

جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



مذكرة ماستر

الميدان : الحقوق والعلوم السياسية

الفرع: حقوق

التخصص: قانون إداري

رقم:

إعداد الطالبين :

حوسة إبيتسام

دباخ سفيان

يوم: 2022/06/28

إمтиازات عقد الأشغال العامة

لجنة المناقشة:

رئيسا	أ. مح أ	جامعة بسكرة	عمر خان
مشرفا ومقررا	أ. مح أ	جامعة بسكرة	صفية يوسفی
مناقشا	أ. مح أ	جامعة بسكرة	حكيم أو عیل

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وتقدير

لقد حثنا الله في كتابه العزيز على "شكر الناس" قائلاً "وَفَوْقَ كُلِّ نَبِيٍّ عِلْمٌ عَلِيمٌ" (سورة يوسف آية 76) صدق الله العظيم ، أشكر الله العلي القدير الذي أنعم عليّ بنعمة العقل والدين القائل في محكم تنزيله ، عن أبي هريرة – رضي الله عنه – قال – صلى الله عليه وسلم "مَنْ لَا يَشْكُرُ النَّاسَ، لَا يَشْكُرُ اللَّهَ". وقال رسول الله (صلى الله عليه وسلم): " مَنْ صَنَعَ إِلَيْكُمْ مَعْرُوفًا فَكَافِئُوهُ ، فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا

مَا تُكَافِئُونَهُ فَادْعُوا لَهُ حَتَّى تَرَوْا أَنَّكُمْ قَدْ كَافَأْتُمُوهُ " (رواه أبو داوود). وأيضاً وفاءً وتقديراً واعترافاً مني بالجميل أتقدم بجزيل الشكر لأولئك المخلصين الذين لم يألوا جهداً في مساعدتنا في مجال البحث العلمي، وأخص بالذكر الأستاذة الفاضلة: "يوسفى صفية" على هذه الدراسة صاحبة الفضل الكبير في توجيهي ومساعدتي في تجميع المادة البحثية، فجزاها الله كل خير."

وأخيراً، أتقدم بجزيل شكري الى عائلتي التي كانت لي خير عون طوال المشوار امي وأبي و اخوتي اللهم ادمهم لي نعمة طوال الحياة و كذلك أتقدم بخالص الشكر والتقدير للجنة المؤطرة على المجهودات المبذولة في سبيل إنجاح مذكرات التخرج.

الطالبة : حديجة سفيان

الإهداء

الحمد لله وكفى والصلاة على الحبيب المصطفى وأهله ومن وفى أما بعد

الحمد لله الذي وقفني لتثمين هذه الخطوة في مسيرتي الدراسية بمذكرتنا هذه ثمرة
الجهد والنجاح بفضلته تعالى مهداة الى درعي الذي به إحتميت وفي الحياة به إقتديت والذي
شق لي بحر العلم والتعلم ، إلى من إحتترقت شموعه ليضيء لي درب النجاح ، ركيزة عمري ،
وصدر أمني وكبريائي وكرامتي ، "أبي الغالي"

الى ذلك الحرف اللا متناهي من الحب والرفقة والحنان ، التي بحنانها إرتويت وبدفئها إحتميت
وبنورها إهتديت وببصرها إقتديت ، من علمتني معنى الصبر والنجاح "أمي الغالية "
إلى أعز ما أملك زوجي وأبنائي الأعراف "يحيى وعماد الدين ودارين" حفظهم الله لي ورعاهم
أدامهم الله سندا لي

إلى كل من علمني حرفا واحدا في الحياة

إلى أستاذتي العزيزة "يوسفى صفية" التي أبدعت في كل كبيرة وصغيرة ، من إعطاء لأهم
النصائح وتوجيهات والتي أفادتنا في إنجاز دراستنا

كما أشكر اللجنة المحترمة بنشرها على مناقشة مذكرتنا

وفي الأخير أرجوا أنني قد وفقت ولو بكم معتبر في دراستي لهذا الموضوع

الطالبة : حوسنة إيتسام

مقدمة

مقدمة

تعتمد الإدارة العامة أثناء أدائها لمختلف الأعمال الإدارية المنوطة بها على وسيلتين: الأولى تتمثل في القرار الإداري الذي هو "إفصاح للإدارة عن إرادتها المنفردة الملزمة للأفراد بما لها من صلاحيات وسلطات مخولة من قبل النصوص القانونية يكون الهدف منها تحقيق المصلحة العامة"⁽¹⁾، وقد أثبتت هذه الوسيلة في الواقع العملي نجاعتها واعتبرت من أنجح الوسائل القانونية المخولة للإدارة لأداء واجباتها، غير أن العقبات العديدة والتي تجعل من القرار الإداري الوسيلة الخاطئة لتجاوزها، وبالتالي عدم تمكنها من تحقيق المنفعة العامة المنتظرة منها، وهنا يأتي دور الوسيلة الثانية أي العقود الإدارية وبالأخص موضوع عقود الأشغال العامة والتي تعتبر من أبرز تلك العقود، وتعتبر الوسيلة الأكثر اتباعاً في مختلف دول العالم في وقتنا الحالي، والسبب من وراء ذلك يعود إلى التطور الحاصل في مختلف المجالات والذي يستدعي بالدولة إلى ضرورة استحداث إدارات جديدة لمواكبته، والعمل على تحسين إدارة وتسيير المشاريع الجديدة، الأمر الذي ينعكس إيجاباً على اقتصاد الدولة وخدمة الصالح العام.

أدى اعتراف المشرعين والجزائري من ضمنهم بأهلية الإدارة للتعاقد إلى لجوء هذه الجهة في بعض الأحيان للتعاقد مع الغير، مما يضطر بالمشرعين للتحرك مرة أخرى والعمل على الإحاطة بتلك التعاقدات لحماية المال العام من التلاعب وضمان المنافسة الحقيقية والمشروعة وكانت ثمرة اجتهاد رجال القانون الجزائري هي قانون الصفقات العمومية والذي وضعت أول أسسها بعد الاستقلال، فتم سن المرسوم رقم 64 - 103 المؤرخ بتاريخ 1964/03/26 والذي بموجبه أنشئت أول لجنة مركزية للصفقات العمومية وهذا المرسوم خولها صلاحية إبرام الصفقات العمومية، تلاه القرار الوزاري الصادر بتاريخ 1964/11/21 والذي تم من خلاله المصادقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبق على مختلف صفقات أشغال وزارة إعادة البناء والأشغال العمومية والنقل، وقانون الصفقات العمومية كانت الغاية منه كما أسلفنا الذكر أعلاه حماية الأموال العامة، وفي سنة 1967 صدر أول تعديل لقانون الصفقات العمومية، ثم توالى المراسيم الرئاسية المعدلة لنصوصه القانونية لحين تضمن موضوع عقود الأشغال العامة ويتعلق الأمر بالمرسوم الرئاسي رقم 15 - 247 المؤرخ في 2015/09/16.

❖ أهمية الموضوع

تكمن أهمية موضوع امتيازات عقود الأشغال العامة في التشريع الجزائري، في أن هذا النوع من العقود يأخذ بعين الاعتبار الحقوق والالتزامات الناجمة عن إبرامه، فالالتزامات التي تترتب في ذمة المتعامل المتعاقد تكون أشد صرامة لأن تماطله أو خداعه للمصلحة المتعاقدة أثناء إنجازها لتلك الأشغال قد يترتب عنه ضرر كبير يتحول لكارثة تطال المواطنين، وبالتالي نجده هنا قد خان فكرة المصلحة العامة وأثر تفضيل مصلحته الشخصية هذا من جهة، ومن جهة فإن هذا الموضوع يوضح لنا تماماً مدى كبر المسؤولية المرمية على عاتق المصلحة المتعاقدة التي تتبع كل كبيرة وصغيرة من أجل خدمة النفع العام والرفي بالبلاد.

❖ أسباب اختيار الموضوع

تنقسم أسباب اختيارنا لهذا الموضوع إلى:



➤ **أسباب ذاتية:** نذكر منها رغبتنا الشخصية في التدقيق في كل كبيرة وصغيرة حول موضوع الصفقات العمومية، ولا يخفى علينا أن موضوع عقود الأشغال العامة يندرج ضمن تلك الصفقات.

➤ **أسباب موضوعية:** كما أسلفنا الذكر أعلاه فإن إحدى الأسباب التي دفعتنا لدراسة هذا الموضوع هي تسليط الضوء على أهم ما يميز هذا النوع من العقود، سواءً من ناحية إبرامه أو من الناحية التي تترتب فيها آثاره على المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد.

هذا النوع من المواضيع يعتبر موضوعاً متجدداً بقدر تجدد المواد القانونية التي تعالجه، فالمتتبع للنصوص القانونية التي شرعها المشرع الجزائري يجد أنه كثيراً ما يعدلها ويستحدثها ولربما يأتي بالجديد من خلالها، لذا كان لازماً علينا دراسة هذا الموضوع للوقوف على تلك الاجتهادات.

❖ الإشكالية

تماشياً مع إحاطة المشرع الجزائري بموضوع عقد الأشغال العامة بمجموعة من النصوص القانونية التي تجعل منه عقداً متفرداً ومتميزاً عن بقية العقود الأخرى، يمكن طرح الإشكالية التالية: **هل وفق المشرع الجزائري في حماية المصلحة العامة من خلال آلية الإمتيازات في عقد الأشغال العامة؟**

- ✓ وعليه فإنه ينبثق عن هذه الإشكالية عدة تساؤلات فرعية نذكر منها:
- ✓ ما المقصود بالأشغال العامة؟ وماذا نعني بعقود الأشغال العامة؟
- ✓ فيما تتمثل خصائص هذا النوع من العقود الإدارية؟
- ✓ كيف تتم طرق إبرام عقود الأشغال العامة؟ وماهي الإجراءات التي تتخذها الإدارة أثناء إبرام تلك العقود؟
- ✓ ما هي الآثار القانونية الناجمة عن إبرام عقد الأشغال العامة؟
- ✓ هل تعد إمتيازات المصلحة المتعاقدة مطلقة في مواجهة المتعاقد معها ؟ أم أنها مقيدة بضوابط؟

- ✓ هل بإستطاعة المتعامل المتعاقد أو المتعامل الإقتصادي مع الإدارة الدفاع عن نفسه في حال تعسفها ؟ بمعنى آخر كيف حدد المشرع الجزائري حقوق المتعامل المتعاقد للدفاع عن نفسه؟
- ✓ ما هو موقف المشرع الجزائري من إخلال أحد أطراف هذا العقد بينوده ؟

❖ صعوبات الدراسة

أولها تتمثل في ذلك الكم الهائل من المراجع المتحصل عليها، وكيفية توظيفنا لتلك المعلومات بشكل ممنهج وبشكل نتفادي فيه التكرار والحشو غير المسوغ، أما الصعوبة الثانية فكانت عند استعراضنا لطرق الإبرام والإجراءات التي تتبع كل طريقة، فقد كان هناك شح في المادة العلمية فيما يخص تلك الجزئية إذ أن أغلب الدراسات تعمل فقط على تحليل نص المادة القانونية وهو ما قمنا بفعله نحن أيضاً عن طريق استقراء نص المادة وذكر ما نجده كفيلاً بإيصال المعلومة لذهن القارئ، أما الصعوبة الثالثة فتتمثل في كون الجزء الثاني أي الفصل الثاني، وذلك بعدم وجود الكتب التي تتحدث عن إمتيازات وحقوق كل أطراف العقد في عقد الأشغال العامة على وجه الخصوص ، بل إكتفت بذكر إمتيازات وحقوق الأطراف في الصفقات العمومية ، هذا الأمر إستدعى بنا الى الإعتماد الأطروحات و الرسائل الجامعية بشكل أكبر.

❖ المنهج المتبع

إن طبيعة الموضوع إقتضت منا إستخدام

➤ **المنهج التحليلي:** لدراسة وتحليل الأحكام والنصوص القانونية المنظمة لموضوع امتيازات عقد الأشغال العامة.

➤ **المنهج المقارن:** في بعض من جزئيات الدراسة كالمقارنة بين اجتهادات الفقهاء الفرنسيين التقليديين والمحدثين، وأيضا بين التعريفات التي جاء بها المشرعين الأجانب والمشرع الجزائري.

❖ تقسيم الدراسة

للإجابة على إشكالية دراستنا والتساؤلات الفرعية المرفقة بها، تم تقسيم الدراسة إلى فصلين وذلك على النحو التالي:

الفصل الأول تحت عنوان ماهية عقد الأشغال العامة

بحيث تضمن مبحثين، الأول تم التطرق إلى مفهوم عقد الأشغال العامة وذلك من خلال مطلبين ففي المطلب الأول تطرقنا لتعريف هذا العقد من عدة نواحي منها اللغوية ومنها الاصطلاحية (فقهية، تشريعية) وعرفنا فيه أيضا ما المقصود بالأشغال العامة؟ أما في المطلب الثاني فاقنصرت دراستنا على ذكر أهم خصائص عقد الأشغال العامة.

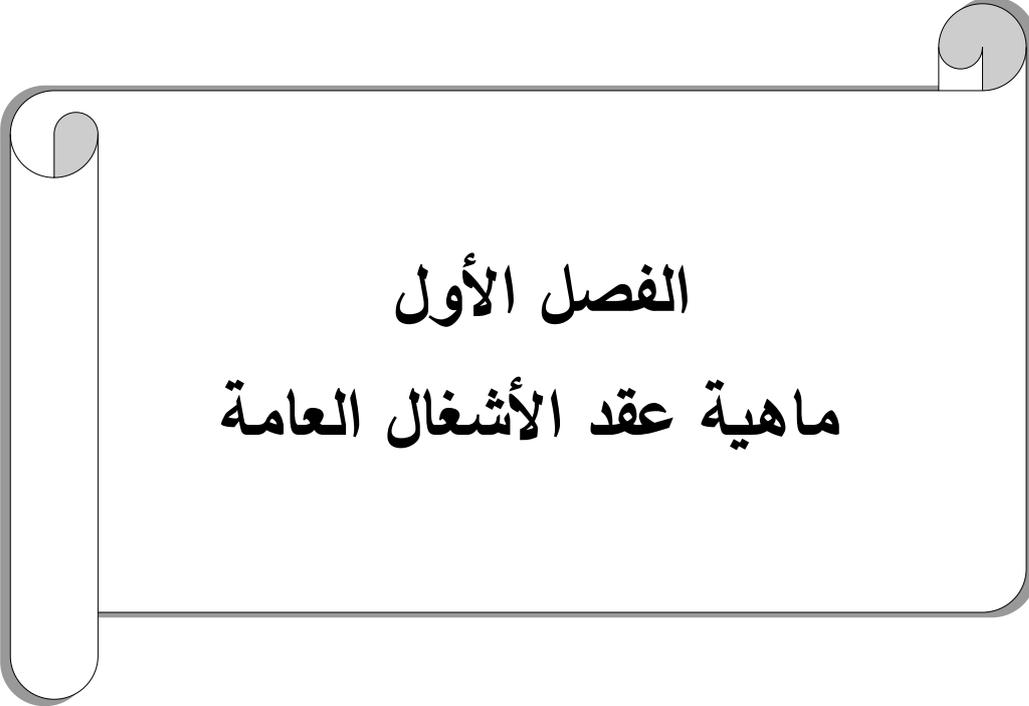
أما المبحث الثاني فالدراسة فيه كانت حول الأساس القانوني لإبرام عقد الأشغال العامة وذلك من خلال مطلبين: المطلب الأول كان حول المناقصة كأساس قانوني أصيل لإبرام عقود الأشغال العامة، أما في المطلب الثاني فكان حول التراخي كأساس استثنائي لعملية الإبرام تلك.

الفصل الثاني تحت عنوان امتيازات وحقوق طرفي عقد الأشغال العامة

وقسمنا هذا الفصل هو الآخر إلى مبحثين بحيث إستعرضنا في المبحث الأول أهم الامتيازات التي تتعلق بالمصلحة المتعاقدة (الإدارة) وذلك في مطلبين تضمن المطلب الأول سلطة الرقابة والإشراف وتعديل العقد، و الثاني لسلطة إنهاء العقد وتوقيع الجزاء على المتعاقد.

أما المبحث الثاني فتعلق بالآثار المترتبة عن عقد الأشغال العامة من حقوق وامتيازات بالنسبة للطرف الثاني أي المتعامل المتعاقد وذلك من خلال مطلبين: بحيث درسنا في المطلب الأول المقابل المادي وإعادة التوازن المالي للعقد، أما في المطلب الثاني فتطرقنا للتعويض عن إخلال المصلحة المتعاقدة بينود العقود والتزاماتها.

وخلصنا في النهاية إلى خاتمة تضمنت أهم النتائج التي خرجت بها الدراسة مع تقديم بعض المقترحات.



الفصل الأول
ماهية عقد الأشغال العامة

الفصل الأول

ماهية عقد الأشغال العامة

يقول الأستاذ عبد الرحمن تيشوري "منذ أقل من مئة وخمسين عاما كان مفهوم الإدارة مجهولاً، ومنذ ذلك الحين غيرت الإدارة نسيج أقطارالعالم بين عالم متقدم وآخر متخلف وأما اليوم أقول"لا توجد أنظمة ودول متخلفة وأخرى متقدمة، وإنما توجد إدارات ناجحة وأخرى فاشلة¹ ومؤدى هاته المقولة يقودنا نحو علاقة الإدارة الناجحة بالرقى الذي سيتجلى على الدولة بأكملها والعكس صحيح ، وبالتالي على الإدارة انتهاج أساليب واستراتيجيات حديثة أثبتت نجاعتها في دول عظمى، واختيار الجهات التي ستتعاقد معها في سبيل إنجاز الأشغال العامة والمراقبة والإشراف على كل كبيرة وصغيرة أثناء سيرورة تلك الأشغال لحين تحقيق الهدف الذي تصبو إليه وهو النفع العام ، والذي ينعكس بالإيجاب على تقدم الدولة.

وعليه ومنذ اعتراف المشرع الجزائري بأهلية الإدارة في التعاقد أصبحت بذلك العقود الإدارية من أكثر السبل التي انتهجتها ، ولعل أحد العقود التي أبرمتها عقود الأشغال العامة محل دراستنا ، ونحن ومن خلال هذا الفصل سنمحص في كل كبيرة وصغيرة فيما يخص عقود الأشغال العامة سواءً من الجانب المفاهيمي أو تسليط الضوء عن الكيفيات التي تبرم بها هاته العقود، وبالتالي قررنا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم الأشغال العامة.

المبحث الثاني: الأساس القانوني لإبرام عقد الأشغال العامة.

¹ محمد عدنان النجار، " إدارة الأفراد و إدارة الموارد البشرية والسلوك التنظيمي "، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، دمشق،(سوريا)، 1995، ص 85.

المبحث الأول

مفهوم عقد الأشغال العامة

أثبتت العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة لغرض تسيير المرافق العامة واستحداثها مدى فعاليتها وأهميتها على مستوى كل الأصعدة سواءً المحلي أو الوطني، فمتى كانت الدولة بحاجة ماسة لمرافق جديدة تماشيًا والمصلحة العامة كتطوير الاقتصاد ومكافحة البطالة من خلال بعث مشاريع اقتصادية وصناعية جديدة بالدولة... الخ¹، فإنها بطبيعة الحال تتجه مباشرة نحو التعاقد، ولعل أحد أبرز تلك العقود نذكر عقود الأشغال العامة محل دراستنا، فما المقصود بهذه العقود؟ وما هي خصائصها؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه في المطالبين المواليين.

المطلب الأول

تعريف عقد الأشغال العامة

عقد الأشغال العامة من بين العقود التي حظيت باهتمام بالغ سواء من الفقهاء أو رجال القانون أو المشرعين... الخ، وقد وردت بشأنه عدة تعريفات تناولته من جوانب مختلفة لغةً واصطلاحًا ومن طرف عدة جهات كالقواميس والمعاجم والفقهاء والمجتهدين والمشرعين سنحاول الإحاطة بهذه التعريفات المتعددة الجوانب من خلال الفروع الموالية.

الفرع الأول

التعريف اللغوي لعقد الأشغال العامة

المتمعن في عبارة "عقد الأشغال العامة" يتضح له جليًا أنها عبارة عن مركب لفظي يتكون من ثلاثة ألفاظ ألا وهي "عقد، الأشغال، العامة"، وبما أن المعاجم اللغوية يستحيل أن تجد فيها تعريفات لغوية للمركبات اللفظية والعبارات، فإننا ومن خلال هذا الفرع سنتعرف كل لفظة على حدى.

أولاً- تعريف العقد لغة:

وردت لفظة العقد في معجم لسان العرب لابن منظور في عدة مواضع، إلا أننا اقتصرنا الأمر فقط على المعنى الذي يدخل ضمن مجال دراستنا، فكان تعريفه للفظه العقد كالتالي:

¹ أحمد عثمان عياد، "مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية"، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، دون بلد نشر 1973، ص332.

"العقد لفظة مشتقة من الفعل الثلاثي عَقَدَ، فنقول: عَقَدَ يَعْقِدُ عَقْدًا فَعَقَدَهُ وَيَعْقِدُهُ عَقْدًا وَتَعَقَّدًا وَعَقَّدَهُ، وَالْعَقْدُ نَقِيضُ الْحَلِّ، كما يقال عَقَدْتُ الْحَبْلَ، فهو مَعْقُودٌ وكذلك الْعَهْدُ، ومنه عُقْدَةٌ النِّكَاحُ، وتقول الأعراب أيضًا قَوْمٌ إِذَا عَقَدُوا عَقْدًا لِجَارِهِمْ، وَعَقَدْتُ الْحَبْلَ وَالْبَيْعَ وَالْعَهْدَ فَأَنْعَقَدَ، والجمع عُقُودٌ بمعنى عُهُودٌ"¹

أما المعجم الوسيط فقد عرفه كالتالي:

"العقد لفظة مشتقة من الفعل الثلاثي عَقَدَ، فيقال: عَقَدَ طَرْفِي الْحَبْلَ وَنَحْوَهُ أَيَّ وَصَلَ أَحَدَهُمَا بِالْآخِرِ بَعْقَدَةٍ تُمَسِّكُهُمَا، ويقال أيضا عَقَدَ يَعْقِدُ عَقْدًا وَعُقْدَةً وَعَقِدَ، وَعَاقَدَ الرَّجُلُ أَيَّ عَاهَدَهُ، وَتَعَاقَدَ الْقَوْمُ أَيَّ تَعَاهَدُوا وَنَحْوَ ذَلِكَ الْعَقْدُ هُوَ الْعَهْدُ وهو اتفاق بين طرفين يلتزم بمقتضاه كل منهما بتنفيذ ما اتفقا عليه كعقد البيع والزواج وعقد العمل..."²

ثانياً - تعريف الأشغال لغة:

ورد تعريف لفظة الأشغال في معجم لسان العرب على النحو التالي:

"الأشغال لفظة مصدرها الفعل الثلاثي شَغَلَ، فنقول شَغَلَهُ يَشْغَلُهُ شُغْلًا وَشُغْلًا، والجمع أَشْغَالٌ وَشُغُولٌ"³.

أما المعجم الوسيط فقد عرفها التالي:

"لفظة الأشغال هي لفظة مشتقة من الفعل الثلاثي شَغَلَ، فنقول شَغَلَ يَشْتَعِلُ شُغْلًا وجمعه أَشْغَالٌ، وَاشْتَعَلَ بمعنى عَمِلَ، وعليه فإن الأشغال هي الأعمال"⁴.

ثالثاً - تعريف العامة لغة:

ورد تعريف لفظة العامة في معجم اللغة العربية المعاصرة على النحو التالي:

"هي لفظة مشتقة من الفعل عَمَّ فنقول عَمَمْتُ، يَعْمُّ، اعْمَمَّ وَعَمَّ، عُمُومًا فهو عَامٌ والمفعول

¹ أبي الفضل ، جمال الدين محمد بن مكرم ابن منصور الإفريقي المصري ، " لسان العرب " ، باب عقد ، المجلد الثالث ، دار صادر ، بيروت ، لبنان، 2010 ، ص 296/297.

² إبراهيم أنيس، عبد الحلیم منتصر وآخرون، " المعجم الوسيط ، باب العين، لفظة عَقَدَ "، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة ، مصر، 2004، ص 613، 614.

³ أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، المرجع السابق، باب شَغَلَ، المجلد الحادي عشر، ص 355، 356.

⁴ إبراهيم أنيس ، عبد الحلیم منتصر وآخرون ، المرجع نفسه ، "باب الشين" ، 486.

مَعْمُومٌ، أما لفظة عامّة فهي صيغة المؤنث لفاعلَمَّ كقولنا الأمانة العامة، الجمعية العامة ونحوها¹

الفرع الثاني

التعريف الفقهي لعقد الأشغال العامة

إهتم العديد من الفقهاء بمسألة تعريف عقد الأشغال العامة، وقبل إستعراض أهم تعريفات الفقهاء الأجانب والفقهاء العرب إرتأينا الإشارة إلى أن رجال الفقه الفرنسي كانوا من السابقين في هذا الموضوع وقد إنقسموا في تعريفاتهم تلك من الأشغال العامة وعقد الأشغال العامة إلى فريقين أحدهما تقليدي والآخر حديث ، وفيما يلي ملخص لأهم الفروقات بينهما:

أولاً- تعريف الأشغال العامة:

1- تعريف الأشغال العامة في الفكر التقليدي:

عرف هذا الفريق الأشغال العامة بأنها "تلك الأشغال التي تنفذ إما لحساب الإدارة، أو من قبلها، أو تتم تحت إشرافها، وتوجه تلك الجهود لغرض تحقيق المنفعة العامة². وينعكس هذا الفكر على حرص الدولة الفرنسية آنذاك على القيام بالعديد من المشاريع التي تضمن من خلالها السير الحسن للمرافق العامة، وبالتالي خدمة الصالح العام نذكر منها بناء الطرق أو تحسينها، استحداث إدارات حكومية وبناء مقرات خاصة بها... الخ، ومن هنا إرتبطت فكرة الأشغال العامة لدى رجال الفقه ونعني أصحاب الفكر التقليدي بثلاثة عناصر أساسية وهي:

أ- أن يكون مضمون الأشغال عقارًا :

وبحسب أصحاب هذا الاتجاه فإن العقار المعني هو العقار بمفهومه الواسع أيًا كان موضوع هذه الأشغال عقارا بطبيعته ، أو عقار بالتخصيص³

ب- أن يتم إنجاز تلك الأشغال لحساب شخص عام:

بحسب أصحاب الفكر التقليدي فإنه ولاعتبار الأشغال عامّة لابد وأن تقترن بشرط أساسي

¹ أحمد مختار عمر، "معجم اللغة العربية المعاصرة"، باب ع م م ، المجلد الثالث، الطبعة الأولى، عالم الكتب، القاهرة مصر، 2008، ص 1557.

² ثورية يعقوبي ، " معيار العقد الإداري"، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس القاهرة ، مصر 1987، ص 61.

³ بكر عبد الفتاح السرحان ، المدخل الى علم القانون ، دار المسيرة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2012 ، ص 283.

ثانٍ وهو لزوم أن تتم لحساب شخص عام، وبالتالي يستبعد من ذلك كل الأشغال التي تتم لحساب أشخاص القانون الخاص¹

ج- أن تتحقق من وراء تلك الأشغال منفعة عامة:

إلى جانب كون مضمون الأشغال العامة هو العقار أيًا كان بطبيعته أو بالتخصيص، وأنه يتم لحساب شخص عام، فإن هناك شرطاً ثالثاً ورد في تعريف أصحاب هذا الاتجاه، وهو أن يتحقق من وراء تلك الأشغال نفع عام²

2- تعريف الأشغال العامة في الفكر الحديث:

تماشياً والتطور الحاصل على جميع الأصعدة، مس هذا التطور كذلك الأشغال العامة، فظهر التيار الثاني من رجال الفقه الفرنسي والذين بدورهم عارضوا ما جاء به أصحاب الفكر التقليدي، وقد ركز أصحاب الفكر الحديث عند تعريفهم للأشغال العامة على:

- الابتعاد تماماً عن فكرة ارتباط الأشغال العامة بالمرفق العام

وقد كان للقضاء الفرنسي الدور الأكبر في استقلال الأشغال العامة عن فكرة المرفق العام، بحيث كرس مفهوماً جديداً متمثلاً في: "تعتبر أشغالاً عامةً تلك الأشغال التي ترد على عقارات مخصصة للمرفق العام وإن كان هذا المرفق يدخل ضمن النطاق الخاص بالإدارة³، ولعل أحد أكثر الإجهادات التي تؤكد ذلك ما ورد عن مجلس الدولة الفرنسي سنة 1921 في قضية دور العبادة*.

باستعراضنا للقرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي نكتشف أن القضاء الفرنسي أنهى الصلة التي تربط الأشغال العامة بالمرفق العام وربطها عوضاً عن ذلك بتحقيق النفع العام، وبالتالي يمكن القول أن الأشغال التي توجه لخدمة المنفعة العامة هي أشغال عامة جاعلا من مفهوم الأشغال العامة مفهوماً واسعاً متجاوباً مع فكرة التطور الحاصلة والتي لا زالت ستحصل في السنوات القادمة.

¹ عيسى عبد القادر الحسن ، مرجع سابق ، ص 09.

² محمد عيسى حسين أمين ، "دراسة مقارنة في فكرة العقود الإدارية وأحكام إبرامها" ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، مصر ، 1998 ص 180.

³ محمد عيسى حسين أمين ، المرجع نفسه ، ص 181/180.

ثانياً - تعريف عقد الأشغال العامة:

بعد استعراضنا لأهم ما جاء على لسان رجال الفقه الفرنسي فيما يخص تعريف الأشغال العامة ، ورأينا كيف إنقسم هؤلاء بين متمسك بالفكر التقليدي وبين من يدعو للتحديث والخروج عن فكرة المرفق العام إلى فكرة تحقيق النفع العام، سنستعرض في هذه الجزئية أهم التعريفات الفقهية لعقود الأشغال العامة وسنقارنها مع ما أوردها أعلاه ، أي نرى من أخذ بما جاء به الفقهاء التقليديين وبين من سار مع التيار الحديث.

1- تعريف الفقه الغربي:

عرف الفقيه "جانريفيرو Jean Rivero" الأشغال العامة على النحو التالي: "عقود الأشغال العامة هي تلك العقود المبرمة بين الإدارة والمقاولين، والغرض منها بناء عقار خدمة للمصلحة العامة¹، والملاحظ على هذا التعريف أنه مسير تماماً لما جاء به الفقهاء أصحاب الفكر التقليدي، إذ تتوفر فيه العناصر الثلاثة مضمون العقد هو العقار وذلك في "عبارة بناء عقار"، ويتم لحساب شخص عام في عبارة "عقود مبرمة بين الإدارة"، والهدف منه تحقيقاً للمنفعة العامة في عبارة خدمة للمصلحة العامة.

أما الفقيه "أندري ديلودباديير" André De Laubadère فقد عرف عقد الأشغال العامة بأنه "عقد إداري يلتزم بموجبه أحد الأشخاص الخواص ولنقل المقاول بتنفيذ أشغال عامة تكلفها به الإدارة كأن ينشئ مبنى أو يعمل على إصلاحه وترميمه... إلخ وكل ذلك في مقابل ثمن².

المتمعن في هذا التعريف يتضح لهجالياً أنه يفتقد لأحد أهم العناصر التي تميز الأشغال العامة ألا وهو تحقيق النفع العام فقد اكتفى الأستاذ "أندري" فقط بالتعبير عن هذا العقد بأنه يتم بين شخص عام وخاص ويكون مضمونه عقاراً، وأضاف على تعريف سابقه أي الأستاذ "جان ريفيرو" أن هذا الالتزام يكون بمقابل مادي.

وأهم ما جاء به الأستاذ "شارل ديباش Charles Debbasch" أن عقود الأشغال العامة هي "عقود إدارية تتم بين طرفين أحدهما شخص عام والآخر شخص خاص (مقاول) والغرض

¹ Jean Rivero, Jean Waline, **Droit administratif**, 19ème édition, Dalloz, Paris (France), 2002, P 156.

² André De Laubadère, **Traité élémentaire de droit administratif**, Tome N° 02, 5ème édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris (France), 1970, P 286.

من وراء تلك العقود تحقيق النفع العام عن طريق بناء أو ترميم عقار¹.
التعريف الذي جاء به الأستاذ "شارل ديباش" مشابه تمامًا لما جاء به الأستاذ "جان ريغيرو" وأضاف عليه فقط أنها عقود إدارية، وبالتالي هو الآخر ونعني بالذكر الأستاذ "شارل ديباش" متفقًا مع التعريف الذي جاء به أصحاب الفكر التقليدي للأشغال العامة.

2- تعريف الفقه العربي:

أهم ما ورد عن الفقهاء العرب نذكر ما جاء على لسان الأستاذ "سليمان محمد الطماوي" والذي عرف عقد الأشغال العامة بأنه "اتفاق يتم إبرامه بين الإدارة وأحد أشخاص القانون الخاص كالمقاولين، والغرض منه هو بناء أو ترميم وصيانة عقار تحقيقًا للمنفعة العامة، كل هذا يتم لحساب شخص معنوي عام، وفي مقابل مادي تماشيًا وجميع الشروط المذكورة في هذا الاتفاق².

التعريف الذي جاء به الأستاذ "سليمان محمد الطماوي" لم يختلف كثيرًا عما جاء به الفقهاء الأجانب، فهو الآخر عبر عن هذا العقد بأنه اتفاق يتم بين طرفين شأنه في ذلك شأن بقية العقود، كعقد البيع والزواج وغيرها، ولكن يتميز هذا العقد بأنه يتم بين شخص عام متمثل في الإدارة على سبيل المثال، وشخص خاص متمثل في المقاول، وأن مضمون هذا الاتفاق هو العقار، وبالتالي الخدمات التي سيتم تقديمها من قبل المقاول تتمثل في بنائه أو ترميمه وإصلاحه... الخ، إلى جانب ضرورة تحقيقه للنفع العام.

ما أضافه الأستاذ "سليمان محمد الطماوي" هو أن هذا الاتفاق يتم لحساب شخص معنوي عام، دون أن يتناسى بطبيعة الحال ما للمقاول أي تلقيه مقابل أتعابه، وهذا إن دل على شيء فإنه يدل على أن التعريف الذي جاء به يساير ما جاء به أصحاب الفكر التقليدي من شروط لإعتبار الأشغال المنجزة عامة أي تتم لحساب شخص عام، مضمونها العقار، وتحقق من ورائها النفع العام.

ومن الأساتذة العرب أيضًا نذكر تعريف أحمد رفعت خفاجي "الأشغال العامة هي تلك الأشغال التي يتم إنجازها لصالح الإدارة العامة وذلك لغرض بناء أو تعديل وإصلاح مال

¹ Charles Debbasch, Frédéric Colin, **Droit administratif**, 12ème édition, Economica, Paris (France), 2018, P 177.

² سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، جامعة عين شمس، القاهرة (مصر)، 1984، ص

عقاري خدمةً للمصلحة العامة¹، ويمكن القول أن أحمد رفعت خفاجي تأثر بالفكر الفرنسي التقليدي.

أيضا نذكر ما جاء به الدكتور "محمد الصغير بعلي" والذي عرف عقد الأشغال العامة بأنه "اتفاق يتم بين الإدارة ومتعاقد آخر متمثل في المقاول لغرض بناء مباني إدارية أو تنظيف منشأة عقارية تابعة لها، أو بناء سدود أو طرق أو ترميمها².

الدكتور "محمد الصغير بعلي" وإن لم يذكر أن الهدف من وراء هذا الاتفاق هو تحقيق النفع العام إلا أننا يمكننا أن نكتشفه من وراء جملة الأمثلة التي ذكرها في تعريفه، فالسدود مهمتها خدمة الناس بتوفير المصدر المائي الذي يستخدمونه في حياتهم اليومية، ويمكن من خلالها أيضا توفير الطاقة الكهربائية، والطرق تستخدم من قبل الجميع فمتى كانت مهياة جيدا تكون بذلك قد خدمت الغاية من وراء إنجازها وهي ضمان السير الحسن من فوقها استحداث المباني الإدارية يتماشى واستحداث إدارات معينة تخدم الناس... الخ.

إلى جانب أن الدكتور "محمد الصغير بعلي" كذلك ذكر في تعريفه أن هذا الإتفاق يتم بين شخص من أشخاص القانون العام وهي الإدارة، وأيضا وضمن أمثله التي ذكرها نرى أن مضمون ذلك الإتفاق هو العقار ليكون بذلك هو الآخر كسابقه.

وهناك من عرف عقد الأشغال العامة بأنه "اتفاق مكتوب يتم إبرامه بين الإدارة أو إحدى الهيئات العمومية المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية مع شخص من أشخاص القانون الخاص طبيعياً كان أو معنوي، وذلك بغية بناء أو ترميم أو صيانة عقار لحساب وتحت مسؤولية الإدارة المتعاقدة، كل هذا في مقابل مادي متمثل في مبلغ نقدي يحدد ويدفع وفقا للشروط التي ينظمها هذا العقد"³.

المتمعن في هذا التعريف يجد أنه وصف عقد الأشغال العامة بالاتفاق المكتوب فلا يكفي الإتفاق الشفهي بين الإدارة والطرف الثاني حتى يعتبر عقدا للأشغال العامة، وإنما يجب أن يتم تضمين ما جاء فيه كتابياً وفقاً لما ينص عليه القانون المنظم لهذا النوع من العقود، إلى جانب

¹ أحمد رفعت خفاجي، "نظرية الأشغال العمومية في القانون الإداري"، مجلة أحوال القانون والمحكم، الموقع الإلكتروني: <https://www.a7wallaw.com/9966>، تاريخ الاطلاع: 2022/04/06 ، على الساعة: 01:28.

² محمد الصغير بعلي، "العقود الإدارية"، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة ، الجزائر، 2005، ص 22.

³ أحسن بوسقيعة، "الوجيز في القانون الجزائري الخاص" ، دارهومة للنشر والتوزيع، بوزريعة (الجزائر)، بدون سنة نشر، ص

أنه نوه على ضرورة كون الطرف الممثل للشخص العام أن يكون إدارة أو إحدى الهيئات العمومية المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية أو القانون المنظم لهكذا عقود بحسب كل بلد، وهذا ما يميز هذا التعريف عن سابقه فقد لفت إنتباهنا إلى ضرورة الرجوع للقانون المنظم لعقود الأشغال العامة (قانون الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام في الجزائر) لمعرفة الجهات المعنية الواجب الاتفاق معها، وهاته الجهات يصطح عليها المشرع الجزائري بالمصلحة المتعاقدة، وحددها في نص المادة 06 من قانون الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام الجزائري " لا تطبق احكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات:

- الدولة،

- الجماعات المحلية،

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري،

- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة، كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية وتدعى في صلب النص المصلحة المتعاقدة¹.

وبالتالي فإن الاتفاق مع جهة أخرى غير مذكورة بنص المادة أعلاه لا يجعل من هذا العقد

عقدًا للأشغال العامة.

أما الطرف الثاني في هذا العقد فقد عبر عنه بعبارة شخص من أشخاص القانون الخاص طبيعي كان أو معنوي، أي أن يكون مقاولاً أو شركة تقوم بإنجاز الأعمال المطلوبة منها، إلى جانب الخدمات التي عددها على سبيل المثال فإننا نفهم أن الغاية من ورائها تحقيق النفع العام ليكون بذلك قد ذكر الشروط الثلاثة التي وضعها الفقهاء التقليديين في الجزئية السابقة لإعتبار الأشغال عامة، وأضاف عليها أن المقابل المالي يتم الاتفاق عليه وكتابته ضمن بنود العقد فلا يجوز مرة أخرى وبعد بدء العمل الاحتجاج والمطالبة برفعه.

وهناك تعريف آخر للأستاذ "فؤاد العطار" مشابه تماماً للتعريف أعلاه، حيث يعرف عقد

الأشغال العامة بأنه "عقد إداري يتم إبرامه بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وبين شخص يطلق عليه المقاول سواء كان فرداً أو إحدى الشركات، حيث يتعهد المقاول بإحدى

¹ المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة عام 1436 هـ، الموافق لـ 16 سبتمبر سنة 2015م، والمتضمن لقانون تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية، عدد رقم 05، الصادرة بتاريخ 06 ذي الحجة عام 1436 هـ الموافق لـ 20 سبتمبر 2015م.

أعمال البناء كالترميم أو الصيانة... الخ لعقار أو عقارات لحساب الشخص المعنوي وذلك بغية تحقيق النفع العام وفي مقابل مادي يتم الاتفاق عليه ضمن بنود هذا العقد¹.

بعد استعراضنا لجل هاته التعريفات خرجنا بنتيجة مفادها أن الفقهاء سواء كانوا أجانبا أم عربا سايروا أصحاب الفكر التقليدي بأن تطرقوا لذكر الشروط الثلاثة في تعريفاتهم (مضمون العقد عقار، يتم لحساب أو تحت إشراف شخص عام، الهدف منه تحقيق النفع العام)، وإن كان بعضهم قد توسع في تعريفه وشرح بعض الأمور، إلا أن المتفق عليه أنهم لم يسايروا ما جاء به المحدثين الذين إستندوا كما ذكرنا مسبقًا على إحدى إجتهدات المحاكم الفرنسية في قضية (Effimieff) بجعل المفاوض شخصًا عامًا رغم أنه في الأصل شخص خاص.

الفرع الثالث

التعريف التشريعي لعقد الأشغال العامة

تناولت التشريعات المقارنة موضوع عقد الأشغال العامة بطرق مختلفة ، وقبل التطرق لتعريف المشرع الجزائري إرتأينا تسليط الضوء على إجتهدات مشرعين آخرين من أمثال

أولاً- المشرع الفرنسي:

عرف المشرع الفرنسي عقد الأشغال العامة بالقول "هو عقد يتم إبرامه بين أشخاص من القانون العام (منصوص عليهم في المادة 02 من هذا القانون من ضمنها الدولة ومؤسساتها العامة... الخ) وأشخاص من القانون الخاص، وذلك بهدف تنفيذ أعمال البناء أو الهندسة المدنية تحت إشراف الشخص العام².

ثانياً- التشريعات العربية:

نذكر من ضمنها التشريع العراقي والتشريع المصري اللذان إصطلحا على هذا العقد مصطلح "عقد المقاوله"، حيث عرفه المشرع العراقي في نص المادة 864 من القانون المدني العراقي

¹ فؤاد العطار، "مبادئ في القانون الإداري": محاضرات في تنظيم الإدارة العامة، مكتبة عبد الله وهبه، القاهرة، مصر، 1957، ص 580.

² Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public mentionnées à l'article 2, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services...

Les marchés publics de travaux ont pour objet la réalisation de tous travaux de bâtiment ou de génie civil à la demande d'une personne publique exerçant la maîtrise d'ouvrage".

Article № 01, Paragraphe № 01 et 02, Code des marchés publics 2004/02 (№31), TITRE Ier - Champ D'application et principes fondamentaux, <https://www.cairn.info/revue-legicom-2004-2-page-117.htm#pa1>, Date d'examination du site : 07/04/2022, L'heure d'examination du site : 13:46

بأنه "عقدٌ يتعهد فيه أحد الطرفين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر"¹

أما المشرع المصري فقد عرفه في نص المادة 646 من القانون المدني المصري بأنه "عقدٌ يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر تعهد به المتعاقد الآخر"².

والملاحظ أن هذين النصين القانونيين لم يتضمنا أهم الشروط الواجب توفرها لإعتبار الأشغال عامة مثل كون تلك الخدمات المتعهد بإنجازها تكون موجهة لتحقيق المنفعة العامة ولم تتضمن الموضوع الأساسي للعقد وهو العقار، إلى جانب عدم تحديدها لأطراف العقد أي الشخص العام والشخص الخاص، ومايمكننا قوله أن المشرع الجزائري وإن لم يقر بتعريف عقد الأشغال العامة بشكل حرفي إلا أنه نجح في ذكر تلك الشروط الثلاثة.

ثالثاً - المشرع الجزائري:

بعد استقراءنا لنصوص قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف عقود الأشغال العامة، وإنما إكتفى فقط ببيان الصفقات العمومية في نص المادة 29 منه³.

أثناء استقراءنا لنص هذه المادة نفت إنبأها ذكر المشرع الجزائري لمصطلح "إنجاز الأشغال"، وذلك بإقترانها بتقديم خدمات جعل منها المشرع صفقة أشغال، وحسب الفقرة الثالثة من نص المادة 29 نفهم أن الإدارة على سبيل المثال تتعاقد مع شخص من أشخاص القانون الخاص والمتمثل في المقاول لغرض إنجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية، إلى جانب التجديد والصيانة والتأهيل والترميم... الخ المذكورة في الفقرة الرابعة، وعليه يمكننا أن نعرف عقد الأشغال العامة بناء على هذه المادة كالتالي: "هو اتفاق يتم بين أحد أشخاص القانون العام

¹ المادة 864 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951، الموقع الإلكتروني:

<http://jafbase.fr/docAsie/Irak/code%20civil%20irakien%201951.pdf>، تاريخ الاطلاع: 2022/04/07، على الساعة: 14:18.

² المادة 646 من القانون رقم 131 لسنة 1948 المتضمن القانون المدني المصري، الموقع الإلكتروني:

<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/eg/eg026ar.pdf>، تاريخ الاطلاع: 2022/04/07، على الساعة: 14:21.

³ الفقرة 03 و04 و05 من نص المادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

وأحد أشخاص القانون الخاص كالمقاول، لغرض إنجاز منشأة أو أشغال بناء أو تجديد أو تأهيل أو ترميم أو هندسة مدنية، لغرض تقديم خدمات يكون الهدف منها تحقيق الصالح العام". وفي ختام هذه الجزئية وبعد استعراضنا لكل هاته التعريفات إرتأينا وكإجتهادنا للتعريف بعقد الأشغال العامة بأنه "عقد يتم إبرامه بين شخصين أحدهما يمثل القانون العام كالإدارة وغيرها من الأشخاص المنصوص عليها بموجب القانون المنظم لهذا النوع من العقود، والثاني يمثل القانون الخاص كأن يكون مقاولاً أو شركة مقاولات... الخ، وذلك لبناء عقار أو إتمام إنجازه أو تقديم خدمات الترميم والإصلاح والتطوير فيه... الخ، وهذ خدمة وتحقيقا للنفع العام، وبطبيعة الحال، هذا الاتفاق يتضمن حقوقاً والتزامات لجميع أطرافه من ضمنها المقابل المادي للأتعاب المبذولة".

المطلب الثاني

خصائص عقد الأشغال العامة

يرتبط موضوع هذا المطلب بموضوع المطلب السابق المتعلق بتعريف رجال الفقه الفرنسي للأشغال العامة وخاصة أصحاب الفكر التقليدي الذين ذكروا ثلاثة شروط حتى تعتبر الأشغال المراد إنجازها أو المنجزة أشغالا عامة وهي أن تتم لحساب شخص عام، وأن تنصب على عقار، وأن تكون الغاية منها هي تحقيق النفع العام. ولقد اتفق معظم أساتذة القانون على أن هاته الشروط هي نفسها خصائص عقد الأشغال العامة¹، أضيف إليها بعضاً من الخصائص الأخرى التي جاءت وليدة إجتهدات المشرعين والقضاة، وسنحاول من خلال هذا المطلب، التطرق لتلك الخصائص، وذلك في فرعين: يتناول الفرع الأول الخصائص التي تتعلق بالعقد، أما الفرع الثاني فيتناول أهم الخصائص التي تميز أطراف هذا العقد.

الفرع الأول

خصائص تتعلق بالعقد

ترتبط الخصائص التي تتعلق بالعقد بشكله بإعتباره اتفاق حسب بعض المهتمين بتعريفه وأيضاً بمضمونه والهدف منه، وسنسلط الضوء على أي نوع من الإتفاقات هذا العقد، ونمحص أكثر في مضمونه الذي يميزه عن العقود الأخرى، وكذلك في فكرة تحقيق النفع العام، دون أن

¹Sarait Badaoui, Le fait du prince dans les contrats administratifs, L.G.D.J, Paris (France), 1954, P 16.

ننسى الحديث عن تضمنه للحد المالي ضمن بنوده.

أولاً- عقد الأشغال العامة عبارة عن اتفاق مكتوب:

عقود الأشغال العامة شأنها شأن بقية العقود الأخرى، إذ تتشابه من ناحية أن القانون قد نظم أحكامها، ولم يترك فيها الغلبة لطرف على آخر، خاصة وأن بعضاً من العقود لم تتساوى فيها الذمم المالية ولا مراكز القوة أبدأ، وهذا يترك الباب مفتوحاً أمام سوء إستغلال الطرف القوي لمكانته ويحتمل أيضاً عدم قيامه بالإلتزامات المتفق عليها وبالتالي تضيع حقوق الطرف الثاني لذا أوجد القانون الأحكام التي تقيد تلك الاحتمالات وتوضح حقوق وواجبات كل طرف.

وعليه فإن عقد الأشغال العامة من العقود التي ينتقل فيها أطرافها من الاتفاق على جميع بنوده كالأشغال المرجو تنفيذها والمدة والسقف المالي المحدد لإتمام تلك الأشغال، والمقابل المالي المنتظر من وراء إنهاء تلك الأشغال... الخ، أي ما لكل طرف من حقوق وإلتزامات إلى إفراغها في صيغة عقد مكتوب، وهذا العقد يكون وفقاً لما نص عليه القانون المنظم بحسب كل بلد، إذ لا يجوز لأي طرف أن يخالف تلك البنود، ومتى حصل وخالفها فالقانون سيكون له بالمرصاد عن طريق عقوبات مقررة بحسب ما إرتكبه من اخلال بما عليه من التزمات، ويكون هذا العقد أيضاً موقع من كلا الطرفين دلالة على إتجاه إرادة كل طرف نحو تحقيق آثاره. عموماً فإن النقطة التي تميز هذا النوع من العقود هي الوثائق المرفقة والبيانات التي يشتملها، وقد نصت المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبق على الصفقات العمومية للأشغال والتي تنص على "تتكون الصفقة العمومية للأشغال من¹:

- الإلتزامات بالتعهد وملحقاتها المحتملة.

- دفتر التعليمات الخاصة وملحقاته".

1- الإلتزامات بالتعهد:

والتي عرفت بموجب الفقرة الأولى من نص المادة 07 من نفس القانون المذكور أعلاه بأنها "مجموعة وثائق تثبت نية المتعهد بترشحه وتعهده بإنجاز الأشغال المتفق عليها، حيث

¹ المادة 06 المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المؤرخ في 08 شوال عام 1442 هـ الموافق لـ 20 مايو سنة 2021م، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، الجريدة الرسمية، عدد 50، المؤرخة في 13 ذو القعدة عام 1442 هـ الموافق لـ 24 يونيو سنة 2021م.

تتضمن¹:

أ- رسالة تعهد مقبولة بها الأطراف وموضوع الصفقة وآجال تنفيذها والسعر مع توقيع المترشح فور إعلان ترشحه وتوقيع المصلحة المتعاقدة متى ما قبلت بترشحه.

ب- تصريح خاص بالترشح يحتوي على توقيع المترشح.

ج- تصريح بالإكتاب يحتوي أيضا على توقيع المترشح.

د- تصريح بالنزاهة يحتوي على توقيع المترشح.

2- دفتر التعليمات الخاصة:

ويلي الالتزامات المشار لها أعلاه ما يصطاح عليه المشرع الجزائري بدفتر التعليمات الخاصة والذي عرفته المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة للأشغال العامة على النحو التالي "يقصد بدفتر التعليمات الخاصة الوثيقة التعاقدية التي تحدد الاتفاقات الإدارية والتقنية والمالية الخاصة بكل صفقة عمومية للأشغال وكذا الملاحق المرتبطة بها والتي تشكل جزءا لا يتجزأ منها²". وهذا الدفتر يتضمن العديد من البيانات والتي تم جمعها تحت بنود نذكر منها:

أ- موضوع الصفقة:

ويتم فيه ذكر المشروع المراد إنجازه.

ب- كيفية إبرام الصفقة:

وهنا تذكر الطريقة التي من خلالها تم إبرام هذه الصفقة (سنتطرق لهذه الطرق في

المبحث الثاني من دراستنا) مع ذكر المواد القانونية المنظمة لتلك الطريقة.

ج- البيانات المتعلقة بالأطراف المتعاقدة:

الطرف الممثل للمصلحة المتعاقدة بطبيعة الحال أحد أشخاص القانون العام، وبالتالي في عقد الأشغال العامة يذكر اسم ممثل تلك المصلحة ولنقل مثلا السيد (اسم ولقب الشخص) رئيس المجلس الشعبي البلدي، أما الطرف الثاني فهو أحد أشخاص القانون الخاص طبيعيا كان أو معنوي ويصطاح عليه بالمتعامل المتعاقد. وعليه إن كان شخصا طبيعيا نذكر إسم ولقبه وإن كان معنويا نذكر إسم ولقب ممثله مع ذكر إسم المؤسسة أيضًا التي يمثلها وعنوان مقرها.

¹ المادة 07 فقرة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219.

² المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219.

د - مبلغ الصفقة:

ويكتب بالأحرف والأرقام.

هـ - آجال تنفيذ الصفقة:

ويذكر فيها المتعامل المتعاقد بضرورة إنجاز تلك الأشغال في مدة معينة تكتب بالأحرف والأرقام.

و - البنك محل الوفاء:

وهو المؤسسة المالية التي تحول فيها المصلحة المتعاقدة المبالغ المالية أو أتعاب المتعامل المتعاقد، بحيث يذكر رقم حسابه واسم البنك وعنوان البنك.

ي - تحديد وتعريف الأسعار:

وفي هذا البند يتم توضيح كل صغيرة وكبيرة بخصوص التسعير والذي يتم بناء على ما هو مشار له في المادة 09 من نفس المرسوم، مع توضيح كل التكاليف والضرائب وبالتفصيل. إلى جانب العديد من البنود التي توضح شروط التسديد والفوائد المنتظر دفعها جراء التأخير، وفي بند آخر يؤكد تماما أن الأسعار ثابتة غير قابلة للتحيين أو المراجعة متى ما تم توقيع هذا العقد، أيضا بند خاص بتوضيح العقوبات المقررة عند الاخلال... الخ.

ثم يتم توقيع هذا العقد من قبل المتعامل المتعاقد مع ذكره اسمه وصفته وبالطبع مع استعمال ختمه، لتوقعه أيضا المصلحة المتعاقدة ويذكر مكان وتاريخ تحريره وتوقيعه.

3- ملاحق خاصة بدفتر التعليمات الخاصة:

يرفق الدفتر المشار له أعلاه أيضا ببعض الوثائق والتي ذكرتها المادة 09 أعلاه وهي¹:

- دفتر التعليمات التقنية المشتركة (دفتر المواصفات التقنية).
- تحليل خاص بالسعر الإجمالي والجزافي متى ما تم دفع المستحقات بناء على السع راإجمالي والجزافي.
- جدول الأسعار بالوحدة وتفصيل كمي وتقديري متى ما دُفِعَت المستحقات على أساس أسعار الوحدة.
- الكيفية التي تم بها حساب قيمة التسديد من خلال الوثائق التبريرية المقدمة من طرف المقاول متى ما دُفِعَت المستحقات بناء على نفقات المرافقة...

¹ المادة 09 من المرسوم التنفيذي 21-219.

ثانياً - مضمون عقد الأشغال العامة هو العقار:

قد سبق لنا وأن أشرنا إلى أنه لا يمكن إعتبار أي عقد عقداً للأشغال العامة إلا إذا تعلق الأمر بالعقار، وهذا ما يؤدي بنا إلى نتيجة مؤكدة وهي أنه إن كان محل هذا العقد منقول وحتى لو كان هذا المنقول ملكاً لشخص عام ويهدف لتحقيق منفعة عامة فإنه لا يمكن إعتباره عقداً للأشغال العامة¹، وعلى هذا الأساس ذهب الدكتور "سليمان محمد الطماوي" إلى إستبعاد العقود التي يكون محلها بناء سفن أو حظيرة متحركة للطائرات من دائرة عقود الأشغال العامة². وعليه لا يهم إن كان العقار محل عقد الأشغال العامة عقاراً بطبيعته وعلى سبيل المثال تعلن السلطات العمومية أنها ستتك العزلة عن بعض المناطق المأهولة بالسكان والتي لا ترقى الخدمات فيها لتطلعات أولئك السكان ولا تشبع حاجاتهم، وبالتالي تعمل على بناء سكنات على الأراضي المجاورة للمنطقة، أو تبني بها مدارس ومستشفى، أو تستحدث بها شبكة طرق تسهل الحركة... الخ³، أو أن يكون عقاراً بالتخصيص كأن يتم نقل خزان مائي لري أراضي زراعية متى ما حلت موجة ندرة مياه بالمنطقة... الخ⁴.

إلى جانب ما أوردناه فإن مجلس الدولة الفرنسي إعتبر عقد طلب المعاونة⁵ من ضمن عقود الأشغال العامة، وإستند في قراره هذا إلى أن هذا العقد هو الآخر يحتوي على جميع العناصر المكونة لعقد الأشغال العامة⁶

¹ محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص 35.

² سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 109.

³ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر، دار جسور للنشر والتوزيع، المحمدية (الجزائر)، 2011، ص 38.

⁴ بكر عبد الفتاح السرحان، مرجع سابق، ص 283.

⁵ **عقد طلب المعاونة**: هو عقد يتم بين الإدارة وشخص يطلق عليه المتعهد (سواء كان شخص طبيعى أو معنوي)، حيث يتعهد بموجبه هذا الأخير بأن يورد للإدارة منقولات تلزمها مقابل ثمن معين محدد في العقد، والتوريد قد يكون دفعة واحدة، كما قد يتم توريد تلك المنقولات على مدة فترة زمنية طويلة.

حمدي القبيلات، القانون الإداري: القرارات الإدارية، العقود الإدارية، الأحوال العامة، الوظيفة العامة، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 111.

Sarait Badaoui, Op, Cit, P 18.⁶

ثالثاً- الهدف من وراء عقد الأشغال العامة هو تحقيق النفع العام:

جاء على لسان الدكتورة "مروة هيام" أنه ولإعتبار العقد عقداً للأشغال العامة لا بد من أن يكون الهدف من وراء إبرامه تحقيق النفع العام، وقد إهتم العديد من الفقهاء بفكرة النفع العام في عقود الأشغال العامة، نذكر من بينهم:

- الدكتور "Antoine Gaspard Bellin" لم يعرف فكرة النفع العام، وإنما إكتفى فقط بالإشارة إلى أنها المعيار الذي من خلاله يمكن أن تطلق على الأشغال المنجزة مصطلح الأشغال العامة من عدم ذلك¹.

- الفقيه الفرنسي "موريس هوريو Maurice Hauriou" هو الآخر عبر عن فكرة النفع العام بأنها الفيصل في تحديد ما يمكن إعتباره أشغال عامة من عدم ذلك، فإن كانت الأشغال موجهة نحو الإنتفاع الخاص فلا يمكن أن نطلق على تلك الأشغال بأنها أشغال عامة².

- هناك من ربط فكرة النفع العام بالدومين العام³، أي أنه يعتبر العقد عقداً للأشغال العامة إن تمت تلك الأشغال على عقار يدخل في نطاق الدومين العام، خاصة وأن عقارات الدومين العام موجهة لتحقيق النفع العام، ولكن إن تعلقت الأشغال بعقار من عقارات الدومين الخاص⁴ هنا لا يمكن اعتبار العقد المبرم عقداً للأشغال العامة، لكن أنت إجتهدات القضاة وخاصة القضاء الفرنسي لاحقاً لتفصل بين إرتباط النفع العام بالمرفق العام بعبارة أخرى استقلال الأشغال العامة عن المرفق العام، وعلى سبيل المثال نذكر أن القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي سنة 1921 في قضية دُورُ العبادة: "إن كانت دار العبادة لم تعد مرفقاً عاماً تماشياً وقانون 1905 الذي يفصل الكنيسة عن الدولة، لتصبح بذلك مرفقاً خاصاً، فإن هذه الدار تبقى تحت مسؤولية

¹ محمد كامل ليلة، "مبادئ القانون الإداري"، مقدمة عامة، التنظيم الإداري، نشاط الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 1968، ص 81.

² محمد كامل ليلة، المرجع نفسه، ص 82/81.

³ نبيلة عبد الحليم كامل، "الوجيز في القانون الإداري"، النشاط الإداري، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، 2007، ص 354. **الدومين العام** هو: "أملك الدولة المخصصة للإستعمال العام والموجهة للنفع العام أياً كان التخصيص سواء للإستعمال المباشر من قبل الجمهور أو لخدمة مرفق عام مثل: الجسور والموانئ والمتنزهات العامة... الخ، وهاته الأملاك تعتبر من الأموال العامة التي تمتلكها الدولة ملكية عام وتتولى إدارتها وتنظيم عملها كمرفق عام".

⁴ نبيلة عبد الحليم كامل، المرجع نفسه، ص 354. **الدومين الخاص** هو: "الأملاك التي تمتلكها الدولة أو إحدى هيئاتها العامة ملكية خاصة بحيث تخضع لأحكام القانون الخاص، وبالتالي يمكن بيعها والتصرف بها بتملكها بالتقادم طويل الأجل من قبل الأفراد".

الأشخاص المكلفين بإقامة كافة الشعائر الدينية، وبالتالي ينجم عن ذلك أن كل الأشغال التي يتم تنفيذها في دار العبادة هذه تكون لحساب شخص عام من أجل غرض ذو منفعة عامة ألا وهي ممارسة الشعائر الدينية، وبالتالي تلك الأشغال تكتسي صفة الأشغال العامة ويترتب على ذلك خضوعها للقانون الإداري وقواعده والقضاء الإداري من جهة أخرى¹.

وفي هذا الاجتهاد نلاحظ اعتبار الأشغال المنجزة على دار العبادة أشغالا عامة وبالتالي العقد المبرم هو عقد أشغال عامة بغض النظر عن أن العقار ليس من الدومين العام إلا أن المجلس وضع في عين الاعتبار تحقق النفع العام.

وفي ختام هذه الجزئية ننوه إلى أن المعمول به في وقتنا الحالي مختلف تمامًا عما جاء به الفقهاء القدامى، فعلى سبيل المثال هناك عقود نقل المنقولات التي تخدم عقار موجه لتحقيق النفع العام، وعلى الرغم من أنها عقود خاصة بالمنقولات إلا أن القانون إعتبرها عقود أشغال عامة بالنظر إلى أنها تساهم في تحقيق الغاية المرجوة من عقود الأشغال العامة ألا وهي تحقيق النفع العام².

رابعاً - تضمن العقد للحد المالي المتفق عليه:

باستقراء نص الفقرة الأولى من المادة 06 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الجزائري³، نجد أن المشرع الجزائري قد وضع عتبة مالية لا يمكن للإدارة أن تبرم عقداً للأشغال العامة إن كان مبلغ الأشغال أقل من 08 ملايين دينار جزائري.

الفرع الثاني

خصائص تتعلق بأطراف العقد

أحد الأمور التي تميز عقد الأشغال العامة هي أن قانون الصفقات العمومية وتفويضات

¹ محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص 181.

² عبد العزيز السيد الجوهري، محاضرات في الأموال العامة، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1987، ص 64.

³ تنص الفقرة الأولى من المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية على "كل عقد أو طلب يساوي مبلغه ثمانية ملايين دينار (8.000.000 دج) أو يقل عنه لخدمات الأشغال أو اللوازم... لا يقتضي وجوباً إبرام صفقة في مفهوم هذا المرسوم."

المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 28 شوال عام 1431 هـ الموافق لـ 07 أكتوبر سنة 2010م، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، عدد 58، المؤرخة في 28 شوال عام 1431 هـ الموافق لـ 07 أكتوبر سنة 2010م

المرفق العام اقتصره على شخص من أشخاص القانون العام مع أحد أشخاص القانون الخاص (طبيعياً كان هذا الشخص أم معنوي)، وفيما يلي بيان لأهم ما يميز أطراف هذا العقد.

أولاً- المصلحة المتعاقدة:

استناداً للتعريفات السابقة لعقد الأشغال العامة فإنه وإلى جانب توفر جميع العناصر الأخرى، حتى يمكننا اعتبار العقد عقداً للأشغال العامة يجب أن تتجزأ تلك الأشغال لحساب شخص معنوي عام، ويستوي في ذلك أن يتعلق الأمر بشخص عام إقليمي كالدولة أو الولاية أو البلدية، أو شخص من أشخاص المرفق كالجامعة ومراكز التكوين المهني والمؤسسات الاستشفائية... الخ، وهو ما نستشفه من نص المادة 04 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري¹، ذلك أن المشرع الجزائري قد حصر صفة المصلحة المتعاقدة في شخص:

- مسؤول الهيئة العمومية

- الوزير

- الوالي

- رئيس المجلس الشعبي البلدي

- المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية

وبالتالي أي صفقة يتم إبرامها من قبل أشخاص غير المذكورين أعلاه أو الإدارة المكلفة من قبل أحدهم لا يمكن إعتبار العقد الناجم عنها عقداً خاصاً بالأشغال العامة. وعن كيفية إبرام الشخص المعنوي العام لعقد الأشغال العامة فإن الممثل القانوني له من يتولى ذلك فعلى سبيل المثال إن تعلق الأمر بعقد أشغال عامة تبرمه البلدية يتكفل رئيس المجلس الشعبي البلدي بذلك، وذلك في المطة الثالثة من نص المادة 82 من القانون رقم 10-11 المتعلق بالبلدية "يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي وتحت رقابة المجلس الشعبي البلدي باسم البلدية، بجميع التصرفات الخاصة بالمحافظة على الأملاك والحقوق المكونة للممتلكات البلدية وإدارتها. ويجب عليه، على وجه الخصوص، القيام بما يأتي:

¹ المادة 04 من المرسوم الرئاسي 247/15.

- إبرام عقود اقتناء الأملاك والمعاملات والصفقات والايجارات وقبول الهبات والوصايا...¹.
ثانيا- المتعامل المتعاقد:

في الجهة المقابلة فإن الطرف الثاني في هذا العقد يصطلح عليه بالمتعامل المتعاقد ويستوي أن يكون شخصا طبيعياً أو معنوي (طبعاً كما أسلفنا الذكر أحد أشخاص القانون الخاص)، وقد عرف الدكتور "حسن محمد عواضة" المتعامل المتعاقد بقوله "هو الجهة التي يكتمل العقد بوجودها، حيث تكمن أهميته في تنفيذه للإلتزامات الواقعة على عاتقه والتي بموجبها تستفيد الإدارة بتحقيق الغاية التي كانت تنشده وبالتالي ينعكس الأمر إيجاباً وذلك بتحقيق النفع العام"² وبهذا يمكن أن يكون المتعامل المتعاقد كما ذكرنا شخصاً طبيعياً مثل المقاول، كما يمكن أيضاً أن يكون شخصاً معنوياً كشركة مقاولات، وقد نصت المادة 37 من المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247³ المتضمن تنظيم الصفقات العمومية على أنه "يمكن المتعامل المتعاقد أن يكون شخصاً أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين يلتزمون بمقتضى الصفقة إما فرادى وإما في إطار تجمع مؤسسات، كما يمكن أن يكون شركة أجنبية، حيث واجب على الشركة الأجنبية وأثناء ملء ممثلها القانوني للتصاريح إدراج رقم D-U-N-S الخاص بها⁴.

وقد نصت على ذلك أيضا المادة 38 من المرسوم الرئاسي المذكور أعلاه "يمكن المصلحة المتعاقدة من أجل تحقيق أهدافها، أن تلجأ بغية تنفيذ خدماتها إلى إبرام صفقات تعقد مع المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري أو المؤسسات الأجنبية، طبقاً لأحكام هذا المرسوم⁵.

¹ المطبة الثالثة من نص المادة 82 القانون رقم 11-10 المؤرخ في 20 رجب عام 1432 هـ الموافق لـ 22 يونيو سنة 2011م، المعدل والمتمم بالأمر رقم 21-13 المؤرخ في 22 محرم عام 1443 هـ الموافق لـ 31 غشت سنة 2021م، المتعلق بقانون البلدية، الجريدة الرسمية، عدد 67.

² حسن محمد عواضة، "المبادئ الأساسية للقانون الإداري"، دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 1997، ص 156.

³ المادة 37 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

⁴ رقم D-U-N-S: هو رقم فريد مكون من تسعة أرقام تم وضعه من قبل شركة Dun & Bradstreet بحيث يستخدم للتحقق من هوية وحالة الكيان القانوني للمؤسسة.

رقم D-U-N-S، موقع Google Ads، الموقع الإلكتروني: <https://support.google.com/google-ads/answer/85961?hl=ar>، تاريخ الاطلاع 2022/04/11، على الساعة: 10:39.

⁵ المادة 38 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

- الحياة على شهادة التخصص والتصنيف المهنيين لتنفيذ الأشغال العامة:

وهو أهم ما يميز المتعامل المتعاقد في هذا النوع من العقود إذ نجد أن المشرع الجزائري إشتراط ضرورة تقديم هذا الشخص ما يؤكد أهليته لمزاولة الأشغال العامة كأن يقدم شهادة التخصص والتصنيف المهنيين في مجال البناء... الخ، وذلك في صريح المادة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 11-110 حيث تنص على "دون الإخلال بالأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، تكون شهادة التخصص والتصنيف المهنيين إجبارية لجميع المؤسسات أو مجموعات المؤسسات التي تعمل في إطار البناء والأشغال العمومية والري والأشغال الغابية لإبرام صفقات مع الدولة والولايات والبلديات والإدارات والمؤسسات والهيئات العمومية¹، وهذا حرصًا من المشرع على أن تنجز تلك الأشغال بكفاءة وهو ما يحقق بطبيعة الحال النفع العام لاحقًا².

المرسوم التنفيذي رقم 11-110 المشار له أعلاه نظم في مواده كيفية الحصول على شهادة التخصص والتصنيف المهنيين بدءًا بتعريفها بأنها "وثيقة تنظيمية واجبٌ على المؤسسة المعنية تقديمها عند كل التزام بأشغال البناء والأشغال العمومية...³، كما تطرق لخطوات طلب الحصول عليها (اطلع على المواد 06 و07 من هذا المرسوم).

المبحث الثاني

الأساس القانوني لإبرام عقد الأشغال العامة

تعتبر الصفقات العمومية أداة استراتيجية فعالة توجه لتحقيق النفع العام، فإستصلاح وإستحداث شبكة الطرقات يخدم المواطن أثناء تنقله كما ينعكس إيجابًا على العجلة الاقتصادية

¹ المادة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 110/11 المؤرخ في 01 ربيع الثاني عام 1432 هـ الموافق لـ 06 مارس سنة 2011م، المتمم للمرسوم التنفيذي رقم 93-289 المؤرخ في 14 جمادى الثانية عام 1414 هـ الموافق لـ 28 نوفمبر سنة 1993م، والذي يوجب على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري أن تكون لها شهادة التخصص والتصنيف المهنيين، الجريدة الرسمية، عدد 15، المؤرخة في 04 ربيع الثاني عام 1432 هـ الموافق لـ 09 مارس سنة 2011م.

² خرشي النوي، "تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية"، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 231.

³ المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 110/11.

للدولة مثل الطريق السيار، وأيضا تطوير مضيق خراطمة - بجاية¹، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه كيف يمكن للجهات المسؤولة النجاح في تحقيق ذلك؟

الإجابة عن هذا السؤال ستكون من خلال هذا المبحث والذي ستمكن من خلاله إلى تسليط الضوء على أولى الإمتيازات التي يمتاز بها عقد الأشغال العامة وذلك من خلال المطلبين المواليين.

المطلب الأول

المناقصة كأصل عام لإبرام عقد الأشغال العامة

وصف المشرع الجزائري المناقصة بالقاعدة العامة عند إبرام الصفقات العمومية كما إصطلح عليها مصطلح "طلب العروض" وذلك في نص المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247 سالف الذكر، حيث تنص على "تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة...²"، فالمشرع لم يكتفي فقط بالنص عليها كقاعدة عامة وإنما ألحقها بعدة نصوص قانونية أخرى تنظمها وتوضح جميع الإجراءات المتبعة خلالها حتى نصل لمرحلة الإبرام، لذا ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، سنتحدث في الفرع الأول عن التعريفات المختلفة للمناقصة، وفي الفرع الثاني عن الأشكال الممكنة للمناقصة، وفي الفرع الثالث سنتحدث عن الإجراءات المتبعة في المناقصة بدءا من الإجراءات التحضيرية إلى إختيار المتعاقد ووصولاً إلى مرحلة إبرام عقد الأشغال العامة.

الفرع الأول

تعريف المناقصة

سنتطرق إلى أهم تعريفات المناقصة، سواء من الناحية اللغوية أو الاصطلاحية على النحو التالي:

أولا- التعريف اللغوي للمناقصة:

ورد تعريف المناقصة في معجم لسان العرب لابن منظور على النحو التالي:

¹ وزارة الأشغال العمومية، ورقة تقنية لعملية تطوير مضيق خراطمة - بجاية (المشروع قيد التنفيذ) الطريق الوطني رقم 09، موقع وزارة الأشغال العمومية الجزائري، الموقع الإلكتروني: <http://www.mtpt.gov.dz/?p=2520>، تاريخ الاطلاع:

2022/04/16، على الساعة: 12:14.

² المادة 39 من المرسوم الرئاسي 247/15.

"لفظة المُنَاقِصَة لَفْظَةٌ جَاءَتْ عَلَى وَزْنِ مُفَاعَلَةٍ وَهِيَ مِنْ صِيغِ الْمُبَالَغَةِ الَّتِي تَفِيدُ التَّكَرَّارَ، وَالْمُنَاقِصَة لَفْظَةٌ مُشْتَقَّةٌ مِنَ الْفِعْلِ الثَّلَاثِيِّ نَقَصَ، فَنَقُولُ نَقَصَ يَنْقِصُ نَقْصًا وَنُقْصَانًا وَنَقِيسَةً وَاسْتَنْقَصَ الشَّيْءَ أَيَّ قَلَّلَ وَحَطَّ مِنْ ثَمَنِهِ، وَلَوْ طَبَقْنَا مَا ذَكَرَ بِمَعْجَمِ لِسَانِ الْعَرَبِ لَوَجَدْنَا الْمُنَاقِصَةَ قَائِمَةً بِذَاتِهَا عَلَى التَّنَافُسِ بَيْنَ مَنْ يَحِطُّ أَوْ يَقِلُّ أَكْثَرَ مِنَ الثَّمَنِ"¹.

ثانياً - التعريف الاصطلاحي للمناقصة:

سنستعرض في بادئ الأمر أهم تعريفات الفقهاء والأساتذة ثم نتطرق لنصوص التشريع الجزائري إن كان قد عرف المناقصة من عدم ذلك، ونخلص في ختامه إلى عرض تعريفنا الخاص للمناقصة.

1- التعريف الفقهي للمناقصة:

عرف الدكتور رفيق يونس المصري المناقصة على النحو التالي "المناقصة هي إحدى الطرق التي يكفلها القانون لغرض تقديم خدمة، حيث تلتزم بموجبها الإدارة بدعوة المتنافسين المناقصين بغية عرض عطاءاتهم أي بعبارة أخرى تقديم عروضهم، وذلك حتى تنتقي العرض الأرخص والمناسب، علماً أن عروض المناقصين متساوية من ناحية الشروط والمواصفات المقترحة"².

وقد عارض هذا التعريف ما جاء به الدكتور سليمان محمد الطماوي والذي يرى أن المناقصة هي "إحدى الطرق القانونية والتي تلتزم بموجبها الإدارة بتوجيه دعوات للمناقصين لتقديم عروضهم أمامها لغرض انتقاء العرض المناسب من الناحية المالية وأيضاً من ناحية الخدمة المطلوب إنجازها..."³

فالدكتور سليمان محمد الطماوي أضاف ضرورة أن تكون الخدمة احترافية ومناسبة إلى جانب كون العرض المالي مناسب للإدارة حتى تتعاقد مع هذا المتعامل، بينما الدكتور رفيق يونس المصري يرى أن ذلك لهو مفاضلة بين المتقدمين للمناقصة فحسبه أن القيام بذلك ينجر

¹ أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، مرجع سابق، باب نَقَصَ، المجلد السابع، ص 100، 101.

² رفيق يونس المصري، "مناقصات العقود الإدارية"، دار المكتبي، دمشق (سوريا)، 1999، ص 09.

³ سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 226.

عنه التلاعب بإرساء المناقصة على غير صاحب الأفضلية من الناحية المالية بدعوى احترافية الخدمة التي سيقدمها¹.

وكذلك فقد فعل الأستاذ عبد الرزاق السنهوري الذي عرفها على أنها: "مجموعة من الإجراءات التي تلتزم بموجبها الإدارة باختيار أفضل العروض المقدمة لها من قبل المناقصين من ناحية الشروط، وأقل تلك العروض سعراً بغية إنجاز الأعمال المطلوبة"².

وفي ختام هاته التعريفات خرجنا بنتيجة مفادها أن فريقاً من الفقهاء إعتدوا على معيار السعر الأقل رغم أن الدكتور أنس جعفر قد أكد أن هذا المعيار قد تغير ابتداء من سنة 1942³ مع تغير نظام الصفقات العامة، بينما الفريق الآخر يرى بضرورة الجمع بين السعر الأقل وجودة الخدمة التي ستقدم من قبل المناقصين.

2- التعريف التشريعي للمناقصة:

كما سبق لنا وأشارنا فإن المشرع عبر عن المناقصة بمصطلح "طلب العروض" وقد عرفها في الفقرة الأولى من المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247 سالف الذكر على النحو التالي "طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعدد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استناداً إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء..."⁴.

المشرع الجزائري لم يتماشى مع من جعل المناقصة مقترنة بمبدأ الإرساء، أي المبدأ المعمول به في المناقصة، وإنما ترك الباب مفتوحاً أمام الإدارة لتقرر كيفية إختيار المتعامل من خلال المناقصة، ويظهر ذلك جلياً في عبارة "مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعدد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استناداً إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء"، فهل يعني ذلك أن الإدارة ملزمة بتحقيق التوازن بين المصلحة المالية باختيار العرض ذو السعر الأقل، والمصلحة الفنية والتقنية من خلال اختيار العرض الذي

¹ إبراهيم محمد شاشو، "أحكام المناقصة في الفقه الإسلامي"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد الرابع، جامعة دمشق، كلية الشريعة، دمشق، سوريا، 2011، ص 442.

² عبد الرزاق السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني المصري"، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان)، 1998، ص 226.

³ أشرف أنس جعفر، المرجع السابق، ص 100.

⁴ المادة 40، الفقرة الأولى / من المرسوم الرئاسي 247/15.

سيقدم خدمات أكفأ؟ ورغم أنه وإن كان حقاً هذا المقصود من عبارة "أحسن عرض" إلا أن هذا الأمر صعب تحقيقه في الواقع لأن الإدارة متى ما اختارت العرض الأقل سعراً ستكون جودة الخدمة المقدمة بسيطة، أما إن غلبت كفة جودة الخدمة الجيدة فإن السعر سيكون أعلى. وكإجتهاد منا ارتأينا أن نقدم تعريفاً الخاص للمناقصة حيث نرى "أنها إجراء قانوني يلزم الإدارة على توجيه دعوة للعديد من المناقصين أيًا كانوا مقاولين أو ممثلين لمؤسسات مقاولات بغية التقدم بعروضهم، حيث تنتقي الإدارة العرض الأفضل من ناحيتين: الأولى وهي انتقاء المتعامل ذو السعر الأقل، والثانية شريطة أن يستوفي ذلك المتعامل الشروط الفنية والتقنية التي تضمن تقديمه لخدمة ذات جودة جيدة فيما يخص إنجاز الأشغال العامة".

الفرع الثاني

أشكال المناقصة

حدد المشرع الجزائري الأشكال التي قد تتخذها المناقصة (طلب العروض) في المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وذلك في المادة 42 والتي تنص على: "يمكن أن يكون طلب العروض وطنياً أو دولياً، ويمكن أن يتم حسب أحد الأشكال الآتية:

- طلب العروض المفتوح،
- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا،
- طلب العروض المحدود،
- المسابقة".¹

وقبل التعرض بالشرح لهذه الأشكال المختلفة من المناقصة (طلب العروض) لا بأس من التطرق إلى الفرق بين المناقصة الوطنية والمناقصة الدولية، حيث يقصد بالمنقصة الوطنية تلك: "المناقصة المعلن عنها بداخل الجزائر وتخص فقط أصحاب العروض الجزائريين، مثل المناقصة التي أطلقتها غرفة التجارة والصناعة الجزائرية والتي تخص أشغال إصلاح وتمتين

¹ المادة 42 من المرسوم الرئاسي 247/15.

وترميم القصر القنصلي¹، أما المناقصة الدولية فهي تلك "المناقصة التي تلجأ فيها الإدارة للبحث عن متعاملين خارج حدود الجزائر متى ما كانت الصفقات المراد عقدها وإنجاز الأشغال محلها ذات أهمية هذا من جهة، ومن جهة أخرى متى إتضح للإدارة عدم أهلية المتعاملين الجزائريين أو عدم وجود أهل الاختصاص من ضمنهم"، وعليه فإن الأشكال التي ذكرها المشرع للمناقصة (طلب العروض) كالتالي:

أولاً- المناقصة المفتوحة (طلب العروض المفتوح):

عرفها المشرع الجزائري من خلال نص المادة 43 من المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247 سالف الذكر كالتالي "طلب العروض المفتوح هو إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهداً"²، وهذا الشكل للمناقصة ليس حكراً فقط على المتعاملين الوطنيين، وإنما يمكن الأجانب المؤهلين للمشاركة فيها، بحيث لا يشترط للمشاركة فيها توفر مؤهلات معينة، بعبارة أدق أن الجميع سواسية في الترشح للفوز بالصفقة³.

وعليه فإن المصلحة المتعاقدة تلجأ لهذا الأسلوب أي المناقصة المفتوحة (طلب العروض المفتوح) متى ما كانت الأشغال العامة المراد إنجازها لا تحتاج لخبرة مهنية وفنية كما في حالة مشاريع الدهان وعقود النقل... الخ، لكن هذا لا يعني أن المصلحة المتعاقدة لن تفرض سلطتها الرقابية على سيرورة العمل، فالمصلحة المتعاقدة هنا متى ما تبين لها أن المتعامل المتعاقد غير كفؤ في أداء المطلوب منه إنجاز أو يتهاون... الخ جاز لها إستبعاده من المنافسة وبالتالي يليه من يستحق ذلك⁴.

ثانياً- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا:

يمكن الاصطلاح عليه أيضا بالمناقصة المفتوحة مع اشتراط قدرات دنيا، وهذا النوع من

¹ الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة، إعلان عن مناقصة وطنية محدودة تخص أشغال إصلاح وتمتين وترميم القصر

القنصلي، موقع الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة، الموقع الإلكتروني: <https://www.caci.dz/ar/Archives->

Evenement/Pages/Avis-d%27appel-d%27offres-national-restreint-.aspx، تاريخ الاطلاع:

2022/04/17، على الساعة: 11:59.

² المادة 43 من المرسوم الرئاسي 247/15.

³ نصر الشريف عبد الحميد، "العقود الإدارية في التشريع الجزائري"، مذكرة تخرج من المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 12،

الجزائر، سنة المناقشة: 2004 - 2005، ص 22.

⁴ فارس خنوش، "النظام القانوني لصفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري"، مذكرة تخرج من المدرسة

العليا للقضاء، الدفعة 04، الجزائر، سنة المناقشة: 2006 - 2007، ص 10.

المناقصة تم إستحداثه بموجب المادة 42 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 أعلاه، ويجدر الذكر أنه لم يكن موجود في المراسيم الرئاسية السابقة، وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 44 على النحو التالي "طلب العروض المفتوح مع إشتراط قدرات دنيا هو إجراء يسمح فيه لكل المرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا قبل إطلاق الإجراء، بتقديم تعهد، ولا يتم انتقاء قبلي للمرشحين من طرف المصلحة المتعاقدة. تخص الشروط المؤهلة القدرات التقنية والمالية والمهنية الضرورية لتنفيذ الصفقة، وتكون متناسبة مع طبيعة وتعقيد وأهمية المشروع"¹

ثالثا- المناقصة المحدودة (طلب العروض المحدود):

أوضح المشرع الجزائري تماما المقصود بالمناقصة المحدودة إلى جانب الشروط الواجب اتباعها حتى يتم قبول المتنافسين، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247 على أن "طلب العروض المحدود هو إجراء لاستشارة انتقائية، يكون المرشحون الذين تم انتقاؤهم الأولي من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد"². ويظهر جليا أن هذا النوع من طلب العروض أو المناقصة معاكس تماما للمناقصات المفتوحة، إذ لا يسمح لأي متنافس بالدخول إلى صراع الحصول على الصفقة، وإنما قيد ذلك بعيد من الإجراءات أولها عملية البحث في خلفيات المترشحين بغية الانتقاء الأولي من ضمنهم، كل هذا يتم بحسب القانون³، وتنفذ المصلحة المتعاقدة الانتقاء الأولي لاختيار المرشحين لإجراء المنافسة عندما يتعلق الأمر بالدراسات أو بالعمليات المعقدة أو ذات الأهمية الخاصة⁴.

وبعد أن يتم التأكد من أن المترشحين ذوي خبرة 10 سنوات في الميدان على سبيل المثال أو ممن يشهد لهم بالإمكانات اللازمة لإنجاز الأشغال العامة محل المناقصة المحدودة (طلب العروض المحدود)...الخ⁵، هنا يتم دعوة المترشحين، وحدد المشرع عدد المدعويين بخمسة

¹ المادة 44 من المرسوم الرئاسي 247/15.

² المادة 45 ، الفقرة الأولى ، من المرسوم الرئاسي 247/15.

³ عمار عوابدي، ديوس في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر،، دون سنة نشر، ص 260.

⁴ المادة 45 ، الفقرة الثالثة ، من المرسوم الرئاسي 247/15.

⁵ محمود عاطف البناء، العقود الإدارية: دراسة تأصيلية وتحليلية، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، مصر، 2008، ص

متعهدين بحسب الفقرة الثانية من نص المادة المشار له أعلاه "يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحدد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمرشحين الذين ستم دعوتهم لتقديم تعهد، بعد انتقاء أولي، بخمسة (05) منهم"¹.

رابعاً - المسابقة:

تعتبر المسابقة أحد أشكال المناقصة أو طلب العروض التي يتم اللجوء إليها بناء على إعتبرات فنية وجمالية بغية الحصول على أحسن العروض من رجال الفن والإبداع، وقد نظمها المشرع ونظم أحكامها في المادة 47 من المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247، حيث عرفها في الفقرة الأولى بقوله "المسابقة هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة لإختيار، بعد رأي لجنة التحكيم المذكورة في المادة 48 أدناه، مخطط أو مشروع مصمم إستجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع، قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو إقتصادية أو جمالية فنية خاصة، قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمسابقة"²، ورغم أنها يعتد فيها بالفن إلا أنها تنطبق عليها شروط المناقصة المتمثلة في تقديم السعر الأقل وضمان إنجاز للأشغال بإحترافية، إعمالاً للفقرة الثانية من نص المادة 47 المشار لها أعلاه والتي تنص على "وتمنح الصفقة بعد المفاوضات للفائز بالمسابقة الذي قدم أحسن عرض من الناحية الإقتصادية"³.

وحتى يبرم العقد الناجم عن المسابقة قيد المشرع ذلك بمجموعة من الشروط المذكورة في

الفقرة الرابعة من نص المادة 47 سالف الذكر نذكر منها:

- ضرورة تجاوز مبلغ الصفقة الحد المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 13 والمتمثل في 12.000.000 دج... الخ⁴.

ومتى ما تمت دعوة المرشحين الذين جرى إنتقاؤهم الأولي عليهم بتقديم أظرفة العرض التقني والخدمات والعرض المالي وذلك بحسب الفقرة الرابعة من نص المادة 48 من المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247 سالف الذكر⁵، وبإستقراء المادة 67 من هذا المرسوم نجد أنها حددت متضمنات العرضين التقني والمالي على النحو التالي:

¹ المادة 45، الفقرة الثانية، من المرسوم الرئاسي 247/15.

² المادة 47، الفقرة الأولى، من المرسوم الرئاسي 247/15.

³ المادة 47، الفقرة الثانية، من المرسوم الرئاسي 247/15.

⁴ المادة 47، الفقرة الرابعة، من المرسوم الرئاسي 247/15.

⁵ المادة 48، الفقرة الرابعة، من المرسوم الرئاسي 247/15.

- يتضمن العرض التقني ما يأتي:
- تصريح بالاكنتاب،
- كل وثيقة تسمح بتقييم العرض التقني: مذكرة تقنية تبريرية وكل وثيقة مطلوبة تطبيقاً لأحكام المادة 78 من هذا المرسوم،
- كفالة تعهد حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 125 من هذا المرسوم،
- دفتر الشروط يحتوي في آخر صفحته على العبارة "قرئ وقبل" مكتوبة بخط اليد...
- 3- يتضمن العرض المالي ما يأتي:
- رسالة تعهد،
- جدول الأسعار بالوحدة،
- تفصيل كمي وتقديري،
- تحليل السعر الإجمالي والجزافي.
- يمكن المصلحة المتعاقدة حسب موضوع الصفقة ومبلغها أن تطلب الوثائق الآتية:
- التفصيل الفرعي للأسعار بالوحدة،
- التفصيل الوصفي التقديري المفصل¹.

الفرع الثاني

إجراءات المناقصة لإبرام عقود الأشغال العامة

تمر المناقصة (طلب العروض) باعتبارها الأصل في إبرام عقود الأشغال العامة وأياً كان الشكل الذي تتخذه بعدة إجراءات بدءاً من الإجراءات التحضيرية وصولاً إلى المرحلة الأخيرة وهي إرساء الصفقة وإعتمادها ونحن في هذه الجزئية سنتحدث عن كيفية القيام بذلك.

أولاً- المرحلة التحضيرية:

نقصد بالمرحلة التحضيرية تلك الإجراءات التي تتخذها المصلحة المتعاقدة قبل الإعلان عن الصفقة، وذلك لغرض تشجيع المنافسة الشريفة والشفافية المطلقة بين المتنافسين²، وذلك عن طريق:

¹ المادة 67 ، المطبة الثانية والثالثة ، من المرسوم الرئاسي 247/15.

² دريسي مالك، "صفقة إنجاز الأشغال العمومية والمنازعات المثارة بشأنها في التشريع الجزائري"، مذكرة تخرج من المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 17، الجزائر، سنة المناقشة: 2009 - 2010، ص 14.

- 1- الحصول على الأرضية المراد إنجاز المشروع فوقها، وذلك يتم إما بالتراضي بين المصلحة المتعاقدة وصاحب الأرض، أو باتخاذ إجراء نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة.
 - 2- إجراء دراسات جيوتقنية على تلك الأرض لغرض التأكد من أنها صالحة لإنجاز المشروع فوقها من عدم ذلك.
 - 3- إجراء دراسات مدى ملاءمة الأشغال التي ستجرى فوق تلك الأرض وعدم تأثيرها على البيئة المحيطة وخاصة الغطاء النباتي إن ثبت أنها بجانب أراضي زراعية، أو التأثير على سكان تلك المنطقة...الخ.
 - 4- دراسة وضعية شبكة صرف المياه والغاز والكهرباء وصلاحيات تلك المنطقة لإدخال شبكة الهاتف والإنترنت إليها من عدم ذلك.
 - 5- إعداد دفتر الشروط بحيث يتضمن جميع البيانات الملائمة لإعلام المتنافسين لاحقاً بالشروط العامة للصفقة والحرص على ضرورة مطابقة الأشغال المراد إنجازها ومواصفاتها التقنية، وأيضاً ضرورة مطابقة مخططات تنفيذ الصفقة مع المعايير المتعارف عليها دولياً، ويوضح هذا الدفتر أيضاً ما للأطراف المتعاقدة من حقوق وما عليهم من التزامات...الخ¹.
- وباستقراءنا لنص المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، نجد أن المشرع الجزائري قد بين مضمون دفاتر الشروط كالتالي:
- "توضح دفاتر الشروط المحينة دورياً الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات العمومية، وهي تشمل على الخصوص ما يأتي:
- دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال واللوازم والدراسات والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي،
 - دفاتر التعليمات المشتركة التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات العمومية المتعلقة بنوع واحد من الأشغال أو اللوازم أو الدراسات أو الخدمات، الموافق عليها بقرار من الوزير المعني،
 - دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة عمومية².

¹ إدرسي مالك ، الرجوع السابق ، 15/14.

المادة 26 ، من المرسوم الرئاسي 247²/15 .

ثانياً - مرحلة الإعلان عن المناقصة:

ما يجدر بنا ذكره أن الإعلان عن المناقصة (طلب العروض) ليس بمختلف عن الإعلانات الأخرى المتعلقة بالمسابقات والامتحانات ونحوها، فجميع الإعلانات توجه إلى فئة معينة فقط وبحسب شروط معينة ينظمها القانون المخصص لذلك، وفي حالتنا فإن المناقصة (طلب العروض) يتم الإعلان عنها عن طريق الإشهار وتوجه إلى فئة المقاولين والحرفيين... الخ، وقد أكدت المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ما تفضلنا به فيما يخص الإشهار حيث تنص على أن "يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزامياً في الحالات الآتية:

- طلب العروض المفتوح،

- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا،

- طلب العروض المحدود،

- المسابقة...¹.

ونظراً للأهمية التي تمثلها هذه المرحلة أي مرحلة إعلان الصفقة، فقد حدد المشرع في

المادة 62 من نفس المرسوم أعلاه البيانات الواجب على المصلحة المتعاقدة الحرص على أن تتوفر في إشهارها، وكل هذا حتى يسهل على المعنيين بالصفقات العمومية التزود بكل المعلومات اللازمة من أجل الاستعداد للتنافس عليها، حيث تنص المادة 62 على أنه "يجب أن يحتوي إعلان طلب العروض على البيانات الإلزامية الآتية:

- تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي،

- كيفية طلب العروض،

- شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي،

- موضوع العملية،

- قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة،

- مدة تحضير العروض ومكان إيداع العروض،

- مدة صلاحية العروض،

- إلزامية كفالة التعهد إذا اقتضى الأمر،

¹ المادة 61 ، من المرسوم الرئاسي 247/15.

- تقديم العروض في ظرف مغلق بإحكام، تكتب عليه عبارة "لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض" ومراجع طلب العروض،
- ثمن الوثائق عند الاقتضاء¹.

إلى جانب أن المشرع ألزم المصلحة المتعاقدة بضرورة تحرير هذا الإعلان بلغتين: الأولى وهي اللغة الرسمية للجزائر أي العربية والثانية للغة الأجنبية ولم يحدد إن كانت الفرنسية أو الإنجليزية وإنما ترك أمر ذلك لتقدير المصلحة المتعاقدة، ومتى تم ذلك فإن المصلحة المتعاقدة ملزمة بصفة إجبارية على نشره في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، ومرتين على الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين، موزعتين على جميع أنحاء الجزائر²؛ المشرع لم يهمل كذلك حالة المناقصات (طلبات العروض) التي تقوم بها الولاية أو البلدية... الخ، ونص في الفقرة الثالثة من المادة 65 على كيفية إشهارها: "...أن تكون محل إشهار محلي حسب الكيفيات الآتية:

* نشر إعلان طلب العروض في يوميتين محليتين أو جهويتين، و

* إلصاق إعلان طلب العروض بالمقرات المعنية:

- للولاية،

- لكافة بلديات الولاية،

- لغرف التجارة والصناعة، والصناعة التقليدية والحرف، والفلاحة للولاية،

- للمديرية التقنية المعنية في الولاية³.

راعى كذلك المشرع الجزائري الزخم الذي تشهده الإنترنت مؤخرا في الجزائر، وكيف حولت الإنترنت جميع المعاملات التي إستعصت في وقت سابق إلى معاملات سهلة الإنجاز لذا نص على الإعلان بالطريقة الإلكترونية في الفقرة الأولى من نص المادة 204 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247⁴.

¹ المادة 62 ، من المرسوم الرئاسي 247/15.

² قدوج حمامة، "عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري"، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2006، ص 98.

³ المادة 65 ، الفقرة الثالثة ، من المرسوم الرئاسي 247/15.

⁴ المادة 204 ، الفقرة الأولى ، من المرسوم الرئاسي 247/15.

ثالثا - مرحلة إيداع العروض:

باستقراءنا لنص المادة 66 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية¹، نستشف عديد من النقاط تخص هذه المرحلة:

1- أن عروض المتنافسين متى ما تم تقديمها للمصلحة المتعاقدة فإنها تنتج أثرها القانوني وتصبح ملازمة بأصحابها فلا يمكن سحبها أو التعديل على مضامينها إلا إذا كان ذلك بقرار من المصلحة المتعاقدة.

2- أن الآجال المقررة من أجل إيداع هذه العروض يتم تقريرها إستنادا على مدى تعقيد موضوع الصفقة، والمدة التقديرية من أجل وصول تلك العروض للمصلحة المتعاقدة، أما سريان ميعاد تقديم تلك العروض فالمادة أعلاه أكدت أنه يسري ابتداء من تاريخ أول صدور للإعلان الخاص بالمناقصة (طلب العروض) في النشرات السابق ذكرها. باستقراء الفقرة الرابعة من نفس المادة أعلاه نجد أن المشرع راعى كذلك الحالة التي يمكن أن يصادف فيها آخر أجل لإيداع العروض يوم عطلة أو عيد... الخ فكان الحل الأمثل تمديد ذلك الأجل لليوم الذي يلي تلك العطلة.

3- متى ما تم تقديم العرض من قبل المتنافس فإنه يعتبر إيجابا منه موجها للمصلحة المتعاقدة لغرض إبرام العقد محل دراستنا، لذا متى ما اختارته المصلحة المتعاقدة هنا يبرم هذا العقد².

رابعا - مرحلة فتح العروض واختيار المتعامل المتعاقد:

وفي هذه المرحلة سنتطرق إلى إجراءين مهمين:

1- إجراء فحص العروض:

وقد نص المشرع الجزائري على لجنتين تتاط بهما عملية فحص وفرز العروض والعطاءات ولكل لجنة منهما إختصاص محدد.

أ- لجنة فتح الأظرفة:

تقوم بتنشيت صحة تسجيل العروض المقدمة على سجل خاص، ثم تبدأ بإعداد قائمة خاصة للمتعهدين ويتم ترتيبهم من قبلها حسب تاريخ وصول أظرفة عروضهم لدى العنوان المكتوب في نص الإعلان، وبجانب كل هذا تعمل على توضيح المحتوى والمبالغ المقترحة من طرف كل متنافس إلى جانب التخفيضات المحتملة إن وجدت، ومتى ما أنهت هاته الأمورية

¹ المادة 66 ، من المرسوم الرئاسي 247/15.

² بوعمران عادل، "النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية"، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر،

2010، ص 99.

ستبدأ مباشرة في إعداد وصف يكون بشكل مفصل لجميع الوثائق المرفقة للعرض في حال كانت كاملة مثلما هو مطلوب في نص الإعلان أو ناقصة...الخ، ثم تحرر محضراً يتضمن جميع التحفظات المحتملة المقدمة من قبلها (ونعني أعضاء اللجنة) ولا يتم تحرير هذا المحضر إلا أثناء انعقاد جلسة يحضرها أعضاء اللجنة مع توقيعهم بذلك المحضر.

وأثناء فحص العروض وإذا لاحظت أن هناك ملفات أو وثائق ناقصة عما هو مطلوب في الإعلان، فإنها ترسل دعوة بشكل كتابي لصاحب العرض حتى يستكمل عرضه بالوثائق الناقصة خلال 10 أيام، فمتى انقضت هذه المهلة ولم يتقدم صاحب العرض إلى المصلحة المتعاقدة ليكمل عرضه بها هنا يرفض عرضه من قبل اللجنة الثانية أي لجنة تقييم العروض، وتجدر الإشارة إلى أنه إذا ما وصل عرض واحد فقط فإن لجنة فتح الأظرفة تحرر محضراً موقعاً من قبل جميع الأعضاء الحاضرين بعدم جدوى العملية، لأن المشرع يشترط على الأقل 03 عروض كما أشرنا إلى ذلك سابقاً.

بشكل عام فإن جميع العروض التي تخص المناقصة أيًا كان أسلوب المناقصة (طلب العروض) يتم فتح أظرفتها التقنية والمالية من قبل هاته اللجنة في جلسة علنية، مع ضرورة حضور أصحاب تلك العروض، وقد سبق لنا وذكرنا أعلاه أنه تتم دعوتهم لذلك بشأن تاريخ وساعة فتح الأظرفة¹.

وقد عاد المشرع الجزائري لاحقاً وأوضح كيفية القيام بذلك بناء على الأسلوب المتبع في المناقصة (طلب العروض)²

- في حالة الإجراءات المحدودة تفتح ملفات الترشيحات بصورة منفصلة.
- في حالة إجراء طلب العروض المحدود يتم فتح الأظرفة المتعلقة بالعروض التقنية أو العروض التقنية النهائية والعروض المالية على مرحلتين.
- في حالة إجراء المسابقة تفتح الأظرفة المتعلقة بالعروض التقنية والخدمات والعروض المالية على ثلاث مراحل، ولا يتم فتح أظرفة الخدمات في جلسة علنية.
- لا تفتح أظرفة العروض المالية للمساابقة إلا بعد نتيجة تقييم الخدمات من قبل لجنة تحكيم.

¹ المادة 70 ، الفقرة الأولى ، من المرسوم الرئاسي 247/15.

² المادة 70 ، الفقرة الثانية ، والثالثة ، والرابعة ، والخامسة ، والسادسة ، من المرسوم الرئاسي 247/15..

- الأظرفة المالية تعتبر سرية ولازم حمايتها وحماية مضمونها وهنا ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة بضرورة حمايتها بوضعها في مكان مؤمن وتحت مسؤوليتها لغاية فتحها.

ب- لجنة تقييم العروض ومهمتها:

يتم استحداث هذه اللجنة على مستوى كل مصلحة متعاقدة ويتم تعيين أعضائها من قبل مسؤول المصلحة المتعاقدة حسب كفاءتهم لحمل هذه المسؤولية، ولا يجوز الجمع بين عضوية لجنة فتح الأظرفة وعضوية لجنة تقييم العروض فمن الاستحالة أن يشغل شخص واحد كلا المنصبين¹.

ومهمة لجنة تقييم العروض تتمثل فيما يلي²:

- إقصاء التشریحات والعروض غير المطابقة لمحتوى دفتر الشروط المعد من قبل المصلحة المتعاقدة طبقاً لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247.
- إقصاء العروض التي لا تتماشى وموضوع الصفقة.
- تحليل العروض المتبقية على مرحلتين:

ففي المرحلة الأولى تعمل على ترتيب العروض ترتيباً تقنياً، ثم تشرع في إقصاء جميع العروض التي لم تصل للعلامة الدنيا المنصوص عليها في دفتر الشروط المعد مسبقاً من قبل المصلحة المتعاقدة، وفي المرحلة الثانية تقوم بدراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم تأهيلهم بشكل أولي تقنياً، وهنا تراعي العروض الأقل ثمناً وتراعي التخفيضات المحتملة إن تعلق الأمر بالخدمات العادية، أما إن تعلق بالجانب التقني لتلك الخدمات فهنا تختار العرض الأحسن من ناحية المزايا الاقتصادية.

- يمكنها أيضاً مراسلة المصلحة المتعاقدة والاقتراح عليها برفض عرض المتعامل المقبول متى ثبت أنه اكتسب ذلك القبول بسبب هيمنته على السوق... الخ³

- إن اتضح أن العرض المالي المختار منخفض بشكل غير عادي هنا فإن المصلحة المتعاقدة بحد ذاتها لها حق رفضه مع إصدار قرار مغلل بأسباب ذلك الرفض بطبيعة الحال.

المشرع كذلك راعي تفرد كل أسلوب من أساليب المناقصة (طلب العروض) بمزايا خاصة به، وقد عهد للجنة تقييم العروض دراسة العروض في كل أسلوب على النحو التالي:

¹ المادة 160، من المرسوم الرئاسي 247/15.

² المادة 72، من المرسوم الرئاسي 247/15.

³ المادة 72، المطة الخامسة، من المرسوم الرئاسي 247/15.

- في طلب العروض (المناقصة) المحدود يتم انتقاء أحسن العروض من حيث المزايا الاقتصادية كما سبق لنا وأشرنا.

- في حالة المسابقة تقترح اللجنة على المصلحة المتعاقدة قائمة الفائزين من بين المتعهدين، ثم تشرع في دراسة عروضهم المالية لانتقاء العرض الأحسن من ناحية المزايا الاقتصادية... الخ. وفيما يخص العروض التي تم اقضاء أصحابها فإنها ترد لهم دون فتح الأظرفة المالية الخاصة بها.

2- إجراء إرساء العروض واعتمادها:

وهو الإجراء الأهم والمصيري والذي من خلاله يتم اختيار المتعامل المتعاقد وينتهي بإبرام العقد وفي حالتنا إبرام عقد الأشغال العامة، فبعد أن تفحص جميع العروض والعطاءات من قبل اللجان السابقة تتم إحالة الأمر لجهة مختصة بعملية إرساء المناقصة لمن يتقدم بالعرض الأفضل كما سبق وتفضلنا، وباستقراءنا لما جاء به المشرع الجزائري نجد أنه حدد المعايير الواجب أخذها بعين الاعتبار قبل إختيار المتعامل المتعاقد وذلك في صريح المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 خاصة الفقرة الأولى والفقرة الثالثة، والتي تنص على أن "يجب أن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها مرتبطة بموضوع الصفقة وغير تمييزية، مذكورة إجباريا في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة. ويجب أن تستند المصلحة المتعاقدة لاختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية:

1/ إما إلى عدة معايير، من بينها:

- النوعية،

- آجال التنفيذ أو التسليم،

- السعر والكلفة الإجمالية للاقتناء والاستعمال،

- الطابع الجمالي والوظيفي...¹.

"2/ إما إلى معيار السعر وحده، إذا سمح موضوع الصفقة بذلك..."².

وبهذا يكون المشرع قد بين للمصلحة المتعاقدة الشروط الواجب العمل بها، كما أشار أنها

¹ المادة 78 ، الفقرة الأولى ، من المرسوم الرئاسي 247/15.

² المادة 78 ، المطة الثانية ، من المرسوم الرئاسي 247/15.

يمكنها وضع شروط أخرى بدفتر الشروط الخاص بالصفقة، فمتى ما تبين لها وبناءً على نتيجة فتح الأظرفة ودراسة العروض أن العرض الواقع بين يديها هو الأفضل فإنها تختار بناءً عليه المتعامل المتعاقد الذي سيتكفل بإنجاز الأشغال محل الصفقة¹.

بعد ذلك لا يتبقى سوى اعتماد الصفقة وهي مرحلة يتم خلالها مباشرة إجراءات التعاقد حتى يصبح الأمر رسمياً، فعلى عكس المنح المؤقت فإننا هنا وحتى نعتبر الصفقة قد تم اعتمادها يجب أن توافق عليها جهات محددة بموجب نصوص القانون، حيث تنص المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 سابق الذكر على أنه "لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه، حسب الحالة:

- مسؤول الهيئة العمومية،

- الوزير،

- الوالي،

- رئيس المجلس الشعبي البلدي،

يمكن كل سلطة من هذه السلطات أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين، بأي حال بإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية طبقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها²، فمتى تم ذلك هنا نكون أمام عقد كامل الأركان ومستوفي جميع شروطه وتبدأ آثاره بالنسبة

لأطرافه، وبالتالي نخلص في ختام هذه الجزئية أن الصفقة كما أشرنا هي القاعدة الأصل في إبرام عقود الأشغال العامة محل دراستنا.

المطلب الثاني

التراخي كإستثناء لإبرام عقد الأشغال العامة

كما سبق وأشرنا في الجزئية الأولى من هذا المبحث فإن المشرع راعى مدى أهمية العقود التي تبرمها المصلحة المتعاقدة خدمة للنفع العام ومن ضمنها عقد الأشغال العامة محل دراستنا، لذا نص على اللجوء إلى المناقصة حرصاً منه لإختيار المتعامل المتعاقد الأمثل لتحقيق تلك الغاية، ووصف المناقصة بالقاعدة العامة والأصل في إنشاء هكذا عقود، ولكن لم

¹ عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 126.

² المادة 04 ، من المرسوم الرئاسي 247/15..

يغفل عن احتمالية ورود حالات تستعصي فيها إبرام تلك العقود عن طريق المناقصة لذا نص على التراضي كحل استثنائي، ونحن ومن خلال هذا المطلب سنتطرق لتعريف التراضي في الفرع الأول، وأيضا نفصل في حالات التعاقد عن طريقه مع محاولة التطرق للإجراءات إن نص عليها المشرع في الفرع الثاني.

الفرع الأول

تعريف التراضي

قبل الخوض في أهم ما يميز التراضي ويجعل منه الحل الإستثنائي أمام المصلحة المتعاقدة لإبرام عقد الأشغال العامة، إرتأينا استعراض أهم التعريفات والأشكال التي تخص التراضي.

أولاً- التعريف اللغوي للتراضي:

ومن خلال هذه الجزئية سنسلط الضوء على تعريف التراضي من الناحية اللغوية عن طريق التمهيص فيما جاء في معاجم أهل اللغة وأعلامها، حيث ورد تعريف لفظة التراضي في معجم لسان العرب لابن منظور على النحو التالي:

"لفظة مشتقة من الفعل الثلاثي رَضِيَ، فنقول رَضِيَ رِضًا وَرِضًا وَرِضًا وَرِضًا وَرِضًا وَرِضًا، وتقول الأعراب هُوَ رَاضٍ مِنْ قَوْمٍ رُضَاةٍ وَرَضِيٍّ مِنْ قَوْمٍ أَرْضِيَاءَ وَرُضَاةٍ، وَالرِّضَا مِنَ الْقُبُولِ"¹، وعليه فالتراضي هو قبول جميع الأطراف.

بينما ورد تعريف لفظة التراضي بشكل أوضح في المعجم الوسيط على النحو التالي: "هي لفظة مشتقة من الفعل الثلاثي رَضِيَ، فنقول رَضِيَهُ وَبِهِ وَعَنْهُ وَعَلَيْهِ رِضًا وَرِضَاءً وَرِضْوَانًا وَمَرَضَاةً أي اختياره والقبول به، ووردت في قوله عز وجل: ﴿وَأَتَمَّمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمْ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾². ويقول ابن كثير في تفسيره للآية الكريمة: "أن الله عز وجل ورسوله الكريم اختاروا لنا دين الإسلام لما له من عظمة وأننا به نعلوا شأنًا، لذا واجب علينا نحن معشر المسلمين أن نرضى به ونقبل به باعتزاز..."³.

¹ أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، المرجع السابق، باب رضي، المجلد الرابع عشر، ص 323.

² سورة المائدة، الآية 03.

³ أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، "تفسير القرآن العظيم": سورة المائدة، الآية 03، تحقيق: سامي بن محمد السلامة، المجلد الثالث، الطبعة الثانية، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1999، ص 26.

والتراضي في المعجم الوسيط من قولنا: تَرَضِيًا بمعنى توافقا وعليه فالتراضي هو التوافق والموافقة ونحوهما¹.

ثانيا - التعريف الاصطلاحي للتراضي:

ما يجدر بنا ذكره أن التراضي في إبرام الصفقات العامة بشكل عام وعقد الأشغال العامة بشكل خاص يختلف تماما عن ركن الرضا في بقية العقود، فنحن وفي هذه الجزئية سنتحدث عن أسلوب استثنائي تنتهجه المصلحة المتعاقدة لإبرام تلك العقود وليس ركنا كما يظهر للبعض، لذا ارتأينا أن ننوه لهاته النقطة حتى نوضح اللبس الذي قد يعتري هذا المصطلح، وثاني نقطة سنتطرق لها في التعريف الاصطلاحي للتراضي أنه وعلى الرغم من تعدد التعاريف الفقهية للتراضي إلا أنها جميعها تصب في معنى واحد لكن هذا لا يعني ألا نستعرضها.

1- التعريف الفقهي للتراضي:

هناك من عرف التراضي على أنه "هو عبارة عن أسلوب استثنائي خول المشرع المصلحة المتعاقدة اللجوء إليه في حالات يستحيل عليها إبرام الصفقات العمومية عن طريق المناقصة وتلك الحالات غالبا ما تتعلق باحتياجات عاجلة يلزم التعاقد من أجلها، ليعطي المشرع بذلك المصلحة المتعاقدة حرية واسعة في اختيار المتعامل المتعاقد معها دون ضرورة اتباع إجراءات معينة"².

بينما هناك من عبر عن التراضي بأنه "الحل الاستثنائي أمام المصلحة المتعاقدة متى ما دعت الضرورة لذلك، إذ يحررها من قيد الإجراءات التي قد تأخذ وقت أطول لا يخدم المشروع ومن خلاله تتاح للمصلحة المتعاقدة حرية أكبر لاختيار المتعامل المتعاقد لإنجاز الأشغال محل العقد"³.

ومن يطلع على هذين التعريفين يتضح له جليا أنهما متشابهان ويدلان على نفس المعنى والأمر سيان فيما يخص بقية التعريفات لذا إختارنا فقط هذين التعريفين تجنبًا للحشو.

2- التعريف التشريعي للتراضي:

¹ إبراهيم أنيس، عبد الحليم منتصر وآخرون، مرجع سابق، باب الرأء، ص 351.

² جابر جاد نصار، "العقود الإدارية"، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة (مصر)، 2005، ص 214.

³ لباد ناصر، "الوجيز في القانون الإداري"، دار المجد للنشر والتوزيع، سطيف (الجزائر)، 2010، ص 464.

بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، نجد أن المشرع ومن خلال الفقرة الأولى من نص المادة 41 قد عرف التراضي على النحو التالي "التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة. ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة. وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملزمة¹.

الفرع الثاني

حالات وإجراءات التراضي لإبرام عقد الأشغال العامة

باستقراء الفقرة الأولى من نص المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 سابقة الذكر، يتضح لنا أن المشرع قد حدد لنا أنواع التراضي والمتمثلة في التراضي البسيط، والتراضي بعد الاستشارة.

أولاً- التراضي البسيط:

لفتت انتباهنا عبارة للدكتورة جدي وفاء والتي تقول فيها: "إذا كان التراضي هو استثناء لإبرام الصفقات العمومية (وعقد الأشغال العامة محل دراستنا من ضمنها)، فإن التراضي البسيط يعتبر استثناء عن الاستثناء"². فتبادر لذهننا ما الذي يميز التراضي البسيط عن التراضي بعد الاستشارة حتى اعتبرته الدكتورة بمثابة استثناء عن الاستثناء؟

كما هو واضح من نص المادة أعلاه فإن التراضي أيا كان شكله يجعل المصلحة المتعاقدة تستبعد مبدأ التنافس المعتمد عليه في المناقصة، إذ تلجأ عوضاً عنه للاختيار المباشر للمتعاقد، وذلك بعد التفاوض معه حول الأسعار ومواعيد التنفيذ وكافة الضمانات... الخ، وأيضاً بعد أخذها في عين الاعتبار مدى جاهزيته ومؤهلاته³.

1- حالات التراضي البسيط:

باستقراءنا لنص المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247 المعدل والمتمم لقانون

¹ المادة 41 ، الفقرة الأولى ، من المرسوم الرئاسي 247/15.

² وفاء جدي، "أسلوب التراضي في إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري"، مجلة التراث، العدد 21، جامعة زيان

عاشور، الجلفة (الجزائر)، دون سنة نشر، ص 65.

³ Bennadji Chérif, Les marchés publics et la corruption en Algérie, Revue d'étude et de critique social, N0 25, Alger, 2008, P 140, 141..

تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام نجد أن المشرع الجزائري حدد التراضي البسيط بالحالات التالية:

أ- الحالة التي يشغل فيها المتعامل المتعاقد صفة المحتكر الوحيد:

ويقصد بالاحتكار: "ذلك الفعل الذي يؤدي بصاحبه إلى السيطرة والنفوذ والافراد بسوق سلعة أو خدمة، مما يلغي المنافسة داخل السوق ويجبر المتنافسين على إخلائه لمن طالت يده تلك السلع أو الخدمات"¹.

وفي حالتنا فإن الاحتكار ليس بشيء سيء وإنما يعتبر ميزة تخول صاحبها أفضلية للتعاقد مع المصلحة المتعاقدة متى دعت الضرورة بها للجوء إلى التراضي، كما أن ذلك يعود بالفائدة على المصلحة المتعاقدة من ناحية أنه يجنبها كافة الإجراءات التي تتبعها في حالة المناقصة والتي تأخذ وقتاً أطول تماشياً والإجراءات المقيدة بها من قبل المشرع الجزائري، ولكن هناك شرط أساسي لذلك وهو توفر كافة الشروط في هذا المتعامل المتعاقد حتى تأخذ المصلحة المتعاقدة على محمل الجد وتتفاوض معه من أجل إبرام العقد، وتقديم ما يثبت أنه الشخص الوحيد القادر على إنجاز تلك الأشغال، ومن جهة أخرى فيما يخص معنى الخدمات المعنية بالاعتبارات الثقافية أو الفنية فإن المشرع لم يوضح المقصود بها ولكن ترك أمر تحديدها للقرار المشترك بين وزير الثقافة والوزير المكلف بالمالية.

ب- حالة الاستعجال الملح المعل بخاطر داهم:

في بادئ الأمر نود أن ننوه أن المشرع قيد المصلحة المتعاقدة من خلال المطء الثانية من نص المادة 49 سالفة الذكر بإجراء وهو تقديم تبرير تصرح من خلاله سبب لجوئها للتراضي البسيط، حيث توضح أن هناك خطراً دفع بها للتعاقد بتلك الكيفية، على سبيل المثال: أحد المباني على وشك السقوط وبالتالي هناك خطر على حياة الناس، فلو إتبع المصلحة المتعاقدة الأسلوب الأصلي في التعاقد أي المناقصة والذي يمتاز بكثرة إجراءاته والمدة الزمنية الطويلة لانتهاء منها، هنا فإن الضرر سيقع لا محالة قبل بدء إنجاز أشغال الترميم².
لنخرج بنتيجتين:

¹ عدنان باقي لطيف، "التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية": دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة مصر، 2012، ص 83.

² عبيد مريم، "طرق إبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، رسالة ماجستير، جامعة العربي التبسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تبسة (الجزائر)، سنة المناقشة 2005 - 2006، ص 110، 111.

- الأولى وهي ضرورة كون الخطر محققا لا محتمل الوقوع.
 - الثانية ضرورة تقديم تبرير يتضمن دوافع اللجوء للتعاقد عن طريق التراضي البسيط، وقد قيد المشرع ذلك بألا يكون من الممكن توقع المصلحة المتعاقدة للظروف المسببة لحالات الاستعجال، لأن إمكانية توقع الخطر تفسر إمكانية إتخاذ التدابير الوقائية لمواجهة الخطر الداهم وتأمين الملك المهدد من كل الأخطار، وأيضا ألا يكون السبب هو تسيب ومماطلة القائمين فيها على أداء مسؤوليتهم، وإن حصل ذلك فهو يفسر أن ذلك حدث لدواعي أطماع ومحاباة للتعاقد مع تلك الجهة وتحقيق مصالح شخصية... الخ.

ج- حالة التموين المستعجل ذي الشروط الخاصة:

وهذه الحالة لن يتم اللجوء للتعاقد بناءً عليها إلا لو تعلق الأمر بمجال التموين على سبيل المثال: حصول كارثة طبيعية كالزلازل والفيضانات وهو ما يدخل البلاد في حالة طوارئ ويستوجب الأمر بالمصلحة المتعاقدة اللجوء لكافة الطرق التي تمكنها من إنجاز المطلوب دون الحاجة لأخذ وقت أطول خدمة للمصلحة العامة¹، وهي توفير كافة المواد الأساسية لإجلاء السكان المصابين كالمواد الغذائية، المواد الطبية، مواد البناء لإنجاز سكنات للسكان المنكوبين... الخ.

د- الحالة المتعلقة بمشروع ذي أولوية وذو أهمية وطنية:

لاعتبار المشروع ذي أولوية وأهمية وطنية من عدم ذلك فإن الأمر متروك للسلطة التقديرية للجهة المركزية في العاصمة والتي بدورها تضم مختلف القطاعات المستفيدة من تنفيذ المشروع وبصفة أساسية لرئيس الجمهورية والذي يعتبر رئيساً لها².

إلى جانب أن المشرع الجزائري قيد المصلحة المتعاقدة بمبلغ الصفقة محل التعاقد، والذي يشترط أن يساوي أو يفوق 10 مليار دينار جزائري، ويشترط أيضا الحصول على الموافقة المسبقة لمجلس الوزراء، ولكن إذا كان المبلغ أقل من 10 مليار دينار جزائري هنا لا بد من الحصول على الموافقة المسبقة لمجلس الحكومة وإلا فإن المصلحة المتعاقدة غير مخولة للتعاقد عن طريق التراضي البسيط مع المتعامل المتعاقد.

¹ عبيد مريم ، المرجع نفسه ، ص111.

² محمد صغير بعلي ، المرجع السابق ، ص 34.

هـ- الحالة التي يمنح فيها نص تشريعي أو تنظيمي لمؤسسة عمومية الحق في القيام بمهمة الخدمة العمومية:

عند استقرائنا لنص المطة السادسة قبل التعديل أو يتبادر إلى ذهننا سؤال وهو: تماشيا وأن المشرع لم يبين ما المقصود بالمؤسسة العمومية المنوطة بها مهمة الخدمة العمومية، هل يستوي في ذلك أن تكون تلك المؤسسة ذات طابع إداري أو إقتصادي أو تجاري أو صناعي؟ لكن عاد المشرع وتدارك ذلك في المادة 49 من المرسوم سالف الذكر حيث أوضح أن كلا من المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري فقط من يمكنها ذلك.

و- حالة ترقية الأداة الوطنية العمومية:

وهذه الحالة هي الأخرى أخضع المشرع فيها المصلحة المتعاقدة لشرط:

- الموافقة المسبقة لمجلس الوزراء متى كان مبلغ الصفقة يساوي أو أكثر من 10 مليار دينار جزائري.

- الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إن كان مبلغ الصفقة أقل من 10 مليار دينار جزائري.

وأضافت الدكتورة لميز أمينة على ذلك أن السبب وراء هذه الشروط يكمن في محاولة المشرع حث المصلحة المتعاقدة بالنهوض بوسائل الإنتاج وعصرنتها وهو ما ينعكس إيجابا على رفع مستوى أداء المؤسسات الجزائرية¹.

بعد استعراضنا لجميع حالات التراضي البسيط وجب علينا الآن أن نقف على نقطة مهمة بخصوص الإجراءات الواجب إتباعها، فالأصل أن التراضي كإستثناء للتعاقد يعني المصلحة المتعاقدة من أي إجراء شكلي واجب توفره في طلب العروض ولكن هناك حالة خاصة من ضمن الحالات المذكورة واجب اتباع بعض الإجراءات فيها:

- إجراءات الحالة المتعلقة بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية والحالة المتعلقة بترقية الأداة الوطنية العمومية:

فأثناء عرض الصفقة على قمة مجالس السلطة التنفيذية (مجلس الوزراء، اجتماع الحكومة،

¹ لميز أمينة، "التراضي كأسلوب استثنائي في إبرام الصفقات العمومية على ضوء المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247"، مجلة الحوار الفكري، العدد 15، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس (الجزائر)، 2018، ص 542.

بحسب مبلغ الصفقة)، فإنه يستلزم من الجهات المعنية تحضير الملف بكافة الوثائق والمعطيات وإحالة ذلك الملف عن طريق الوزير المعني للأمانة العامة للحكومة بغية تنسيقه وجدولته، وبعد الموافقة (من قبل مجلس الوزراء، والحكومة) يتم إعداد تقرير مفصل من قبل الوزير المعني بالصفقة¹.

ثانياً - التراضي بعد الاستشارة:

يمكن تعريف التراضي بعد الاستشارة بأنه: "أسلوب تيرم من خلاله المصلحة المتعاقدة صفقاتها بدعوة أشخاص ترى فيهم الصفات اللازمة لإنجاز الأشغال، وذلك بإقامة منافسة بينهم، حيث يتم دعوتهم بواسطة جميع الوسائل المكتوبة ودون حاجة منها لإتباع الإجراءات الشكلية المتبعة في المناقصة"².

المشروع الجزائري نظم الحالات التي تجيز للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة في المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247 سالف الذكر، وبيان تلك الحالات على النحو التالي:

1- حالات التراضي بالاستشارة:

أ- الحالة التي يتم الإعلان فيها عن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية:

حيث تنص المطة الأولى من نص المادة 51 المشار له أعلاه على أن "تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة في الحالات الآتية:
- عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية"³.

وما يميز التراضي بعد الاستشارة أنه يتم فيه استعمال نفس دفتر شروط المناقصات وذلك من باب تخفيف الإجراءات، حتى لا تضطر المصلحة المتعاقدة لإعادة إنجاز دفتر جديد وإحالته من جديد على لجنة الصفقات المعنية للمصادقة عليه... الخ، ولكن إذا تحتم عليها تعديل بعض من أحكامه هنا واجبٌ عليها عرضه على تلك اللجنة⁴، أما فيما يخص كل من كفالة التعهد وكيفية الإبرام فيتم تعديلها مع تعديل البند الخاص بالزامية نشر إعلان المنافسة.

ب- الحالة المتعلقة بصفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة:

¹ لميز أمينة ، المرجع السابق ، ص 551.

² لميز أمينة ، الرجوع نفسه ، ص 545.

³ المادة 51 ، المطة الأولى ، من المرسوم الرئاسي 247/15.

⁴ المادة 52 ، الفقرة الأولى والثانية ، من المرسوم الرئاسي 247/15.

وقد نص عليها المشرع في المطة الثانية من نص المادة 51 سالفه الذكر "في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب عروض. وتحدد خصوصية هذه الصفقات بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو بالطابع السري للخدمات"¹.

وما نستشفه من نص المطة الثانية أن المصلحة المتعاقدة تتحمل عبء إثبات عدم لجوئها إلى طلب العروض، ولا يحصل هذا في الحالات المتعلقة بعقد الأشغال العامة وإنما فقط نجدها في الدراسات واقتناء اللوازم والخدمات.

هناك نقطة مهمة نود أن نشير إليها وهي مدى غموض عبارة "ضعف مستوى المنافسة" فحسب الدكتور عمار بوضياف يمكن أن تؤول إلى معنى واحد وهو عدم جدوى طلب العروض²، لأنه لا يمكن معرفة قوة مستوى المنافسة من ضعفها إلا بعد فتح الأطراف من قبل اللجنة وتقييم العروض، وعليه فسؤالنا موجه للمشرع ما المقصود بهذه العبارة؟ وإن كان معناها مثلما تفضل الدكتور عمار بوضياف فما الداعي لذكر هذه العبارة كسبب مخول للتراضي بعد الاستشارة؟

ج- حالة صفقات الأشغال التابعة بشكل مباشر للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة:

وقد وردت في المطة الثالثة من نص المادة 51 سابقة الذكر³، وهناك نقطتين مهمتين فيما يخص هذه الجزئية، الأولى تم التطرق لها في الفقرة الرابعة من المادة 52 من نفس المرسوم الرئاسي، والتي تطرقت إلى أن قائمة الأشغال يتم تحديدها بموجب مقرر من سلطة الهيئة العمومية السيادية للدولة أو مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني، ولا يتم ذلك إلا بعد أخذ رأي لجنة الصفقات للهيئة العمومية أو اللجنة القطاعية للصفقات⁴.

أما النقطة الثانية فهي تساؤل بدر إلى ذهنا بعد قراءتنا لعبارة "المؤسسات السيادية في الدولة"، فتماشياً وأن مؤسسات الدفاع على سبيل المثال بحكم أنها مؤسسة سيادية غير قادرة على إجراء طلب العروض، هل يمكنها إذن الاكتفاء بالتراضي بعد الاستشارة؟

ورغم أن المشرع قد أوضح في آخر فقرة من نص المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم

¹ المادة 51 ، المطة الثانية ، من المرسوم الرئاسي 247/15.

² عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 234.

³ المادة 51، المطة الثالثة ، من المرسوم الرئاسي 247/15.

⁴ المادة 52 ، الفقرة 04، من المرسوم الرئاسي 247/15.

15 - 247 سابق الذكر أن كفيات تطبيق أحكام هذه المادة يتم بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية¹، فإننا لم نجد أي إجتهد من قبل أساتذتنا يوضح لنا السؤال الذي طرحناه.

د- حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديد:

كما هو متعارف عليه فإنه من واجب المصلحة المتعاقدة أن تلجأ في بادئ الأمر إلى إجراء طلب عروض، وبعدها تختار العارض...الخ، ولكن قد يتم الفسخ بناء على أسباب موضوعية، هنا فإن المشروع محل التعاقد لا يتحمل إجراءات جديدة بسبب طول مدتها وكثرتها...الخ، فما يكون على المصلحة المتعاقدة سوى اللجوء للتراضي بعد الاستشارة كحل بديل.

ه- حالة العمليات المنجزة ضمن استراتيجية التعاون الحكومي والعلاقات الثنائية بين دولتين فيما يخص التمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات:

وهي الحالة الخامسة والأخيرة من الحالات التي تخول المصلحة المتعاقدة إجراء التراضي بعد الاستشارة كحل بديل واستثنائي للتعاقد، كما نجد أن المشرع أيضا خول المصلحة المتعاقدة إمكانية حصر الاستشارة فقط على مؤسسات البلد المعني، كما يمكن أن يحصرها فقط على مؤسسات البلد المقدم للأموال.

2- الإجراءات:

فيما يخص الإجراءات المتبعة في التراضي بعد الاستشارة فقد استندنا على عبارة: "أو شكل التراضي بعد الاستشارة، وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة"²، المأخوذة من نص المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247 سالف الذكر، وعليه لا بد أن تكون مكتوبة دون الإلمام بالوسيلة المتبعة في ذلك، وفيما يخص نطاق الكتابة فقد أوضحت المادة 52 أنها ليست حكرا فقط على المؤسسات المشاركة مسبقا في طلب العروض بحكم أنهم على دراية بمضمون المشروع...الخ، وإنما تعدى الأمر ذلك ليشمل أيضا مؤسسات أخرى تستشيرها المصلحة المتعاقدة وهي مؤسسات غير مشاركة.

كإجراء يخص التراضي بعد الاستشارة تمنح المصلحة المتعاقدة بعضًا من الرخص تتمثل

¹ المادة 51 ، الفقرة الثانية ، من الرئاسي 247/15.

² المادة 41 ، الفقرة الأولى ، من المرسوم الرئاسي 247/15.

في:

- العمل بنفس دفتر الشروط اختصاراً للوقت الذي يمكن بذله إن تم العمل بدفتر جديد، وقد أشرنا أيضاً أثناء شرحنا أنها لو عدلت بند واحد فيه سترجع لاتباع نفس الإجراءات المتبعة وستصطدم بالمشكل الذي كانت تتجنبه وهو إهدار الوقت والإضرار بالمشروع وبالتالي الإضرار بالمصلحة العامة.

- تحرير وتوجيه رسالة الاستشارة على أساس دفتر الشروط المُعد أساساً للتراضي لا لطلب العروض.

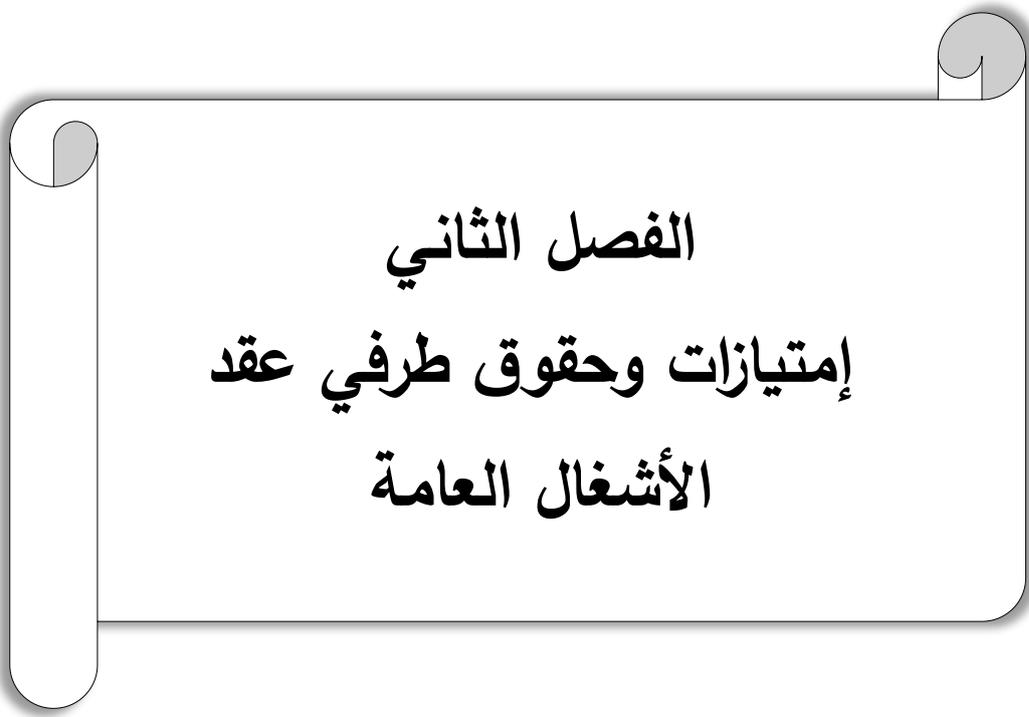
- الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة وهو أحد أهم الإجراءات المتبعة من قبل المصلحة المتعاقدة والتي تركز مبدأ الشفافية في إبرام الصفقات العمومية وعقد الأشغال العامة من ضمنها.

خلاصة الفصل الأول

ختاما لما سبق فإن عقد الأشغال العامة يعتبر عقدا مكتوبا يبرم بين المصلحة المتعاقدة وبين أحد أشخاص القانون الخاص، والهدف من ورائه هو القيام ببناء عقار أو إتمام إنجازه وإلا تقديم خدمات الترميم والإصلاح والتطوير فيه... الخ، كل هذا لغرض واحد وهو خدمة وتحقيق النفع العام، وهذا العقد يمتاز بمجموعة من الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود الأخرى ويعود فضل تسليط الضوء لها لرجال الفقه الفرنسي والذين ذهبوا أنه وحتى يعتبر العقد عقدا للأشغال العامة يجب أن يكون موجها لخدمة النفع العام، ويتم بين أحد أشخاص القانون العام المتمثل في المصلحة المتعاقدة (يتم لحسابه) مع أحد أشخاص القانون الخاص والذي يطلق عليه بالمتعامل المتعاقد، والأهم أن يكون محل الأشغال هو العقار ولا يهم إن كان عقارا بالتخصيص أو عقار بطبيعته، غير هذا إن حدث وإنتقت إحدى هاتيه الشروط فإننا لا نكون بصدد عقد الأشغال العامة.

من الأمور التي تطرقنا لها من خلال هذا الفصل أيضا نذكر أن إنعقاد هذا العقد لا يكون بشكل عادي كما هو الحال في العقود الأخرى كعقد الزواج والبيع ونحوهما، بل نجد أن المشرع الجزائري قد قيد تلك العملية بأسلوبين، الأسلوب الأول هو المناقصة وهي الأصل في إبرام هذا النوع من العقود، وأثناء إستقرائنا لنصوص القانون الجزائري (قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 15 - 247) وجدنا أن المشرع قد إصطح عليها مصطلح طلب العروض، كما ذكرت مواد هذا القانون أشكال طلب العروض (المناقصة) منها المفتوح ومنها المحدود ومنها المسابقة... الخ، ووضعت شروط وإجراءات واجب اتباعها حتى ينجح المرشح بالظفر بالصفقة وبالتالي يصل لمرحلة إبرام العقد مع المصلحة المتعاقدة.

أيضا نص المشرع على أسلوب آخر لإبرام هذا النوع من العقود وجعل منه طريقا إستثنائيا تسلكه المصلحة المتعاقدة متى ما تعذر عليها اللجوء لطلب العروض (المناقصة)، ونعني بالذكر التراضي، والذي يختلف عن طلب العروض من عدة نواحي لعل أهمها هي قلة الإجراءات المتبعة فيه إلى جانب المدة الزمنية القصيرة، عكس طلب العروض الذي يمتاز بكثرة وتشعب إجراءاته إلى جانب المدة الزمنية الطويلة فيه، وهذين الأسلوبين إلى جانب جملة خصائص هذا العقد يمكن القول أنها أولى الإمتيازات التي يمتاز بها عقد الأشغال العامة.



الفصل الثاني
إمّيازات وحقوق طرفي عقد
الأشغال العامة

يتكون عند إبرام الصفقة العمومية حقوق وِلتزامات بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها إذ ينبغي على الطرفين إحترامها ، وتنعم الإدارة أو المصلحة المتعاقدة بإعتبار جيد لمواجهة المتعاقد معها وذلك من أجل تحقيق المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام ، فتحقيق المصلحة العامة أهم من تحقيق المصلحة الفردية الخاصة بالمتعاقد ، بشرط عدم التنازل بالمصلحة الفردية الخاصة به بصفة كلية .

وعليه فالإمّيازات التي تتمتع بها الإدارة هي من الوسائل القانونية التي تستطيع من خلالها أن تقابل وتواجه المتعاقد معها بحيث تراقبه خلال فترة تنفيذ العقد أو الصفقة ، إضافة الى تدخلها في حدود تجاوز الرقابة في ظل عقود القانون الخاص وكان لها أن تعدل كذلك شروط العقد وصولاً إلى سلطتها أثناء تنفيذ الصفقة شاملة في ذلك حقوقها في توقيع الجزاءات سواء مالية أو إدارية ويمكن أن تتعداها الى ذلك لتكون أمام توقيع جزاءات تنهي العقد بصفة نهائية ، وبالتالي فإن عقد الصفقة العمومية يحدث اثر قانوني لأطرافه المتعاقدة بحيث تشمل كل من الإعتراف بالحقوق ومقابل ذلك تحملهم بالإلتزامات وجب عليهم التقيد بها ولقد أخذنا عقد الأشغال العامة كخير مثال كونه لديه مايميزه مقارنة بالأنواع الأخرى من عقود الصفقات العمومية ، وهو محل دراستنا لهذا الفصل كما لايسعنا القول أنه عندما يكمل المتعاقد إلتزاماته المرتبطة بموضوع العقد أصبح من حقه الحصول على المقابل المادي بالطريقة التي يحددها القانون ، فإذا واجهته أثناء تنفيذ الأشغال وقائع وعوامل مرهقة لايمكن معها الإستمرار في تنفيذ الصفقة ، فله الحق بالمطالبة بما يسمى التوازن المالي ، وإذا أصابه أذى من قبل المصلحة المتعاقدة جاز له المطالبة بالتعويض .

ومن هذا الفكر يمكن القول أنه يترتب عن إبرام عقد الأشغال العامة إمّيازات وحقوق ممنوحة لكلا الطرفين والتي سنعرضها في هذا الفصل ، فإكتفينا في المبحث الأول بالحديث عن الإمّيازات وذلك بالنسبة للمصلحة المتعاقدة ، أما المبحث الثاني فقد تطرقنا فيه الى الحقوق التي لدى المتعامل المتعاقد وذلك أثناء تعاقد مع المصلحة المتعاقدة ، كل هذا يكون تحت صقف عقد الأشغال العامة

المبحث الأول

بالنسبة للمصلحة المتعاقدة (الإدارة)

لدى المصلحة المتعاقدة عدة إمّيازات كونها تمثل سلطة عامة تلتزم تحقيق النفع لجميع الأفراد عند إبرام العقد¹، مما يسمح لها بممارسة سلطات وحقوق متعددة تهدف الى حسن سير الأشغال على أكمل وجه ويكون ذلك وفقا للأجال التي خصصتها الإدارة تحقيقا للمصلحة العامة²، كما وتعتبر هذه الإمّيازات من النظام العام، فعدم النص عليها لايعني ان الإدارة لا تتمتع بها أو أنها تنازلت عنها، وتكون بحوزتها كل هذه الصلاحيات الإستثنائية بحكم القانون، أو بحكم مقتضيات المرفق العام³.

كما ويكون لها إستخدام إمّيازاتها الواسعة كل واحدة على حدة، أو مع بعض مالم تكن هنالك عقبات وعراقيل عملية منعت جمعها، ولكن بدون أن تتماهى في إجراء وإستعمال هذه القدرة القانونية إتجاه المتعاقدين معها، لأن ذلك يستدعي مسؤوليتها القانونية ويؤدي بالمتعاملين الى عدم التعاقد معها، فنتعرف بذلك عن هدفها الرئيسي المتمثل في خدمة الصالح العام وتحقيق النفع العام.

ولإحاطة بكل هذه الإمّيازات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة تم تقسيم هذا المبحث إلى

مطلبين:

- المطلب الأول : يتضمن دراسة إمّياز المصلحة المتعاقدة في الإشراف والرقابة على عقود الأشغال العامة وكذا تعديلها.
- المطلب الثاني : تضمن دراسة إمّيازي المصلحة المتعاقدة في إنهاء العقد وتوقيع الجزاء على المتعامل المتعاقدا.

¹ بوعمران عادل، "النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية"، دار الهدى، الجزائر، بدون طبعة، 2010، ص108.

² محمد الصغير بعلي، "العقود الإدارية"، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، بدون طبعة، 2005، ص72.

³ علي خطار شطناوي، "الوجيز في القانون الإداري"، دار وائل، عمان، الطبعة الأولى، 2003، ص 714.

المطلب الأول

إمتمياز الرقابة والإشراف وتعديل عقد الأشغال العامة

تعتبر هاتين السلطتين من أهم الإمتميازات التي منحها المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة المترتبة عن العقد ، فسلطة الرقابة والإشراف هي من بين أثارها ، فهي مأخوذة من الإتصال بالمرفق العام ، وتسمح للإدارة القيام بعملية الإشراف على تنفيذ المتعاقد معها لإلتزاماتها وأوامرها وذلك وفقا للقانون ، وعليه فإن المقاول أو المتعامل الإقتصادي مجبر بإتباع أوامرها وتعليماتها للتصرف ، أما حق تعديل بعض شروط العقد فهو إمتمياز غير مطلق للإدارة يحق لها من خلاله تغيير العقد تغيير كلي أو نوعي أو زمني كلما إقتضت ظروف الأشغال العامة ، فإذا حدثت ظروف غير متوقعة أو بفعل عوامل قاهرة لايستطاع كلا طرفي العقد تحملها و التحكم فيها خلال إبرام عقد الأشغال العامة فللإدارة حق التعديل في العقد بما يجعله موافق للظروف الجديدة لأن الطرفين المتعاقدين لم يتوقعا هذه الظروف ، وهذا يبرز مقدرة الإدارة في تنفيذ سلطة التعديل مما يجعل الوضع منسجما مع الوضع السائد وذلك خدمة للمصلحة العامة للبلاد.

وفيمايلي شرح تفصيلي لهذين الإمتميازين من خلال الفرعين المواليين.

الفرع الأول

إمتمياز الرقابة و الإشراف في تنفيذ عقد الأشغال العامة

للمصلحة المتعاقدة سلطة أو إمتمياز الإشراف والرقابة على تنفيذ عقد الأشغال العامة من قبل المتعاقد معها وتحظى الإدارة بهذه السلطة سواء تم الإعتراف لها في دفتر الشروط أو دون ذلك وتبرز قوتها أكثر في عقد الأشغال العامة وتبدأ الإدارة بسلطة مراقبة وتنفيذ العقد في كونها تبدأ بزيارة أماكن العمل أو بإصدار أوامر للمتعاقد معها تجبره بتحديد كمييات التنفيذ والتعديل، وتأخذ هذه الأوامر شكل القرار الإداري، وقد سمح للمتعامل المتعاقد معها الإعتراض على أفعالها لآكنه لايستطيع أن يحد تنفيذها نظرا للقوة

تمتلكها في التطبيق والتنفيذ ، فعقود الأشغال العامة تتضح سلطة الإدارة فيه خصوصا في الرقابة والإشراف بشكل كبير مقارنة بعقود الصفقات الأخرى وذلك بتغيير ما جاء في العقد ، لأن المصلحة المتعاقدة هي التي تملك التصرف في المشروع ، وعلى المتعامل المتعاقد (المقاول) الإلتزام بتطبيق أوامرها في طريقة إجراء عقد الأشغال العامة .

كما و أن سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف تشبه الى حد كبير سلطة رب العمل في عقود القانون الخاص ، من جهة أنه يراقب أيضا سير الأعمال العائدة اليه ولكن يختلفان في مداها ووسائل القيام بها ، فالرقابة في مجال مقاولات الأشغال العامة أوسع وأكمل من الرقابة على المقاولات الخاصة ، فالإدارة هي المسؤول وفي نفس الوقت موجهة للأعمال الإدارية ، أما المقاول أو المتعامل المتعاقد معها فهو إلا معاوننا في تنفيذ المقولة ، ويتحدد دوره فيها على إتباع أوامر المصلحة المتعاقدة فقط وليس من حقه توجيه الأعمال حتى ولو كان العقد المبرم بينهما يحدد الرقابة بطريقة مفصلة ، فهو يلتزم بالتوجيهات التي تحددها إليه المصلحة المتعاقدة خطوة بخطوة ، فهو يخضع خضوعا كاملا الى أوامر التي الإدارة بحيث تتميز بقوة نفوذها ، أما في مقاولات القانون الخاص فإن للمقاول دور فعال في توجيه الأعمال وله الحق في تنفيذ المقولة بالشكل الذي يراه مناسباً و يعمل من دون أن يحكم خطة للعمل وبدون علم رب العمل على كافة الشؤون الفنية أو التي تتعلق بالجانب المالي ، عكس ما هو عليه في مقاولات الأشغال العامة كما تؤكد المصلحة المتعاقدة على إحترام المقاول مدة الشغل القانونية وإعطاء عماله عطل وأيام راحة¹.

وتكمن الرقابة في عقد الأشغال العامة من خلال أساس الحصول على أحسن وأفضل النتائج من خلال التنفيذ الصحيح وكيفيات التنفيذ والإنتهاء من كل الأشغال في الوقت المناسب إضافة إلى ذلك إعتبار المواد المستعملة في الأشغال والتي تكون ذات جودة عالية تتناسب مع سعر الصفقة ، ويجب أن تمارس الإدارة هذا الإمتياز الذي منحه لها القانون بدون إساءة أو تهديد للمتعامل المتعاقد لكون حدود الرقابة يمنعها من تجاوز سلطاتها الإستثنائية والتي أقرها القانون .

¹ عبد العالي سمير ، "الصفقات العمومية ولتنمية" ، دار الأفاق المغربية ، الرباط ، 2010 ، ص52.

فالقاعدة العامة أن سلطة الإدارة في الإشراف والمراقبة من النظام العام فلا يمكن الإتفاق على مخالفتها كما لا يمكن للمصلحة المتعاقدة التنازل عنها ذلك أنها تمثل أهم مظهر وتطبيق للشرط غير المألوف الذي يميز العقد الإداري عن العقد المدني¹ ، فهذه السلطة هي ثابتة للإدارة حتى ولو لم ينص العقد ، فالمقصود بسلطة الإشراف هو تحقق الإدارة من أن المتعامل المتعاقد معها يقوم بتنفيذ إلتزاماته العقدية على النحو المتفق عليه².

والمقصود بسلطة الرقابة هو حق المصلحة المتعاقدة في التدخل لتنفيذ عقد الأشغال العامة وتوجيه أعمال المتعامل المتعاقد وإختيار طريقة التنفيذ في حدود الشروط وضمن الكيفيات المتفق عليها في العقد ، وتستمد هذه السلطة أساسها في فكرة المرفق العام لا النصوص التعاقدية فهي ثابتة للإدارة حتى ولو لم ينص عليها العقد³.

فإذا كانت الإدارة تلجأ في غالب الأحيان الى الإستعانة بشخص خاص سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا لتنفيذ أشغالها العامة ، فإن ذلك لايعني تخليها عن دورها الأساسي المتمثل في العمل على حق الصالح العام بواسطة تنفيذ خطط التنمية المقررة وفقا للأهداف والبرامج المسطرة وذلك لفرضها الرقابة على نشاط الشخص المساهم (المقاول) في تنفيذ تلك المشاريع ، فالشخص المساهم يبقى هدفه الأساسي تحقيق الربح الخاص الذي يسعى للحصول على أكبر قدر منه ، مما قد يدفعه لإستخدام مواد أقل تكلفة وبالتالي الأسوء من حيث تقديم جودة العمل الموكلة له ، وبالتالي أقل نجاعة وذلك لعدم إهتمامه بالجانب الفني لعقد الأشغال العامة.

لذلك تكون الرقابة على تنفيذ مقاولات الأشغال العامة أكثر من حق بالنسبة للمصلحة المتعاقدة فهي تتعدى الى أن تصبح واجبا عليها⁴ ، وتترجم هذه الرقابة إما في أعمال مادية أو تصرفات قانونية ، وهي تتميز عن رقابة رب العمل في القانون الخاص

¹ محمد الصغير بعلي ، المرجع السابق ، ص 73.

² عمار بوضياف ، ص 200_2001.

³ عمار بوضياف ، المرجع نفسه ، ص 201.

⁴ حمدي علي عمر ، "المسؤولية التعاقدية للإدارة" ، دراسة مقارنة ، المجلة القانونية والإقتصادية ، العدد الثامن

1996 ص 218..

سواء من حيث مفهومها وأساسها القانوني أو من حيث مظاهرها ووسائلها التي تجسدها وحتى في نطاقها.

أولاً- مفهوم الرقابة والإشراف وأساسها القانوني :

يتميز عقد الأشغال العامة بخصوصية في سلطة الرقابة التي تمارسها الإدارة المتعاقدة بإعتبارها الطرف الذي يمثل المصلحة العامة ويحقق العائد والعمل لصالح الأفراد فهي قوامة على المصلحة العامة بوضوح ومسؤولة على حسن سير المشاريع والأشغال العامة فهي تمارس عملية الرقابة بصفتها صاحبة المشروع فحقها يقابل حق صاحب العمل في عقد المقاولة وفقاً للقانون الخاص، فهي تمارسها كواجب عليها بحكم قوامها على حسن سير المرفق العام، وهذا ما جعل المشرع الجزائري يلزم المصلحة المتعاقدة، وفي إطار الإجراءات التي تسبق الشروع في التنفيذ بإختبار صلاحية الأرضية التي سيقام عليها البناء وإلزامها مع الهيئة الوطنية لمراقبة البناء التقنية C.T.C بإبرام إتفاقية المراقبة التقنية وهيئة متخصصة في مجال البناء¹ بموجبها تعهد لهذه الأخيرة بمهمة المراقبة التقنية للأشغال وتسمى في العقد "بصاحبة الأشغال" وتحل بذلك محل الإدارة المتعاقدة التي تسمى "صاحب المشروع" وعليه سنتطرق الى مفهوم سلطة أو إمّياز الرقابة والإشراف ومن ثم الأساس القانوني الذي تعتمد عليه .

1 / مفهوم الرقابة والإشراف:

ينصرف مدلول سلطة الإشراف الى سعي الإدارة أو المصلحة المتعاقدة للتحقق من قيام المتعاقد معها بتنفيذ إلتزاماته على النحو المتفق عليه ، أما الرقابة فتتمثل في حق الإدارة في التدخل لتنفيذ العقد هذا التدخل قد يأخذ صورة الأعمال المادية كمعايينة أماكن إستغلال المرافق مثلاً ، وقد يأخذ صورة الأعمال القانونية كتوجيه الإدارة أعدارا للمتعاقد معها ، وفي كلتا الصورتين فإن حق الرقابة بالمعنى الضيق يكون مرادفاً لمعنى الإشراف

¹ بن شعبان علي ، "أثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري" ، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه

الدولة ، تخصص قانون عام ، جامعة قسنطينة ، 2011_2012 ، ص 29.

إذ يكون تدخل الإدارة في الواقع ممهدا لتسليم الأشغال العامة عند تمامه فهو مكمل لرقابة الفحص اللاحق للتسليم¹.

وتعرف سلطة الرقابة على أنها "حق الإدارة في التدخل لتنفيذ العقد وتوجيه الأعمال وإختيار طريقة التنفيذ في حدود الشروط وضمن الكيفيات المتفق عليها في العقد."² ويجمع الفقهاء على أنها سلطة ذات أصالة في عقود الصفقات العمومية وخاصة في عقد الأشغال العامة بإعتبار الإدارة هي ربة العمل وما المتعامل المتعاقد معها إلا منفذا لأوامرها ، وعليه فلا تترتب على الإدارة أو المصلحة العامة في ممارستها لهذه السلطات وما على المقاول إلا الإمتثال مادامت هذه الأوامر مشروعة ، وتملك الإدارة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية ككل بإعتبار أن عقد الأشغال العامة جزء منها فإن قواعده وكيفية إبرامه يكون تحت صقف الصفقات العمومية حق الرقابة على المتعامل المتعاقد معها ، خولت هذه السلطة لها بهدف التحقق من تنفيذ هذا العقد وفقا للشروط التي تتضمن تصحيح مسار التنفيذ عن طريق معالجة القصور والإنحرافات حتى يمكن علاجها وتجنب أسباب وقوعها مستقبلا . ويميز الفقه عادة بين مفهومين للرقابة على تنفيذ الأشغال العامة هما :

أ/ المفهوم الضيق للرقابة والإشراف : الرقابة في مفهومها الضيق تعني تحقق الإدارة من ان المقاول يقوم بتنفيذ العقد وفقا للشروط والكيفيات المتفق عنها ، فهي تعني الإشراف على التنفيذ وهو تصرف مألوف ومعروف في عقود القانون الخاص.³ والإشراف هو ذلك الإجراء الذي بواسطته تتأكد الإدارة من سلامة الأشغال ونوعية المواد المستعملة وذلك عن طريق أعوانها المتخصصون الذين يشرفون على حسن تنفيذ الأشغال العامة بما يقومون به من زيارات تفتيش لمواقع الأشغال، ويلتزم المقاول بتنفيذ ما يتلقاه من توجيهات من الأعوان في هذا الخصوص، والرقابة في هذا المعنى الضيق الذي يعني الإشراف ، هو حق مسلم به للمصلحة المتعاقدة في جميع عقودها .

¹ نصري منصور نابلسي ، العقود الإدارية ، منشورات زين الحقوقية ، الإسكندرية ، الطبعة الثانية ، 2012 ، ص114-115.

² عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص209.

³ عبد الغني بسيوني عبدالله ، القانون الإداري ، دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقاتها في مصر منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بدون طبعة ، 1991، ص 542.

ب/ المفهوم الواسع للرقابة والإشراف : يعني تدخل المصلحة المتعاقدة في أوضاع تنفيذ العقد، وتجاوزها مجرد الإشراف والإطمئنان الى أن كل شي يسير بالشكل السليم والصحيح كأن تتدخل في التنفيذ، لتفرض على المتعامل المتعاقد إتباع كيمفيات غير تلك التي إختارها، هذا التدخل غير منصوص عليه أثناء إبرام العقد، وهذا ما جعل مفهوم الرقابة يتسع ليصبح بمعنى التوجيه ن فإمتمياز الرقابة بمفهومها الواسع يبرز الخصائص الذاتية لعقد الأشغال العامة، فهي لا تملك إستعمالها في عقود الصفقات الأخرى إلا إذا كان متفق عليه قبل إبرام العقد¹ أما في تنفيذ عقد الأشغال العامة فهو حق مقرر لها بصفقتها صاحبة المشروع وهو واجب عليها خدمة للمنفعة العمومية .

وبإعتبار أن هذا الإمتمياز أو السلطة تعد من بين السلطات الأصلية التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في مواجة المتعاقد معها إستوجب علينا البحث على أساسها القانوني التي تعتمد عليه.

1 / الأساس القانوني للرقابة والإشراف .

لتحديد الأساس القانوني لسلطة الرقابة والإشراف على تنفيذ عقد الأشغال العامة، لابد من البحث عن مصدر هذا الإمتمياز، والتي قد ينص عليها صراحة في قانون الصفقات العمومية أو العقد الإداري أو قد تستمدها من التشريعات والقوانين، أما في حالة عدم وجود نص قانوني يفسر هذه السلطة فنجد أساسها في مقتضيات المرفق العام وعليه فإن سلطات الإدارة هي سلطات أصلية في مواجة المتعاقد معها بحكم إشرافها وتنظيمها لعقد الأشغال العامة وتسييرها للمرفق العام، إذا لا إختلاف حول حق الإدارة في الرقابة والإشراف ولكن محور خلافهم حول ما إذا كانت هذه السلطة قد نص عليها في العقد أو لا او يكمن في أن حق الرقابة هو حق أصيل تملكه الإدارة دون الحاجة الى نص قانوني يوضح ذلك

¹ محمد فؤاد مهنا "مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظل الإتجاهات الحديثة"، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون طبعة، بدون تاريخ، ص 809.

أ / الأساس التعاقدى للرقابة والإشراف على تنفيذ عقد الأشغال العامة .

قد ينص صراحة على سلطة الرقابة في الصفة ذاتها في دفتر الشروط على نحو يوضح كيفية ممارسة هذه السلطات المخولة للموظفين المندوبين للرقابة والإشراف على تنفيذ الأشغال¹ .

ويتجلى الأساس التعاقدى لسلطة الرقابة في صفقات الأشغال العامة من خلال ما تضمنه دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال العامة ، الذي فصل أحكام سلطة الرقابة والتوجيه في مواد متعددة منها المادة 12 فقرة 4 التي تنص على أنه " على المقاول أن ينفذ بدقة أوامر المصلحة التي تبلغ إليه " وتضيف المادة 13 فقرة 2 " يحق لمهندس الدائرة أو المهندس أو المهندس المعماري أن يطلب من المقاول تبديل الأعوان والعمال لعصيانهم أو عدم تأهيلهم أو عدم أمانتهم"²

ب / الأساس التشريعي للرقابة والإشراف على تنفيذ عقد الأشغال العامة .

حسب نص المادة "156" فقرة "01" من المرسوم الرئاسي 247/15³ التي كرسست سلطة الرقابة في جميع عقود الصفقات العمومية بقولها " تخضع الصفقات العمومية التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده " وكذلك نصت المادة "157" من نفس المرسوم على أن " تمارس على الصفقات العمومية مختلف أنواع الرقابة المنصوص عليها في هذا المرسوم كيفما كان نوعها وفي حدود معينة ، دون المساس بالأحكام القانونية الأخرى التي تطبق عليها " .

وعليه فإن هذه المواد قد كرسست فكرة أن الرقابة تشمل كافة عقود الصفقات العمومية بما فيها عقد الأشغال العامة و تشمل كل المراحل التي تمر بها هاته العقود التي تبرمها المصلحة المتعاقدة

¹ محمود عاطف البنا ، المرجع السابق ، ص 215.

² القرار المؤرخ في 16 رجب عام 1384 الموافق لـ 21 نوفمبر 1964 ، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل ، الجريدة الرسمية، العدد 06 ، الصادرة في 19 يناير سنة 1965.

³ المادة 156 من المرسوم الرئاسي 247/15.

ثانيا _ مظاهر الرقابة والإشراف على تنفيذ عقد الأشغال العامة :

للإدارة الحق في ممارسة السلطة الرقابية على تنفيذ العقد الإداري حتى في حالة عدم وجود نص قانوني يقر بذلك ، وبالتالي فإن تحديد سلطة الرقابة من الأمور المستعصية فهي تبرز أكثر ويتسع مداها ومجالها في عقود الأشغال العامة وهذا نظرا لطابعها الخاص كونها مرتبطة بالخبزينة العمومية مبالغ طائلة وتحتاج الى متابعة مستمرة ومتواصلة تقاديا لأي خروج عن ماتم التعاقد عليه ، وبالتالي فإن عقد الأشغال العامة بطبيعته يفرض تدخل مندوب الإدارة للإشراف على التنفيذ ويكون بمثابة المسؤول الأول للعمل والمشرف العام عليه، ينقلب المقاول م جهة تنفيذ العقد الى جهة تنفيذ التعليمات الصادرة عن هذا المندوب، ما يؤدي الى تعدد مظاهر سلطة الرقابة والإشراف التي تباشرها المصلحة المتعاقدة، ومن أهم هذه المظاهر مايلي :

1/ الأمر بالبء في تنفيذ المشروع .

المصلحة المتعاقدة المسؤولة عن تنفيذ عقد الأشغال العامة هي التي تحدد للمقاول بداية تنفيذ هذا العقد وتبدأ مدة سريان تنفيذه من التاريخ المحدد في الصفة صراحة ، أما إذا لم يكن محددًا فإن الموعد يحسب من تاريخ إعلان المقاول بالبء في تنفيذ الأشغال أو إبتداء من اليوم الموالي لتاريخ تبليغ الأمر بالخدمة للمقاول طبقا لما جا في نص المادة 12 فقرة 1 في دفتر الشروط الإدارية العامة التي تقتضي بأن "يجب على المقاول مباشرة الأشغال في الأبال المحددة في أوامر المصلحة المتعاقدة عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري"¹ وعليه ومن خلال مانصت عليه المادة فإن أمر الخدمة هو أمر تنفيذي يتعين على المتعامل المتعاقد إحترامه، والتقيده به، وفي حالة الرفض لقررات المصلحة المتعاقدة بأبال بداية الأشغال العمومية فإنه يعتبر خطأ يعطيها الحق في توقيع الجزاءات والعقوبات

¹ المادة "12" فقرة "1" من دفتر الشروط الإدارية العامة ، الجريدة الرسمية ، العدد ، 06 ، الصادرة في 19 يناير

1965 ، ص 11.

2/ تحديد أجال تسليم الأشغال

تنص صفقات الأشغال العامة أو دفاآر الشروط على أن تحديد خطوات تنفيذ الأشغال وذلك بوضع جداول أعمال بالآفآرات التي تتم فيها الأعمال وكذلك موعد التسليم وهذا ما نص عليه دفتر الشروط الإدارية العامة على أنه " يجب أن ينفذ موضوع الصفقة في الأجل المتفق عليه ، ولا يجوز للمتعاآل المتعاقد آآاوزها فإذا آآاوزها فإنه يعطي للإدارة في هذه الحالة حق توقيع آآاء الفسخ ويتحمل النتائج القانونية المترتبة عن ذلك ¹

3/ الأمر بهدم الأشغال أو وقف العمل بها مؤقتا .

يحق للإدارة ومهندسيها بهدم أو إزالة ماتم تنفيذه من أشغال على آلاف المتفق عليه في الصفقة المبرمة وإعادة القيام بها من آديد على حساب المقاول المقصر وذلك طبقا لنص المادة "26" من دفتر الشروط الإدارية العامة والتي آقر بأن " إذا آصل لمهندس الدائرة أو المهندس أن المعماري شك بوجود فساد في أشغال البناء فيجوز له إصدار أمر مصلحة بالآراب سواء كان ذلك أثناء التنفيذ أو قبل الإستملا النهائي أو بالهدم وإعادة بناء الأشغال أو أقسام الأشغال المظنون فسادها

- إن لم يآر المقاول هذه العملية ، فآباشر بحضوره أو دعوته لذلك رسميا

- يتحمل المقاول النفقات الناتجة عن تلك العملية عندما يكون فساد البناء محققا ومعترفا به دون الإآلال بالتعويض الذي يمكن أن آطالب به الدولة".²

آقر هذه المادة بأن سلطة أو إمتياز المصلحة المتعاقدة في ممارسة هاته الرقابة أثناء تنفيذها للأشغال وذلك في مآهر الهدم ، كما يجوز أيضا وقف وآآجيل تنفيذ هذه الأشغال بصفة مؤقتة على يكون التوقيف في مدة معقولة لاآضر بالمقاول وإلا كان من آق المتعاقد معها المطالبة بفسخ الصفقة والتعويض له ، كما أن توقيف الأشغال لا يكون بصفة مطلقة وإلا فسخت المقابلة وهذا ماآصت عليه المادة "34" آقرة "01" من دفتر

¹ أآرايب نبيل ، "سلطات المصلحة المتعاقدة آآاه المتعاآل المتعاقد معها في آجال الصفقات العمومية" ، مآكرة مآملة لنيل شهادة الماستر في الآقوق ،آآصص قانون إآاري ، آامعة محمد آيضر ، بسكرة ، 2014/2015 ، ص

² المادة "26" من دفتر الشروط الإدارية العامة ..

الشروط الإدارية العامة والتي تقر بأن " عندما تأمر الإدارة بتوقيف الأشغال بصفة مطلقة تفسخ المقابولة فوراً"¹

4/ الأمر بإستبدال عمال المقاول .

تصل إمّيازات المصلحة المتعاقدة و سلطاتها في الرقابة والإشراف لتشمل عمال المتعامل المتعاقد في تنفيذ الأشغال ، فللإدارة الحق في تغيير عمال المقاول وذلك لعدم تمكنهم من إنجاز الأشغال بشكل جيد أو لعدم وصولهم للكفاءة المطلوبة أو نقص في النزاهة أو مخالفتهم لشروط الصفقة أو تمردهم وإستعمالهم الغش ، بحيث نصت المادة "13" من دفتر الشروط الإدارية العامة بحيث تقول " لايجوز للمقاول إتخاذ معاونين أو رؤساء ورش أو معامل إلا من الأشخاص الأكفاء لمعاونته والحلول محله في تسيير الشغل وقياسه .

يحق لمهندس الدائرة أو المهندس المعماري أن يطلب من المقاول تبديل الأعوان والعمال لعصيانهم أو عدم أهلتهم أو عدم أمانتهم يبقى المقاول مسؤولاً عن أعمال الغش أو فساد العمل التي يرتكبها معاونون والعمال جراء عملهم وإستخدام المواد .

وعليه فإنه يحق للمصلحة المتعاقدة التدخل لضمان إحترام المقاول للتعليمات الموجهة له بحيث يقع على عاتقه تمام العبء المتعلق بتطبيق نظام العمل وقوانينه و مواعيده .

ثالثاً _ آثار الرقابة والإشراف في عقد الأشغال العامة :

لايمكن للمقاول أن يتذرع عند إرتكابه بمخالفات جراء قيامه بالأشغال على نحو غير مرغوب فيه وذلك بعدم معارضة الإدارة المتعاقدة على لأسلوب الذي إنتهجته أوعدم تنبيهها له، فكل ذلك لايعد سبباً للإعفاء من المسؤولية، لا أمام الإدارة ولا في مواجهة الغير وتنتفي مسؤولية المقاول إذا أثبت أن الضرر الحاصل كان نتيجة تطبيقه لأمر الجهة الرقابية.

وبالتالي فإن ممارسة الإدارة لهاته السلطة لاينشأ عنه تعويض بالنسبة للمقاول، بل إن مايرتب عنه من ضرر يمس بالمقاول جراء تدخل المصلحة المتعاقدة يعتبر من المخاطر

¹ المادة "34" من دفتر الشروط الإدارية العامة .

العادية التي قد تمس به أثناء توقيعه لعقد الأشغال العامة ، فالمصلحة المتعاقدة هنا مسؤولة عن عدم التزامها بهاته السلطة فإذا تأخرت في ممارستها وعدم إعطاء توجيهات أثناء إبرام العقد بشكل سليم وفي مدة إنجاز الأشغال فيتعين عليها مبادرة إصدار الأوامر المصلحية الى المقاول "الأوامر المصلحية هي تلك الأوامر التي تصدر من الإدارة صاحبة المشروع الى المتعاقد معها بقصد تحديد أوضاع تنفيذ الأشغال أو تكملة الناقص منها، أو النقائص أو التعديل فيها"، فإعطاء المصلحة المتعاقدة هذه الأوامر للمتعاقد معها في وقتها وذلك مع بداية إنجاز الأشغال كانت ستجنبه من الوقوع في الأخطاء والمخالفات وعليه فإن هذا الأمر منسوب للإدارة وعليها الإلتزام به وممارسة سلطة الرقابة والإشراف بالشكل السليم لضمان التنفيذ الجيد للأشغال وبذلك تجنبها من خطأ إنجاز الأشغال بشكل سيء أو غير صحيح ، فهذا العمل يستدعي مسؤوليتها بدرجة كبيرة.

الفرع الثاني

إمّياز المصلحة المتعاقدة في تعديل عقد الأشغال العامة .

يقر مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" إلى وجود نتائج مباشرة من بينها عدم جواز نقضه أو تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو لأسباب يقرها القانون ، فلا يجوز تعديل العقد من طرف واحد فقط، لأن العقد في شريعة القانون المدني وليد إرادتين ، وما تحله إرادتين لاتحله إرادة واحدة¹ ، وبالتالي فإن العقد المدني يختلف إختلافاً كلياً على العقد الإداري وهذا يؤثر على مبدأ القوة الملزمة للعقد لإرتباط هذا الأخير بالمرفق العمومي طبعاً فالعقد الإداري يتمتع بقدر من المرونة والسهولة التي تحددها طبيعة العقد و إتصاله بالمرفق العام² ، كما تعد سلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة من أوسع و أخطر السلطات التي تملكها في مواجهة المتعاقد ، خدمة للصالح العام ، وذلك بتصرفها في

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، " الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الإلتزام " ، المجلد الأول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الثالثة ، 2000، ص 699.

² عبد اللطيف قطيش ، " الصفقات العمومية تشريعاً فقهاً وإجتهاًداً " ، دراسة مقارنة ، لبنان ، الطبعة الثانية ، 2013 ص 221_222.

العقد بالنقصان أو الزيادة لما يحتويه السير الحسن للمرفق العمومي¹، وعلية فإن سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل عقد الأشغال العامة تبلغ الحد الأقصى، كونه يمس بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، بحيث تم النص عليه صراحة في العقود الإدارية وفي دفتر الشروط العامة الإدارية، وتعد من الشروط الإستثنائية الغير مألوفة².

وعلية فإن عقد الأشغال العامة كغيره من عقود الإدارية الأخرى أو عقود الصفقات العمومية خاصة يشمل نوعين من الأحكام، فالأول يتمحور حول الأحكام والشروط التنظيمية والتي تعنى بكيفية تنفيذ العقد من حيث ظروف العمل والمدة اللازمة لإنجازه، أما الحكم الثاني فيتعلق صراحة بالشروط التعاقدية والتي تحتوي على الإتفاق على السعر أو المقابل المادي الذي سيتقاضاه المتعامل الإقتصادي نظير ما نفذه من أشغال، فالمصلحة المتعاقدة لها الحق تعديل الشروط التنظيمية بإرادتها المنفردة فإنه لايجوز أن تقوم بتعديل الشروط المالية الا بموافقة الطرف المتعاقد معها، فالتعديل لشروط التنظيمية لا يخل بتوازن العقد ولا يرتب أضراراً بعكس الشروط التعاقدية التي تخل بالتوازن المالي للعقد مما يؤدي الى عدم تنفيذه فسلطتها هنا غير مطلقة بحيث لايجوز لها المبالغة في تعديل الشروط التنظيمية والتعسف في إستعمال سلطتها وحقها في التعديل بغرض الإضرار بالطرف المتعاقد معها في حين يمكن لهذا المتعاقد أن يطلب تعويضاً عن الأضرار التي قد تلحق به وذلك عن طريق الطعن في قراراتها أو فسخ العقد لدى المحكمة الإدارية

الفرع الثاني

إمّياز المصلحة المتعاقدة في تعديل عقد الأشغال العامة

يحق للإدارة تعديل كل ماجاء في بنود العقد، بشرط تكفلها بكل المصاريف العائدة عن هذا الإجراء، دون أخذ الإذن من المتعاقد معها، فإكمال هذا العقد دون التعديل فيه لايعود بالنفع على الأفراد، بحيث أن المصلحة العامة للبلاد إستوجبت المساس بهذا

¹ محمد صلاح عبد البديع السيد، " دور فكرة التوازن المالي للعقد في التوفيق بين سلطة التعديل للعقد والحقوق

المالية للمتعاقدين"، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، 2009، ص 54

² محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 458.

الإتفاق ، فالمتمعامل المتعاقد هنا ملزم بإتباع كل إجراءات التعديل ، وعلية سنعرض مفهوم إمتمياز التعديل أولاً ثم تبين الأساس القانوني الذي إعتمدت عليه الإدارة والذي بدوره منحه لها المشرع الجزائري

أولاً_ مفهوم إمتمياز التعديل .

إن جوهر سلطة الإدارة في تعديلها لمقتضيات صفقة أو عقد الأشغال العامة يكون بالبحث في كل واقعة على حدة ، بحيث نكون في صدد سلطة التعديل إذا قامت الإدارة المتعاقدة بتعديل المعطيات الجوهرية المنصوص عليها في العقد أي إذا تجاوزت نطاق الإشراف والتوجيه كأن تقرر مثلاً زيادة مواد مختلفة عن المواد المتفق عليها في التنفيذ على أو صورة لم تكن وقت إبرام الصفقة ، فتزيد من أعباء المتعامل المتعاقد أو تنقصها كلما إقتضت حاجة المرفق العام أو المصلحة العامة هذا التعديل ، ذلك أن طبيعة العقود الإدارية وأهداف قيامها على فكرة إستمرارية المرافق العامة تقتضي حصول تغيير في بنود العقد وطرق تنفيذه¹

ولفهم سلطة التعديل الممنوحة للمصلحة المتعاقدة في عقد الأشغال العامة أكثر وجب التطرق للأساس القانوني الذي يحكمها .

ثانياً_ الأساس القانوني لإمتمياز التعديل في عقد الأشغال العامة . لقد تعددت الآراء الفقهية حول أساس إمتميازات الإدارة في تعديل عقد الأشغال العامة فمنهم من أكد أنها أساس فكرة إحتياجات المرافق العامة ومنهم من أقرها على أنها أساس فكرة السلطة العامة

1_فكرة إحتياجات المرافق العامة كأساس لحق الإدارة في تعديل العقد.

يقر أصحاب هذا الإتجاه أن قيام الإدارة المتعاقدة بالتعديل الإفرادي في العقد ، لايمكن أن يكون أساسه إلا على إحتياجات المرفق العام وقابليتها للتغيير و التبديل فإستمرارية وديمومة سير المرافق العامة بإنتظام وتقديمها لخدمة عمومية في الشكل المطلوب، هي التي تفتح المجال للمصلحة المتعاقدة وتحررها من القيود التي تفرضها

¹ محمود عاطف البنا ، المرجع السابق ، ص224.

القواعد العامة التي تطبق على عقود القانون الخاص ، ومن أجل تحقيق هذا الهدف المتمثل في السير الحسن للمرافق العام وإستمراريتها أقر القانون منح هذه السلطة للإدارة والتي تعتبر إستثنائية بشكل كبير خلافا لعقود القانون الخاص، فلإدارة الحق في تعديل كافة عقود الصفقات العمومية بما في ذلك عقد الأشغال العامة ويكون ذلك أثناء مرحلة التنفيذ بشكل منفرد ، فهذا يعتبر شيء غير مألوف في عقود القانون الخاص ،ويكون بزيادة الأعباء الملقاة على المتعاقد معها أو بالنقصان منها ، ويترتب على إرتباط الإدارة بإحتياجات المرفق العام عدة نتائج نذكر منها

- أن السلطة الممنوحة للإدارة في تعديل العقد الإداري لايعد إمتيازاً لها بقدر ما هو ترجمة لمسؤوليتها إتجاه المرافق العامة من حيث التسيير والتنظيم .
- سلطة الإدارة في التعديل ليست متساوية في جميع العقود بل تتفاوت بحسب طبيعة العقد ، فعقد الأشغال العامة وعقد الإمتياز تتزايد عكس إقتناء لوازم أو تقديم خدمات ، ففي عقد الأشغال العامة تكون فيه الإدارة هي صاحبة الأعمال محل العقد وبالتالي تعدل ماتراه مناسباً للسير الحسن للمرافق العامة .
- إن لجوء المصلحة المتعاقدة الى ممارسة التعديل تفرضه الضرورة اللازمة حين يضطرب سير المرافق العامة .
- حق المصلحة المتعاقدة في التعديل ثابت دون الحاجة الى نص قانون يثبت ذلك فالنصعليه لايتعدى كونه عملية تنظيم وتبيان حالات مارسة هذا الحق ، بحيث يعتبر كاشفاً له وليس منشأً له.

2_ فكرة السلطة العامة كأساس لحق التعديل من جانب المصلحة المتعاقدة.

يرى أصحاب هذا الرأي أن الإدارة تتصرف أثناء مرحلة تنفيذ العقود الإدارية تجاه المعاقدين معها أحيانا كسلطة دورها الأساسي هو المصلحة العامة وتارة أخرى بإعتبارها شخص معنوي يراعي المصلحة الخاصة ، كما تعد قراراتها بالتعديل إعمالاً للسلطة العامة فهي لا تمارس إمتياز تعاقدية وإنما تستعمل حقا كسلطة لتستطيع التدخل بإرادتها المنفردة بإجراء تعديل أثناء التنفيذ ،فهي المسؤولة عن إتخاذ القرارات والإجراءات اللازمة لضمان المصلحة العامة وحماية للمرافق العامة ، وباعتبارها سلطة عامة هي مسؤولة لفرض كل

ماتراه مناسباً ، فهو حق مقرر لابلك التنازل عنه ، إلا أن هذا الرأي وجهت له العديد من الإنتقادات فهو يخالف طبيعة العقد الإداري وأن هنالك تناقضا في حق الإدارة في التعديل لانتمتع به إلا إذا تم النص عليه في العقد وأن طبيعة العقد الإداري هي التي تعطي للإدارة هذا الحق والذي لايمكنها التنازل عليه. وأنه لا يتم إلا بقيود وضوابط يستوجب عليها التقيد بها وإلا أصبح ذلك خرقا للقواعد العامة ، وأن هذا يعتبر تعدي على حقوق المتعامل المتعاقد معها وأخذه بعين الإعتبار في أي تعديل ، ويكون ذلك مقابل تعويض مادي له .

ثالثا _ ضوابط ممارسة المصلحة المتعاقدة لعملية التعديل:

كي يكون التعديل مشروعاً وجب مراعاة عدة شروط وضوابط من بينها

1- أن يتم التعديل في إطار إحترام القواعد العامة للمشروعية : إن المصلحة المتعاقدة تمارس التعديل عن طريق تصرف قانوني يتمثل في إصدار أمر إداري الى المقاول ، يتضمن موضوع التعديل القصد منه إحداث أثر وتغيير على شروط تنفيذ عقد الأشغال العامة ، فينبغي أن يصدر وفق متطلبات وحدود مبدأ الشرعية ، فلا بد أن يصدر من السلطة المختصة والمخولة قانوناً بإصداره طبقاً للإجراءات التي تحددها القوانين واللوائح التي تحكم تصرفات الإدارة العامة ، مع وجوب أن يكون الهدف منها هو تحقيق المصلحة العامة ، وزيادة على ذلك فإن بعض الفقهاء أضافوا شرطاً آخراً للتعديل ويتمثل هذا الشرط في وجوب إفصاح الإدارة عن إرادتها في تعديل العقد كما يجب أن يصدر التعديل على شكل أوامر مصلحة مكتوبة وأن تصدر من الجهة الخولة قانوناً .

2- إقتصار التعديل على شروط العقد المتصل بالمرفق العمومي فقط : يقتصر التعديل في بنود العقد على مايتعلق بالمرفق العام¹ وهذا أمر مسلم به كون العقد له علاقة بالمرفق العام بدرجة كبيرة فالعقد هو نظام للأشغال العامة وأساسه ، وهو أيضاً أسلوب من أساليب تسييره كتسيير الإنجاز والإصلاح والصيانة، كما يمكن القول أن سلطة التعديل ليست مطلقة فهي تضيق وتتسع بحسب مساهمة المتعاقد مع الإدارة، وإتصال العقد

¹ أحمد محيو ، "محاضرات في المؤسسات الإدارية" ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثالثة ، 1979 ، ص385.

بالمرفق العام يكون بتنظيم كل إحتياجاته كطرق العمل واساليب تنفيذ الأشغال العامة ، أما شروط الجانب المالي المتعلق بالمتعامل المتعاقد والذي كان محل تفاوض بيه وبين المصلحة المتعاقدة هي شروط أجنبية خارجة عن فرة التسيير ، فلا يحق للإدارة المساس بها أو تعديلها .

3 - وجوب أن تكون هنالك ظروف جديدة تستدعي التعديل : إن إقتصار حدوث تغيير في ظروف التعاقد هو شرط أساسي ومنطقي ، فهو يجعل الإدارة أكثر حرصا على دراسة جميع الإحتمالات بدقة قبل إبرام العقد ، فبتغيير الظروف اثناء إبرام عقد الأشغال العام وأثناء تنفيذه أعطى للإدارة سلطة التعديل فمبادئ المرفق العام تستدعي التغيير والتعديل وفقا لمستجدات جديدة ، فلايسمح للإدارة تغيير وتعديل شروط العقد إلا اذا كانت هنالك مستجدات تبرر هذا التعديل¹.

المطلب الثاني

إمّيازي توقيع الجزاء وإنهاء العقد على المتعامل المتعاقد

يعتبر هذان الإمّيازان من أهم السلطات التي تتمتع بهما الإدارة في مواجهة المتعاقد معها ، فسلطة توقيع الجزاء ترتبط كغيرها من عقود القانون الخاص بالجزاء ، لكن ما يميزها هو خضوعها لنظام قانوني غير معروف في القانون الخاص ، أما سلطة إنهاء العقد فهي إنهاء الرابطة العقدية وإنحلالها كون أن المتعامل المتعاقد إرتكب أخطاء كبيرة أدت بالمصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة أو العقد.

وعليه سنتطرق في هذا المطلب إلى إمّياز توقيع الجزاء في الفرع الأول وإمّياز الإنهاء في الفرع الثاني

¹ سليمان محمد الطماوي ، المرجع السابق ، ص 421.

الفرع الأول

توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد

في حالة إخلال المتعاقد مع الإدارة بإلتزامانه التعاقدية وإمتناعه عن تنفيذ مضمون العقد، أو تنفيذه بالشكل الغي رالسليم، أو التأخير في التنفيذ، فالقانون لم يترك للإدارة مواجهة هذه المخالفات بالوسائل العادية المعروفة بين المتعاقدين في القانون الخاص كالحاجة الى مراجعة القضاء فيها والدفع بالوقف أو عدم التنفيذ، على إعتبار أن الوسائل العادية لا تكفي لحماية المصلحة العامة .

وإنطلاقاً من ذلك يمكن القول أن هذا الإمتياز يعد المظهر البارز الذي يعبر عن تفوق الإدارة في علاقتها بالمتعاقدين معها، فهي لا تحتاج أثناء توقيعها للجزاء الى موافقة القضاء أو إستصدار حكم لنفاذ القرار الإداري المتضمن توقيع الجزاء¹

وعليه فإن الهدف من توقيع الإدارة للجزاءات ذات طابع مالي إذا أخل المتعاقد لإلتزاماته التعاقدية، وإرغامه على تنفيذها إذا وذلك بإستعمال وسائل الضغط التي تعتبر إجراءات مؤقتة تفرضها إعتبارات الصالح العام والمقصود بها هو ضمان تنفيذ الصفقة وليس إنهائها، فهذه الجزاءات لا تنتم بطابع العقوبة الجنائية التي تستهدف ردع الجاني فإمتيازاً وسلطة توقيع الجزاءات من أخطر العقوبات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها².

وسنتناول في هذا الصدد الى تحديد مفهوم الجزاءات الإدارية وأساسها القانوني، مع الوقوف الى أنواعها وصولاً الى إمتياز الإدارة في سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة

¹ بن حفاف سلام، العقون ساعد، "مراحل تفوق الإدارة في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247/15"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 14، العدد 02، 2021، ص 429.

² بلبعاط كريم وبولبرادع أيمن، "سلطات المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية وفقاً لأحكام المرسوم جامعة 247/15"، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون عام داخل، جامعة محمد الصديق بن يحيى، كلية الحقوق جيجل، 2017/2018.

أولا _ مفهوم إمتمياز توقيع الجزاءات :

هي الجزاءات التي تفرضها المصلحة المتعاقدة على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية ، دون اللجوء الى القضاء ، من أجل سير المرافق العامة بانتظام¹ وبالرجوع الى المرسوم الرئاسي 247/15 نجده إترف للمصلحة المتعاقدة بسلطة توقيع الجزاءات المالية في المادة 147² منه في فقرتها الأولى والثانية ، وهذه الجزاءات قد تكون في صورة غرامات تأخيرية وإما صورة مصادرة التأمين أو تعويض مالي .

ثانيا _ الأساس القانوني لتوقيع المصلحة المتعاقدة للجزاءات على المتعاقد معها :

من المسلم به فقها وقضاء أن الإدارة لها الحق في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الإدارية ، الهدف م ذلك هو ضمان تنفيذ الأشغال بالشكل المطلوب وذلك تحقيقا للمصلحة العامة ، لذلك تعددت الإتجاهات حول أساس هذه السلطة بين قائل بمعيار السلطة العامة أو السلطة الضابطة للمرفق العام الى قائل بالمعيار المزدوج وهو بمعيار السلطة العامة أو السلطة الضابطة للمرفق العام الى قائل بالمعيار المزدوج وهو ما سوف نفضله كالتالي :

1 _ معيار السلطة العامة

يرى أصحاب هذا الإتجاه أن أساس سلطة هذه السلطة نابع من فكرة السلطة العامة في العقود الإدارية والتي ماهي الا تطبيق لإمتميازالتنفيذ المباشر للأشغال ، والإدارة في هذا المقام ملزمة بإستخدام هذا الإمتمياز حفاظا على حسن سير المرافق العامة ، ومن غير الممكن أن تتنازل عن هذه السلطة لاجزئيا بتقييد حقها في إتباع أنواع معينة من صور الجزاءات ولا كليا ، وتتمتع الإدارة بالسلطة التقديرية في هذه الجزاءات لايقيدها في ذلك إلا المصلحة العامة .

2_ معيار السلطة الضابطة

² المادة 147 من المرسوم الرئاسي 247/15

ذهب الرأي القائل في هذا الإتجاه بأن هذه السلطة تجد أساسها في فكرة تأمين سير المرافق العامة بانتظام وإطراد ، تمارسها المصلحة المتعاقدة دون اللجوء الى القضاء ، ودون الحاجة الى النص عليها قانونا ، ومبرر هذه السلطة هو ضمان حسن تسيير الأشغال العامة المتصلة بالمرفق العام ، والإدارة لاتستند في مباشرة هذه السلطة الى نصوص العقد الإداري بل الى سلطتها الضابطة لسير المرفق العمومي .

3_ المعيار المزدوج

جاء هذا المعيار كحل توفيقي للمعيارين السابقين ، حيث أكد أصحاب هذا الإتجاه أن الإدارة لاتستند في مباشرة هذه السلطة أو الإمتياز الى نصوص العقد الإداري بل الى إمّيازات السلطة العامة من جهة وعلى وجه الخصوص إمّيازها في التنفيذ المباشر للعقد الإداري أو عقد الصفقة العمومية ن ومن جهة أخرى الى سلطتها الضابطة لسير المرافق العامة وضمن إستمراريتها وانتظامها تحقيقا للمصلحة العامة ، وهو الإتجاه الأرجح ذلك أن العقد الإداري في هذه الحالة أحد طرفيه شخص عمومي صاحب سلطة عامة وموضوعه متعلق بمرفق عمومي

ثالثا : إمّياز الإدارة في سحب العمل من المتعامل المتعاقد في عقد الأشغال العامة

يقصد بهذا الجزاء أن تحل الإدارة محل المقاول المقصر في تنفيذ أعماله بنفسها على حسابه أو تعهد الى غيره بتنفيذ هذه الأعمال على مسؤولية المقاول الأول ولحسابه¹

ونظرا لخطورة هذا الإجراء إستوجب أن يكون خطأ المقاول بالغ الجسامة حتى يتسنى للمصلحة المتعاقدة توقيعه ، اذ يعتبر من النظام العام توقعه حتى ولو لم ينص عليه العقد على أن ذكر جميع الحالات معينة في نصوص لها فائدة أساسية تتعلق بمدى رقابة القضاء ففي الحالات المنصوص عليها ليس للقاضي أن يفحص مدى ملائمة السحب للخطأ الجسيم مدام أن ذلك الخطأ مبرر للسحب في نظر المشرع ، بعكس السحب الذي

¹ مازن ليلو راضي ، المرجع السابق ، ص 506

لايستند الى نص يبرره ،فلإدارة أن تمارسه لكن تحت رقابة القاضي على ملائمة السحب للأخطاء المنسوبة الى المقاول¹.

وعند إستخدامها لإجراء السحب تملك الإدارة إحتجاز وقتيا ما يوجد بموقع العمل من منشآت ومباني وألات وأدوات غير تلك التي إستخدمها المتعامل المتعاقد في المشروع دون أن ترتب مسؤولية الإدارة عن تلفها أو نقصها أو دفع أي أجر عنها ، بل وأكثر من ذلك لها بعد الإنتهاء حجزها وبيعها إستيفاء لحقوقها المسبوقه عن المقاول

رابعاً : ضوابط ممارسة سلطة توقيع الجزاءات

إن السلطات التي تمارسها المصلحة المتعاقدة على شخص المتعاقد معها ليست مطلقة بل يجب أن تمارسها وفق ضوابط وقيود أهمها :

✚ التقيد بالجزاءات العقدية

اذ وجب على المصلحة المتعاقدة أن تتقيد بالجزاءات الواردة في الصفقة وليس لها أن تفرض سواها²

✚ وجوب الإعذار

إن الإعذار وسيلة قانونية ضرورية تفرضها القواعد العامة في تنفيذ الإلتزام ولايصح الإعفاء منه إلا بنص تشريعي ، اذ يجب أن يتضمن الإعذار بيان المخالفات التي إرتكبها المتعاقد مع الإدارة وكيفية تقاديها ولا يتطلب أن يتخذ الإعذار شكلا محددًا وإنما يجوز للإدارة أن تبلغه بأي طريقة على أن تبين في وجه المخالفة والمهلة الممنوحة له لتصحيح هذه المخالفة.

✚ الخضوع للرقابة القضائية

¹ نور الدين عباسية ، مانع جمال عبد الناصر ، "تنفيذ الصفقات العمومية بين إمتميازات المصلحة المتعاقدة وحقوق

المتعامل المتعاقد "، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، كلية الحقوق جامعة العربي بن مهيدى

، فرع قانون الإدارة العامة ، 2008، ص 47

² نور الدين عباسية ، المرجع السابق ، ص55.

هذه الرقابة تمثل ضماناً فعالة ضد تعسف الإدارة أو مخالفتها للقانون ، بحيث يقع على الشخص العمومي المتعاقد إحترام مبدأ نسبية العقوبة مع الضرر وللقاضي سلطة الرقابة في ذلك .

الفرع الثاني

إنهاء عقد الأشغال العامة

تنتهي صفقة الأشغال العمومية إما نهاية طبيعية أو نهاية غير طبيعية ، شأنها شأن العقود الإدارية الأخرى، فينتهي عقد الأشغال العامة نهاية طبيعية عندما يقوم المتعامل المتعاقد بتنفيذ الأشغال محل الإلتزام وتسليمها تسليماً كاملاً ونهائياً ، وإستيفاء المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة لجميع حقوقه ، مع بقاءه ضامناً سنوياً إذا كان التسليم مؤقتاً وضامناً عشرياً إذا كان التسليم نهائياً ، كما تنتهي صفقة الأشغال العمومية نهاية غير طبيعية وحتى قبل إنتهاء المدة المحددة في الصفقة، ويكون ذلك عن طريق الفسخ من قبل المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع، فهو فسخ بقوة القانون بحيث يرتب القانون سلطة الفسخ للإدارة متى تحققت شروط قاهرة أدت بها الى الفسخ كوفاة المقاول أو إعلانه عن إفلاسه أو إستحالة تنفيذ الأشغال ، إضافة إلى ذلك فإذا ثبت المقاول أو المتعامل المتعاقد مع الإدارة قد قام بأفعال أو مناورات ترمي الى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو التخصيص بالصفقة لنفسه أو لكيان آخر مكافأة أو إمتياز بمناسبة تنفيذ صفقة فإنه يشكل سبباً كافياً لفسخ الصفقة

يستهدف هذا الإمتياز أو السلطة المخولة للمصلحة المتعاقدة إلى إنهاء الرابطة التعاقدية وقطع العلاقة بينها وبين المتعامل المتعاقد ويفترض هنا في هذه الحالة أن يقدم المتعامل المتعاقد على إرتكاب خطأ جسيم يخول للإدارة ممارسة هذه السلطة¹

لقد أقر التنظيم الحالي سلطة الإدارة في فسخ عقد الأشغال العامة وتوقيع الجزاء على المتعامل المتعاقد المقصر في أداء مهامه بالشكل المطلوب ، والتي يعتبر أخطر الجزاءات التي يمكن أن توقعها المصلحة المتعاقدة بإرتكاب المتعامل المتعاقد خطأ

¹ عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 176.

جسيما ، فتقوم بفسخ العقد أو إنهاءه كجزء له على التصيير الشديد او الخطأ الجسيم وهذا مايميز جزء الفسخ في عقد الأشغال العامة عن وسائل الضغط المؤقتة التي لاتنتهي هذه الصفقة أو العقد .

وسنتناول في هذا الصدد كل من تحديد مفهوم إمتياز الفسخ وانواعه وشروط توقيعه وتبيان آثاره بوجه الخصوص في عقد الأشغال العامة

أولا _ مفهوم الفسخ في عقد الأشغال العامة :

الفسخ في التشريع العام حق للمتعاقد في العقد الملزم لجانبين ، أما إذا أخل المتعاقد الآخر بالتزامه في حل الرابطة العقدية كي يتحلل هو من التزامه ن لكن الفسخ في عقد الأشغال العامة تختلف عن نظام الفسخ في عقود القانون الخاص ، حيث ان الفسخ في هذا الفسخ في هذا النوع من الصفقات تعلنه الإدارة بنفسها ولا يتم كقاعدة ، بحكم من القضاء ما هو مقرر في القانون الخاص ن وللمصلحة المتعاقدة مطلق التقدير ف فسخ العقد في أي زمان أو وقت تشاءن في حين ان القاضي في العقود المدنية له السلطة التقديرية في ذلك ن ثم أنه يمنح أجلا حسب الظروف .

ثانيا _ أنواع الفسخ في عقد الأشغال العامة :

ينبغي أن نميز بين المصلحة المتعاقدة في فسخ العقد بإعتباره جزء توقعه على أثر عدم وفاء المقاول المتعاقد معها بالتزاماته ، وبين حقها ف إنهاء العقد ، بحيث تمارس هذا الحق نتيجة لسلتها التقديرية أي حتى دون ان يقع خطأ من جانب المقاول المتعاقد معها ن غذا ما قدرت ان الصالح العام يقتضي ذلك في حالات ، كأن تأمر الإدارة توقيفا لأشغال بصفة مطلقة أو عندما تامر بتأجيل الأشغال تزيد عن مجموع مدتها سنة واحدة ولو في الأحوال التي تستأنف خلالها الاشغال .

ولكن الذي يهمنا في هذا الموضوع هو ذلك الفسخ الذي يقع على المتعاقد المقصر، كزاء لإخلاله لإلتزاماته التعاقدية ، فهنا نميز بين نوعين من الفسخ :

1_ **الفسخ المجرد** : تكفي المصلحة المتعاقدة بالفسخ المجرد لصفقة الأشغال العممة ، حينما ترى بانها تكفي بإستبعاد المقاول المقصر نهائيا بلا قيد او شرط ، ودون ان

تلمزمه بالأعباء المترتبة على إعادة طرح الصفقة في على حساب مسؤوليته ، كما يحق للمقاول طلب التعويض عن الفسخ الذي قامت به الإدارة ، في حين إذا وضع في إعلان " الفسخ مجرد" فإنه يستبعد كل تعويض لصالح المقاول أو لصالح المصلحة المتعاقدة .

2_ **الفسخ على مسؤولية المقاول** : يعتبر هذا النوع أشد وأقسى من جزء الفسخ المجرى فالمصلحة المتعاقدة لا تنتهي بإنهاء الصفقة الأصلية وتعويضها عن فسخها ، ولكن يكون أيضا مصحوبا بإبرام صفقة جديدة لإستئناف إنجاز الأشغال على مسؤولية المقاول

المقصر ، ويلتزم بان يتحمل هذا الأخير الزيادة في المصروفات الناجمة عن هذا الإجراء ونظرا لخطورة هذا الإجراء فإن في فرنسا يرى فقه وقضاء مجلس الدولة الفرنسي على عدم السماح بهذا النوع من الفسخ إلا إذا نص عليه صراحة في عقد الأشغال العامة او دفاتر الشروط ن وعله فإن المصلحة المتعاقدة تستند الى نصوص منظمة لصفقة الأشغال العامة ولدفتر الشروط الإدارية العامة وماتخوله لها من سلطات في ذلك نظرا لإرتباطها بالصالح العام ، فإن كان للمصلحة المتعاقدة حق توقيع هذا الجزء بنفسها ، وإستنادا للقواعد التنظيمية المنظمة لهذه الصفقة ، فلا بد من توافر شروط وأسباب مبررة لتطبيق هذا الجزء المتمثل في إنهاء عقد الأشغال العامة او فسخه

ثالثا _ **شروط تطبيق إتمياز إنهاء عقد الأشغال العامة وفسخه :**

لكي توقع المصلحة المتعاقدة سلطة الفسخ على المتعاقد المقصر لابد من توافر شروط من بينها

1- **الخطأ الجسيم** : يفترض وقوع أخطاء جسيمة من المتعامل المتعاقد جزء الفسخ عليه فإن الوقائع التي تبرز تطبيق الجزاءات الضاغطة إذ ظهرت خطورتها بدرجة كافية يمكن ان تكون مبررات للفسخ ذاته ، بحيث تملك المصلحة المتعاقدة وحدها تقدر جسامة الإخلال بتلك الإلتزامات التعاقدية نهذه الأخيرة التي غعتبرها التنظيم الحالي كمبرر لفسخ الصفقة من جانب واحد وهذا دون التعدد لصور الإخلال او أسباب الفسخ ن ما لم يستترط درجة معينة من جسامة الخطأ المركب من المتعامل المتعاقد ، او خطأ يرتكبه المتعاقد معها مبررا لفسخ الصفقة المبرمة بينهما ، فورود النص في هذه العمومية قد يفتح باب تعسف المصلحة المتعاقدة في توقيع جزء الفسخ .

وطبقا لدفتر الشروط الإدارية العامة ، فإذا كشف المتعامل المتعاقد عمل سوء النية فلا بد من أن يندر مهندس الدائرة أو المهندس المعماري ، إلا فإنه يتابع جزائيا ، بغض النظر عن وضع الأشغال تحت تصرف الإدارة بدون توجيه إنذار مسبق أو عن فسخ العقد بدون قيد أو شرط .

2- الإعدار : يعتبر الإعدار شرطا أساسيا لتطبيق جزاء الفسخ على المقاول ، لأن الهدف من أبرام عقد الأشغال العامة هو إنجاز المشروع والأشغال مهما كانت الظروف وذلك بإرتباطها بالمصلحة العامة، إذا فإن إجراء الفسخ يجب أن يكون آخر جزاء تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة لأنه يؤدي الى إنهاء الرابطة العقدية بينالمقاول والمصلحة المتعاقدة وتعطيل مشروع موضوع عقد الأشغال العمومية

ويعتبر الفسخ غير المسبوق بالأعدار معيب، ويعفى المقاول المتعاقد من نتائج الباهضة وفي حالة حصول ضرر له ، يحصل على تعويض .

رابعا : أثار الفسخ في عقد الأشغال العامة .

سنحاول تلخيص أثار الفسخ في عقد الأشغال العامة مايلي :

1 - إنهاء الرابطة العقدية نهائيا بين طرفي عقد الأشغال العامة : يصبح المقاول في هذه الحالة غير مسؤول عن الإلتزامات المنصوص عليها في العقد ويشمل فسخ العقد كله ، فلا يطبق على بعض الأجزاء المرحمة مثلا وتبقي على الجزء الخاسر أو تشمل ما هو صالح له ، وتبقي الجزء الغير صالح له فهذا ليس من العدالة أن تخل بالتوازن المالي للعقد حتى في حالة خطأ المتعاقد.

2 - خضوع إجراء الفسخ لرقابة قاضي العقد (القضاء الكامل) : يختص قاضي العقد وحده بممارسة الإدارة لسلطتها في إعلان الفسخ ، فالإدارة وحدها مسؤولة عن سير المرفق العام .

المبحث الثاني

بالنسبة للمتعامل المتعاقد مع الإدارة

عقد الأشغال العامة هو عقد إداري كسائر العقود الإدارية الأخرى له طرفان أحدهما لابد أن يّون شخص من أشخاص القانون العام ، والأخر إما أن يكون شخص معنوي عام أو شخص خاص ، سواء كان طبيعيا أو معنويا ، هذا الأخير الذي يدعى في عقد الأشغال العامة بالمتعامل المتعاقد أو المقاول .

مما لاشك فيه أن المتعامل المتعاقد في عقد الأشغال العامة لا يتساوى في الرتبة مع المصلحة المتعاقدة بإعتبارها هي صاحبة المشروع ، ونظرا لطبيعة العقود الإدارية والأهداف التي تسعى الإدارة أو المصلحة المتعاقدة لتحقيقها ، إذ أن الإمّيازات المخولة للإدارة أكثر بكثير من مما يتمتع به المتعامل المتعاقد ، والتي من بينها سلطة الرقابة والإشراف وسلطة التعديل في العقد بإرادتها المنفردة ، فقد ضمن المشرع الجزائري للإدارة المتعاقدة في عقد الأشغال العامة حماية قانونية أوسع وذلك بإقراره لها جملة من الحقوق ، إلا أنه في المقابل فإن المشرع الجزائري لم يترك للمقاول هو الآخر إعطاءه لحقوق في حالة ما إذا تعسفت المصلحة المتعاقدة في إستعمال سلطاتها في عقد الأشغال العامة بالرغم من عدم تساويهم في المرتبة في الحماية ، وإذا أصاب المتعامل المتعاقد ضررا جراء عمل قامت به الإدارة جاز له المطالبة بالتعويض¹ إذ كفل المشرع للمتعامل المتعاقد هو الآخر ضمن نصوص قانون الصفقات العمومية رقم 247/15 السالف الذكر حماية قانونية في عقد الأشغال العامة ، هذا الأمر دفعنا ل طرح التساؤل التالي : فيما تكمن أهم مظاهر الحماية التي كفلها وأعطاه المشرع الجزائري على وجه الخصوص في عقد الأشغال العامة ؟

لاشك أن الحماية التي كفلها المشرع للمتعامل المتعاقد في عقد الأشغال العامة تتجلى في إقراره للمتعاقد مع الإدارة جملة من الإمّيازات والتي بصفتها تعد حقوقا له والتي تتمثل في حق المقابل المادي وهذا يكون نظير مجهوداته في تنفيذ العقد بالشكل المطلوب وحقه في إعادة التوازن المالي لعقد الأشغال العامة وهذا يكون أثناء تنفيذ العقد بحيث يطرأ

¹ عمار بوضياف ، "شرح تنظيم الصفقات العمومية " ، الطبعة الخامسة ، القسم الثاني ، 2017 ، ص 36 .

عليه ظروف كزيادة في أسعار المنتجات محل تنفيذ للأشغال ، بالإضافة الى حقه التعويض والذي يأتي بعد إستعمال المصلحة المتعاقدة لبنود العقد أو فسخها له .

بحيث سنتناول كل هذه الحقوق في المطالب التالية ، وقد إرتأينا تقسيمها الى مطبين :
الأول عالجا فيه إمتيازي المقابل المادي وإعادة التوازن المالي لعقد الأشغال العامة ، أما الثاني فقد عالجا فيه إمتياز التعويض .

المطلب الأول

المقابل المادي وإعادة التوازن المالي لعقد الأشغال العامة

في مقابل ما تتمتع به الإدارة من سلطات في مواجهة المتعاقد معها،يتمتع هذا الأخير بحقوق في مواجهتها ومن بينها المقابل المادي الذي يعد الحق الأول والأساسي للمتعاقل المتعاقد مع الإدارة هو الحصول على المقابل المالي المتفق عليه في العقد وتختلف صورة هذا المقابل حسب نوع كل صفقة عمومية، أما الحق في إعادة التوازن المالي للعقد فيتطلب ايجاد توازن ومعادلة بين المتعاقل المتعاقد والإدارة .

وعليه سنتطرق في هذا المطلب الى حق المتعاقل المتعاقد في المقابل المادي في الفرع الأول وحقه في إعادة التوازن المالي للعقد في الفرع الثاني

الفرع الأول

المقابل المادي في عقد الأشغال العامة

أغلبية عقود الصفقات العمومية هو أن يحصل المتعاقد مع الإدارة على مقابل نقدي ، كما هو حال عقد الأشغال العامة وإن كان المتعاقل المتعاقد يعتبر معاونا للإدارة في تسيير المرافق العامة ، إلا أن سعيه لتحقيق الربح الخاص يعتبر هدفة الأول في الدخول معها في رابطة عقدية ، الأمر الذي يجعل حصوله على المقابل النقدي أو ثمن ما قام به من أشغال من أهم حقوقه.

المقابل المالي للمتعاقد هو المقابل المادي لما أنجزه من أعمال لصالح الإدارة النتعاقدة ويكون مستحقا بمجرد الإنتهاء من الأعمال ، وعليه فإن المقابل المادي في عقد الأشغال

العامة يتجسد فيما يحصل عليه المتعامل المتعاقد أو المقاول من ثمن مقابل ما قام به من أشغال كبناء أو ترميم أو صيانة ، وهذا ما أقره المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر في نص المادة 96 منه ، إذ بين هذا النص كيفيات دفع أجر المقاول بحيث نصت على " يدفع أجر المتعامل المتعاقد وفق الكيفيات الآتية : بالسعر الإجمالي والجزافي ،

بناء على قائمة سعر الوحدة ،

بناء على النفقات المراقبة ،

بسعر مختلط

يمكن للمصلحة المتعاقدة ، مراعاة لإحترام الأسعار ، تفضيل دفع مستحقات الصفقة وفق سيغة السعر الإجمالي والجزافي .¹

ويتضح من خلال دراستنا لنص المادة أعلاه فإن طرق الدفع تكون بإحدى الكيفيات بحيث يكون بالسعر الإجمالي والجزافي ، أو بناء على قائمة سعر الوحدة ، أو بناء على النفقات المراقبة أو بسعر مختلط ، فالإدارة لديها السلطة التقديرية في إختيار الكيفيات المناسبة لدفع المقابل المالي بما يتناسب مع نوع وطبيعة موضوع كل عقد .

فقد إترف المشرع الجزائري ضمنيا للمتعامل المتعاقد في الحصول على المقابل المالي في عقد الأشغال العامة ، ويظهر هذا الإعتراف صراحة في إقرار المشرع لكيفيات دفع المقابل المالي في جميع عقود الصفقات العمومية والتي من ضمنها عقد الأشغال العامة ، فقد كفل صراحة للمتعامل المتعاقد حماية وذلك من خلال حقه في الحصول على المقابل المالي ، أي أنه في حالة رفض الإدارة المتعاقدة دفعها لهذا المقابل للمتعاقد معها بعد إنتهاء العمل يمكنه اللجوء الى القضاء الإداري والمطالبة بحقه المكرس ، وفي هذا الحال تتعزز الحماية القانونية التي يضمنها المشرع للمتعاقد مع الإدارة بالحماية القضائية أي يكون هنا للمقاول حاميين لحقه وهما :

¹ المادة "96" من المرسوم الرئاسي 247/15.

المشروع من جهة بموجب نص المادة "96" أعلاه والقاضي من جهة أخرى بإعتباره مطبقا لنص المشروع.

فرغم الحماية المضمونة من قبل المشروع للمقاول في عقد الأشغال العامة بإقرار حقه في الحصول على المقابل المالي بعد إنجازه للأشغال ، إلا أن هذه الحماية تبقى قاصرة وغير كافية مقارنة بالحماية الممنوحة للمصلحة المتعاقدة ، حيث يظهر هذا القور في أن المشروع قد منح للمصلحة المتعاقدة الحرية في إختيار الطريقة التي تراها مناسبة في تسديد المقابل المالي للمتعاقد ، وهذا مافسح المجال لبعض الإدارات المتعاقدة التلاعب في تسديد ما عليهم بالتماطل وإختيار الطريقة التي تضمن تحقيق مصالحهم حتى ولو كانت على مصلحة المتعامل المتعاقد معها .

أولا : طرق دفع الثمن

الأصل أن يحصل المتعامل الإقتصادي على الثمن بعد التنفيذ التام للصفقة ، لذلك فإن المصلحة المتعاقدة ليست ملزمة بمنحه الثمن قبل ذلك ماعدا حالة تقديم المتعامل الإقتصادي لطلب يلتزم من خلاله الحصول على جزء من المبلغ الكلي للصفقة قبل الإنتهاء من تنفيذها ، وبعد تحرير المصلحة المتعاقدة للأمر بالخدمة للإنتلاق في الأشغال موضوع الصفقة يمكنها دفع المستحقات المالية للمتعامل الإقتصادي في المادة "109" من المرسوم الرئاسي 247/15، ويتم التفرقة فيما يخص دفع المستحقات المالية بين مرحلتين أساسيتين أولها مرحلة تحرير الامر بالخدمة وقبل إنطلاق المتعامل المتعاقد في الأشغال موضوع الصفقة ، وثانيا مرحلة تحري الأمر بالخدمة وإنطلاق المتعامل المتعاقد في الأشغال موضوع الصفقة وفي كلتا المرحلتين يجب إعداد مجموعة من الوثائق

1 _ تحرير الأمر بالخدمة وقبل الإنطلاق في التنفيذ: في هذه الحالة يستفيد المتعاقد مع الإدارة من تسبيقات حسب الحالة إما جزافية أو على التموين أو جزافية وعلى التموين في نفس الوقت

أ_ تعريف التسبيقات

هي تسوية مالية جزئية غير نهائية لثمن الصفقة ، وتعرف على أنها مبالغ مالية تدفع من قبل المصلحة المتعاقدة للمتعاقد معها على حساب الثمن النهائي وقبل أداء وتنفيذ الخدمة¹ وأكدته المادة 109 من المرسوم الرئاسي 247/15 على أنه " هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد ، وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة² بما يعني أن المتعامل المتعاقد لم يباشر بعد الخدمة موضوع الصفقة ، ورغم ذلك تبادر الإدارة المعنية بالتعاقد بدفع تسبيق في رقم الحساب الجاري للمتعامل المتعاقد ، وهذا بهدف مساعدته على مباشرة الأعمال والوفاء بالأعباء المالية ،ويمكنه هذا التسبيق من توفير المواد التي يتطلبها تنفيذ الصفقة .

ب_ أنواع التسبيقات

تنقسم التسبيقات الى تسبيقات جزافية وتسبيقات على التموين

- **التسبيقات الجزافية** : هو عبارة عن مبلغ من المال يوضع تحت تصرف المتعامل المتعاقد قبل بدأ تنفيذ الصفقة على أن لا تتجاوز قيمته كحد أقصى 15 بالمائة من السعر الأولي للصفقة ، ويمكن أن يدفع التسبيق مرة واحدة أو في عدة أقساط على تعاقبها الزمني ، كما أجاز المشرع للمصلحة المتعاقدة أن يفوق التسبيق الجزافي 15 بالمائة إذا كان رفضها لهذه الزيادة سينجم عنه ضرر أكيد ، على أن تستشير لجان الصفقات العمومية وحصولها على موافقة من الوزير الوصي أو مسؤول الهيئة العمومية أو الوالي.

_ **التسبيقات على التموين** : هي عبارة عن مبلغ من المال يوضع تحت تصرف المتعامل الإقتصادي قبل التنفيذ إذا أثبت لجهة المصلحة المتعاقدة بموجب وثائق وعقود تؤكد إرتباطه القانوني مع الغير بهدف توفير المادة أو المواد موضوع الصفقة ، ويتعلق هذا النوع من التسبيق بصفقة الأشغال واللوازم فقط ، وإذا أثبتوا حيازتهم وثائق مؤكدة ل مواد أو منتوجات ضرورية لتنفيذ الصفقة ، وهذا التسبيق جوازي وليس إختياري .

¹ بحري إسماعيل ، الضمان في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق فرع الدولة والمؤسسات العمومية ، كلية الحقوق ، جامعة بين يوسف بن خدة ، الجزائر ، 2008/2009، ص77.

² المادة "109" من المرسوم الرئاسي 247/15.

التمويل حتى نسبة 80 بالمائة من مبلغها المحسوب بتطبيق الأسعار بالوحدة للتمويل المعدة خصيصا للصفقة المقصودة على أساس الكميات المعاينة "وعليه فإن الدفع بالحساب هو مبلغ يقدم مقابل إتمام تنفيذ جزء من الصفقة كقيام المتعامل المتعاقد فعلا بإنجاز جزء من الأشغال ، كبناء بعض المساكن ، كما أن هذا الدفع يكون شهريا غير أنه يمكن أن تنص الصفقة على فترة أطول تتلائم مع طبيعة الخدمة وهذا حسب نص المادة "118" من قانون الصفقات العمومية 247/15.

أ_أنواع الدفع على الحساب .

- الدفع على الحساب إثر القيام بعمليات جوهرية في الصفقة
- الدفع على الحساب عند التمويل بالمنتجات المسلمة في الورشة والتي لم تن محل دفع التسبيقات على التمويل بنسبة 20 بالمائة .

ب _التسوية على رصيد الحساب:

هو دفع السعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل والمرضي لموضوعها ، وحسب نص المادة "119"¹ فإن هدفه دفع المبالغ المستحقة للمتعامل المتعاقد بعنوان التنفيذ العادي للخدمات المتعاقد عليها مع خصم مايلي :

- إقتطاع الضمان المحتمل ،
- الغرامات المالية التي تبقى على عاتق المتعامل ، عند الإقتضاء
- الدفعات بعنوان التسبيقات والدفع على الحساب ، على إختلاف أنواعها ، التي لم تسترجعها المصلحة المتعاقدة بعد .

1_أنواع التسوية على رصيد الحساب

من خلال التعريف يتضح لنا أن التسوية على رصيد الحساب نوعين هما :

¹ المادة "119" من المرسوم الرئاسي 247/15.

✚ التسوية على رصيد الحساب المؤقت : بحيث لا يمكن تطبيق هذا النوع من التسوية إلا إذا نصت عليه الصفة العمومية وهي ترمي الى دفع المبالغ المالية المستحقة للمتعامل المتعاقد بعنوان التنفيذ العادي للخدمات المتفق عليها

✚ التسوية على رصيد الحساب النهائي : في هذا النوع من التسوية على رصيد الحساب يتم إقتطاعات الضمان وشطب الكفالات التي كونها المتعامل المتعاقد عند الإقتضاء.

ثالثا : إجراءات الدفع على الحساب والتسوية على رصيد الحساب .

في كلتا الحالتين يجب على المصلحة المتعاقدة إعداد مجموعة من الوثائق التي ترفق الصفة العمومية من أجل تسديد المستحقات المالية وذلك لتكوين ملف لإيداعه

1- مكونات الملف الذي يودع على مستوى خزينة الولاية لأول مرة .

- ✓ كفالة حسن التنفيذ نسخة أصلية ونسخة طبق الأصل ،
- ✓ الأمر بالخدمة لإنطلاق الأشغال نسختين أصليتين ،
- ✓ نسخة من الصفة الأصلية المؤشر عليها المراقب المالي ونسخة طبق الأصل ،
- ✓ إذا كان هنالك محضر تفاوض حول مبلغ الصفة أو أجل التنفيذ ترفق نسختين ،
- ✓ ثلاث نسخ من حوالة الدفع ،
- ✓ نسختين من بطاقة الدفع ،
- ✓ نسختين من شهادة الدفع ،
- ✓ نسخة من الإشعار بالدفع.

هذا بالنسبة للملف الذي يتم إيداعه لأول مرة مع وضعية الأشغال الأولى على مستوى خزينة الولاية أما باقي وضعيات الأشغال التي تلي وضعية الأشغال الأولى فترفق ب :

- ✓ ثلاث نسخ من حوالة الدفع
- ✓ نسختين من بطاقة الدفع
- ✓ نسختين من شهادة الدفع

✓ نسخة من الإشعار بالدفع ، وإذا كان هنالك أمر بإيقاف الأشغال أو أمر بإستئناف الأشغال فترفق نسختين أصليتين .

وفي كل الحالات يسجل رقم الحوالة على مسوى مديرية البرمجة ومتابعة الميزانية للولاية ليتم إيداعه على مستوى خزينة الولاية ، ويتم إعلان المتعامل المتعاقد برقم الحوالة وتاريخ إيداعها .

الفرع الثاني

إعادة التوازن المالي للعقد

إن مرونة العقد الإداري منح للمصلحة المتعاقدة إمّيازات وسلطات خطيرة في تعديل العقد ، وهذا مايؤدي الى احداث أو وقائع أثناء تنفيذ الصفقة العمومية من شأنها إرهاق المتعاقد معها ، وهذا مايؤدي الى الإخلال بقاعدة التوازن المالي للعقد ، كما يمكن ان تحدث ظروف أو معوقات لم تكن متوقعة وتكون خارجة عن إرادة الطرفين ، مما يؤدي الى تغيير في وضعية العقد ويصبح تنفيذه باهض الثمن والكلفة للمتعامل المتعاقد وقد تنتهي بإفلاسه فليس من العدل أن يتحمل المتعامل المتعاقد وحده الأعباء المالية التي تنجر عن هذا التعديل¹ ، ولد ظهرت فكرة التوازن المالي للعقد في مجال تنفيذ العقود الإدارية لأول مرة بمناسبة تنفيذ عقدة إلتزام المرافق العامة ، وذلك من خلال التنازع الشهير المعروف بإسم قضية الشركة الفرنسية " للترامواي" والصادرة في 21 مارس 1910².

وعليه فقد إستقر الفقه والقضاء المقارن على أن هذا الوضع يتطلب إيجاد توازن ومعادلة بين عاملين هما :

¹ بوشيرب مليكة ، المتعامل مع الإدارة في عقود الصفقات العمومية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، 2014 ، ص 63.

² كنزة لطيف ، حقوق المتعامل المتعاقد في ظل قانون الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، جامعة محمد خيضر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، بسكرة ، 2015 ، ص 52.

- إلتزام المتعامل المتعاقد بمواصلة تنفيذ الصفقة لما لها من أثر على المصلحة العامة وإحتياجات الجمهور، ذلك أن توقفه عن تنفيذ الصفقة من شأنه الإخلال بمبدأ إستمرارية سير المرفق العام بإنتظام ، والتي نصت عنه المادة 209 منه
- ضرورة إلتزام وتدخل الإدارة أو المصلحة المتعاقدة لسد ومنع أي إخلال في التوازن المالي للعقد من خلال تحمل الأعباء المالية المترتبة عن الاحداث المستجدة نظير ما تتمتع به من حقوق وسلطات¹

أولاً : مفهوم إمّياز التوازن المالي في عقد الأشغال العامة .

لا يوجد مفهوم واضح لفكرة التوازن المالي لعقد الأشغال العامة لكن المسلم به هوأن التوازن المالي في عقد الأشغال العامة يعتبر زيادة أعباء المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذه للعقد بشكل كبير، بحيث لم يكن يتوقع هذه الأعباء أثناء إبرامه لعقد الأشغال العامة ، فقد إختلف العديد من الفقهاء حول تحديد مفهوم فكرة التوازن المالي .

فيعتبر بعض الفقهاء أن المقصود بفكرة التوازن المالي للعقد هو وجوب التساوي بين حقوق المتعامل المتعاقد وإلتزاماته إذ ماخضعت لعملية حسابية بعد إدخال الإدارة لتعديل في العقد ، بحيث أن هذه النظرية تقرر تعويضا للمتعاقد في حالة زيادة الأعباء المالية نتيجة إستعمال الإدارة لسلطة التعديل ، لهذا فإن القائلين في هذا الرأي ينفون وجود نظرية فعل الأمير ويرون بأن سلطة التعديل الممنوحة للمصلحة المتعاقدة أهم منها

في حين يقتصرها البعض على تفسير التعويض في نطاق نظرية فعل الامير أما خارجها فلا تكفي وحدها كسبب لإستحقاق التعويض

ويرى البعض الآخر أن فكرة التوازن المالي للعقدهي فكرة ملازمة ومقابلة لإمّياز التعديل الممنوح للمصلحة المتعاقدة وبالتالي فإنها ليست فكرة عامة تبنى عليها النظريات القانونية لتعويض المتعامل المتعاقد كنظرية الظروف الطارئة .

أما اعادة التوازن المالي للعقد فهو أن يتعرض المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ العقد لتدخل الإدارة التي تمتلك زيادة إلتزامات المتعاقد في هذه الظروف تتسم بالمرونة، فإنه من

¹ محمد الصغير بعلي ، المرجع السابق ، ص 287/288.

الضروري إضفاء هذه الصفة على الحقوق المستمدة من العقد أيضا نظرا للعلاقة الوثيقة بين إلتزامات المتعاقد وحقوقه ومادامت الإلتزامات قابلة للزيادة أو النقصان فيجب أيضاً أن يكون هذا هو شأن الحقوق المقابلة له¹

وفي الأخير فإن أساس فكرة التوازن المالي هو تعويض المتعامل المتعاقد مع الإدارة ، ويبقى الاختلاف الحقيقي في كفاءات تقدير التعويض وتحقيق التوازن المالي لكلا طرفي عقد الأشغال العامة.

ثانيا : إرتباط التوازن المالي بنظرية فعل الأمير

يقصد بنظرية فعل الأمير تلك التصرفات الإدارية المشروعة التي تقوم بها السلطة العامة المتعاقدة وتؤثر سلبا على مصالح المتعاقد معها² ،

كما يطلق عليها ب "عمل الأمير" هي كل إجراء تتخذه الإدارة المتعاقدة من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد أو زيادة في الإلتزامات التي ينص عليها العقد بما يطلق عليه بصفة عامة المخاطر الإدارية هذا الإجراء يتمثل في قرار فردي خاص أو يتخذ شكل قواعد تنظيمية كصدور تشريع أو لائحة أو القيام بالأشغال العامة تسبب للمقاول المتعاقد صعوبات اثناء تنفيذ العقد

فنظرية فعل الأمير هو إجراء خاص أو عام يصدر عن الإدارة صاحبة المشروع دون أن يكون متوقعا وقت إبرام العقد مما يترتب له ضررا خاصا به دون سائر من يشملهم الإجراء .

وعليه فإن نظرية فعل الأمير قد تتخذ صورتين :

الأولى : صدوره في صورة إجراء فردي خاص بالمتعامل المتعاقد مع الإدارة ،ونكون امام هذه الصورة عندما تستعمل الإدارة صاحبة المشروع لإمتهاداتها وسلطاتها في تعديل العقد بغرادتها المنفردة وذلك وفقا لإحدى الطريقتين : إما بالتعديل في شروط تنفيذ العقد كزيادة أو إنقاص كمية الأشغال أو مدة التنفيذ ، الشيء الذي يزيد من أعباء التكاليف التي لم

¹ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الخامسة ، مطبعة عين الشمس، 2008، ص584.

² محمد فؤاد مهنا ، المرجع السابق ن ص 795.

تكن محسوبة وقت إبرام العقد ، وإما أن يكون تدخل الإدارة ليس في شروط تنفيذ العقد مباشرة ، وإنما بالقيام بعمل يؤثر في هذه الشروط ، كما لو قامت الإدارة المتعاقدة بأعمال مادية معينة تؤثر في تنفيذ اشغال المشروع

الثانية : تتمثل الصورة الثانية في أن تقوم الإدارة المتعاقدة بإتخاذ إجراء عام لايشمل موضوع العقد كما لو أصدرت نصوص لائحية أو قوانين ينتج عن تطبيقها زيادة في الاعباء المالية والجبائية ، وإن كان هنالك من يفرض تطبيق النظرية في مثل هذه الحالة

1_ شروط تطبيق نظرية فعل الأمير

يشترط لتطبيق نظرية فعل الأمير مجموعة من الشروط يمكن إجمالها في مايلي :

- أن يكون هنالك عقد إداري .

هذا الأمر طبيعي مادمننا في مجال نظريات تتعلق بعقود القانون العام أو الصفقات العمومية التي تتميز بالطابع الخاص يفرقها في عقود القانون الخاص¹

- أن يكون الإجراء من أعمال السلطة العامة .

سواء كان إجراء تشريعيا أو إداريا وليس راجعا لظروف خارجية اقتصادية أو غيرها، وتجدر الإشارة الى أن هنالك شبه إجماع بين الفقهاء أن يكون هذا الإجراء صادرا عن الإدارة المتعاقدة كجزء من ممارستها لإختصاصاتها القانونية ، أما إذا كان ذلك العمل صادرا من جهة إدارية أخرى غير المتعاقدة فإن المتعاقد لايستفيد من نظرية فعل الأمير وإنما بإمكانه المطالبة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة اذا توافرت شروطها بالنسبة للإدارة التي تعاقدت معه أما بالنسبة للسلطة التي أصدرت الإجراء فيمكنه مقاضاتها وفقا لقواعد المسؤولية الإدارية²

- فعل الأمير يكون دائما فعلا مشروعا

وعلى هذا فإن الاعمال الغير مشروعة لاتعتبر من أفعال الأمير والتعويض عنها إذا كان له محا إنما يتقرر طبقا لقواعد المسؤولية التعاقدية أو التقصيرية فلاتطبق بشأنه

¹محمد فؤاد عبد الباسط ، العقد الإداري ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2006، ص412.

²محمود خلف الجبوري ، المرجع السابق ، ص194.

نظرية أفعال الأمير لأن إلتزام الإدارة بالعقد الصفقة العمومية وعقد الأشغال العامة خاصة لايمنعها من مباشرة سلطاتها الإدارية في تنظيم وتسيير المرافق العامة ، تلك السلطة التي تستمدّها من نصوص الدستور والقوانين المنظمة لنشاطها وإختصاصها .

2_ أثار تطبيق نظرية فعل الأمير

إذا توافرت الشروط السابقة أنتجت نظرية فعل الأمير أثرها المنتثل في تعويض المقاول تعويضاً كاملاً ، يغطي جميع الأضرار التي لحقت به بسبب تدخل الإدارة وذلك بما يكفل إعادة التوازن المالي للعقد .

فتوفر الشروط يعطي للمقاول الحق في طلب التعويض الكامل الذي تستجيب له الإدارة متى ثبت أن تصرفها الضار هو من قبل نظرية فعل الأمير والا فإن له الحق الى اللجوء الى القضاء بذات الطلب والتعويض الكامل يشمل عنصرين مالحقه من خسارة ومافاته من كسب .

ثالثاً_ إرتباط عقد الأشغال العامة بنظرية الظروف الطارئة :

يتلخص مضمون هذه النظرية أنه بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه تطرأ ظروف أو أحداث طبيعية أو إقتصادية أو سياسية من صنع الجهة الإدارية ولو من تلك المتعاقدة أو من عمل الغير ، لم تكن متوقعة عند إبرام العقد ومستقلة عن إرادة كلا المتعاقدين ولم تكن في حسابان المتعامل المتعاقد ولا في وسعه توقعها أثناء إبرام العقد ، ولا يملك لها دفعا ولا علاجاً وتكون هذه الظروف أو الحوادث إستثنائية وعامة تؤدي الى قلب إقتصاديات العقد مما يجعل تنفيذه أثقل عبءاً وأكثر تكلفة مما قدره المتعاقدان ، وإذا كان أصل هذه النظرية هو القانون الإداري أو القاضي الإداري الذي أوجدها لمعالجة حالة وسطى تقع بين إمكانية تنفيذ الإلتزام وإستحالة تنفيذه والمتمثلة في إمكانية التنفيذ ولن بصعوبة ومشقة كبيرة لاتصل الى حد الإستحالة التي كان القانون المدني يطبق فيها نظرية القوة القاهرة .

1_ ضوابط تطبيق نظرية الظروف الطارئة :

- طبيعة الظرف الطارىء : لتطبيق هذه النظرية يشترط في الظرف أن يكون طارئاً وان يكون من الحوادث الإستثنائية العامة ، فقد يكون الظرف الطارىء طبيعياً كحدوث زلزال أو إقتصادياً كارتفاع الأسعار ، وقد يكون من فعل الجهة الإدارية الغير متعاقدة
- وقت وقوع الظرف الطارىء : وهو عنصر مهم بالقول بتطبيق النظرية التي لاتشمل الا الظرف الطارىء الذي يقع بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه وقبل تمام التنفيذ لأن الحكمة من تطبيق نظرية الظروف الطارئة تتعدم خارج هذا التوقيت .
- مدى إمكانية توقع الظرف الطارىء : يعتبر شرط عدم توقع الظرف الطارىء من أهم شروط تطبيق النظرية ومنه إستمدت إسمها ، لهذا فإن اطراف عقد الأشغال العامة لايتوقعان حدوث الظرف الطارىء .
- الظرف الطارىء خارجاً عن إرادة المتعاقد : اذا كانت الإدارة المتعاقدة هي من تسببت في وقوع الحادث الخاطيء فهي ملزمة بالتعويض على اساس الفعل الضار متى كان ذلك بظناً منها والا فعلى أساس نظرية فعل الأمير متى توافرت شروطها أما إذا تسببت المصلحة في وقوع الحادث الطارىء وبدون خطأ منها وفي نفس الوقت عدم توفر نظرية فعل الأمير، فأقرمجلس الدولة الفرنسي عن التشدد في شرط إستقلال الحادث عن إرادة الطرفين المتعاقدين وافر بالتعويض في حال كانت الغدارة المتعاقدة هي من تسبب في وقوع الحادث الفجائي ولم يكن تصرفها بشكل خطأ عقدياً

المطلب الثاني

التعويض عن إخلال المصلحة المتعاقدة ببند العقد وإلتزاماتها

يقع على على المصلحة المتعاقدة تعويض المتعاقد معها في حالة إخلالها بإلتزاماتها التعقدية كما تكون الادارة مسؤولة عن تعويض المتعاقد معها عما لحق به من ضرر رغم عدم نسبة خطأ لها ويكون أساس إلتزامها بالتعويض في تلك الأخيرة إما إسناداً لنظرية

الإثراء بلا سبب وإما لإعتبارات العدالة وموجبات الحفاظ على التوازن المالي لعقد الأشغال العامة وعليه فإن مسؤوليه الإدارة عن تعويض المتعاقد معها قد تنعقد على أساس الخطأ أو دونه¹

الفرع الأول

مفهوم التعويض

هو الجزاء الأصيل لإخلال الإدارة بإلتزاماتها التعاقدية وذلك إذا لم ينص على جزاءات مالية لمواجهة هذا الإخلال ، فالنظام القانوني للتعويض قريب من النظام المدني ، وطبقاً للقواعد للقواعد العامة المقررة في القانون المدني فإن الإدارة إذا تسببت في إحداث ضرر للمتعاقل المتعاقد جاز له مطالبتها بالتعويض ، ولا يأتي له ذلك إلا بالإعمال المسؤولية المدنية للإدارة المعاهدة فالتجاوز أو الخرق قد يحدث من جانب المصلحة المتعاهدة ووجب عليها الإلتزام بالتعويض ، وفي كلتا الأحوال ووجب اللجوء الى القضاء المختص ، وأن يثبت المتعاقد معها وقوع الخطأ من جهتها ، أو تجاوزها لبنود العقد ويكون التعويض على عدة أشكال من بينها تحمل الأعباء الإضافية²

الفرع الثاني

حالات التعويض

أولاً_ التعويض على أساس الخطأ :

تستعمل الإدارة للإمتميازات التي تتمتع بها من خلال تنفيذ عقد الأشغال العامة يلزمها بالتعويض للطرف الأخر ، عندما يكون إستعمال هذه السلطات بشكل غير متوقع يلحق ضرراً بالمتعاقد ، أو يترتب عليه أعباء إضافية كما هو الحال عند تعديل العقد أو إلغاءه من قبل المصلحة المتعاهدة ، كما يترتب التعويض للمتعاقد إذا إستعملت الإدارة سلطتها في إنزال لعقوبات بالمتعاقد دون وجه حق ، وعليه سنعرض أهم حالات مخالفة الإدارة لإلتزاماتها التعاقدية .

¹بوعمران عادل ، المرجع السابق ، ص95.

²بحري إسماعيل ، المرجع السابق ، ص 82.

1_ أهم حالات الخطأ التي تستلزم التعويض .

أ- تأخر المصلحة المتعاقدة بتنفيذ إلتزاماتها.

على الإدارة المتعاقدة في كل الحالات إلتزام المدة المحددة لتنفيذ كل ما طلب منها وتنفيذ واجباتها التعاقدية وفق ما جاء في العقد ، حيث تسأل الإدارة بالتعويض على المعاهد معها عن الأضرار اللاحقة عن خطئها ، خاصة أن فعلها جراء التأخر يؤدي الى تحميل الطرف الثاني أعباء جديدة غير ملحوظة في المشروع وبالتالي فإنه يقضي إلتزام الإدارة بالتعويض لا محالة ، وقد نص المشرع الجزائري على وجوب إستفادة المتعامل الإقتصادي من عائدات تأخيرية نتيجة لعدم قيام المصلحة المتعاقدة بإصدار الدفعات على الحساب والتسوية الختامية في الوقت اللازم لذلك

ب- إمتناع المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ إلتزاماتها التعاقدية.

الإخلال يقابله التعويض ، هذا ما تنص عليه مختلف النصوص القانونية، ومثال ذلك أن لا تقدم المصلحة المتعاقدة بعضا من التسهيلات للمتعامل المتعاقد والتي إلتزمت بتقديمها إليه من شغل لعقارات مملوكة لها لتشوين المواد والمعدات اللازمة لتنفيذ عقد الأشغال العامة بالشكل المطلوب أو عدم معرفته لمكان العمل الذي يبدأ إنجاز العمل فيه وذلك دون الأخذ بمبدأ حسن النية في التعامل، ذلك لا بد على الإدارة تأمين للمقاول إلتزاماته دون أية مشاكل .

ج- الخطأ المشترك بين الإدارة والمتعاقد معها .

يكون في أوقات قليلة الخطأ الذي أدى بإلحاق الضرر للمتعامل المتعاقد مشتركا بينه وبين الإدارة ، ويترتب التعويض هنا بنسبة الخطأ، ما أيضا لا يمكنه أن يطالب بالتعويض إذا كانت الأخطاء ناتجة من عنده .

ثانيا_ التعويض عن الأعمال الإضافية:

يكن الإعتراف بحق المتعامل الإقتصادي في التعويض في تبيان الشروط المرتبطة بما كانت عليه وضعيته وقت وقوع الضرر، فالأصل أن ينفذ المتعاقد مع الإدارة الأعمال التي وجهت له فقط ، ولا يحق له إضافة أعمال أخرى جديدة ، فإذا أخل بهذا الإلتزام

والذي ححه له القانون وحب عليه تحمل عاقبة ذلك ، فإذا أضاف المتعاقد أعمالا جديدة تحقق إستفاعة الطرفين هنا يمكنه المطالبة بالتعويض بما أضافه من خدمات وأعمال ، وترتبط فكرة الأعمال الإضافية بمبدأ الإثراء بلا سبب ، لأنه يمثل الأساس القانوني لحق التعويض .

1_ مفهوم الإثراء بلا سبب :

الإثراء هو كل من أثرى على حساب غيره دون نص قانوني أو إتفاق قانوني بحيث وحب على الغير بأن يرد قدرا أو جزء ما أثرى به ومقدار إفتقار الغير¹. وتقوم قاعدة الإثراء بلا سبب على الشروط المادية والقانونية والمتمثلة في :

2_ الشروط المادية لتنفيذ مبدأ الإثراء بلا سبب.

- إثراء الإدارة : هنا يكون الإثراء مرتبط بالذمة المالية ، ويمكن حسابه بالمال ويكون بالربح أو المكسب النافع للمصلحة المتعاقدة ، بحيث تدركه عن طريق الرسوم التي يزودها بها أحد الفنيين أو الخبراء أو عن طريق الدراسات أو الحسابات .

- إفتقار المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة :

لا يكفي بطبيعة الحال تحقق الإثراء للمصلحة المتعاقدة ، بل يشترط على المتعامل المتعاقد تبيان الإفتقار الذي جاءه عن طريق ممارسته لمبدأ الإثراء ، فالإثراء يلزمه الإفتقار، فإذا لم يتحقق الإفتقار لا يكون هنالك مجال لإعمال دعوى يطب فيها المتعاقد التعويض .

- الجمع بين الإثراء بلا سبب والإفتقار :

يكون لإقرار التعويض للمتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة ، تحقق الرابطة السببية بين الإفتقار الذي يكون من طرف المتعاقد والإثراء الذي يكون من طرف الإدارة ، بحيث وحب عدم صدور أية أخطاء جسيمة من عند المتعاقد قد تساهم في هذا الإفتقار

¹ حسن بن شيخ أث ملويا ، " دروس في المسؤولية الإدارية " ، الكتاب الثالث ، الطبعة الأولى ، الجزائر ، دار

وعليه يتم تحديد التعويض الذي يستفيد منه على أساس الأعمال أو العطاءات بالفائدة على الشخص العام .

3- الشروط القانونية لتطبيق مبدأ الإثراء بلا سبب .

- سبب الإثراء والإفئار:

إن سبب الإثراء يكون في حالة وجود عقد صحيح بين المفئقر والثري فإنه لا مجال لتطبيق الإثراء بلا سبب متى وضع العقد موضع التنفيذ لأن هذه الدعوى لا يوجد مكان لها أثناء التعاقد، أما دعوى الإفئار فيشترط فيه أن لا يكون عن خطأ أو سبب المفئقر أو وجود مصلحة شخصية، فإذا نجم عن خطأ المفئقر فمفاده إستبعاد دعوى الإثراء بلا سبب ضد المثري أو الحد من المسؤولية الشبه التعاقدية والتي ستقع على المصلحة المتعاقدة بشكل كبير .

- إحتياطية الإثراء بلا سبب:

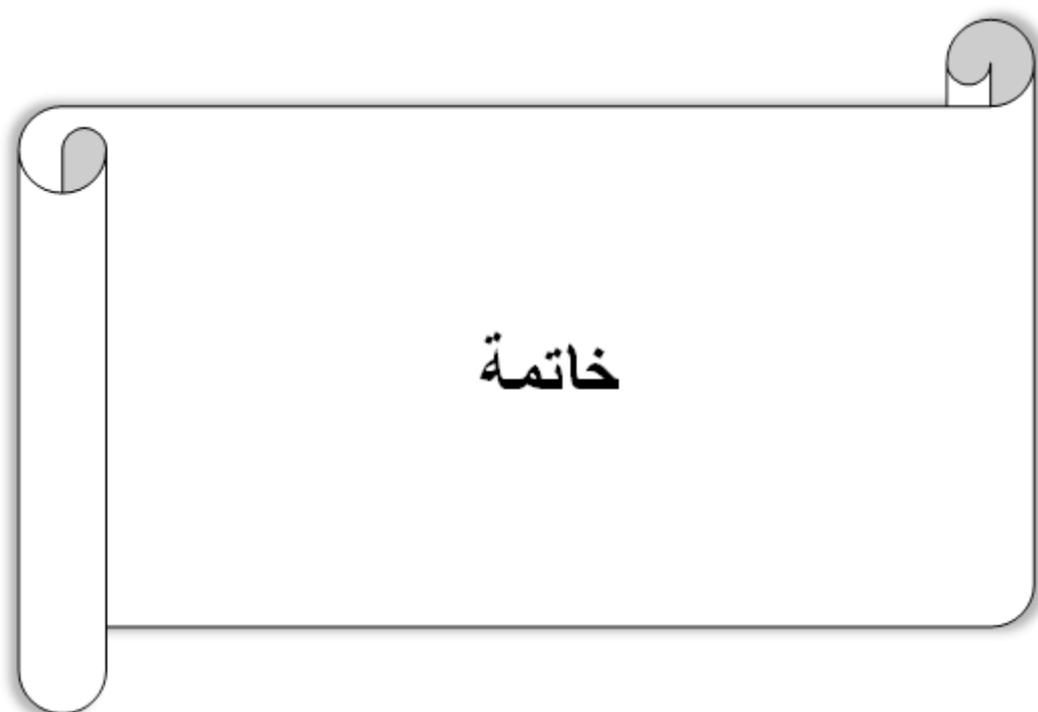
ويقصد بالدعوى الإحتياطية إلى إستفاد كل طرق الطعن ، وشرطها المتعلق بدعوى الإثراء بلا سبب يعود الى إنعدام السبب ، كما ينبغي أن يكون إثراء المصلحة المتعاقدة بلا سبب قانوني كي يتمكن المفئقر من ملاحقتها على أساس هذه الدعوى .¹

خلاصة الفصل الثاني

ختاماً لما سبق فقد إستنتجنا من خلال هذا الفصل أن المصلحة المتعاقدة هدفها الرئيسي وراء إبرامها لعقد الأشغال العامة هو تحقيق النفع العام ، وقد أعطاه المشرع الجانب المسيطر في العقد وعليه ومن الأمور التي تطرقنا إليها من خلال هذا الفصل أيضاً إلى تحديد كل من إمميزات عقد الأشغال العامة بالنسبة للمصلحة المتعاقدة في المبحث الأول ، بحيث أعطى المشرع للمصلحة المتعاقدة هذه الإمميزات المتمثلة في إممتاز الإشراف والرقابة على عقود الأشغال العامة وكذا تعديلها وإممتاز إنهاء العقد وتوقيع الجزاء على المتعامل المتعاقد كما تطرقنا إلى حقوق المتعامل المتعاقد في المبحث الثاني، فحق المتعاقد مع الإدارة يضمنه القانون، والإدارة ملزمة به بحيث يسعى المتعامل

¹ كنة لطيف ، مرجع سابق ن ص 64.

المتعاقد الى تحقيق الربح واستهداف مصلحته الشخصية ويقوم بتحقيق مصلحته الخاصة إما بإقتضاء المقابل المادي وحقه في التعويض وإعادة التوازن المالي للعقد.



خاتمة

في ختام دراستنا لموضوع "إمميزات عقد الأشغال العامة" إتضح لنا أن لهذا العقد أهمية جد بالغة ومكانة إقتصادية وإجتماعية كبيرة ، بحيث أنها مرتبطة إرتباطا وثيقا بالتنمية والإقتصاد الوطني بمختلف أشكاله، بحيث يتطلب لإنجاز عقد الأشغال العامة يدا عاملة وبالتالي إضافة مناصب شغل جديدة ، فموضوع عقد الأشغال يستدعي مدة زمنية طويلة ، وعليه فإن حهة الإدارة في هذه المدة الطويلة تقوم بممارسة إمميزات السلطة العامة خصوصا الإشراف ، الذي يعد من الإمميزات الإستثنائية الغير موجودة عند أي شخص من أشخاص القانون الخاص وما يليها من سلطات أخرى كسلطة الرقابة على المتعامل المتعاقد معها وذلك قصد تنفيذه لمستلزمات العقد بالشكل المطلوب منه ، وسلطة التعديل المنفردة والتي تعتبر إمتياز خاص بها ولايمكن لأي شخص إستعماله ، وسلطة توقيع الجزاءات المالية بمختلف صورها ، وسلطة الإنهاء المتمثلة في الفسخ الإفرادي دون الحاجة للجوء الى القضاء .وفي مقابل ذلك فقد حرص المشرع الجزائري والقضاء على حماية المتعاقدين بتوفيرهم جملة من الحقوق في حال ما إذا تعسفت المصلحة المتعاقدة، هذه الحقوق متمثلة في المقابل المالي الذي هو أحد الحقوق المكرسة قانونا ويملكها أي متعاقد حتى عند الخواص فالكل يؤكد على أن الثمن أو المقابل المالي شرط فيه عملية التفاوض يصبح نهائيا عندما يتم الإتفاق عليه بين الطرفين .

وعليه فإن ما يبرز مظاهر تميز عقد الأشغال العامة عن غيره من عقود الصفقات العمومية الأخرى وذلك طبقا للمرسوم الرئاسي 247/15 هو موضوع العملية التعاقدية في حد ذاتها والتي جاءت مفصلة في المادة "29" من ذات المرسوم ، فموضوعها يتعلق بعمليات كثيرة ومتنوعة من بناء أو تجديد أو صيانة أو تهيئة أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم منشأة أو جزء منها بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها والضرورية. فإذاخرجت الصفقة عن العمليات التالية لايصح عقدا للأشغال العامة ، فالمشرع الجزائري لم يبرز خصوصية موضوع عقد الأشغال العامة إلا في الأمر 90/67 كأول تشريع للصفقات العمومية ولا في المرسوم 145/82 ولا في المرسوم التنفيذي 434/91 وكذلك المرسوم الرئاسي 250/02 وقد كان المرسوم الرئاسي 236/10 السابق في تفصيل موضوع عقد الأشغال العامة وتمييزها عن موضوع الصفقات

العمومية الأخرى من خدمات ودراسات واقتناء لوازم ، ثم جاء المرسوم الرئاسي 247/1 ميرزا ومبينا لموضوع ومضمون وحدود هذا العقد وذلك في نص المادة "29" سابقة الذكر .

ولقد سجلنا في إعطائنا لمفهوم عقد الأشغال العامة أنه من الجهة المالية يستوجب تخصيص أموال ضخمة وكبيرة مقارنة بعقود الصفقات الأخرى بحيث تتحملها الخزينة العامة للبلاد وذلك بغرض إنجاز جل العمليات المتعلقة بالأشغال من بناء للطرق ، والأنفاق والمطارات والموانئ وغيرها ، فهي كلها مشاريع ذات أهمية كبيرة ، تساهم في تحريك العجلة الإقتصادية في مختلف ربوع الوطن ، ومن خلال هذه العملية المتمثلة في التعاقد تهدف الدولة أو الإدارة العامة الى تسيير مرفقها العام بطريقة قانونية مع تعزيز العلاقة بينها وبين المواطن وذلك تنمية للمشاريع ذات الجانب الإقتصادي .

ومن خلال دراستنا للموضوع إمتيازات "عقد الأشغال العامة " وللإجابة عن الإشكالية المطروحة فقد توصلنا إلى النتائج التالية :

- عقد الأشغال العمومية هو أحد العقود المحددة بنص قانوني ، والتي نص عليها المرسوم الرئاسي 247/15، كما نص أيضا على كيفية وأساليب إبرام عقد الأشغال العامة والتي حصرها في إجراءين وهما إجراء طلب العروض كمبدأ عام والتراضي كإستثناء .

- ضرورة مراعاة المصلحة المتعاقد أثناء قيامها لإمتياز للتعديل الممنوح لها، بعدم المساس بالتوازن المالي لعقد الأشغال العامة ، وفي حال إخلال العقد من طرفها أو لسبب خارج عن إرادتها عليها أن تمنح تعويض للمتعاقد معها حفاظا على سير المرافق العامة

- تنوعت وإختلفت النصوص القانونية التي أعطت الحماية اللازمة للمتعاقد في عقد الأشغال العامة ، بحيث لم تقتصر هاته النصوص على فروع القانون العام و فقط بل إمتدت إلى فروع القانون الخاص، وإرتبطت بعدة نظريات ومبادئ خاصة بالقانون المدني .

- تتجسد مظاهر حماية المشرع الجزائري للمتعاقد في عقد الأشغال العامة في الإعتراف بحقوقه وذلك بموجب القانون ونصوص العقد ، ومن أهمها حق المتعاقد في الحصول على مال نظير الأشغال التي قدمها والذي يعرف بالحق المالي ، كما نص على حقه في التعويض حتى دون خطأ من المصلحة المتعاقدة بتعويضه بموجب القواعد العامة ،

كما لئنسى حقه فى إعادة التوازن المالى والذى بدوره يضع حدا لتعسف الإدارة فى تجاوز حدود سلطتها تحت إسم المصلحة العامة .

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

I- القرآن الكريم قراءة ورش.

- 1- أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: سامي بن محمد السلامة، المجلد الثالث، الطبعة الثانية، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض (المملكة العربية السعودية)، 1999.

II- المعاجم والقواميس

- 1- إبراهيم أنس، عبد الحليم منتصر وآخرون، المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة (مصر)، 2004.
- 2- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، دار صادر، بيروت (لبنان)، دون سنة نشر.
- 3- أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب للنشر والتوزيع، القاهرة (مصر)، 2008.

III- النصوص القانونية

❖ الدولية

- 1- القانون رقم 131 لسنة 1948 المتضمن القانون المدني المصري.
- 2- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

❖ المحلية

- 1- المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 28 شوال عام 1431 هـ الموافق لـ 07 أكتوبر سنة 2010م، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، عدد 58، المؤرخة في 28 شوال عام 1431 هـ الموافق لـ 07 أكتوبر سنة 2010م.
- 2- المرسوم التنفيذي رقم 11-110 المؤرخ في 01 ربيع الثاني عام 1432 هـ الموافق لـ 06 مارس سنة 2011م، المتمم للمرسوم التنفيذي رقم 93-289 المؤرخ في 14 جمادى الثانية عام 1414 هـ الموافق لـ 28 نوفمبر سنة 1993م، والذي يوجب على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري أن تكون لها

- شهادة التخصص والتصنيف المهنيين، الجريدة الرسمية، عدد 15، المؤرخة في 04 ربيع الثاني عام 1432 هـ الموافق لـ 09 مارس سنة 2011م.
- 3- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة عام 1436 هـ، الموافق لـ 16 سبتمبر سنة 2015م، والمتضمن لقانون تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية، عدد رقم 05، الصادر بتاريخ 06 ذي الحجة عام 1436 هـ الموافق لـ 20 سبتمبر 2015م.
- 4- المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المؤرخ في 08 شوال عام 1442 هـ الموافق لـ 20 مايو سنة 2021م، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، الجريدة الرسمية، عدد 50، المؤرخة في 13 ذو القعدة عام 1442 هـ الموافق لـ 24 يونيو سنة 2021م.
- 5- القانون رقم 11-10 المؤرخ في 20 رجب عام 1432 هـ الموافق لـ 22 يونيو سنة 2011م، المعدل والمتمم بالأمر رقم 21-13 المؤرخ في 22 محرم عام 1443 هـ الموافق لـ 31 غشت سنة 2021م، المتعلق بقانون البلدية، الجريدة الرسمية، عدد 67، المؤرخة في 22 محرم عام 1443 هـ الموافق لـ 31 غشت سنة 2021م.

ثانيا: المراجع

I-الكتب

❖ باللغة العربية

- 1- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، دار هومة للنشر والتوزيع، بوزريعة (الجزائر)، بدون سنة نشر.
- 2- أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، دون بلد نشر، 1973.
- 3- أشرف أنس جعفر، العقود الإدارية: دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيق للقانون رقم 182 لسنة 2018 الخاص بالتعاقدات العامة في مصر ولائحته التنفيذية مع دراسة لعقود B.O.T و عقود الشراكة مع القطاع الخاص، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة (مصر)، 2021.

- 4- بكر عبد الفتاح السرحان، المدخل إلى علم القانون، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، 2012.
- 5- بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة (الجزائر)، 2010.
- 6- جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة (مصر)، 2005.
- 7- حسن محمد عواضة، المبادئ الأساسية للقانون الإداري: دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 1997.
- 8- حمدي القبيلات، القانون الإداري: القرارات الإدارية، العقود الإدارية، الأحوال العامة، الوظيفة العامة، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
- 9- خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- 10- رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية، دار المكتبي، دمشق (سوريا)، 1999.
- 11_ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية: دراسة مقارنة، جامعة عين شمس، القاهرة (مصر)، 1984.
- 12- صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998: المشاكل العملية والحلول القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة (مصر)، دون سنة نشر.
- 13- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان)، 1998.
- 14- عبد العزيز السيد الجوهري، محاضرات في الأموال العامة: دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون (الجزائر)، 1987.
- 15- عدنان باقي لطيف، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية: دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة (مصر)، 2012.
- 16- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر، دار جسور للنشر والتوزيع، المحمدية (الجزائر)، 2011.

- 17- عمار عوابدي، دروس في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، دون سنة نشر.
- 18- فؤاد العطار، مبادئ في القانون الإداري: محاضرات في تنظيم الإدارة العامة، مكتبة عبد الله وهبه، القاهرة مصر، 1957.
- 19- قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون (الجزائر)، 2006.
- 20- لباد ناصر، الوجيز في القانون الإداري، دار المجد للنشر والتوزيع، سطيف (الجزائر)، 2010.
- 21- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة (الجزائر)، 2005.
- 22- محمد سعيد حسين أمين، دراسة مقارنة في فكرة العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة (مصر)، 1998.
- 23- محمد سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1984.
- 24- محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان)، 2003.
- 25- محمد عدنان النجار، إدارة الأفراد: إدارة الموارد البشرية والسلوك التنظيمي، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، دمشق (سوريا)، 1995.
- 26- محمد كامل ليلة، مبادئ القانون الإداري: مقدمة عامة، التنظيم الإداري، نشاط الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة (مصر)، 1968.
- 27- محمود عاطف البناء، العقود الإدارية: دراسة تأصيلية وتحليلية، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، مصر، 2008.
- 28- مروة هيام، القانون الإداري الخاص: المرافق العامة الكبرى وطرق إدارتها، الاستملاك، الأشغال العامة، التنظيم المدني، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت (لبنان)، 2003.

- 29- نبيلة عبد الحليم كامل، الوجيز في القانون الإداري: النشاط الإداري، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة (مصر)، 2007.
- 30- حمدي علي عمر ، "المسؤولية التعاقدية للإدارة" ، دراسة مقارنة ، المجلة القانونية والاقتصادية ، العدد الثامن ، 1996.
- 31- نصري منصور نابلسي ، العقود الإدارية ، منشورات زين الحقوقية ، الإسكندرية ، الطبعة الثانية ، 2012.
- 32- عبد الغني بسيوني عبد الله ، القانون الإداري ، دراسة مقارنة الأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقاتها في مصر منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بدون طبعة ، 1991
- 33- محمد فؤاد مهنا ، مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظل الإتجاهات الحديثة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بدون طبعة ، بدون تاريخ.
- 34 - عبد العالي سمير ، الصفقات العمومية ولتنمية ، دار الأفاق المغربية ، الرباط ، 2010
- 35- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الإلتزام، المجلد الأول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الثالثة ، 2000.
- 36- محمد صالح عبد البديع السيد، دور فكرة التوازن المالي للعقد في التوفيق بين سلطة التعديل العقد والحقوق المالية للمتعاقد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون طبعة ، 2009.
- 37- عمار بوضياف، "شرح تنظيم الصفقات العمومية" ، الطبعة الخامسة ، القسم الثاني ، بدون دار النشر، 2017
- 38- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الخامسة ، مطبعة عين الشمس ، 2008
- 39- محمد فؤاد عبد الباسط ، العقد الإداري ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2006.

باللغة الأجنبية

- 1- André De Laubadère, Traité élémentaire de droit administratif, Tome N° 02, 5^{ème} édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris (France), 1970.
- Bennadji Chérif, Les marchés publics et la corruption en Algérie, Revue d'étude et de critique social, N° 25, Alger, 2008.
- 2- Charles Debbasch, Frédéric Colin, Droit administratif, 12^{ème} édition, Economica, Paris (France), 2018.

- 3- Jean Rivero, Jean Waline, Droit administratif, 19^{ème} Edition, Dalloz, Paris (France), 2002.
- 4- SaroitBadaoui, Le fait du prince dans les contrats administratifs, L.G.D.J, Paris (France), 1954.

II- الرسائل والأطروحات

❖ أطروحات الدكتوراه

- 1- ثورية لعيوني ، معيار العقد الإداري: دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، سنة المناقشة: 1987.
- 2- عيسى عبد القادر الحسن ، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، أطروحة دكتوراه، كلية الآداب والاقتصاد، جامعة الإسكندرية، مصر، سنة المناقشة: 1997.
- 3- بن شعبان علي ، "أثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري" ، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه الدولة ، تخصص قانون عام ، جامعة قسنطينة ، 2011_2012

❖ رسائل الماجستير

- 1- عبيد مريم، طرق إبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة العربي التبسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تبسة ، الجزائر ، سنة المناقشة: 2005 - 2006.
- 2- نور الدين عبابسة، مانع جمال عبد الناصر، "تنفيذ الصفقات العمومية بين إمتيازات المصلحة المتعاقدة وحقوق المتعامل المتعاقد" ، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق جامعة العربي بن مهدي ، فرع قانون الإدارة العامة ، 2008
- 3- بحري إسماعيل، الضمان في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة بين يوسف بن خدة، الجزائر ، 2008/2009

❖ مذكرات المدرسة العليا للقضاء

- 1- دريسري مالك، صفقة إنجاز الأشغال العمومية والمنازعات المثارة بشأنها في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج من المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 17، الجزائر، سنة المناقشة: 2009/2010.

2- فارس خنوش، النظام القانوني لصفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، مذكرة تخرج من المدرسة العليا للقضاء، الدورة 04، الجزائر، سنة المناقشة: 2006-2007.

3- نصر الشريف عبد الحميد، العقود الإدارية في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج من المدرسة العليا للقضاء، الدورة 12، الجزائر، سنة المناقشة: 2004 - 2005.

❖ مذكرات الماستر

1- أزياب نبيل، "سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون إداري ، جامعة محمد خيضر، بسكرة ، 2015/2014

2- بلعياط كريم وبولبرادع أيمن ، سلطات المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية وفقا لأحكام المرسوم 15 /247،"مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون عام داخل ، جامعة محمد الصديق بن يحي ، كلية الحقوق جيجل.

3- بوشيرب مليكة، المتعامل مع الإدارة في عقود الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، 2015/2014.

4- كنزة لطيف، حقوق المتعامل المتعاقد في ظل قانون الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ،جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، بسكرة.

❖ المحاضرات

1- أحمد محيو ، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثالثة ، 1979

III- المجالات والمقالات

1- إبراهيم محمد شاشو، "أحكام المناقصة في الفقه الإسلامي"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد الرابع، جامعة دمشق، كلية الشريعة، دمشق ، سوريا، 2011.

2- لميز أمينة، "التراضي كأسلوب استثنائي في إبرام الصفقات العمومية على ضوء المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247"، مجلة الحوار الفكري، العدد 15، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس (الجزائر)، 2018.

3- وفاء جدي، "أسلوب التراضي في إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري"، مجلة التراث، العدد 21، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، دون سنة نشر.

4- عبد اللطيف قطيش، الصفقات العمومية تشريعا فقها واجتهادا، دراسة مقارنة، لبنان الطبعة الثانية، 2013

5- بن حفاف سالم، العقون ساعد، مراحل تفوق الإدارة في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247/15، "مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية"، المجلد 14، العدد 02، 2021.

IV- المواقع الإلكترونية

- 1- <http://jafbase.fr/docAsie/Irak/code%20civil%20irakien%201951.pdf>
- 2- <http://www.mtpt.gov.dz/?p=2520>
- 3- <https://cours-de-droit.net/arret-effimieff-1955>
- 4- <https://support.google.com/google-ads/answer/85961?hl=ar>
- 5- <https://www.a7wallaw.com/9966>
- 6- <https://www.caci.dz/ar/Archives-Evenement/Pages/Avis-d%27appel-d%27offres-national-restreint-.aspx>
- 7- <https://www.cairn.info/revue-legicom-2004-2-page-117.htm#pa1>
- 8- <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/eg/eg026ar.pdf>



فهرس المحتويات

الصفحة	العنوان
/.....	الإهداء.....
/.....	شكر وعران.....
أ_د	مقدمة.....
05	الفصل الأول : ماهية عقد الأشغال العامة.....
06	المبحث الأول : الإطار المفاهيمي لعقد الأشغال العامة.....
06	المطلب الأول : تعريف عقد الأشغال العامة.....
06	الفرع الأول : التعريف اللغوي لعقد الأشغال العامة.....
06	أولا : تعريف العقد لغة.....
07	ثانيا : تعريف الأشغال لغة.....
07	ثالثا : تعريف العامة لغة.....
08	الفرع الثاني : التعريف الفقهي لعقد الأشغال العامة.....
08	أولا : تعريف الأشغال العامة.....
10	ثانيا : تعريف عقد الأشغال العامة.....
14	الفرع الثالث : التعريف التشريعي لعقد الأشغال العامة.....
14	أولا : المشرع الفرنسي.....

14 ثانيا : التشريعات العربية
15 ثالثا : المشرع الجزائري
16 المطلب الثاني : خصائص عقد الأشغال العامة
16 الفرع الأول : خصائص تتعلق بالعقد
17 أولا : عقد الأشغال العامة عبارة عن عقد مكتوب
20 ثانيا : مضمون عقد الأشغال العامة هو العقار
21 ثالثا : الهدف من وراء عقد الأشغال العامة هو تحقيق النفع العام
22 رابعا : تضمن العقد للحد المالي المتفق عليه
22 الفرع الثاني : خصائص تتعلق بأطراف العقد
23 أولا : المصلحة المتعاقدة
24 ثانيا : المتعامل المتعاقد
25 المبحث الثاني : الأساس القانوني لإبرام عقد الأشغال العامة
26 المطلب الأول : المناقصة كأصل عام لإبرام عقد الأشغال العامة
26 الفرع الأول : تعريف المناقصة
26 أولا : التعريف اللغوي للمناقصة
27 ثانيا : التعريف الإصطلاحي للمناقصة
29 الفرع الثاني : أشكال المناقصة

30	أولا : المناقصة المفتوحة.....
30	ثانيا : طلب العروض المفتوح مع إشتراط قدرات دنيا
31	ثالثا : طلب العروض المحدود.....
32	رابعا : المسابقة.....
33	الفرع الثاني : إجراءات المناقصة لإبرام عقود الأشغال العامة
33	أولا : المرحلة التحضيرية.....
35	ثانيا : مرحلة الإعلان عن المناقصة.....
37	ثالثا : مرحلة إيداع العروض.....
37	رابعا : مرحلة فتح العروض وإختيار المتعامل المتعاقد
41	المطلب الثاني : التراضي كإستثناء لإبرام عقد الأشغال العامة.....
42	الفرع الأول : تعريف التراضي.....
42	أولا : التعريف اللغوي للتراضي.....
43	ثانيا : التعريف الإصطلاحي للتراضي.....
44	الفرع الثاني : حالات إجراءات التراضي لإبرام عقدا لأشغال العامة.....
44	أولا : التراضي البسيط.....
48	ثانيا : التراضي بعد الإستشارة.....
52	خلاصة الفصل الأول.....

- 60 الفصل ثاني : إمتيازات وحقوق طرفي عقد الأشغال العامة.
- 61 المبحث الأول : بالنسبة للمصلحة المتعاقدة
- 62 المطلب الأول : إمتيازي الرقابة والإشراف وتعديل عقد الأشغال العامة
- 62 الفرع الأول : إمتياز الرقابة والإشراف في تنفيذ عقد الأشغال العامة.....
- 65 أولا : مفهوم الرقابة والإشراف وأساسها القانوني.....
- 69 ثانيا : مظاهر الرقابة والإشراف على تنفيذ عقد الأشغال العامة.....
- 71 ثالثا : أثار الرقابة والإشراف في عقد الأشغال العامة.....
- 73 الفرع الثاني : إمتياز المصلحة المتعاقدة في تعديل عقد الأشغال العامة
- 74 أولا : مفهوم إمتياز التعديل.....
- 74 ثانيا : الأساس القانوني لإمتياز التعديل في عقد الأشغال العامة.....
- 76 ثالثا : ضوابط ممارسة المصلحة المتعاقدة لعملية التعديل.....
- 77 المطلب الثاني : إمتيازي توقيع الجزاء وإنهاء العقد على المتعامل المتعاقد.....
- 77 الفرع الأول : توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد
- 78 أولا : مفهوم إمتياز توقيع الجزاءات.....
- 79 ثانيا : الأساس القانوني لتوقيع المصلحة المتعاقدة للجزاءات على المتعاقد معها.....
- 80 ثالثا : إمتياز الإدارة في سحب العمل من المتعامل المتعاقد في عقد الأشغال العامة.....
- 80 رابعا : ضوابط ممارسة سلطة توقيع الجزاءات.....

- 81 الفرع الثاني : إنهاء عقد الأشغال العامة.
- 82 أولاً: مفهوم الفسخ في عقد الأشغال العامة.
- 83 ثانيا : أنواع الفسخ في عقد الأشغال العامة.
- 84 ثالثا : شروط تطبيق إمتياز إنهاء عقد الأشغال العامة وفسخه.
- 85 رابعا : أثار الفسخ في عقد الأشغال العامة.
- 85 المبحث الثاني : بالنسبة للمتعاقل المتعاقل مع الإدارة.
- 86 المطلب الأول : المقابل المادي وإعادة التوازن المالي لعقد الأشغال العامة.
- 87 الفرع الأول : المقابل المادي في عقد الأشغال العامة.
- 93 الفرع الثاني : إعادة التوازن المالي للعقد.
- 94 أولاً : مفهوم إمتياز التوازن المالي في عقد الأشغال العامة.
- 95 ثانيا : إرتباط التوازن المالي بنظرية فعل الأمير.
- 98 ثالثا : إرتباط عقد الأشغال العامة بنظرية الظروف الطارئة.
- 99 المطلب الثاني : التعويض عن إخلال المصلحة المتعاقل ببنود العقد والتزاماتها.
- 99 الفرع الأول : مفهوم التعويض.
- 100 الفرع الثاني : حالات التعويض.
- 100 أولاً : التعويض على أساس الخطأ.
- 101 ثانيا : التعويض عن الأعمال الإضافية.

103	خلاصة الفصل الثاني:
105	خاتمة:
108	قائمة المصادر والمراجع:
116	فهرس المحتويات:

الملخص

يتميز عقد الأشغال العامة عن عقود الصفقات العامة الأخرى أن موضوع هذا العقد يقع في حدود أشغال البناء أو ترميم أو تأهيل أو صيانة أو هدم منشأة أو جزء منها. كما ميز المشرع الجزائري عقد الأشغال العمومية عن العقود الإدارية الأخرى وعقود الصفقات العمومية. على وجه الخصوص، الحد المالي لإتمام هذا العقد والمقدر باثني عشر مليون دينار (12.000.000) أو أقل.

كما أكد المشرع الجزائري بأن لكلا أطراف عقد الأشغال العامة الممثلين في الإدارة والتعاقد معها إمتيازات هذه الأخيرة هي متفاوتة وغير متساوية بحيث نجدها لدى الإدارة بشكل أوسع وأشمل باعتبارها صاحبة المشروع. كما أعطى المشرع الجزائري حقوق وامتيازات للمتعاقد مع الإدارة وذلك للدفاع عن نفسه في حال تعسفها.

summary

What distinguishes the public works contract from other public contracts is that the subject of this contract falls within the limit of carrying out construction, restoration, rehabilitation, maintenance or demolition works. a work or part thereof. The Algerian legislator has also distinguished the public works contract from other administrative contracts and public contracts. In particular, with regard to the financial threshold for the performance of this contract, estimated at twelve million dinars (12,000,000) or less.

the Algerian legislator having stressed that the two parties to the public works contract represented in the administration and contracting with it have the privileges of the latter are unequal and unequal so that we find them with the administration in a broader and more global way as the contracting authority of the project. The Algerian legislator has also given rights and privileges to the contracting party with the administration in order to defend themselves in the event of abuse.