وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة قاصدي مرباح – ورقلة–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

مذكرة مكملة لنيل متطلبات شهادة ماستر أكاديمي

الميدان: حقوق وعلوم سياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: قانون إداري

إعداد الطالبات:

– كراكري مسعودة

– مش خيرة

بعنوان:

ضمانات تنفيذ الصفقات العمومية

نوقشت وأجيزت بتاريخ: 2018/06/07

أمام اللجنة المكونة من السادة:

الدكتور: بوليفة محمد عمران	أستاذ محاضر أ (جامعة قاصدي مرباح ورقلة)	رئيسا
الدكتور: حساني محمد منير	أستاذ محاضر أ (جامعة قاصدي مرباح ورقلة)	مشرفا ومقررا
الدكتور: بن آكلي نصير	أستاذ محاضر ب (جامعة قاصدي مرباح ورقلة)	مناقشا

الموسم الجامعي:2018/2017

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة قاصدي مرباح – ورقلة–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

مذكرة مكملة لنيل متطلبات شهادة ماستر أكاديمي

الميدان: حقوق وعلوم سياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: قانون إداري

إعداد الطالبات:

– كراكري مسعودة

– مش خيرة

بعنوان:

ضمانات تنفيذ الصفقات العمومية

نوقشت وأجيزت بتاريخ: 2018/06/07

أمام اللجنة المكونة من السادة:

الدكتور: بوليفة محمد عمران	أستاذ محاضر أ (جامعة قاصدي مرباح ورقلة)	رئيسا
الدكتور: حساني محمد منير	أستاذ محاضر أ (جامعة قاصدي مرباح ورقلة)	مشرفا ومقررا
الدكتور: بن آكلي نصير	أستاذ محاضر ب (جامعة قاصدي مرباح ورقلة)	مناقشا

الموسم الجامعي:2018/2017

الإهداء

إلى من ربتني وسهرت الليالي من أجلي وأعانتني بالدعاء

وكانت دوما إلى جانبي إلى ملهمتي في حياتي فكانت أحق بصحبتي

أمي ثم أمي ثم أمي

إلى روح أبي الغالي الذي أسأل الله أن يرحمه في مرقده، وأن يصله ثواب عمله

الذي لم ينقطع عن الدنيا لأني سأكون الولد الصالح الذي أدعو له

إلى من قاسموني وقتهم، زوجي رياض الذي شجعني وإلى أولادي

طه منيب فاطمة الزهراء مريم البتول ومحمد عبد المنعم

إلى اخوتي وأخواتي

إلى أخي الذي لم تلده أمي وليد

إلى كل زملاء العمل خاصة السيد بوليفة عبد الرحيم

والسيد قدوري أحمد، وإلى كل زملاء الدراسة وكل من فرح من أجلي وتمنى لي النجاح في حياتي

إليهم جميعا

أهدي ثمرة جهدي

خيرة مش

الإهداء

إلى رمز التضحية إلى الشمعة التي تحترق لتضيء دربي إلى أمي ثم أمي

(زهـرة) أطال الله في عمرها.

إلى روح أبي أنار الله قبره وطيب ثراه.

إلى سندي وانسي في هذه الحياة الى كل إخوتي.

الى كل زملائي في الدراسة.

شكر خاص إلى الأخ والزميل عبد العزيز بلغليفي الذي أنار لي الطريق لمتابعة دراستي

إلى كل زملاء العمل بمديرية الإدارة المحلية مصلحة التنشيط المحلي والصفقات والبرامج.

أهدي ثمرة عملي المتواضع.

مسعودة كراكري

شكر وتقدير

«رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ» النمل الآية (19)

فالحمد لله والشكر كله لله والصلاة والسلام على رسول الله على توفيقه لنا على انجازنا لهذا العمل

كما نتقدم بخالص الشكر والتقدير والعرفان للأستاذ المشرف حساني محمد منير على قبوله الإشراف على هذا العمل وعلى كل معلومة قيمة قدمها لنا

ولأعضاء لجنة المناقشة لكم أسمى عبارات التحية والتقدير

ولا ننسى إيصال الشكر لكل عمال مكتبة الحقوق بجامعة قاصدي مرباح ورقلة

على المساعدة التي قدموها لنا خاصة السيد عبد القادر

ونشكر كل من ساهم من قريب ومن بعيد في انجاز هذا العمل المتواضع

قائمة الاختصارات

أولا: بالعربية

ط: الطبعة

ص: الصفحة

دط: دون طبعة

ج رج ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية

ق ص ع و ت م ع: قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

ق إ م إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ق م ج: القانون المدني الجزائري

د س ن: دون سنة نشر

ثانيا: بالفرنسية

SE : sans Edition

مقـــدمـــة

مقدمة

اتسع نشاط الإدارة وأصبحت وظيفتها اليوم متشعبة، فبعدما كانت مقتصرة على وظيفتي الأمن والقضاء، دخلت في الميدان الاقتصادي والاجتماعي، وأصبحت تشرف على جميع نواحي الحياة في الدولة من أجل غاية أساسية تتمثل في إشباع حاجات المواطنين. ولتحقيق هذه الغاية تلجأ الإدارة إلى عدة وسائل تتيحها لها القوانين والتنظيمات، لذلك فهي تعتمد في مباشرة وظائفها على أساليب متعددة وذات طبيعة مختلفة، فقد تكون أعمالا مادية أو تصرفات قانونية.

ونقصد بالتصرفات القانونية، أن تفصح الادارة عن نيتها في إحداث أثر قانوني معين، سواء بالاستناد إلى إرادتها المنفردة وهو ما يعرف بالقرار الاداري، أو استنادا إلى توافق إرادتين، وهو العمل التعاقدي الذي لا يقل أهمية عن القرار الاداري، وقد اعترف المشرع لجهة الإدارة بأهلية التعاقد بغرض تمكينها من تحقيق الأهداف المنوطة بها، غير أن الإدارة وهي تدخل في روابط عقدية مع الغير نجدها أحيانا تخضع للقانون الخاص، وأحيانا أخرى تخضع للقانون العام، وهو ما يعرف بالعقد 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.

ومن أشهر العقود التي تبرمها الإدارة مع الأفراد، نجد الصفقات العمومية التي تخضع لنظام قانوني متميز مقارنة بالعقود الأخرى، حيث عرفها المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنها: «عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم بمقابل مالي مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات». وتسعى الادارة من خلال ابرام الصفقات العمومية إلى احترام مبادئ حرية الوصول الى الطلبات العمومية، ومبدأ المساواة في معاملة المرشحين والشفافية في الاجراءات. وتجسيدا لذلك تم إدراج نظام خاص بالضمانات، يهدف لتنفيذ الأطراف المتعاقدة لالتزاماتها وعدم المساس بحقوقها التعاقدية، وذلك في شكل مبادئ وإجراءات تميزت بها الصفقة العمومية عن باقي العقود الأخرى، حيث نصت المادة 124 من المرسوم الرئاسي رقم15-247، 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»، فالمشرع الزم المصلحة المتعاقدة على الأخذ بهذه الضمانات، من أجل تأمين تسيير عقلاني للموارد العمومية، وتنفيذ أحسن للطلب العمومي، شملت كل مراحل الصفقة العمومية، بدءا بتكوينها مرورا بإبرامها وصولا إلى تنفيذها.

وتعد مرحلة التنفيذ أهم مراحل الصفقة العمومية، والتي تتجسد زمنيا ابتداء من تبليغ الأمر بالخدمة من طرف المصلحة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد إلى غاية الاستلام المؤقت فالنهائي لمحل الصفقة، وبمجرد دخول الصفقة العمومية حيز التطبيق والتنفيذ ينتج عنها آثار ونتائج قانونية متمثلة فيما يتولد عنها من حقوق والتزامات تسري حيال الطرفين، وبهدف توفير الحماية لمصلحة المتعامل المتعاقد من جهة، وحماية المال العام من جهة أخرى، يجب تأمين مرحلة التنفيذ وما يتولد عنها من آثار بضمانات تكفل السير الحسن والعادي للصفقة العمومية تجسيدا لمبدأ استمرار المرافق العامة واطراد عملها.

ففي الحالة العادية، يسير تنفيذ الصفقة وفق الشروط والكيفيات والآجال المتفق عليها، وهو ما تهدف اليه الادارة من وراء ابرامها للصفقة العمومية، ولكن قد تخرج الأمور عن مسارها العادي، ويتوقف سير التنفيذ أو قد تطول مدته، وهي الحالة غير العادية، وهذه الحالة قد تكون بسبب ظروف جديدة لم تكن وقت ابرام الصفقة، أو بسبب المساس بالحقوق أو الاخلال بالالتزامات، كما قد تكون بسبب نزاعات نجمت وقت التنفيذ هذه الأسباب تشكل في ذاتها عائقا أمام السير العادي للتنفيذ، وقد تصدى لها المشرع بآليات، مرجعها الأصلي سلطات تتمتع بها الادارة في مواجهة المتعاقد معها، مستمدة من طبيعة العقد الاداري، وحقوق ممنوحة للمتعامل المتعاقد انصافا له.

ويستمد موضوع ضمانات تنفيذ الصفقات العمومية أهميته من الموضوع الأم، وهو موضوع الصفقات العمومية، والتي احتلت مكانتها التي تليق بها بالنظر إلى الدور الكبير، والهام الذي تؤمنه لتنمية الاقتصاد الوطني، باعتبارها أداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية على حد سواء، إذ لا يتصور استغناء الإدارة العمومية عن اللجوء لإبرامها، وفي سعيها لإشباع الحاجات العامة.

كما تبرز أهمية الصفقات العمومية من خلال علاقتها بالخزينة العامة، فهي تكلف خزينة الدولة اعتمادات مالية ضخمة بحكم تعدد وتنوع الهيئات الإدارية من جهة وبحكم تنوع الصفقات العمومية من جهة أخرى. وحتى لا تتعطل المشاريع وتسلم حسب الكيفيات والآجال المتفق عليها، وللمحافظة على المال العام رصد المشرع الجزائري جملة من الضمانات في مرحلة تنفيذ الصفقة، من هنا تبرز أهمية موضوع ضمانات تنفيذ الصفقة العمومية. ولأن العبرة بالنتيجة ألا وهي تنفيذ الصفقة العمومية فإن هذه الدراسة تتناول فقط تلك الضمانات التي تحقق هذه النتيجة والمقررة في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية.

ويرجع اختيار الموضوع لأسباب موضوعية متعلقة بإشكال قانوني متمثل في مدى توفير المشرع لضمانات تنفيذ الصفقات العمومية من خلال التعديلات التي جاء بها في المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

وبما أن الهدف الأساسي من إبرام الصفقات العمومية هو تنفيذها وتجسيدها على أرض الواقع. وباعتبار الصفقة العمومية أداة للصرف العام أحاطها المشرع بجملة من الضوابط تضمن تنفيذ الصفقة العمومية وتوفر حماية للمال العام، وهو ما يثير التساؤل حول الضمانات التي يوفرها القانون الجزائري، لتأمين التنفيذ الكامل والأمثل للصفقات العمومية.

فما هي الضمانات التي وفرها القانون الجزائري لتأمين تنفيذ الصفقة العمومية؟

وقد تناولت دراسات كثيرة موضوع الصفقات العمومية بصفة عامة، وموضوع الضمانات بصفة خاصة، لكنها من زوايا مختلفة، فمنها ما درست موضوع الضمانات العقدية للصفقات العمومية بمرحلتيها ومنها ما تناول موضوع الضمانات المالية، وكلها تتقاطع مع موضوع دراستنا وتلتقي معه في نقاط عدة، وهذا إن دل على شيء فإنه يدل على أهمية الموضوع، وما يميز دراستنا هو تناولها لموضوع الضمانات في مرحلة التنفيذ فقط، لذلك سوف نحاول في هذه الدراسة الوقوف على هذا الدور حتى تكون إضافة وتغطية لما لم تتناوله الدراسات السابقة.

وللوقوف على إجابة عن الإشكالية المطروحة تم الاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي وذلك من خلال إجراء دراسة تحليلية لأهم الضمانات التي رصدها المشرع والمنظم، في مرحلة التنفيذ لتبيان دورها في التنفيذ بالإضافة إلى المنهج الاستقرائي للنصوص القانونية ذات الصلة.

والملاحظ أن التعديلات المتكررة لقانون الصفقات العمومية، نتج عنها صعوبة في جمع المادة العلمية بسبب قلة المؤلفات المتخصصة، المواكبة للتعديلات، ناهيك عن قلة الاجتهادات القضائية في الجزائر، في مجال الصفقات العمومية بشكل عام باعتبارها فاعلا أساسيا في تطوير نصوص التشريع، الأمر الذي يجعل دراسة أي باحث مجردة ومحصورة في نص التشريع دون مقاربة الواقع العملي الذي يكشف عن النقص والقصور الذي يشوبه.

وللإجابة على الإشكالية المطروحة تم تقسيم البحث في هذه المذكرة الى فصلين:

بحيث تناول **الفصل الأول:** ضمانات سير التنفيذ من خلال مبحثين، خصص المبحث الأول لدراسة ضمان حقوق المتعاقدين أثناء التنفيذ في حين تم تخصيص المبحث الثاني لضمان الوفاء بالالتزامات التعاقدية، أما مجال **الفصل الثاني** فهو ضمانات تسوية نزاعات التنفيذ، تم تقسيمه هو الآخر إلى مبحثين خصص المبحث الأول لأولوية التسوية الودية لنزاعات التنفيذ، وفي المبحث الثاني درست آليات التسوية القضائية لنزاعات التنفيذ.

الفصل الأول

ضمانات سير التنفيذ

الفصل الأول: ضمانات سير التنفيذ

نظرا لارتباط الصفقات العمومية بالمال العام، كونها الأداة الحيوية لصرفه وفقا للقانون، ونظرا للإجراءات الكثيرة والمختلفة التي تتميز بها الصفقة العمومية في مجمل مراحلها، لاسيما في مرحلة التنفيذ التي تعد الحلقة الأهم في مراحل الصفقة العمومية، باعتبارها المجال الذي تتحقق فيه مساعي الادارة المتوخاة من وراء ابرامها للصفقة العمومية، كان لزاما على واضع التشريع مراعاة كل الاعتبارات التي من شأنها تأمين تلك الحماية الضرورية لسمو المصلحة العامة التي ترعاها الادارة بما لا يدع مجالا للتلاعب بمقتضياتها تحت أي ذريعة كانت، وفي الجهة المقابلة هناك مصلحة خاصة تسعى لتحقيق الربح من وراء تعاقدها مع الادارة، يجب إحاطتها بجملة من الضمانات هي الأخرى، تبعث في نفس المتعاقد الطمأنينة لترغيبه وتشجيعه على خوض غمار التعاقد مع الادارة كلما سنحت الفرصة بذلك.

ونظرا لأهمية هذه الاعتبارات التي يجب مراعاتها لضمان سير التنفيذ على الوجه الذي رسم له، فإنه كان من الواجب التصدي لكل ما من شأنه المساس بهذه المصالح، والذي يؤدي حتما إلى عرقلة تنفيذ الصفقة العمومية، وبالنتيجة تعطيل المشاريع التنموية وعدم استلامها في الآجال، وتجسيدا لذلك وفر المشرع جملة من الضمانات وزعت حسب أدوارها في ضمان سير التنفيذ، إلى آليات لضمان حقوق المتعاقدين أثناء التنفيذ (المبحث الأول)، وآليات لضمان الوفاء بالالتزامات (المبحث الثاني).

المبحث الأول: ضمان حقوق المتعاقدين أثناء التنفيذ

رغم كل ما اتّفق عليه في مرحلة ابرام الصفقة العمومية من بنود وحقوق والتزامات، فإن مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية قد تعتريها أحداث ووقائع، من شأنها المساس بحقوق المتعاقدين، مما يصعب معها مواصلة تنفيذ الصفقة على الوجه الذي اتفق عليه، ومراعاة لمقتضيات المصلحة العامة، وللمركز المالي للمتعامل المتعاقد، وجب التصدي لهذه الأحداث، حتى نكفل مواصلة التنفيذ، عن طريق ضمان الحقوق في مواجهة الظروف المستجدة (المطلب الأول)، وعن طريق تأمين مصالح طرفي الصفقة العمومية أثناء التنفيذ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ضمان الحقوق في مواجهة الظروف المستجدة

أثناء تنفيذ الصفقة العمومية قد تتغير الظروف التي تعاقدت وفقها الادارة مع المتعامل الاقتصادي مما يعرقل سير تنفيذها على النحو المتفق عليه، لذلك تدخل المشرع معترفا لجهة الادارة بسلطة تعديل بعض بنود العقد، بما يتلاءم وهذه الظروف، تمارسها وفق شروط تؤكد مشروعيتها (الفرع الأول)، وبالمقابل قد تؤثر هذه الظروف على المركز المالي للمتعامل المتعاقد وترهقه، مما جعل المشرع يتصدى لها بمنحه حق المطالبة بإعادة التوازن المالي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مشروعية سلطة الادارة في تعديل العقد بالإرادة المنفردة

من بين أهم المبادئ التي تتسم بها المرافق العامة مبدأ القابلية للتغيير والتعديل تماشيا مع ما يستجد من أحداث، ونظرا لارتباط العقد الاداري وثيق الارتباط بالمرافق العامة، باعتباره أداة لتسييرها، وجب أن يتصف أيضا بهذه المرونة والقابلية للتكيف مع الظروف التي قد تطرأ عليه في أي مرحلة لاسيما في مرحلة تنفيذه، لذلك ولمواجهة هذه المستجدات أقرّ جانب كبير من الفقه لجهة الإدارة سلطة تعديل العقد بإرادتها المنفردة بما يتلاءم والظروف الجديدة المحيطة بالعقد، وهي الفيصل الأقوى بين العقود الإدارية والعقود الخاصة التي يسودها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين[1].

ومقتضى سلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة، أنه بإمكانها تعديل شروط الصفقة العمومية أثناء تنفيذها، فتزيد من أعباء المتعامل المتعاقد أو تنقصها بصورة لم تكن معروفة وقت إبرام الصفقة، وهذا

[1]– محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات، الكتاب الثاني، تنفيذ العقد الإداري، د ط، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، مصر، 2003 ص103.

كلما اقتضت حاجة المرفق العام لهذا التعديل[1]. إذ تمارس المصلحة المتعاقدة هذه السلطة دونما حاجة للنص عليها في العقد ولا في القانون[2]، بل هي مستمدة من المبادئ العامة للقانون العام ومن طبيعة العقد الإداري في حد ذاته، وهو ما يقودنا للبحث عن الأساس القانوني لسلطة التعديل، وشروط ممارستها (أولا)، وتبيان الآلية التي يتم بها تعديل بنود العقد والحالات التي تتم فيها سلطة التعديل(ثانيا).

أولا: الأساس القانوني لسلطة التعديل وشروط إعمالها

من الخطورة بما كان ممارسة الإدارة لسلطة تعديل بنود العقد بإرادتها المنفردة، دون أن تنتظر موافقة المتعامل المتعاقد، ورغم هذا فقد مكنها القانون من ذلك(1)، تمارسها وفق شروط لا يجوز الخروج عنها(2).

1- الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل بنود العقد: إن الاعتراف للمصلحة المتعاقدة بسلطة تعديل الصفقة بإرادتها المنفردة مجمع عليه من قبل فقهاء القانون والقضاء المقارن، إلا أن الآراء الفقهية اختلفت حول أساس هذه السلطة[3] فمنهم من أكدّ على فكرة السلطة العامة كأساس لها، ومنهم من استند إلى فكرة المرفق العام واحتياجاته وفق ما يلي:

أ-فكرة السلطة العامة كأساس لسلطة التعديل: يرجع أصحاب هذا الاتجاه ممارسة الإدارة لسلطة التعديل إلى أن هذه الممارسة تعتبر مظهرا من مظاهر السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة في العقود الإدارية[4] فعند تعديلها للعقد تتصرف الإدارة بصفتها صاحبة سلطة عامة، إذ يجب عليها مراعاة المصلحة العامة فتفرض ما تراه مناسبا لتحقيق هذه المصلحة.

ب-فكرة المرفق العام كأساس لسلطة التعديل: يرى أصحاب هذا الاتجاه أن أساس سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة قائم على فكرة المرفق العام ومقتضياته، وما تفرضه ضرورة سيره بانتظام واطراد[5]، وقابليته للتكيف والتغيير، وفي هذا يرى الأستاذ دي لوبا دير «إن قيام الإدارة المتعاقدة بتعديل

---

[1]- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، القسم الثاني، ط 5، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص12.

[2]- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط 5، دار الفكر العربي، مصر، 1991، ص 458 وما يليها.

[3]- ثامر مبارك عوض المطيري، تعسف الإدارة في استعمال صلاحيتها في تعديل العقد الإداري -دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص19.

[4]- أزرايب نبيل، سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015/2014، ص82.

[5]- محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص11 وما يليها.

عقودها لا يمكن أن يؤسس إلا على مستلزمات المرافق العامة والتغيرات التي تحدث في حاجات المرفق العام، أو احتياجات الجمهور نفسه»، وهو ما ذهب اليه معظم الفقه الفرنسي وتبناه الفقه المصري[1].

2-شروط ممارسة سلطة التعديل: تعتبر سلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة سلطة أصيلة، توجد دونما حاجة للنص عليها في العقد، وهي ليست سلطة مطلقة، بل تمارس وفقا لشروط موضوعية، أهمها:

أ-أن تطرأ ظروف جديدة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد: قد تتغير الظروف التي تعاقدت وفقها الإدارة في أي مرحلة كانت عليها الصفقة، لاسيما في الصفقات التي تأخذ وقتا طويلا في تنفيذها، كصفقات الأشغال العامة، فإذا تغيرت الظروف بات من الواجب الاعتراف للإدارة بحقها في تعديل الصفقة بما يتماشى والظروف الجديدة، ويلبي حاجات المنتفعين من خدمات المرفق العام[2].

ب-أن يقتصر التعديل على الشروط المتصلة بموضوع الصفقة: إذ لا يجوز للإدارة أن تفرض التزامات على المتعاقد معها خارج نطاق موضوع الصفقة، فهو لا تربطه أي علاقة تعاقدية مع الإدارة، كما لا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعدل احكام الصفقة على نحو يغير موضوعها، وإلا كنا أمام عقد جديد، فالمتعامل المتعاقد عند تعاقده مع الإدارة يضع في الحساب إمكاناته المالية والفنية التي يتعاقد وفقها، لهذا لا يمكن أن يتجاوز التعديل هذه الإمكانيات لأن ذلك يؤدي إلى الإضرار بمصالحه، ويحق له في هذه الحالة فسخ العقد.

ج-أن يصدر قرار التعديل في حدود القواعد العامة للمشروعية: بِنِيَّة تعديل الصفقة العمومية تمارس الإدارة سلطة التعديل بإرادتها المنفردة، ووسيلتها في ذلك هي القرار الإداري الذي يجب أن يصدر مستوفيا لأركان المشروعية الإدارية من محل وسبب وغاية واختصاص، فإن غابت هذه الأركان أو كانت مشوبة بعيب فيكون قرارا باطلا مستوجبا للإلغاء.

---

[1]- وفي هذا الصدد يؤكد الدكتور سليمان الطماوي بأن« مناط سلطة الإدارة في التعديل هو احتياجات المرافق العامة فهي ليست مجرد مظهر للسلطة الإدارية التي تتمتع بها الإدارة، ولكنها نتيجة ملازمة لفكرة المرفق العام التي يرجع إليها معظم قواعد القانون العام».

[2]- ثامر مبارك عوض المطيري، المرجع السابق، ص84.

ثانيا: آلية التعديل وحالاته

من متطلبات سير المرفق العام بانتظام واطراد أن يستمر تنفيذ الصفقة العمومية مهما حصل من تغيرات أثناء هذا التنفيذ، ومسايرة لهذه التغيرات خوّل قانون الصفقات العمومية جهة الإدارة ضمانة تعديل العقد عن طريق آلية الملحق(1)، وفي مظاهر وحالات مختلفة(2).

1-الملحق كآلية لتعديل الصفقة العمومية: تمارس المصلحة المتعاقدة سلطتها في تعديل العقد عن طريق تقنية الملحق، المنظم في قانون الصفقات العمومية، والذي حدد شروطه وحالات عدم خضوعه للرقابة كما بيّن أنواعه.

أ-الأساس التنظيمي للملحق: بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15-247[1] المنظم لقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجده خصّص القسم الخامس منه وتحديدا المواد من 135 إلى 139 بعنوان الملحق، حيث نصّ في المادة 135 على أنه: «يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم» في حين عرفت المادة 136 في فقرتها الأولى الملحق على أنه « يشكل وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة»، في حين أوردت الفقرات الثانية والثالثة والرابعة والسابعة والثامنة والتاسعة أحكاما جديدة، حيث أعطت تفصيلا أكثر لعملية إبرام الملحق وآجال وكيفية ذلك[2].

ب-شروط الملحق: تخضع عملية إبرام الملحق لمجموعة من الشروط[3] تتمثل أساسا في:

- يجب أن يكون هناك التزام تعاقدي جديد وأن يكون الملحق مكتوبا، لأنه جزء من الصفقة، فعنصر الكتابة أمرا لازما في الملحق، حتى يتسنى لنا معرفة الالتزامات الجديدة ومجالها.

- يجب أن يخضع الملحق للشروط الاقتصادية الأساسية للصفقة الأصلية، فتطبق في الملحق الأسعار الموضوعة مسبقا، وفي الحالة التي يتعذر فيها تطبيق الأسعار التعاقدية المحددة في الصفقة، على العمليات الجديدة المضمنة بالملحق فإن الطرفين يحددان أسعارا جديدة عند الاقتضاء[4].

---

[1]- الجريدة الرسمية العدد 50 المؤرخ في 20 سبتمبر 2015.

[2]- مونية جليل، التدابير الجديدة لتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، د ط، دار بلقيس، الجزائر، 2017، ص52 وما يليها.

[3]- أزرايب نبيل، المرجع السابق، ص90.

[4]- انظر المادة 137 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر.

-يجب أن يبرم الملحق في الآجال التعاقدية وهو شرط منطقي يجب إعماله عند إبرام الملحق إلا أن هذه القاعدة لا يمكن تطبيقها في الحالات المذكورة في نص المادة 138 من المرسوم الرئاسي 15-247.

وإضافة لذلك حدّد المشرع من خلال نص المادة 139، الحالات التي لا يخضع فيها الملحق للرقابة الخارجية القبلية وهي:

- إذا كان موضوع الملحق لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات التقنية والمالية وأجل التعاقد.

- إذا كان مبلغ الملحق أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق لا يتجاوز زيادة أو نقصانا نسبة 10% من المبلغ الأصلي للصفقة.

في حين يخضع الملحق للرقابة الخارجية القبلية في حالة تجاوز مبالغ الخدمات التكميلية المتضمنة في العقد نسبة 10% من المبلغ الأصلي للصفقة.

2-حالات التعديل: تتجلى سلطة الادارة في تعديل العقد في عدة مظاهر تتمثل فيما يلي:

أ-التعديل في مقدار التزامات المتعامل المتعاقد: تملك الإدارة سلطة التعديل في حجم التزامات المتعاقد معها، بالزيادة أو الإنقاص، حيث ينصب التعديل على مقدار الالتزامات، ويكون هذا التعديل من نفس طبيعة الالتزامات الأولية[1].

ب-التعديل في وسائل تنفيذ العقد: تملك الإدارة سلطة التعديل في طرق ووسائل تنفيذ الصفقة العمومية أثناء تنفيذها، كلما اقتضت حاجة المرفق العام هذا التعديل، فتستطيع المصلحة المتعاقدة أن تطلب استعمال وسيلة أو طريقة فنية خاصة، مثل استعمال مادة أحسن أو وسيلة أفضل للصناعة أو البناء أو العمل محل تلك التي كانت في الصفقة الأصلية.

ج-التعديل في مدة تنفيذ الصفقة: تملك الإدارة سلطة تعديل الأجل الذي حددته في العقد الأصلي، بالزيادة أو النقصان، ففي حالة الاستعجال، تتدخل الإدارة لتطلب من المورد أو من المقاول أن يتم التوريد، أو إنجاز الأشغال، في زمن قياسي، أقل مما هو متفق عليه في الصفقة، كما يمكنها تأخير مدة التنفيذ، إذا اقتضت حاجة المرفق العام لهذا التأخير.[2]

[1]- بولقداير عبد الكريم، سلطة تدخل الإدارة في تعديل الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014/2013 ص 18.

[2]- بولقداير عبد الكريم، نفس المرجع، ص 22.

صحيح أن المشرع اعترف لجهة الادارة بسلطة تعديل العقد بإرادتها المنفردة، الا أنه قيدها بشروط حتى لا تتعسف في ذلك، ولا تخرج عن القواعد العامة للمشروعية، لتشكل وفق ذلك ضمانة لتنفيذ العقد في ظل الظروف الجديدة.

الفرع الثاني: مراعاة التوازن المالي لضمان تنفيذ الصفقة العمومية

قد يعتري مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية بعض الأحداث التي من شأنها ارهاق المتعامل المتعاقد والتأثير على مركزه المالي، بصورة يصعب معها مواصلة تنفيذ العقد، وهو ما يستدعي تدخل الادارة لتدعم المتعامل المتعاقد ماليا. وعليه فقد استقر الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر وكذا في الجزائر على أن هذا الوضع يتطلب من أجل ضمان مبدأ الاستمرارية إيجاد توافق ومعادلة بين عاملين هما، التزام المتعامل المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ الصفقة من جهة، وضرورة تدخل المصلحة المتعاقدة باعتبارها سلطة ادارية عامة لسد ومنع أي اختلال في التوازن المالي للعقد، من خلال تحمل كل أو جزء من الأعباء المالية الاضافية، نظير ما تتمتع به من حقوق وسلطات من جهة أخرى.[1]

وقد حاول المشرع الجزائري كفالة حق إعادة التوازن المالي للصفقة لصالح المتعامل المتعاقد، ضمانا لسير التنفيذ، من خلال نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بنصها على: «... يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الفقرة أعلاه أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا بما يأتي:

-إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين...»

وعليه فإن التعويض المستحق للمتعامل المتعاقد في إطار التزام الادارة بإعادة التوازن المالي للصفقة يجد أساسه، في نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة.

أولا: نظرية فعل الأمير

يقصد بفعل الأمير أو ما يسمى بالمخاطر الادارية كل إجراء مشروع تتخذه الادارة المتعاقدة، ويكون من شانه إرهاق المتعامل المتعاقد بصورة جدية، الأمر الذي يقتضي دعمه ماليا وتعويضه، حتى يتمكن

[1]- محمد الصغير بعلي، العقود الادارية، د ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005، ص 88.

من الاستمرار في تنفيذ الصفقة، تحقيقا للمصلحة العامة، ولكي تتحقق هذه النظرية، ويحق وفقها للمتعامل المتعاقد طلب التعويض، حدد كل من الفقه والقضاء الاداريين شروطا لإعمالها(1) لترتب آثارها(2).

1-شروط إعمال نظرية فعل الأمير: يشترط لإعمال نظرية فعل الأمير توفر الشروط التالية:

-أن يصدر التصرف الاداري، من طرف الادارة أو المصلحة المتعاقدة نفسها، ذلك أن نظرية فعل الأمير لا تجد طريقها إلى التطبيق إذا ما كان العمل صادرا عن جهة أخرى غير الادارة أو المصلحة المتعاقدة.

- ألا يكون التصرف أو العمل القانوني، مخالفا للنظام العام، أي يجب أن يكون مشروعا ومطابقا للنظام القانوني السائد بالدولة، المتكون من مختلف مصادر المشروعية المكتوبة منها وغير المكتوبة.

- أن يلحق التصرف ضررا حقيقيا وليس احتماليا بالمتعامل المتعاقد، من شأنه الاخلال بالتوازن المالي للصفقة، ولو لم يكن على قدر كبير من الجسامة، ويشترط فيه أن يكون محددا ومباشرا وخاصا.

2- أثار تطبيق نظرية فعل الأمير: يترتب عن اعمال نظرية المخاطر الادارية، أثرا هاما هو التزام الادارة بإعادة التوازن المالي للصفقة[1] ، الأمر الذي يقتضي تعويض الطرف المتعاقد تعويضا كاملا، يغطي جميع الأضرار التي لحقته، والمكاسب التي فاتته، بسبب تدخل الادارة المشروع ، ويدخل في عنصر الخسارة التي لحقت بالمتعاقد، النفقات الاضافية نتيجة فرق السعر أو الرسوم الجديدة، وغيرها أما العنصر الثاني أي ما فاته من كسب فيشمل المبالغ المالية التي كان من حق المتعاقد مع الادارة أن يسعى للحصول عليها لولا تدخل الادارة بتصرفها المشروع.

ثانيا: نظرية الظروف الطارئة

يعود أصل نظرية الظروف الطارئة، إلى اجتهادات مجلس الدولة الفرنسي، فهي نظرية قضائية، يقصد بها ظهور أحداث مفاجئة أثناء تنفيذ الصفقة، في شكل أزمات اقتصادية، حروب، أو تخفيض قيمة العملة بحيث تلحق بالمتعامل المتعاقد خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد، الأمر الذي يجعل مواصلة تنفيذ الصفقة مكلفا ومرهقا للمتعامل المتعاقد، مما يقتضي أن تتحمل المصلحة المتعاقدة لبعض الأعباء المالية بحيث يعود التوازن المالي للصفقة إلى ما كان عليه قبل حدوث الظرف الطارئ لنضمن معها استمرار سير التنفيذ.

[1] - Pascale Gono,Fabrice Mellaray, et Philip Yolka, traité de droit administrati,tome 2, S E, Edition Dalloz Paris ,2011, P 254 et 255.

وتجد نظرية الظروف الطارئة أساسها في القانون، من خلال نص المادة 107 من القانون المدني والتي تنص على أنه: «يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية. ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام. غير انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك».

كما تجد هذه النظرية أساسها في التنظيم في المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والتي ورد فيها بصريح العبارة إمكانية إعادة التوازن المالي في إطار الملحق ودون حاجة للخضوع لهيئات الرقابة الخارجية. بما يعني ان تنظيم الصفقات راعى الظروف الطارئة والوضع الجديد والإرهاق المالي للمتعامل المتعاقد، فأجاز إعادة الاعتبار له في إطار حل ودي يتجسد في ملحق الصفقة الأصلية.[1]

ويضيف الدكتور عمار بوضياف، بخصوص المادة 107 من القانون المدني، أنها جاءت بشكل واضح وأبلغ، فلا مانع من أن يهتدي بها القاضي الإداري وهو يطبق نص المادة 153 المذكورة أعلاه طالما كان الغرض من النصين واحد، وأن روحهما تصب ضمن ذات الاتجاه.

ولكي تتحقق هذه النظرية، ويحق وفقها للمتعامل المتعاقد طلب التعويض، وضع كل من الفقه والقضاء الاداريين ضوابط تطبق وفقها(1) لترتب آثارها(2).

1-ضوابط تطبيق نظرية الظروف الطارئة: لتطبيق نظرية الظروف الطارئة يجب توفر الشروط التالية:

- يجب أن يكون الظرف الطارئ من الحوادث الاستثنائية العامة، أي غير متوقع وقت ابرام الصفقة ولا يمس بالمتعامل المتعاقد فقط، فقد يكون ظرفا طبيعيا كالزلزال، وقد يكون اقتصاديا كارتفاع الأسعار.

- يجب ان يقع الظرف الطارئ في مدة زمنية محددة وهي مدة تنفيذ العقد وقبل تمامه، حيث لا تطبق النظرية إذا كان العقد لم يدخل مرحلة التنفيذ بعد، ولا تطبق بعد الانقضاء.[2]

[1]- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 56-57.

[2]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية-الإبرام -المنازعات-التنفيذ، د ط، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية ،2007، ص 226-227.

- يجب ألا يكون المتعاقد، قد توقع حدوث ذلك الظرف ولم يكن بإمكانه توقع حدوثه وفقا للمجرى العادي للأمور، ورغم ذلك تطبق النظرية رغم توقع المتعاقد مع الإدارة، حدوث الظرف الطارئ، إلا أنه لم يتوقع ولم يكن بوسعه توقع الآثار الوخيمة المترتبة على حدوثه[1].

- يجب أن يكون الظرف الطارئ خارجا عن إرادة الطرفين، أي أن مجال تطبيق النظرية ينحصر في الظروف الطارئة التي لا علاقة لها بإرادة الطرفين الإدارة والمتعامل المتعاقد معها.

- ينبغي أن ينجم عن الحادث الطارئ خسائر وأضرار غير مألوفة وغير متوقعة، تؤدي إلى قلب الوضع الاقتصادي للمتعامل المتعاقد رأسا على عقب.

2- **أثر تطبيق نظرية الظروف الطارئة:** يترتب على تطبيق نظرية الظروف الطارئة، التزام المتعامل المتعاقد بمواصلة تنفيذ الصفقة تحت طائلة التعرض للمسؤولية العقدية، كما يترتب على إعمالها أيضا حق المتعامل المتعاقد في التعويض الجزئي. يشكل حق المتعامل المتعاقد في إعادة التوازن المالي له، دافعا قويا لمواصلة تنفيذ التزاماته، وبالتالي فهو أحد الضمانات التي وفرها المشرع لتنفيذ الصفقة العمومية.

المطلب الثاني: تأمين مصالح طرفي العقد أثناء تنفيذ الصفقة

لتحقيق السير الحسن للمال العام والمحافظة على المصلحة العامة، وتأكيدا على القدرات المالية التي تكفل تنفيذ التزاماته التعاقدية، حسب الشروط والكيفيات المحددة في العقد يلتزم المتعامل المتعاقد بدفع مبلغ الضمان لتأمين مصلحة الإدارة المتعاقدة (الفرع الأول)، ومن جهة أخرى وتحقيقا لدافع المصلحة الخاصة التي جعلت المتعامل المتعاقد يمضي قدما نحو التعاقد، تلتزم الادارة بالتسوية المالية كضمانة لمصلحته (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الكفالة لتأمين مصلحة الإدارة المتعاقدة

حرص المشرع على إيجاد الضمانات المالية التي فرضت لمصلحة الإدارة، حيث نصت المادة 124 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 على أنه: «يجب أن تحرص المصلحة المتعاقدة على إيجاد الضمانات التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين المتعاقدين و/ أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة. تحدد الضمانات

[1]-عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود والقرارات الادارية دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة، د ط، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية ،2007، ص 147.

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

باستقراء نص المادة فإن المتعاقدين مع الإدارة ملزمون بتقديم الضمانات المالية تحمي الادارة المتعاقدة من الأخطار المالية التي يمكن أن تواجهها في حالة إخلالهم بالتزاماتهم. وأهم هذه الضمانات[1] نجد نظام الكفالة، التي عرفتها المادة 644 من القانون المدني على أنها «عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد الدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه».

وبالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الحالي، نجده بين صور الكفالة (أولا) كما بين آليات تنفيذها (ثانيا).

أولا: صور الكفالة

تختلف صور الكفالات في مرحلة التنفيذ ابتداء من توقيع الصفقة ودخولها حيز التنفيذ إلى غاية تسليم المشروع محل التعاقد بإجراء الاستلام المؤقت ثم النهائي. وهذا التعدد في الصور إنما ينم على حرص المشرع على تأمين هذه المرحلة والوصول بها إلى بر الأمان.

1- كفالة حسن التنفيذ: هي عبارة عن كفالة مصرفية يصدرها بنك أجنبي يعتمده البنك الجزائري المختص وهي تمثل ضمانا للمصلحة المتعاقدة من أجل تنفيذ حسن للصفقة[2]، حيث يترتب على عاتق حائز الصفقة إيداع كفالة حسن التنفيذ[3] ويلزم بتأديتها خلال مدة معينة تبدأ من اليوم التالي لإخطار الحائز على مشروع الصفقة بكل الطرق القانونية، إلى غاية التسليم المؤقت للصفقة، حيث أكدت المادة 130 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على تقديمها الا في بعض أنواع صفقات الدراسات والخدمات، والتي تحدد قائمتها بقرار وزاري مشترك بين الوزير المكلف بالمالية، والوزير المعني[4].

---

[1]- بحري اسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر،مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009/2008، ص 97.

[2]- النوي خرشي، الصفقات العمومية دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، د ط، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2018، ص 243.

[3] شريفي الشريف، النظام المالي للعقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014/2013، ص 210.

[4]- أنظر نص المادة 2 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 23 فيفري 2015، ج ر العدد 18، الصادرة في 08 أفريل 2015، التي تحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من كفالة حسن التنفيذ.

وتحدد نسبة كفالة حسن التنفيذ بين خمسة في المائة 5% وعشرة في المائة10% من مبلغ الصفقة حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها.[1]

2-كفالة رد التسبيقات: وهي قيمة مالية كضمان يثبت بها المتعاقد نيته في إرجاع التسبيقات التي أصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري، أو صندوق ضمان الصفقات العمومية، واعتبره المشرع شرط من شروط التسبيق، حسب ما نصت عليه المادة 110 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247. وخصت به الصفقات التي لا يفوق مبلغها الحدود المنصوص عليها في نص المادة 13 من نفس المرسوم.

وبما أن كفالة إرجاع التسبيقات قد تكون جزافية أو على حساب التموين ، فإنها يمكن أيضا أن تكون كفالة إرجاع التسبيقات الجزافية ومنه تكون هذه الكفالة معادلة للتسبيق أو جزء منه شرط أن لا يتجاوز نسبة 15% من السعر الأولي للصفقة، وهذه الكفالة قد تكون إجمالية إذا دفع التسبيق دفعة واحدة، وقد تكون مجزأة إلى حصص بنفس نسب تخصيص التسبيق الجزافي .أما التسبيق على التمويل فالمشرع لم يحدد نسبة بشأنه بل اشترط حدا أقصى للتسبيق وهو 50% من قيمة الصفقة وهو المبلغ الذي يجمع بين التسبيق الجزافي والتسبيق على التموين، كما شدد المشرع على ضرورة كفالة التسبيقات قبل الحصول على أي تسبيق مالي من قبل المصلحة المتعاقدة.[2]

3-كفالة الضمان: هذه الكفالة تمكّن من تحرير الاقتطاعات التي تمت من قبل الآمر بالصرف في إطار الضمان، في انتظار التسليم النهائي لموضوع الصفقة. وتغطي عادة الفترة ما بين الاستلام المؤقت والنهائي لموضوع الصفقة (ضمان العيوب الخفية).

ثانيا: آليات تنفيذ الكفالة

لما كانت الكفالة تشكل مبلغ مالي كان لابد أن يعهد أمر توريدها إلى مؤسسة مالية تتمثل أساسا في البنوك(1) وكذا صندوق ضمان الصفقات العمومية[3](2).

1-البنك:إن النظام البنكي مدعو للتطور السريع في آلياته، و هذا التطور الذي يستوجب منح بنك الجزائر (البنك المركزي) سلطات حقيقية في ميدان تنظيم القرض، و الوصول إلى منافسة فعلية بين البنوك

[1]- أنظر الفقرة 4 من المادة 133 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247

[2]- شريفي الشريف، المرجع السابق، ص 227.

[3]- أنظر المادة 134 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

وعلى هذا الأساس صدر أمر ينظم النقد و القرض.[1]ومن أهم أهداف هذا الأمر هو مساعدة التطهير المالي للمؤسسات، حيث أن تطوير العلاقة بين البنوك و زبائنها صارت تعتمد على قاعدة قابلية تسديد القرض فعلى المقترض أن يشرع في حينها بالتسديد بنفسه مما يعفي الدولة نهائيا من تحمل هذا العبء ويعيد للبنوك حق تقدير مقدرة زبائنها على الوفاء بمفردها[2].

2-صندوق ضمان الصفقات العمومية: يعد مؤسسة ذات طابع صناعي وتجاري يتمتع بشخصية معنوية والاستقلال المالي موضوعة تحت وزارة المالية[3].وعهد إليه مهمة الحفاظ على التمويل للمشاريع المقيدة في ميزانية الدولة[4] من خلال منح ضمانات بكل الأشكال، بحيث يسمح للمؤسسات الحصول على جميع الضمانات التي تسهل عملية انجاز الصفقات العمومية وبتنفيذها ماليا، كما يمنح كل الضمانات المطلوبة من قبل المصالح المتعاقدة للاستفادة من التسبيقات التعاقدية المخصصة لتغطية نفقات الإنجاز للصفقات والطلبات العمومية.

تعتبر الكفالة أحد أهم الضمانات التي رصدها المشرع لتأمين مصلحة الادارة المتعاقدة، حيث تضمن بها مواصلة التنفيذ، في حال عسر المتعامل المتعاقد.

الفرع الثاني: التسوية المالية كضمانة لمصلحة المتعامل المتعاقد

التسوية المالية هي من التزامات الإدارة المتعاقدة، وأهم حقوق المتعامل المتعاقد، لأن هدف هذا الأخير هو الحصول على الربح، وبالتالي على الإدارة دفع المقابل المالي المتفق عليه في العقد بعد تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية، حيث حرص المشرع في قانون الصفقات العمومية على إدراجه ضمن البيانات الإلزامية للصفقة العمومية.[5]

---

[1] – طبي ابراهيم، الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق،جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، كلية الحقوق والعلوم سياسية، قسم الحقوق،2015/2014 ص60.

[2] – بحري اسماعيل، المرجع السابق، ص 87.

[3]– أنشئ بموجب المرسوم التنفيذي رقم 98-66 المؤرخ في 1998/02/21 ج ر ج ج العدد 11 الصادرة في 1998/02/28 المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08-06 المؤرخ في 2008/01/19، ج ر ج ج العدد 05 الصادر في 2008/01/30.

[4]– بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص 88.

[5]–تنص المادة 95 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على أنه: «يجب أن تشير كل صفقة عمومية إلى التشريع والتنظيم المعمول به وإلى هذا المرسوم ويجب أن يتضمن على الخصوص البيانات الآتية...

الفقرة 5: المبلغ المفصل والموزع بالعملة الصعبة والدينار الجزائري حسب الحالة

الفقرة 6: شروط التسديد

الفقرة 15: بند التدقيق والمراجعة...»

ويؤخذ بعين الاعتبار المبلغ الذي قدمه المتعهد في مرحلة الترشح، فإن لاقى قبولا من الإدارة وتم اختيار عرضه ترتب على عاتق المصلحة المتعاقدة الوفاء بالمقابل المالي المشار إليه في الصفقة. وقد حدد المشرع طرق تحديده في شكل سعر للخدمة المقدمة (أولا)، وأوضح آليات دفعه للمتعامل المتعاقد (ثانيا) كما أجاز إمكانية التحيين والمراجعة للسعر (ثالثا)

أولا: طرق تحديد السعر في المقابل المالي

حددت المادة 96 من المرسوم رقم 15-247 كيفيات تحديد الأسعار وفق ما يلي:

1-السعر الإجمالي والجزافي: تعتبر تقنية السعر الجزافي والإجمالي للمصلحة المتعاقدة الصيغة الأبسط لتحديد السعر ففي هذه التقنية يتم تحديد القيمة الإجمالية للصفقة إجمالا، ومسبقا عند تقديم المقاول لعرضه دون تحديد سعر كل عنصر من عناصر المنشأة التي سيتم تنفيذها.

2-الأسعار الوحدوية: هو ما عبر عليه المشرع بقائمة سعر الوحدة ويحسب في الصفقة بناءا على سعر الوحدة أسعار محددة لكل خدمة أو شغل ينفذ وهذا السعر يطبق على الوحدات المنفذة فعليا.[1]

3-بناء على نفقات المراقبة: السعر الذي يتقاضاه المقاول المتعاقد وفق هذا الأسلوب لا يكون محددا أو معرفا وقت إبرام الصفقة، لكن المحدد هو معايير ومقاييس المراقبة وما سينفقه المتعامل المتعاقد أثناء انجازه للخدمة، لذا يجب أن تذكر وتحدد طبيعة وطريقة الحساب وقيمة مختلف العناصر المتعاقد عليها لأجل تحديد الثمن الواجب الدفع.[2]

4-السعر المختلط: يعد أحد أساليب تحديد المقابل المالي الذي يأخذه المتعامل المتعاقد لقاء تنفيذه للصفقة إذ يقتضي هذا الأسلوب أن يكون جامعا بن أسلوبين من أساليب تحديد الثمن كأن يجمع بين السعر بناءا على قائمة الوحدة وكذلك السعر بناءا على النفقات المراقبة.

وعليه فإن السعر يكون مختلطا عندما يتم تقييم جزء من الخدمات المنفذة في الصفقة لسعر جزافي والجزء الآخر بسعر بناء على قائمة سعر الوحدة، وعمليا هذا النوع من السعر نجده يستعمل في صفقات الأشغال.[3]

---

[1]- مراد زوايد، النظام القانوني للوفاء بالمقابل المالي بقانون الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة بومرداس،2011 /2012، ص 33.

[2]- بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص 61.

[3]- بحري إسماعيل المرجع السابق، ص 61.

ثانيا: آليات دفع المقابل المالي.

أشارت المادة 108 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، الى طرق متعددة للتسوية المالية، فالقاعدة العامة في المحاسبة العمومية هي أن الدفع أو التسديد يتم بعد الأداء، إلا أن هذه القاعدة أضفيت عليها بعض المرونة من خلال إمكانية التمويل الجزئي والقبلي.[1] فقد أشارت ذات المادة أن السعر يسدد وفقا لآلية التسبيق (1)، وآلية الدفع على الحساب(2) وطريقة التسوية على رصيد الحساب(3).

1-التسبيق: هو كل مبلغ مالي يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، وبدون مقابل لتنفيذ الخدمة. فقد أجاز المرسوم الرئاسي الاستفادة من التسبيق[2] استثناءات من القاعدة العامة، حماية لمصلحة طرفي العقد في تجاوز إجراءات التسديد وتوفير سيولة انطلاق المشروع في أوانه ولاستلامه في آجاله.[3]

ويأخذ التسبيق شكلين رئيسيين، الشكل الأول هو التسبيق الجزافي، وهو المبلغ المالي الذي يدفع مسبقا من طرف المصلحة المتعاقدة، ويتحدد دون الاعتماد على معايير معينة، أما الشكل الثاني، فهو التسبيق على التموين، وهو مبلغ تدفعه المصلحة المتعاقدة، للمتعاقد معها، إذا قدم لها ما يثبت طلباته المذكورة لمواد أو المنتجات الضرورية لينفذ الصفقة.[4]

2-الدفع على الحساب: على خلاف آلية التسبيق فإن الدفع على الحساب هو دفع قسط من المال مقابل تنفيذ جزئي للصفقة، متى أثبت المتعامل المتعاقد القيام بعمليات جوهرية في تنفيذ الصفقة، وبالتالي لا يمكن القيام بأعمال بسيطة في التنفيذ للحصول على دفعات على الحساب.[5]

ومن خلال نص المادتين 117 و118 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ينقسم الدفع على الحساب إلى نوعين، النوع الأول هو، الدفع على الحساب عند التموين بالمنتوجات ويصرف بمجرد التموين بالمنتجات المسلمة في الورشة، والتي لم تكن محل دفع عن طريق التسبيقات على التموين والمواد الأولية، أما النوع الثاني فهو الدفع على الحساب الشهري، الذي يتم شهريا إذا لم ينص أحد بنود الصفقة على مدة أطول.

---

[1]- محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص83.

[2]- المادة 100 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 أوضحت أكثر الصفقات التي يعفى فيها دفع التسبيقات حيث لا تدفع إلا في حالة الصفقات العمومية التي تفوق مبلغها الحدود المنصوص عليها في المادة 13 من المرسوم نفسه على خلاف المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

[3]- النوي خرشي،المرجع السابق، ص312-314.

[4]- أنظر المادة 111 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

[5]- المادة 117 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

3-التسوية على رصيد الحساب: يقصد بها التسديد المؤقت أو النهائي للمقابل المالي للصفقة عند تنفيذها الكامل والمرضي لموضوعها، وتتم التسوية على رصيد الحساب من خلال شكلين، التسوية على رصيد الحساب المؤقت، وتتضمن دفع المبالغ المستحقة بعنوان التنفيذ العادي للخدمات المتعاقد عليها مع خصم المبالغ الواردة في المادة 119 من نفس المرسوم، والشكل الثاني هو التسوية النهائية، والتي تكون في آخر مراحل التسديد.

ثالثا: تحيين ومراجعة الأسعار

إن المقابل المالي الذي يتقاضاه المتعامل المتعاقد من المصلحة المتعاقدة، إما أن يكون ثابتا وإما أن يكون قابلا للمراجعة والتحيين، وهذا الأمر هو بمثابة ضمانة عقدية، يجب أن ينص عليها في دفتر الشروط، أو ما اتفق عليه الطرفان لدى التفاوض في صفقة التراضي.[1]واعتبره المشرع من البيانات الإلزامية في الصفقة.[2] فيخول للمتعامل المتعاقد إمكانية طلب تعديل الأسعار للصفقات المبرمة وفق أسعار قابلة للتحيين أو المراجعة أو التحيين والمراجعة معا، متى توفرت الشروط لذلك. والغاية من ذلك الحفاظ على مركز الطرفين.[3]

1-تحيين الأسعار: تمت إضافته بموجب المادة 95 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، حيث يتم اللجوء إلى تحيين أسعار الصفقة في الحالة التي يكون فيها تاريخ بداية تنفيذ الأشغال متأخرا عن تاريخ إبرام الصفقة و أكثر ما يكون حاضرا في صفقات الأشغال العمومية و الصناعية حيث أن حدوث الظروف الاقتصادية الموجبة له مألوفة و متكررة.[4]و يمكن للمتعامل المتعاقد في هذه الحالة أن يطلب إعادة النظر في السعر الذي أبرمت بمقتضاه الصفقة ليتلقى أجره بناءا على السعر المحيّن وليس على السعر الأوّلي الذي حدد سابقا عندما أبرمت الصفقة.[5]

2-مراجعة الأسعار: يهدف تطبيق بند المراجعة إلى تغيير السعر الأولي الموضوع عند انعقاد الصفقة وذلك مراعاة للتغيرات الاقتصادية التي تحدث أثناء التنفيذ.

---

[1]- النوي خرشي، المرجع السابق، ص296 و297.

[2]- أنظر المادة 95 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق ذكره.

[3]- اشارت المادة 67 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على عكس المرسوم الرئاسي رقم 10-236 حيث تم تحديد أكثر للصفقات غير قابلة لتحيين ومراجعة أسعارها بالنص (كما لا يمكن تحيين ومراجعة أسعار الصفقات التي تقل مبالغها عن الحدود المذكورة من المادة 13 من المرسوم،وتلك التي يقل أجلها عن ثلاثة (3) أشهر).

[4]-زوايد مراد،المرجعالسابق،ص 99.

[5]- مراد زوايد، المرجع السابق،ص83.

وقد أكد المشرع على إلزامية النص على بند المراجعة في الفقرة 5 من المادة 101من المرسوم الرئاسي رقم 15-274، والتي جاء فيها: «الصفقات التي لا يمكن أن تتضمن صيغا لمراجعة الأسعار هي الصفقات المبرمة بأسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة»، من خلال نص المادة يتبين أن الأسعار لا تكون قابلة للمراجعة إلا إذا تم النص على ذلك في صلب الصفقة، وفي حالة عدم وجود نص يقضي بذلك، فإنه لا يحق لأي طرف مهما كانت الظروف أن يطالب بالتحيين.[1]

تعتبر التسوية المالية من أهم الضمانات المالية، التي تؤمن مصلحة المتعامل المتعاقد، فالمقابل المالي الذي يحصل عليه نظير تنفيذه لالتزاماته، يشكل حماية له، أما عن بند التحيين والمراجعة فهي ضمانات تؤمن مصلحة المتعاقد ضد الظروف الاقتصادية، وتأخر انطلاق المشروع.

[1]- مراد زوايد، المرجع السابق،ص 74.

المبحث الثاني: ضمان الوفاء بالالتزامات التعاقدية

إن الغاية الأساسية من ابرام الصفقات العمومية، هي كفالة انتظام سير المرافق العامة واطراد عملها تحقيقا للمصلحة العامة، ولن يتحقق ذلك، الا بتنفيذ الطرفين لالتزاماتهما العقدية، تنفيذا سليما للشروط المتفق عليها، لكن قد يخل أحد الطرفين بالتزاماته بأي شكل من الأشكال، مما يؤدي إلى عرقلة سير تنفيذ الصفقة العمومية، و يدفع الطرف الأخر للمطالبة بتنفيذ الطرف المخل لالتزاماته، وباعتبار الصفقة العمومية عقد إداري يحوي شروطا غير مألوفة، فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة، وبما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة أن توقع جزاءات مالية على المتعامل المتعاقد لضمان الوفاء بالتزاماته في حالة ما إذا أخل بها. (المطلب الأول)،كما يمكنها وفي حال وصول الاخلال إلى مرتبة الخطأ الجسيم أن توقع عليه جزاءات غير مالية من شأنها أن تضغط عليه لحمله على تنفيذ التزاماته، أو تنهي معه الرابطة العقدية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات المالية لضمان الوفاء بالالتزامات

تملك الادارة ودون اللجوء إلى القضاء، سلطة توقيع جزاءات ذات طبيعة مالية، على المتعاقد معها الذي أخل بالتزاماته، فتصادر مبلغ الضمان المودع لديها (الفرع الأول) أو تفرض غرامة تأخيرية عن الاخلال بالآجال والكيفيات المتعهد بها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مصادرة مبلغ الضمان

تعتبر مصادرة مبلغ الضمان أحد الجزاءات المالية التي توقعها الإدارة، على المتعامل المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته، حيث يعرفه الفقه بأنه عبارة عن مبالغ مالية تودع لدى جهة الإدارة، تتوقى بها الأخطار التي يرتكبها المتعاقد بسبب تنفيذ العقد الإداري، ويضمن لها ملاءته لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره، وهو الأمر الذي أكده القضاء الإداري في أحكامه[1]. وتجدر الإشارة إلى أن مصادرة الضمان أيسر الإجراءات عند توقيعه من الجزاءات الأخرى إذ لا يتطلب سوى إصدار أمر إداري يكشف عن إرادة الإدارة في توقيعه.[2] ودراسة جزاء مصادرة الضمان، تقتضي التطرق إلى تكييفه القانوني(أولا) وخصائصه(ثانيا).

---

[1]– حكم المحكمة العليا المصرية، في 1965/01/02، طعن رقم 34، المجموعة السنة 10، ص 313، وحكمها الحديث الصادر في: 1991/07/07، طعن رقم 219، سنة33 ق، نقلا عن سعيد عبد الرزاق باخبيرة، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008/2007، ص 220.

[2]– ذنون سليمان يونس العبادي، مظاهر السلطة العامة في إنهاء العقد الإداري، د ط، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر والإمارات، 2015، ص 181–182.

أولا: التكييف القانوني لمصادرة الضمان

اختلف الفقه الإداري في التكييف والطبيعة القانونية لجزاء مصادرة التأمين، حيث ذهب جانب من الفقه إلى اعتباره تقديرا جزافيا للتعويض، أو شرطا جزائيا متفقا عليه في العقد، مقابل إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته، توقعه الإدارة دون اللجوء إلى القضاء، كما لها أن توقعه حتى وإن لم يلحق ضررا بالمرفق العام، أي أنها غير مضطرة لإثبات الضرر، في حين ذهب جانب آخر من الفقه، إلى اعتباره تعويضا اتفاقيا وسندهم في ذلك أن القاعدة العامة في العقود الإدارية هي تقديم التامين (الضمان)، والنص على مصادرته في حالات معينة واجب ومفروض بحكم القانون، لا يمكن للإدارة أن تتجاوز عنه، ولا يعدو أن يكون عقوبة على الإدارة توقعها على المتعاقد المقصر.

ثانيا: خصائص مصادرة الضمان

ينفرد جزاء مصادرة التأمين بجملة من الخصائص أهمها:

– إن سلطة الإدارة في مصادرة الضمان كجزاء توقعه على المتعاقد المقصر في التنفيذ يقوم حتى ولو لم ينص عليه العقد.

– تملك الإدارة الحق في توقيع جزاء المصادرة بإرادتها المنفردة، ودون انتظار حكم من القضاء.[1]

– تقوم الإدارة بتوقيع جزاء المصادرة، دون أن تكون ملزمة بإثبات تعرضها لضرر ما، جراء اخلال المتعاقد معها، حيث ان الضرر خطأ مفترض.

– يعد المبلغ المودع لضمان تنفيذ الصفقة، الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة مصادرته.

– إذا تم الغاء العقد لتقصير المتعاقد في تنفيذ التزاماته، ولم يكن الضمان النهائي قد دفع بكامله، فللإدارة الحق في المطالبة بما تبقى منه، باعتبار انه شرط جزائي يحدد مقدما بقيمة التعويض عن الاخلال بشروط العقد.[2]

[1]– بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص 103.

[2]– مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، ضمانات العقد الإداري،ط 2، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية: 2010 ص 176–177.

الفرع الثاني: الغرامة التأخيرية

أجازت المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، اللجوء إلى الغرامات التأخيرية كجزاء عن عدم التزام المتعامل المتعاقد بالمدة التعاقدية،[1] كما أوجب إدراجها ضمن البيانات الإلزامية للصفقة العمومية وكيفية تطبيقها[2]. والغرامة التأخيرية هي مبالغ اجمالية تقدرها الادارة مقدما وتنص على توقيعها متى أخل المتعامل المتعاقد بالتزام معين لا سيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ، وتوقع بمجرد حصول الإخلال أو التأخير في تنفيذ الالتزام، حتى ولو لم يترتب على هذا التأخير أي ضرر للإدارة.[3]وتتميز الغرامة التأخيرية كجزاء بضوابط تمارس وفقها (أولا) وخصائص تميزها عن غيرها(ثانيا).

أولا: ضوابط ممارسة الإدارة حق توقيع الغرامة التأخيرية

إن كان المشرع الجزائري خول المصلحة المتعاقدة، سلطة توقيع جزاء الغرامة التأخيرية إلا أنه قيد استعمالها حرصا على عدم تعسفها في حالتين، وفق ما يلي:

الحالة الأولى: تكون عند عدم احترام المتعامل المتعاقد للأجل المتفق عليه، نظرا لأهمية عنصر الزمن في تنفيذ الصفقة.[4]فأي إخلال للآجال المتفق عليها يعرض المتعامل المتعاقد، إلى فرض غرامة تأخيرية على ذمته المالية.

الحالة الثانية: عندما ينفذ المتعامل المتعاقد التزاماته بشكل غير مطابق لما اتفق عليه في العقد إذ يعد التنفيذ غير المطابق إخلالا بالشروط، والكيفيات والمواصفات التي تضمنها دفتر الشروط، يعرض صاحبه لا محالة إلى الغرامة التأخيرية حسب الكيفيات المشار إليها لاحقا.

---

[1]- النوي خرشي، المرجع السابق، ص 367.

[2]- أشارت المادة 95 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 إلى إدراج نسب العقوبات المالية وكيفية حسابها وشروط تطبيقها أو النص على حالات الاعفاء منها.

[3]- بحري اسماعيل، المرجع السابق، ص 116.

[4]- انظر المادة 28 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والتي تنص على ضرورة ذكر آجال التنفيذ والتسليم اجباريا في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة.

ثانيا: خصائص الغرامة التأخيرية

يتميز جزاء الغرامة التأخيرية بجملة من الخصائص أهمها:

1-غرامة التأخير اتفاقية: إذ تستمد قوتها من محتوى عقد الصفقة ذاته، لأنها تحدد مقدما فيه، بمعنى أن الطرفان يتفقان عليها مسبقا في مرحلة إبرام الصفقة، وبالتالي لا يحق لجهة الإدارة أن تقوم بفرضها على الطرف الذي يتأخر في تنفيذ الأعمال المنوطة به إذا لم يكن قد نص عليها في العقد.[1]ويشترط لتوقيع الغرامة أن ينص العقد صراحة على مقدار الجزاء مسبقا.

2-غرامة التأخير تلقائية: نصت الفقرة 2 من المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم15-247 على أنه «...تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها، طبقا لدفاتر الشروط المذكورة وكيفيات فرضها في المادة 26 من هذا المرسوم باعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية».[2]وتطبق غرامة التأخير بصفة تلقائية دون الحاجة إلى إثبات أن هذا التأخير قد ألحق ضررا لجهة الإدارة المتعاقدة. بل يكفي أن يكون الضرر مفترضا، وتستحق الغرامة دون إجراءات الإعذار.[3]

3-الغرامة التأخيرية تطبق بموجب قرار إداري: لا يكفي مجرد النص على جزاء الغرامة التأخيرية في العقد بل يجب على الادارة أن تصدر قرارا إداريا بتوقيع الغرامة التأخيرية، حتى يمكنها المطالبة بها، ودون اللجوء إلى القضاء، وعليها هنا أن تثبت الاخلال الفعلي بالتزامات المتعامل المتعاقد.

تهدف الجزاءات المالية في جانبها الوقائي، إلى ردع المتعامل المتعاقد عن الاخلال بالتزاماته وبالتالي مواصلة التنفيذ، كما تهدف في جانبها العلاجي، إلى حصول المصلحة المتعاقدة على مبلغ الضمان أو مبلغ الغرامة، كضمان لها لمواصلة تنفيذ الصفقة.

---

[1]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 288-289.

[2]- بن عبد المالك بوفلجة، الغرامة التأخيرية في ضوء المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مجلة الاجتهاد القضائي،العدد (15)، جامعة محمد خيضر بسكرة: 2017، ص 253 وما يليها.

[3]- محمد حسن مرعي الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2014، ص 53.

المطلب الثاني: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات غير المالية لضمان الوفاء بالالتزامات

إلى جانب سلطتها في توقيع جزاءات ذات طبيعة مالية، تملك المصلحة المتعاقدة أيضا، سلطة توقيع جزاءات ذات طبيعة ووصف قانوني مختلف عن الجزاءات المالية، تستعملها لحمل المتعامل المتعاقد على تنفيذ التزاماته كما اتفق عليها، إذ يمكن للمصلحة المتعاقدة توقيع الجزاءات في حالة تقصير المتعامل المتعاقد في أداء التزاماته، سواء بالامتناع عن تنفيذها تماما أو تأخر في التنفيذ أو نفذ الالتزام على غير الوجه المطلوب أو ناول غيره، دون موافقة المصلحة المتعاقدة. وتشكل هذه السلطة ضمانا هاما وخطرا في نفس الوقت، لأنها قد تؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية.

وتستمد المصلحة المتعاقدة هذه السلطة من القانون العام ومن طبيعة العقد في حد ذاته[1] إذ إن ضرورة سير المرفق العام بانتظام وإطراد، يحتم على المصلحة المتعاقدة أن تستعمل سلطاتها للحيلولة دون إخلال المتعاقد معها بالتزاماته، فتضغط عليه لحمله على تنفيذ ها (الفرع الأول) أو تنهي معه الرابطة التعاقدية بواسطة سلطة الفسخ (الفرع الثاني).

الفرع الاول: الوسائل الضاغطة كضمان للتنفيذ

تستهدف سلطة الإدارة من خلال استعمال الوسائل الضاغطة، تحقيق تنفيذ العقد بواسطة إكراه المتعامل المتعاقد، فهي تعتمد على فكرة وجوب تنفيذ الصفقة العمومية لأن المرفق العام بحاجة إلى ذلك لديمومته واستمراريته. وتتنوع الوسائل الضاغطة حسب موضوع العقد فقد تكون في صورة وضع المشروع تحت الحراسة في عقد الالتزام[2]أوفي صورة سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة (أولا) أما في عقد التوريد فتستعمل جزاء الشراء على حساب المورد (الثاني).

أولا: سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة

تمارس المصلحة المتعاقدة هذا الجزاء، على المتعامل المتعاقد (المقاول) في عقود الأشغال العامة نتيجة إخلاله بالتزاماته التعاقدية، بحيث تحل محله في تنفيذ صفقة الأشغال، أو تعهد به للغير لتنفيذ هذه الأشغال العامة على مسؤولية المقاول المعاقب، وهو جزاء يهدف إلى إرغام المقاول على تنفيذ الصفقة وليس من شأنه إنهاؤها، بل تستمر منتجه لآثارها وتظل الرابطة التعاقدية قائمة.[3]

---

[1]– بلاوي ياسينبلاوي، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، د ط، دار الكتب لقانونية، مصر، 2011، ص31 وما يليها.

[2]– سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 529 وما يليها.

[3]– بحري إسماعيل، المرجع السابق ص 106.

وتملك الإدارة سلطة سحب العمل من المقاول حتى ولو لم ينص العقد على ذلك، وفي حالات محددة على سبيل الحصر، تمثل صورا من صور إخلال المتعاقد بالتزاماته كالتأخير أو البطء أو التوقف عن العمل لمدة معينة أو غير ذلك.

ونظرا لخطورة هذا الجزاء وما قد ينجر عنه من آثار لابد من توافر شروط وضوابط تمارس وفقها(1) ولكي تترتب آثاره(2).

1-شروط ممارسة جزاء سحب العمل من المقاول: لكي تمارس المصلحة المتعاقدة هذه السلطة وجب توفر الشروط التالية:

أ-أن يرتكب المقاول خطأ جسيما يوجب السحب[1]: إذ يتعين أن يكون الخطأ على درجة من الجسامة حتى يبرر للإدارة تطبيق هذا الجزاء، وهذا الخطأ قد يكون إما بمخالفة نصوص العقد أو مخالفة روح العقد وبصفة عامة كل تأخر أو عدم تنفيذ لالتزام تعاقدي من شأنه الإضرار بالصالح العام وتعطيل المشاريع المرتبطة بموضوع العقد، سواء كان راجعا لعدم الاستجابة لنصوص العقد أو لأوامر المصلحة المتعاقدة أو بسبب المركز المالي للمقاول مما يعرقله عن تنفيذ التزاماته.

ب- إعذار المقاول: يصدر جزاء سحب العمل من المقاول بعد إعذاره من قبل المصلحة المتعاقدة، وهذا حتى يكون على بينة من أمره، من أنها عازمة على توقيع هذا الجزاء في حالة استمراره لمخالفته وتقصيره في أداء التزاماته إذ يعد هذا الإعذار اثباتا قانونيا لحالة تأخر المقاول في تنفيذ التزاماته وعليه فهو شرط ضروري لسحب العمل من المقاول إلا في حالة الاستعجال والحالات الخاصة بالمصلحة المتعاقدة فلها أن تسحب العمل من المقاول المقصر دون إنذاره، وكذلك الحال عندما يضم العقد أو دفتر الشروط الخاصة نصا صريحا يعفي الإدارة من إنذار المقاول.

2-آثار سحب العمل من المقاول: أهم ما يترتب على جزاء سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة ما يلي:

- رغم توقيع جزاء السحب على المقاول المعذر، الا أنه يبقى ملزما بتنفيذ الصفقة،

- ينفذ العقد على حساب المقاول المعاقب، إما بمباشرة المصلحة المتعاقدة بنفسها أو بواسطة مقاول آخر تختاره لذلك، وبالطريقة التي تراها مناسبة.[2]

[1] - بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 115 وما يليها.

[2]- بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 165 وما يليها

– يظل المقاول الأصلي مسؤولا عن الأشغال، غير أنه مستبعد مؤقتا عن تنفيذ الأشغال التي تأخر في إنجازها أو عجز عن القيام بها.

– كما يظل المقاول المعاقب مسؤولا عن جميع التزاماته بعد سحب العمل منه، ولا يمكنه استرداد التأمين أو الضمان وقت الإعلان عن إجراء السحب.

ثانيا: الشراء على حساب المورد في عقد التوريد

تمارس الإدارة هذا النوع من الجزاء، على المتعاقد معها (المورد)عند إخلاله بالتزامه بأداء مهمات محددة تحتاجها الإدارة للقيام بالواجبات المنوطة بها، لأنه يشكل تهديدا لاستمرار المرفق العام وإطراد عمله فتوقع عليه الإدارة هذا الجزاء بواسطة قرار تصدره، حيث يتضمن شراء الأصناف على حساب المورد ومسؤوليته، إذ تمارس الإدارة هذا الإجراء سواء نص عليه العقد أم لم ينص، ولكي لا تتعسف الإدارة في توقيع هذا الجزاء، اشترط الفقه والقضاء الإداريين توافر شروط معينة(1) وحتى تترتب آثاره(2).[1]

1–شروط توقيع جزاء الشراء على حساب المورد

حتى تتمكن الإدارة من توقيع هذا الجزاء على المورد المخل بالتزاماته وجب توافر الشروط التالية:

–يجب أن يمثل إخلال المورد خطأ جسيما، يبرر للإدارة استعمال هذا الإجراء، كتقاعسه عن التسليم أو التأخير أو رداءة الأشياء الموردة.

–إخطار المتعاقد بوجوب تنفيذ التزاماته، مع توقيع غرامة إذا اقتضى الأمر ذلك، إلا إذا تضمن العقد بندا يعفي الإدارة من توجيه إعذار للمتعامل المتعاقد[2].

– أن يصدر قرار الشراء في حدود العامة للمشروعية.

2–الآثار القانونية لجزاء الشراء على حساب المورد

ينتج عن توقيع جزاء الشراء على حساب المورد في عقد التوريد الآثار التالية:

– يعتبر هذا الجزاء مؤقتا ولا ينهي الرابطة التعاقدية، إذ يبقى العقد مستمرا، وتحل الإدارة بمقتضاه محل المورد في تنفيذ الالتزامات التي أخل بها، وعلى مسؤوليته، أو أن تعهد ذلك إلى مورد آخر.[3]

[1]– سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 538 وما يليها

[2]– بلاوي ياسين بلاوي، المرجع السابق، ص 123

[3]– بلاوي ياسين بلاوي، المرجع نفسه، ص 191

– يتحمل المورد المعاقب كافة النتائج الباهظة الناتجة عن عملية التنفيذ، وإذا أجريت العملية بثمن أقل من ثمن العقد الأصلي فأن الفرق من حق الإدارة.

– تقتصر مسؤولية المورد الجديد، على وجود التوريدات التي نظمها التنفيذ على حساب المورد المعاقب فهو ليس مندوبا له، ولا وكيلا عنه، كما لا يمكنه القيام بالتوريد لحسابه.

– تكون الإدارة، عندما تقوم بعملية الشراء على حساب المورد، وكيلا عنه في هذا الشأن، فتلتزم بأن تبذل في تنفيذ هذه الوكالة العناية التي تبذلها في أعمالها الخاصة.

يعد الاستعمال المشروع للوسائل الضاغطة كسلطة ممنوحة للإدارة، ضمانا لمواصلة تنفيذ الصفقة العمومية لأنها تجبر المتعاقد معها على ذلك مهما كان.

الفرع الثاني: الجزاءات الفاسخة كضمان للتنفيذ

تعد من أخطر الجزاءات التي تستعملها المصلحة المتعاقدة على المتعاقد معها، عندما يثبت لها وبصورة قاطعة عجزه أو عدم قدرته في تنفيذ الالتزامات محل التعاقد على نحو مرضي، كعدم مراعاة تنفيذ الأعمال أو عدم تسليم التوريدات في المواعيد المقررة، إذ بمقتضاها تنتهي الرابطة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد، ويسوغ فسخ العقد في حال عدم تنفيذه، سواء كان عائدا للقوة القاهرة، حيث لا يؤدي إلى مسؤولية المتعامل المتعاقد، أو عائدا إلى خطأ أحد الأطراف.

وقد تطرق المشرع الجزائري، لجزاء الفسخ في معظم التشريعات المتعلقة بالصفقات العمومية، ونجده في قانون الصفقات العمومية الحالي في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، أعطى سلطة تقديرية أكثر للمصلحة المتعاقدة في اتخاذ قرار فسخ الصفقة من جانب واحد ودون خطأ من المتعامل المتعاقد، شرط تبرير ذلك.[1]فتناول الفسخ في القسم العاشر من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وقد بين المنظم الشروط الواجب توافرها لفسخ الصفقة(أولا)، كما بين أنواع الفسخ (ثانيا) والآثار المترتبة عنه(ثالثا).

[1]– سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 545 وما يليها.

أولا: الشروط الواجب توافرها لفسخ الصفقة

هذه الشروط تعد ضمانة للمتعامل المتعاقد من تعسف الإدارة وتجاوز سلطتها في فسخ العقد وأهمها[1]:

1-أن يرتكب المتعاقد خطأ جسيما: من المسلم به أن الجزاء يفترض وقوع أخطاء جسيمة من المتعاقد إذ يجب أن يبرر هذا الجزاء بوقائع تبرز خطورتها بدرجة كافية يمكن معها فسخ العقد، والخطأ الجسيم في الصفقة، قد يكون في صورة إخلال المتعامل المتعاقد بالتزام قانوني أو تعاقدي، وللإدارة السلطة التقديرية في تحديد مدى جسامة هذا الخطأ أو الإخلال بتلك الالتزامات، بحيث يمكن توقيع الفسخ كجزاء وذلك تحت رقابة القاضي الإداري.

2- يجب توجيه إعذار بالفسخ للمتعامل المتعاقد: من حيث المبدأ، يجب إعذار المتعاقد مسبقا بالفسخ الجزائي ومنحه فترة معقولة تسمح له بأداء التزامه وإلا عد الفسخ معيبا، ويعفى المتعاقد من نتائجه الباهظة ولا تعفى المصلحة المتعاقدة من توجيه إعذار للمتعاقد، إلا إذا نص العقد على ذلك، أو كان الفسخ على إثر إجراء جزائي ضاغط سبق إعذاره به ولنفس الأخطاء، ويعد الإعذار فرصة ثانية[2] للمتعامل المتعاقد لتدارك تقصيره وتنفيذ التزاماته التعاقدية، حيث نصت المادة 149 على أن « إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة إعذار ليفي بالتزاماته التعاقدية في الأجل المحدد»[3].

ثانيا: أنواع الفسخ

طبقا للأحكام الواردة في المواد من 149 إلى 152 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 يتخذ الفسخ أشكالا متنوعة يمكن حصرها فيما يلي:

1-الفسخ بسبب خطأ المتعامل المتعاقد: يعد هذا النوع من الفسخ أخطر أنواعه، فهو يهدف إلى إنهاء الرابطة العقدية بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية، مع تحميله كافة النفقات والمصروفات الإضافية الناجمة من إبرام صفقة جديدة مع الغير، لأنه يكون مصحوبا بإعادة طرح الأشغال في طلب العروض لإتمام تنفيذها على حساب المتعاقد المقصر.

---

[1]- مونية جليل، المرجع السابق، ص 56.

[2]- انظر محتوى الإعذار وشكله، عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 32 وما يليها.

[3]- صياد رحيمة وسعيدي كاتية، ضمانات المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 15-247، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، 2017/2016، ص 83.

وتمارس الإدارة هذه السلطة بإرادتها المنفردة ودون اللجوء إلى القضاء[1]، كما أكدت المادة 152 على عدم قابلية الفسخ للاعتراض إذا لجأت الإدارة إلى تطبيق البنود الواردة في الصفقة، والحكمة التي أراد المشرع تحقيقها هي الاستمرار في فرض الضغوط المعنوية والقانونية على المتعامل لينفذ التزاماته التعاقدية بما يضمن سير المرافق العامة بانتظام وإطراد.[2]

2-الفسخ دون خطأ من المتعامل المتعاقد:[3] يمكن للمصلحة المتعاقدة وتحت عنوان مقتضيات المصلحة العامة، أن تضع نهاية للصفقة العمومية حتى دون أن يصدر أي خطأ أو تقصير من المتعامل المتعاقد وهنا تبرز وبشكل جلي آليات القانون العام، وإن كان للمصلحة المتعاقدة السلطة التقديرية في توقيع هذا النوع من الفسخ إلا أنها يجب أن توقعه وفق ضوابط محددة تتمثل أساسا في:

- أن يكون إنهاء الصفقة مما تقتضيه المصلحة العامة، مراعاة لمبدأ الملاءمة والتكيف، أي يجب على الإدارة أن تقدم تعليلا وتسبيبا لقرارها بإنهاء الصفقة، وهذا لارتباط التسبيب بمصالح الطرفين، وكذا لوجود الرقابة القضائية الصارمة، خاصة وأن قرار الإنهاء ينطوي على خطورة مما يجب تسبيبه وتعليله.[4]

- أن يكون قرار الإنهاء مشروعا، فإنهاء الصفقة العمومية يكون في صورة قرار إداري يجب ان يستوفي كافة شروطه الشكلية والموضوعية.

3-الفسخ الاتفاقي أو التعاقدي:[5] يجوز اللجوء للفسخ التعاقدي للصفقة، عندما يكون مبررا بظروف لابد للمتعامل المتعاقد فيها، وحسب الشروط المتفق عليها في الصفقة. وفي حالة اللجوء للفسخ الاتفاقي لصفقة جارية التنفيذ وطبقا للفقرة 2 من المادة 152 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، يتعين على الطرفين توقيع وثيقة الفسخ التي تنطوي على كشف الحسابات المعدة تبعا لما تم إنجازه من الأعمال وما تبقى منها وهذا أمر طبيعي تقتضيه الأصول المحاسبية.[6]

---

[1] - انظر المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر.

[2]- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 34.

[3]- انظر المادة 150 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

[4]- مودع فريدة، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015/2014، ص 37.

[5] - انظر المادة 121 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

[6]- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 35

ثالثا: الآثار المترتبة على توقيع جزاء الفسخ

إذا صدر قرار الفسخ وتم تبليغه للمتعامل المتعاقد فإنه يترتب عليه الآثار التالية:

1-إنهاء العقد وانحلال الرابطة العقدية بين طرفيه سواء كان الإنهاء كليا أو جزئيا[1].

2-يجب على المقاول أن يخلي أماكن العمل والا تحققت مسؤوليته، كما أنه من حق الإدارة أن ترفض استلام أية توريدات بعد فسخ الصفقة.

3-تسوية مصير الأدوات والمواد الخاصة بالمقاول، وعادة ما ينظم العقد هذه المسالة، فإذا لم ينص على ذلك في العقد لا تكون الإدارة ملزمة باكتسابها، كما ان المقاول له ان يرفض التنازل عنها[2].

يعتبر جزاء الفسخ وبعد أن يرتب آثاره ضمانا هاما لمواصلة تنفيذ الصفقة مع شخص آخر، وتحت مسؤولية المتعامل المخل بالتزاماته.

[1] – أجاز المشرع بموجب المادة 149 من المرسم الرئاسي 15-247 إمكانية الفسخ الجزئي للصفقة.

[2]– بحري اسماعيل، المرجع السابق، ص 110

خلاصة الفصل

تنتج الصفقة العمومية في مرحلة تنفيذها آثارا في ظل العلاقة التعاقدية، تتمثل أساسا في الحقوق والالتزامات المتعلقة بطرفيها، حاول المشرع ضمانها وتأمينها من المساس بها تحت أي مسمى، وذلك من خلال آليات رصدها وفق ما تتمتع به الادارة من سلطات بوصفها صاحبة السلطة العامة، ووفق ما يتمتع به المتعامل المتعاقد من حقوق وما عليه من التزامات، باعتباره طرفا في العقد. فلحماية الحقوق في مواجهة الظروف المستجدة التي لم تعرفها الصفقة في مرحلة ابرامها، اعترف المشرع لجهة الادارة بسلطة تعديل بعض بنود العقد تماشيا مع الظروف الجديدة وفي حدود قواعد المشروعية، وحتى لا يرهق المتعاقد مع الادارة بسبب هذه الظروف، وهذا التعديل، فقد أنصفه المشرع من خلال منحه الحق في إعادة التوازن المالي حتى يستطيع مواصلة تنفيذ التزاماته. ولتأمين مصلحة الادارة أوجب المشرع على المتعامل المتعاقد أن يكفل تعهده بمبلغ مالي لضمان ملاءته، كما أوجب على المصلحة المتعاقدة تمكين المتعاقد معها من حقه في المقابل المالي نظير تنفيذه لالتزاماته ولم يكتف بذلك، بل أشار إلى امكانية مراجعة الأسعار وتحيينها. كما عالج المشرع اخلال المتعامل المتعاقد لالتزاماته من خلال الاعتراف للإدارة، بسلطة توقيع جزاءات ذات طبيعة مالية تهدف إلى ردع المتعاقد عن اخلاله بالتزاماته، كما تهدف إلى مصادرة مبلغ الضمان المودع لديها، والحصول على مبلغ الغرامة التأخيرية، وفي حال أن يصل الاخلال بالالتزامات إلى درجة الخطأ الجسيم، تستعمل الادارة وفق قواعد المشروعية في بداية الأمر وسائل ضاغطة من أجل حمل المتعاقد على تنفيذ التزاماته، وإذا لم ينفذ رغم الضغط عليه تنهي معه الرابطة العقدية، ويتحمل كافة التكاليف للقيام بعملية جديدة مع شخص آخر. وكل هذه الآليات تشكل ضمانات في مواجهة كل ما من شأنه عرقلة سير التنفيذ.

الفصل الثاني

ضمانات تسوية نزاعات التنفيذ

الفصل الثاني: ضمانات تسوية نزاعات التنفيذ

تعتبر مرحلة التنفيذ أهم مراحل الصفقة العمومية، باعتبارها الميدان الذي تتجسد فيه حقوق والتزامات الطرفين، سلطات ممنوحة للإدارة تستعملها دون اللجوء إلى القضاء، وحقوق والتزامات للمتعامل المتعاقد، فقد تتجاوز الإدارة في استعمال سلطاتها أو تخل بالتزاماتها، وقد يخل المتعامل المتعاقد بالتزامه، مما ينجر عنه نشوب نزاعات، تعرف بنزاعات التنفيذ، وهي تلك الخلافات التي تنتج زمنيا بمناسبة تنفيذ الصفقة العمومية، وتعد أحد معوقات تنفيذ المشاريع واستلامها في وقتها، لذلك ولضمان تنفيذ الصفقة العمومية، وحفاظا على حقوق كل طرف من الأطراف، حرص المشرع الجزائري من خلال قانون الصفقات العمومية 15-247 على إيجاد حلول وتسوية لهذه النزاعات، بحيث خصص لها قسما كاملا بعنوان التسوية الودية للنزاعات، والتي وردت سابقا في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 تحت عنوان " تسوية النزاعات" وهو ما يدل على رغبة المشرع في إرساء الحل الودي لنزاعات التنفيذ لما له من فائدة تصب في مصلحة الطرفين، فأوجب على المصلحة المتعاقدة أولوية إيجاد الحلول الودية **(المبحث الأول)** وفي حال فشلها سمح باللجوء إلى القضاء لتسوية النزاع **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول: أولوية التسوية الودية لنزاعات التنفيذ

تبنى المشرع الجزائري في جل القوانين المنظمة للصفقات العمومية، مبدأ الحل الودي لمنازعات الصفقات العمومية لا سيما تلك التي تطرأ في مرحلة التنفيذ، حيث جاء في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، أن «تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة، في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها. يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي.....»[1].

فالحل الودي يمكّن طرفي النزاع من إيجاد حل في أسرع وقت وبما يلائم مصالحهما، وبما يضمن استمرار تنفيذ المشروع محل الصفقة، كل ذلك تفاديا للجوء إلى القضاء وما يترتب عليه من تعقيد في الاجراءات وطول للمدة.[2]

وحسنا ما فعل المشرع الجزائري، حين تبنى مبدأ التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في مرحلة التنفيذ، حتى لا تتعطل المشاريع العمومية، الأمر الذي يضمن مواصلة التنفيذ واستلام المشروع في آجاله، وهو ما يتماشى وخطة الصفقات العمومية في النهوض بعجلة التنمية في مختلف القطاعات في الدولة.[3]هذه الحلول الودية عبارة عن آليات ووسائل وضعت وفقا لمعايير قانونية في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام (المطلب الأول) كما تضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية طرقا بديلة يمكن الاستعانة بها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: آليات التسوية الودية وفقا لقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

تبنى المشرع الجزائري مبدأ التسوية الودية للمنازعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة العمومية، في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وخصص لها قسما بعنوان " التسوية الودية للمنازعات" من المادة 153 إلى المادة 155. حيث ألزم المصلحة المتعاقدة، بالبحث عن الحل الودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة، وهو ما يدل على أهمية التسوية الودية في ضمان استمرار تنفيذ المشاريع، إذ تعد هذه الآليات أهم أنواع تسوية منازعات الصفقات العمومية، لما تتميز به من سرعة

[1]- انظر المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر.

[2]- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 143.

[3]-بحري اسماعيل، مرجع السابق، ص 114.

وقلة تكلفة، وتتوزع هذه الآليات، بين تلك التي تبرز دور المصلحة المتعاقدة نفسها في تسوية نزاعات التنفيذ بطريقة ودية (الفرع الأول)، وبين التي تبرز دور لجان الصفقات العمومية في التسوية الودية لنزاعات التنفيذ (الفرع الثاني).

الفرع الأول: دور المصلحة المتعاقدة في التسوية الودية لنزاعات تنفيذ الصفقة العمومية

إن أولوية إيجاد حلا وديا للنزاعات التي تطرأ في مرحلة تنفيذ الصفقة، جعل المشرع الجزائري يصبغه بصفة الالزام على المصلحة المتعاقدة، التي يجب عليها البحث عن حل ودي لفض النزاع حتى لا تتعطل المشاريع، وبالتالي مواصلة التنفيذ واستلام المشروع في آجاله، وهو ما يتماشى وأهداف وخطط الصفقات العمومية في مختلف المجالات.[1]

كما أوجب نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247، على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط اللجوء لإجراء التسوية الودية للنزاع قبل كل مقاضاة أمام العدالة، وهو من شأنه أن يوسع من المخاطبين بهذا الالتزام بحيث يمتد ليشمل أيضا المتعامل المتعاقد، باعتبار دفتر الشروط وثيقة تعاقدية، وبالتالي يكون المتعامل المتعاقد ملزما أيضا بضرورة البحث عن حل ودي للنزاع قبل اللجوء إلى القضاء.[2]

وللوصول إلى حل ودي للنزاع، وضع المشرع معايير وضوابط يجب على المصلحة المتعاقدة مراعاتها وهي كما يلي:

- تسوية نزاعات التنفيذ في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية

إذ يجب على المصلحة المتعاقدة، أن تحترم الأحكام التشريعية والتنظيمية في تبنيها للحل الودي لأي نزاع، وكل اتفاق بهذا الشأن يتعارض مع أحكام التشريع أو التنظيم، يقع باطلا ولا يترتب عنه أي أثر بالنسبة لأطرافه، فالاتفاق يستمد وجوده من مشروعيته.[3]

---

[1]- زايدة سامية، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، ملحقة مغنية، 2016/2015، ص 55.

[2]- بن بوزيد نورة، منازعات الصفقات العمومية، دفاتر السياسة والقانون، العدد (15)، جامعة ورقلة، جوان 2016، ص 446.

[3]- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 145.

- الحرص على إيجاد التوازن في تحمل التكاليف بين الطرفين

كما سبق ذكره، قد تظهر وقت تنفيذ المشروع ظروفا يتحمل معها المتعامل المتعاقد أعباء أكثر، ووفقا لهذا الضابط يجب على الادارة المعنية، الأخذ بعين الاعتبار هذه الظروف الجديدة وتنصف المتعاقد معها محاولة حسم الأمر وديا دون أن ترهقه باللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقه في إعادة التوازن المالي أو أن تنكر عليه هذا الحق.[1]

- التوصل إلى أسرع انجاز لموضوع الصفقة

إن إعطاء عامل الزمن الأهمية في تنفيذ الصفقات العمومية من خلال نصوص القوانين المنظمة لها، فرض ضرورة الحل الودي للنزاع الذي يثور أثناء التنفيذ، فكلما كان التوصل للحل الودي كان ذلك أنفع لزمن تنفيذ العمل موضوع الصفقة بما يعود بالفائدة على أطراف الصفقة وعلى المنتفعين منها.[2]

- البحث عن تسوية نهائية في أسرع وقت وبأقل تكلفة

حتى لا تتأثر النزاعات التي تطرأ أثناء التنفيذ على استمرار تنفيذ العمل موضوع الصفقة، فرض المشرع على جهة الادارة البحث عن حل ودي في أسرع وقت بما يكفل ضمان مواصلة المشروع وتنفيذه في آجاله، وبتكلفة أقل منها في حالة استعمال حل غير ودي.[3]

وتجدر الاشارة إلى أن دور الادارة في حسم النزاع بطريقة ودية، يعتبر نوع من أنواع الصلح الاداري والذي يعبر عنه باللغة الفرنسية (la translation en matière a distractive)، وهو صلح إداري خارج مجال القضاء، ولم ينص عليه قانون الاجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الثاني: دور لجان الصفقات العمومية في التسوية الودية لنزاعات تنفيذ الصفقة العمومية

تأكيدا على تبني مبدأ التسوية الودية للنزاع، أعطى المشرع الجزائري وفي حال عدم حصول اتفاق لحل النزاع بطريقة رضائية، فرصة عرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة، التي أنشأها بموجب المادة 154 من المرسوم الرئاسي 15-247، حيث استحدث بموجبها أيضا لجان محلية

[1]-انظر المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر.

[2]- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 145.

[3]- منديل ياسمينة ومباركي ربيحة، التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية على ضوء المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016/2015، ص 80.

للتسوية إلى جانب اللجان المركزية، بعدما كانت مقتصرة على اللجان المركزية في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السابق. بحيث أوجب المشرع على هذه اللجنة أن تبحث على العناصر المتعلقة بالقانون والوقائع لإيجاد حل ودي ومنصف. ولقد بينت المادة 154 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، نوعين من اللجان، لجنة على مستوى المركز، ولجنة محلية، وبينت اختصاص وتشكيل كل لجنة(أولا) كما بينت المادة 155 من نفس المرسوم الكيفيات القانونية لعمل اللجان(ثانيا).

أولا: اختصاص وتشكيل لجان التسوية الودية

بموجب المادة 154 من المرسوم الرئاسي 15-247، تم انشاء لجنة للتسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين اقتصاديين جزائريين، وبينت اختصاص كل لجنة وتشكيلتها وفق ما يلي:[1]

1 لجنة التسوية الودية للنزاعات في الوزارة والهيئة العمومية

تختص هذه اللجنة بدراسة نزاعات الادارة المركزية ومصالحها الخارجية، أو الهيئة العمومية والمؤسسات العمومية الوطنية التابعة لها. أما عن تشكيلتها فقد أوردتها المادة 154 منق ص ع و ت مع كما يلي:

-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 هذه اللجنة بدراسة نزاعات تنفيذ الصفقات العمومية التي تبرمها كل من الولاية، البلديات المؤسسات العمومية المحلية التابعة لها والمصالح غير الممركزة للدولة. وتتشكل هذه اللجنة حسب نص المادة 154 مما يلي:

-ممثلا عن الوالي رئيسا؛

[1]- انظر المادة 154 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر وانظر حليمي منال، تنظيم الصفقات العمومية وضمانات حفظ المال العام في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2016/2015، ص 182.

– ممثلا عن المصلحة المتعاقدة؛

– ممثلا عن المديرية التقنية للولاية المعنية بموضوع النزاع؛

– ممثلا عن المحاسب العمومي المكلف.

والملاحظ على تشكيلة اللجنتين، أنها لا تضم ممثلا عن المتعامل المتعاقد، ليس بوصفه ندا لممثل المصلحة المتعاقدة، وإنما لبعث نوع من المصداقية في أراء اللجنتين عن طريق اشراكه في مداولاتها أو على الأقل سماع رأيه، أما عن التمثيل الذي تحضى به المصلحة المتعاقدة فهو أمر طبيعي ومنطقي، بالنظر إلى السلطات الخطيرة الممنوحة لها، فلا ضير من اشراكها في عضوية لجان التسوية الودية.

3-أحكام سير عمل اللجان

وضع المشرع الجزائري من خلال نص المادتين 153و154من ق ص ع وت م ع، معايير وأحكام لتشكيل وسير عمل اللجان تتمثل فيما يلي:

-يجب على اللجنة، أن تبحث عن العناصر المتعلقة بالقانون والوقائع لإيجاد حل ودي ومنصف للنزاع.[1]

– ألا يكون أعضاء اللجنة ممن شاركوا في اجراءات ابرام، ومراقبة، وتنفيذ الصفقة المعنية بالنزاع.[2]

– يكون تعيين أعضاء اللجنة، على أساس الكفاءة في الميدان المعني، وبموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية، أو الوزير، أو الوالي المعني.[3]

– يمكن أن يستعين رئيس اللجنة على سبيل الاستشارة، بكل كفاءة من شأنها توضيح أشغال اللجنة.[4]

– كما نص القانون على أن يعين رئيس اللجنة مقررا من بين أعضائها، ونص أيضا على أن توضع أمانة اللجنة لدى رئيس اللجنة.[5]

---

[1]–تنص الفقرة 05 من المادة 153 من ق.ص.ع.و.ت.م.ع 15 –247 على أنه: «ويجب على اللجنة ان تبحث على العناصر المتعلقة بالقانون أو الوقائع لإيجاد حل ودي ومنصف حسب الشروط المذكورة أعلاه للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات المطروحة أمامها».

[2]–انظر الفقرة 06 من المادة 153 من نفس القانون.

[3]– انظر الفقرة 4 من 154 من نفس القانون.

[4]– انظر الفقرة 05 من المادة 154 من نفس القانون.

[5]– انظر الفقرتين 06 و07 من المادة 154 من نفس القانون.

وتهدف هذه المعايير، إلى إضفاء نوع من المصداقية على الآراء التي تصدرها اللجنة، من خلال ربط النزاع بالقانون والوقائع، ومن خلال اختيار الأعضاء من غير المشاركين في إجراءات الصفقة المعنية، كما تهدف أيضا إلى الرفع من مستوى آرائها، من خلال اشتراط عنصر الكفاءة في الأعضاء.

ثانيا: الكيفيات القانونية والإجرائية لعمل لجان التسوية الودية

أوضح نص المادة 155 من ق ص ع و ت م ع الحالي الآليات القانونية والاجرائية لعمل اللجان وفق ما يلي:[1]

-يقوم الشاكي بتوجيه تقرير مفصل مرفقا بكل وثيقة تثبت مطالبه برسالة موصى عليها مع وصل بالاستلام إلى أمانة اللجنة، أو يودعها مباشرة لدى أمانة اللجنة مقابل وصل للاستلام.

- يقوم رئيس اللجنة باستدعاء الجهة الشاكية برسالة موصى عليها مع وصل للاستلام، لإعطاء رأيها في النزاع، إذ يجب عليها وفي أجل أقصاه 10 أيام من تاريخ مراسلتها أن تبلغ رأيها لرئيس اللجنة برسالة موصى عليها مع وصل الاستلام.

- تتم دراسة النزاع من طرف اللجنة في أجل أقصاه 30 يوما ابتداء من تاريخ جواب الطرف الخصم برأي مبرر.

-يمكن للجنة أن تستمع لطرفي النزاع، وأن تطلب من كل واحد منهما افادتها بكل معلومة أو وثيقة من شأنها المساعدة في توضيح أعمالها.

-تتخذ أراء اللجنة بأغلبية أصوات الأعضاء، وفي حالة التساوي يرجح صوت الرئيس.

- يبلغ رأي اللجنة لطرفي النزاع بإرسال موصى عليه مع وصل استلام وترسل نسخة منه إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المنشأة بموجب أحكام المادة 213 من المرسوم الرئاسي 15-247.[2]

ولقد نص القانون على أن تبلغ المصلحة المتعاقدة قرارها في رأي اللجنة للمتعامل المتعاقد في أجل أقصاه 08 أيام ابتداء من تاريخ تبليغها برسالة موصى عليها مع وصل الاستلام وتعلم اللجنة بذلك.

[1]- انظر المادة 155 من نفس القانون.

[2]- انظر المادة 213 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر.

المطلب الثاني: آليات التسوية الودية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية

بالإضافة لضمانات التسوية الودية لنزاعات التنفيذ التي أوردها قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نص قانون الاجراءات المدنية والادارية رقم 08-09 أيضا على طرق ودية لحل النزاعات بصفة عامة دون اللجوء إلى القضاء، هذه الآليات يمكن الاستعانة بها أيضا في فض نزاعات الصفقات العمومية لا سيما تلك التي تنشأ بمناسبة تنفيذها، وأهم هذه الآليات طريقتين مستحدثتين بموجب قانون الاجراءات المدنية والادارية وهما الصلح والوساطة (الفرع الأول) بالإضافة إلى آلية التحكيم (الفرع الثاني)

الفرع الأول: الطرق البديلة المستحدثة

استحدث قانون الاجراءات المدنية والادارية طريقتين وديتين لم يعرفهما قانون الاجراءات المدنية من قبل، هما الصلح (أولا) والوساطة (ثانيا).

أولا: الصلح كآلية ودية لحل النزاع

يعتبر الصلح آلية قانونية لتسوية النزاعات بطريقة ودية، حيث تنص المادة 04 من ق إ م إ، على أنه: «يمكن للقاضي إجراء الصلح بين الأطراف أثناء سير الخصومة في أي مادة كانت». وعرفته المادة 459 من القانون المدني الجزائري على أنه: «عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه»، وهذا باستثناء ما تعلق بالحالة الشخصية أو بالنظام العام.[1]وأورد قانون الاجراءات المدنية والإدارية نوعين من الصلح، الأول هو الصلح الذي يتم بمسعى من الخصوم، والنوع الثاني هو الذي يتم بمسعى من القاضي بمناسبة دعوى قضائية، سواء كان قاضيا أو عاديا.[2] وقد أوضح المشرع كيفية انعقاد الصلح(1) وأثره في نزاعات التنفيذ(2)

1-كيفية انعقاد الصلح

تنص المادة 991 ق إ م إ على: «تتم محاولة الصلح في المكان والوقت الذي يراهما القاضي مناسبين ما لم توجد نصوص خاصة في القانون تقرر خلاف ذلك».

---

[1]- انظر المادة 461 من ق.م.ج

[2]- زايدة سامية، المرجع السابق، ص 58.

إذن القاعدة العامة أن تتم محاولة الصلح في المكان والزمان الذين يراهما القاضي مناسبين، بما له من سلطة تقديرية في ذلك، أما الاستثناء، وجود نص خاص في القانون يقرر خلاف ذلك، فالمشرع لم يحدد اجراءات يتم بموجبها الصلح، انما ترك المجال واسعا للقاضي وفقا لما يراه مناسبا بشأن الكيفية ما دام ذلك سيحقق النتيجة.[1]

2-آثار الصلح في نزاعات تنفيذ الصفقات العمومية

هناك نوعان للصلح كما أسلفنا، إما بمسعى من الخصوم، أو صلح بمسعى من القاضي، ويرتب كل نوع أثره وفق ما يلي:

- إذا كان الصلح بمسعى من الخصوم، نميز بين الصلح الذي يتم أثناء الخصومة، فتطبق عليه أحكام المادة 973 ق إ م إ، حيث يتم تسوية النزاع وغلق الملف، ولا يمكن الطعن فيه، أما إذا تم الصلح خارج الخصومة، أين يتفق الخصوم حول تسوية النزاع فيما بينهم ويتدخل القاضي فقط من أجل تطبيق الاتفاق.[2]

- أما الصلح بمسعى من القاضي وبعد قبوله من الأطراف، يحرر القاضي بشأنه محضرا يوقعه الأطراف ويوقعه القاضي وأمين الضبط ويودع لدى أمانة الضبط[3]، لينتهي النزاع ويغلق ملف القضية، بحيث لا يمكن إثارته فيما بعد، وبمجرد ايداعه يعد سندا تنفيذيا.[4]

ثانيا: الوساطة آلية ودية لحل النزاع

تم استحداث الوساطة كآلية ودية لحل النزاعات، بموجب المادة 994 ق إ م إ، بحيث أوجب المشرع الجزائري على القاضي عرض اجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد باستثناء قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية وكل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام. لكل النزاع أو جزء منه.[5]

---

[1]- بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري2008) طبعة ثانية 2009، منشورات بغدادي، الجزائر، ص 519.

[2] - رشيد خلوفي، قانون المنازعات الادارية، الجزء الثالث، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، 2011، ص 218.

[3]- انظر المادة 992 ق.إ.م.إ.

[4] -انظر المادة 993 ق.إ.م.إ.

[5]- انظر المادة 994 ق.إ.م.إ.

والوساطة هي أسلوب يسعى من خلاله الأطراف المتنازعة، إلى تقريب وجهات النظر ولإزالة سوء التفاهم والوصول إلى اتفاق بمساعدة شخص محايد[1] يدعى الوسيط الذي يعينه القاضي بعد قبول الأطراف لهذا الاجراء وفقا لمعايير وأحكام حددها القانون، هذا الوسيط قد يكون شخصا طبيعيا أو جمعية.[2]وتنقسم الوساطة إلى نوعين وساطة مبنية على اتفاق الأطراف في اللجوء إلى وسيط، وتسمى بالوساطة التعاقدية، والنوع الثاني هو الوساطة القضائية والتي تتم بمسعى من القاضي، والمشرع الجزائري أخذ بالوساطة القضائية حسب نص المادة 994 ق إ م إ.

1-إجراءات الوساطة

أوجب المشرع على القاضي إجراء الوساطة بين أطراف النزاع المطروح أمامه، وهو إجراء جوهري، ومن أول جلسة، ولا يصبح هذا الاجراء نافذا الا بعد قبوله من طرف الخصمين، حيث يقوم القاضي بتعيين الوسيط من أجل إيجاد حل للنزاع، ويعطي له أجلا معينا للقيام بهذه المهمة، وللقاضي سلطات واسعة في اتخاذ التدابير اللازمة، ويقوم الوسيط بدعوة الأطراف للوساطة، ويستمع لكل طرف محاولا التوفيق بينهما، وتكون الوساطة على كل النزاع أو جزء منه، والزمن الذي تستغرقه الوساطة هو ثلاثة أشهر قابلة للتجديد مرة واحدة بطلب من الوسيط وبعد موافقة الخصم.[3]

2-أثار الوساطة

تنتهي الوساطة إما باتفاق الطرفين، فيخبر الوسيط القاضي كتابيا بهذا الاتفاق، ويحرر محضرا بذلك يوقعه رفقة الخصوم، ثم ترجع القضية أمام القاضي في التاريخ المحدد لها مسبقا ويصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل للطعن، ويعد محضر الاتفاق سندا تنفيذيا، وقد تنتهي الوساطة من طرف القاضي عند استحالة السير الحسن لها[4].

[1]- بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 523.

[2]- بربارة عبد الرحمان، المرجع نفسه، ص 527، وانظر المادة 997 ق.إ.م.إ

[3]- بربارة عبد الرحمان، المرجع نفسه، ص 526. وانظر المادة 996 ق.إ.م.إ

[4]- بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 530.

الفرع الثاني: التحكيم آلية ودية لتسوية النزاع

التحكيم كآلية لفض النزاعات بطريقة ودية، نظمها المشرع الجزائري في قانون الاجراءات المدنية والادارية وتحديدا المواد 975،976و977 والمتعلقة بالتحكيم في المواد الادارية، كما خصص الباب الثاني من الكتاب الخامس للتحكيم في جميع المنازعات. من المادة 1006 إلى المادة 1061، فأجازت المادة 1006 ق إ م إ لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها ومنعت التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.[1]

والتحكيم كآلية ودية لتسوية النزاعات، يلجأ اليها أطراف اتفاق التحكيم إلى محكم أو أكثر، أو إلى هيئة متخصصة والابتعاد عن قضاء الدول للفصل فيما يثور بينهم من منازعات، ويعين المحكم أو المحكمين أو الهيئة وفق شروط حددها القانون.[2]

أولا: مميزات التحكيم كآلية ودية لفض النزاع

يعتبر التحكيم وسيلة فعالة في إنهاء الخلافات التي تقوم بين الفرد والمؤسسة، أو بين الأفراد، أو بين المؤسسات، وهذا لما يتميز به من بساطة وسهولة اجراءاته وقلة تكاليفه مقارنة مع القضاء، فاللجوء إلى التحكيم يؤدي إلى اختصار درجات التقاضي ومراحله، فهو لا يخضع لمبدأ التقاضي على درجتين.

حيث يصدر حكم نهائي غير قابل لأي طعن موضوعي وقابل للتنفيذ الفوري[3]، كما يتميز التحكيم بسرعة الفصل في النزاعات الناشئة عن التعامل في مجال التجارة الدولية، وهو دافع لاختيار آلية التحكيم كوسيلة لفض مثل هذه النزاعات، لذلك أدرجه المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية الحالي 15-247 كوسيلة ودية لتسوية المنازعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية، المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجانب.[4]كما يمتاز التحكيم بكفاءة المحكمين حيث يعرض النزاع على أشخاص ذوي خبرة في المجال القانوني والتقني والاقتصادي لهم دراية بأعراف وعادات مختلفة.

---

[1]- بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 537.

[2]-J.M AUBY et R.DRAGO, traité de contentieuse administratif ,2e Edition, tome premier ; librairie générale de droit et de jurisprudence, France, 1975, P 28 et suite.

[3]- منديل ياسمينة ومباركي ربيحة، المرجع السابق، ص 92.

[4]- نصت على ذلك الفقرة الأخيرة من المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 السابق الذكر: «ويخضع لجوء المصالح المتعاقدة في إطار تسوية النزاعات التي تطأ عد تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجانب، إلى هيئة تحكيم دولية بناء على اقتراح من الوزير المعني، للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة»

ويلعب التحكيم دورا هاما في الحركة الاقتصادية، على اعتبار أن المستثمرين الجزائريين والأجانب، يبحثون دوما على حماية مستثمراتهم عن طريق آليات مرنة وسريعة وهو ما يوفره التحكيم.[1]

ثانيا: دور التحكيم في فض نزاعات تنفيذ الصفقات العمومية

القاعدة العامة أنه لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة إجراء تحكيم، والاستثناء يجوز لها ذلك في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، وفي مادة الصفقات العمومية، وهو ما كرسه نص المادة 975 ق إ م إ والذي جاء فيه: «لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه أن تجري تحكيما الا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية». وهو ما ذهبت اليه المادة 1006 ق إ م إ في فقرتها الثالثة على أنه: «ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية». هذا الاستثناء إن دل على شيء فإنه يدل بالدرجة الأولى على أهمية الصفقات العمومية باعتبارها محرك لعجلة التنمية في مختلف المجالات والأصعدة، ويدل أيضا على أهمية التسوية الودية للنزاعات التي تنشأ بمناسبة تنفيذ الصفقة العمومية. وهو ما يوفر اللجوء إلى التحكيم كآلية لذلك.

فاللجوء إلى التحكيم يوفر المال والجهد والوقت على أطراف النزاع مقارنة مع القضاء، وما يتطلبه من وقت وجهد وكثرة نفقات فهو اختصار لمراحل التقاضي، لأنه يبقى دائما محتفظا بخصائصه المميزة له وأهمها أنه لا يخضع لمبدأ التقاضي على درجتين.

مما يؤدي إلى استمرارية ربط العلاقة بين الأطراف، يتجاوز خلافاتهم طمعا في مواصلة التعاون بينهم، تحقيقا لمصالحهم المشتركة، ولا أدل على ذلك، من أن تلك الظروف المهيئة أمام الطرفين لتسوية منازعاتهم وديا، بدعوتهم للتفاوض حول تلك التسوية وفي حال تمامها تتولى هيئة التحكيم إثباتها في محاضرها وإصدار حكم بها، بالإضافة إلى وسطية حل النزاع أمر يرضي الطرفين لاستمرار تواصلهم أو معاودة هذا الاتصال بما يحقق مصالحهم المشتركة.

[1]–بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 535.

المبحث الثاني: آليات التسوية القضائية لنزاعات التنفيذ

بعد وصول تسوية النزاعات الناشئة عن تنفيذ الصفقة العمومية إلى مرحلة الانسداد من خلال استنفاذ كل الطرق والآليات الودية. يبقى الحسم القضائي الخطوة التي لا مفر منها بما تشكله من ضمانة وفرها المشرع الجزائري هدفها دفع المتعاقدين لتنفيذ التزاماتهما مع عدم المساس بحقوقهما التعاقدية. تكريسا لما جاء في نص المادة 161 من الدستور الجزائري (ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطة الإدارية).

ولاضطلاع الصفقة العمومية بدور أساسي نظرا لصلتها الوثيقة بالخزينة العمومية كان من البديهي أن تحتاج إلى ضمانة قضائية تكفل حماية للمال العام والسهر على حسن صرفه بالموازاة. ولحماية الطرف المتعاقد باعتباره الحلقة الأضعف في العلاقة التعاقدية كرس له المشرع الآليات التي تمكنه من ضمان حقوقه وكذا المضي نحو التنفيذ الأمثل للصفقة، أين نلاحظ اتساع لسلطات القاضي الإداري في دعوى القضاء الكامل (المطلب الأول) ومحدودية سلطاته في مجال دعوى الإلغاء والاستعجال (المطلب الثاني).

المطلب الأول: اتساع سلطات القاضي الإداري في دعوى القضاء الكامل

أطلق على هذا النوع من الدعاوى القضاء الكامل، نظرا لتعدد واتساع سلطات القاضي المختص في هذه الدعوى، مقارنة بسلطاته المحدودة في دعاوى الإلغاء والتفسير وفحص مشروعية القرارات الإدارية، ومن ثم فهي تشمل مجموعة دعاوى إدارية، يرفعها ذوي الصفة والمصلحة أمام القضاء المختص بهدف المطالبة والاعتراف بهم بوجود حقوق (مراكز) شخصية مكتسبة، والتقرير أن الإدارة من خلال أعمالها القانونية قد مست بهذه الحقوق الذاتية بصفة غير شرعية، ثم تقدير الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن ذلك، ثم التقرير بجبرها وإصلاحها. وهذا إما مراعاة للحالة التي كان عليها المدعون على أساس القانون، أو دفع مبلغ مالي مستحق، أو التعويض عنها، والحكم على السلطات الإدارية المدعى عليها بالتعويض أو تثبيت حق مؤسسا قانونا.

ولعل القضاء الكامل هو صاحب الاختصاص الأصيل في منازعات الصفقات العمومية. وهو اختصاص شامل ومطلق لكل المنازعات المتعلقة بالحقوق والالتزامات التي تنشأ عن تنفيذ الصفقة العمومية[1].

ومن ثم فأي تصرف قانوني من جانب الإدارة اتجاه المتعامل المتعاقد من شانه أن يشكل مساسا بالمركز القانوني له ابتداء من تاريخ استلامه للأمر المصلحي إلى غاية الاستلام النهائي يرتب له

1-خضري حمزة، الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في الجزائر"، مجلة المفكر، العدد، 13، جامعة محمد خيضر بسكرة، د س ن، ص 203.

الحق في اللجوء إلى رقابة القاضي الإداري باعتباره الضمانة التي نشئت أصلا لحماية حقوق الأفراد بشكل عام والمتعاقدين بشكل خاص في مواجهة الإدارة لتمكينه من تنفيذ الالتزامات التعاقدية في الإطار العادي والسليم وبالكيفيات والأشكال التي تم الاتفاق عليها. وبالمقابل حماية المصلحة المتعاقدة من أي إخلال للمتعاقد معها لذلك كان السبيل الى ذلك رقابة القاضي الإداري للفسخ (الفرع الأول) وسلطة القاضي الإداري في الحكم بالتعويض (الفرع الثاني).

الفرع الأول:رقابة القاضي الإداري للفسخ

يُقبل المتعامل المتعاقد على إبرام الصفقة العمومية بِنّية الحصول على المقابل المالي من طرف المصلحة المتعاقدة مقابل الوفاء بالالتزامات المتعهد بها وتسليمه المشروع محل التعاقد، لكن قد لا يتحقق ذلك دوما وينقضي العقد قبل تمام التنفيذ بواسطة الفسخ.

لذلك أقّر المشرع الجزائري إمكانية لجوء الأطراف إلى القضاء في فسخ الصفقة، وإن كان للإدارة الحق في الفسخ دون حاجة إلى ذلك، فمن المعقول استعمال هذا الحق المخول لها في إطار استئثارها بسلطة توقيع الجزاءات على المتعامل معها المخل بالتزاماته. ويبقى للمتعامل معها حق مخاصمة المصلحة المتعاقدة من خلال ما تتجلى له من حماية قضائية.

أولا: نطاق رقابة القاضي الإداري في دعوى الفسخ

باعتبار الفسخ هو إحدى طرق فك الرابطة العقدية تسلط رقابة القاصي الإداري على الإجراءات السابقة لفسخ الصفقة وعلى سبب الفسخ ومدى التناسب بين المخالفة المنسوبة للمتعاقد مع الإدارة وجزاء الفسخ. مع إقرار حق المتعاقد في التعويض عن الفسخ التعسفي.

1-تسليط الرقابة على الشكليات والأسباب في فسخ عقد الصفقة

إذا كانت الإدارة تستمد سلطة فسخ العقد الإداري من امتيازات السلطة العامة التي تملكها إزاء مرحلة تنفيذ العقد بما يخدم المصلحة العامة التي تؤمنها فيجب عليها دائما أن تعمل على إخطار المعني بالأمر في التقصير الذي يطال جانبه التعاقدي. وعلى الإجراء المراد اتخاذه في حقه ويكون عدم التنفيذ بهذه الإجراءات هو إلغاء الفسخ المبني على إجراءات غير قانونية مع حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض عن الأضرار الناتجة عن ذلك.[1]

[1]– محمد القصري، القاضي الإداري ومنازعات الصفقات العمومية، المجلة العربية للفقه والقضاء. العدد: (46) د س ن ص 104.

ففي إطار توفير الحماية القضائية للمتعامل المتعاقد مع الإدارة، يراقب القاضي الإداري صحة السبب المعتمد على قرار الفسخ إذا ثبت أنه غير مشروع، إذا قام على سبب غير سليم أوإذا استهدفت الإدارة مصلحة في الفسخ غير المصلحة العامة.

2-سلطة القاضي الإداري في رقابة التناسب في إقرار عقوبة الفسخ

يراقب القاضي الإداري مدى ملاءمة الجزاء مع خطورة الأفعال الصادرة عن المتعاقد الذي أخل بالتزاماته التعاقدية ويكون قرار الفسخ غير مشروع متى كانت العقوبة الموقعة على المقاول لا تتناسب مع الإخلالات المنسوبة إليه.[1]

ثانيا: الآثار المترتبة عن الحكم بالفسخ غير المشروع للإدارة

إذا تحقق الفسخ وفقا للحالات المذكور أعلاه ضمن المتعامل المتعاقد الحكم بالفسخ غير المشروع الذي أقدمت عليه الإدارة وبذلك يترتب للمتعامل جملة من الحقوق نسردها كما يلي:

-سلطة الإدارة في فسخ العقد يوازيه حق المتعاقد معها في الحصول على التعويض الشامل لجميع الأضرار الناتجة عن الفسخ التعسفي بمفهوم الخسارة التي لحقته والمكاسب التي فاتته.

-حق المتعامل مع الإدارة في استرجاع الكفالة البنكية نتيجة الفسخ التعسفي للعقد الإداري.

الفرع الثاني: سلطة القاضي الإداري في الحكم بالتعويض

تعد منازعات التعويض من أكثر المنازعات التي تعرض على القاضي الإداري في مجال تنفيذ الصفقات العمومية. ويمكن تعريفها بأنها دعوى قضائية ذاتية يحركها ويرفعها أصحاب الصفة والمصلحة أمام الجهات القضائية المختصة، وطبقا للشكليات والإجراءات المقررة قانونا للمطالبة بالتعويض الكامل والعادل اللازم لإصلاح الأضرار التي أصابت حقوقهم بفعل نشاط الإدارة الضار.

وتمتاز دعوى التعويض الإدارية بأنها دعوى من دعاوى قضاء الحقوق.[2]

أولا: التعويض حق لطرفي الصفقة العمومية: تمارس دعوى الفسخ كحق مقرر لطرفي عقد الصفقة العمومية

1-محمد بن سعيد بن حمد المعمري، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الانعقاد والتنفيذ (دراسة مقارنة) د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2011 ص 267.

2-عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر2012، ص 255.

1-التعويض حق للمصلحة المتعاقدة: حتى يثبت الحق في الحصول على التعويض يجب أن يكون هناك خطأ من المقاول، أي الإخلال بأحد التزاماته وأن يتسبب ذلك في ضرر للإدارة وتكون هناك علاقة سببية بين الإخلال وحدوث الضرر الفعلي للإدارة، لذلك فالتعويض يكون بقدر الضرر بتاريخ الحادث.

2-التعويض حق للمتعامل المتعاقد: طبقا للقواعد العامة للقانون المدني فإن الإدارة إذا تسببت في إحداث ضرر للمتعامل المتعاقد جاز لهذا الأخير مطالبتها بالتعويض. ولا يتأتى له ذلك إلا بإعمال المسؤولية المدنية للإدارة المتعاقدة في التجاوز أو الخرق الذي قد يحدث من جانب الإدارة بمناسبة تنفيذ بنود العقد فتلتزم عندئذ بالتعويض، وفي كل الحالات وجب اللجوء للقضاء الإداري، وأن يثبت المتعامل المتعاقد وقوع الخطأ من جهة الإدارة أو تجاوز ما لأجل المطالبة بالتعويض أو حتى القيام بأعمال قانونية، أو تحمل أعباء إضافية وغيرها من حالات التعويض.[1]

ثانيا: سلطة القاضي الإداري في تقدير التعويض

من مقتضى اعتبار منازعات الجزاءات العقدية تدخل في نطاق القضاء الكامل، فإن سلطة القاضي الإداري لا تتوقف عند حد إلغاء الجزاء غير المشروع أو وقف تنفيذه، وإنما يتجاوز ذلك إلى القضاء بالتعويض إذا كان له ثمة مقتضى قانوني.

ويتأسس القضاء بالتعويض في هذه الحالات على خطأ الإدارة بما يرتبه من أضرار للمتعاقد وفي الحالات التي لا يحدد القانون أو العقد الأسس التي يحدد عليها التعويض –ولا يبين أي منهما مقداره– فإن قاضي العقد يتولى بنفسه هذه المسألة، وهو في ذلك يخضع لمبدأ التعويض الكامل الذي يقدر على أساس ما لحق من خسارة وما فات من كسب.

فإذا كان القاضي يملك سلطة تقدير التعويض فهو يملك شكله ومقداره، والتساؤل المطروح الذي يثار بهذا الخصوص، هو هل أن تقدير التعويض وقت الضرر أم على أساس الحكم في الدعوى؟ خاصة أن العقود في حالة تذبذب لارتفاع وانخفاض في ظل الظروف الاقتصادية الحالية.

ينجم أيضا عن طبيعة وخاصية دعوى التعويض الإدارية من حيث كونها من دعاوى الحقوق، إن مدد تقادم دعوى التعويض تتساوى مع مدد تقادم الحقوق التي ترتبط وتتصل بدعوى التعويض، أي تتقادم دعوى التعويض عند تقادم الحق الذي تحميه دعوى التعويض.

[1]–بحري إسماعيل المرجع السابق، ص82.

لا يقتصر التعويض كأصل عام على مبلغ من المال يحكم به قاضي العقد، وإنما يمكن أن يتمثل في المنازعات الجزائية في تمديد العقد، أي زيادة مدة التنفيذ العقد بإضافة مدة الى مدة التعاقدية التي كان ينبغي أن ينتهي خلالها. كما يمكن للمتعاقد المنازعة في مقدار التعويض أمام القضاء، دون أن يكون له الحق في امتناع عن تنفيذ قرار الإدارة الذي اتخذته بإرادتها المنفردة. حيث للقاضي سلطة الحكم بفسخ العقد إذا تأكد من وجود أحد أسباب فسخ الصفقة، كما للقاضي سلطة إلزام الإدارة بالتعويض وذلك في الحالات التالية:

-حالة إبطال العقد لتخلف أحد أركانه أو عدم سلامته
- حالة حدوث خطأ من الإدارة يترتب عليه ضرر للمتعاقد معها.
-حالة قيام المتعاقد بأعمال مطلوبة في العقد ولكنها لازمة ومفيدة للإدارة.[1]

يتضح مما سبق أن القاضي الإداري لا يتدخل من تلقاء نفسه في شؤون المتعاقدين حتى ولو أخلت الإدارة بالتزاماتها التعاقدية إذ يتوقف تدخله على تحريك الدعوى من طرف المتعاقد مع الإدارة والوسيلة في ذلك دعوى القضاء الكامل. فبموجب اتصاله بالنزاع المعروض للفصل فيه يخول له سلطة تصفية النزاع كلية، فيلغي القرارات المخالفة للقانون إن وجدت، ثم يرتب على ذلك نتائجه كاملة من الناحية السلبية والإيجابية.

لذلك يتمتع القاضي الإداري بسلطة واسعة للفصل في النزاعات التي تعيق سير تنفيذ الصفقة ويبقى عليه تفعيلها من خلال الأحكام التي يصدرها وبذلك يكوّن ضمانة حقيقية للمتعاقد في حال سلكه الطريق القضائي ومخاصمة أعمال الإدارة التي تمس بحقوقه، في إطار الحماية التي تكفلها الرقابة القضائية بموجب دعوى القضاء الكامل.

المطلب الثاني: محدودية سلطة القاضي الإداري في مجال دعوى الإلغاء والاستعجال

إذا كانت دعوى الإلغاء هي صاحبة الاختصاص الأصيل في الدعاوى المتعلقة بتنفيذ الصفقات العمومية لاتساع سلطات القاضي الإداري فيها، إلى جانب ذلك هناك طرق أخرى وفرها المشرع الجزائري تناسبا مع الطبيعة المركبة للصفقات العمومية الفرع الأول (إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة)

[1]-بن عبد المالك بوفلجة:" النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية، قراءة في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفقالعام رقم 15-247 "، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد :(17)، جامعة قاصدي مرباح ورقلة 2017، ص125.

وكذا ضمانا لحق المتعامل المتعاقد في الحفاظ على حقوقه التي لا تمس أصل الحق الفرع الثاني(ضمانات الدعوى الاستعجالية)

الفرع الأول: إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة

تعرف دعوى الإلغاء بأنها دعوى قضائية إدارية موضوعية عينية يحركها ويرفعها ذوي الصفة والمصلحة أمام الجهات القضائية المختصة من أجل إلغاء قرارات إدارية غير مشروعة.

نستخلص من هذا التعريف أن الأصل العام في دعوى الإلغاء أنها تنصب على القرارات الإدارية غير المشروعة فلا تكون العقود الإدارية محلا لدعوى الإلغاء باعتبارها أعمال اتفاقية، غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة بل وردت عليها استثناءات تتعلق بإمكانية الطعن ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد التي تصدرها الإدارة، حيث عرفها الدكتور عمار عابدي :«القرارات الإدارية المنفصلة هي القرارات التي لا تصدر قائمة بذاتها، ومستقلة عن عمل قانوني أخر، بل تصدر مرتبطة و مصاحبة لأعمال إدارية أخرى، فقد تأتي هذه القرارات سابقة أو معاصرة أو لاحقة لعمل إداري قانوني أخر مرتبط به». وفي هذا الصدد فقد تصدر الجهة الإدارية المختصة (وزارة، ولاية، بلدية، أو مؤسسة عمومية..)[1] قرار إداري يتعلق بصفقة عمومية. فلا يكون القرار الإداري وجودا بذاته بل له علاقة بالعملية التعاقدية وهذا ما اصطلح عليه فقها بالأعمال المنفصلة. كالقرارات الإدارية المتضمنة تعليمات موجهة للقائم بالتنفيذ. أو القرارات الإدارية المتضمنة تعديلات في الصفقة وهذه القرارات جميعا اعتبرها الفقه قرارات منفصلة يجوز الطعن فيها استقلالا بالإلغاء.[2]

أما شروط رفع دعوى إلغاء هذه القرارات فتنطبق عليها كل الأحكام المتعلقة بدعوى إلغاء القرارات الإدارية بما في ذلك الشروط الشكلية والموضوعية على القرارات الإدارية المنفصلة محلا لدعوى الإلغاء.

لكن نظرا لخصوصية القرار الإداري المنفصل عن الصفقة والمتمثلة أساسا في ارتباط هذا القرار بالعملية الأساسية وهو الصفقة العمومية كان لابد من مراعاة هذه الخصوصية والتي تظهر أساسا في الشروط المطلوب توافرها لقبول دعوى الإلغاء.

[1]–عمار بوضياف، المرجع السابق، ص334

[2]–عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص334.

-**أن يكون القرار الإداري نهائيا وباتا:** القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري شأنه في ذلك شأن كافة القرارات الإدارية بتعين لقبول طلب إلغائه أن يكون نافذا دون حاجة الى تصديق سلطة تعلو سلطة إصداره.

-**تأسيس الطلب على عدم مشروعية القرار المنفصل:** يتعين لقبول الطعن عن القرار الإداري بالصفقة أن يؤسس طلب الإلغاء على كون القرار مشوب بأحد عيوب المشروعية (عيب عدم الاختصاص، عيب مخالفة الشكل والإجراءات، عيب مخالفة القانون، عيب انحراف السلطة)

أما بالنسبة لتأثير إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة على تنفيذ الصفقة فما يهم في مجال إلغائها هو وما خوّل القانون للقاضي الإداري من سلطة في ذلك، ويظهر فيما يحقق المتعامل المتعاقد من ايجابية في مواجهة المصلحة المتعاقدة، من خلال سلك طريق الطعن فيها وهل تشكل هذه الرقابة فعالية تلقي بأثرها في ضمان التوازن في المنازعة وتؤثر في مسار تنفيذ الصفقة العمومية؟

من المستقر عليه أن إلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد ينصب سوى على هذا القرار، دون أن يمتد أثر حكم الإلغاء إلى العقد الإداري محل الإلغاء.

وقد قضى في هذا الشأن لأن ما يصدر من قرارات مخالفة للقوانين أو مشوبة بعيب إساءة استعمال السلطة يعطي للمتعاقدين حقا في طلب إلغائها، دون أن يكون لحكم الإلغاء مساسا بذات العقد.[1] فرغم استقرار قاعدة عدم تأثر العقد الإداري بالحكم الصادر بإلغاء قرار منفصل عنه، حيث لا ينفسخ هذا العقد تلقائيا كأثر لحكم الإلغاء إلا أن ذلك لا يقلل من أهمية حكم الإلغاء، حيث أن العقد يتأثر من الناحية العملية بإلغاء أحد القرارات المنفصلة عنه، فيمكن لأحد أطراف العقد استنادا إلى هذا الحكم أن يلجأ للقضاء للمطالبة بفسخه.[2]

واستنادا إلى الواقع العملي فان دعاوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة نادرة الوقوع مقارنة بباقي الدعاوى ومرد ذلك أنها ترتبط بقرار وليس ناتجة عن منازعة بسبب تنفيذ العقد.

وان كانت في حقيقة الأمر تعتبر آلية وقائية أثناء سريان التنفيذ وحماية للمتعاقد في مواجهة المصلحة المتعاقدة دونما إهدار للحقوق المكتسبة. كما هو الشأن بما تصدره من قرارات متعلقة بالجزارات المالية وسوء تقديرها كسلطة عامة قد يبعث في نفس المتعامل إنهاء العلاقة التعاقدية.

[1]-عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص364.

[2]-عبد العزيز عبد المنعم خليفة،المرجع نفسه، ص366.

فرغم ضيق سلطة القاضي في قرارات الإلغاء المنفصلة إلا أننا لا يمكن إنكارها كوسيلة تحت يد القاضي الإداري في سبيل إنصاف المتعامل ضد القرارات التي يثبت وجه الخرق لمخالفة ركن الاختصاص أو ركن الشكل أو الإجراءات وغيرها بما يكفل لنا مواجهة كل ما يعترض تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته التعاقدية.

الفرع الثاني: ضمانات الدعوى الاستعجالية

ضمانا لحماية الطرف المتعاقد أثناء تنفيذ الصفقة أقر المشرع الجزائري إخضاع تصرفات الإدارة إلى رقابة القاضي الاستعجالي مع العلم أن حالات الاستعجال متعددة ومتنوعة منها الحالات القصوى ومنها العادية أو البسيطة، وتعد من المسائل التي قننها المشرع الجزائري في ق إ م إ السابق ذكره.

ونظرا لاضطلاع الصفقة العمومية بدور أساسي لصلتها الوثيقة بالخزينة العمومية، فالغلاف الذي يمول مشاريع تنموية ضخمة يحتاج إلى إرفاق بإجراءات قانونية سريعة تكفل مشروعية الصفقة من جهة وتضمن حماية المال العام من جهة أخرى. إذا انعقد الاختصاص للقاضي الإداري للفصل في الطلب المستعجل الذي يقدمه المتعامل المتعاقد فإنه يتخذ إحدى التدابير الاستعجالية الكفيلة بوقف الضرر المحدق بحق المتعاقد.

حافظ قانون الإجراءات المدنية والإدارية على حالات الاستعجال العادي ومن خلال سلطة توجيه الأوامر المخولة لقاضي الاستعجال من خلال بعض التدابير التي يمكنه إصدارها وتتمثل في أولا (سلطة توجيه الأمر بإثبات حالة)ثانيا (سلطة توجيه الأمر بإجراء تحقيق) ثالثا (سلطة توجيه الأمر بمنح تسبيق مالي).

أولا: توجيه الأمر بإثبات حالة: المقصود بها تصور حالة مادية يخشى ضياع معالمها إذا طال الانتظار لغاية الفصل في موضوع النزاع. حيث تنص المادة 939 من ق.ا.م.إ السابق ذكره «يجوز لقاضي الاستعجال ما لم يطلب منه أكثر من إثبات حالة الوقائع التي، بموجب أمر على ذيل عريضة ولو في غياب قرار إداري مسبق، أن يعين خبيرا ليقوم بدون تأخير، إثبات حالة الوقائع التي من شأنها أن تؤدي إلى نزاع أمام الجهات القضائية ..... »

حسب نص المادة تتضح أن نية المشرع اتجهت إلى أن هناك حالة استعجال استوجبت إثبات حالة. وأن يكون الأمر المتخذ لا يمس بأصل الحق ولا بالنظام العام وأن تكون الوقائع من شأنها أن تؤدي إلى النزاع أمام القضاء للفصل فيه.[1]

ثانيا: توجيه الأمر بإجراء تحقيق: أجاز المشرع لقاضي الاستعجال ولو في غياب القرار الإداري المسبق أن يأمر بكل تدبير ضروري للتحقيق والخبرة، والواقع أن التحقيق هو مجموعة النشاطات التي تنصب على عدة إجراءات ومن ضمنها الخبرة. وفضلا عن الخبرة تتمثل التدابير القابلة للتطبيق في مجال الصفقات إلى الانتقال للمعاينة الأماكن.

أ-**الخبرة:** يعتبر إجراء الخبرة الأكثر شيوعا في الواقع العملي. فنجد في الغالب أن معظم القرارات القضائية الصادرة بخصوص منازعات تنفيذ الصفقات العمومية هي قرارات إجراء خبرة. وتعد إحدى طرق الإثبات حيث يحتاجها العمل القضائي كلما صادف النزاع المطروح مسألة تتطلب معلومات فنية أو تقينه.[2]

كما هو الحال في طلب تعيين خبير بتحديد قيمة أو حالة الأشغال المنجزة، كأن يكون الهدف من الخبرة هو تقدير الأشغال التي أنجزتها المقاولة حسب سعر الصفقة.

وحتى يستفيد المتعامل المتعاقد من الخبرة التي يطلب إجراؤها في حالة الدعوى الاستعجالية في صفقات انجاز الأشغال بالتحديد، لابد أن يلجأ إلى قاضي الاستعجال فور إنجاز الأشغال المراد إثباتها. لأنه يصعب على الخبير أداء مهامه كلما طالت الفترة بين إنجاز الأشغال ومعاينتها من طرف الخبير.

ب-الانتقال إلى المعاينة: الانتقال إلى المعاينة هو دليل إثبات يسمح للقاضي بالتعرف على النزاع المثار أمامه، حيث يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم القيام بإجراء المعاينة أو الانتقال إلى المعاينة، يلجأ إليه القاضي عندما يرى أنه ليس من الضروري الأمر بإجراء خبرة أو أن تقارير الخبرة لا توفر المعلومات الكافية والضرورية، فهو إجراء يقوم به القاضي ويمكن للخصوم الحصول على نسخ من هذا المحضر.[3]

---

[1]-حسن فريجة،شرح المنازعات الإدارية (دراسة مقارنة)، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر 2011، ص266.

[2]- شريف سمية، رقابة القاضي الإداري على منازعات الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير في القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم سياسية،2016ص 98 ومايليها.

[3] - أنظر المواد من 146 الى 149 من ق.ا.م.إ ، السابق ذكره.

ثالثا: توجيه الأمر بمنح تسبيق مالي: وان كانت هذا الأمر هو الأهم باعتباره يمثل الضمانة الفعالة التي أقرها المشرع الجزائري لفائدة المتعامل المتعاقد، حيث نصت عليه المواد من 942 الى 945 من ق.إ.م.إ السابق ذكره التي منحت بموجبها الاختصاص للقاضي الإداري في توجيه أمرا للإدارة استعجاليا بدفع تسبيق مالي للدائن عن دين ثابت في ذمة المدعي عليه أي الإدارة. وهذا النوع من الاستعجال مقرر لتمكين الدائنين من الحصول على تسبيق مالي في انتظار تحديد مبلغ الدين بصفة نهائية.[1]

ويمكن أن يكون دفع التسبيق تلقائيا ولكن يجعله القاضي الاستعجالي موقوفا على ضمانات.[2]

وسلطة قاضي الاستعجال في مجال التسبيق المالي قائمة سواء كنا بصدد استعجال أو لا. وذلك لأن المشرع لم يشترط الاستعجال لانعقاد الاختصاص لها. وينبغي توفر جملة من الشروط للحكم بمنح التسبيق المالي.

-**يجب أن يسبق طلب التسبيق رفع دعوى في الموضوع:** وهذا الشرط أشارت إليه المادة 942 من ق.إ.م.إ فلا يجوز للقاضي الاستعجالي أن يأمر بتسبيق مالي ما لم يسبق طلب المعني في رفع دعوى في الموضوع أمام الجهات التي ينتمي إليها القاضي الاستعجالي، وهي هيئات القضاء الإداري. ويجب أن يكون الهدف من دعوى الموضوع هو الحصول على الحكم بإدانة مالية. فإذا تعلق الأمر مثلا بدعوى الإلغاء فإن دعوى الاستعجال التسبيقي لن تكون مقبولة، حتى ولو تأسست على ضرر أصاب المدعي يستحق عليه التعويض.

كما يجب أن تكون دعوى الموضوع مقبولة على الأقل من الناحية الشكلية أثناء النظر في الدعوى الاستعجالية المتعلقة بالتسبيق المالي.

-**أن تكون دعوى الموضوع قد نشرت:** يعد هذا الشرط منطقيا ذلك أن السبب المبرر بطلب التسبيق هو وجود دين للمتعامل في ذمة المصلحة المتعاقدة، فمن الطبيعي أن ينازع المتعامل المتعاقد أولا في أصل الدين.

-**شرط تقديم الضمان:** يعد شرط تقديم الضمان شرط اختياري للقاضي، إذ يقدر مدى وجود الأسباب التي تدعو إلى المتعامل المتعاقد إلى تقديم الضمان حسب ظروف كل قضية، إلا أنه في مجال الصفقات العمومية يشكل إنشاء المتعامل المتعاقد كفالة حسن التنفيذ سببا كافيا يبرر منحه التسبيق المالي دون حاجة إلى إلزامه بتقديم ضمان أخر.[3]

---

[1]-توفيق زيد الخيل وحنان علاوة: "سلطات القاصي الإداري في توجبه أوامر للإدارة في ظل قانون 08-09، إصلاحات قانونية جديدة بضمانات ضعيفة". مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد :(12)، جامعة باتنة 2018، ص 605.

[2]- أنظر الفقرة 02 من المادة 942 من ق.ا.م.إ السابق ذكره.

[3]- شريف سمية، المرجع السابق، ص 102.

خلاصة الفصل

لما كان لعامل الزمن أهمية في تنفيذ الصفقات العمومية تبنى المشرع الجزائري مبدأ حل نزاعات التنفيذ بطريقة ودية حتى لا تتعطل المشاريع العمومية، وهو ما يعني مواصلة التنفيذ واستلام المشروع في آجاله، نظرا لما تتميز به التسوية الودية من سرعة وقلة تكلفة، فرض لذلك آليات من خلال قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام منها ما يبرز دور الإدارة في التسوية الودية من خلال احترامها للأحكام التشريعية والتنظيمية ومنها ما يبرز دور لجنة التسوية الودية لمنازعات التنفيذ بحيث أنشأ لجان محلية إلى جانب اللجان المركزية وحدد تشكيلها وأحكام سير عملها. بالإضافة إلى نصه على طرق بديلة للتسوية الودية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على غرار الصلح والوساطة والتحكيم.

كما سمح المشرع الجزائري وفي حال فشل التسوية الودية للنزاع لكل طرف تضرر بمناسبة تنفيذ الصفقة العمومية اللجوء إلى القضاء الإداري بتوافر شروطه طالبا إنصافه وذلك من خلال طرق ثلاث يعتبر فيها القضاء الكامل صاحب الاختصاص الأصيل لما يتمتع به القاضي من سلطات واسعة إذ تعتبر الضمانة الأكثر تأمينا لحقوق المتعامل المتعاقد إذا ما فعّل القاضي الإداري تلك السلطات الممنوحة له في إطار الأحكام والقرارات التي يصدرها حماية للحقوق المكتسبة، مقارنة بمحدودية قضاء الاستعجال في مجال التنفيذ، وكذا قضاء إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة أين تضيق سلطة القاضي نظرا لطبيعتها الخاصة والتي لا تمس بجوهر العقد.

وسواء حل النزاع وديا او قضائيا فالعبرة بالنتيجة وهي تنفيذ الصفقة العمومية، والعودة بالطرفين إلى مضمار التنفيذ.

خـــاتمـــة

خاتمة

حرص المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على إيجاد الضمانات الضرورية في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية، تجسيدا لأهم مبادئ المرافق العامة ،مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد من خلال توفير آليات اجرائية وقانونية سعى من خلالها إلى التوفيق بين مصالح الطرفين الإدارة المتعاقدة من جهة بصفتها راعي المصلحة العامة، والمتعامل المتعاقد من جهة أخرى، الذي يسعى من خلال تعاقده إلى تحقيق الربح، بحيث يهدف هذا التوفيق إلى تحقيق غاية أسمى وهي تأمين تنفيذ الصفقة العمومية على الوجه الذي يخدم سير المرافق العامة بانتظام واطراد، الأمر الذي يعود بالفائدة على جمهور المنتفعين.

بحيث أقر المشرع ضمانات لمواجهة المستجدات التي قد تعيق سير التنفيذ، فمنحت المصلحة المتعاقدة سلطة تعديل بنود العقد عن طريق آلية الملحق تمارسها وفق ضوابط وأحكام خاصة، وحتى لا يرهق المتعامل المتعاقد بسبب التعديل منح له الحق بالمطالبة بإعادة التوازن المالي، ضمانا لسير تنفيذ الصفقة. كما أقر المشرع ضمانات تحمي مصالح الطرفين، لبعث الطمأنينة لديهما، من خلال التزام المتعاقد مع الإدارة بدفع الكفالة، ومن خلال التسوية المالية لصالح المتعامل المتعاقد. كما تقوم الإدارة وبما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة بتوقيع جزاءات على المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية، من قبيل مصادرة مبلغ الضمان وكذا توقيع غرامة تأخيرية أو في صورة وسائل ضاغطة تحمل المتعامل المتعاقد على تنفيذ الصفقة. أو تنهي معه الرابطة التعاقدية حتى يتسنى لها إحياؤها من جديد مع متعاقد أخر.

وفي خضم تصادم المصالح بين الأطراف المتعاقدة، الذي قد ينجر عنه نزاعات لأي سبب من الأسباب والتي من شأنها إعاقة سير التنفيذ، أوجب المشرع على المصلحة المتعاقدة، أولوية إيجاد الحل الودي للنزاعات لضمان السرعة وقلة التكلفة، وذلك من خلال الآليات التي وفرها قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وفق المعايير والضوابط التي يسمح بها الحل الودي ووفق الدور الذي تلعبه لجان التسوية الودية أو من خلال الطرق البديلة التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمتمثلة في الوساطة والصلح والتحكيم. وفي حال عدم الوصول إلى اتفاق يرضي الطرفين، سمح المشرع باللجوء إلى القضاء كضمانة لسير التنفيذ بموجب دعوى القضاء الكامل لما يتمتع به القاضي من سلطات واسعة على خلاف دعوى الإلغاء التي تضيق فيها سلطة القاضي والتي تنصب فيها الرقابة القضائية على القرارات

المنفصلة عن العقد. فضلا عن ذلك فقد أدرج المشرع التسبيق المالي ضمن سلطات قاضي الاستعجال حماية للمتعامل المتعاقد وإن كانت سلطاته محدودة في مرحلة التنفيذ مقارنة بالمراحل الأخرى.

ويظهر من خلال هذه الدراسة أن لموضوع الضمانات جانب كبير من الأهمية في موضوع الصفقات العمومية، ورغم ذلك لا نجد له تعريفا في كل التنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية. ومن خلال التعديلات التي جاء بها المرسوم الرئاسي الأخير رقم 15-247 تظهر رغبة المشرع الواضحة في توسيع ضمانات المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد وتتجلى في مسألتين:

-جاء بتفصيلات جديدة حول عملية ابرام الملحق، فيما يتعلق بكيفية وآجال الابرام التي يجب ألا تتجاوز مدة ثلاثة أشهر.

-بالإضافة إلى أحكام جديدة فيم يتعلق بالفسخ من بينها، إمكانية فسخ الصفقة جزئيا من قبل المصلحة المتعاقدة، و كذا إمكانية فسخها من جانب واحد حتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد عندما تكون مبررة بسبب المصلحة العامة مع إلزام المتعامل المتعاقد بتحمل التكاليف التي تنجم عن الصفقة.

من خلال ما سيق نلاحظ أن المشرع الجزائري بالرغم من الكم الهائل من الضمانات التي ضبط بها مرحلة التنفيذ مسايرا بذلك التشريعات المقارنة مع بعض الاختلافات الطفيفة غير مؤثرة الا أن الواقع العملي يشهد بطء وتراخي كبير في تنفيذ الصفقات العمومية على الوجه الذي تم التعهد به. ولتدارك هذا الأمر نقترح التوصيات الآتية:

-ضرورة تقنين الجزاءات الضاغطة وتحديد الأخطاء والأفعال التي تناسب هذا الجزاء. حتى لا تكون هذه السلطة خاضعة لأهواء وسوء تقدير الإدارة.

- ضرورة تكوين الأعوان المكلفين بالتنفيذ، باعتبارهم الإطار البشري الذي يملك الدور الكبير في إنجاح وتأمين تنفيذ الصفقات العمومية، على الوجه الأمثل الذي تم التعهد به. لأن عدم الكفاءة في التسيير وعدم مواكبة التعديلات من طرف هؤلاء الأعوان يلقي بظلاله لا محالة على ضعف المردود الفني والمالي عمليا للصفقات العمومية.

-باعتبار المتعامل المتعاقد طرفا في العلاقة التعاقدية يقع على عاتقه تنفيذ الالتزامات المترتبة على عاتقه وجب أخذ متطلباته بعين الاعتبار، و لأن العبرة ليس بذلك الكم من الحقوق التي أقرها له المشرع وإنما بالكيفية التي ترضيه وتدفعه إلى التعاقد كلما سمحت الفرصة بذلك، و التجربة الميدانية تثبت تعطل المشاريع

بسبب التباطؤ في التكفل بالحقوق المالية له رغم توفر الاعتمادات لصرفها هدا من جهة ،من جهة أخرى مسايرة عقود الإدارة الحديثة و السماح بقدر أكبر من الحرية له حتى ننمي الجانب الإبداعي لدى المتعاملين الاقتصاديين.

–ضرورة تفعيل عمل لجان التسوية الودية وإعادة النظر في الجانب العضوي لها مع الأخذ بعين الاعتبار تنوع في الأعضاء. والعمل على أن يكون تمثيل للمتعامل المتعاقد.

–ضرورة تخصص القاضي الإداري بشكل عام، و في الصفقات العمومية بشكل خاص حتى نرتقي بدور الرقابة القضائية باعتبارها الضمانة الأكثر فعالية ، وانطلاقا من أن الصفقات العمومية عمل مكون من جانبين تقني و قانوني يطرح مشكل في الاستيعاب لدى القضاة ما يؤثر سلبا على توفير الحماية المرجوة لمصالح الطرفين خاصة مصلحة المتعامل المتعاقد باعتباره الحلقة الأضعف في الرابطة التعاقدية.

ومن خلال هذه الدراسة حاولنا الكشف عن أهم الضمانات التي سعى المشرع لتوفيرها من أجل تأمين سير تنفيذ الصفقات العمومية، ولا يسع المجال هنا لإبراز آليات أخرى، والتي بدورها تشكل ضمانات لسير التنفيذ، من بينها ما أطلق عليه بعض الباحثين بالضمانات الأخلاقية، والتي تشكل موضوعا خصبا للبحث فيه، ويعتبر إضافة جديدة ومتميزة في موضوع الصفقات العمومية.

قائمة المصادر
والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

I- النصوص القانونية :

1-الدستور: دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الصادر في 28 نوفمبر 1996، ج ر عدد76، المؤرخة في 08 ديسمبر1996، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، المتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 63، المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.والقانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، ج رقم 14المؤرخة في 07 مارس .2016

2-النصوص التشريعية:

أ-الأوامر:

1-الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر، عدد 44، الصادر في 26 جوان 2005 معدل ومتمم بالقانون رقم 07-05 مؤرخ في 13 ماي 2007، ج ر ج ج، عدد 60 صادرة في 04 سبتمبر2007.

ب-القوانين العادية:

1-القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المؤرخ في 25 فيفري 2008، ج رج ج عدد 21 المؤرخة في 23 أفريل 2008.

3-النصوص التنظيمية:

أ-المراسيم الرئاسية:

1-المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 58 المؤرخ في07 أكتوبر 2010.

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

ب-المراسيم التنفيذية:

1- المرسوم التنفيذي رقم 67/98 المؤرخ في 1998/02/21 يتضمن انشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية وتنظيمه وتسييره، ج ر عدد 11 الصادر في 1998/02/28 المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي 08-06 المؤرخ في 2008/01/19، ج رج ج، عدد 5 الصادر في 2008/01/30.

ج-القرارات:

1-القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 03 جانفي 2013، المحدد لقائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ، ج ر ج ج عدد24 الصادرة في 05 ماي 2013.

2-القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 23 فيفري 2015، المحدد لقائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ، ج ر ج ج عدد18 الصادرة في 08 أفريل 2015.

ثانيا: المراجع

I- الكتب

أ-باللغة العربية

1- النوى خرشي، الصفقات العمومية دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، د ط، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2018

2- بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25فيفري2008) طبعة ثانية 2009، منشورات بغدادي، الجزائر

3- بلاوي ياسين بلاوي، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، دار الكتب لقانونية، مصر، 2011

4- حسن فريجة، شرح المنازعات الإدارية (دراسة مقارنة)، ط 1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر 2011

5- ذنون سليمان يونس العبادي، مظاهر السلطة العامة في إنهاء العقد الإداري، د ط، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر والإمارات، 2015

6- رشيد خلوفي، قانون المنازعات الادارية، الجزء الثالث، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011

7- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط 5، دار الفكر العربي، مصر، 1991

8- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية-الإبرام – المنازعات-التنفيذ، د ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ،2007

9- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود والقرارات الادارية دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة، د ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ،2007

10- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر2015، القسم الثاني، ط 5، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017

11- عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2012

12- مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، ضمانات العقد الإداري، ط 2، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية: 2010

13- محمد الصغير بعلي، العقود الادارية، د ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005

14- محمد بن سعيد بن حمد المعمري، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الانعقاد والتنفيذ (دراسة مقارنة) د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2011

15- محمد حسن مرعي الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2014

16- محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات، الكتاب الثاني، تنفيذ العقد الإداري، د ط، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، مصر، 2003.

17- مونية جليل، التدابير الجديدة لتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، د ط، دار بلقيس، الجزائر، 2017

ب-باللغة الفرنسية:

1- J.M AUBY et R.DRAGO،traité de contentieuse administratif 2e Edition tome premier librairie générale de droit et de jurisprudence ،France, 1975

2- Pascale Gono, Fabrice Mellaray, et Philip Yolka, traité de droit administratif, tome 2, S E, Edition Dalloz Paris ,2011

II- الرسائل و المذكرات :

أ-رسائل الدكتوراه:

1- أكرور مريام، الأجر في الصفقة العمومية للأشغال، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2015/2014.

2- حليمي منال، تنظيم الصفقات العمومية وضمانات حفظ المال العام في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم سياسية، جامعة ورقلة، 2016/2015.

3- شريفي الشريف، النظام المالي للعقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2014/2013.

ب-مذكرات الماجيستير:

1- بحري اسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2009.

2- ثامر مبارك عوض المطيري، تعسف الإدارة في استعمال صلاحيتها في تعديل العقد الإداري -دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011.

3- شريف سمية، رقابة القاضي الإداري على منازعات الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير في القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم سياسية،2016.

4- مراد زوايد، النظام القانوني للوفاء بالمقابل المالي بقانون الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة بومرداس، كلية الحقوق، 2012/2011.

ج-مذكرات الماستر :

1- أزرايب نبيل، سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015/2014.

2- بولقدایر عبد الكريم، سلطة تدخل الإدارة في تعديل الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014/2013

3- زايدة سامية، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، ملحقة مغنية، 2016/2015.

4- صياد رحيمة وسعيدي كاتية، ضمانات المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 15-247، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، 2017/2016

5- طبي ابراهيم، الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، كلية الحقوق والعلوم سياسية، قسم الحقوق،2015/2014

6- منديل ياسمينة ومباركي ربيحة، التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية على ضوء المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016/2015.

7- مودع فريدة، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015/2014.

8- نابي فائزة، دور صندوق ضمان الصفقات العمومية في تنفيذ الصفقات، مذكرة ماستر، جامعة ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2015/2014.

III-المقالات العلمية :

1- بن بوزيد نورة، منازعات الصفقات العمومية، دفاتر السياسة والقانون، العدد (15)، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، جوان 2016

2- بن عبد المالك بوفلجة، الغرامة التأخيرية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد (15)، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، سبتمبر 2017

3- بن عبد المالك بوفلجة، النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية، قراءة في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 15-247 "، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد :(17)، جامعة قاصدي مرباح ورقلة 2017.

4- توفيق زيد الخيل وحنان علاوة، سلطات القاصي الإداري في توجيه أوامر للإدارة في ظل قانون 08-09، إصلاحات قانونية جديدة بضمانات ضعيفة. مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 12. جامعة باتنة، جانفي 2018.

5- خضري حمزة، الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في الجزائر، مجلة المفكر، العدد 13، كلية الحقوق والعلوم سياسية جامعة محمد خيضر بسكرة.

6- محمد القصري، القاضي الإداري ومنازعات الصفقات العمومية، المجلة العربية للفقه والقضاء. العدد46 (د س ن).

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

اهداء

شكر وعرفان

قائمة الاختصارات

مقدمة ..... أ

الفصل الأول: ضمانات سير التنفيذ 2

المبحث الأول: ضمان حقوق المتعاقدين أثناء التنفيذ 3

المطلب الأول: ضمان الحقوق في مواجهة الظروف المستجدة 3

الفرع الأول: مشروعية سلطة الادارة في تعديل العقد بالإرادة المنفردة 3

أولا: الأساس القانوني لسلطة التعديل وشروط إعمالها 4

أ-فكرة السلطة العامة كأساس لسلطة التعديل 4

ب-فكرة المرفق العام كأساس لسلطة التعديل 4

2-شروط ممارسة سلطة التعديل 5

أ-أن تطرأ ظروف جديدة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد 5

ب-أن يقتصر التعديل على الشروط المتصلة بموضوع الصفقة 5

ج-أن يصدر قرار التعديل في حدود القواعد العامة للمشروعية 5

ثانيا: آلية التعديل وحالاته 6

1-الملحق كآلية لتعديل الصفقة العمومية 6

أ-الأساس التنظيمي للملحق 6

ب-شروط الملحق 6

2-حالات التعديل 7

أ-التعديل في مقدار التزامات المتعامل المتعاقد 7

ب-التعديل في وسائل تنفيذ العقد 7

ج-التعديل في مدة تنفيذ الصفقة 7

الفرع الثاني: مراعاة التوازن المالي لضمان تنفيذ الصفقة العمومية 8

أولا: نظرية فعل الأمير 8

1-شروط إعمال نظرية فعل الأمير 9

2- أثار تطبيق نظرية فعل الأمير 9

فهرس المحتويات

ثانيا: نظرية الظروف الطارئة.....9

1-ضوابط تطبيق نظرية الظروف الطارئة 10

2- أثر تطبيق نظرية الظروف الطارئة 11

المطلب الثاني: تأمين مصالح طرفي العقد أثناء تنفيذ الصفقة 11

الفرع الأول: الكفالة لتأمين مصلحة الإدارة المتعاقدة..... 11

أولا: صور الكفالة 12

1- كفالة حسن التنفيذ 12

2-كفالة رد التسبيقات 13

3-كفالة الضمان..... 13

ثانيا: آليات تنفيذ الكفالة 13

1-البنك 13

2-صندوق ضمان الصفقات العمومية..... 14

الفرع الثاني: التسوية المالية كضمانة لمصلحة المتعامل المتعاقد..... 14

أولا: طرق تحديد السعر في المقابل المالي..... 15

1-السعر الإجمالي والجزافي..... 15

2-الأسعار الوحدوية 15

3-بناء على نفقات المراقبة 15

4-السعر المختلط..... 15

ثانيا: آليات دفع المقابل المالي..... 16

1-التسبيق 16

2-الدفع على الحساب..... 16

3-التسوية على رصيد الحساب 17

ثالثا: تحيين ومراجعة الأسعار 17

1-تحيين الأسعار 17

2-مراجعة الأسعار 17

المبحث الثاني: ضمان الوفاء بالالتزامات التعاقدية..... 19

المطلب الأول: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات المالية لضمان الوفاء بالالتزامات 19

الفرع الأول: مصادرة مبلغ الضمان..... 19

أولا: التكييف القانوني لمصادرة الضمان 20

ثانيا: خصائص مصادرة الضمان 20

فهرس المحتويات

الفرع الثاني: الغرامة التأخيرية 21
أولا: ضوابط ممارسة الإدارة حق توقيع الغرامة التأخيرية 21
ثانيا: خصائص الغرامة التأخيرية 22
1-غرامة التأخير اتفاقية 22
2-غرامة التأخير تلقائية 22
3-الغرامة التأخيرية تطبق بموجب قرار إداري.....22
المطلب الثاني: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات غير المالية لضمان الوفاء بالالتزامات 23
الفرع الاول: الوسائل الضاغطة كضمان للتنفيذ 23
أولا: سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة 23
1-شروط ممارسة جزاء سحب العمل من المقاول 24
أ-أن يرتكب المقاول خطأ جسيما يوجب السحب 24
ب- إعذار المقاول 24
2-آثار سحب العمل من المقاول..... 24
ثانيا: الشراء على حساب المورد في عقد التوريد..... 25
1-شروط توقيع جزاء الشراء على حساب المورد 25
2-الآثار القانونية لجزاء الشراء على حساب المورد 25
الفرع الثاني: الجزاءات الفاسخة كضمان للتنفيذ..... 26
أولا: الشروط الواجب توافرها لفسخ الصفقة..... 27
1-أن يرتكب المتعاقد خطأ جسيما 27
2- يجب توجيه إعذار بالفسخ للمتعامل المتعاقد 27
ثانيا: أنواع الفسخ..... 27
1-الفسخ بسبب خطأ المتعامل المتعاقد..... 27
2-الفسخ دون خطأ من المتعامل المتعاقد 28
3-الفسخ الاتفاقي أو التعاقدي 28
ثالثا: الآثار المترتبة على توقيع جزاء الفسخ 29
خلاصة الفصل:..... 30
الفصل الثاني: ضمانات تسوية نزاعات التنفيذ 32
المبحث الأول: أولوية التسوية الودية لنزاعات التنفيذ 33
المطلب الأول: آليات التسوية الودية وفقا لقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام..... 33

فهرس المحتويات

الفرع الأول: دور المصلحة المتعاقدة في التسوية الودية لنزاعات تنفيذ الصفقة العمومية 34
الفرع الثاني: دور لجان الصفقات العمومية في التسوية الودية لنزاعات تنفيذ الصفقة العمومية 35
أولا: اختصاص وتشكيل لجان التسوية الودية 36
1 لجنة التسوية الودية للنزاعات في الوزارة والهيئة العمومية 36
2 لجنة التسوية الودية للنزاعات في الولاية 36
3-أحكام سير عمل اللجان 37
ثانيا: الكيفيات القانونية والإجرائية لعمل لجان التسوية الودية 38
المطلب الثاني: آليات التسوية الودية وفق قانون الاجراءات المدنية والادارية 39
الفرع الأول: الطرق البديلة المستحدثة 39
أولا: الصلح كآلية ودية لحل النزاع 39
1-كيفية انعقاد الصلح 39
2-آثار الصلح في نزاعات تنفيذ الصفقات العمومية 40
ثانيا: الوساطة آلية ودية لحل النزاع 40
1-إجراءات الوساطة 41
2-أثار الوساطة 41
الفرع الثاني: التحكيم آلية ودية لتسوية النزاع 42
أولا: مميزات التحكيم كآلية ودية لفض النزاع 42
ثانيا: دور التحكيم في فض نزاعات تنفيذ الصفقات العمومية 43
المبحث الثاني: آليات التسوية القضائية لنزاعات التنفيذ 44
المطلب الأول: اتساع سلطات القاضي الإداري في دعوى القضاء الكامل 44
الفرع الأول: رقابة القاضي الإداري للفسخ 45
أولا: نطاق رقابة القاضي الإداري في دعوى الفسخ 45
1-تسليط الرقابة على الشكليات والأسباب في فسخ عقد الصفقة 45
2-سلطة القاضي الإداري في رقابة التناسب في إقرار عقوبة الفسخ 46
ثانيا: الآثار المترتبة عن الحكم بالفسخ غير المشروع للإدارة 46
الفرعالثاني: سلطة القاضي الإداري في الحكم بالتعويض 46
أولا: التعويض حق لطرفي الصفقة العمومية 46
1-التعويض حق للمصلحة المتعاقدة 47
2-التعويض حق للمتعامل المتعاقد 47
ثانيا: سلطة القاضي الإداري في تقدير التعويض: 47

فهرس المحتويات

المطلب الثاني: محدودية سلطة القاضي الإداري في مجال دعوى الإلغاء والاستعجال 48
الفرع الأول: إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة.....49
الفرع الثاني: ضمانات الدعوى الاستعجالية 51
أولا: توجيه الأمر بإثبات حالة..... 51
ثانيا: توجه الأمر بإجراء تحقيق 52
أ-الخبرة..... 52
ب-الانتقال إلى المعاينة 52
ثالثا: توجه الأمر بمنح تسبيق مالي 53
خلاصة الفصل:..... 54
خاتمة:..... 56
قائمة المصادر والمراجع: 60

الملخص باللغة العربية

يكتسي موضوع الصفقات العمومية أهمية لارتباطه الوثيق بالمال العام لذا وجبت إحاطته بجملة من القواعد تضمن تنفيذ الصفقة العمومية على الوجه الذي يوفر الحماية لهذا المال، فانطلاقا من المركز القوي للمصلحة المتعاقدة والمستمد من طبيعة العقد الإداري المتمثل في سلطاتها في تعديل بنود العقد أو الفسخ فضلا عن سلطاتها في توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته. ضمانا لاستمرار تنفيذ الصفقة.وباعتبار الصفقة العمومية عقد إداري بمقابل فإن الطابع المالي للضمانات يفرض نفسه من خلال الكفالات وكذا الغرامات التأخيرية لمصلحة الإدارة، والحصول على المقابل المالي وتحيين الأسعار وكذا إمكانية إعادة التوازن المالي لصالح المتعامل المتعاقد. ولأن مرحلة التنفيذ تثير نزاعات بسبب تقاطع المصالح، رصد لها المشرع آليات تسوية ودية ضمانا لسرعة التنفيذ وبأقل تكلفة، وآليات قضائية تبرز دور القاضي الإداري كضامن لحماية المال العام في تنفيذ الصفقة العمومية.

الكلمات المفتاحية: ضمانات التنفيذ– الكفالات– الغرامة التأخيرية– الفسخ –التسوية الودية – التسوية القضائية.

Résumé :

Le sujet de marches publiques revêt d'importance vu son lien indissociable avec le fond public ; d'où la nécessité d'une série de règles qui régissent exécution d'une manière à protéger l'argent public. Du départ de la forte position du service contractant, qui découle de la nature du contrat administratif provenant de son autorité de modifier les clauses du contrat et sa résiliation, ainsi que son autorité d'infliger des sanctions à l'opérateur contractant défaillant à ses obligations ; ces garanties assurent la continuité d'exécution du marché.

En considérant le marché public en tant que contrat administratif avec contrepartie, la nature financière des garanties s'imposent à travers des cautions et des pénalités de retard pour le profit de l'administration et des garanties pour recevoir une contrepartie financière et l'actualisation des prix, ainsi que la possibilité de rééquilibrage financier à l'opérateur contractant.

Et vu que la période d'exécution suscite des différends, à cause des conflits d'intérêts, le législateur a prévu des mécanismes de règlement à l'amiable à travers des garanties assurant la rapidité d'exécution les moins onéreux, et procédures judiciaires incombant au juge administratif la garantie de la protection de l'argent public dans l'exécution du marché public.

Mot clés : Les garanties d'Exécution – les cautions– les pénalités de retard – résolution - règlement à l'amiable – règlement judiciaire

Abstract:

the importance of public transaction subject is linked closely with public money therefore it is surrounded by strict rules that ensures the implementation of the public transaction, the way that provides protection for this money, out of the administrative contract nature that put the contracting in a power position to modify the terms of the contract or to avoid it as well as imposing sanctions against the contracting customer that breach its obligations.

As a public transaction, the financial nature of the collateral imposes itself through guarantees and delay penalties for the benefit of the administration, obtaining the financial consideration and reviving prices, as well as the possibility of restoring the financial balance for the benefit of the contracting agent.

And because the implementation phase raises conflicts because of the intersection of interests, its monitoring mechanisms to ensure amicable legislator execution speed and the lowest cost, highlights the role judicial administrative judge mechanisms as guarantor for the protection of public money in a global transaction.

Keywords: performance guarantees – guarantees – fine delay – avoidance –cordial settlement – judicial settlement