

جامعة محمد خيضر - بسكرة -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



منازعات تنفيذ الصفقات العمومية في التشريع الجزائري

مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: قانون إداري

إشراف الأستاذة:
- بوسته ايمان

من إعداد الطالبة
- ثامر نورة

السنة الجامعية : 2014 / 2015

مقدمة :

تقوم الإدارة في الأنظمة القانونية الحديثة بنوعين من الأعمال ، فتارة يصدر عنها أعمال مادية تقوم بها تنفيذاً لقانون معين أو تنفيذاً لقرار إداري ، وتارة أخرى تقوم بأعمال قانونية تحدث أثراً في المركز القانوني للغير المعني بالعمل .

وأعمال الإدارة القانونية ليست من صنف واحد ، فهي أحيانا تقوم بالعمل بإرادتها المنفردة دون مشاركة من الطرف المعني بالعمل وتتجلى صورة ذلك في القرار الإداري ، وإلى جانب ذلك تدخل الإدارة في روابط عقدية كثيرة بهدف قيامها بنشاطها واضطلاعها بأعباء الخدمة العامة وتلبية حاجات الجمهور ، وهي وسيلة لا تقل أهمية على القرارات الإدارية ، ومن أجل ذلك تدخل المشرع معترفاً للإدارة بأهلية التعاقد بغرض تمكينها من تحقيق الأهداف المنوط بها ، وهذا ما يصطلح عليه بنظرية العقد الإداري .

إن نظرية العقد الإداري نظرية من منشأ قضائي أرسى قواعدها ومبادئها القضاء الفرنسي بعد أن اقتنع بعدم صلاحية نصوص القانون المدني كأصل عام لتحكم العقد الإداري وهذا بحكم اختلاف الهدف من العملية التعاقدية ذاتها ، فالعقد المدني يسعى إلى تحقيق المصلحة الخاصة لأطراف الرابطة العقدية ، أما العقد الإداري فيسعى إلى تحقيق المصلحة العامة ، وإذا كان العقد المدني حقق سبق من حيث الوجود وحقق الفضل من حيث أن بعض قواعده انتقلت للعقد الإداري ، إلا أن تميز العقد الإداري من حيث الهدف ومن حيث الأطراف يفرض تخصيصه بأحكام مستقلة عن تلك المقررة على صعيد القانون المدني .

ونظراً لقيام العقد الإداري على فكرة تغليب الصالح العام على الصالح الفردي ، في حالة التعارض بينهما ، فإن الإدارة تتمتع وهي بصدد تنفيذه بسلطات واسعة يختل معها مبدأ الحفاظ على التوازن بين مصلحة طرفي العقد المعمول بها في مجال العقود المدنية .

ونظراً أيضاً للتطور المستمر الذي تشهده الدولة بمفهومها الحديث في مختلف مجالات الحياة و على مختلف المستويات الاقتصادية والاجتماعية و السياسية ، مما ألزمها ببسط نفوذها و فرض سيطرتها على مختلف الميادين ، وكل هذا في ظل تحول العالم من الاشتراكية المقيدة إلى الرأسمالية والقائمة أساساً على تحرير رؤوس الأموال، وهذا ما أثر على أعمال

الإدارة بصفة مباشرة باعتبارها الأداة التنفيذية للدولة خاصة في جانب العقود التي تبرمها ، كالباع والشراء ، و تنفيذ الأشغال أو الحصول على الخدمات ، وبالتالي فإن هذه العمليات التي تكون الإدارة طرفا فيها تأخذ صورة العقود الادارية بشروط و إمتيازات غير مألوفة في عقود القانون الخاص ، ومن أبرز هذه العقود ، نذكر منها عقد تسيير المرفق العمومي أي عقد الامتياز و العقود المتعلقة بالعقارات التابعة للأملاك الوطنية وعقود الصفقات العمومية ، هذه الأخيرة هي موضوع و محور دراستنا .

إن هذا التغيير و التطور للدولة كان له بالغ الأثر على حركية الإدارة العامة فهي لكي تحقق الإشباع العام لمواطنيها سواء فيما تعلق بالحاجات أو الخدمات العامة وجب عليها اللجوء إلى طرف آخر للتعاقد معه . ومن هنا أصبحت وسيلة التعاقد من أهم وسائل حصول الإدارة على متطلباتها لتلبية الاحتياجات العامة ، كونها الوسيلة القانونية الأفضل ، وما يعد تخصيص الإدارة لمبالغ كبيرة لهذه العقود إلا دليل على إهتمامها بذات الموضوع .

لقد حرص المشرع الجزائري منذ الإستقلال إلى إيجاد منظومة قانونية متكاملة تحكم الأعمال التعاقدية للإدارة ، و يعتبر قانون الصفقات العمومية من بين أهم التشريعات القانونية التي تنظم عقود الإدارة .

تعتبر الصفقات العمومية عقودا إدارية و تكتسي أهمية كبرى في مختلف التشريعات ، كونها أهم صورة للتعاقد و الأداة الأساسية التي من خلالها تطمح الدولة إلى دفع عجلة التنمية الاقتصادية و تطبيق أساسياتها في مختلف المجالات السياسية و الاجتماعية و الاقتصادية ، حيث صدر في الجزائر أول تشريع للصفقات العمومية بعد الاستقلال بموجب الأمر 90/67 المؤرخ في 17 جوان 1967 و كانت العبارة المستعملة " العقود الادارية " ، وجاء هذا الأمر متماشيا مع النظام الاشتراكي الذي تبنته الجزائر بعد الاستقلال ، ثم صدور المرسوم رقم 145/82 واستعمل المشرع هنا مصطلح " صفقات المتعامل العمومي " ، وتلاه عدة مراسيم و تعديلات كلها مرتبطة بالسياسة العامة و الوضع الاقتصادي للدولة إلى غاية صدور المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 12-23 ، الذي جاء متشددا في موضوع شفافية الاجراءات و الفعالية و أكثر حماية للأموال العامة و من خلال إدراج البنود المتعلقة بقانون الفساد و تكريسا لترشيد النفقات العمومية .

- و من هنا فالدراسة في هذا البحث تهدف إلى الاجابة على الإشكالات القانونية التالية :
- كيف يمكن تسوية منازعات تنفيذ الصفقة العمومية بما يضمن حقوق الأطراف المتعاقدة من جهة و المحافظة على المال العام من جهة أخرى ؟.**
- كما يندرج تحت هذا المشكل عدة تساؤلات فرعية تتمثل في :
- مامدى نجاعة التعديلات التي أدخلها المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 ؟.
 - ما لآليات التي كفلها المشرع لتسوية المنازعات إذا ما أخل أحد الأطراف بالتزاماته التعاقدية؟.
 - وهل يمكن اللجوء إلى طرق ودية لتسوية المنازعة ؟ .
 - وما هي الأحكام القانونية التي وضعها المشرع الجزائري و المتعلقة بالتسوية القضائية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية ؟
 - هل منازعات تنفيذ الصفقات العمومية من إختصاص القضاء العادي أم هي من إختصاص القضاء الإداري؟ .
 - **أهمية الموضوع :** إذا كان موضوع قانون الصفقات العمومية- بصفة عامة- على هذا القدر من الأهمية فإن أهم ما فيه هو **منازعات الصفقات العمومية** وذلك لاعتبارات أساسية أهمها :
- *-ترتبط منازعات الصفقات العمومية مباشرة بالمنازعات التي يكون أحد أطرافها الإدارة ممثلة في الهيئات التي تخضع في إبرام عقودها لقانون الصفقات العمومية ، و عليه أمكن القول بأن الموضوع يستمد أهميته بالدرجة الأولى ،كونه يتعلق بالمرفق العام الذي يعتبر أهم ركائز القانون الإداري ، ونقطة البداية التي ظهر على إثرها القضاء الإداري أو ما يسمى بالمنازعات الإدارية، فالفقه يكاد يجمع على أن أول حكم قضائي أسس لابتكار قضاء إداري مستقل هو **حكم بلانكو** الذي أحال النزاع إلى مجلس الدولة الفرنسي على أساس أن أحد أطرافه مرفق عام.
- *-تكمّن أهمية منازعات الصفقات العمومية في إرتباطها المباشر بالمال العام، فهي بهذا نزاع بين المتعامل المتعاقد و المصلحة المتعاقدة على تنفيذ عقد ممول عن طريق ميزانية الدولة (المال العام)، لذلك و جب البحث عن الآليات القانونية والقضائية التي تؤدي إلى حل النزاع بين الطرفين بالدرجة الأولى، و المحافظة على المال العام بدرجة أخرى .

* - ترتبط منازعات الصفقات العمومية بفكرة المصلحة العامة ، خاصة لأن الغاية المرجوة من إبرام الصفقات العمومية بالنسبة للإدارة هي تحقيق النفع العام ، لذلك فإن أي نزاع يثار بين المتعامل المتعاقد و بين الإدارة المعنية بالصفقة يكمن في الكيفية التي نفذت بها الصفقة العمومية لتحقيق المصلحة العامة . فإذا كان المتعامل المتعاقد يسعى إلى تحقيق الربح فهو في نهاية الأمر يقوم بالتعاقد مع الإدارة لتنفيذ صفقات عمومية و تحقق النفع العام للمواطنين .

أسباب الدراسة : المتعارف عليه في البحث العلمي أن الأسباب التي تدفع الباحث إلى إختيار موضوع معين متنوعة بين ذاتية و أخرى موضوعية ، بل أن هناك جوانب مختلفة تتحكم في عملية الإختيار ، وعليه فإن تناول موضوع منازعات الصفقات العمومية جاء لعدة أسباب :

- **أسباب ذاتية** تتمثل في :

- البحث في مجال الصفقات من المواضيع الحساسة و الدقيقة و الدسمة في نفس الوقت مما يضفي عليه طابع التشويق ، و هذا ما أعطاني الدافع و العزيمة على السير في هذه الدراسة البحثية الشيقة ، بالإضافة للرغبة النفسية الملحة في تناول الموضوع الذي يعتبر الأكثر تعقيدا و تعود هذه الرغبة إلى الإحتكاك المباشر بمنازعات الصفقات العمومية في أكثر من مناسبة .

- **أسباب موضوعية** تتمثل في :

- إثراء المكتبة القانونية خاصة أمام النقص الذي نحن بصده خاصة في مجال منازعات الصفقات العمومية بناء على أحكام التشريع الجزائري .

- الدافع المهني

- الوضع الراهن للبلاد ، و الذي يتميز بحركية اقتصادية كبيرة أدت إلى التوسع من نفقات التجهيز ، مما جعل اللجوء إلى الصفقات العمومية يزداد بشكل كبير .

- ترشيد نفقات الإدارة العمومية جراء الأموال الطائلة التي أصبحت تصرف في إنجازات تفاقده النوعية و الديمومية التي تميز أعمال الدولة مما جعل من هذه البرامج تقع رهينة التبيد .

- إبراز دور القضاء في حماية المال العام من جهة و حماية حقوق المتعاقدين مع الإدارة العمومية من جهة أخرى .

- كثرة التعديلات فيما يخص القوانين المتعلقة بالصفقات العمومية .
- إن صرف هذه النفقات العمومية يتطلب تكريس مبدأ الشفافية ، لأن شفافية الإدارة هي من أهم الأسس لنجاعة النفقات العامة و لأنها تجعل من هذه النفقات تذهب للميادين المخصصة لها .

أهداف دراسة الموضوع : ترمي هذه الدراسة الى تبيان القواعد القانونية المتعلقة بمنازعات الصفقات العمومية من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بها و اكتشاف الثغرات الموجودة فيها، و التي عادة ما تؤدي إلى مشاكل عملية كثيرة عند تطبيقها سواء بالنسبة لرجل الإدارة أم المتعامل المتعاقد ، و يتعلق الأمر هنا بالمرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم بالرسوم الرئاسي رقم 12-23 المؤرخ في 18 يناير 2012 من جهة و قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 من جهة أخرى .

كما تهدف هذه الدراسة إلى تبيان بعض الإشكاليات التي تطرح تناقضات كبيرة بين القانون الخاص بالصفقات العمومية وبين القواعد العامة المقررة في قانون الإجراءات المدنية و القانون المدني و القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية .

يجدر بنا الإشارة إلى أنه و خلال إنجاز هذا البحث واجهتنا بعض الصعوبات وخاصة قلة الكتب المتخصصة وضيق الوقت المخصص للبحث إذ لا أحد ينكر تشعب مواضيع القانون الإداري و صعوبة البحث في جزئياته .

المنهج المستخدم : نظرا لأن موضوع الصفقات العمومية هو أكثر المواضيع عرضة للتعديل بحكم ارتباطه بالأوضاع الاقتصادية فإنه كان لزاما علينا استعمال المنهج المقارن حتى نستخلص ما يستحدثه المشرع من خلال التعديل بمقارنة النصوص القانونية ببعضها البعض ومقارنتها مع ما طرحه الفقه و القضاء . وهو ما يقتضي منا أيضا استعمال المنهج التحليلي حتى لا نمر مرور الكرام على نصوص القانون وإلا فإننا لن نكون أمام بحث علمي لاكتشاف مواطن النقص فيها . خاصة و انه الأنسب و الأكثر ملائمة للدراسات و الأبحاث القانونية ، وذلك من خلال عرض و تحليل النصوص القانونية و التنظيمية وكذا الأحكام و القرارات القضائية المدعمة للموضوع

كذلك قام هذا البحث على المنهج الإستدلالي، حيث تم الإنطلاق من مقدمات موجودة في القواعد العامة ، تم تطبيقها على منازعات الصفقات العمومية من أجل الوصول إلى تحديد طبيعة هذه المنازعة من جوانب مختلفة ، تتعلق خاصة بالإختصاص القضائي ، و تسوية المنازعات .

وبناء على ما سبق بيانه ، وللإجابة عن على الإشكالية المطروحة قمنا بتقسيم موضوعنا محل الدراسة إلى :

خصصنا الفصل الأول : إلى لدراسة الآثار المترتبة عن تنفيذ الصفقات العمومية ، وقد قسمناه إلى مبحثين : المبحث الأول نتطرق فيه إلى سلطات و حقوق المصلحة المتعاقدة وندرس ذلك من خلال ثلاث مطالب بحيث نتناول في كل مطلب سلطة من سلطات المصلحة المتعاقدة . المبحث الثاني ندرس فيه حقوق و إلتزامات المتعامل المتعاقد من خلال مطلبين .

أما الفصل الثاني : فهو محل الدراسة والذي خصصناه لآليات تسوية منازعات تنفيذ الصفقات العمومية و الذي تطرقنا في المبحث الأول منه إلى التسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية ، و المبحث الثاني تضمن التسوية القضائية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية . ونختم دراستنا بخاتمة تتضمن مجموعة من النتائج و التوصيات المتوصل إليها من خلال هذه الدراسة .

الفصل الأول : الآثار المترتبة عن تنفيذ الصفقات العمومية

يقوم العقد على فكرة تبادل الالتزامات ، يستوي في ذلك عقود القانون الخاص و العقود الإدارية و لا ينال من قاعدة تبادل الالتزامات ، ما هو معروف من أن العقود الإدارية تتعد بين طرفين ليسا متساويين ، لأن أحدهما و هو الإدارة تقوم على تحقيق الصالح العام و تسعى لتحقيقه ، بينما يستهدف أفراد القانون الخاص تحقيق صوالهم الخاصة ، الأمر الذي يبرر أن تكون إرادة الإدارة أعلى و أقوى من إرادة المتعاقد معها ، و مع ذلك فالعقد الإداري يحمل إلتزامات متبادلة بين الطرفين ، حسب ما تقرره المبادئ العامة التي تحكم العقود العامة .

واستنادا إلى هذا المفهوم ، فإن تنفيذ العقد - أي عقد - يعني قيام كل طرف بأداء التزاماته التي يربتها العقد على كاهله و في ذمته .

و تحديد إلتزامات كل طرف في مجال علاقات القانون الخاص ، أمر ميسور التعرف عليه من مجرد مراجعة العقد نفسه ، أما في دائرة العقود الإدارية فالأمر يختلف ذلك أن العقد لا يمثل المصدر الوحيد لالتزامات الطرفين ، و إنما لاعتبارات تجد تبريرها في الصالح العام الذي تمثله الإدارة و في إحتياجات المرافق العامة التي تناط مسؤوليتها بها .

استقر الفقه والقضاء على ترتيب التزامات وحقوق في الجانبين لا يتضمنها العقد ولا ينص عليها و مع ذلك لها الوجود القانوني الكامل .

كما إنه لا مجال للمقارنة بين الآثار التي يربتها العقد الإداري و بين آثار العقود الخاصة نظرا للتباين الشديد الحاصل بينهما لأن النتائج التي تترتب عن العقود الخاصة و المبادئ والقواعد التي تنطبق و تنجز فيها كالعقد سريعة المتعاقدين والطابع الإلزامي للعقد وقاعدة عدم تغير العقد و مبدأ المساواة بين الأطراف المتعاقدة لا وجود لها في العقود الإدارية

حيث يتقرر للمصلحة المتعاقدة كطرف في العقد جملة من الإمتيازات الإستثنائية و الغير مألوفة في مجال العقود الخاصة ، والتي تجعلها في مركز أسمى و أقوى .
و وجود هذه الإمتيازات و الحقوق ليس مرهونا أو حبيسا بالنص عليه في متن العقد بل أنها سلطات أصيلة للمصلحة المتعاقدة ، و حقوقا قائمة لدى المتعاقد معها حتى و إن غاب النص عليها في العقد فهي مع ذلك لها الوجود القانوني الكامل .

و هذه الصلاحيات الإستثنائية تتمتع الإدارة بها بحكم القانون. و لا تملك التنازل عنها لأنها من النظام العام فلا يجوز الإتفاق على مخالفتها .

كما أن للإدارة الحق في إستعمال سلطاتها المتعددة كلا على إنفراد، أو بصورة جامعة، ما لم تكن هناك عقبات عملية من شأنها أن تمنع جمع هذه السلطات ، على أن لا تتعسف في هذه القدرة تجاه المتعاقدين معها ، لأن ذلك يستدعي مسؤوليتها القانونية .

و في المقابل من ذلك فإنه و خوفا من المساس بمراكز المتعاقدين مع الإدارة و من تعسف تلك الأخيرة في مواجهتهم بل و خوفا من نفور و عزوف أشخاص القانون الخاص من التعامل معها ، فإنه قد تقرر للمتعاقدين مع الإدارة جملة من الحقوق غير المألوفة أيضا في روابط القانون الخاص و هي الحقوق التي تشكل قيودا و إلتزامات على الإدارة

و تأسيسا لذلك ارتأينا أن نتناول هذا الفصل في مبحثين نعالج في كلا منهما ما يلي :

➤ المبحث الأول : سلطات و حقوق المصلحة المتعاقدة

➤ المبحث الثاني : حقوق و إلتزامات المتعامل المتعاقد

المبحث الأول : سلطات و حقوق المصلحة المتعاقدة

ينقرر للمصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية جملة من السلطات و الإمتيازات غير مألوفة في العقود الخاصة و التي تعتبر من صميم العقود الادارية مثل : سلطة الرقابة و التوجيه ، وسلطتها في التعديل الانفرادي لبعض شروط العقد، وسلطتها في توقيع الجزاءات أو الضغط على المتعاقد معها لإتمام إلتزاماته التعاقدية ضمن الآجال المتفق عليها ، كما يكون لها الحق في إنهاء العقد متى كان ذلك مبررا .

وهي امتيازات تمنح لأشخاص القانون العام بغرض تحقيق المصلحة العامة و القيام على سير المرفق العام بانتظام و إطاراد .

و لغرض التعرف أكثر عن السلطات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة سوف نقوم بدراسة كل سلطة من هاته السلطات في مطلب مستقل كما يلي :

➤ **المطلب الأول : سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة و التوجيه**

➤ **المطلب الثاني : سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل شروط العقد**

➤ **المطلب الثالث : سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات**

المطلب الأول : سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة و التوجيه

تعد سلطة الرقابة من أهم الآثار المترتبة على تنفيذ العقد الإداري ، و هي مظهر من مظاهر السلطة العامة الممنوحة لجهة الإدارة التي تجسد المبدأ السائد في نظرية العقد الإداري والذي ينص بأن هذا العقد لا يلزم الإدارة بنفس الطريقة التي يلزم بها العقد المدني أحد أطرافه. تملك الإدارة بما لها من سلطات خولها لها القانون ان تكون الطرف المتعاقد من ناحية والمراقب من ناحية اخرى، سعيا منها لكفالة أحسن تنفيذ للعقد المبرم بينها وبين المتعاقد معها، و ضمانا لسلامة الصفقة العمومية و تدارك الأخطاء و الأخطار المحتملة قبل و قوعها . على ان الإدارة قد تمارس هذه السلطة بالأصالة عن نفسها ، كما قد تتيب الغير المختص والمؤهل لمراقبة التنفيذ و توجيهه تبعا لمقتضيات الصالح العام من جهة ومصلحة المشروع من جهة اخرى⁽¹⁾. فما هو مفهوم هذا السلطة؟ و فيما يتمثل الأساس القانون الذي تستند إليه المصلحة المتعاقدة عند أعمالها ؟ ، و هي مظاهرها في الجانب العملي ؟ .

وللإجابة عن تلك التساؤلات قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع تناولنا فيها: مفهوم سلطة الرقابة و التوجيه (الفرع الأول)، الأساس القانوني لسلطة الرقابة و التوجيه (الفرع الثاني) و مظاهر سلطة الرقابة و التوجيه (الفرع الثالث) .

الفرع الأول : مفهوم سلطة الرقابة و التوجيه

يقصد بسلطة الرقابة و التوجيه مجموع الوسائل القانونية التي تمتلكها الإدارة في مرحلة التنفيذ و التي من شأنها ان تجعل التنفيذ محققا للغرض الذي أبرم من أجل الصفقة. و قد تتخذ هذه السلطة صورة الرقابة و الإشراف على مراحل التنفيذ و إلزام المتعاقد بمراعاة شروط العقد (أولا)، كما قد تتخذ صورة توجيه أعمال التنفيذ و اختيار طريقة التنفيذ التي تراها مناسبة.⁽²⁾ (ثانيا) .

(1) - محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية ، دار الثقافة القانونية، عمان، 1988، ص 109.

(2) - حمدي القبيلات، القانون الإداري ، الجزء الثاني ، دار وائل للنشر، الأردن ، 2010، ص 145 .

أولاً: حق الإشراف

و قد يقصد بسلطة الرقابة على المتعاقد المعنى الضيق و الذي ينحصر في التحقق من ان المتعاقد قد يباشر تنفيذ العقد طبقا لشروطه و المواصفات المتفق عليها . و بهذا المعنى يكون حق الرقابة مرادفا لحق الإشراف (Droit de surveillance) ، و لا جدال في هذا الحق الذي نجد مرادفا له حتى في عقود القانون الخاص . والإدارة تمارس هذا الحق عادة عن طريق إيفاء بعض مهندسيها لزيارة مواقع العمل لفحص المواد المستعملة للإطمئنان على جودتها و التأكد من سير المشروع وفقا للمواعيد المحددة و أن كل شيء يسير وفقا لمقتضيات الصالح العام . و تدخل الإدارة هنا في الحقيقة يكون ممهدا لتسليم العمل عند إتمامه فهو مكمل لرقابة الفحص اللاحقة عند التسليم .

و لكن نجد أن حق الرقابة يتجاوز المعنى الضيق و يسمح للإدارة بأن تتدخل بدرجة تزيد على حد التأكد من سلامة تنفيذ العقد أثناء القيام به .

ثانياً: حق التوجيه

تمثل هذه الصورة المعنى الواسع لسلطة الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية ، و طبقا لهذا المعنى تتجاوز سلطة الرقابة مدلولها الضيق السابق تحديده ، فلا تقتصر على مجرد التأكد من قيام المتعامل المتعاقد بتنفيذ الصفقة طبقا للشروط المتفق عليها ، و إنما تتعدى ذلك بما يسمح للمصلحة المتعاقدة بالتدخل في أوضاع تنفيذ الصفقة و توجيه أعمال التنفيذ و إختيار أفضل الطرق التي تراها مناسبة لحسن سير المرفق محل التعاقد .⁽¹⁾

و يمكن أن تتخذ الرقابة على تنفيذ العقد الإداري صورة أعمال مادية : كدخول ممثلي الإدارة المتعاقدة أماكن استغلال المرفق محل العقد و المخازن و المصانع - وخاصة في عقود امتياز المرافق العامة- ، أو استلام بعض الوثائق من المتعاقد والاطلاع عليها و فحصها، أو إجراء التحريات ، أو تلقي الشكاوى من المنتفعين بخدمات المرفق العام و البت فيها ... كما قد تأخذ هذه الرقابة صورة أعمال قانونية : كالتعليمات و الأوامر التنفيذية أو الإنذارات التي توجهها الإدارة للمتعاقد ... و الرقابة بجانبها -المادي و القانوني- تتم أثناء تنفيذ العقد ، بإعتبار أنها حق مقرر للإدارة حتى و لو لم ينص عليه العقد .⁽²⁾

(1) - سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991، ص448.

(2) - سليمان محمد الطماوي ، نفس المرجع ، ص 445.

و من خلال حق التوجيه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تجبر المقاول أو المورد على إحترام مختلف الشروط المنصوص عليها في بنود الصفقة. فمثلا حين أن الأشغال لا تسير وفق ما هو مسطر له في الصفقة فإنها تتدخل و تجبر المتعاقد معها على إدخال تغييرات أو تعديلات على الأشغال التي ترى أنها لا تنفذ على الوجه المطلوب. وهذا الحق يصدر كقاعدة عامة - في شكل كتابي- بإعتباره قرار إداريا تعبر به الإدارة عن إرادتها فيما يتصل بكيفية تنفيذ العقد طبقا لدواعي المصلحة العامة و إحتياجات المرفق العام ، وعلى ذلك يتعين على المقاول الإلتزام بما يصدر إليه من أوامر مصلحية وإلا إنعقدت مسؤوليته أمام المصلحة المتعاقدة في حالة إهماله أو رفضه لتنفيذها.⁽¹⁾

الفرع الثاني : الأساس القانوني لسلطة الرقابة و التوجيه

يتوقف تحديد الأساس الذي تستند إليه سلطة الرقابة و التوجيه على تحديد مصدرها . ففي بعض الأحيان قد ينص صراحة في العقد الإداري أو الصفقة العمومية أو في دفاتر الشروط على سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذ الصفقة (أولا)، وفي أحيانا أخرى تستمد هذه السلطة من القوانين و التشريعات (ثانيا)، أما في غياب النص فإن سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية تجد أساسها في مقتضيات المرفق العام (ثالثا).

أولا: الأساس التعاقدية لسلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية

قد يرد النص صراحة على سلطة الرقابة في الصفقة العمومية ذاتها أو في دفاتر الشروط على نحو يوضح كيفية ممارسة هذه السلطة وما يتبع في مباشرتها من وسائل و ما يتوفر للمتعاقد من ضمانات في هذا الصدد ، و في مثل هذه الحالة لا جدال أن تجد أساسها في فكرة العقد .

(1)- « les ordres de service revêtent pour l'entrepreneur un caractère obligatoire. l'absence d'exécution d'un ordre de service est constitutive d'une faute qui expose l'entrepreneur à des sanctions et engage sa responsabilité contractuelle ».

Voir : Christophe LAJOYE , *Droit des marchés publics* , Berti éditions , Alger , 2007, p172.

و يتجلى الأساس التعاقدى لسلطة الرقابة في صفقات الأشغال من خلال ما تضمنه دفتر الشروط العامة المطبق على صفقات الأشغال⁽¹⁾، و الذي فصل أحكام سلطة الرقابة و التوجيه في مواد متعددة منها المادة 4/12 التي تنص على أنه: " على المقاول أن ينفذ بدقة أوامر المصلحة التي تبلغ إليه " ، كما أن الفقرة 5 من نفس المادة تنص على أنه: " كما يخضع للتغييرات المفروضة عليه خلال العمل، إلا أن ذلك يتم فقط عندما يأمر بتلك التغييرات مهندس الدائرة أو المهندس المعماري بموجب أمر مصلحة على مسؤوليته و لا تعتبر تلك التغييرات إلا إذا أثبت حصولها بموجب ذلك الأمر الصادر عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري". و تضيف المادة 2/13 أنه: "يحق لمهندس الدائرة أو المهندس المعماري أن يطلب من المقاول تبديل الأعوان و العمال لعصيانهم أو عدم أهليتهم أو عدم أمانتهم". و يحق لمهندس الدائرة أو المهندس المعماري وهو بصدد ممارسة الرقابة و الإشراف على الأدوات قيد العمل أن يأمر بعدم إستخدامها إلا بعد إجراء التدقيقات عليها ثم قبولها من طرفه. و الغرض من ذلك هو إخضاع المقاول لمهندسي المصلحة المتعاقدة في تحديد خطوات إنجاز العمل و ما قد ما يحدث من تغييرات أثناء التنفيذ و كذلك التأكد من مطابقة التنفيذ لمقتضيات المصلحة العامة و للمواصفات التي ابرمت من أجلها الصفقة .

أما في صفقات اللوازم أو التوريد، فإن المتعامل المتعاقد يلتزم بالخضوع لإشراف و توجيه المصلحة المتعاقدة على النحو الذي تنظمه هذه الصفقات و دفاتر الشروط الملحقة بها، إلا أن هذا النوع من الصفقات ليس بالأهمية التي نصادفها في صفقات الأشغال العامة، لأن المبدأ العام في صفقات التوريد هو أن المورد يملك تقدير و إختيار طرق التنفيذ⁽²⁾.

(1) - اقرار مؤرخ في 21 نوفمبر 1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال

الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، ج.ر، العدد 06، المؤرخة في 19 يناير 1964.

(2) - « Dans les marchés de fournitures , les pouvoirs de surveillance , de contrôle et de direction de l'administration sont beaucoup moins importants que dans les marchés de travaux publics. Alors qu'en ce qui concède ces derniers , l'idée directrice et que l'administration reste le maître de l'ouvrage , dans les marchés de fournitures , l'idée dominante est que le fournisseur garde l'initiative et le choix des Moyens d'exécution » . Voir : Mohamed KOBAN , Le régime juridique des contrats du secteur public , OPU, Alger , 1984 , p57.

باعتبار أن جوهر التزامه هو تسليم منقولات مادية للإدارة و بالتالي فليس لها حق فحص المنقولات التي تم توريدها للتأكد من مطابقتها للمواصفات المتفق عليها⁽¹⁾. فالأمر يتعلق بمواد أو منقولات يلزم المتعاقد بأن يضعها تحت تصرف الإدارة . و من حق مندوب الإدارة رفض إستلام المواد أو المعدات التي لا تتطبق عليها المواصفات المتفق عليها في العقد.⁽²⁾ و كذلك حق الإمتياز لديه شكلا خاصا و مميذا ، فالإدارة تراقب نشاط المرفق المسير بطريقة الإمتياز للتأكد عما إذا كان الملتزم يعمل وفقا للشروط الواردة في العقد أم أن هناك خرق من جانبه لأحد البنود العقدية فتتخذ الإجراءات القانونية اللازمة لتصحيح الأوضاع و إزالة التقصير ، كأن يتعلق الأمر بإخلاله مثلا بالرسوم المتفق عليها وتجاوزه للحد المتفق عليه، أو بتمييزه بين المنتفعين من خدمات المرفق.. وهكذا.

يمكن القول أن في الحالات التي ينص فيها صراحة في الصفقة ، أو في دفاتر الشروط الملحق بها، على سلطة المصلحة المتعاقدة من حيث مداها ووسائلها، فإن هذه السلطة تركز على النصوص التعاقدية. وتنظيم سلطة الرقابة بالنص عليها صراحة في الصفقة أو في دفاتر الشروط ليس من شأنه أن يغير من هذه السلطة بل هو مجرد تنظيم لها و ليس إنشاء لها.⁽³⁾

ثانيا: الأساس التشريعي لسلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية

نظم المشرع الجزائري أحكام سلطة الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية في العديد من القوانين المنظمة للصفقات العمومية، ومن بينها المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم⁽⁴⁾ و ذلك بالنظر لما تحتله الرقابة من مكانه في الحفاظ على المال العام .

(1) - محمود أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد 01 ، 1997، ص210.

(2) - عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر(دراسة تشريعية وقضائية و فقهية)، جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2007 ، صص، 201 . 203 .

(3) - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية (الإبرام-التنفيذ-المنازعات) ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، 2007 ، ص 258 .

(4) - المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ح.ر، العدد 58، المؤرخة في 07 نوفمبر 2010 ، المعدل و المتمم بموجب المرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ في 18 يناير 2012-يعدل و يتمم المرسوم الرئاسي رقم 10-236 ، ج.ر، العدد 04 ، المؤرخة في 26 جانفي 2012.

و من إستقراء نص المادتين 116 و 188 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم⁽¹⁾ نرى أن المشرع زود الإدارة بسلطات واسعة في مجال الرقابة على أعمال المتعاقد معها أثناء تنفيذ الصفقة مستهدفاً بذلك تحقيق النفع العام . و هي سلطة تمارسها الإدارة من قبيل إختصاصاتها التنظيمية بالتالي فإن أساسها القانوني نجده في النصوص القانونية التي تحكم نشاطها.⁽²⁾

ثالثاً: المرفق العام كأساس لسلطة الرقابة على تنفيذ الصفقة العمومية

إذا لم تتضمن الصفقة أو دفتر الشروط الملحق بها نصاً يتعلق بتنظيم سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة، و إذا أغفلت النصوص التشريعية تنظيم هذه السلطة، فليس معنى ذلك حرمانها من ممارسة سلطتها في هذا الصدد.⁽³⁾

فسلطة الإدارة في الرقابة هو حق أصيل مقرر لها، و من ثم لا تحتاج إلى نص يقرها أو يمنحها تلك السلطة.⁽⁴⁾

و كل نص يرد بالصفقة يحرم المصلحة المتعاقدة من هذه السلطة يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً، و هنا يبرز الفرق الواضح بين العقد الإداري و العقد المدني ، إذ أن هذا الأخير لا يخول سلطة للمتعاقد إلا إذا تم النص عليها في العقد أو قررها القانون.

يتجه الرأي الراجح إلى أن سلطة الرقابة غير المنصوص عليها تجد أساسها في فكرة المرفق العام، فإحتياجات المرفق العام و ضمان حسن سيره و إنتظامه هي التي تبرر ما تتمتع به المصلحة المتعاقدة من سلطات إستثنائية في مجال تنفيذ الصفقات العمومية و العقود الإدارية بصفة عامة، بما فيها سلطة الرقابة وذلك في حالة خلو الصفقة من النص على هذه السلطات.⁽⁵⁾

(1) - أنظر نصي المادتين: 116 و 188 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل و المتمم ، مرجع سابق .

(2) - رياض عيسى ، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن والجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1985 ، ص 12.

(3) - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية (الإبرام-التنفيذ-المنازعات) ، مرجع سابق، ص 258 .

(4) - « Le pouvoir de contole,dans la mesure ou il est nécessaire à la bonne exécution du contrat existe même le silence de celui-ci et l'administration ne sourait y renoncer».

Voir : Richer LAURANT , Les contrats administratifs , Dalloz , paris , 1991 , p77.

(5) - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمًا، منشأة المعارف ، الإسكندرية ،

2009 ، ص 32.

إن الطبيعة القانونية للمرفق العام هي الأساس القانوني لسلطة الدولة في الرقابة، ذلك أن المرفق العام ما هو إلا هيئة أو مشروع (Entreprise) يعمل بإطراد وانتظام لسد حاجات الجمهور، وحق الرقابة يظل موجودا طالما وجد المرفق العام.⁽¹⁾

تمارس الإدارة سلطة الرقابة و التوجيه تعليمات للمتعاقد معها حتى في حالة عدم وجود بند صريح في العقد ينص على ذلك، لأن هذه السلطة تجد أساسها في مفهوم المرفق العمومي الذي تسهر الإدارة على حسن سيره في كافة الظروف.⁽²⁾

لكن إذا تم الإتفاق على سلطة الرقابة، في حالة عدم النص عليها في العقد، تجد أساسها في إحتياجات المرفق العام فإنه يجب التأكد على وجوب الوقوف عند هذا الحد بمعنى أن مقتضيات المرفق العام بحصر المعنى هي التي تبرر إشراف الإدارة على تنفيذ العقد و التدخل في تحديد أوضاع و كيفية تنفيذه .

و بالتالي لا يجوز للإدارة أن تستند في إستعمالها لهذه السلطة إلى فكرة المصلحة العامة بمعناها المطلق . و القول بغير ذلك يؤدي إلى فتح الباب على مصراعيه أمام إحتتمالات إستعمال السلطة العامة. لأن مصلحة المرفق العام ليست مطابقة تماما لفكرة المصلحة العامة و إنما هي عنصر من عناصرها، و بالتالي فإن الحفاظ على حقوق المتعاقد مع الإدارة يقتضي أن يكون إستعمال سلطة الرقابة بهدف تحقيق مقتضيات المرفق العام.⁽³⁾

أما عن ضوابط الإدارة في الرقابة و التوجه على العقد الإداري ، فنجد المشرع رغم أنه إعتترف بسلطة الإدارة في الرقابة و التوجيه على العقد الإداري إلا أنه قد قيدها بمجموعة من الضوابط التي تكفل عدم إساءة إستعمالها . و تتمثل هذه الضوابط في ضوابط قانونية و ضوابط إجرائية تهدف لضمان عدم تعسف الإدارة في إستعمال سلطتها و إنحراف بها لتحقيق أغراض غير المصلحة العامة . فالمشرع ألزمها بتوفير ضمانات تعمل على الحد من هذه السلطة و تضمن للطرف الأخر -المتعاقد- حقه .⁽⁴⁾

(1)- سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة) ، مرجع سابق ، ص456 .

(2)- ناصر لباد ، الوجيز في القانون الإداري(التنظيم الإداري،النشاط الإداري) ، لباد للنشر، الجزائر، 2006 ، ص284 .

(3)- محمود أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ص ، 217 . 2016 .

(4)- إبراهيم الشهاوي ، عقد إمتياز المرفق العام (دراسة مقارنة) ، مؤسسة الطوابجي ، مصر، 2003 ، ص235.

إذن سلطة الإدارة في الرقابة و التوجيه حقا ثابتا لها و إن لم ينص عليه صراحة في العقد، إذ توجد هذه السلطة و إن لم تُذكر صراحة في العقد ، لأنها صلاحيتها متعلقة بالتنظيم العام لا تملك الإدارة المتعاقدة التنازل عنها أو تقييدها ، و عليه تعد النصوص الواردة في العقود الإدارية بخصوص هذه السلطة نصوصا كاشفة ، وليست منشئة لها ، و أية ذلك أن هذه الصلاحية مستمدة من طبيعة المرفق العام ذاته و ضرورة الخدمة العامة المنوطة به للأفراد⁽¹⁾.

الفرع الثالث: مظاهر سلطة الرقابة و التوجيه

تتخذ سلطة الرقابة الممارسة من قبل الإدارة مظهر الرقابة المالية و الإدارية و الفنية و المحاسبية لضمان تنفيذ العقد وفق الشروط و المواصفات الفنية المتفق عليها ، و لكن هذه الرقابة سواء كانت سابقة أو لاحقة مقيدة بقيدتين جوهريين يحدان من تعسف الإدارة في استعمال سلطاتها الرقابية : أولهما قيد المشروعية الذي يحكم مشروعية القرارات الإدارية الصادرة عن الإدارة المتعاقدة ، و ثانيهما قيد المنطق أو عدم المغالاة ، فلا يجوز ممارسة هذه السلطة بصورة تؤدي إلى تغيير في طبيعة العقد الإداري⁽²⁾. ومظاهر سلطة الرقابة و التوجيه نجدها تختلف من صفقة إلى أخرى ، و يمكننا توضيح ذلك من خلال التطرق لمظهر هذه السلطة في كل من صفقات الأشغال العامة (أولا) ، صفقات التوريد (ثانيا) .

أولا: مظاهر سلطة الرقابة في صفقات الأشغال العامة

يعتبر هذا النوع أبرز أنواع الصفقات التي تتجلى فيها مظاهر سلطة الرقابة للمصلحة المتعاقدة بمعنيها : الإشراف (Surveillance) و التوجيه (Direction) ، و يرجع ذلك إلى الخصائص الذاتية التي تميز صفقة الأشغال العامة . و يأتي في مقدمتها أن المصلحة المتعاقدة هنا تعتبر هي صاحب الحقيقي للمشروع الأمر الذي يؤدي إلى إتساع سلطاتها في مواجهة المتعامل المتعاقد معها منذ بداية تنفيذ الصفقة حتى تسليم الأعمال المتعاقد عليها⁽³⁾.

(1) - حمدي القبيلات ، مرجع سابق ، ص 145 .

(2) - نفس المرجع ، ص 146 .

(3) - سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة) ، مرجع سابق ، ص 478 .

كما أن صفقة الأشغال العامة يكون فيها المقاول في مركز أدنى يلتزم بمقتضاه بالخضوع للأوامر المصلحية التي تصدرها المصلحة المتعاقدة بقصد توجيه تنفيذ الصفقة وفقا لمقتضيات إنجاز الأشغال العامة حتى تتأكد من التنفيذ الدقيق لشروط العقد و ذلك دون الحاجة إلى نص صريح على ذلك. و من حق المصلحة المتعاقدة و هي تقوم بالرقابة أثناء تنفيذ الصفقة أن تأمر بالبداية في تنفيذ المشروع موضوع الصفقة (أولاً)، و لها أن تحدد خطوات سير العمل و مواعيد تسليم الأشغال (ثانياً) و بإمكانها أيضا أن تأمر باستبدال عمال المقاول إن إقتضت الضرورة ذلك (رابعا) .

أولاً: الأمر بالبداية في تنفيذ المشروع

تحدد المصلحة المتعاقدة للمقاول بصفتها صاحبة المشروع بداية تنفيذ الأشغال و تبدأ مدة تنفيذ الأشغال في السريان من التاريخ المحدد في الصفقة صراحة، أما إذا لم ينص في الصفقة على تحديد موعد البدء في التنفيذ فإن هذا الموعد يحسب من تاريخ إعلان المقاول بالأمر المصلي بالبداية في تنفيذ الأشغال أو ابتداء من اليوم الموالي لتاريخ تبليغ الأمر بالخدمة للمقاول⁽¹⁾ ، و يجب أن يلتزم المقاول بالبداية في تنفيذ الأشغال فور تلقيه الأمر المصلي، غير أن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تمهل المقاول لمدة معينة تختلف بحسب أهمية الأشغال حتى يتمكن من تجميع أدوات العمل و توظيف العمال اللازمين ثم يبدأ بعد ذلك في تنفيذ الأشغال المطلوبة. و يبدأ سريان موعد تنفيذ الأشغال كذلك في مواجهة المقاول على إثر عمل مادي من جانب الإدارة المتعاقدة كقيامها بتسليم المقاول النماذج أو التصميمات أو تسليم موقع العمل ، كما يبدأ سريان مدة البدء في تنفيذ الأشغال أيضا من تاريخ تسليم الإدارة الموقع للمقاول إما تسليما فعليا بحضوره أو تحكيميا في حالة عدم حضوره في التاريخ الذي عينته الإدارة⁽²⁾ ، فإن هي تأخرت عن تسليم الموقع مما أدى إلى تعطيل البدء في تنفيذ الأشغال فإنها تكون مسؤولة عما يترتب على ذلك من نتائج.

(1) - أنظر: الملحق رقم (01) المتضمن أمر بخدمة رقم 01 (تبليغ العقد و بداية الأشغال) .

(2) - محمود أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ص ، 221 . 222.

ثانياً: تحديد خطوات سير العمل و مواعيد تسليم الأشغال

يعتبر إحترام خطوات سير العمل و مدة تنفيذه من أهم الإلتزامات التي تقع على عاتق المقاول⁽¹⁾. و في أغلبية الحالات تنص صفقات الأشغال العامة أو دفاقر الشروط على تحديد خطوات تنفيذ الأشغال و سيرها بوضع جدول أعمال بالفترات التي تتم فيها تلك الأعمال و كذلك مواعيد التسليم .

يلتزم المقاول بإنجاز العمل في المدة المنصوص عليها في العقد-التي تكون إما مدة عامة يتعين إنجاز الأشغال خلالها تماماً، و إما أن تكون عبارة عن مدد جزئية لكل-عملية أو شطر من المشروع- أو في المدة المعقولة التي تحددها الإدارة بقرار منها أي المدة الكافية لإتمام التنفيذ، و تصبح هذه المدة ملزمة للطرفين طالما لم يعترض عليها المقاول.⁽²⁾

إن الإلتزام المقاول المتعاقد بإنجاز الأشغال في المدة المتفق عليها أو في المدة المعقولة، هو الإلتزام بتحقيق نتيجة و ليس ببذل عناية و بالتالي لا يعفي المقاول من المسؤولية لمجرد عدم كفاية المدة و إنما يلزم قيام السبب الأجنبي و عدم ثبوت خطأ من جانبه عند التأخير في إنهاء الأعمال. وعلى أيه حال، فإنه من حق المقاول في حالة عدم كفاية المدة المحددة لتنفيذ الأشغال أن يطلب تمديد أجل التنفيذ والحصول على مهلة إضافية كما يمكن للمصلحة المتعاقدة أيضاً تمديد الموعد في حالة التسبب في تأخير التنفيذ من جراء إستعمالها لسلطتي الإشراف والتوجيه. أما إذا كان التأخير من طرف المقاول لتسليم الصفحة فإن للمصلحة المتعاقدة الحق في أن توقع غرامة في المدة التي يتأخر فيها إنهاء الأعمال.⁽³⁾

ثالثاً: الأمر بهدم الأشغال أو وقف العمل بها مؤقتاً

يحق لمندوبي المصلحة المتعاقدة المكفون بالإشراف و التوجيه على تنفيذ صفقة الأشغال العامة أن يرفضوا المواد أو الأعمال التي يرون أنها من نوع رديء أو غير مطابق للمواصفات المتفق عليها، وإعادة القيام بها من جديد على حساب المقاول المقصر .

(1)- عمار بوضياف ، الصفقات العمومية في الجزائر(دراسة تشريعية وقضائية و فقهية) ، مرجع سابق ، ص 176 .

(2) - محمود أبو السعود ، مرجع سابق، ص 223 .

(3) - نصر الدين محمد بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثارها في تسيير المرفق العام ، دار الفكر الجامعي ،

الإسكندرية ، 2007 ، ص428 .

كما يمكن للمصلحة المتعاقدة أيضا إصدار مثل هذه الأوامر للمقاول قبل الإستلام النهائي للأشغال المنجزة أين يظل المقاول فيها مسؤولا عن الأخطاء الجسيمة التي تشوب التنفيذ و تؤدي إلى الإخلال بسلامة البناء. فالمصلحة المتعاقدة لا يمكن أن تقدم على تسليم الأشغال نهائيا إلا بعد فحصها ومن حقها ألا تستلم منها إلا ما كان متفقا مع مواصفات و شروط الصفقة و مطابقا لقواعد حسن التنفيذ .

كما يجوز أيضا الأمر بوقف أو تأجيل تنفيذ الأشغال بصفة مؤقتة لدواعي المصلحة العامة كسبب الأحوال الجوية الرديئة ثم يتم بعدها الأمر بإستئناف الأشغال بمجرد زوال سبب توقيفها⁽¹⁾، بشرط أن يكون الوقف لمدة معقولة و إلا كان من حق المقاول المطالبة بفسخ الصفقة والمطالبة بالتعويض إذا إقتضى الأمر ذلك.

كما تترتب مسؤولية المصلحة المتعاقدة إذا نتج عرقلة عما تصدره للمتعاقد المتعاقد معها من أوامر بإيقاف أو تأجيل تنفيذ الأشغال لمدة تتجاوز الحد المعقول و دون أن يكون هناك مبرر لذلك.⁽²⁾

رابعا: الأمر بإستبدال عمال المقاول

تمتد سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة لتشمل العمال الذين يستعين بهم المقاول في تنفيذ الأشغال، كأن تطلب تغيير عمال المقاول إما لعدم الكفاءة الفنية أو لنقص في النزاهة أو بسبب تمردهم و رفضهم تنفيذ تعليمات مندوبيها أو إذا شرعوا في الغش أو مخالفة شروط الصفقة.⁽³⁾ فإذا تضمنت الصفقة على وجوب إستعمال عمال أو موظفين على درجة عالية معينة، تعين على المقاول الإلتزام بتنفيذ ما تم الإتفاق عليه، وإلا يبقى هو المسؤول على أعمال الغش أو الفساد التي يرتكبها العمال.

(1)- أنظر الملاحق : الملحق رقم (02) المتضمن أمر بخدمة رقم 02 (إيقاف الأشغال) ، الملحق رقم (03) المتضمن

أمر بخدمة رقم 03 (استئناف الأشغال) .

(2)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية(القرارات الإدارية و العقود الادارية) ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2007 ، ص 110 .

(3)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية (الإبرام-التنفيذ-المنازعات) ، مرجع سابق ، ص 74 .

كما يحق للمصلحة المتعاقدة أيضا بما لها من سلطة، رقابة مدى إحترام المقاول للقوانين ذات الصلة بتنفيذ الصفقة كإحترام قوانين العمل المتعلقة بشروط التشغيل ومواعيده ومراعاة قوانين التأمين التي تستلزم حماية العمال ضد الإصابة أو حوادث العمل.

يجري التمييز في فرنسا بين نوعين من صفقات التوريد: صفقات التوريد العادية (Marchés ordinaires de fournitures)⁽¹⁾، و صفقات التوريد الصناعية

(marchés industriels de fournitures) على عكس ما يجري به العمل في القانون الجزائري حيث إن التمييز بين عقود التوريد العادية و عقود التوريد الصناعية غير موجود.⁽²⁾

يخضع كل نوع من هذين العقدين لنظام قانوني متميز وعلى وجه الخصوص فيما يتعلق بسلطة الرقابة التي تباشرها المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ العقد، حيث تختلف مظاهرها في عقود التوريد العادية عنها في عقود التوريد الصناعية.

1- مظاهر سلطة الرقابة في صفقات التوريد العادية

تقوم عقود التوريد العادية على أساس حرية المورد في تحديد واختيار طرق تنفيذ هذا العقد⁽³⁾، ومن ثم إذا خلا عقد التوريد من نص يجيز للإدارة سلطة الرقابة على تنفيذه، فإن هذه السلطة يجب أن تنحصر في مجرد الإشراف دون التوجيه ما سبق بيانه بالنسبة لصفقة الأشغال العامة التي تكون فيها سلطة الرقابة حق أصيل للمصلحة المتعاقدة، حيث أنها في صفقة التوريد تستمد سلطتها في الرقابة من نصوص الصفقة ذاتها .⁽⁴⁾

و معنى ذلك أن رقابة المصلحة المتعاقدة في عقود التوريد تتمثل أساسا في حق الإشراف و لا تمتد إلى التدخل في أوضاع التنفيذ إلا إذا نص على ذلك صراحة في العقد أو دفتر الشروط.

(1) - محمود أبو السعود ، مرجع سابق ، ص 223 .

(2) - « En droit algérien, la distinction marchés industriels et marchés de fournitures courantes, n'existe pas ».

Voir : Mohamed KOB TAN , Le régime juridique des contrats du secteur public , Op.cit, p64.

(3) - « Dans les marchés de fournitures courantes, l'idée dominante est que le fournisseur garde l'initiative et le choix des moyens d'exécution ».

Voir : Mohamed KOB TAN , Ibid , p57.

(4) - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية (الإبرام-التنفيذ-المنازعات) ، مرجع سابق ، ص 97 .

2- مظاهر سلطة الرقابة في صفقات التوريد الصناعية

تتمتع الإدارة في مجال عقود التوريد الصناعية بسلطات رقابية أكثر إتساعاً ودائمة وذلك نظراً للطابع الفني الخاص الذي تتميز به هذه الطائفة من عقود التوريد⁽¹⁾، حيث أن نظام الرقابة فيها قريب من نظام الرقابة في عقود الأشغال العامة، إذ أن للإدارة الحق في ممارسة سلطة الرقابة بمعناها المزدوج في عقود التوريد الصناعية. فالإدارة تستطيع أن تتدخل في طرق و وسائل التنفيذ فتمنع أو توجب إستعمال طريقة معينة من طرق التنفيذ، و هي بهذا تباشر سلطة رقابة و توجيه حقيقية على عقود التوريد الصناعية، و لكنها لا تستطيع ذلك في عقود التوريد العادية، حيث أن المتعاقد حر في أن يلجأ إلى المنشآت التي يريد لها لمدته بالموارد و الآلات و الأشياء ، طالما لم يوجد نص صريح في العقد يقيدده .⁽²⁾

يتضح مما تقدم أن الرقابة على عقود التوريد الصناعية-خاصة التي تتضمن توريدات معقدة الصنع ومخصصة لإستعمال الإدارة ذاتها- يجب أن تتسع لتشمل الإشراف والتوجيه على غرار ما هو معترف به في عقود الأشغال العامة.

(1) - سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة) ، مرجع سابق ، ص ص ، 488 . 489 .

(2) - نصر الدين محمد بشير ، مرجع سابق ، ص 526 .

المطلب الثاني : سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل شروط الصفقة العمومية

تعد سلطة التعديل أحد أهم مظاهر تميز العقد الإداري عن غيره من غيره من عقود القانون الخاص. فإذا كان أطراف العقد المدني لا يتمتع أيا منهم بسلطة إنفرادية تجاه الآخر يمكنه من تعديل أحكام العقد بإرادة واحدة و إلزام الطرف الآخر بهذا التعديل، فإن العقد الإداري و خلاف القواعد المعمول بها في مجال القانون الخاص يمكن جهة الإدارة تعديله بإرادتها المنفردة، و يكاد فقه القانون و القضاء المقارن يجمع على أن كل العقود الإدارية قابلة للتعديل من جانب الإدارة لوحدها. و تأصيل ذلك يعود لحسن سير المرافق العامة .

و سوف يتم دراسة هذه السلطة وفق ثلاثة فروع نتناولها كما يلي :

رأي الفقه في فكرة سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري (الفرع الأول) ، الأساس القانوني لسلطة التعديل في شروط الصفقة العمومية (الفرع الثاني) و آليات ممارسة سلطة التعديل (الفرع الثالث) .

تستمد الادارة هذه السلطة بدورها من المصلحة العامة، وهي ليست مطلقة ، فالادارة تملك حق التعديل في العقد تعديلا كميا(بالزيادة أوالنقصان، كزيادة مقدار اللوازم محل العقد أو نقصانها و اضافة بعض الحجرات للمبنى المقرر إنشاؤه أو إلغاء حجرات في عقد أشغال خاص ببناء في عقود الأشغال الحكومية)، أو نوعيا(بدون زيادة أو نقصان في الكميات ، كتبديل غرف المكاتب بقاعات للمحاضرات في عقد أشغال خاص ببناء لاحدى كليات الجامعة)، أو زمنيا(و يتم ذلك بتعديل برنامج سير الأعمال أو التوريدات كاستعجال أو وقف الأعمال أو الإبطاء في انجاز الأعمال أو توريدات اللوازم)، كلما اقتضت ذلك ظروف المشروع أو تنفيذه .⁽¹⁾

(1) - حمدي القبيلات، مرجع سابق ، ص 146.

وحق التعديل هو حق ثابت للإدارة و لو لم يتم النص عليه في العقد ، بل هو ثابت للإدارة ولن لم ينص عليه القانون صراحة. ذلك أن عقود القانون الخاص إذا كانت تقوم على فكرة المساواة بين طرفي العقد دون تمييز أو مفاضلة لطرف على طرف، فإن العقد الإداري وخلاف ذلك يقوم على فكرة تفضيل مصلحة على مصلحة .

و هو ما يقودنا إلى طرح التساؤل التالي: ما هو الأساس القانوني لسلطة الإدارة في التعديل؟ و ما هي ضوابطه ؟ .

و سوف نحاول الإجابة عن ذلك من خلال ثلاثة فروع كالآتي :

الفرع الأول : تأصيل سلطة التعديل

نشأ جدال فقهي كبير حول مسألة تمتع الإدارة بسلطة تعديل شروط العقد الإداري بالإرادة المنفردة بين معارضين و مؤيدين .

أولاً: الإتجاه المعارض لسلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري

ذهب بعض فقهاء القانون الإداري إلى إنكار هذه السلطة ورأى أصحاب هذا الإتجاه أنه يجب على الإدارة العامة أن تلتزم وتحترم شروط العقد الإداري شأنها من ذلك شأن المتعاقد معها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، و أن سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد فكرة إبتدعها مجلس الدولة الفرنسي وفقاً لنية المتعاقدين التي تتضح من نص صريح أو ضمني من نصوص العقد ذاته أو اللائحة المرفقة به.

ثانياً: الإتجاه المؤيد لسلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري

و يرى أصحاب هذا الإتجاه أن الإدارة تملك سلطة تعديل عقودها الإدارية دون حاجة إلى النص عليها في العقد أو دفا تر الشروط ، لأنها حق أصيل للإدارة مستمدة من وصفها كسلطة عامة، ولا يمكنها التنازل عنه كما أنها ليست بحاجة إلى النص عليه صراحة في العقد إلى جانب كون هذه السلطة عنصر من عناصر النظرية العامة للعقد الإداري، التي تستند إلى فكرة المصلحة العامة. (1)

(1)- عبد الحميد الشواربي ، العقود الإدارية في ضوء الفقه و القضاء والتشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص45.

لاقت سلطة تعديل شروط الصفقة العمومية القبول لدى الفقه والقضاء الإداري وأصبحت حق أصيل للإدارة تفرضه بإرادتها المنفردة على المتعاقد معها، كتغيير أحد شروط العقد أو مدته أو أوضاع تنفيذه أو غيره .

الفرع الثاني : الأساس القانوني لسلطة التعديل

تعددت الآراء الفقهية حول أساس سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري فمنهم من أكد على جانب السلطة العامة فيما يرى البعض الآخر عكس ذلك ويقر بأن الأساس القانوني لسلطة التعديل يمكن في فكرة المرافق العامة و إحتياجاتها .

أولاً: الأساس القانوني لسلطة التعديل قائم على فكرة السلطة العامة

ذهب أنصار هذا الإتجاه إلى القول بأن سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية منفردة و بإستعمالها لأهم إمتيازات السلطة العامة وهو التنفيذ المباشر. يعد مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، و من ثم فإن تعديل الإدارة لشروط العقد الإداري لا يكون بصفتها متعاقدة بل بصفتها صاحبة سلطة عامة.(1)

إن الإدارة بإعتبارها سلطة عامة مكلفة بأن تراعي دائماً ضرورات المصلحة العامة، وإذا كانت الإدارة وهي تباشر تحقيق المصلحة العامة قد فوضت أحد الأفراد بأسلوب التعاقد الإداري للمساهمة في تحقيق الهدف فإنها تبقى دائماً صاحبة الحق الأصيل في أن تراعي تلك المصلحة و هكذا فهي تتدخل بوصفها سلطة عامة لتفرض ما تراه مناسباً لتحقيق ذلك .(2)

النقد: على الرغم مما قدمه هذا الإتجاه من أدلة ، إلا أنه لم يسلم به غالبية الفقه و على الخصوص في العصر الحديث، لأنه لا يمكن تأسيس حق التعديل الإفرادي إلا على مستلزمات المرافق، وما يحدث لها من تغيرات، أي أن الإدارة يجب أن لا تنقيد بعقود ضاربة غير ناقعة أو بشروط عقدية لا تلائم حاجات المرفق العام و تحقيق متطلبات الصالح العام.(3)

(1) - نصري منصور النابلسي ، العقود الإدارية(دراسة مقارنة) ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان ، 1993 ، ص334 .

(2) - حمد محمد الشلماني، إمتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دارالمطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص161.

(3) - نصري منصور النابلسي ، نفس المرجع ، ص334 .

أما الإعتماد على السلطة العامة كأساس لحق الإدارة في تعديل بنود العقد بإرادة منفردة فإنه يؤدي إلى جعل المتعاقد مع الإدارة مجرد فرد عادي لا أهمية لإرادته في التعاقد طالما أن الإدارة تستعمل حقا مقررًا لها بإعتباره سلطة عامة، وبالتالي يؤدي إلى حرمانه من حقوقه الأساسية لا سيما في طلب التعويض، طالما أن الإدارة تستخدم سلطتها العامة بما يتفق مع أحكام القانون .

أما الإعتماد على أعمال السلطة كأساس لسلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد يؤدي إلى الخلط بين الوسيلة و الغاية التي تبقّيها الإدارة من التعاقد ، فالسلطة العامة للإدارة هي الوسيلة التي تعتمدها الإدارة في سبيل تحقيق الغاية الأساسية من عمل الإدارة و هي تحقيق المصلحة العامة و تسيير المرافق العامة ، فالسلطة العامة ليست الغاية أو الأساس الذي يركز عليه الإدارة لتبرير حقها في التعديل إنما هي الوسيلة لتحقيق النفع العام .⁽¹⁾

ثانياً: أساس سلطة التعديل قائم على فكرة المرفق العام

يتمثل أساس سلطة التعديل وفقاً لأصحاب هذا الرأي، في أن التعديل الإفرادى للعقد يجد أساسه القانونى في فكرة المرفق العام ، و مقتضيات سير المرافق العامة بانتظام و اضطراب و قابليته للتطور و التغيير للتأقلم مع المعطيات الجديدة . و يرى الفقه الإدارى أن الإدارة المتعاقدة بتعديل ما تبرمه من عقود لا يمكن أن يؤسس إلا على مستلزمات المرافق العامة و التغييرات التي تحدث في حاجات المرفق أو إحتياجات الجمهور نفسه⁽²⁾، فهي ليست مجرد مظهر للسلطة الإدارية التي تتمتع بها الإدارة ، و هي نتيجة متلازمة لفكرة المرفق العامة ، و التغييرات التي تحدث في حاجات المرفق و إحتياجات الجمهور .

فالمصلحة العامة قد تستلزم تبعاً لذلك أن يفرض على المتعاقد إلتزامات لم ينص عليها و لم تأخذ بعين الإعتبار ورقة التعاقد، و هو ما يؤدي إلى الإعتراقات بوجود هذه السلطة بدون حاجة إلى النص عليها في العقد، إلا أن الرأي الراجح في الفقه يرجع سلطة الإدارة في التعديل إلى أنها مزيج من فكرتين إحتياجات المرفق العام و سلطة الإدارة في تحقيق هذه الإحتياجات.

(1) - أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية و عقود الثبوت ، مكتبة النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 ، ص 168 .

(2) - حمد محمد حمد الشلمانى، مرجع سابق، ص 161 .

ذلك لأن طبيعة العقود الإدارية و أهدافها و قيامها على فكرة إستمرار المرافق العامة تقتضي حصول تغيير في ظروف العقد و ملابساته و طرق تنفيذه تبعا لمقتضيات سير المرفق ، فالتعاقد يتم فيها على أساس أن نية الطرفين إنصرفت عند إبرام العقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق و تحقيق المصلحة العامة ، مما يترتب عليه أن جهة الإدارة - وهي صاحبة الإختصاص في تنظيم المرفق و تحديد قواعد تسييره - قد حولها حق التعديل بما يوائم هذه الضرورة وفق تلك المصلحة.

والأصح أن هذه السلطة تجد أساسها في إتصال العقد بالصالح العام أو مقتضيات المرافق العامة، ولذا فهي سلطة أصلية توجد مستقلة عن نصوص العقد و دفاतर الشروط و لا تجد أساسها في إرادة حقيقية أو مفترضة للطرفين.⁽¹⁾

الفرع الثالث : آليات ممارسة سلطة التعديل

رجوعا للمرسوم الرئاسي 10-236 وتحديدًا للمواد من 102 إلى 106 نجدها وردت تحت عنوان القسم الخامس الملحق (l'avenant) فأجازت المادة 102 للإدارة المتعاقدة إبرام ملاحق للصفقة . ولكنها إشتطرت أن تتم قي ضوء أحكام المرسوم الرئاسي .⁽²⁾ خول قانون الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة سلطة تعديل شروط الصفقة في الإطار التعاقدى عن طريق تقنية الملحق (أولاً)، كما بمقدورها أيضا أن تساهم بتعديل شروط تنفيذ الصفقة خارج الإطار التعاقدى نتيجة تدابير متخذة من طرفها (ثانياً) .

أولاً: التعديل عن طريق الملحق

يمكن أن تكون شروط الصفقة العمومية محل تعديل إتفاقي ينتج عن إتفاق جديد للإرادتين المتعاقدين يطلق عليه إسم " الملحق "

1- المقصود بالملحق

يقصد به على أنه إتفاق إضافي للصفقة الأولى هدفه تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية قد تضمنتها الصفقة الأصلية، أو زيادة الخدمات أو تقليها، كما يعرف أيضا بأنه عقد مكتوب

(1) - محمود عاطف البنا ، العقود الإدارية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ص ص ، 224 . 225 .

(2) - أنظر نص المادة 102 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل و المتمم ، مرجع سابق

يشمل إتفاق إرادة الطرفين في الصفقة و يتضمن تعديل بند أو عدة بنود هذه الأخيرة، وخاصيته التعاقدية تعد من الخصائص الأساسية للملحق⁽¹⁾، هذا ما يقتضي به نص المادة 1/103 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل و المتمم التي تنص على: " يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها. /أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة "⁽²⁾.

2- شروط إبرام الملحق

يستدعي تعديل شروط الصفقة عن طريق الملحق توفر عدة شروط أهمها :

أ- أن يكون مكتوبا طالما كانت الصفقة الأصلية مكتوبة فعنصر الكتابة أمر لازم في حال ممارسة الإدارة لسلطة التعديل. أي يجب أن يصدر الملحق في صيغة كتابية. و مصادق عليه من قبل السلطة المختصة، أي لا يقبل أي طلب من المتعامل المتعاقد لتعديل البنود التعاقدية بعد تلقيه وعودا من السلطات غير المؤهلة لذلك. وقد عبر المشرع على عنصر الكتابة في المادة 103 من المرسوم الرئاسي 10-236 السابقة الذكر بعبارة " الملحق وثيقة "، والوثيقة يجب أن تكون مكتوبة. فبعض الكتابية يتسنى لنا معرفة الإلتزامات الجديدة ومجالها .

ب- أن يخضع الملحق للشروط الإقتصادية الأساسية للصفقة: إذ تطبق في الملحق الأسعار التعاقدية الموضوعة مسبقا، و لكن في حالة ما إذا تعذر على الطرفين أن يطبقا الأسعار التعاقدية المحددة في الصفقة على العمليات الجديدة المنصوص عليها في الملحق، فإنهما يحددان أسعار جديدة.⁽³⁾

ج- أن يتم اللجوء للملحق في حدود آجال تنفيذ الصفقة. و هو شرط مكرس بموجب المادة 105 من المرسوم الرئاسي المعدل و المتمم.

(1) - « L'avenant est un contrat écrit constatant l'accord de volonté des parties au marché et portant modification d'une ou plusieurs clauses de ce dernier. Son caractère bilatéral est une caractéristique fondamentale de l'avenant ».

Voir : Christophe LAJOYE , Op.cit , p183.

(2) - أنظر نص 103 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدلة و المتممة بموجب نص المادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23 ، مرجع سابق .

(3) - أنظر نص المادة 104 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل و المتمم ، نفس المرجع .

د- أن يحترم الملحق قاعد المنافسة: حيث يكون الملحق ذو آثار على الصفقة الأصلية سواء بالزيادة أو النقصان، و لكن يجب أن لا يمس بالمنافسة التي يكون ضمانها صعبا عند إبرام الصفقة و الحفاظ عليها عند تنفيذ الخدمات أصعب لهذا فإنه يجب منع أي ملحق قد يسيء إليها. (1)

هـ- أن يخضع الملحق كأصل عام لرقابة التي تخضع لها الصفقة الأصلية .
ومع هذا هناك حالات لا يلزم فيها القانون بإخضاع الملحق إلى رقابة هيئات الرقابة الخارجية القبلية إذا إستوفت الشروط التالية:

-إذا كان موضوع الملحق لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة و الضمانات التقنية و المالية و أجل التعاقد .

-إذا لم يكن للملحق أثر مالي فلا حاجة لعرضه على لجنة الصفقات المعنية. (2)
-إذا كان مبلغ الملحق أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق لا يتجاوز بالزيادة أو بالنقصان النسب التالية:

-20% من المبلغ الأصلي للصفقة، إذا كانت الصفقات من إختصاص لجنة الصفقات التابعة للمصلحة المتعاقدة.

-10% من المبلغ الأصلي، إذا كانت الصفقات من إختصاص اللجان الوطنية و اللجان القطاعية للصفقات ، أما في حالة ما إذا تضمن الملحق عمليات جديدة تتجاوز مبالغها النسب المحددة أعلاه فإنه يخضع لهيئة الرقابة الخارجية (3) لتدرس مشروع الملحق.

و من البديهي القول أن سلطة التعديل تخضع لرقابة القاضي الإداري الذي إذا رفعت الدعوى أمامه من طرف المعني صاحب المصلحة سعى إلى التأكد من مدى تناسب موضوع التعديل مع مقتضيات الصفقة و التأكد من مدى علاقته بالصفقة الأصلية و بالحدود المالية

(1) -« Son illégaux les avenants qui portent atteinte au principe de publicité et de mise en concurrence ».

Voir : Frédéric ALLAIRE ,L'essentiel de droit des marches publics , 2^{eme} éd , L'extenso édition , paris , 2009 , p101.

(2) - عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2011 ، ص 208 .
(3) - أنظر نص المادة 4/106 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل و المتمم ، مرجع سابق .

المنصوص عنها تشريعا و تقدير عما إذا هناك تعسف في ممارسة سلطة التعديل من عدمه - أن لا يؤدي الملحق إلى إخلال التوازن الإقتصادي للصفقة أو تغيير محلها: حيث أن قانون الصفقات العمومية إترف بحق إبرام ملحق تعديل بند أو عدة بنود الصفقة إذا كان لا يؤدي إلى تغيير محلها أو موضوعها و لا يؤثر بصورة أساسية على توازن الصفقة⁽¹⁾.

غير أنه في حالة صعوبات تقنية غير متوقعة و خارجة عن إرادة الأطراف، يسمح بإبرام ملحق يغير الشروط الإقتصادية للصفقة أو تعديل محلها.⁽²⁾

الفرع الرابع : الضوابط التي تحكم سلطة التعديل

إن الإدارة العامة تستطيع تعديل بنود العقود الإدارية التي تبرمها لكنها لا تتمتع بسلطة مطلقة في هذا المجال، وذلك حتى لا يترك المتعاقدين في حالة خضوع تام إلى تعسف الإدارة. و لهذا لا بد من أن تكون هناك قيود و ضوابط تحكم سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد و تتمثل في : ضوابط إتفاقية (أولا) ، تشريعية (ثانيا) ، و أخرى قضائية (ثالثا) :

أولا: الضوابط الإتفاقية

تتضمن أغلب العقود الإدارية بنودا صريحة تنص على حق الإدارة في تعديل الإلتزامات الأصلية للمتعاقد و لا تقتصر هذ البنود على ذكر هذا الحق فحسب ، و إنما تنظم أيضا كيفية ممارسته و تضع له قيود و لا يحق للإدارة تجاوزها. و يمكن القول أن بنود العقد تحدد على المستوى العملي للقيود المفروضة على سلطة التعديل ، إذا يجب على الإدارة أن تحترم هذه القيود الإتفاقية عملا بمبدأ القوة الملزمة للعقد إدراج بنود تحرم الإدارة من إستعمال سلطتها في تعديل شروط العقد بصفة مطلقة.⁽³⁾

ثانيا: الضوابط التشريعية

إن قيام الإدارة بتعديل العقد يتوقف عن مجموعة من الضوابط و القيود التشريعية التي لا يمكن للإدارة أن تقوم بمخالفتها لأي سبب من الأسباب إلا في حالة الضرورة و تتمثل في:

1- موافقة السلطة المختصة : و يقصد بها أن يكون التعديل صادر عن الجهة المختصة و هي المصلحة التي قامت بإبرام العقد مع الطرف الآخر، إذ لا يمكن لأي مصلحة أخرى أن تتدخل

(1) - عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، مرجع سابق ، ص ص ، 207 . 210 .

(2) - أنظر نص المادة 4/103 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 العمومية المعدل و المتمم ، مرجع سابق .

(3) - حمد محمد حمد الشلماني ، مرجع سابق ، ص 156 .

لتعديل العقد ما لم تفوض من قبل الإدارة المتعاقدة.⁽¹⁾ و هو الأمر الذي ذهب إليه المشرع الجزائري في قانون الصفقات 10-236 بموجب نص المادة 102 التي نصت على إمكانية المصلحة المتعاقدة على إبرام ملاحق تابعة للعقد المبرم مع المتعاقد في حالة الضرورة.⁽²⁾

2- أن يقع التعديل خلال مدة العقد: على الرغم من تمتع الإدارة بسلطة تعديل العقد الإداري، إلا أنه يجب أن يكون هذا الأمر أثناء تنفيذ العقد، لأنه متى إنقضى العقد وانتهى بصورة طبيعية فإن إلتزامات المتعاقد مع الإدارة تنتهي، ويكون طلبها لتعديل العقد بمثابة تعاقد جديد، بإعتبار أن التعديل هو إمتداد العقد الدائم إما بزيادة أو بالنقصان للإلتزامات المتعاقد بشرط أن تكون من أجل تحقيق الصالح العام⁽³⁾، و هو الشرط الذي نص عليه المشرع الجزائري في قانون الصفقات بموجب نص المادة 105 من المرسوم 23/12 : "... في حدود آجال التنفيذ التعاقدية ... " .

3- إقتصار التعديل على شروط العقد المتصلة بالمرفق: إن الشروط العقد المتصلة بالمرفق هي وحدها التي تخضع لسلطة الإدارة في تعديل العقد، ذلك لأن أسباب سلطة التعديل هو إشباع حاجات المرافق العامة، و من ثمة يقتصر حق الإدارة في التعديل على شروط العقد المتعلقة بسير المرفق و تنظيمه، والخدمة التي يؤديها دون أن يمتد إلى شروط العقد المالية⁽⁴⁾، و تبعا لذلك فإنه لا يجوز للإدارة تعديل الشروط التعاقدية لأنها لا تؤثر على حسن سير المرفق العام، وذلك لأنها تخص المزايا والضمانات المالية التي دفعت المتعاقد إلى التعاقد مع الإدارة .

4- لا يجوز للإدارة تجاوز إمكانية المتعاقد: يجب على الإدارة أن تراعي قدرات المتعاقد و إمكانيته المالية و الفنية ، بحيث لا يتجاوز حجم الأعباء الجديدة التي يفرضها التعديل الحدود الطبيعية المعقولة في نوعها و أهميتها ، بحيث يجب أن لا تؤدي إلى إرهاق المتعاقد وتجاوز إمكانياته الفنية و الفنية و قلب إقتصاديات العقد أو المطالبة بالتعويض من جراء تجاوزتها النسبة المحددة قانونا .⁽⁵⁾

(1) - أحمد بدر سلامة ، مرجع سابق ، ص 174 .

(2) - أنظر نص المادة 102 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل و المتمم ، مرجع سابق .

(3) - مازن ليلو راضي ، العقود الادارية في القانون الليبي المقارن مع شرح لأئحة العقود الادارية رقم(812) لسنة 1991، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2009 ، ص 117 .

(4) - محمد فؤاد عبد الباسط ، القانون الاداري (التنظيم الاداري ، النشاط الإداري، وسائل الادارة) ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2005 ، ص 206 .

(5) - حمدي القبيلات ، مرجع سابق ، ص 147 .

رابعاً: الضوابط القضائية

لقد أقر القضاء الإداري عدة قيود على سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري

يمكن إجمالها فيما يلي :

1-الإلتزام بموضوع العقد:أي لا يجوز أن يؤدي التعديل إلى تغيير طبيعة العقد، فلا يجوز للإدارة أن تجري من التعديلات ما يجعل المتعاقد أمام عقد جديد ،ففي هذه الحالة يكون للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد. و عليه فإن الإدارة لا تستطيع أن تعدل أحكام العقد على نحو يغير موضوعه .

2-إحترام قواعد المشروعية:أي أن يصدر قرار التعديل في حدود القواعد العامة للمشروعية أي يجب على الإدارة في الأحوال التي يجوز لها تعديل العقد أن تحترم مبدأ المشروعية إذ لا بد أن يصدر قرار التعديل من سلطة مختصة به وفق الصيغة التي حددها القانون، و ينبغي أن يكون قرارها موافقا للأنظمة القانونية النافذة . و قد إستقرت أحكام القضاء الإداري على أن الإدارة لا يحق لها إجراء أي تعديل في شروط العقد إلا إذا إقتضت المصلحة العامة ذلك .⁽¹⁾

3-أن يكون التعديل لأسباب موضوعية:كوجود ظروف قد إستجدت بعد إبرام العقد لأن الإدارة العامة تتعاقد في ظروف قد تتغير بعد توقيع العقد خاصة في العقود الإدارية التي تتطلب وقتا طويلا لتنفيذها كعقد الأشغال العامة و عقد التوريد، فإن تغيرت الظروف ووجب الإعتراف للإدارة بحق تعديل العقد بما يتماشى و الظروف الجديدة ، و بما يراعي موضوع العقد الأصلي.⁽²⁾

(1) - عبد الحميد الشواربي ، مرجع سابق ، ص 47 .

(2) - عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر ، مرجع سابق ، ص 147 .

المطلب الثالث: سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات

من المستقر فقها و قضاء أن للإدارة حق توقيع جزاءات مختلفة على المتعاقد معها الذي يقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية بإرادتها المنفردة ، و دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء ، و الإدارة لا تستند في مباشرة هذه السلطة الضابطة لسير المرافق العامة و ضمان استقرارها و انتظامها تحقيقا للمصلحة العامة ، و سلطتها أو امتيازاتها في التنفيذ المباشر للعقد الإداري .

و توقع الإدارة الجزاء على المتعاقد معها كلما أخل بالتزام تعاقدي، والجزاء أنواع :

الغرامة أو التعويض أو مصادرة التأمين ، أو إجبار المتعاقد على التنفيذ المباشر على نفقه و تحت مسؤوليته ، أو فسخ العقد و إنجائه . و عليه يمكن تقسيم الجزاءات الإدارية التي تملك الإدارة المتعاقدة توقيعها على المتعاقد معها عند إخلاله بالتزاماته التعاقدية إلى عدة أنواع هي: الجزاءات المالية (الغرامة التأخيرية ، التعويض ، مصادرة مبلغ الضمان) ، الجزاءات الضاغطة (التنفيذ على حساب المتعاقد) ، الجزاءات الفاسخة (فسخ العقد) .⁽¹⁾

و هو ما سنتناوله في ثلاثة فروع كالتالي:

الفرع الأول : سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات المالية

تملك الإدارة المتعاقدة سلطة توقيع الجزاءات المالية على المتعاقد معها إذا قصر في تنفيذ التزاماته سواء امتنع عن التنفيذ ، أو تأخر أو نفذ الالتزام على غير الوجه الصحيح .

أولاً: تعريف الجزاءات المالية

يقصد بها "تلك المبالغ التي يحق للإدارة أن تحصل عليها من المتعاقد الذي يخل بالتزاماته التعاقدية"⁽²⁾، كذلك الجزاءات المالية هي عبارة عن "مبالغ يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد إذا أخل بالتزاماته التعاقدية سواء امتنع عن تنفيذ التزاماته بالكامل أو تأخر في تنفيذها أو نفذها على وجه غير مرضي بالكامل"⁽³⁾.

(1) - حمدي القبيلات ، مرجع سابق ، ص 149 .

(2) - حسين درويش ، الجزاءات المالية في العقود الإدارية ، مجلة العدالة ، الإمارات العربية ، العدد 19 ، 1998 ، ص 25.

(3) - مازن ليلو راضي ، العقود الإدارية و التحكيم ، دار قنديل للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2011 ، ص 145.

ثانيا - أنواع الجزاءات المالية

تتخذ الجزاءات المالية إما صورة الغرامات ، التعويضات أو مصادرة مبالغ الضمان

أ- الغرامة التأخيرية :

هي مجموع المبالغ التي تتفق عليها الإدارة مع المتعاقد معها ويتضمنها العقد ضمانا لحسن سير التنفيذ وعدم التأخير فيه والتي توقعها متى اخل الملتزم بالتزاماته .

وتحمل الغرامة معنى العقوبة المالية لذا هي جزاء تقوم الإدارة بتوقيعه أكثر من احتمالها معنى التعويض ، وذلك كونها مبلغا محددًا سلفا ويشترط توقيعه بمجرد وقوع خطأ التأخير في اجل تنفيذ التزامات المتعاقد مع الإدارة لذلك سميت بالغرامة التأخيرية .⁽¹⁾

خول المشرع الجزائري بموجب المادة 1/9 من المرسوم الرئاسي المعدل والمتمم⁽²⁾

حق توقيع غرامات مالية في شكل غرامة.⁽³⁾ و حدد حالتين لممارستها بمنطوق النص، دون أن يحدد تعريفا لها بل إكتفى بذكر حالات توقيعها كالاتي :

*-الحالة 1:حالة عدم تنفيذ الإلتزامات محل التعاقد في الأجل المتفق عليه :

تأخذ المصلحة المتعاقدة بعين الإعتبار عنصر الزمن الذي ينبغي خلاله تنفيذ العقد،حتى يتسنى لها الإنتهاء من عملية تعاقدية و الدخول في علاقة جديدة، أو تنفيذ جزء أو شطر من البرنامج المسطر والإنتقال إلى جزء آخر، فلا يمكن من حيث الأصل إغفال عنصر الزمن. فالغرامة في هذه الحالة تفوض في حالة التأخر في تنفيذ الصفقة.⁽⁴⁾

(1) - أحمد سلامة بدر، مرجع سابق ، ص ص ، 183 . 184 .

(2) - أنظر نص المادة 1/9 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل و المتمم ، مرجع سابق .

(3) - «Les sanctions pécuniaires prennent la forme de pénalités» .

Voir : Richer LAURANT, Les contrats administratifs , Op.cit, p78.

(4) - « La grande majorité des pénalités prononcées sont des pénalités de retard sanctionnant les retards dans l'exécution des prestations du marché » .

Voir : Christophe LAJOYE , Op.cit , p137.

*-الحالة2: حالة التنفيذ غير المطابق :

يفترض هنا أن المتعامل المتعاقد قد أدخل بالشروط المتفق عليها و كفيات التنفيذ، فخرج عن الالتزامات التي تعهد بها، فالوضع الطبيعي أيضا في هذه الحالة هو خضوعه لجزاء مالي المتمثل في الغرامة التأخيرية.⁽¹⁾

يعتبر التأخير السبب الأساسي و الوحيد فرض غرامات تأخير بحقه، فإذا كان يبزر فرض هذه الغرامات بحق المتعامل المتعاقد، فقد يجد هذا التأخير أسبابا تبرره، فيعفى المتعاقد من مسؤولية التأخير إذا تبين أن الوفاء بالالتزام قد إستحال بسبب أجنبي لا يد للمتعامل المتعاقد فيه، و هذا ما قضت به المادة 2،3/90 ن المرسوم الرئاسي المتضمن الصفقات العمومية⁽²⁾. و يلاحظ من نص المادة المذكور أعلاه، على أن المشرع خول للمصلحة المتعاقدة حالتين تستطيع من خلالها إعفاء المتعامل المتعاقد من غرامة التأخير هما :

*-الحالة1: حالة مسؤولية المصلحة المتعاقد على توقيف الأشغال: و هي الحالة التي تكون فيها المصلحة المتعاقدة مسؤولة عن التنفيذ و بالتالي التأخر فيه، إذا لا ينجر عن ذلك غرامة التأخير طالما ليس للمتعامل المتعاقد من تسبب في التأخير كأن تأمر المصلحة بتوقيف الأشغال أو إستئنافها.

*-الحالة2: حالة القوة القاهرة :

وهي اصطدام المتعامل المتعاقد بظروف خارجية لم تكن متوقعة أثناء إبرام الصفقة، تجعل تنفيذها أكثر إرهاقا كأن تكون الظروف الاقتصادية أدت إلى ارتفاع الأسعار أو ظروف طبيعية تؤدي إلى تعليق آجال التنفيذ مثلا.

و في كلتا الحالتين تقوم المصلحة المتعاقدة ب:

- تسليم أوامر بتوقيف الأشغال و استئنافها حسب الحالة⁽³⁾

- تحرير شهادة إدارية⁽⁴⁾

(1)- عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، مرجع سابق ، ص 212 .

(2)- أنظر نص المادة 2،3/90 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل و المتمم ، مرجع سابق .

(3)- أنظر الملاحق : الملحق رقم 02 المتضمن أمر بالخدمة رقم 02 (إيقاف الأشغال)، الملحق رقم 03 المتضمن أمر بالخدمة رقم 03 (إستئناف العمل) .

(4)- أنظر نص المادة 4/90 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل و المتمم ، نفس المرجع .

وعموما إذا كان عدم تنفيذ الصفقة ناشئا عن خطأ المصلحة المتعاقدة أو عن تعديل أساسي قلب اقتصاديات الصفقة ذاتها، فلا يعفى المتعامل المتعاقد من غرامة التأخير فحسب ولكن يكون له الحق في التعويض.

ب- التعويض les Dommages intérêts

يعتبر من الجزاءات المالية التي يتم فرضها على المتعامل المتعاقد بقصد إصلاح الأضرار التي لحقت بالمصلحة المتعاقدة بسبب إخلال المتعاقد معها بالتزاماته. وهو يعتبر الجزاء الأصلي للإخلال بالتزامات التعاقدية ، وذلك إذا لم تنص الصفقة على جزاءات مالية لمواجهة هذا الإخلال.⁽¹⁾

و التعويض كمبدأ عام لا يكون محددًا و مقدرًا في الصفقة، وإلا أصبح في حكم الغرامات.

ج- مصادرة مبلغ الضمان

تعتبر التأمينات مبالغ مالية تدفع من قبل المتعامل المتعاقد كضمان للمصلحة المتعاقدة تتوقى بها آثار الأخطاء التي قد تصدر منه أثناء مباشرة تنفيذ الصفقة العمومية، وبالتالي مصادرة مبلغ التأمين هو جزاء مالي يتمثل في حجز واستحواذ المصلحة المتعاقدة على هذه التأمينات جراء الإخلال بالتزامات. وتملك الإدارة توقيعه بإرادتها المنفردة دون الحاجة إلى صدور حكم قضائي و دون إشتراط تحقق خطر ما.

يعتبر شرط إيداع التأمين أو الضمان⁽²⁾ أمر وجوبيا ملزما للمتعامل المتعاقد وحقا للمصلحة المتعاقدة التي يجب أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة⁽³⁾.

حرص المشرع الجزائري على تأييد شرط الضمان في الصفقات العمومية سواء للمتعامل المتعاقد الوطني أو الأجنبي إذا لم يدعم من طرف حكومة دولته.

(1)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية (الإبرام-التنفيذ-المنازعات) ، مرجع سابق ، ص 294 .

(2)- هناك نوعان من التأمين: التأمين المؤقت و التأمين النهائي ، أنظر: محمد فؤاد عبد الباسط ، العقد الإداري

(المقومات-الإجراءات-الآثار) ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2006 ، ص317 .

(3)- أنظر نص المادة 92 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل و المتمم ، مرجع سابق .

أما عن مبلغ الكفالة فحددهته المادة 100 من المرسوم الرئاسي السالف الذكر⁽¹⁾ بين 50% و 10% من مبلغ الصفقة⁽²⁾ ويمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعفي المتعامل المتعاقد من شرط تقديم الضمان إذا لم يتعدى أجل تنفيذ الصفقة ثلاثة أشهر. أو إذا اعتقدت أن طابع الخدمات لا يتطلب ذلك. والمشرع نجده قد أعطى للمتعامل المتعاقد الذي يلتزم بتنفيذ التزاماته ، الحق في إسترجاع التأمين النهائي الذي يقع عليه جزاء المصادرة (كفالة الضمان) كليا في مدة شهر واحد إبتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة⁽³⁾.

الفرع الثاني : سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات الضاغطة

تتمتع المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية بسلطة توقيع جملة من الوسائل الضاغطة أو الإجراءات القهرية، يبررها أن العقود الإدارية يجب أن تنفذ بدقة لأن سير المرافق العامة تقتضي ذلك هذه الوسائل تستهدف إرغام المتعاقد المقصر على الوفاء بالتزاماته، وذلك بأن تحل المصلحة المتعاقدة محله في تنفيذ الصفقة أو أن تعهد إلى غيره ليتولى تنفيذه وعلى مسؤوليته. وتعتبر الجزاءات الضاغطة التي تلجأ إليها الإدارة بمثابة جزاءات مؤقتة، لا يترتب عنها إنهاء العقد بالنسبة للمتعامل المتعاقد معها، بل يبقى هذا الأخير مسؤولاً أمام المصلحة المتعاقدة، كما أن سلطة اتخاذ الإجراءات الضاغطة المؤقتة، لا ينبغي للإدارة التنازل عنها لأنها تعتبر كمبدأ عام من السلطات المقررة للإدارة حتى لو لم ينص عليها في الصفقة أو في دفاتر الشروط، فهي مستمدة من امتيازات السلطة العامة⁽⁴⁾.

وتتصف بأنها أشد قسوة إذا ما قورنت بالجزاءات المالية، لهذا لا تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة إلا إذا أخل المتعامل المتعاقد معها بتنفيذ الصفقة إخلالا خطيرا، تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى هذه الوسائل في كافة العقود الإدارية والصفقات العمومية خاصة.

(1) - أنظر نص المادة 100 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل و المتمم ، مرجع سابق .

(2) - أنظر نص المادة 101 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل و المتمم ، نفس المرجع .

(3) - احمد محمود جمعة ، العقود الإدارية (طبقا لاحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد) ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2002 ، ص 352.

كذلك انظر :- محمد فؤاد عبد الباسط ، العقد الإداري (المقومات-الإجراءات-الآثار)، مرجع سابق ، ص 318

- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية (الإبرام-التنفيذ-المنازعات) ، مرجع سابق، ص 125.

(4) - « Le pouvoir de sanction coercitive est fondé sur les prérogatives de puissance publique. Ces sanctions peuvent être prononcées même dans le silence du marché »

Voir : Christophe LAJOYE , Op.cit , p174.

وتأخذ سلطة توقيع الجزاءات الضاغطة الصور الملائمة لتنفيذ الصفقة ففي صفقة الأشغال العامة يأخذ هذا الجزاء صورة سحب العمل من المقاول والتنفيذ على حسابه وتحت مسؤوليته (أولاً)، وفي صفقة اللوازم (التوريد) يأخذ صورة الشراء على حساب ومسؤولية المورد (ثانياً) .

أولاً: سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة

هو جزاء تملك المصلحة المتعاقدة ممارسته، فهو وسيلة ضغط وإجراء قهري بمقتضاه تحل المصلحة المتعاقدة بنفسها أو عن طريق مقاول آخر محل المقاول المتخلف عن تنفيذ التزاماته، لكفالة تنفيذ الأشغال على حساب هذا الأخير وتحت مسؤولية، كما يمكنها لاستيلاء على أدواته وعماله بالقدر الذي يمكنها من إنجاز العمل (1).

يهدف هذا الجزاء إلى إرغام المقاول على تنفيذ الصفقة وليس من شأنه إنهاؤها، بل تستمر منتجة لآثارها، وتظل العلاقة التعاقدية قائمة.

إن سحب العمل من المقاول حق معترف للمصلحة المتعاقدة، مرتبط بالنظام العام باعتباره ضماناً هامة لإتمام العمل محل التعاقد، ونظراً لخطورة هذا الجزاء المخول للمصلحة المتعاقدة الذي توقعه على المقاول معها في حالة تقصيره، فلا بد من توفر شرط محددة لممارسته .

فجزاء أعمال سحب العمل من قبل المصلحة المتعاقدة تجاه المتعاقد بمقتضى صفقة الأشغال العامة يتطلب توفر شروط تتلخص في وجود خطأ في تنفيذ الإلتزام التعاقدية من قبل المقاول (كعدم إلتزامه بشروط الصفقة أو عدم إمتثال المقاول للأوامر المصلحية)، بالإضافة إلى إعدار المتعاقد قبل توقيع (2) الجزاء بإعتبار أن المصلحة المتعاقدة ملزمة بإحترام مصالح المقاول و إلا لما كان هذا التعاقد.

(1) -« La mise en régie est une sanction coercitive prononcée a l'encontre de l'entrepreneur défaillant. Elle consiste à faire gérer la poursuite des travaux directement par un fonctionnaire du maitre d'ouvrage appelé régisseur, aux frais et risque de l'entrepreneur défaillant et par l'utilisation de ses moyens humains et matériels ».

Voir :- Richer LAURANT , Op.cit , p78

² - أنظر الملاحق : الملحق رقم 04 المتضمن إعدار ، الملحق رقم 04 المتضمن إعدار رقم 01 ، الملحق رقم 05 المتضمن إعدار رقم 03

فشرط الإعدار قبل توقيع جزاء السحب الهدف منه هو إخطار المقاول بما ستطبقه المصلحة المتعاقدة من إجراءات زجرية ضده، وبالتالي يتدارك أخطاءه فيصلحها. فالمصلحة المتعاقدة تسعى إلى إنجاز المشروع في الظروف الطبيعية و ليس إلى معاقبة المقاول هذا من جهة و من جهة أخرى يتمثل في الإثبات القانوني لتقصيره أو إهمال المقاول في تنفيذ التزاماته أي إثبات عدم الوفاء بها. (1)

ثانياً: الشراء على حساب و مسؤولية المورد في صفقة التوريد

بإمكان المصلحة المتعاقدة توقيع جزاء الشراء على حساب المورد و تحت مسؤوليته، و الذي يمثل صورة الجزاء الضاعط بالنسبة لصفقة اللوازم أو التوريد (2).

ينبغي الإعراف للمصلحة المتعاقدة و لضمان أداء الخدمة باللجوء لمورد آخر تختاره فيزودها بالمادة موضوع الصفقة و يتحمل الطرف المفسر النتائج المالية الناجمة عن هذا التنفيذ (3)، يشترط لتطبيق جزاء الشراء على حساب و مسؤولية المورد عدة شروط وذلك حتى لا يشترط لتطبيق جزاء الشراء على حساب و مسؤولية المورد عدة شروط وذلك حتى لا تتعسف المصلحة المتعاقدة في توقيعه، من بينها وجود خطأ يتسم بجسامة معينة من قبل المورد * - و نذكر عن تلك الأخطاء:

- التأخير الجسيم عن تسليم الأصناف المتعاقد عليها.
- الامتناع أو العجز عن تنفيذ التوريد.
- تنفيذ الصفقة على وجه غير مرض كعدم مطابقة الأصناف الموردة للمواصفات المتعاقد عليها، أو إحلال المتعهد لغيره من دون موافقة المصلحة المتعاقدة.
- الإهمال في تنفيذ الالتزامات التي تفرضها عليه الصفقة على وجه يعرض المرفق العام للخطر، ذكرت هذه الأخطاء على سبيل المثال وليس الحصر، فللمصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية في تقدير مدى جسامة الفعل الذي بموجبه تقرر جزاء الشراء.

(1) - «La mise en régie ne peut donc prononcée que si elle est précédée d'une mise en demeure».

Voir : André DE LAUBADERE , Yves GAUDEMET, **Traité de droit administratif** , Tome2, 11^{ème} ed , Delta , Paris , 2002 , p 400.

(2) - محمد الصغير بعلي ، العقود الإدارية ، دار العلوم ، الجزائر ، 2005 ، ص 23 .

(3) - عمار بوضياف ، الصفقات العمومية في الجزائر (دراسة تشريعية وقضائية و فقهية) ، مرجع سابق ، ص 155.

الفرع الثالث : سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات الفاسخة

تستهدف سلطة توقيع الجزاءات الفاسخة إنهاء الرابطة التعاقدية وقطع العلاقة بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها، مما يعني فسخ الصفقة العمومية قبل نهايتها الطبيعية لأخطاء معينة تطرأ أثناء تنفيذها و لكن ليس كل فسخ توقعه المصلحة المتعاقدة يعتبر بمثابة جزاء بسبب التقصير الجسيم من طرف المتعامل المتعاقد معها، بل بإمكانها أن تتفق مع الطرف المتعاقد معها على توقيع الفسخ التعاقدى المنصوص عليه في قانون الصفقات العمومية⁽¹⁾، ودون أي خطأ أو تقصير من المتعامل المتعاقد، بل يتم الفسخ باتفاق مشترك بين الطرفين. وتتمتع كذلك المصلحة المتعاقدة بالإضافة إلى الفسخ التعاقدى، بسلطة فسخ الصفقة بإرادتها المنفردة ووفقا لتقديرها، ومن دون خطأ من جانب المتعاقد معها، إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، وهذا ما يطلق عليه فسخ الصفقة لدواعي المصلحة العامة، وهذه كانت الصورة الأولى لفسخ الصفقة بالإرادة المنفردة، أما الصورة الثانية فهي تتمثل في سلطة إنهاء الصفقة بالإرادة المنفردة لخطأ من المتعامل المتعاقد ويعد الفسخ في هذه الصورة جزاء رادعا توقعه المصلحة المتعاقدة على المتعاقد المخل بالتزاماته إخلالا جسيما، وهذا ما يطلق عليه الفسخ الجزائي للصفقة العمومية الذي هو موضوع الدراسة هنا.

تستمد المصلحة المتعاقدة سلطتها في توقيع الجزاءات الفاسخة استنادا إلى حقها في استعمال امتياز التنفيذ المباشر وهو الأمر الذي لا نجد له نظير في مبادئ القانون الخاص وأساس هذه السلطة هو نفس أساس السلطات الأخرى الممنوحة للمصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية، والمتمثل في مقتضيات سير المرفق العام بانتظام واطراد.

أولا: تعريف الفسخ الجزائي

يمكن تعريف الفسخ أنه: "قاطعة عجز أو عدم مقدرة المتعاقد في تنفيذ الالتزامات محل التعاقد بصورة مرضية والتي منها عدم مراعاة تنفيذ الأعمال، أو عدم تسليم التوريدات في المواعيد المقررة تنتهي بمقتضاه الرابطة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة وبين المتعاقد معها."⁽²⁾، و يأتي الفسخ الجزائي لصفقة الأشغال العامة و صفقة اللوازم غالبا تاليا لجزاء سحب

(1) - أنظر نص المادة 113 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل و المتمم ، مرجع سابق .

(2) - محمود أبو السعود ، مرجع سابق ، ص 100 .

العمل من المقاول والشراء على حساب المورد على التوالي، وذلك حينما تقدر المصلحة المتعاقدة عدم جدوى هذين الجزاءين الأخيرين.

وتجدر الإشارة أن قانون الصفقات العمومية لم يعط تعريفا للفسخ الجزائي بل اكتفى بالإعلان عنه، إلا أنه يمكن استنتاجه من تفسير المادة 112 من قانون الصفقات العمومية⁽¹⁾ التي نصت عليه. فالفسخ الجزائي بصفة عامة لا يعدو عن كونه جزاء إداريا رادعا. ويشترط لكي تباشر المصلحة المتعاقدة سلطتها في توقيع الفسخ الجزائي أن يرتكب المتعاقد خطأ جسيما و أن تقوم بإعذاره و إعطاء أجل محدد قبل توقيع هذا الجزاء نظرا لخطورة الآثار المترتبة عنه. تعفى المصلحة المتعاقدة في بعض الحالات من الالتزام بإعذار المتعاقد معها كحالة الاستعجال أو في حالة ما إذا كان جزاء الفسخ لاحقا لجزاء سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال العامة، أو الشراء على حساب المورد في صفقة اللوازم، وكان قد سبقهما اعذار للمتعاقد، بشرط أن يكون جزاء الفسخ قد صدر عن نفس الأخطاء التي استلزمت جزاء السحب وجزاء الشراء، ولا يكون الإعذار ضروريا إذا نص العقد صراحة على إعفاء الإدارة من هذا الإلتزام ، ولا يملك القاضي منح المتعامل المتعاقد مهلة معينة لتنفيذ التزامه الذي قصر في أدائه، لكونه لا يملك في الأصل تقدير احتياجات المرفق العام، على عكس القاضي المدني فإنه يجوز له منح المدين أجلا زمنيا للتنفيذ.

ثانيا: خصائص الفسخ الجزائي

ينفرد الفسخ الجزائي الذي توقعه المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد معها إذا أخل بالتزامه التعاقدية إخلالا جسيما، بالعديد من السمات تميزه عن الجزاءات المالية والضاغطة حيث تملك المصلحة المتعاقدة حق توقيع مثل هذا الجزاء بنفسها دون اللجوء إلى القضاء ، كما أن الفسخ الجزائي من الجزاءات التي تتميز بخاصية الإعذار نظرا لخطورتها .

(1)- أنظر نص المادة 112 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل و المتمم ، مرجع سابق .

ثالثا:أنواع الفسخ الجزائي

يفرق الفقه والقضاء في فرنسا بين نوعين من الفسخ الجزائي وذلك تبعا لمدى جسامة وخطورة آثار كل منهما على مركز المتعامل المتعاقد، ونظرا لأن المصلحة المتعاقدة تملك حق توقيع جزاء الفسخ بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء و بالتالي فإنها تملك سلطة تقديرية في تقدير نوع الفسخ الذي توقعه على المتعاقد معها فلها أن توقع الفسخ الجزائي المجرى البسيط (إنهاء الرابطة التعاقدية مع المتعاقد المخل بالتزاماته دون قيد أو شرط و دون تحميل الأعباء المترتبة على إعادة طرح الصفقة في مناقصة جديدة لإتمام تنفيذها).⁽¹⁾

كما للمصلحة المتعاقدة في حالة الخطأ الأكبر درجة من الجسامة (وهو توقيع الفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المتعاقد و الفسخ في هذه الحالة يكون مصحوبا بإعادة طرح الأشغال في مناقصة لإتمام تنفيذها على حساب المتعاقد المقصر، كما يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى طريقة التراضي مع شرط أن تراعي عدم الإضرار بالمتعاقد القديم بإختيار أفضل الشروط المالية وتخضع الإدارة إلى رقابة القضاء في هذا الصدد)⁽²⁾، يعد النوع الثاني من الفسخ أشد قسوة من الأول.

يتأكد التطبيق العملي للفسخ على مسؤولية المتعاقد المقصر من خلال قرارات الفسخ المنشورة في الجرائد اليومية من طرف المصلحة المتعاقدة والتي تختمها بعبارة " نظرا للإعذارات المتعددة التي وجهت للمقاولة تفسخ الصفقة على عائق المقاولة"⁽³⁾، وهذه الأخيرة تؤكد إستعمال المصلحة المتعاقدة لهذا الجزاء رغم الآثار الخطيرة التي يربتها.

(1) - انظر نص المواد 1،2،3،4،5 من قرار مؤرخ في 28 مارس 2011 ، يحدد البيانات التي تضمنها الإعذار وأجال نشره ،

ج.ر، العدد 24 ، المؤرخة في 20 افريل 2011 .

(2) - محمد سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 551 .

(3) - أنظر الملاحق: رقم 07 المتضمن الإعذار الأخير قبل الفسخ، الملحق رقم 08 المتضمن قرار فسخ ، الملحق رقم 09 المتضمن فسخ .

رابعاً: الآثار القانونية للفسخ الجزائي

ينتج عن قيام المصلحة المتعاقدة بتقرير الفسخ الجزائي بنوعيه، عدة آثار قانونية تختلف باختلاف نوعي الفسخ و كذلك باختلاف نوع الصفقة و مع ذلك هناك من الآثار ما هو مشترك بين نوعي الفسخ ، و منها ما هو خاص بالفسخ الجزائي المجرّد البسيط ، و من الآثار ما هي خاصة بالفسخ الجزائي على حساب المتعامل المتعاقد .

1- الآثار المشتركة بين نوعي الفسخ: و تتمثل في :

*-إنهاء العلاقة التعاقدية بين طرفي الصفقة بالنسبة للمستقبل.(1)

*-يشمل الفسخ الجزائي سواء المجرّد البسيط أو الفسخ على مسؤولية المتعاقد الصفقة كلها .

*-يترتب عن كلا النوعين إستبعاد المتعاقد نهائياً .

*-يحق للإدارة المتعاقدة في حالة الفسخ أن تجمع بين جزاء الفسخ و الجزاءات المالية المختلفة

2-الآثار الخاصة بالفسخ الجزائي المجرّد البسيط : تتمثل في:

*-يترتب عن الفسخ إنهاء الصفقة و إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد

*-يحق للإدارة المتعاقدة فرض جزاءات مالية إذا توفرت أسبابها القانونية .

*-يجوز لها الجمع بين الفسخ المجرّد البسيط و مصادرة التأمين مع إستحقاق التعويض إذا

كان التأمين غير كافي لجبرالضرر الذي أصابها على أن لا تخطر الصفقة صراحة عن الجمع .

*-تسلم الأشغال المنفذة في الفترة السابقة للفسخ،ويتم تصفية العقد وإقامة كشف الحساب

لصفقة اللوازم.

3-الآثار الخاصة بالفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد: و تتمثل في :

*-الحرية للإدارة في إبرام صفقة جديدة مع متعامل آخر بإنجاز ما تخلف عنه المتعامل الأصلي

*-التحمل الكامل المتعاقد الأصلي للنتقات التي تفرضها عملية التعاقد الجديدة .

*-الحق للإدارة المتعاقدة بالإحتفاظ بفارق المصروفات إذا كانت الصفقة الجديدة أقل سعرا

من الصفقة الأصلية(2) .

(1) -« La résiliation n'a pas d'effet rétroactif, elle ne vaut que pour l'avenir ».

Voir : Christophe LAJOYE, Op.cit, p175.

(2)- محمود أبو السعود ، مرجع سابق ، ص 275 .

المبحث الثاني : حقوق و إلتزامات المتعامل المتعاقد

إذا كان قد تقرر للمصلحة المتعاقدة جملة من السلطات والامتيازات الاستثنائية في مواجهة المتعامل المتعاقد معها تحت تبرير اتصال عقودها بالمرفق العام ، فإنه و خوفا من تعسفها أو المساس بمراكز المتعاقدين معها، وكذلك من فقدانها لأحد أهم وسائل تسيير المرافق العامة بنفوس الأفراد و عزوفهم عن التعامل معها ، فقد أُقر و في مقابل تلك الامتيازات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة جملة من الحقوق التي لا مثيل لها و الغير المألوفة في القانون الخاص و هي الحقوق التي تشكل قيودا و إلتزامات على الادارة .

فالقضاء إعترف للمتعامل المتعاقد بحقوق تقابل سلطات الإدارة الخطيرة وهذا بغرض تمكينه من الاستمرار في تنفيذ الصفقة العمومية والوفاء بإلتزاماته وحتى يستطيع المرفق بالتالي الاستمرار في أداء خدماته .

ويغرض التعرف أكثر عن تلك الحقوق و ما يقابلها من إلتزامات ، سوف نقوم بدراسة كل منها في مطلب مستقل كما يلي :

➤ المطلب الأول : حقوق المتعامل المتعاقد

➤ المطلب الثاني : إلتزامات المتعامل المتعاقد

المطلب الأول : حقوق المتعامل المتعاقد

تأخذ حقوق المتعامل المتعاقد في مجملها طبيعة واحدة هي الطبيعة المالية

و إن كانت تختلف صورها و إجراءاتها و حالاتها بين حق و آخر .

فالمتعامل المتعاقد عندما ينفذ التزاماته المتعلقة بموضوع الصفقة صار من حقه الحصول على المقابل المالي بالكيفية التي حددها القانون (الفرع الأول). و إذا أصاب المتعامل المتعاقد ضررا جراء عمل قامت به الإدارة جاز له المطالبة بالتعويض (الفرع الثاني). ثم إن المتعامل المتعاقد إذا واجهته أثناء التنفيذ وقائع وعوامل مرهقة لا يمكن معها الاستمرار في تنفيذ الصفقة بات من حقه المطالبة بما سمي بالحق في التوازن المالي (الفرع الثالث)، وعليه يمكن تصنيف⁽¹⁾ حقوق المتعامل المتعاقد إلى :

الفرع الأول: حق المتعامل المتعاقد في الحصول على المقابل المالي

يعد أحد أبرز الحقوق المضمونة للمتعاقد مع الإدارة ، فالمتعاقد إنما يهدف قبل كل شئ إلى تحقيق منفعة مادية تتمثل في الربح الناجم عن الفرق بين كلفة العقد التخمينية و بين ما بذله المتعاقد من جهود فعلية⁽²⁾. والأصل في تحديد الثمن و طرق مراجعته و دفعه إنما يتم باتفاق المتعاقدين، وفقا للقواعد المقررة قانونا في المواد من 63 إلى 91 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل و المتمم، ولذا يعتبر شرطا تعاقديا ألزم المشرع ذكره ضمن البيانات التعاقدية بمقتضى بند صريح في الصفقة ذاتها، بأن يتم بطريقة مفصلة و موزعة وهذا ما تقتضي به المادة 62 الفقرات 4،5،13 من نفس المرسوم الرئاسي السالف الذكر .

و هو حق يقصد به المقابل المالي لما يتقاضاه المتعامل المتعاقد نظير تنفيذه لموضوع الصفقة من أعمال أو توريدات لصالح جهة الإدارة المتعاقدة، و يختلف شكل المقابل المالي باختلاف العقود المبرمة⁽³⁾، فقد يكون على شكل رسوم أو على شكل ثمن، الذي تدفعه المصلحة المتعاقدة له نظير السلع التي تم توريدها أو الأشغال التي تم تنفيذها⁽⁴⁾.

(1) - عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 220.

(2) - محمد خلف الجبوري ، مرجع سابق ، ص ص ، 181.180.

(3) - عادل بو عمران ، النظرية العامة للقرارات و العقود الإدارية (دراسة فقهية تشريعية و قضائية)، دار الهدى للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2010 ، ص 114 .

(4) - محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 81.

أولاً : صور اقتضاء المقابل المالي

أ - الثمن

يقصد به المقابل النقدي الذي يستحقه المتعاقد مع الإدارة لتغطية نفقات و تكاليف العملية المتعاقد عليها، بالإضافة إلى أرباحه المشروعة⁽¹⁾، و الأصل أيحدد الثمن في العقد الإداري باتفاق بين طرفيه، و ذلك قبل البدء في تنفيذ العقد، وقد يكون ذلك ضمن شروط العقد أو ضمن وثائق ملحقة به، وتشكل جزءاً لا يتجزأ من العقد و مكملًا لبودده ، و قد نجد في بعض الصفقات يستوجب تنفيذها زمناً طويلاً بما يمكن أن ينتج عنه ارتفاع أسعار بعض المواد، لذلك نصت المادة 64 من المرسوم الرئاسي 10-236 على أن سعر الصفقة يمكن أن يكون ثابتاً أو قابلاً للمراجعة، و كما يمكن أن يحين السعر، وذلك حسب شروط محددة.

و في حالة عدم النص عليه ، فإن الثمن يحدد كالتالي:

*- **حالة التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر:** قد تتعاقد الإدارة بالاتفاق المباشر دون تحديد الثمن في العقد، كطلب الإدارة من المتعاقد توريد سلع معينة على أن تقدم الفاتورة فيما بعد، وهنا يتم تحديد الثمن بالطريقة المنصوص عليها في القانون، و إلا حدد بناء على سعر السوق⁽²⁾.

و يستطيع القاضي الإداري حسم الخلاف بأن يتولى تحديد الثمن المناسب⁽³⁾.

*- **الأمر الصادر من جهة الإدارة بتنفيذ أكثر مما أتفق عليه في العقد:** الإدارة قد تأمر المقاول بتنفيذ أعمال أكبر مما أتفق عليه، و الثمن يحدد على طبيعة هذه الزيادة، فمتى كانت من ذات جنس موضوع العقد الأصل طبق السعر الأصلي المتفق سلفاً عليه، أما إذا كانت تختلف عنها فيقدر بسعر السوق وقت طلب هذه الأعمال. و في حالة وجود أعمال إضافية لم تتفق الإدارة فيها مع المقاول على تحديد الثمن ، فالإدارة لا يمكنها فرض أسعار معينة غير متفق عليها و بإرادتها المنفردة ، فلا بد من عرض الأمر على القضاء لأن الثمن يجب أن يكون محلاً للاتفاق بين طرفي العقد⁽⁴⁾.

(1) - مازن ليلو راضي ، العقود الإدارية في القانون الليبي المقارن مع شرح لائحة العقود الإدارية رقم (812) لسنة 1991، مرجع سابق، ص 132 .

(2) - ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية و التحكيم ، دار الجامعة الجديدة ، مصر، 2004 ، ص 213 .

(3) - نصري منصور النابلسي ، مرجع سابق ، ص 434 .

(4) - عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق ، ص 220 .

ب- السعر

إن الرسوم التي يجنيها المتعاقد مع المنتفعين من خدمات المرفق العام محل التزامه يعتبر بمثابة مقابل نقدي يحصل عليه جراء التزامه للمرفق غير أنه لما كان هذا المقابل ليس ثمنا فإنه بهذا يختلف عن الشروط التعاقدية بالمزايا المالية الواردة في بقية العقود، يعتبر بمثابة مقابل نقدي يحصل عليه جراء التزامه للمرفق غير أنه لما كان هذا المقابل ليس ثمنا فإنه بهذا يختلف عن الشروط التعاقدية بالمزايا المالية الواردة في بقية العقود. فالرسوم في عقود التزام المرافق العامة يجور للإدارة تعديل شروطها من تلقاء نفسها، ودون حاجة لموافقة الملتزم، إلا أنه لا يحق للملتزم أن يعمل على زيادة الرسوم بمفرده مهما كانت الصعوبات دون موافقة الإدارة مانحة الامتياز⁽¹⁾.

و يتم تحديد الرسم في عقد الامتياز بإتباع إحدى الوسائل التالية:

1- قد تتولى الإدارة بنفسها تحديد هذه الرسوم، وقد يتم بعد استشارة الملتزم. وهذه الاستشارة غير إلزامية لها لأنها قد تقوم بتحديد الرسم بصورة قاطعة.

2- قد تكتفي الإدارة بتحديد الحد الأقصى لمقدار الرسوم تاركة للملتزم حرية التقدير في الحدود التي حددته له الإدارة سلفاً، ويكون الرسم سارياً بعد التصديق عليه من الإدارة المختصة أما القيود الواردة على تحديد الرسم فتتمثل في ما يلي:

1- يجب أن يكون الرسم الذي يدفعه المنتفعين متساوياً بالنسبة للجميع و ذلك تطبيقاً لمبدأ المساواة في الانتفاع من المرافق العامة، فعلى الملتزم أن يحقق المساواة بين عملائه سواء في الخدمات أو في تقاضي الأجر⁽²⁾.

2- تكون الأسعار التي تقررها السلطة العامة بالنسبة للعقود التي يبرمها الملتزم مع عملائه بقوة القانون الذي لا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على خلافهما⁽³⁾. و كل غلط أو انحراف يقع عنه تطبيق تلك الأسعار على العقود الفردية بين الملتزمين و المنتفعين يكون قابلاً للتصحيح.

(1) - سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة) ، مرجع سابق، ص 289 .

(2) - نصري منصور نابلسي ، مرجع سابق، ص 507 .

(3) - محمد خلف الجبوري ، مرجع سابق، ص 190 .

ثانيا : أشكال دفع سعر الصفقة

رجوع لنص المادة 63 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل و المتمم نجد المسرع الجزائري قد حدد و بالنص الصريح أربعة أشكال يدفع من خلالها أجر المتعامل المتعاقد، جراء تنفيذ الصفقة و يكون ذلك وفقا للسعر المتفق عليه. و يتخذ عدة صيغ و أشكال كالتالي:

1- السعر الإجمالي أو الجزافي Le prix global et forfaitaire

و يكون ذلك في حالة النص في الصفقة على مبلغ جزافي يشمل على كافة المستحقات المالية التي يتقاضاها المتعامل نظير تنفيذ دون الاعتداد و الاعتماد على حساب الوحدات المنجزة.

2- سعر الوحدة Le prix unitaire

و يكون ذلك في حالة تحديد سعر الصفقة بناء على وحدات القياس مثال: تحديد سعر شق طريق عام، في إطار تنفيذ صفقة أشغال عامة بناء على سعر المتر المربع. وبناء على قائمة سعر الوحدة يتم تحديد سعر مستقل لكل نوع من أنواع السلع.

3- السعر بناء على نفقات المراقبة Le prix sur les dépenses contrôlées

حيث يعتمد في تحديد سعر الصفقة على النفقات و التكاليف التي قام بها المتعامل المتعاقد بناء على وثائق ثبوتية (فواتير مثلا)، مع إضافة هامش و نسبة معينة للفائدة و الربح (15% مثلا)

4- السعر المختلط Le prix sur les dépenses contrôlées

حيث يحدد بناء على عدة معايير (تكلفة و سعر الوحدة، مع مراعاة النفقات المراقبة ، نسبة الربح.... الخ).⁽¹⁾

ثالثا : آليات دفع أجر المتعامل المتعاقد

لقد فصلت المواد من 73 إلى 91 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل و المتمم كليات الدفع بما يعكس اهتمام المشرع بهذه المسألة نظرا لخطورتها خاصة في عقد الأشغال أين تتعدد المهام، و أين يرتفع مبلغ الصفقة. و لا عجب أن يخصص المشرع 19 مادة، لأن الأمر يتعلق بحقوق الخزينة من جهة ، و حق المتعامل المتعاقد من جهة أخرى⁽²⁾ .

(1) - محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 82 .

(2) - عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 221 .

كما بينت المادة 73 وما بعدها من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم ، أن التسوية المالية للصفقة تتم بدفع قسط المتعامل المتعاقد⁽¹⁾ . والذي يأخذ أحد الآليات التالية:

أ-التسبيق L'avance

يقصد به كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، و بدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة، و تبادر الإدارة المتعاقدة بدفع تسبيق في رقم الحساب الجاري للمتعامل المتعاقد، و هذا بهدف مساعدته على مباشرة الأعمال و الوفاء بالأعباء المالية، ويمكنه هذا التسبيق من توفير المواد التي يتطلبها تنفيذ الصفقة⁽²⁾.

و حسب نص المادة 76 من المرسوم الرئاسي السابق فإنه يتخذ أحد الشكلين التاليين:

1-التسبيق الجزافي L'avance forfaitaire

هو عبارة عن مبلغ من المال يوضع تحت تصرف المتعامل المتعاقد قبل بدأ تنفيذ موضوع الصفقة على أن لا تتجاوز قيمته كحد أقصى 15% من السعر الأولى للصفقة. ويمكن أن يدفع التسبيق مرة واحدة كما يمكن توزيعه على فترات يتم الاتفاق عليه في الصفقة⁽³⁾. و هذا ما نصت عليه المادة 79 من المرسوم الرئاسي السابق .

كما أوردة المادة 78 من المرسوم 10-236 المعدل والمتمم استثناء على القاعدة العامة أن التسبيق لا يزيد عن 15% من السعر الأولى للصفقة، حيث أجازت للمصلحة المتعاقدة أن تدفع تسبيقا أكبر من المقرر في المادة 78 المذكورة أعلاه من نفس المرسوم شريطة توافر ما يلي:

*- إذا رأت أن الإدارة المتعاقدة أثناء مرحلة التفاوض أن رفضها لقواعد الدفع و/أو التمويل المقرر على الصعيد الولي سينجم عنه تحقيق ضرر أكيد، أي الضرر ثابت و مؤكد و ليس احتماليا، فهنا جاز لها الخروج عن القاعدة العامة، علما أن نص المادة 78 من نفس المرسوم لم يضع سقفا بل أجاز مخالفة الحد بصورة مطلقة.

*- ضرورة استشارة لجنة الصفقات العمومية المعنية

*- الحصول على الموافقة الصريحة من الوزير الوصي أو مسؤول الهيئة المستقلة أو الوالي.

(1) - عادل بو عمران ، مرجع سابق ، ص 115 .

(2) - أنظر نص المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل و المتمم ، مرجع سابق .

(3) - عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 222 .

2-التسبيق على التموين L'avance sur approvisionnement

هو مبلغ تدفعه المصلحة المتعاقدة إلى المتعاقد إذا قدم لها ما يثبت طلباته المؤكدة للمواد أو المنتجات الضرورية لتنفيذ الصفقة مثل: (وصول وسندات طلب les bons de commande شراء مواد البناء في حالة صفقات الأشغال العامة).⁽¹⁾

والمادة 80 من المرسوم الرئاسي المعدل و المتمم نصت على أنه: أنه: "يمكن أصحاب صفقات الأشغال و التزويد باللوازم..." بما يعني أن المسألة جوازية و ليست إجبارية بالنسبة للمتعاقل المتعاقد، وأنها تتعلق بنوعين من الصفقات تم تحديدها حصرا وهما الأشغال و صفقة اللوازم. وذلك نظرا للعتبة المالية لكل نوع من الصفقات. و في حالة منح الإدارة تسبيق على التموين، فلها حق اشتراط تعهد أو التزام صريح من جانب المتعاقد بإيداع المواد أو المنتجات في الورشة أو في مكان التسليم تحت طائلة إرجاع التسبيق.

وفي حالة الجمع بين نوعي التسبيق، فقد حدد المشرع من خلال المادة 52 من المرسوم الرئاسي السابق على أن لا تتجاوز نسبة 50% من المبلغ الإجمالي للصفقة. وهو شرط موضوعي فلا يمكن أن وقبل البدء في التنفيذ أن يحصل المتعاقد على أكثر من 50% من القيمة المالية للصفقة.⁽²⁾ ، كالقيام بإنجاز من الأشغال ببناء بعض المساكن مثلا، أو تسليم المورد للإدارة بعض التجهيزات المكتبية في عقد التوريد.

ب-الدفع على الحساب L'acompte

حسب المادة 74 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل و المتمم والفقرة 2 منه: "هو كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة"

وبالجمع بين مقتضيات المادتين 84 و 85 من نفس المرسوم أعلاه، نستنتج أنه نوعان:

1-الدفع على الحساب عند التموين بالمنتجات:

متى أثبت المتعاقد أنه وضع تحت ذمة المشروع منتجات معينة و تم إستيلاها في الورشة، بإمكانه الحصول على دفع على الحساب بقدر 80% من مبلغ هذه المنتجات.

(1) - محمد الصغير بعلي ، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 84 .

(2) - عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 233 .

وهو ما جاءت به الفقرة الثانية من نص المادة 84 ، كذلك أشتراط المشرع لإتمام الدفع على الحساب، ألا يكون المتعاقد قد حصل على تسبيق بالتمويل⁽¹⁾. بغرض عدم إهدار المال العام. كما أضافت الفقرة الثالثة من نفس المادة، أن يكون مصدر المنتوجات من الجزائر، أي للاستفادة من هذا النوع من الدفع يجب أن لا يتم جلب المنتوجات من الخارج لإتمام المشروع.

2- الدفع على الحساب الشهري:

نصت عنه المادة 85 من المرسوم 10-236⁽²⁾، و نظرا لتعلق الدفع على الحساب بنسبة تقدم الأشغال أو الخدمة ، فقد علق المشرع منحه على تقديم الوثائق التالية:

- محاضر أو كشف حضارية أو وجاهية أو ميدانية خاصة بالأشغال المنجزة و مصاريفها .
- جدول تفصيلي للوزم موافق عليه من المصلحة المتعاقدة
- جدول الأجور المطابق للتنظيم المعمول به و جدول تكاليف الضمان الاجتماعي مؤشر عليه من صندوق الضمان الاجتماعي المختص.

ج- التسوية على رصيد الحساب Le règlement pour solde

و تتمثل في الدفع المؤقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد تنفيذ الكامل و المرضي لموضوعها ، إن التسوية على الرصيد تأخذ في الواقع صورتين

1- التسوية على رصيد الحساب المؤقت

بينت المادة 86 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل و المتمم كيفية التسوية المؤقتة للرصيد كونها تتم بعد تسليم المشروع أو أداء الخدمة. على أن تبادر الإدارة إلى اقتطاع الضمان المحتمل و الغرامات المالية عند الاقتضاء و الدفعات بعنوان التسبيقات و الدفع على الحساب على اختلاف أنواعها.⁽³⁾

ب- التسوية النهائية

حددت أحكامها المواد 87 وما بعدها من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم و تكون برد الاقتطاعات بعنوان الضمان للمتعاقد و شطب الكفالات التي قدمها. ولا يتم ذلك إلا بعد التأكد من حسن تنفيذ المشروع و بعد تقديم الوثائق القانونية المثبتة لذلك.

(1) - أنظر نص المادة 84 فقرة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل و المتمم ، مرجع سابق .

(2) - أنظر نص المادة 85 ، نفس المرجع .

(3) - عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 255.

كما ألزمت المادة 89 الإدارة المعنية بالقيام بالتسوية النهائية في أجل لا يتجاوز 30 يوما من استلام الكشف أو الفاتورة. و أجازت إقرار مدة أطول لبعض الصفقات بقرار من وزير المالية و لا يمكن أن تتجاوز شهرين أخذ بعين الاعتبار الأجل الأول و الأجل العادي، كما يعلم المتعاقد مع الإدارة بتاريخ دفع الكفالة و إصدار الحوالة .

غير أن المشرع قيد منح التسبيقات بمختلف أنواعها بالالتزام المتعامل المتعاقد بتقديم كفالة من شأنها أن تضمن حقوق الإدارة .فتمثل هذه المبالغ المدفوعة و الموضوعة تحت تصرفها بمثابة احتياط مالي يلجأ إليه كوسيلة ضغط مالي على المتعامل المتعاقد لجبره على الوفاء بالالتزامات التعاقدية .

و جدير بالإشارة أن بعض الصفقات العمومية يستوجب تنفيذها زمنا طويلا بما يمكن أن ينتج عنه ارتفاع أسعار بعض المواد. لذلك نصت المادة 64 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل و المتمم⁽¹⁾ على أن سعر الصفقة يمكن أن يكون ثابتا أو قابلا للمراجعة⁽²⁾.

الفرع الثاني: حق المتعامل المتعاقد في الحصول على التعويض

يقع لزاما على الإدارة تعويض المتعاقد معها في حال إخلالها بالتزامات التعاقدية أو عند استعمالها للسلطات المخولة لها استعمالا يخالف القانون، كما أن تكون الإدارة مسؤولة عن تعويض المتعاقد عما لحق به من ضرر رغم عدم نسبة خطأ ما لها⁽³⁾.

كما يحق للمتعاقد مع الإدارة أيضا مطالبته بالتعويض عن الأعمال التي نفذها خارج نطاق الإطار التعاقدية، و لكنها أعمال نافعة و ضرورية لا غنى عنها من الناحية الفنية لتنفيذ العقد. و عليه فإن مسؤولية الإدارة قد تتعدى على أساس الخطأ أو بدونه.

أولا: التعويض على أساس الخطأ

إن استعمال الإدارة للامتيازات التي تتمتع بها خلال تنفيذ العقد يلزمها بالتعويض للمتعاقد معها، عندما يلحق استعمال هذه السلطات ضررا بالمتعاقد أو يترتب عليها أعباء إضافية كما هو الحال عند تعديل العقد أو إلغائه من قبل الإدارة، كما يترتب التعويض للمتعاقد إذا استعملت سلطتها في إنزال العقوبات بالمتعاقد دون وجه حق.

(1) - أنظر نص المادة 64 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل و المتمم ، مرجع سابق .

(2) - عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 255.

(3) - عادل بوعمران ، مرجع سابق، ص 116.

أ- أهم حالات مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية: و تتمثل فيما يلي:

*1- تأخر الإدارة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية:

على الإدارة المتعاقدة في كل الحالات احترام المدة المحددة لتنفيذ كافة موجباتها التعاقدية وفق منطوق العقد، وعادة ما يتضمن العقد النص على أن يكون التنفيذ خلال مدة معينة، سواء تنفيذ العقد في مجموعه، أو تنفيذ التزام معين من الالتزامات المقررة في العقد. حيث تسأل الإدارة بالتعويض على المتعاقد معها عن الأضرار اللاحقة و الناجمة عن فعلها أو خطئها، خاصة أن فعلها من جراء التأخير في إنجاز معاملات الإستملاك، يؤدي إلى تحميل المتعاقد معها أعباء جديدة غير ملحوظة في المشروع، وبالتالي فإنه يقتضي إلزام الإدارة المتعاقدة بالتعويض للمتعاقد معها⁽¹⁾. حيث نجد المشرع قد نص صراحة على استفاضة المتعاقد مع الإدارة من فوائد تأخيرية نتيجة لعدم قيام الإدارة بإصدار الدفعات على الحساب و التسوية الختامية في الوقت المحدد قانوناً، وهذا يعتبر كأحد صور تعويض المتعاقد مع الإدارة⁽²⁾.

*2- امتناع الإدارة عن تنفيذ التزاماتها التعاقدية:

إن إخلال الإدارة لالتزاماتها التعاقدية، أو استعمالها لسلطاتها على نحو غير مشروع يشكل خطأ عقدي يترتب مسؤولية الإدارة و يولد معه حق المتعاقد في التعويض⁽³⁾. و مثال ذلك كأن لا تقدم له بعض التسهيلات التي التزمت بتقديمها إليه من شغل عقارات مملوكة لها لتموين المواد و المعدات اللازمة لتنفيذ عقد الأشغال العامة. أو عدم تسليمه مواقع العمل ليبدأ عمله، أو عدم تسليمه في الوقت المقرر المستندات الواجبة للحصول على المواد اللازمة لتنفيذ العقد أو بيعه أصنافاً فاسدة دون مراعاة لمبدأ حسن النية في التعامل⁽⁴⁾ لذلك لا بد على الإدارة تأمين تنفيذ المتعاقد لالتزاماته من دون أية عوائق، وعليه إزالة هذه العوائق سواء تمثلت بمعارضة

(1) - نصري منصور النابلسي ، مرجع سابق، ص ص ، 517 . 518 .

(2) - أنظر نص المادة 89 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل و المتمم ، مرجع سابق .

(3) - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مسؤولية الإدارة في تصرفاتها القانونية (القرارات الإدارية والعقود الإدارية) ، مرجع سابق، ص 93 .

(4) - محمد فؤاد عبد الباسط ، العقد الإداري (المقومات-الإجراءات-الآثار)، مرجع سابق، ص ص ، 403 . 404 .

الأهالي أو بتنفيذ استملاك أو بتأمين الظروف الأمنية أو بتسييق مع باقي الملتمزمين. وعلى المتعاقد خلال التنفيذ و حفاظا على حقوقه أن يلفت نظر الإدارة في حالة اكتشافه أي خطأ من قبلها فإذا لم تقتنع لوجهة نظره، لا يبقى أمامه إلا أمرين: إما الرضوخ لوجهة نظر الإدارة، و إما اللجوء إلى القضاء الإداري إثباتا لحصول أغلاط أو أخطاء و ذلك صونا لحقوقه من الضياع.

*3- الخطأ المشترك بين الإدارة و المتعاقد معها:

يمكن في غالب الأحيان الخطأ الذي أدى إلى إلحاق الضرر بالمتعاقد مع الإدارة، أن يكون مشتركا بين كليهما، في هذه الحالة تترتب المسؤولية عن التعويض بنسبة المساهمة في الخطأ، و للمتعاقد مع الإدارة أن يطالب الإدارة فقط بنسبة الأضرار الناتجة عن خطئها، ولا يمكنه المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن خطئه.

ب- شروط إستحقاق التعويض عند خطأ الإدارة : و تتمثل في ما يلي:

1- وجود الضرر نتيجة خطأ الإدارة:

يشترط لإثارة مسؤولية الإدارة عن أعمالها التعاقدية بطريق الخطأ، وجود ضرر معين يرتبط بعلاقة سببية بالخطأ الذي ترتبه الإدارة، و يفترض بهذا الضرر الذي يبرر التعويض أن يكون شخصيا و مباشرا و أكيدا بالنسبة للمتعاقدين معها، و يساهم في إلحاق الغبن أو الخسارة المادية للمتضرر.

2- عدم التنازل عن المطالبة بالتعويض:

يفتضي أعمالها التنازل عن الضرر ضمن موضوعه و مداه الزمني فقط، حيث إن تنازل المتعاقد مع الإدارة عن مطالبها بأي تعويض أو حق أو دعوي- عن الأعمال المنجزة- من شأنه إسقاط كل حق حول أية مطالب قد تقدم بها قبل تاريخ تنازله، أما الأعمال موضوع الإلتزام التي ينجزها بعد تاريخ التنازل فلا يشملها هذا التنازل، وبالتالي يمكنه مطالبة الإدارة بقيمة الأضرار الناشئة عن خطئها (1).

(1) - نصري منصور النابلسي، مرجع سابق، ص ص 543، 544.

ثانياً: التعويض عن الأعمال الإضافية وغير التعاقدية

يتوقف الاعتراف بالحق في التعويض على شروط مرتبطة بما كانت عليه وضعية المتعاقد مع الإدارة أثناء حدوث الضرر، لأن الأصل المقرر في تنفيذ الالتزامات التعاقدية أن يقتصر المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ الأعمال المطلوبة منه دون سواها، ولا يجوز له أن يضيف إليها أعمالاً أخرى فإذا أخل بهذا الالتزام كان عليه أن يتحمل نتيجة مخالفته⁽¹⁾. و لكن قد تكون الأعمال الإضافية التي نفذها المتعامل المتعاقد مفيدة، مما يؤدي إلى إثراء الإدارة و إفقار المتعاقد، في هذه الحالة يمكن للمتعاقد مطالبة الإدارة بتعويضه عما تكلفه في هذه الأعمال و الخدمات. وللبحث في مسألة التعويض عن الأعمال الإضافية للمتعاقد لا بد من البحث في مبدأ الإثراء بلا سبب، لأنه يمثل الأساس القانوني للتعويض .

* - مفهوم الإثراء بلا سبب: و يقصد به كل من أثرى على حساب غيره دون سبب قانوني يلتزم بأن يرد لهذا الغير الذي افتقر قدر ما أثرى به في حدود ما لحق المفقر من خسارة فيجب على المثري أن يرد أقل القيمتين، و هما مقدار ما أثرى به ومقدار ما أفقر به الغير⁽²⁾ .

و تقوم قاعدة الإثراء بلا سبب على شرطين أساسيين هما :

1- الشروط المادية لتطبيق مبدأ الإثراء بلا سبب

أ- إثراء الإدارة: قد يكون مرتبطاً بالذمة المالية، ولكن يمكن تقديره بالمال. ويكون على سبيل المثال بالربح أو المكسب النافع للإدارة و الذي تحصل عليه عن طرق الدراسات أو الحسابات أو الرسوم التي يزودها بها أحد الفنيين أو الخبراء من خلال تحسينات النسق الجمالي التي أجريت لمبنى عام، وغالبا تثار نزاعات متعلقة بالإثراء المعنوي بين مصممي الأعمال (أصحاب الأعمال، المهندسين المعماريين،... الخ) و بين جهة الإدارة .

ب- إفقار المتعاقد مع الإدارة: و هو الوجه المقابل للإثراء، فلا يكفي تحقق الإثراء للإدارة، بل يشترط وجود إفقار في ذمة المتعاقد، و الإفقار هو الخسارة اللاحقة بالمدعي، فإذا لم يتحقق الإفقار كوجه مقابل للإثراء فلا يكون هناك مجال لإعمال دعوى الإثراء بلا سبب .

(1) - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 595 .

(2) - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مسؤولية الإدارة في تصرفاتها القانونية (القرارات الإدارية والعقود الإدارية)، مرجع سابق، ص 140.

ج- الارتباط بين الإثراء والافتقار: ويقصد به تحقق رابطة سببية بين الإفقار و إثراء الإدارة و يشترط في هنا أن لا يصدر عن المتعاقد أية أخطاء تساهم في هذا الإفقار. فيتم تحديد التعويض على أساس ما عادت هذه الأعمال أو العطاءات بالفائدة على الشخص العام، و ليس على أساس ما جرى إنفاقه من مصاريف نتيجة ذلك، أي توفر علاقة مباشرة بين الإثراء والإفقار و يكون الارتباط بينهما غير مباشر و يحدث ذلك عندما تدخل ذمة مالية وسيطة بين المفتقر و المثري. أي عن طريق وساطة ذمة ثالثة. وفي الواقع يجوز انتقال الذمم المالية، أو وقوع أحداث قانونية، ولقد ضرب القانون الخاص أمثلة كثيرة لتلك الحالات⁽¹⁾.

2- الشروط القانونية لتطبيق الإثراء بلا سبب:

أ- سبب الإثراء و الإفتقار

أ-1- سبب الإثراء: في حالة وجود عقد صحيح بين المفتقر و المثري، فإنه لا مجال بإعمال نظرية الإثراء بلا سبب متى وضع العقد موضوع التنفيذ، فدعوى الإثراء لا تجد مكانا لها في العلاقات التعاقدية. أما في حالة وجود إلتزام قانوني أو لائحي على عاتق المفتقر، فإنه يجوز له ملاحقة من أثرى نتيجة إفتقاره بدعوى الإثراء بلا سبب لأن النص القانوني أو اللائحي يعتبر سببا مشروعاً للإثراء.

أ-2- سبب الإفتقار: يشترط لإقامة دعوى الإثراء بلا سبب أن لا يكون الإفتقار ناجما عن خطأ المفتقر أو وجود مصلحة شخصية له. فإن كان ناجم عن خطأ المفتقر نفسه، فلا يجوز له استخدام هذا النوع من الدعوى ضد المثري. و الواقع أن خطأ المفتقر إما أن يؤدي إلى استبعاد دعوى الإثراء بلا سبب أو الحد من المسؤولية شبه التعاقدية التي من المحتمل أن تقع على عاتق الإدارة التي أثريت بطريقة غير عادلة.

ب- إحتياطية دعوى الإثراء بلا سبب: هي دعوى يمكن اللجوء إليها بعد استنفاد كل طرق الطعن، و إن شرط الاحتياطية المتعلق بدعوى الإثراء بلا سبب يعود إلى شرط انعدام السبب، حيث أن إثراء الإدارة ينبغي أن يكون بلا سبب قانوني كي يتمكن المفتقر نتيجة إثرائها، و ملاحقتها بدعوى الإثراء بلا سبب.

(1)- أنظر نصي المادتين : 141 و 142 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري ، ج.ر، العدد 78 ، المؤرخ في 30 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05 .

3-التطبيقات العملية للإثراء بلا سبب:

و تتمثل في:- عدم إبرام العقد بصورة قانونية(كعدم التوقيع عليه أو عدم تصديقه من المراجع المختصة) أو تعرض العقد للإلغاء أو الإبطال.
- تنفيذ أعمال خارج الإطار القانوني(تنفيذ المتعاقد أعمال خارج نطاق العقد و الإدارة المتعاقدة تحقق كسبا غير مشروع لها على حسابه).

الفرع الثالث : حق المتعامل المتعاقد في إعادة التوازن المالي

إن المصلحة المتعاقدة متى قامت بإجراءات مشروعة تنصب على العقد أو خارجه و أبحر عنها زيادة في أعباء المتعاقد و إخلال بالتوازن المالي للعقد فإنها تكون ملزمة بتعويض المتعاقد و إعادة التوازن المالي للعقد لأنه لو جرى الأمر على خلاف ذلك وكان للإدارة أمر اتخاذ ما تراه مناسبا من الإجراءات دون أن تكون ملزمة مقابل ذلك بالتعويض لا انتهى الأمر من الناحية العملية إلى أن أحد من الناس لن يقبل المجازفة بالدخول في عقود مع الإدارة تخضع لمحض سلطتها و يتعرض فيها إلى خسارة محققة لا سبيل إلى تعويضها⁽¹⁾.

إن الاعتراف للمتعامل المتعاقد بحقه في التوازن المالي يدخل إما تحت نظرية فعل الأمير (أولا)، أو نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة (ثانيا)، أو نظرية الظروف الطارئة (ثالثا) أو نظرية القوة القاهرة (رابعا).⁽²⁾

ومبدأ التوازن المالي للعقد يجد أساسه القانوني في التشريع الجزائري في نص المادة 115 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل و المتمم⁽³⁾.

أولا: نظرية فعل الأمير

1-مدلول النظرية

يقصد بعبارة فعل الأمير: "كل إجراء تتخذه السلطات العامة و يكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد أو في الإلتزمات التي ينص عليها العقد مما يطلق عليها

(1) - عادل بو عمران ، مرجع سابق، ص 118.

(2) - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مسؤولية الإدارة في تصرفاتها القانونية(القرارات الإدارية والعقود الإدارية)، مرجع سابق، ص 191.

(3) - أنظر نص المادة 115 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل و المتمم ، مرجع سابق .

بصفة عامة "المخاطر الإدارية"، وهذه الإجراءات قد تكون من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد، وقد تتخذ شكل قرار فردي خاص أو تكون بقواعد تنظيمية عامة، و كما قد يصدر عمل الأمير في صورة إجراء عام

كقانون أو لائحة و قد يؤدي المساس بشرط العقد أو يؤدي إلى التأثير في ظروف تنفيذه. و يشترط أن يكون الإجراء أو التشريع الجديد غير متوقع الصدور وقت التعاقد، فإذا توقعته نصوص العقد، فإن المتعاقد مع الإدارة يكون قد أبرم عقد و هو مقدر لهذه الظروف الذي يترتب عليه تعذر الاستناد إلى تلك النظرية (1).

1- شروط إعمالها: و تتمثل في الآتي:

*- صدور الإجراءات عن جهة الإدارة المتعاقدة (أي عن الشخص المعنوي العام الذي أبرم العقد، بحيث يستحق المتعاقد معها تعويضا عن آثارها الناتجة عن تلك الإجراءات).

*- عدم توقع الإجراء (عندما تتخذ الإدارة المتعاقدة إجراءات من شأنها الضرر بالمركز المالي للمتعاقد شرط أن لا تكون تلك الإجراءات متوقعة من المتعاقد و لم يكون في وسعه توقع إتيان الإدارة لها).

*- أن لا يلحق ضررا خاصا بالمتعاقدين (أي يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد و التأثير عليها بصورة أساسية، بما يؤثر على المركز المالي للمتعاقد فيسبب له ضررا ماليا، لتصل الإدارة معه على الوضع الغالب لحل توافقي ودي).

*- عدم انطواء الإجراء على خطأ ينسب للإدارة (لأنه إذا كان الإجراء الذي أضر بالمتعاقدين أساسه الخطأ نكون أما المسؤولية العقدية، في حين تقوم مسؤولية الإدارة على التعويض في نطاق هذه النظرية بلا خطأ).

*- أن يكون العمل القانوني الصادر عن الإدارة المتعاقدة مشروعاً غير مخالف للنظام العام (2).

(1) - احمد محمود جمعة ، مرجع سابق، ص 292 .

(2) - عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، مرجع سابق، ص 230 .

3- الآثار المترتبة عنها : و تنتج عنها عدة آثار التعويض الكامل و من هذه النتائج:

*- تحرر و تحلل المتعاقد مع الإدارة من الالتزام بالتنفيذ إذا أثبت أن استحالة التنفيذ ناتجة عن فعل الأمير .

*- حق الطرف المتعاقد المطالبة بعدم دفع غرامات مالية عليه في حالة التأخر إذا أثبت أن إجراءات فعل الأمير جعلت عملية تنفيذ العقد صارت عسيرة و متأخرة .

*- الحق في مطالبته بفسخ العقد إذا زادت الإجراءات من أعبائه المالية بدرجة كبيرة لا يتحملها .

ثانيا: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

1-مدلول النظرية: تتلخص هذه النظرية في أنه إذا صادفت المتعاقد مع الإدارة عند تنفيذه للعقد صعوبات مادية و استثنائية و التي لم يكن على علم بها وقت التعاقد . مما أدى إلى جعل تنفيذ العقد مرهقا ،فإن لهذا المتعاقد الحق في مطالبة الإدارة المتعاقدة معه بتعويض كامل عما سببته له الصعوبات المادية من أضرار،أساس تعويض الطرف المتعاقد في هذه النظرية يعود لاعتبارات العدالة المجردة فقط وفقا لما يقرره الرأي الراجح في الفقه⁽¹⁾ .

2-شروط إعمالها: و تتمثل في الآتي:

*- أن تكون الصعوبات مادية (أي تكون ذات طابع مادي،حيث تخرج عن إطار هذه النظرية الصعوبات ذات طبيعة إدارية أو إقتصاديةأو طبيعية،كما يجب أن تكون ذات طابع استثنائي).
*- عدم توقع الصعوبات المادية وقت التعاقد (أي تكون مفاجئة للمتعاقد ، ولم يكن يتوقع مصادفتها له أثناء التنفيذ).

*-إصابة الصعوبة المادية للمتعاقد بضرر (أي من شأنها أن تؤدي إلى إصابته بضرر . ويستوي في ذلك أن يكون هذا الضرر بسيطا أو جسيما).

(1) - عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر، 2000، ص228 .

3- الآثار المترتبة عنها :

يتوجب على المتعاقد في الحالة العادية متابعة تنفيذ التزاماته التعاقدية، و في حال توقفه عن ذلك فإنه يحرم من التعويض المستحق، كما يجوز للإدارة المتعاقدة توقيع الجزاءات عليه و لكن وجود هذه الصعوبات يمكن أن يؤدي إلى تأخير تنفيذ الالتزامات التعاقدية و في هذه الحالة فإن اعتراض الصعوبات لعملية التنفيذ و تأخير هذه العملية يمكن أن يؤدي إلى إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير إذا تعدى الحدود الزمنية المقررة للالتزامات التعاقدية.

و كما يجب على المتعاقد المطالبة بالتعويض على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، و إقراره بالعقد بمسؤوليته الكاملة عن كافة الصعوبات التي تواجهه أثناء تنفيذه له، سواء كانت متوقعة أو غير متوقعة مهما ترتب على تلك الصعوبة من إرهاب مادي له⁽¹⁾.

ثالثا: نظرية الظروف الطارئة

1-مدلول النظرية: تتلخص فيما قد يصيب المتعامل المتعاقد من إرهاب في تنفيذ العقد و لم يكن في الإمكان توقعها آنذاك، و مثال هذه الظروف (الأزمات الاقتصادية و الحروب....)، وعموما كل ظرف من شأنه إلحاق خسائر فادحة تحتل معها التزامات الطرفين في العقد فيكون مبررا لطلب المتعاقد من جهة الإدارة المشاركة في تحمل الأعباء الإضافية، أي لا يكون التعويض المقرر في هذه الحالة شاملا و مغطيا لكافة الخسائر الناتجة، بل يكون جزئيا يجعل الضرر موزع بين طرفي العقد بشكل متوازن⁽²⁾.

2-شروط أعمالها : و تتمثل في الآتي:

*-وقوع حوادث إستثنائية غير متوقعة أثناء التنفيذ (ارتفاع أسعار بعض المواد المستعملة في تنفيذ المشروع ارتفاعا غير عادي لأن الارتفاع البسيط و الطبيعي يمكن أن يقدره أطراف العقد ساعة تعاقدهما، فإذا كان العكس فإن ذلك يعد ظرفا استثنائيا و طارئا لإعادة الاعتبار المالي، شريطة حدوثه أثناء تنفيذ الصفقة و ليس قبل التوقيع أو بعد الانتهاء⁽³⁾.

(1) - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مسؤولية الإدارة في تصرفاتها القانونية(القرارات الإدارية والعقود الإدارية)، مرجع سابق، ص154.

(2) - صدراتي صدراتي، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1984 ، ص 120 .

(3) - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، مرجع سابق، ص232.

*- أن يكون الحادث الطارئ خارجا عن إرادة الطرفين (لا يستفيد المتعاقد من النظرية إذا كان هو من تسبب إحداث الظرف وكذلك بالنسبة للإدارة المتعاقدة بخطئها أو بفعلها فتكون ملزمة في هذه الحالة بتعويض المتعاقد عما لحقه من ضرر وفق قواعد المسؤولية⁽¹⁾ .

*-ينبغي أن ينجم عن الحادث الطارئ حوادث غير متوقعة (أي تؤدي إلى قلب الوضع الاقتصادي للمتعاقد و تلحق به خسائر كبيرة غير طبيعية و غير متوقعة كاستحداث رسوم جديدة و نسب عالية تتعلق بالمواد المستعملة في تنفيذ المشروع ... الخ)⁽²⁾ .

*-ينبغي أن يكون الحادث الطارئ غير متوقع(من طرفي العقد كحدوث أزمة اقتصادية أو صدور نصوص قانونية أو تنظيمية جديدة...،بما يشفع للمتعاقد المطالبة بحقه في التوازن المالي .

3-الآثار المترتبة عن النظرية : يترتب عنها التزامان أساسيان يتمثلان في :

أ- التزام المتعاقد مع الإدارة بالاستمرار في التنفيذ.

ب- يجب على الإدارة أن تساهم مع المتعاقد معها في تحمل الخسائر الناتجة أثناء الفترة غير العقدية عن الأعباء الخارجة عن العقد.

رابعا: نظرية القوة القاهرة

1-مدلول النظرية: يقصد بها حدث خارجي غير متوقع ولا يمكن رده ويحول دون تنفيذ العقد. إن السمات الخاصة للقانون الإداري و خاصة مبادئ استمرارية و تأقلم المرافق العامة،تعطي بعض الأصالة للنظرية،وذلك عندما يستند للقوة القاهرة من أجل فسخ العقد⁽³⁾ .

2-شروط إعمالها:

*-عدم إمكان التوقيع أو حدث غير مرتقب(وهو لا يعني عدم القابلية للتوقع،كذلك يمكن أن يكون متوقعا و لكن أدى إلى نتائج غير متوقعة.كحدوث الحرب أحدثت نتائج غير متوقعة).

*-أن يكون الحدث خارجا عن إرادة المتعاقدين (أي حدث خارجي يتجاوز إرادة الأطراف).

(1)- عبد الحميد الشواربي ، مرجع سابق ، ص 56 .

(2)- محمد فؤاد عبد الباسط ، العقد الإداري(المقومات-الإجراءات-الآثار)، مرجع سابق، ص 471 .

(3)- مصطفى أبو زيد فهمي ، الإدارة العامة نشاطها و أموالها ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2002 ،

ص ص، 111.113 .

*- عدم إمكانية تلاقي الحدث (أي مستحيل الدفع، و هذا الشرط يميز القوة القاهرة عن عمل الأمير و نظرية الظروف الطارئة، فالقوة القاهرة تعفي المتعاقد من متابعة التنفيذ، أما باقي النظريات فإن المتعاقد ملزم بمتابعة التنفيذ رغم الصعوبات التي تفرضه، و استحالة التنفيذ قد تكون مادية، كما قد تكون معنوية⁽¹⁾ .

3- الآثار القانونية المترتبة عن النظرية:

1- الإعفاء من التنفيذ: فالإدارة لا تستطيع توقيع الجزاءات الإدارية لعدم التنفيذ و يستطيع المتعاقد أن يطلب القضاء بالحكم بفسخ العقد، أما إذا تبين أن أثرها مؤقت فإنه لا يترتب عليه سوى وقف تنفيذ الإلتزام حتى يزول الحادث القاهر .

2- الحكم بالتعويض: نصت المادة 90 فقرة 3 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم صراحة على إعفاء المتعاقد من التنفيذ و الحكم له بالتعويض عند وجود القوة القاهرة⁽²⁾ .

(1) - ماجد راغب الحلو ، مرجع سابق، ص 166.

(2) - أنظر نص المادة 90 فقرة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم ، مرجع سابق .

المطلب الثاني : التزامات المتعامل المتعاقد

يلتزم المتعاقد مع الإدارة ككل طرف في العقود بأن يوفي و ينفذ التزاماته التعاقدية طبقاً للشروط المقرر في العقد. و يمكن حصر التزامات المتعاقد مع الإدارة في :
أن ينفذ العقد على مسؤوليته الخاصة ووفقاً للشروط المحددة في العقد (أولاً)، وأن ينفذ بنفسه وفي الآجال المتفق عليها وحسب الكيفيات المتفق عليها (ثانياً) وأن يلتزم كذلك بدفع مبلغ الضمان (ثالثاً).

الفرع الأول: التزام المتعامل المتعاقد بتنفيذ بنود العقد

استناداً للقواعد العامة التي ترعى تنفيذ العقود، يتعين على المتعاقد تنفيذ التزاماته التعاقدية وفقاً لمدرجات العقد، وبالإضافة إلى ذلك يتعين عليه احترام دفا تر الشروط باعتبارها تشكل جزءاً من العقد، وضرورة الإلتزام بما توجهه إليه الإدارة من تعليمات خاصة بالتنفيذ في الحدود المقررة لها حسب مبادئ القانون العام.

أولاً: الإلتزام بالاستمرار في تنفيذ العقد

لما كان موضوع العقد الإداري هو احتياجات المرافق العامة و تنظيمها و تسييرها كان من الضروري متابعة تنفيذ العقد الإداري، وعدم التوقف عن التنفيذ نظراً للأخطار التي تتجم عن ذلك و التي تلحق ضرراً بالمصلحة العامة. لذلك فمن المنطق أن ينفذ المتعاقد مع الإدارة العمل حسب مواصفاته المتفق عليها. تفادياً لأي منازعات أو أي ضرر للمرفق العام، أو لأي وضع للإدارة أمام الأمر الواقع الذي يدفعها لتغيير نهجها أو إجراء تعديله مكلّفة تماشياً مع عمل لا يشبه العمل المطلوب إنجازه. كما لا يسمح للمتعاقد إمكانية الرفض أو الممانعة في التنفيذ أي من جانب واحد كما في العقود المدنية. وليس بوسع المتعاقد - إذا أخلت الإدارة بالتزاماتها - سوى الرجوع إلى القضاء الإداري للمطالبة بحقوقه اتجاه الإدارة دون اللجوء إلى وقف التنفيذ⁽¹⁾، فالمتعاقد لا يستطيع في مثل هذه الحالة أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة ، لأن هذا الحق محجوز للإدارة وحدها وهذا ما نصت عليه المادة 112 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم⁽²⁾ .

(1) - نصري منصور نابلسي ، مرجع سابق ، ص 40 .

(2) - أنظر نص المادة 112 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 العمومية المعدل والمتمم ، مرجع سابق .

فإذا توقف المتعاقد مع الإدارة عن التنفيذ خلافا لهذا الأصل، أمكن للإدارة أن توقع عليه الجزاءات المقررة، فضلا عن الرجوع عليه بالتعويضات اللازمة إذا كان لاستحقاقه وجه (1) .
و ذلك حسب نص المادة 9 من المرسوم الرئاسي 10- 236 (2) ، كما أن المتعاقد لا يتحمل أية مسؤولية عن عدم تنفيذ العقد أو عن التأخير في التنفيذ هذا العقد إذا توفرت شروط استحالة التنفيذ، مما يتوجب على الإدارة بالمقابل في هذه الحالة تعويض المتعاقد تبعا للضرر، وهذا ما جاء في نص المادة 90 فقرة 4 من نفس المرسوم الرئاسي أعلاه (3) .

إذا كان المتعاقد مع الإدارة ملزما بتنفيذ التزاماته التعاقدية و الاستمرارية في التنفيذ مهما كانت الأوضاع- إلا في الحالات الاستثنائية- فإنه قد تطرأ أثناء تنفيذ العقد ما يحول دون ذلك عند وفاة المتعاقد أو إفلاسه، و هو ما ينعكس أثره على العقد. مما يدفعنا للتساؤل عن كيفية الاستمرار في مسألة تنفيذ العقد عند وفاة المتعاقد أو إفلاسه؟. وهذا ما سوف نجيب عنه في النقطتين التاليتين :

1- استمرارية العقد عند وفاة المتعاقد: نظرا لأهمية الاعتبار الشخصي للمتعاقد في العقد الإداري، فإن وفاة المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد تطرح مسألة مصير متابعة تنفيذ العقد، و في هذه الحالة فإنها ترجع عادة إلى شروط العقد، و إلى دفاتر الشروط لترتيب الآثار التي تتولد عن هذه الواقعة فإذا لم يرد فيها شيء بهذا الخصوص فإن الفقه يرجح حق الإدارة في فسخ العقد أو استمرار الورثة في تنفيذ التزامات المتعاقد المتوفى إذا لم ترد الإدارة فسخ العقد (4) .
و للجهة الإدارية المتعاقدة في حالة وفاة المتعاقد عدة خيارات:

- 1* - أنه يجوز لها فسخ العقد مع رد التأمين إذا لم يكن لها مطالبات من قبل المتعاقد.
- 2* - يمكن لها أن تسمح للورثة بالاستمرار في تنفيذ العقد في حالة موافقتهم على ذلك مع إخطار الجهة الإدارية كتابيا بذلك، شرط أن يعينوا عنهم وكيلًا بتوكيل مصدق علي التوقيعات

(1) - محمد فؤاد عبد الباسط ، العقد الإداري (المقومات-الإجراءات-الآثار) ، مرجع سابق، ص ص ، 338 . 389 .

(2) -أنظر نص المادة 09 من المرسوم الرئاسي رقم 10- 236 العمومية المعدل والمتمم ، مرجع سابق .

(3) -أنظر نص المادة 90 فقرة 4 ، نفس المرجع .

(4) - سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق، ص 448 .

فيه و توافق عليه السلطة المختصة. أما في حالة عدم موافقة الورثة على استمرارية تنفيذ العقد فنكتب جهة الإدارة تقرير مفصل عن التنفيذ وما للمتعاقد وما له، وتفرج بذلك جهة الإدارة عن الضمان المالي النهائي.

3* - وإذا كان العقد مبرما مع أكثر من متعاقد و توفى أحدهم، فيمكن لها أن تنتهي العقد مع رد التأمين أو تطالب باقي المتعاقدين بالاستمرار في التنفيذ.

4* - وإذا اختارت الإدارة المتعاقدة في أي من الحالات السابق ذكرها، إنهاء العقد فيتم ذلك بموجب خطاب موسى عليه بعلم الوصول و دون حاجة إلى اتخاذ أية إجراءات أخرى أو الالتجاء إلى القضاء⁽¹⁾.

ثانيا: استمرارية العقد الإداري عند إفلاس المتعامل المتعاقد

في العقود الإدارية تطرح مسألة إعلان إفلاس المتعامل المتعاقد و مصير الاستمرار في تنفيذ العقد، و نجد مجلس الدولة الفرنسي قد أرجعها إلى شروط العقد لمعرفة أثر الحالة الجديدة على استمرار العقد و يعمل بتلك الشروط فإذا لم يجد فيها حلا فإنه يطبق القاعدة التي بمقتضاها لا يؤدي الإفلاس أو الإعسار بذاته إلى إنهاء العقد ، و إنما يكون للإدارة في هذه الحالة أن تفسخ العقد إذا رأت أن الصالح العام يقضي ذلك⁽²⁾ و نجد أن المشرع قد نص صراحة على هذه الحالة في نص المادة 52 من المرسوم الرئاسي 10-236⁽³⁾ . والذي يتضح من خلاله أن الحكم العام عند إفلاس المتعاقد هو فسخ العقد و مصادرة التأمين لأنه في حالة إفلاس المتعاقد و إقرار ذلك بحكم قضائي مع غل يد المتعاقد المفلس عن إرادة أمواله فإنه لا يمكن إطلاقا له متابعة تنفيذ العقد. إلا أن المبدأ العام يدخل عليه استثناء أنه في حالة إفلاس المتعامل المتعاقد، يمكن للإدارة قبول عرض الدائنين بإتمام تنفيذ العقد، حيث يلجأ دائنوا المتعاقد المفلس إلى ذلك عندما يكون في إتمام العمل زيادة في أموال المتعاقد المفلس مما ينعكس إيجابا لاستعادة قسم كبير من ديونهم⁽⁴⁾.

(1) - محمد فؤاد عبد الباسط ، العقد الإداري (المقومات-الإجراءات-الآثار) ، مرجع سابق ، ص 338 .

(2) - سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 450 .

(3) - أنظر نص المادة من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل و المتمم ، مرجع سابق .

(4) - نصري منصور النابلسي ، مرجع سابق ، ص 110 .

أعطى المشرع للإدارة المتعاقدة من خلال نص المادة 52 من المرسوم الرئاسي المشار إليه أعلاه ، السلطة الكاملة في فسخ العقد في هذه الحالة، وذلك عن طرق الإقصاء النهائي التلقائي و الذي لا يحتاج إلى مقرر يثبتته فهو متوفر بمجرد ثبوت الحالة أو الوضعية، وذلك من خلال عبارته الصريحة: "يقضي بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة في الصفقات العمومية....".

ثانياً: الالتزام بالمدة المحددة في العقد

طالما كان للصفقة العمومية صلة بالخدمة العامة و بحسن سير المرفق العام، و يجب أن ينفذ موضوع الصفقة في الأجل المتفق عليه. و لا يجوز كأصل عام للمتعاقد تجاوز هذا الأجل. بل إن تجاوز المدة يعطي للإدارة حق الفسخ الجزائي، ويتحمل المتعاقد معها وحده النتائج القانونية المترتبة على ذلك⁽¹⁾. فكيف تحدد هذه المدة؟ و ما هو جزاء الإخلال بها؟.

1-تحديد الخدمة:مهلة التنفيذ في العقود الإدارية، يتم التوافق عليها برضا أطراف العقد، فالإدارة- من حيث المبدأ- لا تستطيع فرض مهل غير متوافق عليها في العقد، و هو مبدأ ينطبق على كافة العقود الإدارية ، و هذا ما قرره المشرع الجزائري صراحة في نص المادة 71 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل و المتمم⁽²⁾.

2-إخلال المتعاقد بمدة التنفيذ: إن تساهل الإدارة المتعاقدة في إعفاء المتعاقد من تنفيذ العقد خلال المدة المحددة، إنما يكون عندما تستجد ظروف خارجة عن إرادة المتعاقد، وتؤدي إلى تأخير تنفيذ العقد، أما في الحالات العادية فإن تأخير التنفيذ يعتبر خطأ عقدياً يبرر توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد، وغالباً ما يكون هذا الجزاء غرامات مالية ينص عليها العقد، فإذا خلا العقد من النص على هذه الغرامات، فإن الإدارة يمكنها الرجوع على المتعاقد معها بالتعويض وفقاً لقواعد المسؤولية⁽³⁾، لأن ضرورة إلزام المتعاقد في الظروف العادية بالتقيد بالمدة المحددة في العقد ضرورة لا بد منها حتى لا ينعكس إخلال وعدم التزامه ذلك على سير المرافق العامة ، و أن لا يؤدي إلى الإضرار بالمصلحة العامة و حاجات الأفراد.

(1) - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 239 .

(2) - أنظر نص المادة 71 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل و المتمم ، مرجع سابق .

(3) - نصري منصور النابلسي ، مرجع سابق ، ص ص ، 51 . 52 .

الفرع الثاني: التزام المتعامل المتعاقد الشخصي بالتنفيذ

إن العقود العامة تحكمها قواعد عامة تطبق عليها جميعا و لو لم ينص عليها العقد، و من هذه القواعد أن التزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية، أي أن المتعاقد يجب أن ينفذها شخصيا و بنفسه، فلا يجوز له أن يحل غيره فيها، أو أن يتعاقد بشأنها من الباطن إلا بموافقة الإدارة، فإذا حصل التنازل عن العقد الإداري بدون موافقة الإدارة فإن التنازل يعتبر باطلا بطلانا مطلقا لأنه يتعلق بالنظام العام، و يكون الخطأ من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد، و خصوصا فسخ العقد اعتبارا بأن الخطأ المذكور خطأ جسيم⁽¹⁾. و يترتب على مبدأ الاعتبار الشخصي نتائج هامة تكمن في التنازل عن العقد (أولا)، و الاستعانة بالغير لتنفيذ العقد (ثانيا).

أولا: التنازل عن العقد

يقصد به التصرف القانوني الذي يبرمه المتعاقد مع الغير بقصد إحلال ذلك الغير محله في أداء التزاماته و اكتساب حقوقه الناشئة عن العقد المبرم بينه و بين جهة الإدارة. و يجب التمييز بين التنازل عن العقد و التعاقد من الباطن، فالتنازل عن العقد يعني أن يحل غير المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية مع الإدارة كاملة. أما التعاقد من الباطن فيعني أن يقدم المتعاقد مع الإدارة الاتفاق مع الغير لتنفيذ جانب من الالتزامات التعاقدية⁽²⁾، لذا و جب أن نميز بين التنازل عن العقد المقترن بموافقة الإدارة و التنازل الحاصل دون موافقتها من خلال التالي:

1- التنازل بموافقة الإدارة: قد تطرأ ظروف معينة على المتعاقد تؤثر بشكل ملحوظ على كفاءته الفنية أو قدراته المالية، مما يفضل التنازل عند العقد لشخص آخر تتوفر فيه الكفاية المالية و الفنية اللازمة لتنفيذ العقد. والقاعدة أن السلطة التي تملك الموافقة على التنازل، هي السلطة التي تملك إبرام العقد الأصلي، إلا في الحالات التي ينص فيها المشرع على غير ذلك فتختص الجهة التي يحددها المشرع بالموافقة على التنازل⁽³⁾، وهو ما نصت عليه صراحة المادتين 112 و 113 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل و المتمم⁽⁴⁾.

(1) - محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري (المقومات-الإجراءات-الآثار)، مرجع سابق، ص 386.

(2) - نصري منصور النابلسي، مرجع سابق، ص 66.

(3) - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 444.

(4) - أنظر نص المادتين 112 و 113 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل و المتمم، مرجع سابق.

و يترتب على موافقة الإدارة آثار قانونية هامة، سواء بالنسبة لعلاقتها بالمتنازل إليه أو في علاقتها بالمتنازل .

1- بالنسبة لعلاقة الإدارة بالمتنازل إليه: تعتبر موافقة الإدارة على التنازل عن العقد بمثابة عقد جديد حل محل العقد الأصلي، و المتنازل إليه يحل محل المتعاقد الأصلي في كافة الحقوق و الالتزامات، فيصبح هو المسؤول الوحيد عن تنفيذ العقد أمام الإدارة المتعاقدة .لما لم ينص في العقد على بقاء المتعاقد الأصلي إلى جانب مسؤولية المتنازل إليه.هذا الأخير الذي يحق له تحصيل و استيفاء المقابل المادي المتفق عليه في العقد الأصلي.ومثال ذلك ما جاء به مجلس الدولة الفرنسي،بأن العلاقة بين الإدارة و المتنازل له هي علاقة مالية،وهذا غرضه حماية المتنازل له من إفلاس المتعاقد الأساسي.

2- بالنسبة لعلاقة الإدارة بالمتعاقد الأصلي(المتنازل): يتحرر المتعاقد الأصلي من كافة التزاماته في مواجهة الإدارة،و من ثم لا يجوز لها أن تطالبه بالاستمرار في تنفيذ العقد،كذلك ليس من حقها الامتناع عن رد التأمين،أو ما تبقى منه إلى المتعاقد الأصلي إلا في حدود المبالغ محل النزاع بينه وبين الإدارة. و لكن الملاحظ في هذا الصدد بقاء المتعاقد الأصلي ضامنا للمتعاقد الجديد في تنفيذ العقد(وهو ما تضمنته العقود الفرنسية في فرنسا)،وذلك حرصا على الالتزام بفكرة الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقد الإداري،لذلك لا يمكن إعفاء المتعاقد الأساسي من المسؤولية في حال توفرها⁽¹⁾ .

2-التنازل الحاصل دون موافقة الإدارة

للإدارة الحق في رفض الموافقة على التنازل عن العقد إذا تبين لها أن المتنازل إليه لا تتوفر فيه الشروط اللازمة للعقد محل التعاقد ، و التنازل عن العقد قد يتم بعدم موافقة الإدارة بعد مراجعتها بشأن الموافقة على التنازل أو بعدم مراجعتها أصلا،وهذا ما يترتب بطبيعته أهم النتائج القانونية في النقاط التالية:

1-عدم سريان هذا التنازل في مواجهة الإدارة

2-التنازل عن العقد يعتبر خطأ عقديا يعرض المتعاقد للمسؤولية القانونية

3-مسؤولية المتعاقد الأصلي على خطأ المتنازل إليه .

(1)- نصري منصور النابلسي ، مرجع سابق ، ص ص ،72.71.

ثانياً: الاستعانة بالغير لتنفيذ العقد

القاعدة العامة أنه يجب على المتعامل المتعاقد أن ينفذ و ينجز الصفقة بنفسه و بإمكانياته، لأن منح الصفقة له إنما كان قد استند أساساً على اعتبارات تقوم على عوامل ترتبط بالإمكانيات و المؤهلات و القدرات المالية و الخبرة التي يتسم و يتمتع بها. ومع ذلك، يمكن للمتعامل المتعاقد أن يلجأ -استثناء- إلى التعامل الثانوي La sous-traitance أو التعاقد في الباطن⁽¹⁾ ، و مع ذلك يبقى المتعامل المتعاقد هو المسؤول بعد توقيع الصفقة عن التنفيذ الكامل و التام و النهائي للمشروع حتى و لو عهد للغير القيام بجزء من العمل أو الخدمة في إطار التعامل الثانوي. فما هي حدود عمل المتعامل الثانوي؟ و ما الشروط الواجب التقيد بها؟ .

1- اللجوء للمتعامل الثانوي

إذا كان المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل و المتمم قد أجاز اللجوء للمتعامل الثانوي من خلال نصوص مواد 107 و 108 و 109⁽²⁾ ، فإنه بذلك قد راعى أن المتعامل المتعاقد قد لا يستطيع القيام بكل جزئيات المشروع ، كأن يتعلق الأمر ببناء مجمع سكني، و العمل الثانوي يتمثل في الوسائل المتعلقة بالترصيص. فهنا يفترض أن يلجأ المقاول إلى إبرام عقود ثانوية بغرض التنفيذ الكامل للمشروع. على أن يتم تحديد هذا العمل في الصفقة صراحة. الأصل في مجال الصفقات العمومية أن يباشر المتعامل المتعاقد جميع الأعمال المتعلقة بالصفقة، فلا تجزئة في هذا المجال ، غير أن المرسوم الرئاسي 10-236 اعترف في المادة 109 منه باللجوء للمتعامل الثانوي و قيد ذلك بشروط معينة⁽³⁾ وتتمثل في:

1- أن يتم النص على التعامل في أصل الصفقة أو الصفقة الأصلية و في دفتر الشروط.

2- أن يحظى اختيار المتعامل الثانوي بموافقة المصلحة المتعاقدة.

(1) محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 80 .

(2) - أنظر نص المواد 109، 108، 107 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل و المتمم ، مرجع سابق .

(3) - أنظر نص المادة 109 ، نفس المرجع .

ثانياً: الدفع المباشر من جانب المصلحة المتعاقدة

ينبغي الانطلاق من قاعدة مفادها أن المتعامل الثانوي يحصل على مستحقاته من المتعامل المتعاقد لا من المصلحة المتعاقدة. غير أنه و من باب الوفاء للمتعاملين الثانويين النظاميين بحقوقهم الثابتة و المكفولة في الصفقة. اعترفت المادة 109 من المرسوم الرئاسي 10-236 المبينة سابقا بدفع مستحقات المتعامل الثانوي، وعلقت على صدور قرار وزاري يبين الشروط و الكيفيات.(1)

جاء في المادة 2 من القرار الوزاري السابق الذكر ،على أنه إذا كانت الخدمات الواجب تنفيذها من المتعامل الثانوي محددة من حيث مبالغها القصوى في الصفقة، فإنه يمكن للمتعامل الثانوي أن يقبض مستحقاته من المصلحة المتعاقدة مباشرة، كما علق القرار الوزاري السابق أن دفع المستحقات من جانب المصلحة المتعاقدة على توافر الشروط التالية:

- 1- أن تكون المبالغ الواجب دفعها محددة بمبالغ قصوى في الصفقة. وهذا شرط فرضته الفقرة الأولى من المادة 2 من القرار الوزاري المذكور
- 2- يجب أن ينص دفتر الشروط للمناقصة على الدفع المباشر للمتعامل الثانوي. فإن خلا دفتر الشروط من الإشارة لذلك فلا يستفيد المتعامل الثانوي من الدفع المباشر.
- 3- يجب أن يكون التعامل الثانوي محل عقد بين المتعامل الثانوي و صاحب الصفقة. وهذا طبقاً لتكريس الجانب الشكلي في التعاقد و تحديد المسؤوليات.
- 4- يجب أن لا يكون المبلغ المخصص للدفع المباشر للمتعامل الثانوي مشمولاً برهن حيازي للصفقة .
- 5- يجب أن يخصم مبلغ التسبيق المخصص لصاحب الصفقة من مبلغ الخدمات الواجب تنفيذها من قبل المتعامل الثانوي و المعني بالدفع المباشر.
- 6- يجب أن تخصم الحصة القابلة للتحويل من مبلغ الصفقة من المبلغ المخصص للتعامل الثانوي.

كما بين كذلك القرار جملة من الإجراءات لتطبيق مضمونه .(2)

(1) - قرار وزاري مؤرخ في 28 مارس 2011 عن وزير المالية ، يبين كيفيات الدفع المباشر للمتعامل الثانوي ، ج.ر ، العدد 24 ، المؤرخ في 18 جويلية 2011 .

(2) - عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، مرجع سابق ، ص ص 237 . 238 .

و يمكن إجمال ما سبق، في أن التنفيذ الشخصي للعقد يعني التعاون الشخصي مع الإدارة لتنفيذ العقد. وذلك بضرورة التواجد المستمر للمتعاقد أو لممثله القانوني في مكان إنجاز المشروع بغية السهر على تتبع العمل و إتمامه بدون وقوع أي تأخير أو تغيير أو توقيف له. فمسؤولية المتعاقد تعد مسؤولية أصلية تثار كلما تنازل عن العقد كلا أو جزءا دون موافقة الإدارة ، مما يعني أن تنازله على هذا النحو يعد باطلا وأن إرادته المنفردة أدت به إلى تعويض الإدارة و الخضوع لجزاءاتها.

أما إذا تنازل المتعاقد بإرادته المشتركة مع الإدارة، فيترتب على التنازل الكلي خروج المتعاقد من العلاقة التعاقدية مع الإدارة مقابل دخول المتنازل إليه، فتنقل المسؤولية من المتعاقد الأصلي إلى المتنازل إليه مباشرة، مع بقاء مسؤولية المتعاقد الأصلي على ضمان سلامة الأعمال التي نفذها.

أما مسؤولية المتعاقد في التنازل الجزئي عن العقد و بموافقة الإدارة فتبقى مسؤولية أصلية، لا تتأثر بتعاقد من الباطن مع أخصائيين وخبراء من أجل العمل بشكل دقيق و متقن، و خصوصا في العمل المعقد الذي يتطلب تعاونا مستمرا معهم.

الفرع الثالث: إلزام المتعامل المتعاقد بدفع مبلغ الضمان

تحرص المصلحة المتعاقدة منذ البداية على منح الصفقة للمتعامل المتعاقد المقدر أي صاحب الكفاية المالية، وهذا ما جاءت به المادة 92 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل و المتمم⁽¹⁾، فالمتعاقدين ملزمون بتقديم ضمانات مالية تحمي الإدارة المتعاقدة من الأخطار المالية التي يمكن أن تواجهها في حالة إخلالهم بالتزاماتهم.

أما في مجال الصفقات العمومية فالضمان هو ذلك الحق الذي يتمتع به أحد الأطراف اتجاه الطرف الآخر حتى يؤمن سداد ديونه ، وقد نص قانون الصفقات على مثل هذه الضمانات وأحاطها بعناية كبيرة نظرا لأهميتها البالغة في حسن إنجاز موضوع الصفقة و ترشيدها للنفقات العمومية وحفاظا على حقوق الأطراف المتعاقدة.

(1)-أنظر نص المادة 92 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل و المتمم ، مرجع سابق .

أولاً: نظام الكفالات

1-تعريف الكفالة: تطرق المشرع في المادة 644 في الفصل الأول من الباب الحادي عشر (الكفالة) على أنها: "عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ إلتزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الإلتزام إذا لم يفي به المدين نفسه". وفي المادة 682 في القسم الثاني (تقسيم الأشياء و الأموال) من الكتاب الثالث (الحقوق العينية الأصلية) بتعريفه: " كل شئ خارج عن التعامل بطبيعته أم بحكم القانون يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها وأما الخارجة بحكم القانون التي يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية". كذلك المادة 684 من نفس القانون تبين أن العقار مال له صفى الإستحقاق العيني (1).

أما في قانون الصفقات العمومية فقد تطرق لها المشرع في المادة 95 من المرسوم الرئاسي 10-236 حيث جاءت في قسم الضمانات التي تحصل عليها المصلحة المتعاقدة من المتعاملين المتعاقدين الأجانب لاسيما في الميدان المالي ".....هي الضمانات النقدية التي تغطيها كفالة مصرفية يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها ضمان صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى" (2).

و مما سبق يمكن حصر مفهوم الضمانات المالية للمصلحة المتعاقدة، في كل الوسائل المالية التقنية و المادية التي تمثل ضمانا للمصلحة المتعاقدة على عاتق المتعامل معها قبل و أثناء و بعد الصفقة العمومية، سواء أكانت هذه الضمانات بيدها، مثل التسبيقات أو كفالة الضمان أو التسوية على الرصيد أو بيد المتعامل المتعاقد، مثل الشهادات الجبائية وشهادة التأمين الاجتماعي و الوسائل المادية و البشرية الواجب تواجدها قبل تنفيذ الصفقة.

(1) - أنظر نص المواد: 684، 683، 644 من القانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 مايو 2007 ، المتعلق بالقانون المدني.

(2) - أنظر نص المادة 95 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم ، مرجع سابق .

2-أنوع الكفالة في تنفيذ الصفقات العمومية

نص المشرع الجزائري على عدة أشكال للكفالة وتتمثل في :

أ-كفالة رد التسبيقات:

لقد تطرقنا فيما سبق إلى تعريف التسبيق سواء كان تسبيق جزافي أو تسبيق على التمويل في(الحق على الحصول على المقابل المالي).

والمعامل المتعاقد قبل مطالبته بحقه في التسبيقات المالية فإنه يلتزم بدفع مبلغ الضمان المتفق عليه كاحتياط مالي يوضع تحت تصرف الإدارة المتعاقدة،ويكون بإمكان مصادره مباشرة في الأوضاع المحددة قانونا وهو ما يعرف بكفالة استرجاع التسبيقات.

وقد تم النص على هذا النوع من الكفالات من خلال المادة 75 من المرسوم 10-236

المعدل و المتمم، و كذلك أشير إليها في المادة 84 من نفس المرسوم.⁽¹⁾

ومن خلال نصي المادتين يتضح أن هذه الكفالة يقدمها المتعامل المتعاقد بعد أن ترسي عليه الصفقة وبعد حصوله على الأمر الأول(ods) من المصلحة المتعاقدة لبداية التنفيذ وتقديم طلبه للحصول على التسبيق للمصلحة المتعاقدة مرفقا ملفه بكفالة رد التسبيقات .

كما تصدر مثل هذا النوع من الكفالات من طرف بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية،هذا إذا كان المتعامل جزائري ، أما إذا كان المتعاقد مع الإدارة أجنبي، فإن كفالة رد التسبيقات تصدر من بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها ضمان صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى، و تحرر هذه الكفالة حسب الصيغ التي تلائم المصلحة المتعاقدة و البنك الذي تنتمي إليه .

ب-كفالة حسن التنفيذ:

ضمان تنفيذ العقد يتعين على صاحب العرض المقبول أن يؤدي كفالة حسن التنفيذ في جميع أنواع الصفقات التي تبرمها الإدارة بإستثناء بعض أنواع صفقات الدراسات و الخدمات،التي تحدد قائمتها بقرار وزاري مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني.هي كما يتبين من تسميتها،فإنها تشكل ضمانا لجهة الإدارة يقيها الأخطاء التي قد تقع من المتعاقد معها حين يباشر التنفيذ.ويكون للإدارة حق مصادره،أي اقتضاء قيمته بطريق التنفيذ المباشر

(1)-أنظر نص المادتين:84،75 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل و المتمم ، مرجع سابق .

دون حاجة إلى اللجوء للقضاء في حالة عدم التنفيذ سواء نص أو لم ينص على ذلك في العقد⁽¹⁾.

تحدد الإدارة هذه الكفالة ما بين 5% إلى 10% من مبلغ الصفقة وذلك حسب طبيعتها وأهميتها، وبالنسبة للصفقات التي لا تبلغ حدود إختصاص اللجان الوطنية و القطاعية للصفقات، فإنه يتحدد مبلغ كفالة حسن التنفيذ بنسبة تتراوح بين 1% و 5% من مبلغ الصفقة وفق الشروط المحددة قانونا.

وفي حالة صفقات الأشغال التي لا تبلغ حدود إختصاص اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال واللجان القطاعية للصفقات، يمكن أن تكون إقتطاعات من حسن التنفيذ بنسبة 5% من مبلغ كشف الأشغال، بدلا لكفالة حسن التنفيذ. ويحول الرصيد المكون من مجموع إقتطاعات حسن التنفيذ إلى اقتطاع ضمان، لدى الاستلام المؤقت للصفقة و تحرر كفالة التنفيذ حسب نموذج يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية.

كما يعفى الحرفيون المنصوص عليهم في المادة 55 من المرسوم الرئاسي 10-236 المشار إليه أعلاه، و المؤسسات المصغرة الخاضعة للقانون الجزائري، من تقديم كفالة حسن التنفيذ عندما يتدخلون في عمليات عمومية لترميم ممتلكات ثقافية⁽²⁾.

و يتوجب أن يتم لإيداعها في أجل لا يتجاوز تاريخ تقديم أول طلب دفع على الحساب من المتعاقد. وسكت المشرع عن الجزاءات التي تترتب على تقاعس المتعاقد أو امتناعه بتاتا عن أداء كفالة حسن التنفيذ.

وورد في الفقرة الثانية في المادة 97 أنه يمكن إعفاء الشريك المتعاقد من تحمل عبء إيداع كفالة حسن التنفيذ فيما خص بعض أنواع صفقات الدراسات و الخدمات. وأعلنت المادة عن قرار وزاري مشترك بين وزير المالية و وزير الوصاية يحدد قائمة هذه الصفقات.

ومن هنا لا يمكن تطبيق الاستثناء في مجال عقد الأشغال أو عقد اقتناء اللوازم.⁽³⁾

(1) - ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 83.

(2) - أنظر نص المادة 100 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

(3) - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 241.

وإذا قام المتعامل المتعاقد بتوريد جميع الأشياء التي رسا عليه توريدها وقبلتها الجهة الإدارة نهائيا فإنه يعفى من تقديمها إذا لم يتعد أجل تنفيذ الصفقة 03 أشهر، وفي حالة وجود ملحق للصفقة فإن كفالة حسن التنفيذ تتم بنفس الشروط السابقة.⁽¹⁾

والإدارة المتعاقدة تحتفظ بقيمة الكفالة حتى تمام تنفيذ الصفقة بصفة نهائية ، وتسترجع الكفالة أو الإقتطاعات في مدة شهر واحد ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة.⁽²⁾

ثانيا: الضمانات المالية الأخرى

نص قانون الصفقات العمومية على مجموعة من الضمانات المالية الأخرى التي تشكل حقوقا للمصلحة المتعاقدة. و التي سنوضحها في التالي:

* 1- الضمانات الخاصة

ثمة ضمانات خاصة يمكن اشتراطها على المتعامل المتعاقد و في حالات معينة كأن تشترط الإدارة مثلا كفالة أو الالتجاء إلى كفيل شخصي أو إلى هيئة تأمين لضمان العتاد و السلع التي تضعها تحت يد المتعامل المتعاقد معها كما تستطيع أيضا أن تنص في دفتر الشروط على جزاءات ترتبها في حالة تأخر المتعاقد في رد العتاد الذي قدم إليه و يمكن للإدارة كذلك أن تنص في دفتر الشروط على ضمانات أخرى إستثنائية حتى تتمكن من التنفيذ العمل الذي توكله إلى المتعامل معها .

* 2- الضمانات الحكومية

هي تلك التي تطلبها الإدارة المتعاقدة من المؤسسات الأجنبية و منها الأحكام المتعلقة بالقروض أو الإئتمانات الناتجة عن عقود حكومية مشتركة. كذلك الضمانات التي تسمح بالتنافس بين المؤسسات البنكية أو هيئة التأمين ذات الصبغة العمومية أو شبه العمومية. والجزائر نجدها من الدول التي تفضل هذا النوع من الضمانات في مختلف عقودها. حيث تمنح الصفقات إلى المؤسسات الأجنبية التي تقدم ضمانا من دولتها ، فإذا إنعدم مثل هذا النوع فإنها تلجأ إلى أعمال نص المادة 97 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم، وتمنحها للشركات التي تقدم ضمان حسن التنفيذ⁽³⁾.

(1) - أنظر نص المادة 97 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم ، مرجع سابق .

(2) - أنظر نص المادة 101 ، نفس المرجع .

(3) - أنظر نص المادة 97 ، نفس المرجع .

وتحدد هذه الضمانات في دفاتر الشروط أوفي الأحكام التعاقدية للصفقة، وفي حالة قيام العقد بين المستثمر الأجنبي والمصلحة المتعاقدة، فيجب على المؤسسات الأجنبية المتعاهدة بالمناقصات أن ترصد الوسائل البشرية والمادية المصرح بها في عروضها، وفي المقابل على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من التنفيذ الفعلي لهذا الحكم، وهذا طبقاً لنصي المادتين: 92 و 93 من نفس المرسوم الرئاسي 10-236. (1)

* 3- الضمان العشري

بعد التسليم النهائي للصفقة، تترتب على المتعامل المتعاقد مسؤولية مدنية تسمى بالضمان العشري (2) في مجال صفقات تنفيذ الأشغال، كونها تغطي مرحلة ممتدة إلى 10 سنوات، حيث أن المقاول و المهندس مسؤولان تضامنيا لمدة 10 سنوات عن التهدم الكلي أو الجزئي فيما شيده من مباني أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى و لو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض و يسري هذا الضمان ابتداء من تاريخ الإستلام النهائي للصفقة نظرا لأن الأمر يتعلق بصفقات إنجاز مشاريع البناء. ويغطي هذا الضمان أيضا الأضرار المخلة بصلاصة العناصر الخاصة بتجهيز بناية ما ، عندما تكون هذه العناصر جزءا لا يتجزأ من منجزات التهيئة ووضع الأساس و الهيكل و الإحاطة و التغطية ، و يعتبر جزءا لا يتجزأ من الإنجاز كل عنصر خاص بالتجهيز لا يمكن القيام بنزعه أو تفكيكه أو إستبداله دون إتلاف أو حذف مادة من مواد الإنجاز.

و المتعامل المتعاقد سواء كان أجنبي أو وطني فإنه يخضع لكافة الإلتزامات التعاقدية فإذا أخل المتعاقد الوطني بأحد من إلتزاماته التعاقدية ، أجاز القانون للمصلحة المتعاقدة حق فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به (3) ، أما إذا كان المتعاقد مع الإدارة أجنبي و أخل بإلتزاماته التعاقدية فإنه يسجل في قائمة المتعاملين الممنوعين من التعاقد في الصفقات العمومية (4) .

(1)- أنظر نص المادتين: 92 و 93 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم ، مرجع سابق .

(2)- أنظر نص المواد من 178 إلى 185 من الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 أكتوبر 1995 المتعلق بقانون التأمينات ، ج.ر، العدد 13 ، المؤرخة في 08 مارس 1995 المعدل و المتمم بقانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فيفري 2006 ، ج.ر، العدد 15 ، المؤرخة في 12 مارس 2006 .

(3)- أنظر نص المادة 09 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم ، نفس المرجع .

(4)- أنظر نص المادة 24 فقرة 7 نفس المرجع .

خلاصة الفصل الأول :

و مما سبق نخلص إلى أن المشرع الجزائري إعترف للمصلحة المتعاقدة في مختلف قوانين الصفقات العمومية بممارسة جملة من السلطات الاستثنائية الغير مألوفة ، و تتجلى هذه السلطات في كافة مراحل الصفقة العمومية ، إلا أن المجال الخصب لها هو مرحلة التنفيذ إذ يتقرر للمصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد معها أثناء تنفيذ الصفقة حقوقا و سلطات تختلف عن تلك الحقوق التي يقرها القانون الخاص .

و في المقابل أعترف للمتعامل المتعاقد معها بحقوق تقابل سلطات المصلحة المتعاقدة و هي أيضا حقوق لها مثل لها في قواعد القانون الخاص كما حمله التزامات على كاهله تقيده في حالة ما أخل بها .

إن المصلحة المتعاقدة تسعى بكل جهد إلى تنفيذ مضمون الصفقة على أكمل وجه ، و في الأجال المحددة المنصوص عليها في دفا تر الشروط حتى ولو كانت على عاتق المتعاقد أو على حسابه .

و إن المتعامل المتعاقد يسعى للحصول على كافة مستحقاته عند التسليم النهائي للمشروع و عدم تحميله أعباء إضافية .

و في حال أخل أحد الطرفين بالتزاماته ، سواء كانت المصلحة المتعاقدة بتعسفا في إستعمال سلطاتها أو المتعامل المتعاقد بعدم إحترامه لبنود العقد ، لا سيما فيما يخص الموارد البشرية أو المعدات التقنية اللازمة لتنفيذ بنود العقد ، وهذا ينتج عنه تأخير في تنفيذ وزيادة التكاليف التي تسبب في أضرار كبيرة . كما قد تكون التغيرات الاقتصادية هي التي تؤثر في توازن السوق بطبيعة الحال إلى خلق مشاكل للمتعامل المتعاقد مما قد يحمله زيادة أعباء و تكاليف جديدة .

و من خلال -دراستنا للفصل الأول- نتوصل إلى أن حق المتعامل المتعاقد بصفته الطرف الاضعف في العملية التعاقدية هو حق يضمنه القانون ، و الادارة ملزمة بالارتقاء به و إلا سار المتعاقد إلى طريق القضاء للحصول عليه .

كما يتعين على المتعامل المتعاقد تنفيذ التزاماته التعاقدية وفق المدة القانونية المحددة في العقد ولا يجوز له التوقف عن التنفيذ بحجة وجود عيب يؤدي الى فسخ العقد أو إبطاله و يعفى من التنفيذ عند استحالة متابعة التنفيذ بسبب القوة القاهرة أو بفعل الادارة .

كذلك نجد أن المشرع حماية منه للأموال العامة وضمانا لحقوق المصلحة المتعاقدة ، تم وضع نظام للضمانات ذات الطبيعة المالية تفرض على المتعاقد الحاصل على الصفقة أثناء التنفيذ و بعده .

و بما أن الصفقة العمومية كثيرا ما تتأثر بالظروف الاقتصادية ، و هو ما يمكن أن يرجع سلبا على المتعاقد ، فعلى الادارة المتعاقدة أن تراعي مثل هذه الظروف التي قد تمس بالمركز المالي للمتعاقد معها مما يؤدي إلى افلاسه و إلحاق أضرار كبيرة به .

فلا بد من إعادة النظر في مسألة فسخ العقد ، التي منحها المشرع من خلال المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل و المتمم في نص مادته 112 . لأن الادارة قد تكون متعسفة في حقه .

الفصل الثاني : آليات تسوية منازعات تنفيذ الصفقات العمومية

إن الغرض الأساسي من إبرام الصفقات العمومية هو تنفيذها ، و ينجم عن هذا التنفيذ -كما رأينا في الفصل الأول- آثار بالنسبة للمصلحة المتعاقدة وكذلك بالنسبة للمتعاقد المتعاقد معها، و قد يؤدي تضارب المصالح إلى نشوب نزاع بين الأطراف المتعاقدة ، فكل منهما يرمي إلى تحقيق الغاية التي تعاقدة من أجل . فالمصلحة المتعاقدة تسعى لتحقيق المصلحة العامة والحفاظ على السير الحسن للمرافق العامة، بينما يسعى المتعاقد المتعاقد إلى تحقيق مصلحة الخاصة و تحسين مركزه المالي . كذلك الإخلال بالالتزامات التعاقدية من شأنه أن يؤدي إلى حصول النزاع .

إن مختلف النزاعات التي تنشأ أثناء تنفيذ الصفقة العمومية تكون إما منازعات تقنية تنشأ بمناسبة تنفيذ الجانب التقني من الصفقة، ويكون ذلك بمخالفة أحد البنود الواردة بها. فقد تعمد المصلحة المتعاقدة إلى تفسير أحد البنود الواردة في العقد بمحض إرادتها لإرغام المتعاقد على تغيير نوعية الخدمات المطلوبة منه. أو منازعات مالية تتعلق بالجانب المالي للصفقة والتي تتمحور أساسا في تسديد مستحقات الصفقة أو التأخير في تسديدها ، ومن بين القضايا المطروحة أمام الجهات القضائية في هذا المجال نجد: المنازعات المتعلقة بتحديد الأسعار و المنازعات المتعلقة بالتأخير في تسديد مستحقات الصفقة والمنازعات المتعلقة بالفوائد التأخيرية والمنازعات المتعلقة بالأشغال التكميلية والمنازعات المتعلقة لجبر الأضرار اللاحقة بالمتعاقد المتعاقد .

و بالنظر للطابع التتموي للصفقة العمومية كونها تتعلق بمشاريع الدولة والإدارة المحلية أو الإدارة المرفقية ، و يجب أن تتبع فيما يخص منازعاتها طرقا خاصة وأحكام مميزة تتسم بالسرعة حتى لا يتعطل المشروع العام ، و يطول تواصل و إمتداد النزاع بما قد يؤثر سلبا على مبدأ الإستمرارية ، و بما يلحق الضرر بجمهور المنتفعين من خدمات المرفق العام و بما يعطل تنفيذ المخططات التنموية .

و بالرجوع لنص المادة 115 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236⁽¹⁾ نجد أن المشرع الجزائري قد نظم طرق فض النزاعات التي تحدث أثناء تنفيذ الصفقة العمومية و حدد بذلك طريقتين يمكن إتباعهما ، إما اللجوء إلى الحل الودي خارج ساحة القضاء ، ولما اللجوء إلى طرق التسوية القضائية . وما تجدر الإشارة إليه أنه في حالة ما إلتجأ المتنازعان إلى الطرق الودية فإن ذلك لا يحرمهما - في حالة عدم جدوى الحل الودي - من اللجوء إلى الحل القضائي ، والعكس ليس صحيح .

وتأسيسا لذلك ارتأينا أن نتناول هذا الفصل في بحثين نعالج في كلا منهما ما يلي :

➤ **المبحث الأول : التسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية**

➤ **المبحث الثاني : التسوية القضائية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية**

(1) - أنظر نص المادة 115 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم ، مرجع سابق .

المبحث الأول: التسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية

لما كان للصفقات العمومية صلة بالمال العام و حقوقا للخزينة العامة للدولة ، فإن المشرع وحرصا منه على إيجاد التوازن في تحمل التكاليف بين الطرفين المتعاقدين و التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة والبحث عن تسوية نهائية في أسرع وقت وبأقل تكلفة، فإنه حاول إيجاد طرق لتسوية المنازعات الناشئة عن تنفيذ الصفقة العمومية بما يحول دون اللجوء إلى القضاء وتقاضي إجراءات التقاضي الطويلة و المعقدة .

وكون قانون الصفقات العمومية أكثر القوانين تأثرا بالمستجدات الحديثة والعالمية باعتباره ينظم مجالا نشطا وواسعا من مجالات الحياة ويطرح الكثير من النزاعات أمام القضاء، فالمشرع الجزائري تبنى مبدأ الحلول البديلة أو الحلول الودية ضمن هذا القانون. وهو ما تجسد من خلال التشريعات المتلاحقة التي نظمت الصفقات العمومية منذ الاستقلال وصولا إلى القانون الساري المفعول رقم 10-236 المعدل و المتمم⁽¹⁾ ، حيث كرس هذا المبدأ في نص المادة 115 على أنه : "تسوى النزاعات التي تطرأ عند التنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها. غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلها سمح هذا الحل بما يأتي: - التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.

- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة...".

والملاحظ أن قانون الصفقات العمومية في مادته 115 الفقرة الأولى نص على أن تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، بمعنى

(1)- المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم ، مرجع سابق .

مجموعة القواعد القانونية التي تحكم نزاعات تنفيذ العقود الإدارية بصفة عامة وأهمها قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي يمثل الشريعة العامة المنظمة لعملية التقاضي أمام الجهات القضائية الإدارية والعادية في الجزائر. وما جاء به من آليات قضائية لفض مثل هذه النزاعات. ثم أورد نص خاص في الفقرة الثانية من المادة نفسها يقيد به النص العام الأول، بأن ألزم المصلحة المتعاقدة مخاطبا إياها على وجه التحديد كشخص من أشخاص القانون العام ومطالبها إياها دون الطرف الآخر المتعاقد معها والذي غالبا ما يكون شخص من أشخاص القانون الخاص بالبحث عن حل ودي كأولوية قبل الحل القضائي كلما سمح هذا الحل بتحقيق الغايات المنصوص عليها في الفقرة الثانية من نص المادة السالفة الذكر.

كما نلاحظ أن المشرع أورد مصطلح "حل ودي" بصيغة عامة ودون تخصيص لطريقة حل ودية معينة مما يفيد أن كل الطرق الودية أو الحلول البديلة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من صلح و وساطة وتحكيم هي حلول قانونية يعتمدها هذا القانون ويحيل كيفية إعمالها و تنظيمها لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية الشريعة العامة ، بحيث تم النص عليها في الباب الأول من الكتاب الخامس المعنون بـ "الطرق البديلة لحل النزاعات" من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽¹⁾ ، ومن هنا يمكننا التساؤل عن: الكيفية التي يتم بها إعمال الصلح والوساطة والتحكيم كآليات ودية لتسوية منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري على ضوء ما نص عليه قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 08-09 ؟ .

ولتوضيح ذلك والإجابة عن هذا التساؤل سوف يتم دراستها وفقا للترتيب الذي وردت به ضمن قانون رقم 08-09 ، و ذلك من خلال ثلاثة مطالب كالاتي :

- **المطلب الأول : الصلح**
- **المطلب الثاني : الوساطة**
- **المطلب الثالث : التحكيم**

(1) - قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج.ر، العدد 21 ، المؤرخة في 23 أبريل 2008 .

المطلب الأول: الصلح

الصلح إجراء يقره التشريع الجزائري في الكثير من النصوص القانونية ونجده في قانون رقم 08-09 يأخذ طابع إجرائي في حين نجد الصلح الوارد في القانون المدني ذو طابع موضوعي لا يوفر أية توضيح لكيفيات مباشرته.⁽¹⁾

وجواز الصلح في مادة القضاء الكامل معناه جواز الصلح بالنسبة للتعويض جبرا للضرر في مادة الصفقات العمومية وهو ما يتوافق ونص المادة 115 من القانون رقم 10-236 المتعلق بالصفقات العمومية، وبالمقابل عدم جوازه في دعاوى الإلغاء بمعنى أعمال الصلح في مرحلة تنفيذ الصفقة العامة وليس في مرحلة إبرامها.

كما أنه وإن كان النص على أعمال الصلح جوازيا في مفهوم قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، فإنه يأخذ طابع إلزامي في مفهوم قانون الصفقات العمومية لأن المصلحة المتعاقدة ملزمة بأعمال الحل الودي قبل اللجوء إلى القضاء.

الفرع الأول: مفهوم الصلح في المادة الإدارية

للإحاطة بمفهوم شامل للصلح لابد من تعريفه وتبيان طبيعته القانونية بالإضافة إلى تمييزه عما يشابهه من المصطلحات.

أولاً: تعريف الصلح:

لقد عرف المشرع الجزائري الصلح في المادة 459 من القانون المدني بأنه⁽²⁾ « عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن يتنازل كلا منهما على وجه التبادل عن حقه».

(1) - عبد الرحمن بريارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم (08 - 09) المؤرخ في 23 فيفري 2008، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009، ص 518.

(2) - القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، المتعلق بالقانون المدني.

من نص المادة أعلاه يتضح أن للصلح ثلاث عناصر :

- 1- وجود نزاع قائم أو محتمل.
- 2- نية إنهاء النزاع.
- 3- النزول المتبادل عن الادعاءات. (1)

ثانيا: الطبيعة القانونية للصلح:

يتضح من نص المادة 970 من قانون رقم 08-09 أن الصلح المعمول به في دعاوى الصفقات العمومية كإحدى أنواع دعاوى القضاء الكامل هو صلح قضائي كونه يتم بعد رفع الدعوى أمام الجهات القضائية الإدارية ويتم تحت إشراف القاضي الإداري، وهذا يجعلنا نتساءل، هل عقد الصلح المتفق عليه بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل في شكل محضر يحرره رئيس تشكيلة الحكم يعتبر عقد أم يعتبر حكماً؟.

اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للصلح القضائي، فمنهم من كلفه على أنه عقد، ومنه من اعتبره عقداً قضائياً كونه مثبت من طرف القاضي وهناك من قال أنه عقد من حيث المضمون وحكم من حيث الشكل.

أما بالرجوع للمواد من 970 إلى 974 من قانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نظمت الصلح في المادة الإدارية، فإنه يتضح:

من استقراء نص المادة 973 والتي تنص على " إذا حصل صلح يحرر رئيس التشكيلة الحكم محضراً يبين فيه ما تم الاتفاق عليه، ويأمر بتسوية النزاع وغلق الملف، ويكون هذا الأمر غير قابل لأي طعن". (2) ، والمادة 974 " لا يجوز للجهة القضائية الإدارية إذ تباشر الصلح إلا في النزاعات التي تدخل في اختصاصها" (3).

يتضح من نص المادتين أن الصلح المعمول به في مادة الصفقات العمومية أمام جهات القضاء الإداري هو عقد من حيث المضمون وحكم من حيث الشكل، فكونه اتفاق تجب

(1) - للتوسع أكثر راجع: نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية : الصلح، الوساطة، التحكيم ، دار الهدى للنشر، الجزائر، 2008، ص 542.

(2) - أنظر نص المادة 973 من قانون رقم 08-09 ، مرجع سابق .

(3) - أنظر نص المادة 974 ، نفس المرجع .

لصحته الشروط اللازمة لصحة العقد وهو توفر إيجاب يتبعه قبول، وأن يكون محله مشروع، فلا يتصور صلحا بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد على أمر غير مشروع، كما يمكن الطعن فيه لعيب الرضا أو نقص أهلية كأى عقد آخر.

أما من حيث الشكل فهو يخضع للقواعد الخاصة بالأحكام إذ يجب أن يكون مكتوبا وموقعا عليه من القاضي ومن كاتب المحكمة حسب ما قضت به المادة 992 " يثبت الصلح في محضر، يوقع عليه الخصوم والقاضي وأمين الضبط ويودع في أمانة ضبط الجهة القضائية، كما لا يجوز أن يصدق على الصلح قاضي غير مختص نوعيا بموضوع النزاع".⁽¹⁾ وهو ما أفادت به المادة 947 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية⁽²⁾.

ثالثا: تمييز الصلح في مادة الصفقات العمومية عما يشابهه من المصطلحات:

قد يتشابه الصلح في مادة الصفقات العمومية مع التحكيم والوساطة فيها باعتبارهم طرق ودية تسوى بها نزاعاتها، كما يمكن تمييز الصلح في الصفقات العمومية عن التظلم الإداري الوجودي في مادة الصفقات العمومية.

1- تمييز الصلح عن الوساطة في مادة الصفقات العمومية.

أهم ما يمكن الإشارة إليه من خلال المواد التي نظمت كلا منهما أنه :
- الوساطة مقيدة بأجل معين وهي مدة الثلاثة أشهر، بينما الصلح غير مقيد بأجل معين طالما أن الدعوى مرفوضة أمام القضاء في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، إلا أن تكون جاهزة للحكم فيها.⁽³⁾

(1) - حسن النيداني الأنصاري ، الصلح القضائي، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر، 2001، ص 134 .

(2) - أنظر نص المادة 974 من القانون رقم 08-09 ، مرجع سابق .

(3) - أنظر نص المادة 996 ، نفس المرجع .

أيضا الوساطة تتم بتدخل الوسيط وهو طرف ثالث في النزاع بينما في الصلح فيتم حصريا بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد. (1)

أيضا الوساطة إجراء وجوبي إذ على القاضي عرضها على الخصوم في الجلسة الأولى بينما الصلح إجراء جوازي يكون بمبادرة الخصوم أو بسعي من القاضي إذا رأى الأطراف أو القاضي مصلحة في إعماله. (2)

2- تمييز الصلح في التحكيم في مادة الصفقات العمومية:

بالرجوع إلى القواعد المنظمة للتحكيم نجد أنها مستقلة عن الدعوى القضائية في حين لا مجال للحديث عن الصلح وفق مفهوم قانون الإجراءات المدنية والإدارية خارج دعوى قائمة ومطروحة أمام القاضي الإداري.

- أيضا لا يمكن الطعن بأي طريقة من طرق الطعن في اتفاق الصلح، بينما أحكام التحكيم يمكن الطعن فيها بالطرق المقررة في المادتين 1032، 1033. (3)

3- تمييز الصلح في مادة الصفقات العمومية عن المصالحة في المادة الجبائية:

تخضع المصالحة الإدارية في المادة الجبائية لإجراءات خاصة تختلف عن الصلح القضائي في مادة الصفقات العمومية، إذ تتم هذه المصالحة وفقا لإجراءات إدارية لا قضائية، إذ تقرر الإدارة بكل سيادة قبول أو رفض المصالحة الملتزمة منها عند بثها في الطلب بعيدا عن ساحة القضاء وسلطات القاضي.

(1) - أنظر نص المادة 994 فقرة 2 من القانون رقم 08-09 ، مرجع سابق .

(2) - أنظر نصي المادتين: 972، 994 ، نفس المرجع .

(3) - انظر نصوص المواد: 973، 1032، 1033 ، نفس المرجع .

4- تمييز الصلح عن التظلم الإداري في مادة الصفقات العمومية:

رغم أن التظلم أصبح إجراء جوازي حسب ما نص عليه قانون الإجراءات الإدارية و المدنية إلا أنه بقي إلزاميا في منازعات الصفقات العمومية. وهذا في محاولة من المشرع للحد من الدعاوى المتعلقة بالصفقات العمومية التي ترفع أمام القضاء، لعل التظلم ينتهي النزاع قبل بدأ الخصومة القضائية، وهنا يختلف التظلم الإداري عن الصلح، فإن كان التظلم إلزامي في كل منازعات الصفقات العمومية ، بما فيها الدعاوى التي ترفع أثناء مرحلة التنفيذ كنوع من أنواع دعاوى القضاء الكامل المادة حسب 115 فقرة 05⁽¹⁾ ، فإن الصلح لا يعمل إلا في دعاوى التعويض التي ترفع بمناسبة منازعة في مرحلة تنفيذ الصفقة فقط. دون مرحلة الإبرام. وما يثبت اختلاف كل من الصلح والتظلم الإداري عن بعضهما، أن أعمال التظلم الإداري أمام لجنة الطعن المختصة بنظر الطعون بمناسبة نزاع حول تنفيذ الصفقة العامة لا يعني عدم إمكانية أعمال الصلح إذا تم رفع الدعوى أمام القضاء.

الفرع الثاني: التنظيم القانوني للعملية الصلحية:

وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن الصلح محل الدراسة هو صلح قضائي يتم على مستوى المحكمة الإدارية بعد رفع الدعوى.
أولا: إجراءات العملية الصلحية.

تخضع العملية الصلحية لجملة من الطقوس الإجرائية زيادة على كونها تدخل ضمن ما تتطلبه كل عملية قضائية من تسجيل واتصال بالقاضي ثم إدارة الجلسة وصولا للنطق بالحكم.

1- طبيعة المبادرة:

تعتبر بعض التشريعات أن الصلح جزء من الدعوى القضائية يدخل ضمن اختصاص المحاكم، كما هو عليه الحال أمام القسم الناظر في المواد الاجتماعية وفقا للقانون الفرنسي إذ

(1) - أنظر نص المادة 115 فقرة 5 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل و المتمم ، مرجع سابق .

يترتب على إغفاله بطلان الدعوى.⁽¹⁾ ومع أن المشرع الجزائري قد أخذ بالمبادئ المقررة بالنسبة للصلح في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، فإن إغفال الصلح وفقا لما نص عليه قانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في الجزائر لا يؤدي إلى بطلان الدعوى، لأن المبادرة بالصلح جوازية سواء تم التصالح بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد تلقائيا أو بسعي من القاضي وفي أي مرحلة تكون عليها الدعوى حسب ما جاء في مضمون المادة 971 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.⁽²⁾ وهو أيضا ما أكدته المادة 990 من نفس القانون.⁽³⁾

2- كيفية انعقاد الصلح.

لم يحدد المشرع إجراءات يتم بموجبها الصلح، إنما فتح المجال واسعا أمام القاضي وفقا لما يراه مناسبا.

أ- الصلح في المكان والزمان.

بشأن تحديد عنصر الزمان والمكان في آلية الصلح نصت المادة 991 على أن « تتم محاولة الصلح في المكان والوقت الذي يراهما القاضي مناسبين ما لم توجد نصوص أخرى خاصة في القانون تقرر خلاف ذلك»⁽⁴⁾.

وبما أن قانون الصفقات العمومية الساري المفعول لم يحدد كقانون خاص يمكنه تقييد النص العام قانون رقم 08-09 ، مكان وزمان معينين لإعمال الصلح تبقى السلطة التقديرية واسعة للقاضي النزاع في تحديدهما ولأن هذا الصلح قضائي بطبيعته فلا يتصور مكان آخر غير دار القضاء يتم فيه.

(1) - عبد الرحمن بريارة ، مرجع سابق ، ص 518 .

(2) - أنظر نص المادة 971 من القانون رقم 08-09 ، مرجع سابق .

(3) - أنظر نص المادة 990 ، نفس المرجع .

(4) - أنظر نص المادة 991 ، نفس المرجع .

أما خاصية تحديد الزمن في الصلح فمتعلقة بوجوبيته، إذ لو كان إجراء وجوبي لكان محدد المدة كما هو الحال بالنسبة للوساطة حالياً وكما كان عليه الحال بالنسبة للصلح قبلاً إذ كان خلال الثلاثة أشهر الأولى حسب قانون الإجراءات المدنية (الملغى). فالصلح يتم في المكان و الزمان و الوقت الذي يراهما القاضي مناسبين ما لم توجد نصوص خاصة في القانون تقرر خلاف ذلك.

ب- حكم الحضور والغياب في العملية الصلحية.

إن أهم تطبيق لحقوق الدفاع هو مبدأ الوجاهية بين الخصوم بحيث تتخذ جميع الإجراءات على علم وبحضور الأطراف في الدعوى القضائية، فهل غياب احد الأطراف في العملية الصلحية يفسر قبولاً منه بما ثبت في محضر الصلح من الخصم وأقره القاضي، أم أن غياب أحد الأطراف يؤدي إلى شطب الدعوى ويفسر رفضاً منه لعملية الصلح؟.

إن عدم حضور أحد الأطراف لا يعني إلا رفضه للصلح، كما لا يمكن للقاضي شطب الدعوى على هذا الأساس، وطالما أن المدعي هو الذي أداع صحيفة الدعوى فالخصومة بالنسبة له تكون، حضورية لعلمه سلفاً بقيام الخصومة، لهذا فغياب المدعي لا يؤثر في الصلح ما دامت طلباته موجودة، فيصبح القاضي كأنه موكل من الطرف الغائب ويقرر باسمه ما توصل إليه في العملية الصلحية .

وأما في حالة غياب المدعي عليه فيثبت عدم الصلح.

3- اختتام عملية الصلح.

يثبت الصلح في محضر يوقع عليه الخصوم والقاضي وأمين الضبط ويودع بأمانة ضبط الجهة القضائية حسب مقتضيات المادة 992 من قانون رقم 08-09⁽¹⁾، يبين القاضي في هذا

(1) - انظر نص المادة 992 من القانون رقم 08-09 ، مرجع سابق .

المحضر ما تم الاتفاق عليه ويأمر بتسوية النزاع وغلق الملف ويكون هذا الأمر غير قابل لأي طعن وهو ما أفادت به المادة 973 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.⁽¹⁾

إذن فحسب المادة الأخيرة فإن الصلح في المادة الإدارية ومنها الصفقات العمومية ينتهي بأمر من رئيس التشكيلة، بالإضافة إلى المحضر الذي ثبت فيه الاتفاق، ودون هذا الأمر يكون المحضر مجرد عمل مادي لا يترتب أي أثر عمل عكس الصلح في المواد المدنية فالخصومة التي تنتهي بالصلح لا يصدر بشأنها حكم قضائي، إنما يحل المحضر المثبت للصلح محل الحكم القضائي وهو ما أفادت به المادة 992 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.⁽²⁾

ثانيا: مدى رقابة القضاء على العملية الصلحية:

إلى جانب إسناد مهمة إدارة الصلح للقاضي نفسه فإن القانون وفي المادة الإدارية على وجه الخصوص فرض طرفاً منظماً هو النيابة العامة، وذلك كون المصالح المتنازع حولها تستدعي وجوب حضور الإدارة والتي هي ذات طابع عمومي.

بالإضافة إلى أن القانون في عملية الصلح انتدب طرفاً من إدارة القضاء يسهر على تدوين محضر الصلح كضمانة أخرى على الحياد والموضوعية وهو كاتب الضبط.

1- مدى رقابة النيابة العامة لعملية الصلح.

المبدأ العام أن النيابة العامة لا تضار بالصلح ولا تستفيد منه، ومع ذلك فهي موجودة في العديد من أنواع القضايا، وتسمى في المسائل الإدارية الطرف المنظم، وهذا الانضمام وجوبي بحكم القانون، ولعل وجود النيابة العامة في الدعاوى المتعلقة بالصفقات العمومية له ما يبرره خاصة وأن عقد الصفقة العامة من أهم ما اهتم به المشرع ونظمه من أعمال الإدارة وهذا للطبيعة الهامة والحساسة لهذا العقد، كونه على اتصال مباشر بالخزينة العامة، ويترجم من خلاله التوجه الاقتصادي والتنموي للدولة وتقوم عليه هيكلها وتجهيزاتها، فكانت ولا تزال دائماً دعاوى ومنازعات الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها تأخذ أكبر حيزاً بين الدعاوى

(1) - أنظر نص المادة 973 من القانون رقم 08-09 ، مرجع سابق .

(2) - عبد الرحمن بريارة ، مرجع سابق ، ص 522.

المعروضة على القضاء وأكثر ما يشار إليه في المنظومة التشريعية، لهذا لا يستغرب وجود النيابة العامة كطرف وكيل عن المجتمع في دعاوى هذا العقد، وإن تمت تسوية النزاع عن طريق الصلح.

2- عن حضور كاتب الضبط عملية الصلح.

جرى العمل القضائي على إسناد مهمة تلقي أقوال المتصالحين لكاتب الضبط لدى الغرفة الإدارية، وهو شخص حيادي ينتمي إلى دار القضاء إذ يفرغ مضمون الصلح في وثيقة يتلقى فيها كاتب الضبط عروض الطرفين وتنزلا تهما وأقوالهما إن حضرا معا أو أقوال أحدهما ويؤشر على غياب الآخر، ثم يوقع كاتب الضبط على المحضر بمعية القاضي والأطراف.

وتجدر الإشارة إلى أن محضر الصلح يخضع للقواعد العامة للإثبات والتي تشمل الأوراق الرسمية فهي حجة بما جاء فيها إلا أن يطعن فيها بالتزوير، لكن محضر الصلح لوحده دون أمر القاضي الإداري بإثباته لتسوية النزاع وغلق الملف لا يكفي ليرتب آثاره في مواجهة الأطراف أي أن محضر الصلح في المواد الإدارية حسب قانون الإجراءات المدنية والإدارية سند غير تنفيذي على عكس الأمر في المواد المدنية .

المطلب الثاني:الوساطة.

لقد كانت الوساطة إحدى خيارات المشرع الجزائري كبديل بل عن عملية التقاضي لتمتعها بجملة من المزايا تتمثل أهمها في:

- توفير الجهد والنفقات والوقت على الخصوم.
- المحافظة على العلاقات السلمية.
- المرونة في الإجراءات.
- تنفيذ الاتفاق رضائيا لأن التسوية من صنع الأطراف فيكونون مستعدين لتنفيذها. (1)

(1)- عبد الرحمن بريارة ، مرجع سابق، ص 524.

الفرع الأول: مفهوم الوساطة.

لقد تم تناول موضوع الوساطة من طرف العددي من العلوم فتحت دراستها كظاهرة أو مهارة اجتماعية، وكاستعداد نفسي لتقديم المساعدة و العون .

وأیضا كآلية قانونية فعالة في تسوية النزاعات الدولية والداخلية بين الأفراد بالإضافة إلى تناولها من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية.⁽¹⁾

أولاً: تعريف الوساطة:

يعرفها المشرع الجزائري في القانون رقم 90-02 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب في المادة 10 منه بأنها « إجراء يتفق بموجبه طرفا الخلاف الجماعي على إسناد مهمة اقتراح تسوية ودية للنزاع إلى شخص من الغير يدعى الوسيط يشتركان في تعيينه»، والملاحظ أن المشرع الفرنسي لم يعرف الوساطة، ولا عرفها المشرع الأردني رغم التجربة الأردنية الرائدة في مجال الوساطة، إذ لم ينص قانون المملكة الأردنية المتعلق بالوساطة لتسوية المنازعات المدنية رقم 12 لسنة 2006 على تعريف يفيد معنى الوساطة.⁽²⁾، وهذا لأن المشرع غالباً ما يترك التعريف للفقهاء أو القضاء وهو ما تبناه المشرع الجزائري من خلال قانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية وقانون الصفقات العمومية رقم 10-236 السالف الذكر.

ثانياً: أطراف الوساطة

ويتمثل أطرافها في الخصوم والوسيط وهذا ما يتضح في الفقرة الثانية من نص المادة 994 .⁽³⁾

(1) - للتوسع أكثر راجع، محمد عقلة خلدون، أحكام الشفاعة (الوساطة والمعاملات) وأثرهما في الحقوق ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2001، ص 50.

(2) - للتوسع أكثر راجع، بشير الصليبي، الحلول البديلة للنزاعات المدنية ، دار وائل للنشر، الأردن ، ص 15.

(3) - أنظر نص المادة 994 من القانون رقم 08-09 ، مرجع سابق .

1- الخصوم:

وهم أطراف النزاع (الخصومة) إذ على الأقل يكون في الوساطة خصمين كما قد تمتد إلى أكثر من ذلك، فلو كان النزاع بين المصلحة المعاقدة كأحد الخصوم، والمتعامل المتعاقد والمتمثل في المقاول أو المورد أو صاحب حق الامتياز كان الطرفين اثنين فقط.

أما لو كان النزاع بين المصلحة المتعاقدة ومجموعة متعاملين متعاقدين لتنفيذ صفقة مجزأة كنا أمام أطراف متعددة للنزاع.

و أما عن أهم ما يجب أن يتوفر فيهم فهو القبول والرضا لإعمال عملية الوساطة وما يترتب عنه من استعداد والعمل على إنجازها وهو ما أفادت به المادة 994 فقرة 2 ، ويترتب على هذا القبول تعيين الوسيط لمباشرة الوساطة وحتى لا تكون مضیعة للوقت .

ومراعاة العنصر الزمني في تنفيذ الصفقات احد أسباب نص قانون الصفقات العمومية الساري المفعول على أعمال الحل الودية كبديل عن عملية التقاضي وهو ما ذهبت إليه المادة 115 من نفس القانون وأوردت كشرط الأعمال الحل الودي أن «..... أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند التنفيذ كلما سمح هذا الحل ب.... التوصل إلى أسرع انجاز لموضوع الصفقة».

2- الوسيط:

الوسيط هو طرف ثالث غير الخصمين يتم تعيينه من القاضي باقتراح منه أو من الخصوم ويمكن من استقراء نص المادتين: 994 فقرة 2 و المادة 997 أن نعرفه بأنه « هو شخص طبيعي أو جمعية يسمى وسيط، يعينه القاضي تسند له عملية الوساطة، بتلقي وجه نظر كل واحد من الخصوم ومحاولة التوفيق بينهم لتمكينهم من إيجاد حل للنزاع»⁽¹⁾.

و يمكننا تمييز ثلاثة أنواع من الوسطاء هم :

الوسيط القضائي(وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في قانون رقم 08-09، لأننا بصدد وساطة قضائية تعمل بمناسبة رفع دعوى)، الوسيط الخاص، الوسيط الإتفاقي و الوسيط المساعد .

(1) - أنظر نصي المادتين: 994 فقرة 2 و 997 من القانون رقم 08-09 ، مرجع سابق .

و نظر لأهمية دور الوسيط في نجاح عملية الوساطة والذي لا يكون فعالا إلا إذا توفرت فيه جملة من المعايير و تجلت فيه مجموعة من الصفات والأخلاقيات. لذا أولت الأنظمة القانونية الرائدة في مجال الوساطة هذه المتطلبات أهمية قصوى واعتمدها تشريعيا. (1)

وهو ما جسده المشرع الجزائري من خلال مواد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المنظم للوساطة حيث أفادت المادة 998 على أن يعين الشخص الطبيعي المكلف بالوساطة من بين الأشخاص المعترف لهم بحسن السلوك والاستقامة. ويجب أن تتوفر فيه شروط معينة وكذلك ضرورة التزام الوسيط بحفظ السر إزاء الغير (2).

وهذه الشروط لها أهمية أكبر إذا تعلق النزاع بصفة عمومية بحيث يجب التركيز على أهمية الصفة وتنفيذها مع ضرورة تجسيدها لمبدأ العلنية لشفافية الإجراءات ، ذلك في جو من الخصوصية ونوع من السرية، أين تصبح مراعاة السرية و الموضوعية مطلوبة بصورة مضاعفة في حالة نزاع بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد، لأن الانحياز لأحد الأطراف من قبل الوسيط أو إنشاءه لأسرار الإدارة المتعاقدة أو الطرف المتعاقد معها أو أن يكون الوسيط مدان بجريمة الرشوة مثلا كجريمة مخلة بالشرف...، فكل ذلك من شأنه أن يكون له نتائج وخيمة على طرفي العملية التعاقدية وحتى في تنفيذ الصفقات إذا كانت الصفة مجزئة مما قد يهدد بفشل المشروع وتبديد المال العام .

الفرع الثاني: التنظيم القانوني للوساطة

وتناولتها المواد من 994 إلى 1005 و الوساطة عكس الصلح، فهي إجراء وجوبي على القاضي القيام بها في الجلسة الأولى عن طريق عرضها على الخصوم. (3)

أولا: الشروط التي تحكم الوساطة.

أحيطت الوساطة بجملة من الشروط الشكلية والموضوعية المتعلقة بالوسيط إضافة إلى ما يتعلق بعملية الوساطة كالمدة ونطاق أعمالها.

(1) - بشير الصليبي ، مرجع سابق، ص175

(2) - أنظر نصي المادتين: 998 و1005 من القانون رقم 08-09 ، مرجع سابق .

(3) - أنظر نصوص المواد: من 994 إلى 1005 ، نفس المرجع .

1- الشروط المتعلقة بالوسيط.

والتي تنقسم كما ذكرنا إلى شروط شكلية أو أخرى موضوعية كالتالي:

أ- الشروط الشكلية.

- أن يصدر تعيين الوسيط في شكل أمر يتضمن تعيينه من القاضي.
- أن يتضمن الأمر تحديد الآجال الأولى الممنوحة للوسيط للقيام بمهمته.
- وأن يتضمن تاريخ رجوع القضية للجلسة.
- وأن يتضمن موافقة الخصوم⁽¹⁾.

ب- الشروط الموضوعية.

وتضمنتها المادتين 997، 998 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وأفادت المادة 997 بأنه: « تسند الوساطة إلى شخص طبيعي كما يمكن أن تسند إلى جمعية، وعندما تسند إلى هذه الأخيرة يقوم رئيسا بتعيين احد أعضائها لتنفيذ الإجراء باسمها ويخطر القاضي بذلك» ويجب أن تتوفر في الشخص الطبيعي المكلف بالوساطة فضلا عن حسن السلوك والاستقامة الشروط التالية:⁽²⁾

- أن لا يكون قد تعرض إلى عقوبة جريمة مخلة بالشرف.
- أن لا يكون ممنوعا من ممارسة حقوقه المدنية.
- أن يكون مؤهلا بالنظر في المنازعة المعروضة عليه.
- أن يكون محايدا ومستقلا في ممارسة الوساطة.

هذا وقد نصت المادة 998 المتضمنة كيفية تعيين الوسيط وشروطه على أن كفاءات تطبيقها ستحدد لاحقا عن طريق التنظيم.

(1) - انظر نص المادة 999 من القانون رقم 08-09 ، مرجع سابق .

(2) - انظر نص المادة 998 ، نفس المرجع .

2- الشروط المتعلقة بمدّة ونطاق الوساطة.

حدد المشرع مدة الوساطة بثلاثة أشهر قابلة للتجديد لنفس المدة ولمرة واحدة فقط بطلب من الوسيط إذا اقتضى عمله ذلك، شرط موافقة الخصوم إلا أن التمديد يبقى محض سلطة تقديرية للقاضي،⁽¹⁾ أما عن نطاقها فهو يتحدد من جانبين:

- جانب نوع النزاع القائم حيث استثنت فقط قضايا الأسرة والقضايا العمالية من نطاق أعمال الوساطة على اعتبار إن لها إجراءات خاصة بها وأيضا نصت على عدم جوازها في كل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام⁽²⁾ مما يفيد أن الوساطة في غير هذه المواد جائزة ومن بينها مادة العقود الإدارية بوجه عام ومادة الصفقات العمومية على وجه الخصوص.

- والجانب الآخر لنطاق الوساطة هو مدى امتدادها لكامل عناصر النزاع لو فقط لجزء منه تنصب عليه.⁽³⁾

ثانيا: رقابة القاضي على عملية الوساطة.

يمكن للقاضي في أي وقت إنهاء الوساطة بطلب من الوسيط أو من الخصوم، كما يمكن له إنهاؤها تلقائيا إذا تبين له استحالة السير الحسن لها.⁽⁴⁾

ويجب في جميع الحالات التي ينتهي فيها القاضي عملية الوساطة أن ترجع القضية إلى الجلسة ويستدعى الوسيط والخصوم عن طريق أمانة الضبط، ويجب أن ترجع القضية للجدول بالتاريخ المحدد لها مسبقا من قبل القاضي.⁽⁵⁾

كما يبسط القاضي رقابته على أعمال الوسيط وإجراء الوساطة في كل مراحلها، ففي المرحلة التمهيديّة من الوساطة للقاضي سلطة المبادرة بعرضها على الخصوم وتكييف نوع

(1) - أنظر نص المادة 996 من القانون رقم 08-09 ، مرجع سابق .

(2) - انظر نص المادة 994 ، نفس المرجع .

(3) - أنظر نص المادة 995 ، نفس المرجع .

(4) - أنظر نص المادة 1002 ، نفس المرجع .

(5) - أنظر نص المادة 1003 ، نفس المرجع .

النزاع ، وفيما إذا كان ضمن الاستثناءات الواردة على أعمال الوساطة أم لا ، ثم تعيين الوسيط وتحديد مدة الوساطة. (1)

ثم تأتي مرحلة المفاوضات والتي تبدأ بمجرد نطق القاضي بالأمر المتضمن تعيين الوسيط أين يقوم أمين الضبط بتبليغ نسخة منه للخصوم ونسخة للوسيط الذي يخطر القاضي بقبوله مهمة الوساطة دون تأخير ويدعوا الخصوم إلى أول لقاء للوساطة. (2)

وفي هذه المرحلة يجوز للوسيط بعد موافقة الخصوم سماع كل شخص يقبل ذلك ويرى في سماعه فائدة لتسوية النزاع، ويخطر القاضي بكل الصعوبات التي تعرضه في مهمته (3).
ليتم اختتام الوساطة أيضا تحت رقابة القاضي حيث يخبره الوسيط بانتهاء مهمته كتابيا وبما توصل إليه الخصوم من اتفاق أو عدمه.

وبعد أن يحرر الوسيط محضر يضمنه محتوى الاتفاق ويوقعه والخصوم، ترجع القضية أما القاضي في التاريخ المحدد لها مسبقا، ليقوم القاضي بالمصادقة على المحضر المتفق فيه بموجب أمر غير قابل لأي طعن. (4)

ثالثا: تميز الوساطة عن الصلح في القانون الإجراءات المدنية والإدارية

رغم أن الصلح والوساطة جمعها باب واحد في القانون رقم 08-09 في حين خصص للتحكم باب منتقل عنها إلا أنها يختلفان في الكثير من العناصر المميزة لكل منها كما سيتم بيانه فرغم أنها يشتركان في إن عمل منهما منهي للخصومة، ولهما نفس الحجية في مواجهة الأطراف والغير، وأنهما يضيفان كلاهما ضمن الآليات الودية لفض النزاع ورغم التشابه الكبير بينهما من الناحية العملية من حيث الإيرادات والمراحل فهما يختلفان في النقاط التالية:

(1) - أنظر نصوص المواد من 994 إلى 996 من القانون رقم 08-09 ، مرجع سابق .

(2) - أنظر نص المادة 1000 ، نفس المرجع .

(3) - أنظر نص المادة 1001 ، نفس المرجع .

(4) - أنظر نصي المادتين: 1003،1004 ، نفس المرجع .

-الوساطة مقيدة بمدة ثلاثة أشهر قابلة لتجديد لنفس المدة ولمرة واحد فقط وبشروط، أما الصلح فهو غير محدد المدة على الأقل من الناحية القانونية وبذلك يمكن إعماله في أي مرحلة تكون عليها الدعوى. (1)

-يتم عرض الوساطة على الخصوم في الجلسة الأولى أما الصلح فيمكن إعماله في أي مرحلة تكون عليها الدعوى. (2)

-الوساطة قد تستغرق كل موضع النزاع أو جزء منه فقط على عكس الصلح الذي يشمل كل موضوع النزاع. (3)

-الوساطة تثبت في محضر يصادق عليه القاضي بوضع هذا المحضر الوسيط والخصوم أما الصلح فيثبت في محضر عليه بالإضافة إلى القاضي الخصوم أمين الضبط. (4)

المطلب الثالث : التحكيم

التحكيم هو الطريق البديل الثالث لحل نزاعات الصفقات العمومية أدرج ضمن الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية مع الصلح والوساطة المعنون بـ "الطرق البديلة لحل النزاعات"، ويعمل التحكيم خارج مرفق القضاء ودون تدخل من القاضي شريطة أن لا يتعارض حكم التحكيم مع حكم قضائي سابق في موضوع النزاع ،واللجوء إلى التحكيم يتم بفرض الفصل في النزاع من طرف أشخاص طبيعيين أو معنويين من ذوي المعرفة الفنية مع توفير الجهد والوقت، والتحكيم أكثر الآليات فعالية في مجال الصفقات العمومية، خاصة لترشيد المال العام وكسب الوقت لضمان سير المرفق العام وتلبية الحاجات العامة من قبل الإدارة (المصلحة المتعاقدة). ومن هنا نتساءل ما المقصود بالتحكيم كآلية لفض نزاعات الصفقات العمومية؟ ، وكيف تم تنظيمه على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية؟ .

(1) - أنظر نصوص المواد : 996، 990، 972 من القانون رقم 08-09 ، مرجع سابق .

(2) - أنظر نصي المادتين: 994، 971 ، نفس المرجع .

(3) - أنظر نصي المادتين: 995، 970 ، نفس المرجع .

(4) - أنظر نصي المادتين: 1004، 973 ، نفس المرجع .

يؤمن التحكيم الحلول العملية للخصوم وفق عدد من الخصائص كالسرية والعدالة والسرعة والتخصص وقلة النفقات وهو ما يتوافق ومضمون قانون الصفقات العمومية الذي نظم الصفقة العامة كعقد تحقق من خلاله الإدارة المتعاقدة، المصلحة العامة وترشيد المال العام.

الفرع الأول: مفهوم التحكيم:

التحكيم اصطلاح عام تقترن به مسميات فرعية فيختلف معناه بحسب نوع المنازعة التي يراد حسمها عن طريقه فاذا كانت منازعة تجارية سمي بالتحكيم التجاري أو التحكيم الدولي، أو التحكيم الإداري... وهكذا .

أولاً: تعريف التحكيم في مجال الصفقات العمومية:

ويمكن تعريفه: بأنه وسيلة قانونية تلجأ إليها الدولة أو احد الأشخاص المعنوية العامة الأخرى لتسوية كل أو بعض المنازعات الناشئة عن علاقاتها القانونية ذات الطابع الإداري عقدي كانت أم غير عقدي فيما بينها، أو بينها وبين أحد أشخاص القانون الخاص الوطنية أو الأجنبية. (1)

فالمشرع الجزائري لم يتعرض لتعريف التحكيم في المادة الإدارية عامة ولا في مجال الصفقات العمومية على وجه الخصوص تاركاً ذلك للفقهاء والقضاء. و يتميز التحكيم بجملة من الخصائص تبرر اللجوء إليه واعتماده كبديل عن القضاء لتسوية منازعات الصفقات العمومية نذكر أهمها في:

- بساطة الإجراءات وسرعة الوصول إلى تسوية الخلافات ، السرية، اختيار أطراف النزاع للمحكمن فيختار أكثر المحكمن كفاءة وتخصصاً وثقة الأطراف فيهم. (2)

(1) - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية ، دار الفكر الجامعي، مصر ، 2006، ص 14.

(2) - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، نفس المرجع ، ص 20.

ثانيا: تميز التحكيم في الصفقات العمومية عن غيره من المصطلحات المشابهة:

تحسم النزاعات بغض النظر عن نوعها. إما صلحا و إما وساطة أو عن طريق التحكيم وينطبق هذا المبدأ العام على منازعات الصفقات العمومية.

1- تميز التحكيم في منازعات الصفقات العمومية عن القضاء الإداري. يختلفان من حيث:

أ- طبيعة كلا منها إذ لكل منها خصائص تختلف عن الآخر من حيث المصدر والشكل. (1)

ب- أيضا من حيث تدخل إرادة الأطراف في كمال كلا منها.

ج- من ناحية وضع القاضي تجاه الأطراف المتنازعة

د- من حيث الإجراءات، سرعتها، بساطتها... .

أيضا يختلفان من حيث الموضوع، وكذلك من حيث الغاية والوسيلة المتبعة في تحقيقها.

2- تميز التحكيم عن الصلح والوساطة في مادة الصفقات العمومية. ويختلفان من حيث:

أ- إلزامية القرار الصادر وحجية في مواجهة الأطراف بالنسبة للتحكيم لأنه بمثابة قضاء بمجرد

صدوره عكس اتفاق الصلح أو الوساطة والذي لا يكون نافذا إلا بصدور أمر القاضي. (2)

ب- التحكيم يحسم النزاع لصالح أحد الطرفين في الصفقة عكس الصلح الذي يقتضي بطبيعته

التنازل المتبادل بين طرفي الصفقة المتنازعين عن جزء من الحق المطالب به. (3)

ج- الحكم التحكيمي قابل للطعن بالطرق المقررة قانونا على عكس اتفاق الصلح

أو الوساطة. (4)

د- طبيعة العمل الذي يقوم به المحكم يختلف عما يقوم الوسيط التي يقتصر دوره في تقريب

وجهات النظر فقط.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم:

ترددت آراء الفقه المقارن بين ثلاث نظريات كالتالي:

(1) - أحمد بلقاسم ، التحكيم الدولي، دار هومة للطباعة ، الجزائر، 2006، ص 35.

(2) - أنظر نصوص المواد: 973، 992، 1031 من قانون رقم 09-08، مرجع سابق .

(3) - محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم وتمييزه عن المصالح والوكالة والخبرة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2002، ص 140.

(4) - أنظر نص المادتين: 1032، 973 من قانون رقم 09-08، نفس المرجع .

أولاً: تأصيل الطبيعة القانونية للتحكيم

1- النظرية التعاقدية: ومفادها أن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية وليست قضائية لأن أساسه إرادة الأطراف في التصالح حيث يتفقون ضمناً على التنازل عن الدعوى وبمجرد اتفاقهم على التحكيم فيخولون المحكم سلطة مصدرها إرادتهم الخاصة وليست قضائية، وإن كان هذا لا يظهر في الصفقات الوطنية فإنه يتجلى في الصفقة الدولية والتي يلجأ أطرافها المتنازعين إلى التحكيم للتححرر من سلطة القضاء وتنازع القوانين بين الطرفين الأجبيين.

2- نظرية الطبيعة القضائية للتحكيم:

ومفادها أن اتفاق أطراف الصفقة على التحكيم لا يعني تنازلهم عن اللجوء إلى القضاء وإنما يتنازلون عن اللجوء إلى القانون الرسمي لصالح قضاء آخر يختارون فيه قضاءهم وهو ما تعترف به الدولة كنوع من أنواع القضاء البديل.⁽¹⁾

3- النظرية المختلطة: لأن القانون يخول الأفراد اختيار المحكم وهذا يخضع لإدارة الأطراف مثل اتفاق العقد، وفي نفس الوقت المحكمين المختارين ليس لهم ولاية القضاء لا أصلاً ولا تفويضاً من الدولة فهي لا تكون إلا للقاضي الذي يطبق إرادة القانون ويصدر الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي.⁽²⁾

4- التحكيم ذو طبيعة قضائية مستقلة وخاصة: كونه نظام قضائي استثنائي يختلف عن القضاء وموازي له في نفس الوقت فإن كان مصدر التحكيم هو العقد فهو بعد الاتفاق يخرج من هذا المفهوم لينصب في النظام الإجرائي لقانون المرافعات.⁽³⁾

ثانياً : أنواع التحكيم

قبل التطرق إلى أنواع التحكيم نشير إلى أنه يتم اللجوء إلى التحكيم في حالتين:

(1) - يعتبر التحكيم نوع من أنواع القضاء لأن وظيفة المحكم كوظيفة القاضي فكلاهما يفصل في النزاع، والإجراءات أمام المحكم تعتبر إجراءات قضائية لأنها منظمة قانوناً وواجبة الإلتزام كما أن الحكم الصادر ذو طبيعة قضائية.

(2) - أحمد أبو الوفا ، عقد التحكيم ولجرائه، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، 2007، ص 227.

(3) - حسن النيداني الأنصاري ، مرجع سابق ، ص 24.

الحالة الأولى: يسمى فيها الاتفاق على التحكيم "شرط التحكيم" والذي عرفته المادة 1007 من القانون رقم 08-09 بأنه: « شرط التحكيم هو الإتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم ». (1) فشرط التحكيم إذا ما تعلق بنزاع محتمل أي سابق على وقوع النزاع. **والحالة الثانية:** يسمى فيها الاتفاق على التحكيم "مشاركة التحكيم"، وفي هذه الصورة يتم الاتفاق بين الأطراف ذوي الشأن بعد نشأة النزاع بينهم والمراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم. (2)

أما عن أنواع التحكيم فهو يتنوع إلى ما يلي:

1- التحكيم الإجباري والاختياري.

وأساس هذا التصنيف هو حرية الأطراف أو تقييدهم باللجوء إلى التحكيم، بحيث يكون اختياريا متى كان للخصوم الخيار في أعماله من عدمه، ويكون إجباريا متى كان الخصوم ملزمين باللجوء إلى التحكيم بنص القانون وهو الاستثناء لأن الأصل أن أعمال التحكيم رهن بإرادة الأطراف. (3) ، وفي مجال الصفقات العمومية يكون اللجوء إلى التحكيم إجباريا غالبا في الصفقات الدولية إذا نص اتفاقية التعاون أو الاستثمار على ذلك.

2- التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي.

وأساس هذا التصنيف هو طبيعة القائم على إجراءات التحكيم فمتى كانت إجراءات التحكيم من مدد ومواعيد ورد المحكمين وتعيينهم من سلطة الأطراف المتنازعة كان التحكيم حرا، ومتى خضعت هذه الإجراءات لسلطة جهة أخرى غير الخصوم كمؤسسة أو هيئة أو منظمة أو جمعية تنشأ للقيام بالتحكيم ، وبموجب نظامها تتحد الإجراءات والمهل وتعيين المحكمين وردهم وعزلهم وغيرها من الإجراءات كان التحكيم مؤسسي.

(1) - أنظر نصي المادتين : 1006 و 1007 من قانون رقم 08-09 ، مرجع سابق .

(2) - محمود السيد عمر التحيوي ، مرجع سابق ، ص 140.

(3) - حق التقاضي أمام القضاء في الدولة هو مبدأ مكفول دستوريا كأحد الحقوق الطبيعية الأساسية وفي التحكيم الإجباري مصادرة لهذا الحق حتى وإن كان القضاء يراقب التحكيم لذلك فهو

استثناء على المبدأ العام في التحكيم وهو الجواز .

3- التحكيم المقيد والتحكيم بالصلح.

وأساس هذا التصنيف هي القواعد القانونية التي تم بموجبها الفصل في النزاع فمتى كان المحكم مقيد بقانون معين يطبقه على الخصومة سمي التحكيم بالتحكيم المقيد أو التحكيم البسيط،⁽¹⁾ أما إذا لم تتقيد هيئة التحكيم بإحكام القانون عند الفصل في النزاع وإنما يتم الفصل على أساس ما تتحقق به العدالة سمي عندها التحكيم : تحكيم بالصلح.

4- التحكيم الخارجي والتحكيم الداخلي.

وفي هذا التصنيف تعددت المعايير التي على أساسها يصنف التحكيم خارجي أو داخلي فمن الدول من يعتمد معيار جنسية الأطراف، ومنهم من يعتمد معيار جغرافي انطلاقاً من موطن الأطراف (داخل أو خارج إقليم الدولة) وهناك من يعتمد معيار تشريعي حين يـُكيف القانون نوعاً من العقود أو المجالات على أنها نطاق للتحكيم الدولي.

وهو ما تبناه المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، حيث أفادت المادة 1039 منه على أن التحكيم يعد دولياً إذا كان يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل.⁽²⁾

ومفهوم النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية نصت المادة السابقة الذكر يسري على عقود الصفقات العمومية، فإذا كان موضوع الصفقة العامة متعلق بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل فإن التحكيم المعمول به في حالة نزاع بين أطرافها يكون تحكيم دولياً.

الفرع الثالث: النظام القانوني للتحكيم في الصفقات العمومية:

يستند أعمال التحكيم في الصفقات العمومية إلى المادة 115 من قانون الصفقات العمومية رقم 10-236 الساري المفعول حيث نصت على ما يلي: «تسري النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام أن تبحث على حل ودي للنزاعات...».

(1) - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية ، مرجع سابق ، ص 31.

(2) - أنظر نص المادة 1039 من قانون رقم 08-09 ، مرجع سابق .

كما يجد أساسه أيضا في المادة 75 من القانون رقم 08-09 حيث نصت على :
 «لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه⁽¹⁾، أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادفت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية». يتضح من استقراء نص المادة الأخيرة أنه إذا كان أحد أطراف الصفقة العامة المبرمة واحد من الأشخاص المعنوية العامة الوارد ذكرهم في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على سبيل الحصر أمكنها إعمال التحكيم في النزاع القائم أثناء تنفيذ الصفقة. ومنه فإن المشرع الجزائري أجاز إعمال التحكيم بصراحة النص، بل وألزم به المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية على سبيل التحديد. والتحكيم يرتكز على أساس إرادة الخصوم وإقرار المشرع لهذه الإرادة فيبدأ بعقد يتمثل في اتفاق التحكيم وينتهي بحكم تحكيمي.⁽²⁾

أولا: انعقاد التحكيم في منازعات الصفقات العمومية.

ينعقد التحكيم إذا اتجهت إرادة الأفراد واتفقوا على إعمال التحكيم في شكل اتفاق يسمى اتفاق التحكيم.

1- مفهوم اتفاق التحكيم.

اتفاق التحكيم هو مصدر سلطة المحكمين إذ لا يعرض النزاع عليهم إلا باتفاق ذوي الشأن اتفاق صريحا على الفصل فيه وهذا الاتفاق يندرج تحت طائلة العقود لأنه ينعقد بتوافر إرادتي الأطراف المتنازعة واتجاهها لأعمال التحكيم، فهو ذو طبيعة عقدية. والمشرع الجزائري عرف التحكيم بصورتيه، والصورة الأسبق ظهورا هي شرط التحكيم، بمقتضى المادة 1007 من قانون رقم (08-09)⁽³⁾، فيكون هذا الشرط الذي يتفق بمقتضاه متعاقدي الصفقة العامة مسبقا في بنود معينة على عرض النزاعات التي قد تنشأ بينهم على محكمين، فشرط التحكيم متعلق بنزاع محتمل وذو طبيعة غير محددة.

(1) - أنظر نص المادة 800 من القانون رقم 08-09 ، مرجع سابق .

(2) - عبد الرحمن بريارة ، مرجع سابق، ص 535.

(3) - أنظر نص المادة 1007 ، نفس المرجع .

أما الصورة الثانية فنصت عليها المادة 1011 من قانون رقم (08-09) (1). صراحة وهي اتفاق بين الأطراف بمناسبة نزاع معين قائم يلتزمون بمقتضاه بعرض هذا النزاع على المحكم. ونلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ بمصطلح اتفاق التحكيم على غرار أغلب التشريعات التي منحتها تسمية المشاركة، وتفسير ذلك أنه اعتبر هذه الصورة «اتفاق التحكيم أو المشاركة» عقدا ينفصل عن العقد الأصلي أي أنها اتفاق جديد، أما الصورة الأولى «شرط التحكيم» فهي ضمن بنود العقد الأصلي دون الحاجة لعقد آخر، وهذا ما يبرز فائدة اتفاق التحكيم في حالة عدم إدراج الأطراف شرط التحكيم عند إبرام الاتفاق الأصلي فيتم فض النزاع عن طريقه.

2- شروط التحكيم.

نظرا لأهميته وضع المشرع شروط صارمة لصحته تتمثل في:

1- الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم: وتتلخص في:

أ- تعيين المحكمين:

اشترط المشرع الجزائري تعيين أو تبيان كيفية تعيين المحكمين من قبل أطراف النزاع حسب الاتفاق القائم بينهم، وللمحكم المعين حق رفض المهمة المسندة إليه حسب مفهوم المادتين 1012، 1015 من القانون رقم 08-09 (2)، واعتبر المشرع الجزائري أمر تعيين المحكمين أمر جوهري يترتب على مخالفته البطلان حسب نص المادة 1008 فقرة 2 من القانون رقم 08-09، فهو ليس أمر جوازي، و يعد شرط لصحة الاتفاق. وبالتالي يترتب على عدم تعيين المحكمين في صورة الشرط البطلان النسبي حسب ما أفادت به المادة 1009 من قانون رقم 08-09، وعند عدم التعيين يعينه رئيس المحكمة الإدارية المختصة ويصرح بأوجه التعيين. (3)

(1) - أنظر نص المادة 1011 من القانون رقم 08-09، مرجع سابق

(2) - أنظر نصي المادتين: 1012 و 1015، نفس المرجع .

(3) - أنظر نص المادة 1009، نفس المرجع .

أما عن انتهاء مهام المحكمين فهو: إما بالعزل من أحد الأطراف أو عن طريق الرد بعد تعيينهم وقبل بدء مهامهم حسب المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.⁽¹⁾ وعدد المحكمين حسب المادة 1017 من قانون رقم 08-09 ، يجب أن يكون وترا، وهذا ما تذهب إليه أغلب التشريعات، ويعتمد العدد الوتري رغبة في الوصول إلى حل النزاع التحكيمي في حالة انقسام الآراء، وهو أيضا ما تبناه المشرع المصري في الفقرة الثانية من المادة 155 من قانون التحكيم المصري.⁽²⁾

ب- شرط الكتابة وتاريخ التحكيم.

الكتابة شرط لازم لصحة الاتفاق سواء كانت الكتابة في الاتفاقية الأصلية أو الاتفاقية المسندة إليها، وهذا ما أفادت به المادتين: 1012، 1008 في فقرتهما الأولى من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.⁽³⁾

ج- شرط تعيين موضوع النزاع.

وهذا ما نصت عليه المادة 1010 من قانون رقم 08-09 ، بمبادرة المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها، أو من الطرف الذي يهمل الأمر منها.⁽⁴⁾

2- الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم وهي الشروط الآتية:

أ- شروط الأهلية: اتفاق التحكيم هو تطابق إرادتي الخصمين بالإيجاب والقبول على ما جاء في اتفاق التحكيم ولا يكون هذا صحيحا إلا إذا صدر من ذي أهلية.

- أهلية المصلحة المتعاقدة: باعتبارها شخص معنوي عام يتقيد لجوءها إلى وسيلة التحكيم بقيد إجرائي يتمثل في موافقة أشخاص القانون العام الموضحة في المادة 976 (08-09)⁽⁵⁾ . إذا تعلق التحكيم بالدولة، أما فيها يخص الولاية والبلدية أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة

(1)- أنظر نص المادة 1016 من القانون رقم 08-09 ، مرجع سابق .

(2)- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، التحكيم في العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 34 .

(3)- أنظر نصي المادتين : 1012 و 1008 ، نفس المرجع .

(4)- أنظر نصي المادتين : 1010 و 1012 ، نفس المرجع .

(5)- أنظر نص المادة 976 من قانون رقم 08-09 ، مرجع سابق .

الإدارية فيتم اللجوء إلى التحكيم على التوالي بمبادرة من الوالي، رئيس المجلس الشعبي البلدي، الممثل القانوني أو السلطة الوصية التي يتبعها، فيكتسب بذلك الشخص المعنوي العام أهليته من عقد إنشاءه أو بنص صريح.

- أهلية المتعامل المتعاقد، كطرف ثاني في التحكيم سواء كان شخص طبيعي أو شخص معنوي وطني أو أجنبي يجوز له أعمال التحكيم متى توفر فيه أهلية التقاضي أو أهلية الالتزام حسب المادة 1006 فقرة 2 من القانون رقم (09-08)⁽¹⁾

أهلية الوكيل: ويكون للوكيل فقط أهلية الإدارة باعتباره شخص يخول القدرة على تنفيذ العقود الإدارية فقط دون أهلية التصرف ، وعليه لا بد من وكالة خاصة يذكر فيها التفويض صراحة بإبرام اتفاق التحكيم، ويشترط أن تكون الوكالة مكتوبة، وإذا خرج الوكيل عن حدود وكالته يكون للأصيل وحدة حق التمسك بالبطلان.

ب- شرط المحل: المحل هو الخلاف أو النزاع القائم بين طرفي الصفقة العامة حول موضوعها ويشترط في المحل أن لا يكون موضوعه مخالف للتحكيم، ولكي ينعقد التحكيم يجب أن يكون موضوعه موجودا بالفعل وبمناسبة نزاع قائم المادة حسب 1011 أو يوجد مستقبلا عند حدوث النزاع حسب المادة 1007 من قانون رقم (09-08).⁽²⁾

ثانيا : تفسير اتفاق التحكيم

يقصد بتفسير العقد التحكيمي استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين المتنازعين والذي يقع على عاتق المحكم، ذلك أن المشرع لم يوجب عبارات محددة ترد في الاتفاق في نظام التحكيم بصورتيه، فإما أن ترد عباراته واضحة في دلالتها فلا تثار أية مشكلة لتفسيرها، ولما أن ترد غامضة تستلزم الحاجة لذلك. ويترتب على اتفاق التحكيم بصورتيه آثار إجرائية أحدها سلبية والآخر ايجابي، حيث يتمثل الأثر الإيجابي في التزام أطراف الاتفاق بعرض المنازعة على التحكيم وهو ما يترتب الأثر السلبي بعدم جواز التجاء الأطراف إلى القضاء العام وامتناع هذا

(1) - أنظر نص المادة 1006 من القانون رقم 09-08 ، مرجع سابق .

(2) - أنظر نصي المادتين : 1007 و 1011 ، نفس المرجع .

الأخير من النظر في المنازعة المتفق بخصوصها على التحكيم، ومنه لا يجوز لأحدهما عزل المحكم واللجوء إلى القضاء بنزاعه منفردا إلا بتراضي الطرفين المتخاصمين واتفاقهم من جديد بالاتفاق المتبادل بعدم إعمال التحكيم.

ثالثا: نسبية آثار التحكيم.

اتفاق التحكيم كأبي عقد لا يرتب آثاره إلا بين طرفيه، فتستند آثار اتفاق التحكيم إلى طبيعته الخاصة والاستثنائية والمتمثلة في إخراج طائفة محددة من المنازعات من ولاية قضاء الدولة إلى محكمة التحكيم للفصل فيها، وبما أن موضوعنا هو التحكيم في الصفقة العمومية، فإنه بالنسبة للمصلحة المتعاقدة كطرف للصفقة لا يمكن للحديث عن الخلف العام، والخلف الخاص، والشريك المتضامن بدلا عنها باعتبارها تمثل جهة الدولة التي تبقى قائمة بنفسها على الدوام بتغيير أو موت أو استبدال ممثليها المنصوص عليهم في المادة 176 من قانون رقم 08-09⁽¹⁾ لا يعني امتداد أثر اتفاقهم على التحكيم إلى خلفائهم، أما المتعامل المتعاقد باعتباره قد يمثل أشخاص طبيعية أو معنوية يلتزمون بمقتضى الصفقة العامة، فرادى أو مشتركين متضامنين فيشترط أن تساهم إرادتهم في تكوين الاتفاق مما يستلزم توقيعه بصفتهم الشخصية أو وكيلهم الخاص غير أن المادة 1024 من قانون رقم (08-09) نصت على أنه بموت أحد أطراف العقد ينتهي التحكيم لكن هذا النص لم يوضح إذا كان اثر اتفاق التحكيم يسري في مواجهة الخلف العام أو الخلف الخاص أو الشركاء.⁽²⁾

رابعا: الخصومة التحكيمية.

نظم القانون الخصومة التحكيمية باعتبار أن التحكيم هو المنهج في تحقيق العدالة شأنه شأن القضاء العام في الدولة، فنص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على بعض الأحكام الخاصة بالأعمال الإجرائية في خصومة التحكيم.

(1)-أنظر نص المادة 176 من قانون رقم 08-09 ، مرجع سابق .

(2)- أنظر نص المادة 1024 ، نفس المرجع .

1- العمل الإجرائي في التحكيم: بمقتضى المادة 1019 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "تطبق على الخصومة التحكيمية الأوضاع والآجال المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك." ، وتتم كما يلي:

أ- تقديم الطلب: الذي يقدم أمام محكمة التحكيم وإيداع الوثائق والمذكرات من قبل المدعي (المحكم) ويتم التبليغ الرسمي للمدعي عليه (الخصوم) وتوقع هذه الطلبات من قبل الممثل القانوني للدولة إذا كانت هي المصلحة المتعاقدة كطرف بالصفقة والخصومة كشخص معنوي عام لما نصت عليه المواد 976، 928 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية. وقد حددت المادة 15 من قانون رقم 08-09 بيانات الطلب. (1)

ب- مكان التحكيم ولغته: يجوز أن يجرى في أي مكان يتفق عليه الخصوم والا تحدد هيئة التحكيم المكان الأنسب لظروف الدعوى وملائمة المكان لأطرافها، أما عن اللغة فقد ألزمت المادة 8 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن تكون لغة الإجراءات في العرائض والمذكرات باللغة العربية. (2)

2- الهيكل الإجرائي:

تبدأ الإجراءات منذ تسلّم المدعي عليه طلب التحكيم الذي يحرر كتابيا بورقة تسلّم إليه لو تعلن له وفقا للمادة 09 من قانون رقم 08-09 ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.

1- الجلسات: تسهّلا للإجراءات لا بد من أن تجري جلسات تمهيدية كإجراءات منظمة لعملية التحكيم قبل البدء في جلسات المرافعة التحكيمية.

أ- الجلسات التمهيدية: ويتم فيها توضيح لغة التحكيم ومواعيده وأماكن الجلسات وتحديد أدلة الإثبات التي تقدم في التحكيم، بالإضافة إلى مواعيد تقديم بيان الدعوى ودفاع كلا الطرفين فيها.

(1) - أنظر نص المادة 15 من القانون رقم 08-09 ، مرجع سابق .

(2) - أنظر نص المادة 08 ، نفس المرجع .

ب- **جلسات المرافعة:** بعد استنفاد إجراءات الطلبات ووجود كل البيانات المتفق عليها من الأطراف تبدأ جلسات المرافعة، وتطبق قواعد الحضور والغياب المنصوص عليه في المادة 1019 فيما يخص الأطراف ما لم يتفق على خلاف ذلك، بمعنى أن هيئة التحكيم بغياب الأطراف تستكمل إجراءاتها معتمدة في ذلك على الوقائع والأدلة الإثباتية، لكن إن لم يكن هناك اتفاق معين، تعود المحكمة التحكيمية للقواعد والأحكام العامة فيلزم هنا أن يكون التكليف بالحضور على شكل وبيانات محددة كما حددتها المواد 18، 20 (09-08).⁽¹⁾

أما فيما يخص حضور المحكمين فقد ألزم المشرع الجزائري جميع المحكمين بالحضور، وفق المادة 1020 من قانون رقم 09-08⁽²⁾، إذ تنجز محاضر التحكيم وأعمال التحقيق من قبل جميع المحكمين إلا إذا اتفق الطرفان على ندب أحدهم للقيام بذلك.

ج- **الإثبات في الخصومة:** يرجع الإثبات في التحكيم إلى وسائل الإثبات في القواعد العامة المعمول بها في قضاء الدولة، إلا أن المحكم قد لا يطبق وسائل الإثبات كما هي بل قد يديرها بما يتلاءم مع أوضاع وظروف كل قضية، دون أن تكون له سلطة وحرية مطلقة بحيث لا يخرج عن المبادئ العامة، وتتمثل هذه الوسائل للإثبات في ندب الخبرة، الأدلة الكتابية المعاينة، شهادة الشهود .

3- حسم النزاع ونهاية الخصومة

تلزم محكمة التحكيم بنظر المنازعة والفصل في موضوعها وإذا حكمت في الموضوع الذي تختص بنظره دون الالتزام بأعمال التحقيق والمحاضر المكلفة بإرسائها لأجل فض النزاع، ولو باتفاق من الأطراف تعرض قرارها للبطلان وكان منعدا لا يحوز أية حجية.

(1) - أنظر نصي المادتين: 18 و 20 من قانون رقم 09-08 ، مرجع سابق .

(2) - أنظر المادة 1020 ، نفس المرجع .

أ- طبيعة أعمال الخصومة: لا تعدوا أن تكون أعمالها أثناء عملياتها الإجرائية التحقيقية عملا إداريا لا قضائيا لأن عمل المحكمين لا يصدر في خصومة حقيقية وذلك لكون محكمة التحكيم لا تستطيع الحكم بعدم الاختصاص ولا تملك سوى إحالة النزاع إلى المحكمة المختصة. لكن المشرع من خلال ما سبق يعتبر هذه الأعمال قضائية متخصصة كونها تصدر أحكام في طلب قضائي متخذة إجراءات الإثبات إضافة إلى كون ما يصدر عنها هو حسم للمنازعة في صورة حكم.

ب- إصدار وتنفيذ حكم التحكيم

حكم التحكيم في مجال الصفقة العامة يخضع لأحكام وقواعد خاصة حددها المشرع في تحرير حكم التحكيم والآثار المترتبة على هذا الحكم.

1-إصدار حكم التحكيم: بعد الانتهاء من تبادل المذكرات والمستندات والتحقيق في الدعوى تأمر هيئة التحكيم بعد سماع المرافعات بحجز الدعوى للحكم صراحة أو ضمنا بتحديد جلسة للنطق بالحكم بعد المداولة وإجراء التصويت.

وإذا عين أطراف النزاع محكما واحدا فلا داعي للمداولة ولا للتصويت فحكمه هو الفاصل، وفق للقواعد القانونية، أما إذ عين الأطراف عدة محكمين وتتشكل محكمة التحكيم تلزم مشاركتهم جميعا في إصدار الحكم عن طريق المداولة ويصدر الحكم مستوفى البيانات المنصوص عليها. (1)

وقد نصت المادة 1028 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على هذه البيانات أما مضمونه فقد تم النص عليه في المادة 1027 من نفس القانون⁽²⁾، كما اشترطت نفس المادة الأخيرة أن يكون الحكم مسببا في فقرتها الثانية، لأن تسبيب وتأريخ الأحكام من أهم الضمانات في التقاضي، فهم ضمانه أحسن لأداء المحكمين لمهمتهم والتحقق من حسن إستيعابهم لوقائع

(1) - أحمد أبو الوفا ، مرجع سابق ، ص 40.

(2) - أنظر نصي المادتين : 1027فقرة 2 و 1028 من قانون رقم 08-09 ، مرجع سابق .

النزاع ودفاع الخصوم ومدد وأجال عملية التحكيم بالإضافة إلى تحديد الوقت الذي تسرى فيه آثار الحكم.

2- آثار حكم التحكيم:

بعد صدور الحكم من البديهي أن يعلن ويودع وفقا لقواعد إعلان أوراق المحضرين فبمجرد صدوره يجوز حجية الأمر المقضي فيه مما يرتب آثار على:

- **حيازة حجية الشيء المقضي به:** تخرج الخصومة من ولاية المحكمين بمجرد صدور حكم التحكيم أي عند الفصل في النزاع، بمعنى حتى وإن لم يتم ميعاد التحكيم (04 أشهر) فإنه بصدوره يكون حائزا على قوة الشيء المقضي فيه وتكون هذه الحجية حتى وإن كان الحكم قابلا لدعوى بطلان أو كان لم يصدر أمرا بتنفيذه.

وحجية أحكام المحكمين تتعلق بحماية المصلحة الخاصة، وتبقى هذه الحجية على أطراف التحكيم فقط فلا يحتج بأحكام التحكيم حسب نص المادة 1038 من قانون رقم 08-09 على من لم يكن طرفا في الخصومة التي صدر الحكم التحكيم فيها. (1)

- الاستثناءات على حجية الشيء المقضي به للحكم التحكيمي :

الأصل في الحكم التحكيمي التنفيذي بعد إصداره، حيازته حجية الشيء والمقضي به لكن هذه الحجية قد ترد عليها استثناءات.

إذ لا يجوز الحكم على الحجية المطلقة له حتى يتم تفسير وتصحيح الأخطاء المادية الواردة فيه و الاغفالات الواردة عليه من قبل المحكومين حتى بعد إصداره.

ج- تنفيذ الحكم التحكيمي:

إذا قام المحكوم عليه بتنفيذ الحكم اختياريا وأعلن إرادته الواضحة في ذلك فهو يعتبر قابلا لحكم التحكيم.

إلا أنه قد يمتنع عن ذلك فيضطر المحكوم له إلى تنفيذه جبرا وهذا ما يحتاج إلى سند

(1) - أنظر نص المادة 1038 من قانون رقم 08-09 ، مرجع سابق .

ولجراء تنفيذي حتى يكون حكم التحكيم قابلا للتنفيذ الجبري وهنا صرح المشرع بأنواع حكم التحكيم التي قد تكون قرارات تمهيدية أو حكم جزئي، و أن يكون الحكم التحكيمي حكما نهائيا، وهي تكون قابلة للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها هذا الحكم. بحيث يكون رئيس المحكمة الذي صدر في دائرة اختصاصها الحكم التحكيمي وهو صاحب الاختصاص في تنفيذ حكم التحكيم.

كما أن أحكام التحكيم تكون مشمولة بالنفاذ المعجل وتطبق عليها القواعد المتعلقة بالأحكام القضائية عند نفاذها المعجل وهذا ما نصت عليه المادة 1037 من نفس القانون⁽¹⁾.

4- الطعن في أحكام التحكيم.

أخضعها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لطرق الطعن المقررة للأحكام القضائية كما يوجد طريق خاص للطعن في مجال التحكيم وهو ما يسمى المعارضة في أمر التنفيذ، رغم أن الأصل في أحكام التحكيم أنها غير قابلة للمعارضة المادة 1032 من قانون رقم 08-09⁽²⁾.

أولا: طرق الطعن العادية:

تكون أحكام التحكيم قابلة للاستئناف ويجوز للإطراف أن يتنازلوا عن حق الاستئناف في اتفاقية التحكيم حسب نص المادة 1033 من نفس القانون⁽³⁾، ويتم الاستئناف بالإجراءات التي حددها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ويرتب أثره العادي بأن يوقف التنفيذ إلا إذا أصر المحكم بالتنفيذ المعجل فعندها يتم نقل الخصومة برمتها عندما يهدف الاستئناف إلى إلغاء الحكم حسب ما جاء في المادتين 339، 340 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽⁴⁾.

(1) - أنظر نص المادة 1037 من قانون رقم 08-09 ، مرجع سابق .

(2) - أنظر المادة 1032 ، نفس المرجع .

(3) - أنظر المادة 1033 ، نفس المرجع .

(4) - أنظر نصي المادتين : 339،340 ، نفس المرجع .

ثانيا: طرق الطعن غير العادية:

بالإضافة إلى طرق الطعن بالاستئناف فإن المشرع أجاز طرقا أخرى للطعن في حكم التحكيم في منازعات الصفقات العمومية نظر لكونها لا ترتب أثر موقف لحكم التحكيم كما جاء في نص المادة 348 من قانون رقم 09-08⁽¹⁾.

1- الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة (غرفة الصفقات العمومية)

وهو ما تضمنته المادة 358 من قانون رقم 09-08 التي حددت الحالات وأوجه الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة (غرفة الصفقات العمومية) وحصرتها في 8 أوجه⁽²⁾، أما ميعاد الطعن فهو شهران يبدأ سريانها من تاريخ التبليغ الرسمي للقرار محل الطعن، ولا يترتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ الحكم التحكيمي إلا في الدعاوي المتعلقة بالتزوير والأهلية أو حالة الأشخاص.

2- اعتراض الغير خارج الخصومة :

أجاز المشرع الجزائري لكل صاحب مصلحة في المادة 381 من القانون رقم 09-08⁽³⁾، ما لم يكن طرفا في النزاع الذي صدر فيه الحكم ، تقديم طلب غير عادي يسمى اعتراض الغير خارج الخصومة حسب المادة 1032، على خلاف الطعون العادية بهدف مراجعة أو إلغاء الحكم المطعون فيه الذي فصل في أصل النزاع فيفصل من جديد من حيث الوقائع والقانون حسب ما جاء في المادة 960 من القانون رقم 09-08⁽⁴⁾.

كما أجاز المشرع لدائتي الخصوم - المقصود المتعامل المتعاقد - أو خلفهم حتى وان كانوا ممثلين في الدعوى تقديم اعتراض الغير خارج الخصومة ، بشرط أن يكون حكم التحكيم قد مس حقوقهم بسبب الغش حسب المادة 383 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية⁽⁵⁾.

(1)-أنظر نص المادة 348 من قانون رقم 09-08 ، مرجع سابق .

(2)- أنظر نص المادة 358 ، نفس المرجع .

(3)- أنظر نص المادة 381 ، نفس المرجع .

(4)- أنظر نص المادة 960 ، نفس المرجع .

(5)- أنظر نص المادة 383 ، نفس المرجع .

وبمقتضى الفقرة الثانية من المادة 1032 من قانون رقم 08-09⁽¹⁾، فإن الخارجين عن الخصومة لهم حق الطعن عن طريق الاعتراض ، وهي دعوى تعني الطعن في حكم التحكيم الصادر من أطراف غير الطرف المقدم للاعتراض لان هذا الأخير هو صاحب حق في موضوع الحكم المعترض فيه ولم يرد اسمه فيه، سواء عن قصد أو عن غير قصد ، وبالتالي لم يحصل على حقه وهو ما يجعله يلجأ إلى إعمال هذا الإجراء.

(1) - أنظر الفقرة الثانية من نص المادة 1032 من قانون رقم 08-09 ، مرجع سابق .

ملخص المبحث الأول : الآليات الودية لتسوية منازعات الصفقة العمومية



المبحث الثاني: التسوية القضائية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية

في حالة عدم التوصل إلى حل النزاع بين الأطراف المتعاقدة بالطريقة الودية فإنه يتحتم اللجوء إلى القضاء لتسوية النزاع المطروح بينهما.

تصنف منازعات تنفيذ الصفقات العمومية تحت عنوان القضاء الكامل .

فمنازعات القضاء الكامل في مجال الصفقات العمومية يكون موضوعها الالتزامات التعاقدية و تتمثل في: الدعاوى المتعلقة ببطلان العقود و الدعاوى المتعلقة بالحصول على مبالغ معينة -وهي كثيرة جدا- وتكاد أن تغطي على بقية أنواع المنازعات الأخرى و المنازعات المتعلقة بالمبالغ الناتجة عن الأشغال الإضافية و الدعاوى المتعلقة بالفسخ القضائي حين يـُقبل المتعامل المتعاقد على رفع دعوى الفسخ أمام السلطة القضائية المختصة . و الدعاوى المتعلقة بالتعويض عن الأضرار و الدعاوى المتعلقة بتوقيف الأشغال بحجية عدم وجود إتمادات مالية و الدعاوى المتعلقة بمبالغ الضمان و الدعاوى المتعلقة بمراجعة الأسعار، و الدعاوى المتعلقة بالفوائد التأخيرية .

إن كل هاته الأنواع من الدعاوى السالفة الذكر و التي تنشأ من المنازعات المتعلقة بتنفيذ الصفقات العمومية لا تدخل في إختصاص جهة قضائية واحدة ، وذلك بالنظر إلى الطبيعة القانونية للمصلحة المتعاقدة و النصوص القانونية التي تحدد قواعد الإختصاص .

و المشرع الجزائري لم يضبط جهة قضائية واحدة تؤول إليها منازعات الصفقات العمومية فتارة نجد القضاء الإداري هو المختص بالفصل في النزاع و تارة أخرى يكون الاختصاص القضاء العادي. و هذا ناتج عن التناقض بين نص المادتين : 800 من قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و نص المادة 02 من قانون الصفقات العمومية 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم.

و هذا ما يطرح إشكالات على صعيد الاختصاص النوعي و الإختصاص الإقليمي

فإلى أي جهة يمكن أن ترفع المنازعة ؟ هل إلى القضاء العادي أم إلى القضاء الإداري ؟

و ما هو المعيار الذي إعتده المشرع الجزائري في ذلك ؟ .

و للإجابة عن تلك التساؤلات سوف يتم دراسة هذا المبحث من خلال ثلاثة مطالب

كالآتي :

- **المطلب الأول : الإختصاص النوعي و المعايير المتبعة في تحديده**
- **المطلب الثاني : إشكاليات الاختصاص النوعي في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية**
- **المطلب الثالث : إشكاليات الاختصاص الإقليمي في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية**

المطلب الأول: الاختصاص النوعي والمعايير المتبعة في تحديده

حتى يتسنى لنا معرفة من الجهة القضائية المختصة نوعيا بالفصل في منازعات الصفقات العمومية، يستوجب لنا بداية معرفة المقصود بالاختصاص النوعي و بيان أهميته (فرع أول)، ثم ما المعايير المتبعة في تحديده في الفقه و القضاء المقارن (فرع ثاني)، ثم البحث عن المعيار الذي تبناه المشرع الجزائري في إسناد المنازعة للجهات القضائية المختصة نوعيا بين القضاء الإداري و القضاء العادي مع التطرق للنقد الموجه له وموقف القضاء منه (فرع ثالث).

الفرع الأول : تعريف الاختصاص النوعي وتبيان أهميته

سيتم تعريف للاختصاص النوعي فقها و قضاء (أولا)، ثم إبراز أهميته في مجال منازعات الصفقات العمومية (ثانيا) .

أولا: تعريف الاختصاص النوعي: إن المشرع الجزائري لم يعط تعريفا للاختصاص النوعي، بل قام مباشرة بتحديد المعيار المحدد له وفقا لما هو ظاهر بالمادة 800 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية و الإداري⁽¹⁾، مما يستوجب الرجوع إلى الفقه و الاجتهاد القضائي للبحث عن تعريف للاختصاص النوعي.

1-التعريف الفقهي للاختصاص النوعي: يقصد بالاختصاص النوعي " توزيع القضايا بين المحاكم المختلفة التابعة للجهة القضائية الواحدة على أساس نوع الدعوى ، وبعبارة أخرى هو نطاق القضاء الذي يمكن أن تباشر فيه محكمة معينة ولايتها وفقا لنوع الدعوى إذ يتحدد اختصاص كل محكمة من محاكم الجهة القضائية الواحدة وفقا لضابط نوعي بمقتضاه يتم توزيع القضاء على المحاكم المختلفة للجهة القضائية الواحدة حسب نوع القضية"⁽²⁾.

(1) - أنظر نص المادة 800 من قانون رقم 08-09 ، مرجع سابق .

(2) - أحمد مليجي ، الاختصاص :القيمي والنوعي والمحلي للمحاكم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1992، ص67.

و الاختصاص النوعي يعني أيضا: " تحديد النوع وطبيعة المنازعات التي يعود الفصل فيها إلى جهة قضائية وهكذا ينظر القاضي المدني في المنازعات ذات الطابع المدني وينظر الجزائي في المنازعات ذات الطابع الجزائي كما ينظر القاضي الإداري في المنازعات الإدارية" (1).

2-التعريف القضائي للاختصاص النوعي: لقد عمدت محكمة التنازع الجزائرية إلى إعطاء تعريف موجز و دقيق للاختصاص في كثير من قراراتها على أنه: " جهة قضائية بالفصل في إدعاء معين ماديا وإقليميا ، و إن الدفع بعدم الاختصاص هو الوسيلة المنازعة في الاختصاص المادي أو الإقليمي للجهة المعروضة عليها القضية لفائدة جهة قضائية أخرى " (2).

ثانيا: أهمية الاختصاص النوعي في مجال منازعات الصفقات العمومية

إن السعي من أجل بيان الجهة القضائية المختصة نوعيا بالنظر في منازعات الصفقات العمومية سواء كانت جهة القضاء العادي أو جهة القضاء الإداري تعتبر من المسائل الجوهرية ذات الأهمية الكبرى الناتجة عن :

1-إن الاختصاص النوعي من المواضيع ذات الأهمية في مجال المنازعات القضائية وتزداد أهميته في الأنظمة التي تأخذ بازدواجية القضاء ذلك أن " المشكلة التي ظهرت أول الأمر و الناتجة عن هذه الازدواجية تتعلق بإيجاد معيار واضح لتحديد الاختصاص بين المحاكم القضائية العادية و المحاكم القضائية الإدارية ، وبيان الموضوعات التي يطبق عليها القانون الإداري لتسهيل مهمة القضاء و المتقاضين " (3).

و باعتبار أن النظام القضائي الجزائري يتميز بنظام ازدواجية القضاء (1) المكرس بالمادتين 152 و 153 من الدستور (2) مما يجعل ضرورة تحديد معيار لتوزيع الاختصاص النوعي بين القضاء العادي و القضاء الإداري.

(1) - رشيد خلوفي ، قانون المنازعات الإدارية: تنظيم و اختصاص القضاء الإداري ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص299.

(2) - نظر : - قرار محكمة التنازع صادر بتاريخ 17 ماي 2005 ملف رقم 16 فهرس رقم 01، مجلة مجلس الدولة ، الجزائر، العدد08 ، 2006، ص247.

-قرار محكمة التنازع صادر بتاريخ17 ماي 2005 ملف رقم 17 فهرس رقم 02، نفس المرجع، ص250.

(3) - سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري: دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر ، 2007، ص352.

2- انعدام نص صريح يحدد الجهة القضائية نوعيا بالفصل في منازعات الصفقات العمومية و أخضعها المشرع للقواعد العامة.

3- إن المتتبع للقضايا المعروضة على محكمة التنازع سواء كان تنازعا سلبيا أو تنازعا إيجابيا بين جهة القضاء العادي و جهة القضاء الإداري نجدها لا تخلو من قضايا تتعلق بمنازعات الصفقات العمومية ، مما يبرز أهمية الاختصاص النوعي في مجال منازعات الصفقات العمومية .

الفرع الثاني : المعايير المتبعة في تحديد الاختصاص النوعي

لقد اختلفت الآراء بشأن تحديد المعيار الذي على ضوئه يتم إسناد منازعة معينة للقضاء الإداري، فهناك طريقتان لتحديد الاختصاص القضائي للجهة القضائية الإدارية: **الطريقة الأولى:** تتمثل في أن يتم تحديد مواضيع الاختصاص بنص قانوني واضح وصريح يسند جملة تصرفات للقضاء الإداري على سبيل الحصر ويتم تعدادها ، وهناك **الطريقة الثانية:** التي تتمثل في وضع معيار يتم على أساسه تحديد طبيعة المنازعة وإسنادها للجهة القضائية المختصة (3).

و الطريقة الثانية سلكتها أغلب التنظيمات التي تأخذ بنظام ازدواجية القضاء بما في ذلك التشريع الجزائري ، ومن خلال التطور التاريخي للقضاء الإداري بالنسبة للدول التي تأخذ بنظام ازدواجية القضاء و على رأسها فرنسا التي تعد مهد القضاء الإداري ، بشأن أعمال المعيار الذي على ضوئه يتم تحديد نطاق تطبيق مبادئ القانون الإداري و مجال اختصاص القضاء يستنتج بأن هناك ثلاثة معايير أساسية (4) تتمثل فيما يلي :

(1)- عبد الكريم بودريوة ، جزاءات مخالفة القرارات الإدارية لقواعد المشروعية: درجات البطلان في القرارات الإدارية ، مجلة مجلس الدولة، الجزائر ، العدد05، 2004، ص105 .

(2) - نصت المادة 152 من دستور 1996 في فقرتها الثانية على " يؤسس مجلس الدولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية " مما يدل على أن المشرع قد تبنى ازدواجية القضاء بإنشاء هرم القضاء الإداري موازيا لهرم القضاء العادي ، المعدل و المتمم بموجب قانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج.ر، العدد63 ، المؤرخ بتاريخ 16 نوفمبر 2008، طبعة وزارة العدل، الجزائر .

(3)- علي خطار شنطاوي ، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2004، ص ص ، 208 . 219 .

(4) - عز الدين كلوفي ، نظام المنازعات في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، دار النشر جيطلي ، الجزائر، 2012 ، ص36 .

أولاً: المعيار العضوي

فحسب هذا المعيار يعتبر إدارياً كل نزاع يكون شخص عمومي طرفاً فيه، إذا فبموجب هذا المعيار يتم تحديد النزاع بالنظر إلى أطراف المنازعة، فإذا كان أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام فإن المنازعة تخضع للقضاء الإداري بغض النظر عن موضوعها .

ثانياً: المعيار الموضوعي

لا يركز المعيار الموضوعي على طبيعة أطراف النزاع بل على طبيعة النشاط أو الصلاحيات التي يتمتع بها أحد الطرفين في النزاع ، فبموجب هذا المعيار فإنه ينظر إلى توفر أحد الشرطين: إلى طبيعة النشاط، ما إذا كان يهدف إلى تحقيق منفعة عامة أو مصلحة عامة، أي بالنظر إلى الغاية و الهدف من العمل و النشاط ، و إما إلى الامتيازات التي يتمتع بها أحد الأطراف ، ما إذا كان يتمتع بصلاحيات السلطة العامة وامتيازاتها أي بالنظر إلى الوسيلة المستعملة في النشاط فإذا توافر أحد هذين الشرطين في أية معاملة يكون النزاع في هذه الصورة إدارياً يخضع لتطبيق القانون العام واختصاص القضاء الإداري بغض النظر في الطرف الذي كان يهدف إلى تحقيق المنفعة العامة أو يتمتع بامتيازات السلطة العامة ولن كان يعتبر من أشخاص القانون الخاص (1).

ثالثاً: المعيار المختلط

فحسب هذا المعيار فإن المعيار لا يكون ذا طابع إداري بالمعنى الدقيق و لن تكون المنازعة المتولدة عنه منازعة إدارية إلا إذا توفر في هذا العمل شرطان: **الشرط الأول:** أن تقوم الإدارة بالعمل-قرار كان أو عقداً أم عملاً مادياً- في نطاق نشاط له طابع المرفق العام أي يهدف إلى تحقيق منفعة عامة .

(1) - رشيد خلوفي ، مرجع سابق، ص325.

الشرط الثاني: أن يكون نشاط الإدارة خاضعا لنظام قانوني مميز عن القانون الخاص ، متضمنا امتيازات و سلطات غير عادية لا توجد في القانون الخاص و أن تستعمل الإدارة هذه الامتيازات (1).

و هو ما تم اعتماده من طرف القضاء الفرنسي الذي جعل المنازعة القضائية تعد منازعة إدارية إذا تعلقت بنشاط المرفق العام، وظهرت إدارة المرفق في العلاقة القانونية مصدر النزاع باعتبار سلطة عامة ، وعليه يعد القضاء الإداري القاضي العام للنشاط و لتحديد ماهية هذا النشاط فإن المقصود به وجوب الرجوع لمعيار عضوي، أي القضاء الإداري هو قاضي الأشخاص المعنوية العامة ، و لكن يجب مراعاة أساليب النشاط الإداري وأشكاله: أي توفر المعيار الموضوعي الذي يسمح للقضاء الإداري بنظر تلك المنازعة (2) .

الفرع الثالث: معيار الاختصاص النوعي المعتمد في التشريع الجزائري

إن مصدر تحديد معيار الاختصاص القضائي في النظام الجزائري هو تشريعي ، أي المشرع هو من يقوم بوضع المعيار و يأتي القضاء بعد ذلك لتطبيقه و التقيد به و ليس مصدره قضائي كفرنسا (3) إذ المعيار يتم وفقا للاجتهادات القضائية لمجلس الدولة الفرنسي ويأتي التشريع بعد ذلك يؤيده و يؤكد بحسب تطور الظروف و الأوضاع ، و في النظام

الجزائري يكون الرجوع إلى التشريع لتحديد المعيار المتبع و هو ما نصت عليه المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها " .

فنص المادة نجده قد كرس المعيار العضوي كأصل عام فالاختصاص القضائي يؤول إلى الجهة الإدارية كلما كان أحد أطراف الخصومة أحد الأشخاص المذكورين ضمن نص هذه

(1) - عبد الرهاب محمد رفعت، القضاء الإداري، الكتاب الأول: مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الإداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2005، ص304.

(2) - عز الدين كلوفي ، مرجع سابق ، ص 37 .

(3) - مسعود شيهوب ، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية: نظرية الاختصاص ، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2009 ، ص09.

المادة ، المتمثلين في- الدولة أو الولاية أو البلدية أو مؤسسة عمومية ذات طابع إداري- و لا ينظر إلى طبيعة المنازعة و لا إلى موضوعها إلا ما تم استثناءه .

إن الشيء المميز الذي جاء به المشرع الجزائري ضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بشأن الاختصاص النوعي و المختلف عما كان في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية السابق نجملها بإيجاز وذلك لأهميتها باعتبار قانون الإجراءات المدنية و الإدارية " كرس الازدواجية القضائية في الجوانب الإجرائية للمنازعات الإدارية بعد اثنتي عشرة سنة من تبني الدستور الجزائري لنظام الازدواجية القضائية بتخصيص جانب خاص لها "(1) وذلك فيما يلي :

1- إن المشرع ضمن المادة 800 الفقرة الأولى من هذا القانون (2) أتى بعبارة "الولاية العامة" التي لم يكن منصوصا عليها ضمن قانون الإجراءات المدنية السابق و لا ضمن القوانين الخاصة صراحة ، و أن اعتماد المشرع لها ضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية هي إضافة نوعية لإجراءات القضاء الإداري و تعني أن المحاكم الإدارية تصبح لها الولاية العامة للفصل في جميع المنازعات الإدارية وفقا للمعيار المحدد لها من طرف المشرع ما عدا المنازعات التي أخرجت من نطاق اختصاصها بموجب نص صريح (3) .

2- إن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و ضمن المادة 801 منه نجده قد حدد أنواع الدعاوى الإدارية، إذ أدرج منازعات القضاء الكامل ضمن اختصاص القضاء الإداري بينما اكتفت المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية السابق بدعوى المسؤولية التي تعتبر نوعا من أنواع دعاوى القضاء الكامل (4) .

(1)- عبد الكريم بودريوه ، <<هل تخلى المشرع الجزائري عن المعيار العضوي كأساس لاختصاص القضاء الإداري؟>>، الملتقى الوطني حول قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، جامعة

سيدي بالعباس، 28-29 أبريل 2009 .

(2)- أنظر نص المادة 800 من قانون رقم 08-09 ، مرجع سابق .

(3)- أنظر : - مسعود شيهوب ، مرجع سابق ، ص09.

- عمار بوضياف، القضاء الإداري في الجزائر: دراسة وصفية تحليلية مقارنة ، جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2008 ، ص115.

(4)- عبد الكريم بودريوه ، <<هل تخلى المشرع الجزائري عن المعيار العضوي كأساس لاختصاص القضاء الإداري؟>> ، نفس المرجع .

3- إن من بين أهم الصلاحيات التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية هي أن خول بموجب المادة 801 منه للمحاكم الإدارية أن تنظر في الدعاوى المتعلقة بمصالح الدولة غير الممركزة... و التي كثر الجدل بشأنها ما إذا كانت مستقلة عن الولاية أم هي جزء من التنظيم الإداري لها و هذا الموقف الأخير هو الذي تبناه مجلس الدولة في كثير من قراراته، من ذلك القرار الصادر بتاريخ: 2000/02/14 عن الغرفة الثانية رقم 182149، و الملاحظة ذات الأهمية هي أن الغرفة الإدارية في كثير من المجالس القضائية ذهبت خلاف ما أقره مجلس الدولة مما جعل الواقع القضائي يشهد تضاربا كبيرا حول الصفة القانونية لهذه الأجهزة الإدارية المنتشرة و الفعالة⁽¹⁾ ، فحسم القانون ذلك الجدل و خول للمحاكم الإدارية النظر في المنازعات الناشئة عن القرارات الصادرة عن تلك المصالح و ذلك بدعوى الإلغاء و التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية دون دعاوى القضاء الكامل.

4- إن المشرع ضمن المادة 802 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية قلص من الاستثناءات التي كانت واردة في المادة 07 مكرر من قانون الإجراءات المدنية السابق (الملغى) ، واحتفظ باستثناءين فقط مما يوحي بأن المشرع قد وسع من نطاق أعمال المعيار العضوي المتخذ من طرفه و ذلك بتطبيقه على الاستثناءات التي تم حذفها في حالة انعدام نص خاص بشأنها .

أولا: النقد الموجه للمعيار المتبع من طرف المشرع الجزائري

إن المعيار الذي تبناه المشرع الجزائري لتحديد الاختصاص لجهة القضاء الإداري يتمثل في المعيار العضوي كأصل عام وأدخل عليه بعض الاستثناءات ضمن النصوص القانونية المختلفة⁽²⁾ ، وإذا كان هذا المعيار يمتاز ببساطته و السهولة الكبيرة في تحديد النزاع و الجهة القضائية المختصة ، كونه يتم النظر إلى أطراف المنازعة فقط ، إلا أنه أوجد عدة إشكالات مما جعله منتقدا من الأوجه التالية :

(1) - عمار بوضياف، القضاء الإداري في الجزائر: دراسة وصفية تحليلية مقارنة ، مرجع سابق، ص116.

(2) - للإطلاع أكثر على الاستثناءات الواردة على تطبيق المعيار العضوي في التشريع الجزائري أنظر : مسعود شيهوب ، مرجع سابق، ص91.

- محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2009 ، ص271.

1- إن المشرع الجزائري لم يتصف بالدقة في استعمال العبارات المناسبة لتحديد المعيار المتخذ ، إذ نجده يقوم بتعداد بعض أشخاص القانون العام و المتمثلة في الدولة ، الولاية ، البلدية و المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية ، ثم يسند منازعاتها للقضاء الإداري كما هو واضح في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية⁽¹⁾.

و أشخاص القانون العام لا تقتصر على الهيئات التي تم ذكرها فحسب ، بل إن هناك أشخاص معنوية مصنفة ضمن الهيئات الإدارية العمومية لم يتم الإشارة إليها ضمن نص المادة كالهيئات الإدارية المستقلة ، بالإضافة إلى أن الصياغة المستعملة من طرف المشرع أدت إلى اختلاف بين بعض رجال القانون حول طبيعة المعيار فمنهم ذهب إلى القول بأن المشرع الجزائري لم يأخذ بالمعيار العضوي ، وإنما أخذ بالمعيار التعدادي باعتبار أنه قام بتعداد الأشخاص الذين يخضعون للقضاء الإداري ، فكان للمشرع بأن يتفادى تلك الإشكالات ويستعمل عبارة أكثر دقة ووضوح (أشخاص القانون العام) دون أي تعداد فتكون كل الهيئات العمومية ذات الطابع الإداري ضمن هذه العبارة .

2- إن المشرع لم يوفق في اختيار المعيار المناسب لتحديد الاختصاص لجهة القضاء الإداري باستعماله المعيار العضوي لأن تبني هذا المعيار من شأنه أن يمس بمسألة تخصص القاضي وتفرغه بالنظر في منازعات تخضع لنوع قانوني معين⁽²⁾.

كما تمت الإشارة إلى أن أعمال هذا المعيار يترتب عليه أضرار هامة :

الأول: يتمثل في إدخال بعض المنازعات ذات الطبيعة غير الإدارية ضمن اختصاص القضاء الإداري بمجرد وجود أحد أشخاص القانون العام طرفا فيها .

الثاني: يتمثل في إخراج بعض الأعمال ذات الأوصاف الإدارية من اختصاص القضاء الإداري نظرا لعدم اتخاذها من طرف هيئة من الهيئات العمومية⁽³⁾.

(1) - أنظر نص المادة 800 من قانون رقم 08-09 ، مرجع سابق .

(2) - عز الدين كلوفي ، مرجع سابق ، ص 43 .

(3) - عبد الكريم بودريوه ، <<هل تخلى المشرع الجزائري عن المعيار العضوي كأساس لاختصاص القضاء الإداري؟ >> ، مرجع سابق .

لأن الهيئات الإدارية عندما تقوم بتصرفات في إطار القانون الخاص متنازلة عن استعمال امتيازات السلطة العامة، و باستعمال المعيار العضوي في المنازعة الناشئة عن تلك التصرفات فإن الاختصاص يؤول إلى القاضي الإداري الذي يجد نفسه ملزما بالفصل فيها وفقا لقواعد القانون الخاص . و في هذه الوضعية غير مستساغة ، و التي تجهد القاضي الإداري في عمله بتطبيق مبادئ القانون الإداري تارة وقواعد القانون الخاص تارة أخرى ، مما يعيق مسألة تفرغ القاضي بالنظر في نصوص قانونية معينة احتراماً لقواعد الاختصاص النوعي بين القضاء العادي و القضاء الإداري ، بالإضافة إلى أن الأخذ بهذا المعيار يجعل نطاق اختصاص القضاء الإداري متسعا وفضافضا إلى حد شموله لكافة أعمال الإدارة بغير حدود، فلا يمكن أن نقول أن شرط اختصاص القضاء الإداري و القانون الإداري هو فقط وجود الإدارة طرفا في أية منازعة مع الأفراد، أو هو صدور العمل محل هذه المنازعة عن جهة إدارية عامة (1).

ثانيا: موقف القضاء من المعيار المتبع في التشريع الجزائري

أما عن موقف القضاء من المعيار المعتمد في التشريع ،فيمكن عرض بعض الاجتهادات القضائية لكل من محكمة التنازع و كمجلس الدولة.

1- الاجتهادات القضائية لمحكمة التنازع

إن الاجتهادات القضائية لمحكمة التنازع قد كرست المعيار العضوي معيارا أساسيا لتوزيع الاختصاص بين القضائيين العادي و الإداري بصريح العبارة (2) نذكر على سبيل المثال بعض القرارات القضائية الصادرة عنها بهذا الخصوص :

-القرار الصادر عن محكمة التنازع بتاريخ:2005/07/17 رقم الملف16 فهرس01

نجدها قد اعتمدت المعيار العضوي لتحديد الجهة القضائية المختصة بقولها في حيثيات القرار: " وانه بتغليب المعيار العضوي باعتباره المبدأ فإنه يتعين التصريح باختصاص الجهة القضائية المدنية للفصل في النزاع المعروض عليها " (3) .

(1) - عز الدين كلوفي ، نفس المرجع ، ص 44 .

(2) - مجلة المحكمة العليا ، الجزائر ، عدد خاص ، محكمة التنازع ، الاجتهاد القضائي، قسم الوثائق ، 2009 ، ص 13 .

(3) - مجلة مجلس الدولة ، الجزائر ، العدد 08 ، 2006 ، ص 248 .

-القرار الصادر عن محكمة التنازع بتاريخ:2009/12/09 رقم الملف 34 قررت فيه باختصاص القضاء العادي للفصل في النزاع القائم بين شخصين خاضعين للقانون الخاص منصب على سكن مملوك ملكية خاصة تطبيقا للمعيار العضوي (1) .

-القرار الصادر عن محكمة التنازع بتاريخ:2008/01/06 ملف رقم 14 يقرر الاختصاص للقضاء الإداري في نزاع متعلق بسكن وظيفي تكون الإدارة طرفا فيه طبقا لمقتضيات المعيار العضوي بصريح العبارة (2) .

2-الاجتهادات القضائية لمجلس الدولة

إن القرارات الصادرة عن مجلس الدولة وعلى عكس تلك الصادرة عن محكمة التنازع جاءت متضاربة فتارة يأخذ بالمعيار العضوي ، وتارة أخرى يأخذ بالمعيار الموضوعي ومرة ثالثة يأخذ بهما معا وهذه بعض النماذج :

قرار صادر عن محكمة العليا وذلك قبل تنصيب مجلس الدولة-الغرفة مجتمعة- بتاريخ:1981/05/16 أكدت فيه المحكمة العليا عن العمل بالمعيار العضوي صراحة (3) .
-أما القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ:11-02-2002 ملف رقم 5680 نجد بأن مجلس الدولة استعمل المعيار الموضوعي دون الأخذ بعين الاعتبار أطراف المنازعة رغم أن المباشر للدعوى هو شخص من أشخاص القانون العام (رئيس بلدية) يهدف إلى إلغاء عقدين(عقد شهرة وعقد بيع) وقد جاء في حيثيات القرار على أن: " الوثيقتين المطلوب إلغاؤها لا تصدران عن سلطة إدارية ولا تشكلان قرارا إداريا أو عقدا إداريا وبالتالي فإن القضاء الإداري غير مختص بالفصل... " (4) دون الإشارة إلى أطراف المنازعة خاصة وأن البلدية هي المباشرة للحماية القضائية.

(1)- مجلة المحكمة العليا ، نفس المرجع ، ص 77 .

(2)- مجلة المحكمة العليا ، مرجع سابق، ص 121 .

(3)- رشيد خلوفي ، مرجع سابق ، ص 338 .

(4)- مجلة مجلس الدولة ، الجزائر ، العدد 02 ، 2002 ، ص 195 .

المطلب الثاني: إشكاليات الاختصاص النوعي في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية

إنه لضبط الإشكالات القانونية التي تعترض مسألة الاختصاص النوعي في منازعات الصفقات العمومية وجب التطرق إلى :

المسألة الأولى تتمثل في تحديد الإشكالات القانونية التي تتعلق بالاختصاص النوعي و معالجتها و هذه الإشكالات ناتجة في الأساس على ما تضمنته المادة 02 من تنظيم الصفقات العمومية⁽¹⁾، هذا ما يتم معالجته ضمن (الفرع الأول) ، والمسألة الثانية تتعلق بتحديد الجهة القضائية المختصة نوعيا بالفصل في منازعات المؤسسة العمومية الممولة كلياً أو جزئياً من طرف خزينة الدولة و هذا ما يتضمنه (الفرع الثاني) ، أما (الفرع الثالث) فيتضمن الجهة القضائية المختصة نوعيا بالفصل في منازعات المؤسسة العمومية الممولة من ولحسابها الخاص في إطار تنظيم الصفقات العمومية .

الفرع الأول: الإشكالية القانونية للاختصاص النوعي

بعد معرفة الجهة القضائية المختصة نوعيا بالفصل في منازعات الصفقات العمومية و المتمثلة في جهة القضاء الإداري كأصل عام، و هذا استناداً إلى المعيار العضوي الذي تبناه المشرع الجزائري ضمن المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية⁽²⁾ ، وبناء على ما تضمنته الصفقات العمومية من شروط العقد الإداري و الذي من بينها وجوب أن يكون أحد طرفي العقد شخص معنوي من أشخاص القانون العام ، إلا أن هذا الأصل تعترضه إشكالات قانونية هامة ناتجة في الأساس على ما تضمنته المادة 02 من تنظيم الصفقات العمومية

(1) - نص المادة 02 من المرسوم رئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم ، مرجع سابق .

(2) - أنظر نص المادة 800 من قانون رقم 08-09 ، مرجع سابق .

و التي نصت على : " لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل النفقات:الإيرادات العمومية-الهيئات الوطنية المستقلة-الولايات-البلديات-المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

- مراكز البحث و التنمية و المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي و المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و الثقافي و المهني و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري و المؤسسات العمومية الاقتصادية عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة .

- وتدعى في صلب النص المصلحة المتعاقدة

- ولا تخضع العقود المبرمة بين إدارتين عموميتين لأحكام هذا المرسوم

- يتعين على المؤسسات العمومية الاقتصادية و المؤسسات العمومية عندما لا تكون خاضعة لأحكام هذا المرسوم بموجب المطة الأخيرة من هذه المادة، تكييف إجراءاتها الخاصة مع تنظيم الصفقات العمومية والعمل على اعتمادها من طرف هيأتها المؤهلة .

وفي هذه الحالة، يتعين على مجلس مساهمة الدولة ، فيما يخص المؤسسات العمومية الاقتصادية، والوزير الوصي فيما يخص المؤسسات العمومية إعداد جهاز للمراقبة الخارجية لصفقاتها والموافقة عليه .

ويمكن في هذه الحالة، مجلس مساهمات الدولة والوزير الوصي، كل فيما يخصه ، مخالفة أحكام هذا المرسوم في حالة الضرورة الملحة " .

يتأكد من نص هذه المادة بأن الشئ الثابت هو أنها لم تحدد الاختصاص القضائي لمنازعات الصفقات العمومية ولم تتطرق لذلك ، وإنما موضوعها هو تحديد مجال تطبيق التشريع المنظم للصفقات العمومية (1).

وللبحث عن الجهة القضائية المختصة نوعياً بالفصل في منازعات الصفقات العمومية وبيان الأسس المعتمدة في ذلك ، بالنظر إلى مختلف الأشخاص القانونية الذي تم ذكرهم ضمن نص

(1)- عز الدين كلوفي ، نفس المرجع، ص50.

المادة 02⁽¹⁾، فإنه يمكن تقسيم هذه المادة إلى ثلاثة (03) محاور أساسية حسب الطبيعة القانونية للأشخاص الذين تضمنتهم والشروط الموضوعية بها .

المحور الأول : يتمثل فيما نصت عليه المادة 02 ضمن فقرتها الأولى إذ قامت بتعداد الأشخاص المعنوية من أشخاص القانون العام التي تخضع لتنظيم الصفقات العمومية وهي (الإدارات العمومية-الهيئات الوطنية المستقلة-الولايات-البلديات-والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري) وهي الأشخاص التي تمثل المعيار العضوي في العقد الإداري و المنسجم مع المعيار المحدد للاختصاص النوعي المتبع من طرف المشرع الجزائري.

و الملاحظ في نص المادة 02 بأنه قد تم نفس الصياغة التي جاءت بها المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية⁽²⁾ ، وذلك بتعداد الهيئات الإدارية و العمومية .

إن منازعات أشخاص القانون العام لا تثير أية مشكلة قانونية بشأن الاختصاص النوعي باعتبارها في مجال الصفقات العمومية تخضع لاختصاص جهة القضاء الإداري، وذلك لتوافق المعيار المحدد للاختصاص النوعي مع الهيئات المحددة في مجال تطبيق تنظيم الصفقات العمومية . (وهي ليست موضوع إشكالينا) .

المحور الثاني: يتمثل في المؤسسات العمومية الاقتصادية، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري ، عندما تكلف بعملية ممولة كلياً أو جزئياً من طرف الدولة .

المحور الثالث: يتمثل في المؤسسات العمومية الاقتصادية، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ، عندما تقوم بمشروع يكون ممولاً منها ولحسابها الخاص .

(1) - أنظر نص المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم ، مرجع سابق .

(2) - أنظر نص المادة 800 من قانون رقم 08-09 ، مرجع سابق .

الفرع الثاني: الجهة القضائية المختصة نوعيا بالفصل في منازعات المؤسسة العمومية

الممولة كلياً أو جزئياً من طرف خزينة الدولة

هناك اتجاهين لتحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في منازعات الصفقات العمومية التي يكون أحد أطرافها مؤسسة عمومية اقتصادية أو مؤسسة عمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري مكلفة بإنجاز عملية ممولة جزئياً أو كلياً من ميزانية الدولة⁽¹⁾ :

أولاً: اختصاص القضاء العادي

يرى أصحاب هذا الرأي بأن الاختصاص القضائي في هذه الحالة يؤول إلى القضاء العادي ، وهذا تطبيقاً للقواعد العامة وأخذ بالمعيار العضوي⁽²⁾ ، باعتبار أن المؤسسات العمومية الاقتصادية ، و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري ، هي من أشخاص القانون الخاص .

إلا أن هذا الرأي منتقد لأن عند تطبيقه ينتج عدة إشكالات عملية تتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق، الذي تنقيد به جهة القضاء العادي المختصة (حسب هذا الرأي) و الفصل في المنازعة على ضوءه ، فهل تطبق مبادئ القانون الإداري أو قواعد القانون الخاص ؟ .

1- قيام جهة القضاء العادي بتطبيق قواعد القانون الخاص ، إن هذا الاحتمال منتقد بشدة لأن المؤسسات العمومية الاقتصادية ، و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري، وهي تبرم الصفقات العمومية بشرط التمويل المالي من الخزينة العمومية فهي تبرمها بموجب نص تنظيم الصفقات العمومية و هي ملزمة بالتنقييد به و الذي هو مستمد من مبادئ القانون العام، وأنه في تطبيق قواعد القانون الخاص في هذه الحالة هو استبعاد للغاية التي من أجلها

تم تقييد المؤسسات العمومية الاقتصادية ، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري بتطبيق تنظيم الصفقات العمومية ، وفيه عدم اكتراث لتمويل الخزينة العمومية للمشروع ، من ثم لا يمكن استبعاد تطبيق مبادئ القانون العام على المؤسسات العمومية

(1) - عمار بوضياف ، الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق ، ص ص ، 51 . 225 .

(2) - أنظر: - محمد الصغير بعللي، الغرفة الإدارية، دار العلوم للنشر و التوزيع ، الجزائر، 2005 ، ص 121 .

- حمزة خضري ، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق و العلوم الاقتصادية ، جامعة بسكرة ، 2005 ، ص 36 .

الاقتصادية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري الملزمة بالتقيد به بموجب نص التنظيم ، مما يتعين استبعاد هذا الاحتمال على هذه المعاملة .

2- قيام جهة القضاء العادي بتطبيق قواعد القانون الإداري ، و ذلك إذا سلمنا بأن الاختصاص القضائي في هذه الحالة يؤول إلى جهة القضاء العادي ، فإنه يجب على هذه الجهة القضائية تطبيق مبادئ القانون الإداري ، أي أن حل المنازعة يكون على ضوء تنظيم الصفقات العمومية و هذا تطبيقاً للمادة 02⁽¹⁾ التي تحدد مجال تطبيقه .

إلا أن هذا الاحتمال يحتوي على تجاوز للجهة القضائية الناظرة في المنازعة كونها مختصة أساساً في منازعة القانون الخاص و هي في هذه الحالة ملزمة بالفصل في المنازعة على ضوء مبادئ القانون الإداري ، وقواعد تنظيم الصفقات العمومية ، و التي هي في الأصل غريبة عنها لأن تكليف القضاء العادي بتطبيق قواعد تنظيم الصفقات العمومية أي قواعد القانون الإداري يشكل إعادة النظر في طبيعة النظام القضائي برمته و تبنيه للازدواجية القضائية وأساسها و أهدافها ، مما يجعل هذا الرأي منتقداً .

و من ثم فلا يمكن إسناد الاختصاص في هذه الحالة إلى جهة القضاء العادي، لأنه في كل الاحتمالات المتوقعة للقانون الواجب التطبيق على المنازعة يؤدي إلى إشكالات يصعب التأقلم معها⁽²⁾ .

ثانياً : اختصاص القضاء الإداري

يرى أصحاب هذا الرأي بأن المنازعة المتعلقة بالصفقات العمومية، و التي تكون المؤسسة العمومية الاقتصادية، و المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري طرفاً فيها، مع توفر شرط التمويل من الخزينة العمومية، يؤول الاختصاص فيها إلى جهة القضاء الإداري ، إلا أن الاختلاف يكمن في تحديد الأساس المعتمد في ذلك ، وقد تم الاعتماد على أحد الأساسين .

(1) - أنظر نص المادة 2 من مرسوم رئاسي رقم 10-236 المعدل و المتمم ، مرجع سابق .

(2) - عز الدين كلوفي ، مرجع سابق ، ص 55 .

1- الأساس الأول : يتمثل في إعمال المعيار الموضوعي في هذه الحالة ، لأن المشرع " نص صراحة على اعتبار صفقات عمومية عقود المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تقوم بعملية ممولة بأموال عمومية ، وهنا يتضح أن المشرع خرج عن المعيار العضوي و أخذ بمعيار الأموال العامة ، فعلى الرغم من أن المعيار العضوي غير متوفر في عقود المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري إلا أنه اعتبر عقودها إدارية مما يترتب بالتالي اختصاص القضاء الإداري و لكن شريطة أن تكون العمليات التعاقدية محل النزاع ممولة بأموال عمومية (1) .

إن إعمال المعيار الموضوعي في هذه الحالة يرجع أساسا إلى نص المادتين 55 و 56 من القانون 01/88 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية (2) و اللتين لم يشملهما الإلغاء ، فالمادتين تنصان على أن المنازعة المتعلقة ببعض النشاطات التي تمارسها المؤسسة العمومية الاقتصادية و هي تتمتع بامتيازات السلطة العامة تخضع للقواعد المطبقة على الإدارة سواء ما كان يتعلق منها بالقواعد الموضوعية أو القواعد الإجرائية بما فيها مسألة الاختصاص .

و هنا نكون أمام استثناء من تطبيق القواعد العامة، و هو إعمال المعيار الموضوعي بدلا من إعمال المعيار العضوي على أساس نص قانوني خاص و صريح .

2- الأساس الثاني: و يتمثل في إعمال معيار الوكالة أو التفويض ، و على هذا الأساس فإنه يتم التمسك بإعمال المعيار العضوي كونه المعيار المتبنى من طرف المشرع الجزائري، أمام انعدام النص الذي يرشد إلى إعمال المعيار الموضوعي و لا حتى كاستثناء في مادة الصفقات العمومية ، و بموجب معيار الوكالة و احتفاظا بتطبيق المعيار العضوي فإن جهة القضاء الإداري هي المختصة بالفصل في المنازعة، باعتبار أن ميزانية الدولة هي الممولة للمشروع مما يجعل أن الخزينة العامة تعد طرفا أساسيا في المنازعة و أن المؤسسة العمومية الاقتصادية

(1) - مسعود شيهوب ، مرجع سابق، ص57.

(2) - قانون رقم 88-01 مؤرخ في 12 يناير 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر، العدد02، المؤرخة في 13 جانفي 1988، (ملغى جزئيا)، بموجب

الأمر رقم 95-25 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995، المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، ج.ر، العدد 55، المؤرخة في 27 سبتمبر 1995، (ملغى) .

و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري هنا ما هي إلا مفوض عنها مادام أن الدولة هي الممول الأساسي للمشروع جزئياً أو كلياً و هي تعتبر شخصاً من أشخاص القانون العام .

إذا و إعمالاً للمعيار العضوي فإن الاختصاص القضائي في هذه الحالة يؤول إلى القضاء الإداري باعتبار أن أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام و المتمثل في الدولة أو الخزينة العمومية، و ما المؤسسة العمومية إلا مفوض عنها للقيام مقامها، كون الدولة ممولة للمشروع كلياً أو جزئياً و إن لم تظهر ضمن أطراف الخصومة .

و إن مجلس الدولة قد أعمل هذا الأساس (معيار الوكالة) و اعتمد عليه في بعض الاجتهادات القضائية من بينها القرار الصادر عنه بتاريخ: 2001/05/14 ملف رقم 332 فهرس رقم 275 بين ديوان الترقية و التسيير العقاري لوهـران ضد مؤسسة الأشغال لعين تيموشنت، المنازعة حول صفقة عمومية متضمنة انجاز 1180 مسكناً بوهـران وذلك باستعمال صريح العبارة " نيابة عن " (1).

الفرع الثالث: الجهة القضائية المختصة نوعياً بالفصل في منازعات المؤسسة العمومية الممولة من ولحسابها الخاص

إن هذه الحالة قد تضمنتها الفقرات الأخيرة من نص المادة 02 من تنظيم الصفقات العمومية ، وهو تطبيق تنظيم الصفقات العمومية على المؤسسات العمومية الاقتصادية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري حتى ولو كان المشروع المنجز من طرفها ممولاً من حسابها الخاص، أي أنه غير ممول من طرف الخزينة العمومية .

(1) - وقد جاء ضمن حيثياته " حيث أن المجلس اعتبر العقد الذي يجمع بين الطرفين هو صفقة إدارية إلا أن طرح مثل هذا لا يرقى إلى ذلك إذ أن الإتفاق يعتبر عقد خاص تابع لمقاضيات القانون التجاري بما أنه يخص شخصان اعتباريان تابعين للقانون الخاص ، و لكن حيث أنه بعد الإطلاع على الملف و على رد المستأنف عليه يتضح بأن الصفقة موضوع النزاع المتضمنة انجاز 1180 سكن بوهـران هي صفقة عمومية أبرمت بين ولاية وهران المتمثلة من طرف الوالي كصاحب المشروع من جهة و مؤسسة البناء لعين تيموشنت مكلفة بالانجاز أما ديوان الترقية فهو مكلف بتسيير المشروع نيابة عن صاحبه و إن موضوع الصفقة يتمثل في انجاز سكنات ذات طابع اجتماعي ترجع ملكيتها للدولة و ليس للديوان و أن تمويل المشروع من طرف الخزينة العامة و بالتالي ذلك يفتح الاختصاص للقضاء الإداري " .

و يظهر هنا أنه تم إدخال المؤسسات العمومية بمختلف أنواعها في مجال الصفقات العمومية بصفة مطلقة وبدون أي شرط أو قيد ، وأنه وجب قبل البحث عن الجهة القضائية المختصة نوعيا بالفصل في منازعات الصفقات العمومية في هذه الحالة، أن يتم التطرق إلى النقد الموجه لنص المادة 02 و بيان الأسباب التي أدت إلى ذلك (أولا) ، ثم بعد ذلك نعد إلى تحديد الجهة القضائية المختصة نوعيا بالفصل في منازعاتها (ثانيا) .

أولاً: النقد الموجه للمادة 02 من تنظيم الصفقات العمومية وأسبابه

إن نقد المادة 02 من تنظيم الصفقات العمومية ⁽¹⁾ بإدخال المؤسسات العمومية بمختلف أنواعها ضمن مجال تنظيم الصفقات العمومية إذا كان المشروع ممولا من ولحسابها الخاص منتقدا من عدة أوجه تتمثل في الآتي :

1-مخالفتها للتشريع وللطبيعة القانونية للعقد الإداري: إن إضافة المؤسسات العمومية ضمن مجال تطبيق تنظيم الصفقات العمومية بصفة مطلقة هي زيادة مخالفة للتشريع، ومتناقضة مع الطبيعة القانونية للعقد الإداري وذلك على النحو التالي :

أ-مخالفتها للتشريع: إنه بالرجوع إلى المادة 59 من القانون 01/88 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات الاقتصادية ⁽²⁾ التي لم يشملها الإلغاء نجدها تنص على أن المؤسسات العمومية الاقتصادية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري التي تحكمها قواعد القانون التجاري لا تخضع لأحكام تنظيم الصفقات العمومية ، وهنا نجد نصا من التشريع صريحا يمنع إخضاع المؤسسات العمومية لتنظيم الصفقات العمومية ومن ثم تكون المادة 02 من تنظيم الصفقات العمومية مخالفة لأحكام القانون 01/88 ⁽³⁾ .

و بالنظر للمسار و للتطور التاريخي لتنظيم الصفقات العمومية في الجزائر في ظل قانون التوجيهي للمؤسسات الاقتصادية ⁽⁴⁾ فإن جميع التنظيمات التي صدرت كانت متفقة و هذا

(1) - أنظر نص المادة 2 من المرسوم رئاسي رقم 10-236 المعدل و المتمم ، مرجع سابق .

(2) - أنظر نص المادة 59 من قانون رقم 01-88 ، مرجع سابق .

(3) - حمزة خضري ، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، مرجع سابق ، ص 36 .

(4) - قانون رقم 01-88 ، نفس المرجع .

القانون. وكان أولها المرسوم التنفيذي رقم 434/19 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية⁽¹⁾ ، و قد حدد بالمادة 07 منه الجهات المخولة لها إبرام الصفقات العمومية وجعلها مقتصرة على الهيئات الإدارية العمومية رغم التعديلات التي طرأت عليه ، ثم تلاه بعد ذلك المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية⁽²⁾ والذي ضمن نص المادة 02 منه ولأول مرة تم إدراج المؤسسات العمومية (مراكز البحث والتنمية، المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري) ضمن مجال تطبيق الصفقات العمومية بشرط التمويل المالي، وذلك بأن تكلف بإنجاز مشاريع استثمارية عمومية بمساهمة نهائية لميزانية الدولة، دون إدراج المؤسسات العمومية الاقتصادية .

وقد تم تعديل المرسوم الرئاسي رقم 250/02 بالمرسوم الرئاسي رقم 338/08⁽³⁾ والذي في مادته الثانية وسع من الأشخاص و الشروط، وذلك بإضافة المؤسسات العمومية الاقتصادية وجعل شرط التمويل المالي يكون بالتمويل الكلي أو الجزئي للمشاريع المنجزة من طرف ميزانية الدولة، وقد تم نقدها و هي بتلك الشروط . إن هذه النصوص التي جاء بها المرسوم الرئاسي 250/02 المعدل و المتمم قبل إلغائه هي نصوص منسجمة وباقي القوانين بما فيها القانون رقم 01/88 باعتباره استثناء من القاعدة، أي أن المؤسسات العمومية عندما تكلف بمشاريع ممولة كلياً أو جزئياً من خزينة الدولة فإنها تخضع لتنظيم الصفقات العمومية كاستثناء طبقاً للمادة 59 من القانون رقم 01/88⁽⁴⁾، لأن الأصل هو عدم إخضاع المؤسسات العمومية لنظام الصفقات العمومية كونها أشخاص من القانون الخاص . ليصدر بعد ذلك المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية مخالفاً لكل التوقعات بإحكام

(1) - المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 09/11/1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، العدد 57 لسنة 1991، الملغى بالمرسوم الرئاسي رقم 02-250. وكان البدء

بهذا المرسوم التنفيذي دون التطرق للأمر رقم 67-90 و المرسوم رقم 82-145 لأنهما لم يصدرا في ظل قانون 88-01، فضلا على أنهما صدرا في نظام سياسي واقتصادي مختلف.

(2) - المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 يوليو 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ج.ر، العدد 52 ، المؤرخة في 28 يوليو 2002 الملغى بالمرسوم الرئاسي

رقم 10-236 .

(3) - المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ج.ر، العدد 62 ، المؤرخ في 09

نوفمبر 2008 .

(4) - قانون رقم 88-01 ، مرجع سابق .

المؤسسات ضمن مجال الصفقات العمومية بدون أي شرط أو قيد متناقضا مع نص التشريع، ليتم تعديله بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 23/12 الذي يلزم المؤسسات العمومية بتكيف إجراءاتها الخاصة مع تنظيم الصفقات العمومية اعتماده دون المصادقة عليه .

ب- مخالفتها للطبيعة القانونية للعقد الإداري: إن إبرام المؤسسات العمومية لعقد ممولة من ولحسابها الخاص دون تدخل أي شخص من أشخاص القانون العام لا يعتبر صفقة عمومية ولا يأخذ مفهوم العقد لإداري لانعدام شرطين من شروط العقد الإداري **أولهما:** الشرط العضوي كون العقد بهذه الصورة ينعدم ضمن طرفيه شخص من أشخاص القانون العام **وثانيهما:** انعدام شرط اتصال العقد بمرفق عام أي أن يكون العقد هادفا إلى تحقيق نفع عام أو مصلحة

عامة، لأن العقد أبرم لصالح المؤسسة العمومية ولحسابها الخاص، مما يجعل العقد بالصورة المتقدمة لا يدخل في نطاق العقود الإدارية ولا نطاق الصفقات العمومية . ومن ثمة فإن إقحام المؤسسات العمومية ضمن مجال الصفقات العمومية في التنظيم الذي نص على ذلك يكون مخالفا لما هو مستقر عليه فقها وقضاء في نطاق تحديد مفهوم العقد الإداري وشروطه .

ج- تناقض في مضمون نص المادة نفسها : إن الفقرات الأخيرة من نص المادة 02 من تنظيم الصفقات العمومية (1) التي تدرج المؤسسات العمومية ضمن مجال تنظيم الصفقات العمومية بدون شرط أو قيد هي متناقضة مع الفقرة التي قبلها من نص المادة نفسها و التي تدخل المؤسسات العمومية ضمن مجال الصفقات العمومية إذا كان مشروعها ممولا كليا أو جزئيا من طرف الخزينة العمومية و التساؤل الذي يطرح هنا، ما فائدة الحالتين معا؟ لأنه لا يمكن الجمع بينهما في نطاق واحد، فإما أن يتم الاحتفاظ بشرط التمويل المالي للمؤسسات العمومية في مجال الصفقات العمومية، وإما إزالة الشرط و تركها مطلقة، أما أن يتم النص عليهما الاثنين معا فهذا ما لا ينسجم منطقيا . إذا فالإضافة المنصوص عليها ضمن المادة 02 من تنظيم الصفقات العمومية هي متناقضة مع الفقرة التي قبلها ومخالفة لها ، بالإضافة إلى أنه ضمن الفقرة الأخيرة خول للجهات الوصية (مجلس مساهمات الدولة بالنسبة للمؤسسات

(1) - أنظر نص المادة 02 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل و المتمم ، مرجع سابق .

العمومية الاقتصادية والوزير الوصي بالنسبة للمؤسسات العمومية الأخرى) بإمكانية مخالفة أحكام تنظيم الصفقات العمومية وعدم تطبيقه في حالة الضرورة الملحة .

2- أسباب التناقض في مضمون المادة 02 من تنظيم الصفقات العمومية : إن إضافة

المؤسسات العمومية ضمن مجال تطبيق الصفقات العمومية بدون شرط وما حملته من متناقضات مع التشريع و الفقه ناتج عن سببين اثنين وهما :

أ- إن الصفقات العمومية تم إصدارها بموجب التنظيم عن طريق مرسوم رئاسي وذلك من طرف السلطة التنفيذية⁽¹⁾ ولم يتم إصدارها بواسطة قانون ، فالمرسوم يعده تقنيون من السلطة التنفيذية ولا يخضع لإجراءات عرضه على الهيئات الاستشارية القضائية و القانونية، ومن ثمة فلا عجب من وجود تناقض في صياغة المادة 02⁽²⁾ ومضمونها .

ب- إن الغاية من إضافة هذه الحالة " مؤسسات عمومية ضمن مجال تطبيق الصفقات العمومية دون شرط " ، يرجع إلى إضفاء مبادئ حرية الوصول للطلبات، المساواة في معاملة المرشحين و شفافية الإجراءات على أعمال المؤسسات العمومية حتى تسهل عملية الرقابة على تصرفاتها ، بالإضافة إلى محاولة إزالة التناقض بين تنظيم الصفقات العمومية الذي كان سائدا بموجب المرسوم الرئاسي رقم 250/02⁽³⁾ والقانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته⁽⁴⁾ ، فنص المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته تعاقب كل شخص متعامل مع المؤسسات الاقتصادية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري و الذي يستفيد بامتيازات غير مبررة، بدون وضع أي قيد أو شرط لهذه العملية التعاقدية اتجاه المؤسسات العمومية، في حين كان تنظيم الصفقات العمومية⁽⁵⁾ الملغي لا ينطبق على

(1)- إن قيام السلطة التنفيذية بإصدار مراسيم رئاسية فإن ذلك يدخل ضمن الصلاحيات المخولة لها بموجب المادة 125 من دستور 1996 المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 08-19

المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 ، ج.ر ، العدد 63 ، الصادر بتاريخ 16 نوفمبر 2008 ، طبعة وزارة العدل ، الجزائر .

(2)- أنظر نص المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل و المتمم ، مرجع سابق .

(3)- المرسوم الرئاسي رقم 02-250 (الملغي) ، مرجع سابق .

(4)- قانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ، ج.ر، العدد 14، المؤرخة في 08 مارس 2006 المعدل و المتمم .

(5)- المرسوم رئاسي رقم 02-250 (الملغي) ، نفس المرجع .

المؤسسات العمومية إلا في نطاق محدد وضيق وهو عند تمويلها جزئياً أو كلياً من طرف الخزينة العمومية لمشاريعها .

ولمحاولة استدراك ذلك التناقض وإزالته أُدرجت المؤسسات العمومية ضمن تنظيم الصفقات العمومية الجديد⁽¹⁾ بدون قيد أو شرط ، مما أدى هذا الأخير إلى الوقوع في تناقض أكبر من السابق ، ولعل بسبب هذا التناقض دفع الوزير الأول للدولة وبعد صدور المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية بإصداره لتعليمية وزارية مؤرخة في 2011/01/05 تحت رقم 08، موجهة إلى جميع الهيئات الإدارية و المؤسسات العمومية التي تحت وصايته بتوقيف العمل بهذا التنظيم إلى غاية 31 مارس 2011⁽²⁾ .

ثانياً: تحديد الجهة القضائية المختصة :

إن التساؤل الذي يطرح في هذا المقام يكمن في تحديد الجهة القضائية المختصة نوعياً للنظر في منازعات الصفقات العمومية للمؤسسة العمومية الاقتصادية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري كونها تمثل المصلحة المتعاقدة و المشروع ممول بمالها ولحسابها الخاص، أي انعدام شرط التمويل المالي من طرف الخزينة العمومية في هذه المعاملة ففي هذه الصورة لا يمكن أن يؤول الاختصاص القضائي لجهة القضاء الإداري لانعدام توفر المعيار العضوي ضمن هذه العلاقة التعاقدية .

إنه باستعمال المعيار العضوي المتبع من طرف المشرع الجزائري فإن الاختصاص يؤول إلى جهة القضاء العادي لانعدام أي شخص من أشخاص القانون العام كطرف في المنازعة لا بصفة مباشرة و لا بصفة غير مباشرة. هذا ما سار عليه الاجتهاد القضائي لمحكمة التنازع وذلك في ظل تنظيم الصفقات العمومية السابق المرسوم الرئاسي رقم 250/02⁽³⁾ في قرارها

(1) - المرسوم رئاسي رقم 10-236 المعدل و المتمم ، مرجع سابق .

(2) - عز الدين كلوفي، مرجع سابق ، ص 64 .

(3) - المرسوم الرئاسي رقم 02-250 (الملغى) ، مرجع سابق

الصادر بتاريخ: 2007/11/13 ملف رقم 42⁽¹⁾ أين قررت محكمة النزاع بتحديد الجهة القضائية المدنية المختصة بالفصل في نزاع منصب على صفقة عمومية مبرمة بين شخصين خاضعين للقانون الخاص وهما (مؤسسة البناء شركة مدنية وشركة الجزائر للتأمين SAA مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري EPIC) و غير ممولة بمساهمات نهائية من ميزانية الدولة وأن حيثيات القرار جاءت جد واضحة وعبرت عنه بالمبدأ " ...و إن اختصاص الفصل في هذا النزاع يرجع وجوباً إلى الجهة القضائية المدنية " . إن هذه الوضعية تثير إشكالية القانون الواجب التطبيق على هذه المنازعة ، هل تلجأ جهة القضاء العادي المختصة بالفصل إلى تطبيق مبادئ القانون الإداري المتمثلة في تنظيم الصفقات العمومية أم أنها تلجأ إلى تطبيق قواعد القانون الخاص وتُرجع العلاقة التعاقدية في تكييفها لتلك القواعد؟ .

(1) - قرار تم نشره في مجلتيْن أنظر : - مجلة المحكمة العليا ، مرجع السابق ، ص103 .

- مجلة مجلس الدولة ، الجزائر ، العدد 09 ، 2009 ، ص147 .

المطلب الثالث: إشكاليات الاختصاص الإقليمي في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية

إن الإشكالية التي تثار في هذا المقام تكمن في التساؤل عن الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية في مجال منازعات الصفقات العمومية، ويتم ذلك بإعطاء مفهوم الاختصاص الإقليمي وأهميته (فرع أول) ، ثم تبيان المعيار المستعمل من طرف المشرع الجزائري في تحديده و النقد الموجه له (فرع ثاني) ، مع التطرق للاستثناءات الواردة عليه (فرع ثالث).

الفرع الأول: تعريف الاختصاص الإقليمي و تبيان أهميته

يقصد بالاختصاص الإقليمي⁽¹⁾ : " توزيع الاختصاص توزيعا جغرافيا بين المحاكم المختلفة المنتشرة في أنحاء الدولة و مراعاة نصيب كل محكمة من محاكم درجة معينة من ولاية القضاء، وذلك تبعا للمكان المعين لهذه المحاكم و شمول دائرة اختصاصها ."

فقواعد الاختصاص الإقليمي تهتم بتوزيع القضايا على أساس إقليمي بين مختلف المحاكم من نفس النوع و المنتشرة في ربوع البلاد⁽²⁾.

و تتجلى أهميته الاختصاص الإقليمي في تيسير التقاضي و تقريب المحاكم من المتقاضين فتكون العدالة في متناول أيديهم، على أساس أن لكل محكمة نصيب من ولاية القضاء بحسب موقعها الجغرافي من إقليم الدولة .

إن الاختصاص الإقليمي في حقيقة الأمر هو مكمل للاختصاص النوعي في تحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في المنازعة ، إذ به يتم تحديد الجهة القضائية مكانيا بعد أن تم تحديد الجهة القضائية المختصة نوعيا.

(1) - إن الاختصاص الإقليمي يطلق عليه أيضا الاختصاص المحلي أو المكاني ، و مصطلح الإقليمي استعمله المشرع في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

(2) - أحمد مليجي ، مرجع سابق ، ص133 .

و بما أن جهة القضاء الإداري في الجزائر تتكون من مجلس الدولة وعدد من المحاكم الإدارية التي تعتبر الهياكل القاعدية للنظام القضاء الإداري وفقا لما نصت عليه المادة 152 من الدستور⁽¹⁾ وغني عن البيان أن مسألة الاختصاص الإقليمي لا تطرح بالنسبة لمجلس الدولة باعتباره هيئة واحدة يشمل اختصاصه الإقليمي إقليم الجمهورية كله ، فالحديث عن توزيع الاختصاص الإقليمي لا يكون إلا عندما تكون الهيئات من النوع نفسه (المحاكم الإدارية)⁽²⁾.
إذا وأمام تعداد المحاكم الإدارية و توزيعها على مستوى الإقليم الوطني، إذ تم الإعلان رسميا عن إنشاء 31 محكمة على المستوى الوطني، و من هنا تظهر أهمية تحديد المحكمة الإدارية المختصة بالفصل في منازعات الصفقات العمومية في نطاق ما يعرف بالاختصاص الإقليمي .

الفرع الثاني: تحديد قواعد الاختصاص الإقليمي في تنفيذ منازعات الصفقات العمومية

إن قواعد الاختصاص الإقليمي لمنازعات القضاء الإداري بصفة عامة و منازعات الصفقات العمومية بصفة خاصة في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية قد تم إفرادها بنصوص خاصة ضمن قواعد الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية⁽³⁾ ، على عكس ما كان عليه ضمن قانون الإجراءات المدنية السابق (الملغى) إذا لم يوجد نص خاص بها و إنما كانت خاضعة للقواعد الإجرائية الخاصة بمنازعات القضاء العادي .

لقد احتفظ المشرع ضمن إجراءات القضاء الإداري بالقاعدة العامة للمعيار المحدد للاختصاص الإقليمي أمام جهة القضاء العادي، إذ نجده ينص ضمن المادة 803 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية⁽⁴⁾ بالإحالة على المادتين 37 و 38 من نفس القانون اللتين

(1)- أنظر نص المادة 152 من دستور 1996 المعدل و المتمم .

(2)- مسعود شيهوب ، مرجع سابق ، ص 57 .

(3)- إن المشرع نص على قواعد الاختصاص الإقليمي في المواد من 803 إلى المادة 806 من قانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ضمن القسم الثاني من

الفصل الأول المتعلق بالاختصاص من الباب الأول المتضمن الإجراءات المتبعة أمام المحاكم الإدارية .

(4)- أنظر نص المادة 803 من قانون رقم 08-09 ، مرجع سابق .

تحددان المعيار المتبع في تعيين الاختصاص الإقليمي أمام جهات القضاء العادي و المتمثل في موطن المدعي عليه مع الإجابة على حالة تعدد المدعى عليهم⁽¹⁾ .

و قد أورد المشرع على هذا المعيار عدة استثناءات، سواء تلك المشار إليها بالمادتين 39 و 40 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فيما يتعلق بجهات القضاء العادي، أو تلك المشار إليها بالمادة 804 من القانون نفسه بخصوص الإجراءات المتعلقة أمام جهات القضاء الإداري و لم يتم الاحتفاظ بنفس الاستثناءات وذلك لاختلاف موضوع المنازعة الإدارية عن موضوع القضاء العادي، و الشيء الملاحظ كذلك أن المشرع الجزائري لم يورد ضمن النص الكثير من الاستثناءات كما كان عليه ضمن قانون الإجراءات المدنية .

و بالنسبة للقواعد المحددة للاختصاص الإقليمي لمنازعات الصفقات العمومية ضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، فإن المشرع قام بتحديد ثلاثة معايير تتعلق بها و التي جاءت كلها كاستثناء على القاعدة العامة وذلك في نص المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ضمن فقراتها الثانية و الثالثة و السادسة⁽²⁾ وذلك وفقا لما يلي :

أولاً: القاعدة الأولى: إن القاعدة الأولى التي تحدد الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية لمنازعات الصفقات العمومية ضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تضمنتها الفقرة الثانية من المادة 804 تنص على: " في مادة الأشغال العمومية ، أمام المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال " .

إن أول قاعدة لتحديد الاختصاص الإقليمي لمنازعات الصفقات العمومية التي جاءت كاستثناء من القاعدة العامة تعلقت بعقد الأشغال العمومية الذي يعتبر من أهم أنواع عقود الصفقات العمومية⁽³⁾ ، و القاعدة هنا تتمثل في أن المحكمة الإدارية التي تقع بدائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال العمومية هي المختصة بالفصل في المنازعة إذا كان موضوعها الصفة العمومية أشغال عمومية . و هذا المعيار منتقد خاصة وأن مكان تنفيذ

(1) - أنظر نص المادتين 37 و 38 من قانون رقم 08-09 ، مرجع سابق .

(2) - أنظر نص المادة 6/804،3،2 ، نفس المرجع .

(3) - إن أنواع عقود الصفقات العمومية تم تحديدها بالمادتين 13،04 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل و المتمم ، مرجع سبق

الأشغال قد يكون واسعاً أو ممتداً كما هو الحال بالنسبة للطرق بما قد يمس اختصاص أكثر من غرفة إدارية أو مجلس قضائي⁽¹⁾. وفي الحقيقة كان من المفيد أن يكمل المشرع الاستثناء بالنص على أنه في حالة تعدد مكان التنفيذ يعود الاختصاص إما إلى مكان التنفيذ الرئيسي أو إلى مكن إبرام العقد لأن مكان التنفيذ قد لا يكون واضحاً أيضاً⁽²⁾.

ثانياً: القاعدة الثانية : أما القاعدة الثانية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تحدد الاختصاص الإقليمي لجهات القضاء الإداري لمنازعات الصفقات العمومية فقد تضمنتها الفقرة الثالثة من المادة نفسها⁽³⁾ و التي تنص على ما يل : " في مادة العقود الإدارية ، مهما كانت طبيعتها ، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه " . و الملاحظ أن المشرع الجزائري قد استدرك النقص و استعمل صياغة أكثر وضوح و دقة بذكر مصطلح " العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها " وهذا يتضمن الصفقات العمومية باعتبارها نوع من أنواع العقود الإدارية⁽⁴⁾.

أما بالنسبة لقاعدة الاختصاص الإقليمي فإنه تم استعمال معيارين: مكان الإبرام أو مكان التنفيذ" ، وبهذا يكون المشرع قد تجنب النقد الذي وجه للقاعدة الثانية من قانون الإجراءات المدنية ، لأنه باستعمال المعيارين من شأنه أن يخفف حجم المنازعات على المحكمة الإدارية بالعاصمة للتوجه بإعمال المعيار الثاني " مكان التنفيذ" .

وهنا حق الخيار في استعمال المعيار (مكان إبرام أو مكان تنفيذ) يعود للمدعى الممارس للحماية القضائية ، فرافع الدعوى له أن يتوجه بدعواه إلى المحكمة الإدارية التي يريدّها .

ثالثاً: القاعدة الثالثة : أما القاعدة الثالثة المحددة للاختصاص الإقليمي بشأن منازعات الصفقات العمومية في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، قد أشارت إليها الفقرة السادسة من المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية السالفة الذكر أعلاه حيث نصت على " في مادة

(1) - عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، مرجع سابق ، ص 332 .

(2) - مسعود شيهوب ، مرجع سابق ، ص 122 .

(3) - أنظر نص المادة 804 من القانون رقم 08-09 ، مرجع سابق .

(4) - عز الدين كلوفي ، مرجع سابق ، ص 72 .

التوريدات أو الأشغال أو تأجير خدمات فنية أو صناعية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو مكان تنفيذه إذا كان أحد الأطراف يقيم به ."

ومضمون هذه القاعدة الثالثة هو أن المحكمة الإدارية المختصة إقليميا بالفصل في المنازعة التي يكون أحد موضوعاتها صفقة توريد (اقتناء لوازم) أو صفقة أشغال عمومية واللذين هما نوعين من أنواع الصفقات العمومية هي المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان الإبرام أو مكان التنفيذ بشرط أن يكون أحد أطرافها مقيما بهذا المكان والا فإنه تطبق القاعدة العامة المتمثل في المحكمة الإدارية التي يقع بدائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وهو اختلاف جوهري على ما تضمنته القاعدة الثالثة في ظل قانون الإجراءات المدنية و التي ضمنها يكون جميع المعايير محل اختيار إذا توفر الشرط .

أما بالنسبة للنقد الموجه للقاعدة الثالثة هو التكرار المؤدي إلى التناقض⁽¹⁾، وذلك بشأن صفقة الأشغال العمومية مع القاعدة المشار إليها أولا ، إذ وقع المشروع في تنازع للاختصاص الإقليمي بشأن المنازعات المتعلقة بصفقة الأشغال العمومية إذا ما كانت المحكمة الإدارية التي يقع بدائرة اختصاصها مكان التنفيذ طبقا للمادة 804 الفقرة 02 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أم يعود الاختصاص الإقليمي إلى المحكمة الإدارية التي يقع بدائرة اختصاصها موطن المدعى عليه أو المحكمة الإدارية التي يقع بدائرة اختصاصها مكان إبرام أو التنفيذ إذا كان أحد الأطراف مقيما بذلك المكان طبقا للفقرة 06 من نفس المادة .

و منه فالقاعدة التي على أساسها يتم تحديد الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية المختصة بالفصل في منازعات الصفقات العمومية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية تختلف بحسب نوع موضوع الصفقة العمومية .

إذا كان موضوع الصفقة العمومية إنجاز أشغال عمومية فإن المحكمة الإدارية المختصة بالفصل في منازعاتها هي المحكمة الإدارية التي يقع بدائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال

(1) - عمار بوضياف ، القضاء الإداري في الجزائر : دراسة وصفية تحليلية مقارنة ، مرجع سابق ص ، 122 . 123 .

حسب القاعدة المشار إليها بالفقرة 03 من المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية كما أن القاعدة المذكورة بالفقرة 06 من المادة نفسها تنطبق على منازعات صفقات الأشغال العمومية و التي تمنح الاختصاص الإقليمي للمحكمة الإدارية التي يقع بدائرة اختصاصها مكان الإبرام أو مكان التنفيذ على شرط أن يكون أحد الأطراف يقيم به. و إلا يتم إعمال القاعدة الأصلية المتمثلة في المحكمة الإدارية التي يقع بدائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، إذا هذا هو محل التناقض الصارخ و الصريح⁽¹⁾.

أما إذا كان موضوع الصفقة العمومية اقتناء اللوازم فإن الفصل في منازعاتها يؤول إلى المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان الإبرام أو التنفيذ بشرط أن يكون أحد الأطراف يقيم بذلك المكان والا تكون المحكمة الإدارية التي يقع بدائرة اختصاصها موطن المدعى عليه هي المختصة بالفصل في هذه المنازعة وهنا يتم تطبيق الفقرة 06 من المادة 804. أما إذا كان موضوع الصفقة العمومية أحد الأنواع المتبقية والمتمثلة في إنجاز دراسات أو تقديم خدمات فإن المحكمة الإدارية المختصة إقليميا بالفصل في منازعاتها هي المحكمة الإدارية التي يقع بدائرة اختصاصها مكان إبرامها أو مكان تنفيذها طبقا للفقرة الثالثة من المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

الفرع الثالث: الاستثناءات الواردة عن القاعدة

إن المشرع الجزائري وضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، أورد استثناءات على القواعد المحددة للاختصاص الإقليمي ضمن منازعات القضاء الإداري بصفة عامة ، والتي من بينها منازعات الصفقة العمومية، وهي تسري على قواعد الاختصاص الإقليمي لمنازعات الصفقات العمومية، وتتمثل فيما يلي :

(1)- أنظر الفقرة 3 و 6 من نص المادة 804 من قانون رقم 08-09 ، مرجع سابق .

أولاً-الاستثناء الأول : قد نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 809 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (1) ، وتتمثل في حالة رفع دعوى واحدة فقط بطلبات مستقلة أمام المحكمة الإدارية المختصة نوعيا و إقليميا بالفصل وفقا لقواعد الاختصاص المحددة قانونا ، ويتبين أن طلبات هذه الدعوى مرتبطة جزئيا بطلبات من اختصاص مجلس الدولة للبت فيها ، فهنا يتم إحالة جميع الطلبات من طرف رئيس المحكمة الإدارية إلى مجلس الدولة الذي يفصل في المنازعات بجميع طلباتها ، ويظهر جليا في هذه الحالة أن المحكمة الإدارية المختصة إقليميا بالفصل في منازعة من منازعات القانون الإداري بصفة عامة أو منازعة من منازعات الصفقات العمومية بصفة خاصة ، وإن هذه المحكمة الإدارية كاستثناء لا تفصل في هذه المنازعة وتحيلها إلى مجلس الدولة لكي يفصل فيها وذلك لارتباط في الطلبات بين الهيئتين .

ثانيا-الاستثناء الثاني : أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة نفسها، ويشترط في هذه الحالة أن تكون هناك دعوتان قد رفعتا أمام جهتين قضائيتين إداريتين ، كل دعوى بطلبات مستقلة عن الأخرى ، الدعوى الأولى أمام المحكمة الإدارية المختصة نوعيا و إقليميا بالفصل في المنازعات المعروضة عليها، والدعوى الثانية مرفوعة أمام مجلس الدولة بطلبات تدخل ضمن اختصاصه أيضا ، وأمام هذا الارتباط في الطلبات القضائية بين الدعوتين، تقوم المحكمة الإدارية بإحالة الملف عن طريق رئيس المحكمة الإدارية إلى مجلس الدولة ، الذي يقوم بالفصل في المنازعة برمتها، وأن المحكمة الإدارية المختصة إقليميا استثناءا عن القاعدة لا تقوم بالفصل في الدعوى المعروضة أمامها ، ويتم الفصل فيها من طرف مجلس الدولة وذلك عن طريق الإحالة .

ثالثا-الاستثناء الثالث : وقد تضمنته المادة 810 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية(2) ويتمثل هذا الاستثناء بأن ترفع دعوى واحدة فقط بطلبات مستقلة أمام المحكمة الإدارية المختصة إقليميا بالفصل فيها ، ويظهر من أوراق الملف أن هناك طلبات مرتبطة بهذه الدعوى

(1) - أنظر نص المادة 809 من القانون رقم 08-09 ، مرجع سابق .

(2) - أنظر نص المادة 810 ، نفس المرجع .

من اختصاص إقليمي لمحكمة إدارية أخرى. فهنا تقوم المحكمة الإدارية المختصة إقليمياً بالنظر في الطلبات المرتبطة ولم ترفع أمامها دعوى بعد بتلك الطلبات، فإنه استثناءً تفصل المحكمة الإدارية المرفوع أمامها المنازعة في الطلبات جميعها .

وهذا الاستثناء يسري كذلك على المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية وتجدر الملاحظة في هذه الحالة، أن الشرط الواجب توفره حتى تقوم المحكمة الإدارية المعروضة عليها المنازعة بالفصل فيها، هو أن لا ترفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية الثانية، وإلا نكون أمام تنازع الاختصاص الإقليمي، وهنا نكون أمام الحالة التي نصت عليها المادة 811 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽¹⁾ والتي لا تتعلق بالاستثناءات وإنما تبين طريقة الفصل في تنازع الاختصاص .

وإن حالات الاستثناء تختلف عن مسألة تنازع الاختصاص، في كون أن الجهة القضائية الإدارية المعروض عليها حالة الاستثناء تفصل في المنازعة بجميع طلباتها بما في ذلك الطلبات المرتبطة، أما في مسألة تنازع الاختصاص فإن الجهة القضائية المحال أمامها الملف تفصل في مسألة التنازع فقط ، وذلك بتحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في المنازعة وإحالة عليها الملف من جديد للفصل في موضوع المنازعة⁽²⁾.

كما تجدر الإشارة إلى أن قواعد الاختصاص الإقليمي في منازعات القضاء الإداري المنصوص عليها ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، تتميز بكونها من النظام العام ، فهي تثار في أي مرحلة كانت عليها الدعوى و لا يشترط تمسك أحد الأطراف بها بل يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه ، هذا ما كرسته المادة 807 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، وهذا يختلف عن مميزات قواعد الاختصاص الإقليمي في منازعات القضاء العادي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية وفقاً لما يُلحظ من نص المواد 45،46،47 من هذا القانون⁽³⁾ .

(1) - أنظر نص المادة 811 من القانون رقم 08-09 ، نفس المرجع .

(2) - مسعود شيهوب ، مرجع سابق ، ص، 191، 192 .

(3) - أنظر نص المواد: 45، 46، 47 ، نفس المرجع .

و مما سبق يمكن القول بأن الإشكالات التي تتخبط فيها المادة 02 من تنظيم الصفقات العمومية ترجع إلى سببين إثنين وهما :

* - الأول : يتمثل في المعيار الذي تبناه المشرع الجزائري في تحديد جهة الإختصاص النوعي وإسناد المنازعة لجهة القضاء الإداري .

* - و الثاني : يتمثل في المعيار المعتمد في تحديد مجال تطبيق تنظيم الصفقات العمومية وعدم تطابق المعيارين .

كذلك قواعد الاختصاص الإقليمي لجهات القضاء الإداري في المنازعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية هي الأخرى ليست في منأى عن هذا النقد و لا التخبط في الإشكالات القانونية ، فهي و إن كانت بأقل حدة من قواعد الاختصاص النوعي في مجال منازعات الصفقات العمومية، إلا أنها تعاني جملة من التناقضات والإشكالات القانونية يرجع أساسها لعدم دقة المشرع في صياغته عند وضع النصوص القانونية التي تضبط هذا المجال .

و بإمكان هذا الأخير أن يتفادى النقد وبزيل كل تلك الإشكالات ، و ذلك بإختياره لقاعدة جامعة ومانعة تضبط قواعد الإختصاص الإقليمي في مجال منازعات تنفيذ الصفقات العمومية، محاولا بذلك التخلص نهائيا من مجموعة القواعد التي بها تناقض و اختلاف .

ويتم هذا بجمعه لكل أنواع الصفقات العمومية ضمن قاعدة موحدة .

خلاصة الفصل الثاني :

أحاط المشرع الجزائري الصفقات العمومية بمجموعة من الضوابط و القيود ، و خصوصا خلال مرحلة التنفيذ ، كما ضمن لأطراف الصفقة الحقوق والالتزامات الواجبة لكل طرف التقيد بها و عدم الخروج عنها ، وفقا للمبادئ التي أقرها المشرع (النزاهة ، المساواة و العلانية) . رغم هذا ، فإنه تظهر خلال التنفيذ منازعات متعددة قد تنظر بطرف على حساب طرف آخر .

و عليه فالمشرع الجزائري استحدث مجموعة من الضمانات القانونية من خلال قانون

الصفقات 10-236 ، واضعا أطر لتسوية هذه النزاعات التي تنشأ بين المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد ، وذلك من خلال آليتي :التسوية الودية و التسوية القضائية في حال فشل الألية الأولى فإنه يمكن اللجوء الى القضاء الذي يختص بالنظر للدعاوى المتعلقة بالصفقة موضوع المنازعة في أي مرحلة من مراحلها للمطالبة بإبطال وفسخ الصفقات العمومية ، بناءا على الحالات التي يقرها القاضي الاداري ، و الحكم بالتعويض من أجل الحفاظ على التوازن المالي للصفقة العمومية ، و حماية حقوق الطرف المتضرر من جهة ، و حفاظا على الصالح العام من جهة أخرى .

خاتمة :

يمكن القول عموماً - وبناءً على ما سبق - أنه رغم الاهتمام الواضع للمشرع الجزائري بموضوع الصفقات العمومية و الذي نلمسه من خلال الترسانة القانونية المنظمة لها بداية من ضبطها إلى تحديد أنواعها وطرق وأساليب إبرامها مبيناً في نفس الوقت الاجراءات المتبعة في كل أسلوب .

إلا أن ما يأخذ على المشرع الجزائري أنه أغفل بصورة واضحة الاهتمام بنزاعات الصفقات العمومية عامة و منازعات التنفيذ بصفة خاصة ، فالمقام الوحيد الذي نجده قد تكلم فيه عنها هو القسم الفرعي الثالث من القسم السابع من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم . فالمادة 115 كل ما أشارت إليه أن النزاعات التي تقوم في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية تسوى وفقاً للأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها دون أن توضح هذه الأحكام ولا أن ينظم إجراءاتها ، ففي نص هذه المادة ألزم المصلحة المتعاقدة على ضرورة إيجاد حل ودي لفض نزاعاتها دون أن يحدد هذه الحلول. و إكتفى بالاحالة إلى التشريع و التنظيم المعمول بهما ، وحبذا لو تجمع كل النصوص المتعلقة بالصفقات العمومية ضمن منظومة قانونية واحدة .

و يمكن القول أن أهم إشكال صادفنا ونحن بصدد معالجة هذا الموضوع هو المعيار العضوي-كما سبق وأشرنا -الذي تبناه المشرع الجزائري كأساس لتحديد الجهة القضائية المختصة بنظر النزاع ، فتوسيعه له من جهة وتضييقه من جهة أخرى إستلزمنا البحث في كل نزاع على حدا خاصة في حال تعلق الأمر بصفقة مبرمة من طرف المؤسسات العمومية ذات الصبغة الصناعية و التجارية .

فخضوع الصفقات العمومية لاختصاص قضائي مزدوج: القضاء العادي والقضاء الإداري من شأنه إثارة مسألة تنازع الاختصاص ، لذا نرى أنه من الضروري إعادة النظر في المادة 02 من قانون الصفقات العمومية أو في المعيار المكرس في قانون الاجراءات الادارية و المدنية بموجب المادة 800 . بإعتبار أن القضاء الإداري يعتبر صاحب الاختصاص الأصلي بالنسبة للصفقات العمومية ، إلا أن عكس ما تنص عليه المادة 02 من قانون الصفقات العمومية

لا ينظر إذا كانت صفقات المؤسسات العمومية ذات الصبغة الصناعية و التجارية المعروضة عليه ممولة من ميزانية الدولة من عدمه ، وإنما يقضي مباشرة بعدم اختصاصه و هذا حسب رأينا غير مقبول .

و إذا كان القضاء هو المفسر للقاعدة القانونية ، فإننا ندعو إلى ضرورة توحيد الاجتهاد القضائي ، و ضرورة الاستقرار على معيار واحد ، إذ لا يمكن تأسيس الاختصاص أحيانا إستنادا إلى موضوع العقد أو قيمته المالية ، و أحيانا أخرى استنادا إلى أطراف النزاع . كما أن غياب تشريع موحد ينظم نزاعات الصفقات العمومية كان حجرة عثرة في تغطية كافة جوانبها كما يجب ، فمن النزاعات ما أشار إليه قانون الصفقات العمومية (المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل و المتمم) في حين أن جزء منها تمت دراسته بالقياس على القواعد العامة المنصوص عليها في ظل قانون الاجراءات المدنية و الإدارية (القانون رقم 08-09) .

وأما كل هذا الغموض الذي يعتري منازعات تنفيذ الصفقات العمومية و الذي حاولنا توضيح بعض النقاط فيه إلا أن السؤال يبقى مطروحا حول إمكانية وجود احتمال لتدارك كل هذه النقاط ووضع حد لهذا الإشكال وخاصة ذلك الذي يتعلق بالمعيار العضوي المتبنى من طرف المشرع الجزائري و الذي يطرح الكثير من التساؤلات على الصعيد الفقهي أو القضائي.

*** تم بعون الله وحده ***
ونسأله أن يكتبه خالصا لوجهه
سبحانه و تعالى

قائمة المصادر والمراجع

أولا : النصوص الرسمية

1- الدستور:

-دستور الجمهورية الجزائرية 1996 المعدل و المتمم بموجب قانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 ، ج.ر ، العدد 63 ، الصادر بتاريخ 16 نوفمبر 2008 ، طبعة وزارة العدل ، الجزائر .

2- النصوص التشريعية :

-الأمر رقم 95-70 المؤرخ في 25 أكتوبر 1995 المتعلق بقانون التأمينات ، ج.ر ، العدد 13 ، المؤرخة في 08 مارس 1995 ، المعدل و المتمم بقانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فيفري 2006 ، ج.ر ، العدد 15 ، المؤرخة 12 مارس 2006 .

-الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري ، ج.ر ، العدد 78 ، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007 المتضمن القانون المدني .

-قانون رقم 88-01 المؤرخ في 12 يناير 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية ، ج.ر ، العدد 02 ، المؤرخة في 13 جانفي 1988 (ملغى جزئيا) ، بموجب الأمر رقم 95-25 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995 المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة ، ج.ر ، العدد 55 ، المؤرخة في 27 سبتمبر 1995 (الملغى) .

-قانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ، ج.ر ، العدد 14 ، المؤرخة في 08 مارس 2006 المعدل و المتمم .

-قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الإدارية ، ج.ر ، العدد 21 ، المؤرخة في 23 أبريل 2008 .

3- النصوص التنظيمية :

-المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 يوليو 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ج.ر ، العدد 52 ، المؤرخة في 28 يوليو 2002 الملغى بالمرسوم الرئاسي رقم 10-236 .

-المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ج.ر ، العدد 62 ، المؤرخة في 09 نوفمبر 2008 .

-المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 اكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ج.ر ، العدد 58 ، المؤرخة في 07 نوفمبر 2010 .

- المرسوم الرئاسي رقم 12-23 المؤرخ في 18 يناير 2012 يعدل و يتم المرسوم الرئاسي رقم 10-236، ج.ر ، العدد 04 ، المؤرخة في 26 جانفي 2012 .
- المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ج.ر ، العدد 57 لسنة 1991 (الملغى) بالمرسوم الرئاسي رقم 02-205 .
- قرار مؤرخ في 21 نوفمبر 1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الادارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد الأشغال العمومية و النقل ، ح.ر ، العدد 06 ، المؤرخة في 19 يناير 1964 .
- قرار في 28 مارس 2011 يحدد البيانات التي تضمنها الإعذار وأجال نشره ، ج.ر ، العدد 24 ، المؤرخة في أبريل 2011 .
- قرار وزاري مؤرخ في 28 مارس 2011 عن وزير المالية يبين كيفية الدفع المباشر للمتعامل الثانوي ، ج.ر ، العدد 24 ، المؤرخة في 18 جويلية 2011 .

4- الاجتهادات القضائية :

- قرار محكمة التنازع صادر بتاريخ 17 ماي 2005 ملف رقم 16 فهرس رقم 01 ، مجلة مجلس الدولة ، العدد 08 ، الجزائر ، 2006 .
- قرار محكمة التنازع صادر بتاريخ 17 ماي 2005 ملف رقم 17 فهرس رقم 02 ، مجلة مجلس الدولة ، العدد 08 ، الجزائر ، 2006 .

ثانيا : الكتب

أ- الكتب باللغة العربية :

1. ابراهيم الشهاوي ، **عقد إمتياز المرفق العام (دراسة مقارنة)** ، مؤسسة الطوابجي ، مصر ، 2003 .
2. احمد ابو الوفا، **عقد التحكيم و اجراءاته** ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، 2007 .
3. أحمد بدر سلامة ، **العقود الإدارية و عقد الثبوت** ، مكتبة دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 .
4. احمد بلقاسم ، **التحكيم الدولي** ، دار هومة للطباعة ، الجزائر ، 2006 .
5. احمد محمود جمعة ، **العقود الادارية (طبقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديدة)** ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2002 .
6. احمد مليجي ، **الاختصاص: القيمي والنوعي للمحاكم** ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1992 .
7. بشير الصليبي ، **الحلول البديلة للنزاعات المدنية** ، دار وائل للنشر ، الاردن ، 2010 .

8. حمدي القبيلات ، القانون الإداري ، الجزء الثاني ، دار وائل للنشر ، الأردن ، 2010 .
9. حمد محمود الشلماني ، إمتيازات السلطة العامة في العقد الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2007 .
10. حسين النيداني الأنصاري ، الصلح القضائي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2011 .
11. رشيد خلوفي ، قانون المنازعات الإدارية: تنظيم واختصاص القضاء الإداري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2005 .
12. رياض عيسى ، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن والجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 1985 .
13. مازن ليلو راضي ، العقد الإداري في القانون الليبي المقارن مع شرح لائحة العقود الإدارية (رقم 812) لسنة 1999 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2009 .
14. ----- ، العقود الإدارية و التحكيم ، دار قنديل للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2001 .
15. ماجد راغب الحلو ، العقد الإداري و التحكيم ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2004 .
16. محمد الصغير بعلي ، العقود الإدارية ، دار العلوم ، الجزائر ، 2005 .
17. ----- ، الغرفة الإدارية ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2005 .
18. ----- ، الوسيط في المنازعات الإدارية ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، الجزائر، 2009.
19. محمد السيد عمر التحيوي ، أنواع التحكيم وتميزه عن المصالح والوكالة والخبرة ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، 2002 .
20. محمد خلف الجبوري ، العقود الإدارية ، دار الثقافة القانونية ، عمان ، 1988 .
21. مصطفى ابو زيد فهمي ، الادارة العامة نشاطها وأموالها ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2002 .
22. محمد عاطف البنا ، العقود الإدارية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2007 .
23. محمد عقلة خلدون ، أحكام الشفاعة (الوساطة و المعاملات) و آثارهما في الحقوق ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2011 .
24. محمد فؤاد عبد الباسط ، العقد الإداري (المقومات-الاجراءات-الآثار) ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2006 .

25. ----- ، القانون الاداري (التنظيم الاداري ، النشاط الاداري ، وسائل الادارة) ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2005 .
26. مسعود شيهوب ، المبادئ العامة للمنازعات الادارية:نظرية الاختصاص ، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات، الجامعية ، الجزائر ، 2009 .
27. ناصر لباد ، الوجيز في القانون الاداري (التنظيم الاداري، النشاط الاداري)، لباد للنشر، الجزائر، 2006.
28. نبيل صقر ، الوسيط في شرح قانون الاجراءات المدنية:الصلح،الوساطة،التحكيم ، دار الهدى للنشر ، الجزائر ، 2008 .
29. نصر الدين محمد بشير ، غرامة التأخير في العقد الاداري و آثاره في تسيير المرفق العام ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2007 .
30. نصري منصور النابلسي ، العقود الادارية (دراسة مقارنة) ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان ، 1993 .
31. عادل بوعمران ، النظرية العامة للقرارات والعقود الادارية (دراسة فقهية تشريعية و قضائية) ، دار الهدى للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2010 .
32. عبد الحميد الشواربي ، العقد الاداري على ضوء الفقه و القضاء والتشريع ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2003.
33. عبد الرحمن بريارة ، شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية رقم 08-09 المؤرخ في 23 فيفري 2008 ، منشورات بغدادي ، الجزائر ، 2009 .
34. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الادارية (الابرام-التنفيذ-المنازعات) ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2007 .
35. ----- ، التحكيم في منازعات العقود الادارية الداخلية و الدولية ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، 2006 .
36. ----- ، تنفيذ العقد الاداري و تسوية منازعاته قضاء و تحكيما ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2009 .
37. ----- ، مسؤولية الادارة في تصرفاتها القانونية (القرارات الادارية والعقود الادارية) ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2007 .

38. عبد الوهاب محمد رفعت ، القضاء الاداري ، الكتاب الأول : مبدأ المشروعية و تنظيم القضاء الاداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2005 .
39. عزالدين كلوفي ، نظام المنازعات في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، دار النشر جيطلي ، الجزائر ، 2012 .
40. علي خطار شنتاوي ، موسوعة القضاء الاداري ، الجزء الأول ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الأردن ، 2004 .
41. عمار بوضياف ، الصفقات العمومية في الجزائر (دراسة تشريعية و قضائية و فقهية) ، جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2007 .
42. ----- ، القضاء الاداري في الجزائر: دراسة وصفقة،تحليلية،مقارنة ، جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2008 .
43. ----- ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2011 .
44. عمار عوابدي ، القانون الاداري ، الجزء الثاني ، ديوان النطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2000 .
45. سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الادارية (دراسة مقارنة) ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1991 .
46. ----- ، مبادئ القانون الاداري: دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2007 .

ب- الكتب باللغة الفرنسية :

1. André DE LAUBADERE ,Yves GAUDEMET ,**Traité de droit administratif** , Tome 2 , 11^{eme} ed , L.G.D.J, Delta , Paris , 2002 .
2. Christophe LAJOYE , **Droit des marchés publics** ,Berti éditions , Alger,2007.
3. Frédéric ALLAIR , **L'essentiel du droit des marchés publics** , 2^{eme} éd , lextenso éditions , paris , 2009 .
4. Mohamed KOBAN , **le régime juridique des contrats du secteur public** , OPU , Alger , 1984 .
5. Richer LAURANT , **Les contrats administratifs** , Dalloz , paris , 1991 .

ثالثا : الرسائل و المذكرات

1- الرسائل :

-صدراتي صدراتي ، نظرية التوازن المالي للعقد الاداري ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، 1984 .

2- المذكرات :

-حمزة خضري ، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق و العلوم الاقتصادية ، جامعة بسكرة ، 2005 .

رابعا : المجلات

-محمود أبو السعود ، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الاداري ، مجلة العلوم القانونية

و الاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، العدد 01 ، مصر ، 1997 .

-حسين درويش ، الجزاءات المالية في العقود الإدارية ، مجلة العدالة ، الامارات العربية ، العدد 19 ، 1998 .

-مجلة مجلس الدولة ، العدد 02 ، الجزائر ، 2002 .

-عبد الكريم بودريوه ، جزاءات مخالفة القرارات الادارية لقواعد المشروعية : درجات البطلان في القرارات الادارية ، مجلس الدولة ، الجزائر ، العدد 05 ، 2004 .

-مجلة مجلس الدولة ، الجزائر ، العدد 08 ، 2006 .

-مجلة مجلس الدولة ، الجزائر ، العدد 09 ، 2009 .

-مجلة المحكمة العليا، الجزائر، عدد خاص، محكمة التنازع ، الاجتهادات القضائية ، قسم الوثائق، 2009.

خامسا : الملتقيات

-عبد الكريم بودريوه ، <<هل تخلق المشرع الجزائري عن المعيار العضوي كأساس لاختصاص القضاء

الإداري؟ >> ، الملتقى الوطني حول قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، جامعة سيدي بلعباس ،

208-29 أبريل 2009 .

قائمة المصادر والمراجع

أولا : المصادر الرسمية

1- الدستور:

-دستور الجمهورية الجزائرية 1996 المعدل و المتمم بموجب قانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 ، ج.ر ، العدد 63 ، الصادر بتاريخ 16 نوفمبر 2008 ، طبعة وزارة العدل ، الجزائر .

2- النصوص التشريعية :

-قانون رقم 88-01 المؤرخ في 12 يناير 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية ، ج.ر ، العدد 02 ، المؤرخة في 13 جانفي 1988 (ملغى جزئيا) ، بموجب الأمر رقم 95-25 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995 المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة ، ج.ر ، العدد 55، المؤرخة في 27 سبتمبر 1995 (الملغى) .

-قانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ، ج.ر، العدد 14، المؤرخة في 08 مارس 2006 المعدل و المتمم .

-قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الإدارية ، ج.ر ، العدد 21 ، المؤرخة في 23 أبريل 2008 .

-الأمر رقم 95-70 المؤرخ في 25 أكتوبر 1995 المتعلق بقانون التأمينات ، ج.ر ، العدد 13 ، المؤرخة في 08 مارس 1995 ، المعدل و المتمم بقانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فيفري 2006 ، ج.ر، العدد 15 ، المؤرخة 12 مارس 2006 .

-الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري ، ج.ر، العدد 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007 المتضمن القانون المدني .

3- النصوص التنظيمية :

-المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 يوليو 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ج.ر ، العدد 52 ، المؤرخة في 28 يوليو 2002 الملغى بالمرسوم الرئاسي رقم 10-236 .

-المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ج.ر ، العدد 62 ، المؤرخة في 09 نوفمبر 2008 .

-المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 اكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ج.ر، العدد 58 ، المؤرخة في 07 نوفمبر 2010 .

- المرسوم الرئاسي رقم 12-23 المؤرخ في 18 يناير 2012 يعدل و يتم المرسوم الرئاسي رقم 10-236، ج.ر ، العدد 04 ، المؤرخة في 26 جانفي 2012 .
- المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ج.ر ، العدد 57 لسنة 1991 (الملغى) بالمرسوم الرئاسي رقم 02-205 .
- قرار مؤرخ في 21 نوفمبر 1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الادارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد الأشغال العمومية و النقل ، ح.ر ، العدد 06 ، المؤرخة في 19 يناير 1964 .
- قرار في 28 مارس 2011 يحدد البيانات التي تضمنها الإعذار وأجال نشره ، ج.ر ، العدد 24 ، المؤرخة في أبريل 2011 .
- قرار وزاري مؤرخ في 28 مارس 2011 عن وزير المالية يبين كيفية الدفع المباشر للمتعامل الثانوي ، ج.ر ، العدد 24 ، المؤرخة في 18 جويلية 2011 .

4- الاجتهادات القضائية :

- قرار محكمة التنازع صادر بتاريخ 17ماي 2005 ملف رقم 16 فهرس رقم 01 ، مجلة مجلس الدولة ، العدد 08 ، الجزائر ، 2006 .
- قرار محكمة التنازع صادر بتاريخ 17ماي 2005 ملف رقم 17 فهرس رقم 02 ، مجلة مجلس الدولة ، العدد 08 ، الجزائر ، 2006 .

ثانيا : الكتب

أ- الكتب باللغة العربية :

1. ابراهيم الشهاوي ، **عقد إمتياز المرفق العام (دراسة مقارنة)** ، مؤسسة الطوابجي ، مصر ، 2003 .
2. احمد ابو الوفا، **عقد التحكيم و اجراءاته** ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، 2007 .
3. أحمد بدر سلامة ، **العقود الإدارية و عقد الثبوت** ، مكتبة دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 .
4. احمد بلقاسم ، **التحكيم الدولي** ، دار هومة للطباعة ، الجزائر ، 2006 .
5. احمد محمود جمعة ، **العقود الادارية (طبقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديدة)** ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2002 .
6. احمد مليجي ، **الاختصاص: القيمي والنوعي للمحاكم** ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1992 .
7. بشير الصليبي ، **الحلول البديلة للنزاعات المدنية** ، دار وائل للنشر ، الاردن ، 2010 .

8. حمدي القبيلات ، القانون الإداري ، الجزء الثاني ، دار وائل للنشر ، الأردن ، 2010 .
9. حمد محمود الشلماني ، إمتيازات السلطة العامة في العقد الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2007 .
10. حسين النيداني الأنصاري ، الصلح القضائي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2011 .
11. رشيد خلوفي ، قانون المنازعات الإدارية: تنظيم واختصاص القضاء الإداري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2005 .
12. رياض عيسى ، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن والجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 1985 .
13. مازن ليلو راضي ، العقد الإداري في القانون الليبي المقارن مع شرح لائحة العقود الإدارية (رقم 812) لسنة 1999 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2009 .
14. ----- ، العقود الإدارية و التحكيم ، دار قنديل للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2001 .
15. ماجد راغب الحلو ، العقد الإداري و التحكيم ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2004 .
16. محمد الصغير بعلي ، العقود الإدارية ، دار العلوم ، الجزائر ، 2005 .
17. ----- ، الغرفة الإدارية ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2005 .
18. ----- ، الوسيط في المنازعات الإدارية ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، الجزائر، 2009.
19. محمد السيد عمر التحيوي ، أنواع التحكيم وتميزه عن المصالح والوكالة والخبرة ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، 2002 .
20. محمد خلف الجبوري ، العقود الإدارية ، دار الثقافة القانونية ، عمان ، 1988 .
21. مصطفى ابو زيد فهمي ، الادارة العامة نشاطها وأموالها ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2002 .
22. محمد عاطف البنا ، العقود الإدارية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2007 .
23. محمد عقلة خلدون ، أحكام الشفاعة (الوساطة و المعاملات) و آثارهما في الحقوق ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2011 .
24. محمد فؤاد عبد الباسط ، العقد الإداري (المقومات-الاجراءات-الآثار) ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2006 .

25. ----- ، القانون الاداري (التنظيم الاداري ، النشاط الاداري ، وسائل الادارة) ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2005 .
26. مسعود شيهوب ، المبادئ العامة للمنازعات الادارية:نظرية الاختصاص ، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات، الجامعية ، الجزائر ، 2009 .
27. ناصر لباد ، الوجيز في القانون الاداري (التنظيم الاداري، النشاط الاداري)، لباد للنشر، الجزائر، 2006.
28. نبيل صقر ، الوسيط في شرح قانون الاجراءات المدنية:الصلح،الوساطة،التحكيم ، دار الهدى للنشر ، الجزائر ، 2008 .
29. نصر الدين محمد بشير ، غرامة التأخير في العقد الاداري و آثاره في تسيير المرفق العام ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2007 .
30. نصري منصور النابلسي ، العقود الادارية (دراسة مقارنة) ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان ، 1993 .
31. عادل بوعمران ، النظرية العامة للقرارات والعقود الادارية (دراسة فقهية تشريعية و قضائية) ، دار الهدى للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2010 .
32. عبد الحميد الشواربي ، العقد الاداري على ضوء الفقه و القضاء والتشريع ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2003.
33. عبد الرحمن بريارة ، شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية رقم 08-09 المؤرخ في 23 فيفري 2008 ، منشورات بغدادي ، الجزائر ، 2009 .
34. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الادارية (الابرام-التنفيذ-المنازعات) ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2007 .
35. ----- ، التحكيم في منازعات العقود الادارية الداخلية و الدولية ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، 2006 .
36. ----- ، تنفيذ العقد الاداري و تسوية منازعاته قضاء و تحكيما ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2009 .
37. ----- ، مسؤولية الادارة في تصرفاتها القانونية (القرارات الادارية والعقود الادارية) ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2007 .

38. عبد الوهاب محمد رفعت ، القضاء الاداري ، الكتاب الأول : مبدأ المشروعية و تنظيم القضاء الاداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2005 .
39. عزالدين كلوفي ، نظام المنازعات في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، دار النشر جيطلي ، الجزائر ، 2012 .
40. علي خطار شنتاوي ، موسوعة القضاء الاداري ، الجزء الأول ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الأردن ، 2004 .
41. عمار بوضياف ، الصفقات العمومية في الجزائر (دراسة تشريعية و قضائية و فقهية) ، جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2007 .
42. ----- ، القضاء الاداري في الجزائر: دراسة وصفقة،تحليلية،مقارنة ، جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2008 .
43. ----- ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2011 .
44. عمار عوابدي ، القانون الاداري ، الجزء الثاني ، ديوان النطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2000 .
45. سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الادارية (دراسة مقارنة) ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1991 .
46. ----- ، مبادئ القانون الاداري: دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2007 .

ب- الكتب باللغة الفرنسية :

1. André DE LAUBADERE ,Yves GAUDEMET ,**Traité de droit administratif** , Tome 2 , 11^{eme} ed , L.G.D.J, Delta , Paris , 2002 .
2. Christophe LAJOYE , **Droit des marchés publics** ,Berti éditions , Alger,2007.
3. Frédéric ALLAIR , **L'essentiel du droit des marchés publics** , 2^{eme} éd , lextenso éditions , paris , 2009 .
4. Mohamed KOBTAN , **le régime juridique des contrats du secteur public** , OPU , Alger , 1984 .
5. Richer LAURANT , **Les contrats administratifs** , Dalloz , paris , 1991 .

ثالثا : الرسائل و المذكرات

1- الرسائل :

-صدراتي صدراتي ، نظرية التوازن المالي للعقد الاداري ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، 1984 .

2- المذكرات :

-حمزة خضري ، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق و العلوم الاقتصادية ، جامعة بسكرة ، 2005 .

رابعا : المجلات

-محمود أبو السعود ، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الاداري ، مجلة العلوم القانونية

و الاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، العدد 01 ، مصر ، 1997 .

-حسين درويش ، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، مجلة العدالة، الامارات العربية ، العدد 19، 1998.

-مجلة مجلس الدولة ، العدد 02 ، الجزائر ، 2002 .

-عبد الكريم بودريوة ، جزاءات مخالفة القرارات الادارية لقواعد المشروعية : درجات البطلان في القرارات

الادارية ، مجلس الدولة ، الجزائر ، العدد 05 ، 2004 .

-مجلة مجلس الدولة ، الجزائر ، العدد 08 ، 2006 .

-مجلة مجلس الدولة ، الجزائر ، العدد 09 ، 2009 .

-مجلة المحكمة العليا، الجزائر ، عدد خاص، محكمة التنازع ، الاجتهادات القضائية ، قسم الوثائق، 2009.

خامسا : الملتقيات

-عبد الكريم بودريوة ، <<هل تخلق المشرع الجزائري عن المعيار العضوي كأساس لاختصاص القضاء

الإداري؟ >> ، الملتقى الوطني حول قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، جامعة سيدي بلعباس ،

208-29 أبريل 2009 .

قائمة بالمختصرات

أولا - مختصرات اللغة العربية :

ج.ر : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ص ص : من الصفحة إلى الصفحة

ثانيا - مختصرات اللغة الفرنسية :

éd : édition

Ibid : Même ouvrage précédent

O.P.U : Office des Publications Universitaires

Op.Cit : Ouvrage précité

P : Page

L.G.D.J : Librairie Générale de Droit et Jurisprudence

فهرس المحتويات

مقدمة

الفصل الأول : الآثار المترتبة عن تنفيذ الصفقات العمومية

المبحث الأول : سلطات و حقوق المصلحة المتعاقدة

- المطلب الأول : سلطة المصلحة المتعاقدة في الرقابة و التوجيه 04
- الفرع الأول : مفهوم سلطة الرقابة و التوجيه 04
- الفرع الثاني : الأساس القانوني لسلطة الرقابة و التوجيه 06
- الفرع الثالث : مظاهر سلطة الرقابة و التوجيه 11
- المطلب الثاني: سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل شروط الصفقة العمومية 17
- الفرع الاول : تأصيل سلطة التعديل 18
- الفرع الثاني : الأساس القانوني لسلطة التعديل 19
- الفرع الثالث : آليات ممارسة سلطة التعديل 21
- المطلب الثالث: سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات 27
- الفرع الأول : سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات المالية 27
- الفرع الثاني : سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات الضاغطة 31
- الفرع الثالث : سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات الفاسخة 34

المبحث الثاني : حقوق و إلتزامات المتعامل المتعاقد

- المطلب الأول : حقوق المتعامل المتعاقد 39
- الفرع الأول : حق المتعامل المتعاقد في الحصول على المقابل المالي 39
- الفرع الثاني : حق المتعامل المتعاقد في الحصول على التعويض 46
- الفرع الثالث : حق المتعامل المتعاقد في إعادة التوازن المالي 51
- المطلب الثاني : إلتزامات المتعامل المتعاقد 57
- الفرع الأول : إلتزام المتعامل المتعاقد بتنفيذ بنود العقد 57
- الفرع الثاني : إلتزام المتعامل المتعاقد الشخصي بالتنفيذ 61
- الفرع الثالث : إلتزام المتعامل المتعاقد بدفع مبلغ الضمان 65

الفصل الثاني: آليات تسوية منازعات تنفيذ الصفقات العمومية

المبحث الأول : التسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية

- 77المطلب الأول : الصلح
- 77الفرع الأول : مفهوم الصلح
- 81الفرع الثاني : التنظيم القانوني للعملية الصلحية
- 85المطلب الثاني: الوساطة
- 86الفرع الاول : مفهوم الوساطة
- 88الفرع الثاني : التنظيم القانوني للوساطة
- 92المطلب الثالث: التحكيم
- 93الفرع الأول : مفهوم التحكيم
- 94الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للتحكيم
- 97الفرع الثالث : النظام القانوني للتحكيم في الصفقات العمومية

المبحث الثاني: التسوية القضائية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية

- 113المطلب الأول : الاختصاص النوعي و المعايير المتبعة في تحديده
- 113الفرع الأول : تعريف الاختصاص النوعي و تبيان أهميته
- 115الفرع الثاني : المعايير المتبعة في تحديد الاختصاص النوعي
- 117الفرع الثالث : معيار الاختصاص النوعي في التشريع الجزائري
- المطلب الثاني : إشكاليات الاختصاص النوعي في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية
- 123الفرع الأول : الإشكالية القانونية للاختصاص النوعي
- الفرع الثاني : الجهة القضائية المختصة نوعيا بالفصل في منازعات المؤسسات العمومية الممولة كلياً أو جزئياً من طرف الدولة
- 126الفرع الثالث : الجهة القضائية المختصة نوعيا بالفصل في منازعات المؤسسات العمومية الممولة من ولحسابها الخاص
- 129

المطلب الثالث: إشكاليات الاختصاص الإقليمي في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية
الفرع الأول : تعريف الاختصاص الإقليمي و تبيان أهميته 136
الفرع الثاني : تحديد قواعد الاختصاص الإقليمي 137
الفرع الثالث : الإستثناءات الواردة عن القاعدة 141

المراجع

خاتمة

الملخص

إن المنازعات القائمة في مرحلة تنفيذ الصفقات العمومية تنشأ نتيجة لوجود طرفين يسعى كل واحد منهما إلى تحقيق الغايات المرجوة من تعاقدته .

فالمصلحة المتعاقدة تسعى دائماً إلى تنفيذ مضمون الصفقات العمومية على أكمل وجه وفي الأجال المحددة في دفتر الشروط مراعاة للمصلحة العامة.

أما المتعامل المتعاقد فهدفه الوحيد هو الحصول على كافة مستحققاته عند التسليم النهائي للمشروع، وعدم تحميله أعباء إضافية.

وإن المساس بإحدى الحقوق السالفة الذكر يؤدي إلى نشأة المنازعة التي تتم تسويتها إما بالطريق الودي ، وذلك عن آليات : طريق الصلح أو عن طريق الوساطة أو التحكيم ، والتي لم ينص عليها تنظيم الصفقات العمومية، إنما نما نجدها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي يمثل الأصل.

وأما في حالة اللجوء إلى القضاء ، فإن الفصل في منازعات الصفقات العمومية تتجادلها جهتين قضائيتين مختلفتين:

- جهة القضاء الإداري ، كقاعدة عامة وفقاً للمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

- جهة القضاء العادي ، كاستثناء بشأن المؤسسات ذات الطابع الصناعي و التجاري إذا إنعدمت شروطها .

أما عن الدعاوى التي تمارس في مجال الصفقات العمومية فتتمثل في دعوى القضاء الكامل إذا كان موضوعها الالتزامات التعاقدية و التي تكون في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية .