إيجاد التوازن في تحمل التكاليف بين الطرفين المتعاقدين.....51
3- التوصل إلى تنفيذ أسرع لموضوع الصفقة.....51
4- البحث عن تسوية نهائية في أسرع وقت وبأقل تكلفة.....51
الفرع الثاني: التسوية أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة 52
أولا: تشكيلة اللّجنة.....52
ثانيا: كيفية عرض النزاع على اللّجنة.....54
المطلب الثاني: التسوية عن طريق الطرق البديلة.....55
الفرع الأول: الصلح والوساطة.....55
أولا: الصلح.....55
1- تعريف الصلح.....55
2- مجال قيام الصُلح في منازعات الصفقات العمومية.....56

3- إجراءات قيام الصلح.....56
4- النتائج المترتبة على إجراء مُحاولة الصلح.....57
ثانيا: الوساطة.....57
1- تعريف الوساطة.....57
2- مدّة الوساطة.....58
3- الشُروط الواجبة في الوسيط.....58
4- صلاحيات والتزامات الوسيط ورقابة القاضي للوساطة وأعمال الوسيط.....59
5- تثبيت الاتفاق وآثار الوساطة.....59
الفرع الثاني: التحكيم.....60
أولا: مفهوم التحكيم.....60
1- تعريف التحكيم.....60
2- الأساس القانوني للتحكيم.....60
3- صوّر التحكيم.....61
أ- شرط التحكيم.....61
ب- مُشارطة التحكيم.....61
ثانيا: إجراءات التحكيم 61
1- هيئة التحكيم والإجراءات أمامها.....61
أ- هيئة التحكيم.....61
ب- الإجراءات أمام هيئة التحكيم.....62
صدور وتنفيذ الحكم أو القرار التحكيمي.....64
أ- صدور الحكم أو القرار التحكيمي.....65
ب- تنفيذ الحكم أو القرار التحكيمي.....66
2- طرق الطعن في الحكم أو القرار التحكيمي.....68
أ- الطعن بالاستئناف.....68

ب- الطعن بالبطلان.....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 وصوّر المنازعات الداخلة في ولاية القضاء الكامل.....70
أولا: سُلطات القاضي الإداري في دعاوى القضاء الكامل في مجال الصفقات العمومية.....71
ثانيا: صوّر المنازعات الداخلة في ولاية القضاء الكامل.....71
1- دعوى التعويض.....71
2-دعوى البُطلان.....72
أ- الرضا.....73
ب- المحل.....73
ج- السبب.....74
3- دعوى الفسخ.....74
الفرع الثاني: شُروط قُبول دعوى القضاء الكامل والجهة القضائية المختصة فيها.....74
أولا: شروط قبول دعوى القضاء الكامل.....75
1- شرطي الصفة والمصلحة.....75
أ- شرط الصفة.....75
ب- شرط المصلحة.....75
2- شرط الميعاد.....76
ثانيا: الجهة المختصة في دعاوى القضاء الكامل.....76
1- الاختصاص النوعي.....76
2- الاختصاص المحلي.....77
المطلب الثاني: التسوية عن طريق دعوى الإلغاء في مجال الصفقات العمومية.....78
الفرع الأول: المنازعات التّي تدخُل في إطار دعوى الإلغاء وشروط قُبول الدعوى.....79
أولا: المنازعات التّي تدخل في إطار دعوى الإلغاء.....79

1- القرارات الإدارية المنفصلة وأثر إلغائها على عقد الصفقة العمومية.....80
2- قضاء الإلغاء في منازعات تنفيذ الصفقة العمومية.....81
ثانيا: شُروط قبول دعوى الإلغاء.....81
1- الشروط المتعلقة بالطاعن.....81
أ- شرط الصفة.....82
ب-شرط المصلحة.....82
2- الشُروط المتعلقة بالقرار المطعون فيه.....83
3- شرط الميعاد.....83
الفرع الثاني: جهة الاختصاص في دعاوي الإلغاء وسلطات القاضي الإداري.....84
أولا: جهة الاختصاص في دعاوي الإلغاء.....84
ثانيا: سلطات القاضي الإداري.....84
خاتمة.....88
قائمة المراجع.....91
الفهرس.....100

ملخص المذكرة:

لتحقيق حُسن تنفيذ الصفقة العمومية نّص المشرع على مجموعة من الضمانات ممنوحة لطرفيّ الصفقة والمُتمثلة في ضمانات المتعامل المتعاقد وكذلك ضمانات المصلحة المتعاقدة، بحيث تلك الضمانات مُصنفة إلى صنفين، حيث الصنف الأول مُنح في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية أما الصنف الثاني فإنّها تُثار في حالة نشوء نزاع.

فبالنّسبة لضمانات تنفيذ الصفقة العمومية فهي محصورة في الحق في المُقابل المالي والحق في الحفاظ على التوازن المالي للصفقة وكذلك ضمانات التنفيذ المالي والتّقني لها، أمّا في حالة نُشوء نزاع وُجب تسويته إمّا عن طريق التسوية الوُدية أو اللّجوء أمام التسوية القضائية للنزاع.

Résumé :

L’exécution d’un marché public, nécessite une panoplie de garanties qui sont consacrées par le législateur Algérien. On cite entre autres la garantie conférée au cocontractant et celle liée à le service contractant. De telles garanties sont classées en deux types; celles inhérentes à l’exécution du marché, et celles qui peuvent être évoquées en cas de litige. S’agissant du premier type de garantie, elles se limitent à contrepartie financière, le droit à la préservation de l’équilibre financier et concerne également les garanties d’exécution financier et technique.

S’agissant du second type, en cas de litige les deux parties ont l’obligation de le résoudre par les moyennes extra- judiciaires ou judiciaires.