جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

المركز القانوني للمتعامل المتعاقد

في ظل المرسوم الرئاسي 15- 247

المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: قانون إداري

إعداد الطالب:
وسيلة فوحمة

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
أ./ ريم سكفـــالي	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	رئيسا
أ./ مليكـــة بطينة	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	مشرفا ومقررا
أ./ عادل زلاسي	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	مناقشا

السنة الجامعية: 2017/2016

جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

المركز القانوني للمتعامل المتعاقد

في ظل المرسوم الرئاسي 15- 247

المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

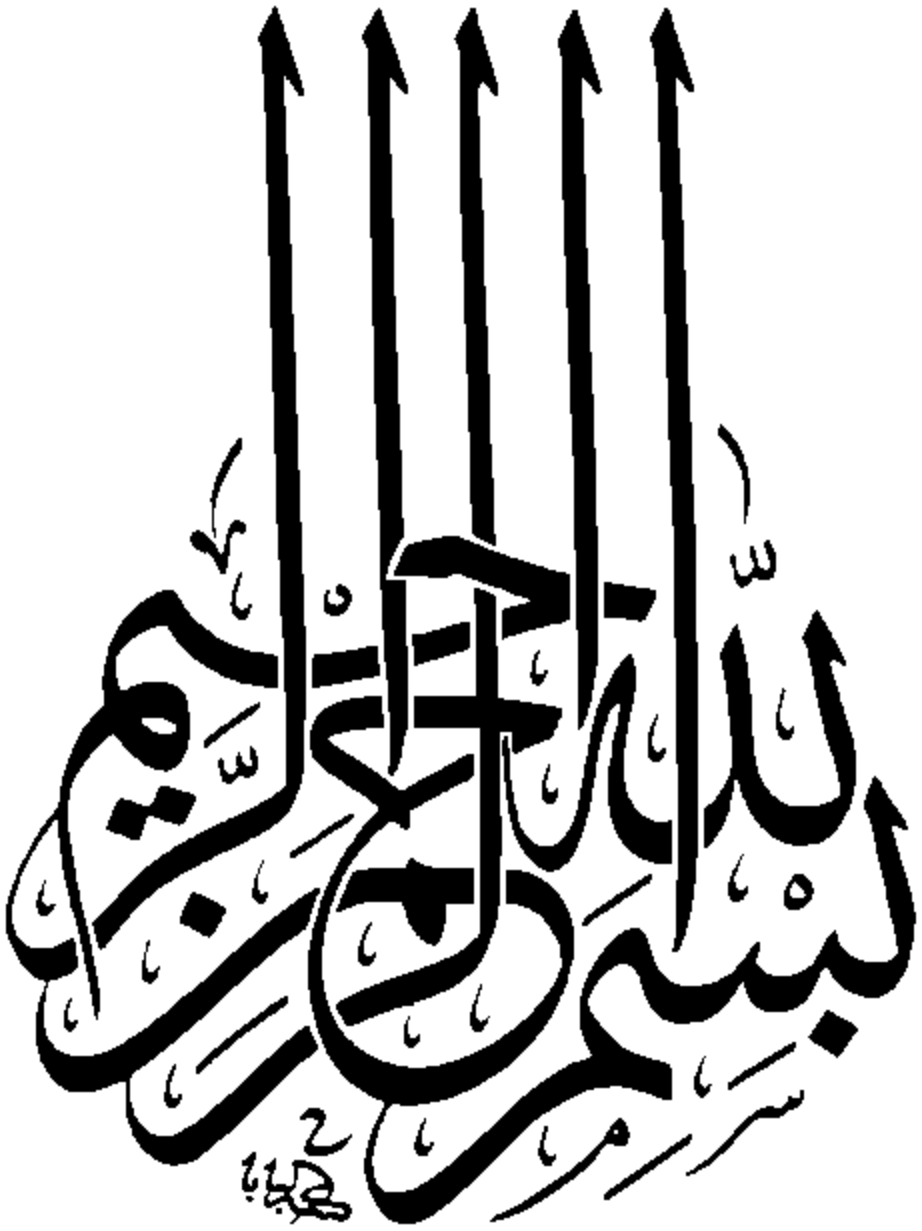
مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: قانون إداري

إعداد الطالب:
وسيلة فوحمة

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
أ./ ريم سكفـــالي	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	رئيسا
أ./ مليكـــة بطينة	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	مشرفا ومقررا
أ./ عادل زلاسي	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	مناقشا

السنة الجامعية: 2017/2016


بسم الله الرحمن الرحيم

تشكرات

الحمد لله الذي أحاطنا بالرعاية وحفظنا و سترنا و أمدنا بالعون للقيام بهذه الدراسة على أحسن وجه

لابد لنا ونحن نخطو خطواتنا الأخيرة في دراستنا هذه لابد من وقفة نعود بها إلى أعوام قضيناها في رحاب الجامعة

وقبل أن نمضي نقدم أسمى آيات الشكر و الإمتنان والتقدير والمحبة

إلى من حملوا أقدس رسالة في الحياة

إلى من مهدوا لنا طريق العلم والمعرفة

إلى جميع أساتذتنا الأفاضل

وخاصة الأستاذة المشرفة **مليكـــــــة بطينة**

وسيلة فـــوحمة

ملخص الدراسة

تعتبر الصفقات العمومية من اشهر العقود الإدارية التي يحوز قانونها أهمية كبيرة في القانون الإداري، حيث تتمتع في مواجهة المتعاقد معها بحقوق وسلطات واسعة خاصة بعد إبرام الصفقة، مما جعلنا نتساءل كيف نظم المشرع العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها وكيف ضمن حقوق هذا الأخير خاصة وأن المشرع قد منح الإدارة لتنفيذ هذه الصفقة صلاحيات عديدة كلها تؤدي إلى امكانية الضرر بالمتعاقد معها .

إلا أننا نجد ان الإدارة في حد ذاتها قد تواجهها مصاعب تؤدي الى الاخلال بتنفيذ الصفقة مما يؤدي إلى المساس بمبدأ استمرارية المرفق العام، وقد حرص المشرع في المرسوم الجديد على الإحاطة بجميع هذه الجوانب حرصا منه على تنمية المشاريع مع الحفاظ على النفقات العمومية خاصة بعد أن صادقت الجزائر على اتفاقيات مكافحة الفساد الدولية سنة 2014.

Résumé : فرنسية

Les marchés publics sont considérés comme les plus connus des contrats administratifs dont son code détient une grande importance dans la loi administrative, d'où ils jouissent des droits et larges pouvoirs contre le contractant surtout après la ratification du contrat. Ce qui nous fait demander comment le législateur a pu organisé le contrat ratifié entre l'administration et le contractant et comment il a garantie ses droits , surtout que le législateur a attribué à l'administration maintes pouvoirs pour l'exécution du présent marché qui provoquant la possibilité de dommages au contractant .

peut rencontrer des difficultés qui Mais on voit que l'administration elle-même mènent au manquement de l'exécution du contrat qui peut toucher au principe de la continuité du service public, de se fait le législateur a veillé dans le nouveau décret à encadrer tous ces aspects par souci de développé les projets avec la préservation des dépenses publics, surtout après que l'Algérie ratifie sur les convention internationales contre la corruption l'année 2014

مقـــدمة

يعتبر القرار الصادر عن إرادة الإدارة المنفردة أنجع وسائل القانون العام التي تتسلح بها لأداء واجباتها المتعددة, غير أن الإدارة كثيرا ما تلجأ إلى طريقة الاتفاق والدخول في روابط عقدية كثيرة بهدف قيامها بنشاطها واضطلاعها بأعباء الخدمة العامة تلبية لحاجات الجمهور, حيث اعترف لها المشرع بأهلية التعاقد لتمكينها من أداء وتحقيق أهدافها وذلك بخضوعها لتشريع مستقل ومتميز وهو تشريع قانون الصفقات العمومية أو القانون الخاص.

ومن بين هذه العقود الإدارية وأشهرها نجد الصفقات العمومية, التي يحوز قانونها أهمية كبيرة في القانون الإداري, حيث أن الصفقة العمومية تتضمن أحكاما غير مألوفة في العقود الإدارية المبرمة بين الأشخاص العاديين وفق أحكام القانون الخاص، و رغم إقراره صراحة أن هذه الاخيرة تعد بمثابة عقد فقد قرنها بمجموعة من الشكليات الجوهرية، حيث تتخذ طبيعة و شكل محدد يجعله مختلف في العديد من جوانبه عن العقود الخاصة التي تقتضي توافق إرادتين لإحداث آثار قانونية, حيث أن الصفقات العمومية تخضع لطرق خاصة لاختيار المتعامل المتعاقد و إجراءات معقدة.

كما يبرز المجال أكثر وضوحا لامتيازات الإدارة بعد إبرام الصفقة، إذ يتقرر لها في مواجهة المتعاقد معها حقوقا وسلطات خاصة تختلف عن الحقوق التي يقررها القانون الخاص لأي متعاقد قبل الطرف الآخر، منها سلطة الإشراف والرقابة والتوجيه وتعديل بنود الصفقة، كما لها امتياز وقف تنفيذ الصفقة أو إلغائها نهائيا بإرادتها المنفردة متى تبين لها وفقا لمقتضيات المصلحة العامة أن تنفيذها أصبح غير ضروري ، إضافة إلى ذلك فإن للإدارة حق توقيع عقوبات وجزاءات مختلفة على المتعامل المتعاقد عند إخلاله بأحد شروط الصفقة وبنودها.

ومما سبق يتضح ان للإدارة سلطات واسعة لمواجهة المتعاقد معها ، وهو ما يحتم على التشريعات توفير حماية قانونية كافية لمواجهة إساءة استعمال هذه السلطات و بالمقابل قد تتعرض الإدارة المتعاقدة إلى عدة مشاكل تحول دون حسن اختيارها لأفضل المترشحين للصفقة ومنه التأثير سلبا على حسن التنفيذ مما يعرض أداء النشاط الإداري إلى صعوبات جمة وبالتالي المساس بمبدأ استمرارية المرافق العامة.

وتظهر اهمية الموضوع الصفقات العمومية الأداة القانونية و الاقتصادية الأكثر فعالية لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية و المحلية على حد سواء,ذلك ان سياسة الاستثمار التي تنتهجها الحكومة تقوم أساسا على آلية الصفقة العمومية التي تضطلع بدور أساسي في هذا المجال , نظرا لصلتها الوثيقة بالخزينة العامة, وقد أولى المشرع الجزائري للمتعامل المتعاقد عناية كبيرة رغبة منه في توسيع حظوظ المستثمرين الوطنيين وتمكينهم من حصة ضمن برنامج الاستثمارات العمومية, كما تتجلى اهميته من خلل التعديلات المتتالية لمنظومة الصفقات العمومية التي أدت في كل مرة إلى رفع السلطات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة بهدف الحد قدر الإمكان من السلوكات السلبية التي تؤدي إلى هدر المال العام.

وإذا كان تنفيذ الصفقة العمومية يتطلب تشددا في سلوك المتعامل المتعاقد وهو بصدد الوفاء بالتزاماته, فإن هذا لا يعني التضحية بحقوقه المستمدة من تلك الصفقة نظرا لخطورة السلطات والامتيازات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة التي قد تتعسف في استعمالها على حساب المتعامل المتعاقد معها،الأمر الذي يتطلب إيلاء أهمية خاصة لهذا الموضوع لرسم الحدود الفاصلة للسلطات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة، حفاظا على الغاية التي أقرت لأجلها هذه الصفقة.

وتعود اسباب اختيار الموضوع لسببين أساسين أولهما يتعلق بالتعديل الذي مس قانون الصفقات العمومية حيث سنتطرق للموضوع من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام, والسبب الثاني هو دراسة المركز القانوني للمتعامل المتعاقد ودوره في التنمية من خلال التعرف على الحقوق والالتزامات التي يتمتع بها بمناسبة تنفيذه للصفقة وكذلك النزاعات التي تنجم عن هذا التنفيذ وطرق تسويتها.

نتيجة لأهمية الصفقة العمومية لمساهمتها في تحقيق التنمية الوطنية من جهة, وتشجيع الاستثمار من جهة أخرى فقد ازدادت معه اهمية المتعامل المتعاقد حيث لم يعد ينظر له كمتعاقد يسعى لتحقيق الربح فقط إنما بل أصبح ينظر إليه كمعاون في تسيير المرافق العامة هذا يدفعنا الى طرح الإشكالية التالية :

كيف نظم المشرع الجزائري حقوق والتزامات المتعامل المتعاقد في ظل أحكام المرسوم الرئاسي 15-247؟

ان الهدف من هذه الدراسة والذي نسعى للوصول إليه وجعله إضافة حقيقية في مجال البحث القانوني في إبراز الحقوق والالتزامات التي حددها المشرع الجزائري للمتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية من مرحلة البدء في تنفيذ الصفقة, وكذلك معرفة مدى سلطة المصلحة المتعاقدة في تطبيق الجزاءات في حال اخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته, وأي قضاء مختص في الفصل في النزاعات التي تثور بمناسبتها.

ومن أجل تقديم هذه الدراسة في صورة علمية واعطائها قدرا من الواقعية والتجسيد، فإننا سنعتمد على المنهج الوصفي التحليلي لكونه المناسب لتحليل النصوص القانونية التي يرتكز عليها هذا الموضوع، والواردة في قانون الصفقات العمومية و النصوص القانونية الواردة في القواعد العامة، مما جعلنا نستعين بالمنهج الاستدلالي بغية الربط بين هذه النصوص القانونية المتفرقة والتمييز بينها إن اقتضى الأمر ذلك.

وبمناسبة إنجازنا لهذا البحث وقفنا على دراسات علمية متخصصة تتعلق بالمركز القانوني للمتعامل المتعاقد والتي تتداخل نسبيا في موضوع بحثنا ونذكر منها :

الدراسة الأولى من إعداد بن شعبان علي, بعنوان آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري , دكتوراه دولة في القانون العام, جامعة منتوري قسنطينة , 2012.

الدراسة الثانية من إعداد بحري إسماعيل, بعنوان الضمانات في مجال الصفقات العمومية وهي مذكرة ماجستير فرع قانون الدولة والمؤسسات العمومية , كلية الحقوق , جامعة الجزائر, 2009.

الدراسة الثالثة من إعداد عباد صوفيا بعنوان المركز القانوني للمتعامل المتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري, مذكرة ماجستير شعبة القانون الإداري, كلية الحقوق لجامعة باجي مختار عنابة, 2011.

وقد كانت هذه الدراسات وفقا لقوانين مختلفة من قانون الصفقات العمومية ووفقا لتعديلاته المتتالية.

وقد واجهتنا بعض الصعوبات أثناء دراستنا للموضوع في تشعب المنظومة القانونية , وكذا التعديلات المستمرة لقانون الصفقات العمومية خاصة المرسوم الرئاسي 15-247 حيث

مازال حديث التطبيق ولم يتم تحليله أو نقده من قبل الفقهاء حيث اضطررنا للتوجه نحو المجال التطبيقي من أجل جمع المادة العلمية والإجابة عن الإشكالية.

و اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج التحليلي الوصفي لكونه المناسب لتحليل النصوص والأحكام القانونية التي تتعلق بالموضوع, والواردة في قانون الصفقات العمومية وكذا بعض القوانين والنصوص الواردة في القواعد العامة, كما استعنا بالمنهج الاستدلالي بغية الربط بين هذه القوانين .

وقد قسمنا الدراسة إلى فصلين , تناولنا في الفصل الأول القواعد المنظمة للمركز القانوني للمتعامل المتعاقد, وتم تقسيمه إلى مبحثين جاء المبحث الأول بعنوان حقوق المتعامل المتعاقد والمبحث الثاني التزامات المتعامل المتعاقد , أما الفصل الثاني فكان بعنوان الجزاءات المترتبة عن اخلال المتعامل المتعاقد بتنفيذ الصفقة وتسوية النزاعات الناجمة عن هذا التنفيذ , فجاء المبحث الأول بعنوان الجزاءات المترتبة عن اخلال المتعامل المتعاقد بتنفيذ الصفقة , والمبحث الثاني تناولنا في تسوية النزعات الناجمة عن تنفيذ الصفقة .

الفصل الأول

القواعد المنظمة للمركز القانوني للمتعامل المتعاقد

يتمتع المتعامل المتعاقد بجملة من القواعد تهدف إلى تبيان موقعه من الصفقة, سواء من خلال الحقوق التي يكتسبها عند تنفيذه للصفقة أو من خلا الالتزامات التي تقع على كاهله موازاة لهذه الحقوق, لذا سندرس في هذا الفصل كيفية تنظيم المشرع لمركز المتعامل المتعاقد في الصفقة العمومية على النحو التالي :

المبحث الأول: حقوق المتعامل المتعاقد في الصفقة

المبحث الثاني: التزامات المتعامل المتعاقد في الصفقة

المبحث الأول

حقـوق المتعامل المتعاقد

إزاء السلطات الواسعة لجهة الإدارة في العقد , يملك المتعامل المتعاقد جملة من الحقوق مستمدة من العقد المبرم بينهما , وقد عمل مجلس الدولة الفرنسي على أن يقرر للمتعاقد حقوقا توازي سلطات الإدارة الواسعة وذلك لكـي لا تكون تلك السلطات تشكل عقبـة أمام الأفــراد الراغبين بالتعاقد مع الإدارة فتفقد هاته الأخيرة بذلك انجح وسيلة في تسيير المرافق العامة .

المطلب الأول :الحق في اقتضاء ثمن الصفقة (المقابل المالي)

يعتبــر الحق في إقتضاء ثمن الصفقة من أهم حقوق المتعاقد مع الإدارة , وذلك لكون المتعاقد يهدف قبل كل شيء إلى تحقيق منفعة مادية تتمثل في الربح الناجم بين كلفة العقد التخمينية وبين ما بذله المتعاقد من جهود فعلية ويجب أن لا يغيب عنا أن هناك عقود إدارية يكون المتعاقد هو المكلف بتقديم مقابل نقدي للإدارة ومثال ذلك عقود إيجار الأموال العامة أو عقود تقديم المعاونة[1].

فالمقـابل المالي للتعاقد هو المقابل المادي لما أداه المتعاقد من أعمال أو توريدات لصالح جهة الإدارة المتعاقدة , وهو يكون مستحقا بمجرد الانتهاء من الأعمال أو تسليم الأصناف الموردة على نحو ما أورده العقد أو دفاتر الشروط[2] , والأصل أن الشروط المتعلقة بتحديد المقابل المالي للعقد لا تخضع لمبدأ حق الإدارة في التعديل المنفرد للشروط التعاقدية حيث يلزم موافقة الطرف الأخر على هذا التعديل على اعتبار أن هذا المقابل غايته من التعاقد[3].

وهذا المقابل المالي يدخل في عداد الشروط التعاقدية التي لا يجوز للإدارة أن تتناولها بالتعديل دون موافقة من الطرف الآخر إلا انه يستثنى من ذلك العقود التي يتحدد مقابلها

1- الجبوري محمود خلف, العقود الإدارية, دار الثقافة للنشر والتوزيع ,الطبعة الأولى, عمان , الأردن , 2010, ص.203.

2- دفاتر الشروط تطرقت لها المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 20 سبتمبر2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام, الجريدة الرسمية رقم 50 " توضح دفاتر الشروط المحينة دوريا الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات العمومية"

3- عبد العزيز عبد المنعم خليفة , الأسس العامة في العقود الإدارية , المركز القومي للإصدارات القانونية , الطبعة الأولى , القاهرة , مصر , ص.200.

بمقتضى قرارات تنظيمية كعقود الوظيفة العامة ذلك أن مركز المتعاقد هنا يكون اقرب للمركز التنظيمي في هذا الشأن وفي ما عدا ذلك لا يجوز للإدارة أن تعدل المقابل المالي المتفق عليه مراعاة لتشجيع الأفراد على التعاقد معها[1].

إلا أن "سليمان الطماوي" قد أورد استثناءا آخر على هذه وهي عقود الامتياز حيث اعتبر الشروط المتعلقة بتحديد الرسم في عقود الامتياز هي من قبيل الشروط اللائحية لا التعاقدية يجوز للإدارة تعديلها دون حاجة لرضا المتعاقد[2] .

ونظرا لأهمية هذا الحق فقد نظمه المشرع وبين كيفيات استيفائه من المصلحة المتعاقدة وذلك في ظل السلطات والامتيازات التي تتمتع بها هذه الأخيرة .

الفرع الأول: آليــات تحديد السعر في الصفقة

يشير المشرع الجزائري في القانون المنظم للصفقات العمومية الساري المفعول على البيانات التي يجب ان تذكر في كل صفقة من بينها مبلغ الصفقة حيث وجب ذكره بالتفصيل مما يعني ان المقابل الذي سيتقاضاه المتعاقد محدد ومعروف إلا الوضع يختلف حسب نوع وطبيعة العقد[3].

لذلك نجد المشرع تناولها في المادة 96 بنصه: يدفع اجر المتعامل المتعاقد وفق الكيفيات الاتية :

- بالسعر الإجمالي والجزافي
- بناء على قائمة سعر الوحدة
- بناء على النفقات المراقبة
- بسعر مختلط

1- محمد انس قاسم جعفر, العقود الإدارية , مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح , القاهرة , مصر , ص.148.

2- سليمان محمد الطماوي, الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة, دار الفكر العربي للطباعة والنشر والتوزيع, القاهرة, مصر,ص.558.

3- بن شعبان علي, آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري , رسالة دكتوراه دولة في القانون العام , جامعة قسنطينة ,2011, ص155 .

أولا: السعر الإجمالي والجزافي

أغفلـــت كل التنظيمات القانونية للصفقات العمومية تعريف هذا الأسلوب، باستثناء دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والمواصلات والمصادق عليه بموجب القرار المؤرخ في 11/21/ 1964 [1], الذي أفاد الجزء (أ) من الفقرة (ب) من المادة الأولى منه على أن : " الصفقة المبرمة وفقا للسعر الإجمالي الجزافي هي تلك الصفقة التي يكون فيها العمل المطلوب إنجازه من طرف المقاول المحدد تماما والسعر محدد إجماليا ومسبقا "[2].

وعليه فإن السعر الإجمالي والجزافي في صفقات الأشغال العمومية يتفق عليه مسبقا وإجماليا وبشكل نهائي وهو سعر ثابت لا يقبل التغيير والتعديل إلا في حالة القوة القاهرة وتوفر شروطها , وهذا ما تضمنته المادة 27 من دفتر الشروط الإدارية السابق الذكر .

ومن هنـــا نلاحظ أن النص في الصفقة على المبلغ الجزافي يشتمل على كافة وجميع المستحقات المالية التي يتقاضاها المتعاقد نظير تنفيذ الصفقة , ودون الاعتداد والاعتماد على حساب الوحدات المنجزة , ومنه يتضح بأن المراد من السعر الإجمالي الجزافي كآلية لتحديد السعر هو أن يحدد ثمن الصفقة سلفا بأكمله وبشكل جزافي , وغالبا ما يتبع هذا الأسلوب في صفقات الأشغال العامة التي تأخذ وقتا في إنجازها وتكون مصاريفها عرضة للارتفاع .[3]

إن الواقـــع العملي كشف عن تفضيل هذا الأسلوب في تحديد المقابل المالي الذي يتلقاه المتعامل المتعاقد خاصة وأن الفقرة الأخيرة من نص المادة 96 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام حيث تفيد بأن : " يمكن للمصلحة المتعاقدة مراعاة لاحترام الأسعار تفضيل دفع مستحقات الصفقة وفق صيغة السعر الإجمالي

1- انظر القرار الوزاري المؤرخ في 1964/11/21 المتضمن الموافقة على دفتر الشرط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة التجديد البناء والأشغال العمومية والنقل, جريدة رسمية, العدد06, المؤرخة في 1965/01/19.

2 - بحري إسماعيل, الضمانات في مجال الصفقات , مذكرة ماجستير , كلية الحقوق ,جامعة الجزائر , 2009.ص.

3- عباد صوفية, المركز القانوني للمتعامل المتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية , مذكرة ماجستير, كلية الحقوق, جامعة باجي مختار, عنابة, 2011 ,ص.12 .

الجزافي", ولقد تراجع استعمال تقنية السعر الإجمالي والجزافي تاركة المجال لتقنية يضعها المشرع في الترتيب الثاني وهي السعر بناءا على قائمة الوحدة[1].

ثانيا: السعر بناء على قائمة الوحدة

أسلوب السعر بناء على قائمة الوحدة يعني أن السعر يحسب بناء على سعر أو مجموعة أسعار محددة سلفا لكل شغل سينفذ, وهذا السعر يطبق على عدد الوحدات المنفذة فعليا مما يعني أن السعر الفعلي للصفقة غير محدد سلفا وإنما يحدد سعر كل وحدة ويعرف من حاصل ضرب السعر المتفق عليه في عدد الوحدات المنفذة فعلا[2].

عرفته المادة الأولى من دفتر الشروط الإدارية العامة حيث جاء فيها:"إن صفقات أسعار الوحدات هي الصفقات التي يجري تسديدها على أسعار الوحدات وفقا للمقادير المنفذة فعليا ويجوز بصورة خاصة إعداد أسعار الوحدات على الصفقة المعتبرة (الجدول) أو إعدادها على أسعار النشرة المتداولة (المتسلسلة)"[3], ويمس هذا الأسلوب بمبدأ جوهري في العلاقات التعاقدية وهو الالتزام بتحديد الثمن عند إبرام الصفقة, وهذا ما نجده في هذا النوع إذ أن السعر لا يكتسب الطابع النهائي إلا بعد تنفيذ الصفقة[4].

ثالثا: السعر بناء على النفقات المراقبة

جاء هذا الأسلوب في المرتبة الثالثة من آليات تحديد السعر في قانون الصفقات العمومية, تاركا تعريفه لدفتر الشروط الإدارية العامة الذي جاء في مادته الأولى: " إن صفقة النفقات المراقبة التي تكون نفقات المقاول فيها حقيقية ومراقبة (اليد العاملة والأدوات والمواد

1- عباد صوفية, المرجع السابق ,ص.12 .

2- حابي فتيحة, النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية (في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم), مذكرة ماجستير , كلية الحقوق ,جامعة مولود معمري , تيزي وزو , الجزائر , 2013 , ص.169.

3- أما المشرع الفرنسي فقد عرف السعر بناءا على قائمة الوحدة بأنه "كل ثمن لا يكون جزافيا بالمعنى المحدد سابقا , أو كل ثمن ينطبق على نوع من الأشغال لا تكون كمياتها محددة في العقد إلا بصفة مؤقتة فالتعاقد على أساس سعر الوحدة يتم تحديد الثمن فيه بإتباع أحد أسلوبين الجدول أو التسلسل".

4- حابي فتيحة, نفس المرجع, نفس الصفحة.

المستهلكة وكراء الآلات والنقل وما إلى ذلك...) والتي تستهدف تنفيذ شغل محدودة ويجرى تسديدها إليه مع إضافة زيادة في مقابل النفقات العامة والربح " .

ومنــه فالسعر الذي يتقاضاه المتعامل المتعاقد وفق هذا الأسلوب لا يكون محددا أو معرفا عند إبرام الصفقة لكن المحدد هو معايير ومقاييس المراقبة وما سينفقه المتعامل المتعاقد أثناء انجازه للخدمة، لذا يجب أن تذكر وتحدد طبيعة وطريقة الحساب, وقيمة مختلف العناصر المتعاقد عليها لأجل تحديد الثمن الواجب الدفع[1] .

وهكــذا فإن صفقة النفقات المراقبة لا تتضمن مبدأ أساسي ألا وهو" **تحديد السعر**" .

إلا أن إبرام الصفقة على كيفيات النفقات المراقبة, يجب أن يتضمن طبيعة جميع العناصر التي تساعد في تحديد السعر, وهذا ما قضت به المادة 106 من المرسوم الرئاسي 15-247 " يجب أن تبين الصفقة التي تؤخذ خدماتها في شكل نفقات مراقبة طبيعة مختلف العناصر التي تساعد على تحديد السعر الواجب دفعه, وكيفية حسابها وقيمتها "[2].

رابعا: السعر المختلط

طبقا لنص المادة 96 من المرسوم الرئاسي 15-247 يعد السعر المختلط أحد أساليب تحديد المقابل المالي الذي يأخذه المتعامل المتعاقد لقاء تنفيذه الصفقة، وقد أغفل المشرع تعريفه، إلا أنه يستخلص من مصطلح " مختلط "، أن هذا الأسلوب يفترض منه أن يكون جامعا بين أسلوبين من أساليب تحديد الثمن كأن يجمع بين السعر بناء على قائمة سعر الوحدة وكذلك السعر بناء على النفقات المراقبة[3].

الفرع الثاني: طبيعة السعر في الصفقة

عموما ومهما كان أسلوب تحديد السعر فإن هذا الأخير غير قابل للتغيير من حيث المبدأ إلا في حالة استثنائية قد ترد على هذا المبدأ تمليها إرادة المتعاقدين وأخرى خارجية تفرض نفسها , وقد ذكرت المادة 97 من قانون الصفقات العمومية بإمكانية أن يكون السعر ثابت أو

1- بحري إسماعيل . المرجع السابق , ص.61.

2- عباد صوفيا , المرجع السابق , ص.18.

3- بحري إسماعيل, نفس المرجع, نفس الصفحة

قابلا للمراجعة وفي هاته الحالة الأخيرة يجب أن تحدد الصفقة صيغة أو صيغ مراجعته وكذلك كيفيات تطبيق هذه المراجعة[1].

أولا: السعر الثابت : ذكرت المادة 97 من قانون تنظيم الصفقات السعر الثابت من دون تعريفه , ولكن عرفته المادة 26 من الأمر رقم 67- 60 المؤرخ في 17-06-1967 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية[2], بقولها " تكون الأسعار نهائية أو قابلة للمراجعة , فالأسعار النهائية هي التي لا يمكن تعديلها بسبب تغير الظروف الاقتصادية وعلى العكس من ذلك تكون الأسعار قابلة للمراجعة"[3], وعليه فان للسعر الثابت مفهوم مرن فهو ذلك السعر الذي تم تحديده والاتفاق على تأديته للمتعامل المتعاقد عند إبرام الصفقة دون إمكانية تغييره أو تعديله أو مراجعته لاحقا , وثم لا يعد السعر ثابتا اذا كان قابلا لذلك لأنها من هذا المنطلق فالأسعار الثابتة هي أسعار لا تتغير خلال فترة العقد لا على مستوى الطوارئ والتغيرات التكنولوجية ولا على صعيد الشروط الاقتصادية[4].

ثانيا: السعر القابل للمراجعة : ويقصد به أن السعر الابتدائي لم يعد صالحا نتيجة حصول طوارئ اقتصادية حدثت أثناء تنفيذ الصفقة ذلك ان المراجعة تقع وتنصب على الخدمات المؤداة فعلا حسب ما اتفق عليه في الصفقة.

1-عناصر صيغة المراجعة: يشترط قانون الصفقات العمومية أن تشتمل صيغ المراجعة على :

أ- جزء ثابت: حيث يمثل جزء مستقل عن الظروف الاقتصادية يتم تطبيقه تحت تأثير عوامل تاريخية سعت إلى حماية مصالح الإدارات العمومية .

ولا يمكن أن يقل عن النسبة المنصوص عليها في العقد فيما يخص التسبيق الجزافي ومهما يكن من أمر فلا تقل عن 15 % مما يعني أن المتعامل المتعاقد قد يتحمل جزء من أعباء هذه التغيرات الطارئة أثناء تنفيذ العقد والتي تمثل الجزء الثابت الذي لا تشمله صيغة المراجعة[5].

1- انظر المرسوم الرئاسي 15-247 المذكور سابقا المادة 97.

2- الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 1967/06/17 المعدل والمتمم المتضمن تنظيم الصفقات العمومية, جريدة رسمية, رقم52, المؤرخة في 1967/06/27.

3- عباد صوفيا , المرجع نفسه , ص.22.

4- بحري إسماعيل, المرجع السابق, ص.62.

5- حابي فتيحة , المرجع السابق , ص.180.

ب- حد استقرار التغيير في الأجور: وقدر هذا الحد بـ 50% , فالمصلحة المتعاقدة لا تأخذ على عاتقها كل المتغيرات الحاصلة في الأجور فتعفي نفسها من هذه النسبة حيث يتحملها المتعامل المتعاقد [1].

ت- الأرقام الاستدلالية (الأجور,المواد المطبقة ومعامل التكاليف الاجتماعية): وهي الأرقام التي تم الموافقة عليها من طرف وزير المالية وتنشر الجريدة الرسمية والنشرة الرسمية للمتعامل العمومي وكل نشريه أخرى مؤهلة وتطبق المصالح المتعاقدة هذه الأرقام الاستدلالية ابتداء من تاريخ التصديق والموافقة بقرار من الوزير الذي تتبعه الهيئة وهذا ما قضت به المادة 103 من المرسوم الأخير للصفقات العمومية[2].

2-موضوع صيغة المراجعة:

لا تنصب المراجعة مبدئيا إلا على جزء من الصفقة المنفذة في ظروف جديدة نتيجة طوارئ وتغيرات اقتصادية , ولا يمكن العمل ببند مراجعة الأسعار إلا في الحالات الآتية :

- في الفترة التي تغطيها صلاحية العرض.
- في الفترة التي يغطيها بند تحيين الأسعار ,عند الاقتضاء.
- أكثر من مرة واحدة كل ثلاثة أشهر.

- **تحيين السعر في الصفقة العمومية**

بينت الممارسات العملية أنها تفضل السعر الثابت الغير قابل للمراجعة, ولكن لا يمكن أخذ بهذا المبدأ على اطلاقه حيث تفاديا للمخاطر يلجأ المتعاقدون إلى تقنية التحيين.

وهكذا يمكن للمتعاقد ان يطلب إعادة النظر في السعر الذي أبرمت بمقتضاه الصفقة ليتلقى أجره بناء على السعر المحين وليس بناء على السعر الأولي الذي حدد سابقا عند الإبرام, فللتحيين طابع تعاقدي وهذا حسب الشروط التي حددها المشرع من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 والمتمثلة في:

1 -عباد صوفيا , المرجع السابق , ص.24.

2- بحري إسماعيل , المرجع السابق , ص.63.

1- اذا كان يفصل بين التاريخ المحدد لإيداع العروض وتاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة, أجل يفوق مدة تحضير العروض زائد ثلاثة(3)أشهر, وكذلك اذا تطلبت الظروف الاقتصادية ذلك[1].

2- في حال النص على التحيين في الصفقة, فانه لا يمكن تطبيقه إلا على الفترة التي تتراوح بين تاريخ أجل لصلاحية العروض وتاريخ تبليغ الأمر بالشروع في الخدمات التعاقدية, كما يمكن السماح بتحيين الأسعار في حالة التأخر في بداية تنفيذ الصفقة اذ لم يتسبب المتعامل المتعاقد في ذلك[2].

3- في حال لم يكن في استطاعة المصلحة المتعاقدة منح الصفقة وتبليغها قبل انقضاء آجال صلاحية العروض, فتجاوز هذه المدة يمنح للمتعهد المعني الحق في تحيين الأسعار.

الفرع الثالث : كيفيات تحديد السعر (الثمن) في الصفقة

يخضع موضوع الثمن أو السعر في الصفقة لقاعدة عامة في حسابات الدولة وهي أن الدفع لا يكون إلا بعد أداء الخدمة[3], إلا أن المشرع الجزائري كغيره يدرك ما يترتب على تطبيق هذه القاعدة من سلبيات, والتي منها صعوبات التمويل التي يتعرض لها المتعاقد خاصة في المشاريع الكبيرة والتي يستغرق انجازها مدة طويلة جدا[4].

وفـي هذا المجال وتخفيفا من صرامة هذا المبدأ, أكد قانون الصفقات العمومية وبصياغته للتسوية المالية بإجازة تسليف المتعاقد نسبة معينة من قيمة الالتزام, تحت قواعد وضوابط محددة سلفا, حيث نجد المادة 1/108 من المرسوم الرئاسي الحالي, تنص على ما يلي : " تتم التسوية المالية للصفقة بدفع التسبيقات و/أو الدفع على الحساب, وبالتسويات على رصيد الحساب".

يعد التسبيق والدفع عن الحساب استثناءان عن قاعدة " الدفع بعد أداء الخدمة ", أما التسوية على رصيد الحساب تكون بعد التنفيذ الكامل لموضوع الصفقة .

1- انظر المادة 98 من المرسوم الرئاسي 15-247 السابق الذكر.

2- انظر المادة 100 من المرسوم الرئاسي 15-247 المذكور أعلاه.

3- ناصر لباد , القانون الإداري , النشاط الإداري , لباد EDITEUR , الجزء 2 , الطبعة الأولى , ص.443.

4- بن شعبان علي , المرجع السابق , ص.178 .

أولا: التسبيق

أ- **مفهومه** : عرفته المادة 109 من قتنون الصفقات العمومية على أنه " كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد, وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة" , ومن هنا نلاحظ أن المشرع خالف صراحة قاعدة الدفع بعد تأدية الخدمة بصريح النص بعبارة (يدفع قبل تنفيذ الخدمات)[1] , وبالتالي فالتسبيق مبلغ مالي يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد قصد تعزيز خزينة الشريك المتعاقد بعد وجود ضمان لذلك وهذا حرصا للمحافظة على المال العام [2].

ب- أنـواعه : نصت المادة 111 من قانون الصفقات العمومية على أنه: " تسمى التسبيقات, حسب الحالة "جزافية أو "على التموين".

1-**التسبيق الجزافي** :_هو ذلك المبلغ المدفوع من قبل المصلحة المتعاقدة قبل الشروع في أداء الخدمة موضوع الصفقة للمقاول أو للمورد بناء على نسبة محددة في الصفقة والتي يجب أن لا تتجاوز العتبة المحددة في التنظيم والمقدرة ب 15 % من السعر الاجمالي للصفقة[3].

وبالتالي فان التسبيق الجزافي يحدد بناء على سعر الصفقة الأولي والذي لا يتجاوز نسبة 15 % حسب ما جاء في المادة 02/111 من التنظيم ,غير انه واستثناءا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تدفع تسبيقا جزافيا يتجاوز هذه النسبة المقررة شريطة توافر ما يلي[4]:

- اذا رأت المصلحة المتعاقدة اثناء مرحلة التفاوض أن رفضها لقواعد الدفع و/أو التمويل المقررة على الصعيد الدولي سينجم عنه تحقيق ضرر أكيد وهو ما يعني ان الضرر ثابت ومؤكد وليس احتماليا, ولم يضع المشرع الجزائري سقف محدد لتجاوز هذه النسبة بل اجاز مخالفة الحد بصورة مطلقة .
- ضرورة الموافقة الصريحة من الوزير او الوصي أو مسؤول الهيئة العمومية أو الولي .
- ضرورة استشارة لجنة الصفقات المختصة, وهذا حسب نص المادة 03/111 من التنظيم الجديد للصفقات العمومية.

1 -عباد صوفيا , المرجع السابق , ص.33.

2- بن شعبان علي , المرجع السابق , ص.179.

3- بحري اسماعيل , المرجع السابق , ص.66.

4- بوضياف عمار , شرح تنظيم الصفقات العمومية , الطبعة الرابعة , جسور للنشر والتوزيع , الجزائر , 2014 , ص 231.

ج- مدى الزامية التسبيق الجزافي : لم يرد أي نص سواء في التنظيم الحالي أو التنظيمات السابقة للصفقات العمومية يجعل أو يضفي الصفة الالزامية لدفع التسبيق الجزافي[1].

ولكن دفتر الشروط العامة السابق الذكر تضمن نص صريح يقتضي بالزامية دفع التسبيق الجزافي بموجب المادة 1/44 منه بقولها " يجوز بقطع النظر على احوال التسبيق الإجمالي الذي يكون أداؤه اجباريا للمقاول بموجب المادة 09 من المرسوم رقم 59-167 المؤرخ في 1959/01/07 , أن ينص على التسبيق في دفتر الشروط المشتركة او في دفتر الشروط الخصوصية المتعلق بصفقات يقل مبلغها عن 200.000 دج او الصفقات المبرمة بالمناقصة المفتوحة ".

نستشف من نص المـادة انه في صفقات الأشغال العامة يكون دفع التسبيق الجزافي إلزاميا إذا ما تعلق الأمر بـ :[2]

- صفقات يقل مبلغها عن 200.000 دج
- بصفقة مبرمة بالمناقصة المفتوحة
- ويضاف إليها أيضا صفقات العميل وصفقات التوصية .

د- كيفية دفع التسبيق الجزافي: بالنسبة لكيفية دفع التسبيق الجزافي فقد حددتها المادة 112 من التنظيم بنصها "يمكن أن يدفع التسبيق الجزافي مرة واحدة , كما يمكن أن يدفع في عدة أقساط تنص الصفقة على تعاقبها الزمني ".

أي أنه قد يكون : (1)- مرة واحدة بناءا على طلب المتعامل المتعاقد .

(2)- قسط بعد 12 شهر , أو بدفع ثلاثة (03) أقساط متفرقة ومختلفة ومقسمة .[3]

2- التسبيق على التموين: هو مبالغ تقدمها الإدارة للمتعامل بقصد تمويل مواد ومنتجات ضرورية[4], أو هو عبارة عن مبلغ مالي يوضع تحت تصرف المتعامل المتعاقد قبل التنفيذ إذا ثبت لجهة الإدارة بموجب وثائق وعقود تؤكد ارتباطه القانوني مع الغير, فهي إذا مبالغ محدد

1- عباد صوفيا , المرجع السابق , ص.35.

2 -حابي فتيحة , المرجع السابق , ص190..

3- عباد صوفيا , المرجع السابق , ص38..

4- بن شعبان علي , المرجع السابق , ص.180.

أوجه صرفها ولا تدفعها الإدارة للمقاول إلا إذا قدم ما يثبت انه أبرم عقود أو قدم طلبيات لاقتناء تلك المواد[1].

وبالرجوع لنص المادة 113 من قانون الصفقات العمومية 15-247 والتي نصت على ما يلي :"يمكن أصحاب صفقات عمومية للأشغال واللوازم أن يحصلوا بالإضافة إلى التسبيق الجزافي, على تسبيق على التموين إذا أثبتوا حيازتهم عقودا أو طلبات مؤكدة للمواد أو المنتجات الضرورية لتنفيذ الصفقة", نجدها قد أوردت حكمان[2]:

(1) - يدفع التسبيق على التموين بعد أن يتم دفع التسبيق الجزافي .

(2) - حصرت المادة الأشخاص المخول لهم قانونا الحصول على هذا التسبيق وهما أصحاب الأشغال وصحاب صفقات التوريد باللوازم فقط .

وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تطلب من المتعامل المتعاقد معها تعهدا صريحا بإيداع تلك المواد والمنتجات في الورشة أو مكان التسليم خلال أجل يلاءم تنفيذ موضع الصفقة[3], وفي حالة عدم قيامه بذلك يكون تحت طائلة إرجاع التسبيق[4].

ولم يحدد القانون نسبة معينة من التسبيق على التموين ولكنه أفاد عدم إمكانية تجاوز المبلغ الجامع بين التسبيق الجزافي والتسبيق عل التموين في أي وقت نسبة 50 % من المبلغ الإجمالي للصفقة وهذا نصت عليه المادة 115 من قانون الصفقات العمومية وبالتالي:

50% - 15% = 35% , هذا في الحالة العادية, أما إذا كان التسبيق الجزافي أكثر من 15% فان هذه النسبة تقل[5], ويتخذ التسبيق على التموين طابع جوازي فهو مجرد إمكانية وليس التزاما بالنسبة للمصلحة المتعاقدة يتم دفعه متى توفرت الشروط المقررة في التنظيم الحالي .

1- بوضياف عمار , المرجع السابق , ص.232.

2- حابي فتيحة , المرجع نفسه , ص.191.

3- بحري اسماعيل , المرجع السابق ,ص67..

4- انظر المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر المادة 02/113.

5- عباد صوفيا, المرجع السابق , ص.42.

ثانيا : الدفع على الحساب

أ- **مفهومه:** عرفته المادة 02/109 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه: " كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة", ومنه فهو تسوية جزئية لمبلغ الصفقة تتم قبل التنفيذ الكامل لها, وهذا نظير تنفيذ جزئي للخدمة محل الاتفاق في الصفقة ويتم ذلك وفقا لنسب ومعدلات تضبط باتفاق مشترك بين طرف الصفقة, لان الدفع على الحساب يكتسي طابعا اختياريا وليس إلزاميا, لذا ينبغي أن يكون محل بند صريح في الصفقة[1].

ب-أنــواعه : عـدد التنظيم الحالي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية للدفع على الحساب في مادته 117 أنواعا وهي :

1- **الدفع على الحساب على اثر القيام بعمليات جوهرية** : وهي التي تدفع إذا ثبت القيام بعمليات جوهرية وأساسية في إطار تنفيذ صفقات الأشغال والخدمات وقد حصرها المشرع في هذين النوعين من الصفقات فقط[2].
2- **الدفع على الحساب على التموين بالمنتجات:** ويدفع هذا النوع بمجرد التموين على المنتجات المسلمة في الورشة والتي لم تكن محل دفع عن طريق التسبيقات على التموين والمواد الأولية, وهذا حتى نسبة 80% من مبلغها المحسوب بتطبيق الأسعار بالوحدة للتموين, وقد اشترط المشرع أنه لا يستفيد المتعامل المتعاقد من هذا الدفع على الحساب إلا فيما خص التموينات المقتناة في الجزائر[3] .
3- **الدفع على الحساب على أساس دفع الأعباء الاجتماعية** : حيث يحق للمتعامل المتعاقد أن يحل على هذا النوع من الدفع عندما يقدم جدول الأجور المطابق للتنظيم المعمول به أو جدول التكاليف الاجتماعية من طرف صندوق الضمان الاجتماعي.

أ- **كيفية الدفع على الحساب** : نصت على هذه الكيفيات المادة 188 من المرسوم الرئاسي 15-247 حيث جاء فيها "يكون الدفع على الحساب شهريا , غير أنه يمكن أن تنص الصفقة على

1- بحري إسماعيل , المرجع السابق , ص.67.

2- عباد صوفيا , المرجع انفسه , ص.42.

3- المادة 03/117 من المرسوم الرئاسي 15-247 السابق الذكر" ولا يستفيد المتعامل المتعاقد بأي حال من الأحوال من هذا الدفع إلا فيما يخص التموينات المقتناة في الجزائر".

فترة أطول تتلاءم مع طبعة الخدمات, وقد علق المشرع منح هذا الدفع على الحساب على تقديم الوثائق التالية[1]:

- محاضر أو كشوف حضورية أو وجاهية أو ميدانية خاصة بالأشغال المنجزة ومصاريفها .
- جدول تفصيلي للوازم موافق عليه من المصلحة المتعاقدة .
- جدول الأجور المطابق للتنظيم المعمول به وجدول تكاليف الضمان الاجتماعي مؤشر عليه من صندوق الضمان الاجتماعي المختص .

ويعد صرف هذه الدفعات إلزامي متى قدم المتعامل المتعاقد هذه الوثائق في أجل لا يتجاوز (30) يوما من تاريخ استلام الطلب في شكله القانوني حيث يبدأ سريان الآجال من تاريخ تقديم صاحب الصفقة العمومية طلبه.

وفي أقصى الحالات يجب أن لا يتجاوز هذا الأجل شهرين[2], ويحدد أجل صرف الدفعات في الصفقة , وتعلم المصلحة المتعاقدة كتابيا المتعامل بتاريخ الدفع, يوم إصدار الحوالة, وفي حالة عدم مراعاة هذا الأجل يخول للمتعامل الحق في استلام فوائد التأخير محسوبة على أساس الفائدة المطبقة على القروض القصيرة المدى .

ثالثا: التسوية على رصيد الحساب

" الدفع على رصيد الحساب هو الدفع المؤقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل والمرضي لموضوعها ", هكذا يعرفه المشرع في المادة 03/109 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن أحكام الصفقات العمومية , ويتضح من النص ان التسوية على رصيد الحساب تأخذ في الواقع صورتين[3].

1-**صور التسوية على رصيد الحساب** : التسوية على رصيد الحساب المؤقت : لا يمكن تطبيق هذه التسوية إلا إذا نصت عليها الصفقة وهي تهدف إلى دفع المبالغ المستحقة للمتعامل المتعاقد بعنوان التنفيذ العادي للخدمات المتعاقد عليها مع اقتطاع مايلي[4]:

1- بوضياف عمار , المرجع السابق , ص.234.

2- بن شعبان علي , المرجع السابق , ص.182.

3- بعلي محمد الصغير , المرجع السابق , ص86..

4- حابي فتيحة , المرجع السابق , ص205..

- اقتطاع الضمان المحتمل .
- الغرامات المالية التي تبقى على عاتق المتعامل عند الاقتضاء.
- التسبيقات والدفع على الحساب التي لم تسترجعها المصلحة المتعاقدة على اختلاف أنواعها

وهذا ما قضت به المادة 119 من التنظيم المعمول به في مجال الصفقات العمومية.

2-التسوية على رصيد الحساب النهائي : وقد نصت عليها المادة 120 من ذات المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام , ويترتب على هذه التسوية رد اقتطاعات الضمان , وشطب الكفالات التي كونها المتعامل المتعاقد عن الاقتضاء وهذا بعد تنفيذ الصفقة والأداء المرضي لها[1] .

ب- تسديد رصيد الحساب : يتوقف التسديد النهائي لثمن الصفقة على تمام إنجاز العمل الذي تم التعاقد من أجله , بحيث تقوم الإدارة بمعاينة العمل المنجز أو السلعة الموردة وتتأكد من مطابقة ذلك العمل أو تلك السلعة لشروط العقد[2], وهذا ما جاء في نص المادة 121 " يجب أن تحدد الصفقة الآجال المخولة للمصلحة المتعاقدة لتقوم بعمليات الإثبات التي تعطي الحق في الدفع , ويبدأ سريان آجال اعتبارا من من تقديم صاحب الصفقة العمومية طلبا بذلك مدعما بالمبررات الضرورية ", وعلى الإدارة في هذه الحالة أن تقوم بصرف مبالغ التسوية في اجل لا يتجاوز ثلاثين (30) يوما ابتداءا من تسليم الكشوف أو الفاتورة[3].

المطلب الثاني: حق المتعامل المتعاقد في التوازن المالي للعقد

إن مرونة العقد الإداري تمنح الإدارة سلطة كبيرة في تعديل العقد الإداري, فإنها ينبغي أن تمنح المتعاقد معها الفرصة لكي يستعيد حقوقه بحسب الأحوال زيادة أو نقصانا[4].

ولما كانت التزامات المتعامل تتسم بالمرونة, فإن من الضروري إضفاء هذه الصفة على حقوقه المستمدة من العقد أيضا نظرا للعلاقة الوثيقة بين التزامات المتعاقد وحقوقه, فالمتعامل

1 -عباد صوفيا , المرجع السابق ,ص.45.

2- بحري إسماعيل , المرجع السابق , ص.70.

3- بن شعبان علي , المرجع السابق , ص.184.

4- محمود خلف الجبوري , الرجع السابق , ص.214.

إنما يقبل أن يلتزم لأنه يضع نصب عينيه حقوقا معينة يعول عليها, ومادامت الالتزامات قابلة للزيادة أو النقص فيجب أن يكون هذا هو شأن الحقوق المقابلة لها وهذا ما يعبر عنه بصفة عامة بفكرة التوازن المالي للعقد أو التوازن الشريف بين حقوق المتعاقد والتزاماته[1].

ولقد ظهرت وخلقت فكرة التوازن المالي لأول مرة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي عام 1910, لتصبح بعدها أمرا مفترضا ومسلما به في كل عقد إداري, حيث أن الفكرة تقوم أساسا على محاولة تحقيق قدر من التوازن بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها[2], وعليه فإن التعويض الذي يحصل عليه المتعامل المتعاقد في إطار التزام الإدارة بإعادة التوازن المالي للصفقة يقوم على أساس مبدأ التعويض بلا خطأ أي مسؤولية الإدارة تقوم على أساس نظرية المخاطرالإدارية(نظرية فعل الامير), وقد تكون الزيادة في الأعباء نتيجة لظروف إقتصادية خارجة عن العقد(نظرية المخاطر الاقتصادية), إلا أنه قد يكون الاختلال بسبب وقائع مادية خارجة عن إرادة الطرفين(نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة).

الفرع الأول : نظرية المخاطر الإدارية

أولا: مفهوم نظرية المخاطر الإدارية : يراد بعمل الأمير أو نظرية المخاطر الإدارية جميع الأعمال الإدارية المشروعة التي تصدر عن السلطة الإدارية المتعاقدة , وتؤدي إلى الإضرار بالمركز المالي للمتعاقد معها[3].

وقد عرفها عمار عوابدي بأنها " الأعمال الإدارية والإجراءات المشروعة التي تتخذها وتصدرها السلطات الإدارية المتعاقدة , ويكون من شانها زيادة الأعباء المالية بالنسبة للطرف المتعاقد مع الإدارة أو زيادة الامتيازات المنصوص عليها في العقد الذي يشكل مخاطر إدارية استثنائية وغير عادية[4].

1-سليمان محمد الطماوي , المرجع السابق , ص.584.

2- عبد الحميد الشواربي , العقود الأدارية في ضوء الفقه القضاء التشريع , منشأة المعارف جلال حزي وشركاه , مصر , 2003 , ص52..

3 -عبد الحميد الشواربي , المرجع نفسه , ص.52.

4- عمار عوابدي, المرجع السابق, ص.223.

قد يتخذ عمل الأمير أو ما يسمى بالمخاطر الإدارية شكل قرار فردي خاص كالقرار الذي يصدر عن السلطة الإدارية التي أبرمت العقد بتعديل شروط التعاقد أو تعديل نظام المرفق أو نظام الأسعار, كما قد يكون عمل الأمير بمثابة قواعد تنظيمية عامة كما في حالة رفع الرسوم الجمركية أو برفع أجور الأيدي العاملة وغير ذلك , بصورة عامة فإن عمل الأمير هو المخاطر الناتجة عن ممارسة السلطة العامة[1].

ثانيا: شروط تطبيق نظرية المخاطر الإدارية : وحتى يطالب المتعامل المتعاقد بحقه في التوازن المالي بعنوان نظرية عمل الأمير وجب توافر ما يأتي :

1- أن يتعلق عمل الأمير بعقد إداري حيث لا تقوم نظرية عمل الأمير إلا بخصوص تنفيذ عقد إداري أيا كان نوعه , ولا مجال لتطبيق هذه النظرية على عقود القانون الخاص[2].

2- أن يكون هناك ضرر قد لحق بالمتعاقد ولا يشترط أن يكون الضرر خسارة بل يجوز أن يكون أيضا ما فات المتعاقد من ربح , وبطبيعة الحال يشترط أن يكون الضرر محددا ومباشرا , ولا يشترط أن يكون جسيما بل المطلوب هو حدوث اختلاف بالتوازن المالي للعقد[3] .

3- أن يكون الفعل الضار صادر من جهة الإدارة المتعاقدة كجزء من ممارستها لاختصاصاتها القانونية , فإن صدر العمل أو القرار عن جهة إدارية أخرى فلا يمكن في هذه الحالة إعمال وتطبيق نظرية عمل الأمير, ومع ذلك فإذا صدر هذا الفعل من جهة إدارية أخرى لا يمنع من تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا توفرت شروطها , ويستوي أن يكون هذا الفعل قد صدر بشكل تشريع أو قرار أداري[4] .

4-أن يؤدي العمل المشروع الصادر عن الإدارة المتعاقدة إلى قلب اقتصاديات العقد والتأثير عليه بصرة أساسية بما يؤثر على المركز المالي للمتعامل المتعاقد فيسبب له ضررا ماليا[5].

1- محمود خلف الجبوري , المرجع السابق , ص.216.

2- مازن ليلو راضي , العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن مع شرح لائحة العقود الإدارية, منشاة المعارف جلال حزي وشركاه , مصر , 2003 , ص138..

3 -محمود خلف الجبوري , المرجع نفسه, ص.217.

4- عبد الحميد الشواربي , المرجع نفسه, ص.35.

5- بوضياف عمار, المرجع السابق , ص.239.

5- أن يكون الإجراء غير متوقع وقت إبرام العقد , فإذا كان المتعاقد قد توقع حدوث مثل ذلك الفعل أثناء التعاقد لم يعد له الحق في طلب التوازن المالي لاهـ أقدم على التعاقد وهو مقدر لهذا الظرف[1] .

ثالثا: الآثار المترتبة عن تطبيق النظرية :

1- يترتب على التسليم بنظرية عمل الأمير نتيجة رئيسية هامة , وهي منح المتعاقد المضار من جراء العمل الصادر من السلطات العامة, تعويضا كاملا[2], والتعويض الكامل يشمل ما لحق المتعاقد من خسارة بسبب فعل الإدارة وما فاته من كسب, وتتمثل الخسارة في المصروفات التي أنفقها وتكون مقدرة حسب طبيعة التعديل ونتائجه كما تتضمن المكاسب التي فاتت المتعاقد على سبيل المثال المبالغ التي كان من حقه الحصول عليها لو لم يوجد فعل الإدارة[3] .

2- كما يستطيع المتعاقد المطالبة بفسخ العقد إذا ما استحال تنفيذه بفعل الأمير كصدور تشريع يمنع الاستيراد بالنسبة للسلع موضوع العقد ولا يمكن الحصول عليها إلا من الخارج, كذلك إذا ما أدى عمل الأمير إلى زيادة الأعباء عليه لدرجة لا تحتملها إمكانياته المالية.

3- حق المتعاقد بالمطالبة بعدم إيقاع عقوبة التأخير في التنفيذ إذا ثبت أن فعل الأمير وإن لم يؤد إلى استحالة التنفيذ , فقد جعله عسيرا[4], ويستطيع المتعامل المتعاقد الجمع بين بعض النتائج السابقة إذا تعددت الأسباب كالحصول على التعويض الكامل والفسخ, أو الجمع بين التعويض الكامل وعدم توقيع الغرامات التأخيرية[5].

رابعا أساس النظرية في التشريع الجزائري : تجد هذه النظرية أساسها في التشريع الجزائري في نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247, والتي جاء فيها: " تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

1- محمود خلف الجبوري, المرجع نفسه, ص.217.
2- سليمان محمد الطماوي , المرجع السابق , ص.626.
3- محمد أنس قاسم جعفر , المرجع السابق , ص.165.
4- محمود خلف الجبوري , المرجع نفسه , ص.221.
5 -حابي فتيحة , المرجع السابق , ص.222.

يجب على المصلحة المتعاقدة, دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه, أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي:

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

وهكذا قنن المشرع الجزائري هذه النظرية, وحسنا فعل حين رخص للطرفين المتعاقدين إعادة النظر في الأحكام المالية للصفقة بما يعيد الاعتبار المالي للمتعامل المتعاقد ويدفعه أكثر للوفاء بالتزاماته وبمواصلة التنفيذ[1], وقد اعتمدها المشرع وطبقها كسبب من أسباب اختلال التوان المالي في العقود , وذلك من خلال الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالجزائر بتاريخ 11 ديسمبر 1964[2].

الفرع الثاني : نظرية المخاطر الاقتصادية

أولا: مفهوم نظرية المخاطر الاقتصادية : تعتبر نظرية الظروف الاقتصادية أو الطارئة هي الأخرى نظرية قضائية كان للقضاء الفرنسي ممثلا في مجلس الدولة الفضل في ظهورها بمناسبة فصله في قضية الإنارة لمدينة بوردو[3].

ومضمون هذه النظرية أنه إذا طرأت خلال تنفيذ العقد ظروف استثنائية خارجية عامة لم يكن بالوسع توقعها وقت انعقاده وترتب على حدوثها أن اختل التوازن المالي للعقد اختلالا خطيرا بحيث أن تنفيذ الالتزام دون أن يكون مستحيلا أصبح أشد إرهاقا وأكثر تكلفة , على وجه يتجاوز القدر الذي كان للطرفين أن يتوقعانه, جاز للمتعاقد مع الإدارة مطالبتها بالمساهمة معه في تحمل النتائج المترتبة على ازدياد الأعباء الناتجة عن تلك الظروف بتعويضه جزئيا ولمدة مؤقتة عن الخسارة التي لحقت به [4] .

كما تتميز نظرية الظروف الطارئة عن القوة القاهرة, فهذه الأخيرة رغم أنها هي الأخرى لا يد لإطراف اعقد في حدوثها , إلا أنها تجعل تنفيذ العقد مستحيلا وهذا خلافا لنظرية الظروف

1- بوضياف عمار, المرجع السابق, ص.ص.238.239.

2 -عباد صوفيا , المرجع السابق , ص.63.

3 -عمار بوضياف , المرجع السابق , ص.240.

4 -محمود خلف الجبوري , المرجع السابق , ص.220.

الطارئة التي تجعل تنفيذ العقد ممكنا ولكنه مرهق , ويبقى من حق المتعامل المتعاقد المطالبة بإعادة التوازن المالي[1].

ثانيا شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة : لكي يمكن تطبيق هذه النظرية فإن هناك شروط يستلزم القضاء الإداري توافرها :

1)- وقوع ظرف طارئ وغير متوقع بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه بحيث لا يمكن دفعه أو تداركه , حيث لا تطبق النظرية طالما يمكن الرجوع عن الإيجاب وعدم صدور القبول , أو انتهت مدة التنفيذ وكان التأخير ناجما عن فعل الشريك المتعاقد2 , أما إذا كان التأخير ناشئا عن خطأ الطرف الآخر في العقد، أو تم بموافقة الطرفين، استحق المتعاقد المتضرر التعويض تطبيقا لهذه النظرية[3], ويـأخذ الظرف الطارئ عدة صور فقد يتمثل في[4]:

- أحداث سياسية: إعلان الحرب ،غلق ممرات مائية...الخ.
- إجراءات إدارية: إذا كانت صادرة عن غير الجهة الإدارية المتعاقدة.
- أحداث اقتصادية: أزمة اقتصاديه, ارتفاع الأجور أو الأسعار...الخ.
- أحداث طبيعية: زلازل، جفاف، سيول، فيضانات...الخ

2)- أن يكون الظرف الطارئ استثنائي وغير متوقع ولا يمكن دفعه وهذا هو الشرط الجوهري , ذلك أن كل عقد يحمل ي طياته بعض المخاطر وكل متعاقد حذر يدر هذه المخاطر ويزنها عند إبرام العقد , أما ما يجب أن يؤمن المتعاقد ضده فهو الظرف الذي يفوق كل تقدير يمكن أن يتوقعه الطرفان المتعاقدان , ويتفرع على كون الحادث غير متوقع انه لا يمكن دفعه ذلك أن الحادث الذي يستطاع دفعه يستوي في شأنه أن يكون متوقعا أو غير متوقع[5].

1 -بوضياف عمار, نفس المرجع , ص.241.

2 -بعلي محمد الصغير , المرجع السابق , ص.94.

3- بحري إسماعيل , المرجع السابق , ص.76.

4 -عباد صوفيا , المرجع السابق , ص.76.

5- سليمان محمد الطماوي , المرجع السابق , ص.650.

3)- أن يكون الظرف أجنبيا عن أطراف العقد أي مستقلا عن إرادتهم لأنه متى ما كان الفعل راجعا إلى المتعاقد المتضرر فلا محل للقضاء له بالتعويض .

4)- أن يكون من شأن الظرف الطارئ أن يفضي إلى اختلال في التوازن المالي للعقد وينجم عنه خسائر غير مألوفة أدت إلى قلب الوضع الاقتصادي للمتعامل المتعاقد رأسا على عقب , كأن تقبل السلطة المختصة على زيادة الضرائب أو تستحدث رسوم جديدة ونسب عالية تتعلق بالمواد المستعملة في تنفيذ المشروع , ففي مثل هذه الحالات ينتج عن مواصلة تنفيذ المشروع إرهاق المتعاقد مع الغدارة ماليا, لذا وجب ان ينصف بإعادة توازنه المالي[1].

ثالثا آثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة : تقع فكرة الظروف الطارئة في مركز وسط بين الحالة العادية التي يستطيع فيها المتعاقد أن يوفي بالتزاماته التعاقدية[2], وبين حالة القوة القاهرة التي تؤدي إلى تحرير المتعاقد من التزاماته , وهذه هي الفكرة التي تحكم الآثار المترتبة على نظرية الظروف الطارئة كما وضعها القضاء الإداري , يترتب عن هذه النظرية متى توفرت شروطها الآثار التالية:

1- الاستمرار في تنفيذ الالتزامات العقدية : ومقتضى ذلك أن توفر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة لا يعفى المتعامل المتعاقد من الاستمرار في الوفاء بالتزاماته ومواصلة تنفيذه للعقد [3], حيث أن الظرف الطارئ لا يحرر المتعاقد من التزامه لان هذا الالتزام وان كان مرهقا فإنه ممكن , وغاية النظرية هو تمكين المتعاقد من الوفاء بالتزاماته كاملة, ومنه يتعين على المتعاقد الذي يريد الاستفادة من تطبيق نظرية الظروف الطارئة، مواصلة تنفيذ التزامه رغم وقوع الحادث غير المتوقع مادام التنفيذ في ذاته ممكنا ولم يتحول إلى قوة قاهرة تحول دون ذلك، فإذا توقف عن التنفيذ والوفاء بالتزاماته فإنه يتعرض لتوقيع الجزاءات لا سيما عقوبة غرامات التأخير.

2- حق المتعامل المتعاقد في الحصول علة مساعدة من المصلحة المتعاقدة : فمع توفر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة واستمرار المتعاقد في التنفيذ , يحق لهذا الأخير

1- بوضياف عمار, المرجع السابق , ص.242.

2- سليمان محمد الطماوي , المرجع السابق , ص.661.

3- بن شعبان علي , المرجع السابق , ص.203.

بالمطالبة بمساعدة الإدارة لتجاوز نتائج هذا الظرف وعلى الإدارة في هذا الحالة مشاركته في تحمل هذا العبء لاستمرار حسن سير المرفق العام ,وبما أن طبيعة هذا التعويض مؤقت يرتبط بوجود الظرف الطارئ فإن مصيره إلى الزوال وبالتالي عودة التوازن المالي للعقد كأن تزول الظروف الطبيعية أو الاقتصادية (عودة أسعار المواد المستعملة إلى مستواها بعد أن قفزت للأعلى) , أو مثلا تعيد الإدارة النظر في شروط العقد بما يتماشى والظروف الاستثنائية الجديدة[1].

رابعا: أساس النظرية في التشريع الجزائري : تجد النظرية اساساها القانوني في التشريع الجزائري من خلال النظرية العامة للعقود في نص المادة 107 من القانون المدني[2], بنصها "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية , ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب , بل يتناول أيضا مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام, غير أنه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي , وان لك يصبح مستحيلا صار مرهق للمدين بحيث يهدده بخسارة ففادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاته لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول , ويقع باطل كل اتفاق يخالف ذلك" وقد قننها المشرع الجزائري لأنها تتماشى ومبادئ العدالة حيث من الغير المعقول ترك المتعامل المتعاقد يتحمل و لوحده الأعباء المالية بحجة أن الإدارة ليست المتسببة في ذلك[3].

وتجد نظرية الظروف الطارئة أساسها في تنظيم الصفقات العمومية في المادة 138-2 من المرسوم الرئاسي 15-247 انه" لا يمكن إبرام الملحق وعرضه على هيئة الرقابة الخارجية للصفقات المختصة, إلا في حدود آجال التنفيذ التعاقدية.

وهنا راعى المشرع الظروف الطارئة والإرهاق المالي للمتعامل المتعاقد, فأجاز إعادة الاعتبار المالي عن طريق حل ودي يتجسد في ملحق للصفقة الأصلية[4].

1- بن شعبان علي , المرجع نفسه , ص.204.

2- الأمر رقم 75-85 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم, جريدة رسمية, عدد78.

3- بوضياف عمار, المرجع السابق , ص.243.

4- عباد صوفيا , المرجع السابق , ص.75.

الفرع الثالث : نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة

أولا : مفهوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة : ويقصد بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة مصادفة المتعاقد عند تنفيذه موضوع العقد ,لصعوبات مادية لم يتوقعها , ولم يكن من الممكن توقعها عند إبرام العقد , يكون من شأنها زيادة التكاليف عن الحد المقرر مما يجعل تنفيذ العقد مرهقا[1], كما أجملها "سليمان محمد الطماوي" بقوله " إذا ما صادف المتعاقد في تنفيذ التزاماته صعوبات مادية , ذات طبيعة استثنائية خالصة ولا يمكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد , وتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقا, فإن من حقه ان يطالب بتعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار"[2].

ويعود أصل هذه النظرية , كأغلب نظريات القانون الإداري إلى القضاء الفرنسي وهي من أقدم النظريات التي استخلصها مجلس الدولة الفرنسي , وتجد تطبيقاتها في مجال عقود الأشغال العامة على وجه الخصوص , غير أنه لا يوجد مانع من تطبيقها في كافة العقود الإدارية متى توافرت شروطها[3].

وقد طبقها القضاء بداية على اساس النية المشتركة بين طرفي العقد , إلا أنه تخلى عن هذا الأساس وجعل تطبيقها جزء لا يتجزأ من النظام العام للعقود الإدارية يطبقها متى توافرت شروطها , بل وقد أخذ بها بالرغم من احتواء العقد على شرط صريح باستبعادها وفسر مجلس الدولة ذلك بأن الصعوبات المقصودة في العقد هي الصعوبات العادية , أما بالنسبة للصعوبات الغير عادية و الاستثنائية فإن للمتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض عنها[4].

ثانيا شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

يشترط القاضي كي يستحق المتعاقد التعويض عن الخسارة بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة , توافر مجموعة من الشروط يمكن إجمالها فيما يلي:

1- بن شعبان علي , المرجع السابق , ص213.

2 – سليمان محمد الطماوي , المرجع السابق , ص.686.

3 – نفس المرجع, نفس الصفحة.

4 - بن شعبان علي , المرجع السابق , ص.214.

1- يجب أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية : وهذه الصعوبات المادية ترجع في أغلب الحالات إلى ظواهر طبيعية ومن ثم فإن أكثر تطبيقات هذه النظرية تتعلق بصعوبات مادية مرجعها إلى طبيعة الاراضي التي تنفذ فيها الأشغال العامة , كأن تتكشف الأرض عند التنفيذ عن طبيعة صخرية في حين أن التنفيذ الطبيعي للعقد يفترض طبيعة سهلة[1] , وقد لا ترجع في بعض الحالات للظواهر الطبيعية فقد يكون مصدرها فعل بعض الناس من الغير كوجود قناة خاصة بجوار موقع العمل لم تظهر سابقا[2] .

2- يجب ألا تكون الصعوبات المادية بسبب أحد الطرفين : فالصعوبات المادية يفترض فيها ألا تكون من عمل الإدارة ففي هذه الحالة يستبعد تطبيق هذه النظرية مع احتمال تطبيق مسؤولية الإدارة على أساس نظرية عمل الامير , كما يفترض من جهة اخرى عدم تسبب المتعاقد بخطئه أو عدم تبصره في وجود هذه الصعوبات ويقع على عاتقه إثبات انه عمل كل ما في وسعه لتوقي آثار تلك الصعوبات , وانه لم يخرج على شروط العقد أثناء تنفيذه التزاماته[3].

3- يجب أن تكون الصعوبات غير متوقعة عند إبرام العقد : لا يستحق التعويض إلا إذا كانت الصعوبات المادية من النوع الذي لا يمكن توقعه عند التعاقد ، وفقا للظروف التي أبرم فيها العقد ، والقاعدة هنا أن المقاول ملزم بتحري طبيعة الصعوبات التي قد تصادفه عند التنفيذ ، و يجب على المتعاقد إعلام الإدارة في الوقت المناسب بملاحظاته وعلى القاضي البحث فيما إذا كان المتعاقد قد بذل ما عليه في تاريخ إبرام العقد من الجهد الضروري، وأن يكون قد تحرى بنفسه طبيعة الأعمال وعمل كل ما يترتب عليه من اختبارات وغيرها .للتأكد من صلاحية المواصفات والتصميمات المعتمدة[4].

4- يجب أتكون الصعوبات ذات طابع استثنائي بحت : ذلك ان الصعوبات المادية ليست مطلق عقبات يصادفها المتعاقد عند التنفيذ عادة , اذا يترك للقاضي أن يقدر في كل حالة على حدا ما اذا كانت الصعوبات الغير متوقعة التي صادفها المتعاقد مما بمكن اعتباره من قبيل المخاطر العادية أو الاستثنائية[5].

1- سليمان محمد الطماوي , المرجع السابق , ص.693.

2 -عباد صوفية , المرجع السابق , ص.81.

3- سليمان محمد الطماوي , المرجع نفسه , ص.695.

4- بحري إسماعيل , المرجع السابق, ص.80.

5- سليمان محمد الطماوي , المرجع نفسه , ص.697.

ثالثا: آثار تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

1- بقاء التزامات المتعاقد رغم الصعوبات غير المتوقعة : ذلك أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة شأنها شأن عمل الأمير والظروف الطارئة لا تؤدي إلى تحلل المتعاقد من التزاماته إلا أذا أدت إلى استحالة التنفيذ , وحينئذ نصبح أمام كرة القوة القاهرة , وإذا توقف المتعاقد عن التنفيذ متحججا بهذه الصعوبات فإنه قد يتعرض لمختلف الجزاءات , مع احتمال فقده لحق المطالبة بالتعويض على أساس هذه النظرية[1].

2- حق المتعامل المتعاقد في الحصول على التعويض الكامل : خلافا لنظرية الظروف الطارئة التي يحصل فيها المتعاقد على تعويض جزئي ومؤقت , فإن تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هو حصول المتعاقد على تعويض كامل مقابل ما تحمله من نفقات لمواجهة تلك الصعوبات ولجبر كافة الأضرار التي تحملها نتيجة ذلك[2] .

رابعا أساس النظرية في التشريع الجزائري

لم يتطرق المشرع الجزائري مباشرة لهذه النظرية من خلال التنظيمات السابقة للصفقات العمومية أو المرسوم الرئاسي 15-247 كما ورد بالنسبة لنظريتي عمل الامير والظروف الطارئة, إلا أننا نجد تطبيقاتها في مجال القضاء الإداري وأن كانت نادرة , حيث أخذت بها الغرفة الإدارية لمجلس قضاء بشار ومن حيثيات القرار قضت: " الأشغال التي طلب المستأنف تعويضه عنها هي صعوبات تصادف الطرف المتعاقد حين تنفيذه لالتزاماته التعاقدية مادية استثنائية غير متوقعة , ولا تحدد فيها قيمتها أو حجمها أو نوعها لارتباطها غالب الاحيان بالأرض أو الأنهار..." [3].

وبالتالي يكون القضاء الإداري الجزائري قد تبنى هذه النظرية وأن كان قد ربط هذه الصعوبات بمجال الأشغال العمومية (الأرض والأنهار) , إلا أنه لا يمنع من فتح المجال لتطبيقها على باقي أنواع الصفقات, مجاراة بذلك القضاء الإداري المقارن (فرنسا , ومصر).

1- المرجع نفسه, ص.699.

2- بن شعبان علي , المرجع السابق , ص.218.

3- مجلس الدولة الجزائري , الغرفة الأولى , قرارا غير منشور , رقم 10605 , الصادر بتاريخ 20 جانفي 2004 , في قضية (م.بوزيان) وبلدية كرزاز.

المبحث الثاني

التزامات المتعامل المتعاقد

يلتـزم المتعامل المتعاقد مع الإدارة كما هو الحال في العقود الاخرى بالوفاء بالتزاماته التعاقدية ووفقا لشروط العقد وحسب القواعد العامة المقررة لذلك .

فالمصلحة المتعاقد تحرص على توقي الدقة في صفقاتها المبرمة لأنها تتعلق بالمرافق العامة التي يجب ان تضمن استمرارية أدائها لعملها بانتظام واطراد , ومن هذا المنطلق منحت الإدارة سلطات وحقوق استثنائية في مواجهة المتعاقد معها تتمتع بها كوظائف تمارسها في إطار القانون العام والتي من شأنها أن تجعل تلك الصفقة تفقد الغرض الذي أبرمت من أجله، إذ تستطيع بمقتضاها أن تباشر حق الإشراف والرقابة على تنفيذ الصفقة وأن تقوم بتنفيذ شروط الصفقة وفسخها وأدائها بإرادتها المنفردة وهي سلطات خطيرة قد تؤدي إلى حرمان الطرف المتعاقد من حقوقه لذا تم وضع حدود و ضوابط لممارسة هذه الامتيازات وجعلها تتماشى و أهداف سير المرافق العامة الرامية إلى تحقيق المنفعة العامة.

المطلب الأول: الالتزام بالتنفيذ المالي للصفقة

نصت المادة 124 من قانون الصفقات العمومية على أنه " يجب على المصلحة المتعاقدة ان تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح احسن الشروط لاختيار المتعاملين معها و/أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة .

تحدد الضمانات المذكورة أعلاه وكذا كيفيات استرجاعها حسب الحالة , في دفاتر الشروط أو في الاحكام التعاقدية للصفقة , استنادا إلى الأحكام القانونية أو التنظيمية المعمول بها."

ولذلك فقد حرصت المصلحة المتعاقدة وضمانا لحسن تنفيذ الصفقة على اختيار المتعامل المقتدر ماليا أي صاحب الكفاية المالية , حيث ان المتعاملون ملزمون بتقديم ضمانات مالية تحمي الإدارة في حال اخلالهم بالتزاماتهم[1], فالضمان في مجال الصفقات العمومية هو ذلك

1- عباد صوفيا , المرجع السابق , ص.103.

الحق الذي يتمتع به أحد الأطراف تجاه الطرف الآخر حتى يؤمن سداد ديونه وقد يكون ضمانا شخصيا مثل عقد الكفالة أو الضمان الاحتياطي وقد يكون عينيا مثل الرهن الحيازي[1].

الفرع الأول : الطبيعة القانونية للكفالة في الصفقة العمومية

أولا: مفهوم الكفالة:

هي عبارة عن التزام مكتوب من طرف صندوق ضمان الصفقات العمومية[2] أو البنوك يتعهد بموجبه بتسديد الدين الموجود على عاتق الزبون(متعهد متعامل المتعاقد) في حالة عدم قدرته على الوفاء بالتزاماته ويحدد هذا الالتزام مدة الكفالة، ومبلغها وأطرافها[3].

وتحرر الكفالة في شكل عقد مكتوب يتضمن عدة معلومات كإسم المتعامل، مبلغ الكفالة وتاريخه، وطبيعتها وموضوع القرض المكفول، والعمولة المتفق عليها, حيث لا يشترط أن تتخذ شكلا خاص فقد اشترطها المشرع للإثبات فقط وليست شرطا للانعقاد[4].

وأطراف العلاقة في مجال الصفقات العمومية هم :

- **المدين (المكفول)** : ويكون حسب الحالة المتعامل المتعاقد أو المتعهد.
- **الدائـــن** : والمتمثلة في المصلحة المتعاقدة .
- **الكفيل** : المؤسسة المالية والمتمثلة هنا في صندوق ضمان الصفقات العمومية أو البنوك.

ثانيا: أنواع الكفالة:

تختلف الكفالة بحسب اختلاف الحاجة إلى الضمان, وقد نص قانون الصفقات العمومية على عدة أشكـــال وهي :

أ- كفالة التعهد :

يعبر عنها بمبلغ مالي يدفعه المتعهد الذي قدم عرضا في إطار المنافسة من أجل الظفر بالصفقة المطروحة للتعاقد , وهذا كضمان لجديته في دخول المنافسة وإثباتا لحسن نيته في

1- بحري إسماعيل , المرجع السابق , ص.83.

3- تم إنشاء هذا الصندوق بموجب المرسوم التنفيذي رقم 98-67 المؤرخ في 1998/02/21 المتضمن إنشاء وتنظيم سير صندوق ضمان الصفقات العمومية وهو يعتبر مؤسسة ذات طابع صناعي وتجاري و يعمل تحت وصاية وزارة المالية.

3- عباد صوفيا , المرجع السابق , ص.140.

4- بحري إسماعيل , المرجع السابق , ص.84.

ذلك[1], ولقد تطرق قانون الصفقات العمومية , في المادة 125 من المرسوم الرئاسي 15-247 , حيث تشترط كفالة التعهد في مرحلة تقديم العروض أو التعهدات متى ورد النص عليها صراحة في دفتر الشروط ويصبح بذلك تقديمها الزاميا ويرفض عرض كل من خالف ذلك.

ولقد حدد المشرع نوعين من الصفقات يكون المتعهدين ملزمين بتقديمها هما :

- صفقات الأشغال
- صفقات التزويد باللوازم

كذلك اشترطت المادة 125 من قانون الصفقات العمومية في كفالة التعهد أن تفوق 1% من مبلغ العرض, كما اشترط شكل محدد لصيغة الكفالة حيث تحرر حسب نموذج يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية[2].

ترد كفالة المتعهد الذي لم يقبل, والذي لم يقدم طعنا, بعد يوم واحد من تاريخ انقضاء أجل الطعن, والآجال حددتها المادة 82 من نفس التنظيم, وترد كفالة المتعهد الذي لم يقبل, والذي قدم طعنا, عند تبليغ قرار رفض الطعن من طرف لجنة الصفقات المختصة[3], وترد كفالة الحاصل على صفقة العمومية بعد وضع كفالة حسن التنفيذ.

ب- كفالة رد التسبيق :

لا تمنح المصلحة المتعاقدة أي تسبيقات من دون كفالة الإرجاع ضمانا لتسديدها , فهي التزامات بنكية تضمن استفادة المتعامل المتعاقد من تسبيقات جزافية أو على التموين مقابل ضمان للمصلحة المتعاقدة بإرجاع هذه التسبيقات عن طريق الكفالة, وغالبا ما تكون هذه الكفالة بقيمة معادلة بإرجاع التسبيقات، يتم إصدارها من طرف بنك جزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية أو بنك أجنبي يعتمده بنك جزائري ويتم تحريرها حسب الصيغ التي تلائم المصلحة المتعاقدة و البنك الذي تنتمي إليه[4] .

1- حابي فتيحة , المرجع السابق , ص.240.

2- انظر المادة 04/125 من قانون الصفقات العمومية 15- 247 السابق الذكر.

3- نصت عليها المادة 03/125 من قانون الصفقات العمومية 15-247.

4- بحري إسماعيل , المرجع السابق , ص.85.

وتكون الكفالة معادلة للتسبيق أو جزء منه حيث يجب أن لا تتجاوز نسبة 15% بالنسبة للتسبيق الجزافي, وان لا تتجاوز 35% بالنسبة للتسبيق على التموين, وعلى كل فإن المبلغ الجامع بين كفالة رد التسبيق الجزافي وكفالة رد التسبيق على التموين لا يتعدى ما نسبتـــه 50% من مبلغ الإجمالي للصفقة.

ترد كفالة رد التسبيقات بطلب من المتعامل المتعاقد عندا يتم الانتهاء من استعادة مبلغ التسبيقات بعد اقتطاعها من المبالغ المدفوعة.

ج- كفالة حسن التنفيذ :

نصت المادة 01/130 من قانون الصفقات العمومية على " زيادة على كفالة رد التسبيقات المذكورة في المادة 110 أعلاه, يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم حسب نفس الشروط كفالة حسن تنفيذ الصفقة", فكفالة حسن التنفيذ هي عبارة عن عقد يلتزم بموجبه المتعامل المتعاقد ضمان تنفيذه للخدمات موضوع الصفقة وفقا لما إتفق عليه في الصفقة تنفيذًا كاملاً، ومطابقا، ووفيا، تجاه المصلحة المتعاقدة صاحب المشروع[1].

وتعد من الضمانات النقدية وتتمثل في كفالة مصرفية يصدرها بنك أجنبي من الدرجة الأولى يعتمده البنك الجزائري المختص و هي تشكل ضمانا للمصلحة المتعاقدة من أجل تنفيذ حسن للصفقة , لذا فهي تغطي المرحلة بين إعطاء الأمر ببدء التنفيذ و الاستلام المؤقت للصفقة[2].

وقدر مبلغ كفالة حسن التنفيذ في المادة 133 من المرسوم الرئاسشي 15-247 بنسبة تتراوح ما بين خمسة في المائة (5%) و عشرة في المائة (10%) من مبلغ الصفقة حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها.

كما يلزم المتعامل المتعاقد بتقديم كفالة حسن التنفيذ للصفقة، خلال أجل يجب ألا يتجاوز تاريخ تقديم أول طلب على الحساب, وتسري كفالة حسن التنفيذ ابتداء من تاريخ الانطلاق في تنفيذ الخدمات موضوع الصفقة إلى غاية الاستلام المؤقت، ومعنى هذا أن كفالة حسن التنفيذ تغطي مخاطر عدم التنفيذ للبنود التعاقدية للصفقة بالنسبة للفترة الممتدة من تاريخ الأمر

1- عباد صوفيا , المرجع السابق ,ص.115.

2- بحري إسماعيل , المرجع السابق , ص.85.

بالخدمة الصادر عن المصلحة المتعاقدة إلى غاية تاريخ الاستلام المؤقت كما هو محدد في الصفقة[1].

ونجد ان المشرع لم يحدد انواع الصفقات التي تجب فيها هذا النوع من الكفالات, مما يفسر أنها ملزمة في جميع انواع الصفقات سواء أكانت أشغال, توريد, دراسة أو خدمات, إلا أننا نجه قد استثنى بعض الصفقات وأعفاها من تقديم الكفالة وهي ثلاث حالات[2]:

- صفقات الدراسات او الخدمات التي يمكن المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من حسن تنفيذ الخدمات , قبل دفع مستحقاتها, واستثنى صفقات الإشراف على الأشغال.
- اذا لم يتعد أجل تنفيذ الصفقة ثلاثة(3) أشهر.
- الصفقات المبرمة مع المتعاملين بالتراضي البسيط وبالنسبة للصفقات المبرمة مع المؤسسات العمومية.

يتم إرجاع كفالة حسن التنفيذ الصفقة بعد شهر من تاريخ الإستلام النهائي للصفقة, والذي يتم بموجب تحرير رفع اليد الكلي والنهائي .

د- كفالة الضمان :

ضمانا منها للمخاطر أو العيوب التي قد تشوب الخدمة موضوع الصفقة بعد الانتهاء من إنجازها من طرف المتعامل المتعاقد،تفرض المصلحة المتعاقدة كفالة الضمان لتغطية العيوب التي قد تترتب عن سوء تنفيذ الصفقة.

فإن كفالة الضمان تغطي مخاطر عيوب الإنجاز أو التنفيذ الناقص من قبل المتعامل المتعاقد،إخلالاً بإلتزاماته التعاقدية بعنوان الصفقة،التي تحدث أثناء مدة الضمان التي تمتد من تاريخ محضر الإستلام المؤقت إلى تاريخ المحدد تعاقدياً عن الإستلام النهائي[3].

وقد تطرق المشرع لهذا النوع من الكفالة في المادة 131, 132, 134 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

ولم يحدد المشرع في تنظيمه الحالي اجلا للضمان خلافا لدفتر الشروط الإدارية العامة نجده يقر بأن اجل الضمان يحدد في دفتر الشروط الخصوصية, وغالبا ما يحدد باثنتي عشر شهرا, يحول الرصيد المكون من مجموع الاقتطاعات عند التسليم النهائي إلى كفالة ضمان

1- عباد صوفيا , المرجع نفسه ,ص.119.

2- انظر المادة 02,03,04/130 من قانون الصفقات العمومية 15-274 السابق الذكر.

3- عباد صوفيا , المرجع السابق , ص.121.

عندما يكون أجل الضمان منصوصا عليه في صفقة الدراسات و الخدمات حسب نص المادة 131من قانون الصفقات العمومية[1].

وتنشأ او تتأسس كفالة الضمان بالكيفيات التالية :

- تحويل كفالة حسن التنفيذ عندما تنص الصفقة على أجل الضمان.
- كفالة يصدرها البنك أو صندوق ضمان الصفقات العمومية.
- اقتطاعات من كشوف الدفع على الأشغال.

وتنص المادة 02/48 من دفتر الشروط الإدارية العامة أن سريان كفالة الضمان يزول تلقائيا عند انتهاء المدة المحددة أي شهر واحد إلا إذا أشعرت المصلحة المتعاقدة البنك أو الصندوق الذي أصدر الكفالة برسالة موصى عليها بأن المتعامل المتعاقد لم يلتزم بكل البنود التعاقدية و في هذه الحالة التزام الكفالة ينتهي برفع اليد صادر عن المصلحة المتعاقدة[2].

الفرع الثاني : أدوات تنفيذ نظام الكفالة

أولا: البنــوك :

بغرض إنعاش وإحياء النظام البنكي الجزائري بادرت الجزائر إلى إدخال جملة من الإصلاحات ،كان أولها إنشاء البنك المركزي الجزائري و الصندوق الجزائري للتنمية اللذان كانا يتكفلان بتسيير مصادر التمويل الخارجية وتقديم المساعدات والقروض لغرض تمويل مشاريع التجهيز العمومي للمؤسسات المختلفة ثم توالت عملية إنشاء البنوك العمومية لتصبح كلها تمويل المشاريع التي تقوم بها المؤسسات الوطنية[3].

لكن هذا كله لم يمنع من وجود النقائص خاصة في مجال التمويل حيث كانت البنوك مجرد مصدر لا يفي من السيولة التي تمول المؤسسات العمومية , نظرا لمشكلة تراكم الديون على المؤسسات إزاء البنوك التي عرفت هي الأخرى مشاكل ضعف التمويل لذا كان لزاما إعادة الدور الحقيقي للبنوك كوسيط مالي فعال من خلال إقرار نوع من إستقلالية في التسيير، ورغم هذه الإصلاحات ظل مشكل البيروقراطية وكذا الشروط الكثيرة التي تتطلبها عملية التمويل مما أدى كل ذلك إلى تعطيل مشاريع الإدارة العمومية توقفها في كثير من الأحيان،وأمام هذا

1- بحري إسماعيل , المرجع السابق , ص.86.

2- بحري إسماعيل , المرجع السابق , ص.86.

3- نفس المرجع , نفس الصفحة.

الوضع فكرت السلطات العمومية في إنشاء هيئة تتكفل بمجال الصفقات العمومية ألا وهي صندوق ضمان الصفقات العمومية[1].

ثانيا: صندوق ضمان الصفقات العمومية:

يعتبر عائقا هاما لمعظم المؤسسات العمومية والخاصة التي لها دخل في إنجاز الصفقات والطلبات الممولة من طرف ميزانية الدولة،وهو ما أدى إلى تعثر المتعاملين الإقتصاديين وذلك راجع لغياب جهاز فعال للضمان وهذا ما أثبت ضرورة إنشاء, مؤسسة مختصة مكلفة بضمان الصفقات العمومية.

لقد تم إنشاء الصندوق بموجب المرسوم التنفيذي رقم 98-67 المؤرخ في 1998/02/21[2], وهو مؤسسة ذات طابع صناعي وتجاري ، لها شخصية معنوية و تتمتع بالإستقلالية المالية, موضوعة تحت وصاية وزير المالية، و يهدف من إنشاء هذا الصندوق الحفاظ على التطور المادي و المالي لمشاريع التجهيز العمومية المقيدة في البرامج السنوية و المتعددة السنوات التي يتم تمويلها من ميزانية الدولة, ويحتل الصندوق كمؤسسة مالية، مكانة هامة في النظام المصرفي الجزائري من خلال منح ضماناته أو كفالته بكل الأشكال لتسهيل تحقيق مشاريع في قطاعات المنشآت القاعدية والسكن و الصفقات العمومية إضافة إلى مهام أخرى تكلفه إياها الخزينة العمومية[3].

حيث تسمح المادة 03 من المسوم التنفيذي 98-67 السابق الذكر, للمتعامل المتعاقد بأن يستفيد من تسبيقات مالية وتجنيد مبلغ الديون المستحقة له بمناسبة تنفيذ وإنجازه الأشغال, بحيث تنمح له قروضا كتسبيق مالي في شكل:

- تعبئة الديون للمتعامل المتعاقدوذلك كتمويل مسبق أو كقرض مقابل حقوق مكتسبة.
- تسبيق على كشوف الأشغال والفواتير.

وطبقا للمرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وكذا بموجب المرسوم التنفيذي 98-67 يسمح هذا الصندوق لأصحاب الطلبات بمايلي :

1- عبد صوفيا . المرجع السابق ,ص.126.

2- المرسوم التنفيذي رقم 98-67 المؤرخ في 1998/02/21 المتضمن إنشاء وتنظيم سير صندوق ضمان الصفقات العمومية, السابق الذكر.

3- حابي فتيحة, المرجع السابق,ص.207.

-الحصول على الكفالات أوالضمانات التي تسمح لهم بالمساهمة في إنجاز الصفقات العمومية.
-الاستفادة من التسبيقات التعاقدية المخصصة لتغطية النفقات المقررة في إطار إنجازالصفقات والطلبات العمومية.
- الحصول على الضمانات المطلوبة من المصلحة المتعاقدة.
- تسديد كشوف المؤسسات وفواتيرها إذا لم يتم ذلك ضمن الأجال القانونية.
-الحصول على التسبيقات مقابل كشوف الأشغال قبل أن تعترف المصلحة المتعاقدة بحقها.
-الإستفادة من ضمان المؤسسة لدى بنوكها قصد الحصول على أي قرض يتضمن إنجاز صفقة أو طلبية عمومية وبالمقابل يطلب الصندوق من المستفيدين من الضمانات والكفالات كل التبريرات وتقديم كل الوثائق الضرورية[1].

وتتمثل علاقة الصندوق بالآمرين بالصرف من ناحية مراقبة الصندوق طبيعة ومبلغ الصفقة التي سيضمنها و تبرز العلاقة أكثر من خلال رقابة تنفيذ الصفقات العمومية, وكذلك ما اختص منه برفع اليد عن الكفالات التي يقدمها الصندوق للمؤسسات لاسيما "كفالة الضمان" التي يمكن للمصلحة المتعاقدة عن طريق الآمر بالصرف أن تشعر الصندوق برسالة موصى عليها بعدم تحرير الكفالة للمتعامل الحائز على الصفقة و تمديد الأجل لأكثر من شهر لأن هذه الكفالة يتم رفع اليد عنها آليا بعد مضي شهر واحد إبتداءا من تاريخ الاستلام النهائي إلا في حالة عدم إلتزام المتعامل المتعاقد بجميع البنود العقدية و هنا تحرر كفالة الضمان برفع اليد صادر عن الآمر بالصرف و يوجه إلى الصندوق[2].

أما علاقة الصندوق بالمؤسسة المتعاقدة فإن هذه الأخيرة تعتبر زبونا للصندوق فيما يخص الحصول على كفالته و ضماناته حيث يقوم بإعلامها و توجيهها و منحها الكفالات، وفي المقابل تقدم المؤسسة التأمينات الضرورية, وذلك بالموازاة مع الأخطار التي يتحملها الصندوق مقابل القرض بتوقيع الذي تستفيد منه المؤسسات, ويعتمد الصندوق على آليات قانونية محددة تمكنه من ضمان عملية تمويل الصفقات العمومية وهي ممثلة في:

أولا: الرهن الحيازي

جاء في نص المادة 145 من قانون الصفقات العمومية " الصفقات العمومية وملاحقها قابلة للرهن الحيازي" .

1- بحري إسماعيل , المرجع السابق , ص.88.
2- المرجع نفسه , ص.89.

وقد عرفته المادة 948 من القانون المدني "الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره بأن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه لمتعاقدان شيئا يترتب عليه للدائن حقا عينيا يحق له حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون", ويعتبر الرهن الحيازي أحد أشكال تمويل الصفقة العمومية لأنه يكون مقابل مبلغ مالي لتغطية نقص في خزينة مؤسسة إنجاز الصفقة ولتمكنها من مواصلة أشغال الإنجاز, ويتم الرهن الحيازي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 145 من التنظيم حيث جاء فيها:

- يتم الرهن الحيازي لدى مؤسسة أو مجموعة من المؤسسات المصرفية سواء كانت عمومية أو خاصة أو لدى صندوق ضمان الصفقات العمومية وتسمى هذه المؤسسة ب" المتنازل له عن الصفقة."

- يكون الرهن الحيازي مقابل نسخة من الصفقة تحمل بيانا يشير إلى أن هذه الوثيقة تمثل سندا في حالة الرهن الحيازي و البيان يكون في شكل العبارة التالية" مقبول كسند للرهن الحيازي" و هذه الوثيقة تقدمها المصلحة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد ، وقد تحل محل الوثيقة سابقة الذكر" مستخرج من الصفقة "إذا كان تقديم النسخة الكاملة من شأنه الإخلال بالسر المطلوب في الصفقة شرط أن يتضمن المستخرج البيانات اللازمة التالية : تاريخ صدور الوثيقة ،ختم المصلحة المتعاقدة وإمضاء الآمر بالصرف.

- يبلغ المتنازل له المحاسب المعين 2 في الصفقة بالرهون الحيازية ، وهذا الأخير عوض أن يدفع الكشوف إلى رصيد المؤسسة يدفعها إلى رصيد المتنازل له الذي يصبح المستفيد بدلا من المؤسسة المتعاقدة.

- يرسل المحاسب المعين للمتنازل له وثيقة تبين الوضعية المالية للصفقة العمومية ،بالنسبة للمصلحة المتعاقدة تقدم للمتنازل له كشفا موجزا للخدمات المنجزة و إما بيانا تفصيليا للحقوق المثبتة لصالح المتعامل المتعاقد أو كشفا بالتسبيقات المدفوعة.

- يقبض المستفيد من الدين بمفرده مبلغ الدين المخصص لضمان حقوقه وذلك في أجل لا يتعدى اليوم الأخير من أيام العمل السابق لليوم الذي يجرى فيه الإشعار بالرهن الحيازي المعني, يتم رفع اليد على الرهن الحيازي بطلب من المتنازل له من المحاسب الحائز على النسخة الخاصة برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام[1].

1- انظر للمادة 145 من المرسوم الرئاسي 15-247 السابق الذكر.

ثانيا: الضمان الاحتياطي

يتدخل صندوق ضمان الصفقات العمومية تسهيلا للتنفيذ المالي للصفقة العمومية كوسيط بين المؤسسة الحائزة على الصفقة) المتعامل المتعاقد مع الإدارة (والبنك الذي يقدم لها القرض لتمويل الصفقة بتقديمه الضمانات اللازمة ويكون ذلك عندما يقرر البنك عدم إلتزامه مع المؤسسة لعدم تقديمها الضمانات الكافية،ويلتمس البنك ضمان الصندوق لهذه المؤسسة، ويسمى الصندوق في هذه الحالة الضامن الإحتياطي عند حلول أجل إستحقاق الدين،إذا لم تتمكن المؤسسة من تسديد ديونها إزاء البنك يلتزم الصندوق بتسديد المبلغ المستحق للبنك،ويرجع هذا الأخير على المؤسسة لإسترجاع ما دفعه.

المطلب الثاني: الالتزام بالتنفيذ التقني للصفقة

يجب على المتعامل المتعاقد تنفيذ الإلتزامات المفروضة عليه بموجب مجموع وثائق العقد، ولن يدفع عنه هذا الإلتزام إلا القوة القاهرة، لأن إلتزامه هذا يعد الأثر العام والأساسي وهو يعكس القوة الإلزامية لتنفيذ الصفقة.

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

وبما أن تنفيذ العقود الإدارية عامة والصفقات العمومية على وجه الخصوص يخضع لمبدأ رعاية المصلحة العامة وضمان استمرارية المرفق العام ، فإن المتعامل المتعاقد ملزم بأداء شروط الصفقة المتعاقد عليها لأنه الأقدر و الأنسب على ذلك حسب ما تقتضيه أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 , إذ يحرص المتعاقد مع الإدارة في مجال التنفيذ التقني للصفقة .

ولهذا فإن إلتزامات المتعامل المتعاقد لا يمكن حصرها من جميع النواحي لأنها تتعلق بطبيعة كل عقد من العقود الإدارية .

الفرع الاول : حالة التنفيذ العادي للصفقة

يحرص المتعامل المتعاقد مع الإدارة في مجال التنفيذ التقني للصفقة على الالتزام بتنفيذ الصفقة من ناحية :

أولا: الأداء الشخصي للخدمة موضوع الصفقة

تلتقي الصفقة العمومية في هذا الالتزام بباقي عقود القانون الخاص, فعقد العمل يلزم العامل بالأداء الشخصي للعمل وأن لا يعهد به للغير, فكذلك لا يجوز للمتعهد بأداء الخدمة في الصفقة العمومية أن يلقي بموضوع العقد على الغير[1], ومن ثم فإن المتعامل المتعاقد ملزم بالتنفيذ الشخصي للصفقة و بالطريقة و الكيفية التي ارتضاها و اختارها ولا يعفيه من ذلك حتى لو لجأ للاستعانة بالغير او متعامل ثانوي, فالمتعاقد الأول يظل مسؤولا عما ارتبط به من أعمال عقدية مع الإدارة سواء عن أعماله الشخصية أو عن أعمال المتعاقد الآخر على أساس تحمل التبعة[2].

اذن يمكن القول بان شخصية المتعاقد او صفاته تكون محلاً للاعتبار في مجال ابرام وتنفيذ العقد الاداري ، حيث يتعين على الادارة باعتبارها طرفاً في العقد الاداري عند اختيار المتعاقد معها ان تراعي في هذا الاختيار توافر مجموعة من الصفات الجوهرية في الشخص الذي تريد التعاقد معه وذلك كي تضمن تنفيذ العقد بصورة سليمة ، وعلى نحو يحقق الصالح العام على اكمل وجه، مما يؤمن سير المرفق العام محل العقد بصورة دائمة ومنتظمة[3].

و المهم في قاعدة الالتزام الشخصي بالتنفيذ هو ما يترتب عليه من نتائج وهي حالتي :

1- المتعامل الثانوي :

حيث أجاز المشرع اللجوء للمتعامل الثانوي مراعيا بذلك ان المتعامل المتعاقد لا يستطيع القيام بتنفيذ كل جزئيات المشروع, ولا يجوز له ذلك إلا بموافقة الإدارة مسبقا[4]. لذا لا يجوز للمتعامل المتعاقد أن يتنازل على جزء أو أكثر من مؤسسته إلى متعاقدين من الباطن أوالمساهمة بها في شركة أو مجموعة شركات دون ترخيص صريح من الإدارة[5].

2- وفاة المتعامل المتعاقد :في حالة وفاة المتعامل المتعاقد، تفسخ الصفقة بقوة القانون دون تعويض، إلا في حالة ما إذا قبلت الإدارة العروض التي قد يتقدم بها الورثة لمواصلة الأشغال.

1- بوضياف عمار , المرجع السابق,ص.244.

2- محمود خلف الجبوري, المرجع السابق,ص.183.

3- رفح رزوقي, الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري(دراسة مقارنة), مجلة المحقق الحلي للعلوم السياسية, العدد الثالث, السنة الثامنة, 2016,ص.588.

4- بوضياف عمار , المرجع نفسه, ص.245.

5 - عباد صوفيا, المرجع السابق, ص.134.

3- الإفلاس أو التسوية القضائية :

تفسخ الصفقة كذلك ودون تعويض في الحالة الإفلاس إلا إذا قبلت الإدارة العروض التي قد يتقدم بها الوكيل لإستمرار الأشغال والمرخص له بذلك من طرف المحكمة لمواصلة الأشغال[1].

ثانيا: أداء الخدمة حسب الكيفيات والشروط المتعاقد عليها

على المتعامل المتعاقد أن ينفذ التزاماته وفق ما وردت في نصوص العقد أو ما تمليه الشروط العامة في تنفيذ الأعمال[2], بحيث غالبا ما يتضمن دفتر شروط الصفقات بيانا أو بندا تكميليا يوضح شروط دخول الصفقة حيز التنفيذ إلى جانب تبيان موضوع الصفقة محددا و موصوفا وصفا دقيقا إذ ينبغي على المتعامل المتعاقد أن يتحمل نتيجة تعهده و التزامه بأن ينفذ موضوع الصفقة حسب ما تم الإتفاق عليه في بنود الصفقة، بحيث تقوم مسؤوليته عن كل ما يتضمنه التنفيذ من عيوب, بالإضافة إلى ذلك ينبغي عليه الامتثال لأوامر الإدارة و نواهيها في إطار ممارسة سلطة الإشراف و الرقابة[3].

ثالثا: الالتزام بتنفيذ موضوع الصفقة بطريقة سليمة وعناية تامة

يتطلب هذا الأمر إحاطة المتعامل المتعاقد ودرايته بكافة الشؤون التقنية، كما يجب عليه توفير الجو الملائم لتنفيذ المهمة الموكلة له ولمستخدميه،كإتخاذه الإحتياطات الكافية لوقايتهم من أخطار العمل والحوادث أو دفع أجورهم المستحقة لهم، كما يلتزم بالنسبة لعقود الأشغال، بوضع قائمة بأسماء المستخدمين في ورشاتهم تحت تصرف المصلحة المتعاقدة[4].

كما ينبغي أيضا على المتعامل المتعاقد تنفيذ إلتزاماته بحسن النية مثلما تنص عليه المادة 106من القانون المدني، بحيث يفترض فيمن يتعاقد مع الإدارة أن يكون أمينا وحريصا على المصلحة العامة التي يريد تحقيقها بواسطة العقد، وعلى ذلك فإنه من المقرر كأصل عام أنه ليس للمتعامل المتعاقد التمسك في مواجهة الإدارة بعدم التنفيذ قياسا على السلطات المخولة لها والمتمثلة أساسا في:

- سلطة الإشراف و الرقابة
- سلطة تعديل العقد
- سلطة انهاء العقد (الفسخ الإنفرادي)

---

1 – نفس المرجع, ص.134.

2– محمود خلف الجبوري, المرجع نفسه,ص.178.

3– بحري إسماعيل , المرجع السابق , ص.95.

4– المرجع نفسه , ص.96.

- سلطة توقيع الجزاءات.

إذ لا يجوز للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ إلتزاماته مع الإدارة بحجة أنها لم تنفذ التزاماتها[1].

رابعا: إحترام الآجال اللازمة لتنفيذ العقد

إن للمتعامل المتعاقد آجالا عليه احترامها ، و تفيدنا معرفة هذه الآجال في النزاعات التي قد تطرأ من جراء عدم احترامها وكذا في حساب عقوبات التأخير لصالح المصلحة المتعاقدة ، ويجب أن تحدد في الصفقة جميع الآجال التي يجب احترامها خاصةَ آجال تنفيذ موضوع العقد من الناحية الفنية, ويقوم عادة المتعامل المتعاقد بوضع ما يعرف بمخطط الإنجاز حيث يتطرق فيه إلى المراحل التي ستتم من خلالها إلى الصفقة, و الذي يضم الفترة الممتدة بين إصدار الأمر ببدء الخدمة و الأشغال الى الاستلام المؤقت.

و عند الانتهاء من التنفيذ يتم التأكد من جانب المصلحة المتعاقدة من إحترام مواعيد الإنجاز ويحرر بذلك محضراستلام مؤقت لموضوع الصفقة و تؤسس كفالة الضمان التي تدوم عادة في صفقات الأشغال سنة وهذا كضمان للعيوب الخفية [2].

الفرع الثاني : حالة التنفيذ الغير العادي للصفقة

يحرص المتعامل المتعاقد على أداء الصفقة التي أبرمها على أحسن وجه إلا أنه قد تحدث أو تستجد بعض الظروف التي تجعل من تنفيذ الالتزامات أمرا صعبا وفي بعض الأحيان مستحيلا ، الأمر الذي يدفع الإدارة إلى أن تبذل وسعها لتمكن المتعاقد معها من الاستمرار في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية اتجاهها رغم ما قد تتكبده من خسائر في سبيل تحقيق الهدف الأساسي وهو استمرارية سير المرافق العامة ولكن في بعض الأحيان يصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلا إستحالة مطلقة وهذا من جراء حدوث فعل القوة القاهرة .

أولا: مفهوم القوة القاهرة في الصفقات العمومية

يقصد بالقوة القاهرة حسب القواعد العامة في القانون حدث غير متوقع مستقل عن إرادة المتعاقدين ويترتب عنه استحالة التنفيذ المطلق سواء لكل أو بعض الإلتزامات التعاقدية, وهي الحادث الخارجي الذي يستحيل دفعه[3].

1 – عباد صوفيا, المرجع السابق, ص.142.

2– بحري إسماعيل, المرجع السابق, ص.97.

3– سليمان محمد الطماوي,المرجع السابق,ص.741.

وغـــالبا ما يتم ضبط كيفيات تطبيق حالات القوة القاهرة بتضمين بند في الصفقة يتعلق بذلك (بند تكميلي)[1].

وقد ساير المشرع الجزائري واعتد بنظرية القوة القاهرة بناءا على جواز الإعفاء من العقوبات بفعل الأحداث الغير متوقعة والتي لا يمكن مقاومتها ومن شأنها منع صاحب الصفقة من التقيد بآجال التنفيذ, وذلك انطلاقا من قراره الصادر 1999/03/08 في قضية بلارة توفيق ضد رئيس المندوبية التنفيذية سكيكدة .

ثانيا: تطبيقات القوة القاهرة في الصفقات العمومية:

تتمثل أهم تطبيقاتها في الآتي[2]:

1- **حالة الظواهر الطبيعية:** وهي تمثل الحدث الطبيعي والخارجي لمفهوم القوة القاهرة الذي يمكن توقعه أو تفاديه،كالسيول التي تتصف بغزارتها وهطولها لفترات طويلة تتعدى تقدير وتوقعات أطراف العقد والعواصف أو الرياح أو الفيضانات أو الجفاف غير العادي.

2- حالة الصعوبات التي تواجه الأطراف المتعاقدين

مبدئيا تشكل الصعوبات التي تواجه الأطراف المتعاقدين،في تنفيذ إلتزاماتهم التعاقدية أي أفعال قوة القاهرة،ولا شك أن الصعوبات العادية تميز عن الصعوبات التي يصعب تجاوزها أو تحملها،ومن الطبيعي الإشارة أن القاضي يقدر الصعوبات التي يمكن أن تواجه، والتي يجب في توقعات الأطراف المتعاقدة عند إبرام العقد، كما في الصعوبات التي تعترض النقل والتموين أو إختياراليد العاملة، ويظهر دور القوة القاهرة إذا كانت الصعوبات التي تواجه التنفيذ غير متوقعة.

ثالثا: آثارالقوة القاهرة في الصفقات العمومية

يترتب على توافر شروط القوة القاهرة نتائج قانونية هامة تمس مباشرة حسن تنفيذ الصفقة يمكن إجماله في:

1- **إعفاء المتعامل المتعاقد من التزاماته** :ونكون هنا أمام حالتين:

أ - **في حالة الاستحالة المطلقة للتنفيذ** : يترتب على القوة القاهرة إعفاء المتعاقد من التزاماته اتجاه الإدارة وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذه القاعدة في الكثير من قراراته.

1- عباد صوفيا, المرجع السابق, ص.141.

2 - نفس المرجع, ص.143.

وهذا ما أشارت اليه المادة 02/147 من قانون الصفقات العمومية والتي نصت " وفي حالة القوة القاهرة تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض الغرامات المالية بسبب التأخير ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف الأشغال و استئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة لذلك المصلحة المتعاقدة ".

ب – قد لا تؤدي القوة القاهرة إلى استحالة تنفيذ الالتزامات بصورة مطلقة : و عندها يتم وقف تنفيذ العقد إلى حين زوال السبب المؤدي لهذا الوقف، وعندما تتلاشى تلك الأفعال فإن الالتزام بتنفيذ العقد يعود إلى طبيعته الأولى فالقوة القاهرة لا تمنع تنفيذ الالتزام إلا إذا حالت بين المتعامل المتعاقد وبين الوفاء بالتزاماته.

خلاصة الفصل الأول

ونخلص من دراستنا لهذا الفصل, أن للمتعامل المتعاقد قواعد خاصة به نظمها المشرع حماية له في تعاملاته مع الإدارة كونها صاحبة سلطة في مجال الصفقات العمومية, وذلك من خلال اقراره أنه وبمجرد تعاقده مع الإدارة صاحبة المشروع تنشأ له عدة حقوق لعل أهمها الحق في المقابل المالي(السعر المتفق عليه), والذي هو الدافع الرئيسي للمتعامل المتعاقد في تعاقده مع الإدارة ذلك ان غايته هي تحقيق الربح, وقد نظم هذا الحق من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 من حيث آليات تحديده وطبيعته وكذا كيفيات دفعه كل هذا محدد مسبقا في الصفقة

أقر المشرع للمتعامل المتعاقد الحق في إعادة التوازن المالي للعقد حيث وجدت تطبيقاتها بفضل مجلس الدولة الفرنسي , والعمل بهذا المبدأ قد أدى إلى حماية العقود العامة مع الإدارة وضمان سيرورة المرفق بانتظام واطراد , وذلك من حيث تخفيف الضرر على المتعامل المتعاقد

سواء أكانت المصلحة المتعاقدة سبب في هذا الضرر ومن دون خطأ منها (عمل الامير) , أو كانت اسباب الضرر اقتصادية (الظروف الطارئة), أو كانت نتيجة صعوبات مادية لم يستطع المتعاقد تجنبها او بذل جهد لتفاديها , ففكرة اعادة التوازن المالي هي أساسا عاما لحق المتعاقد في التعويض تؤسس عليها النظريات السابقة تجسيدا لمبدأ العدالة والصالح العام .

وفي مقابل هذه الحقوق, نظم المشرع الالتزامات المترتبة على المتعامل المتعاقد سواء المالية منها التي تضمن جديته في التنفيذ الجيد للصفقة محل الالتزام أو التقنية التي تهتم بالمتعاقد نفسه ذلك أن المصلحة المتعاقدة تتحرى في اختيار المتعاقد معها اعتمادا على الكفاءة.

الفصل الثاني

الجزاءات المترتبة عن إخلال المتعامل المتعاقد بتنفيذ الصفقة والمنازعات الناجمة عنه

إن الغرض الأساسي من إبرام الصفقة هو تنفيذها, حيث في هذا المرحلة أي مرحلة التنفيذ تتجلى امتيازات الإدارة بصورة واضحة من خلال سلطتها الجزائية التي تقررت لها استنادا الى اتصال العقد الإداري الوثيق بالمرفق العام, والتي تفعلها متى ما رأت ان المتعاقد معها قد اخل بالتزاماته, وبتعثر التنفيذ تنشأ نزاعات بين طرفي العقد لذا سندرس في هذا الفصل:

المبحث الأول: الجزاءات المترتبة عن إخلال المتعامل المتعاقد بتنفيذ الصفقة

المبحث الثاني: تسوية النزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقة العمومية

المبحث الأول

الجزاءات المترتبة عن إخلال المتعامل المتعاقد بتنفيذ الصفقة

للإدارة سلطة توقيع جزاءات على المتعاقد معها, إذا ما قصر في تنفيذ إلتزاماته بأي وجه من الوجوه, سواء أكان بالامتناع من جانبه عن تنفيذ العقد أو بتأخره في التنفيذ, او التنفيذ الغير مرضي, أو باحلال غيره في التنفيذ دون موافقة الإدارة .

وتهدف جل هذه الجزاءات إلى ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد وذلك بضمان تنفيذ المتعامل المتعاقد بالتزاماته على احسن وجه, وقد أرست المحكمة الادارية العليا في مصر الأساس القانوني لهذه الجزاءات من خلال المبدأ التالي " سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها أساسها المصلحة العامة, وضمان استمرار سير المرافق العامة, ولا تحتاج الى نص يقررها", فالقاعدة العامة توجب أن يكون تصرف الإدارة بقصد تحقيق الصالح العام.

وتمثل هذه السلطة إحدى الضمانات الهامة والخطرة في آن واحد لأنها قد تؤدي إلى فسخ الرابطة التعاقدية ونشوب النزاعات المرتبطة بعملية تنفيذ موضوع الصفقة، بالرغم من أن القضاء الإداري هو المخول قانونا بتقرير الجزاء وتطبيقه, وبالتالي سنعالج هذه الجزاءات من خلال تقسيمها إلى نوعين وذلك حسب آثارها على العقد :

المطلب الأول: الجزاءات الغير منهية للصفقة

يحتمل أن يرتكب المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذه للصفقة مخالفات متعددة سواء أكان بالامتناع من جانبه عن تنفيذ العقد أو بتأخره في التنفيذ, او التنفيذ الغير مرضي, أو بإحلال غيره في التنفيذ دون موافقة الإدارة[1].

هنا منح القانون و التنظيم الإداريين للمصلحة المتعاقدة حق توقيع الجزاءات مباشرة على المتعاقد معها ولكنها جزاءات مؤقتة, لا تنهي العلاقة التعاقدية تماما[2].

1- محمود خلف الجبوري, المرجع السابق, ص.130.

2- حابي فتيحة, المرجع السابق, ص.265.

الفرع الأول: الجزاءات المالية

الجزاء المالي هو عبارة عن مبالغ المال التي يحق للإدارة أن تطالب ا المتعامل المتعاقد إذا أخل بالتزاماته التعاقدية وهذا لضمان تنفيذ الصفقة وفق الشروط و المواعيد المتفق عليها في العقد[1].

ويأخذ الجزاء المالي صورتين, الأولى يكون الغرض منها ضرر حقيقي لحق الإدارة نتيجة لخطأ المتعاقد و الثانية المقصود منها توقيع عقاب على المتعامل المتعاقد بغض النظر عن صدور الخطأ من جانبه لأن الجزاءات لا تنحصر في الحقيقة على ضمان تنفيذ الالتزامات التعاقدية وإنما تشمل كذلك ضمان و تأمين سير المرافق العامة بانتظام و اطراد, وعليه يشمل هذا النوع من الجزاءات المقررة لمصلحة الإدارة الأشكال التالية:

أولا: غرامة التأخير

أ- مفهوم غرامة التأخير: هي مبلغ من المال يتفق في العقد على أداء المتعاقد لصالح جهة الإدارة المتعاقدة, جزاء إخلاله بالوفاء بالتزاماته في الميعاد المقرر بنصوص العقد أو في مدته الإضافية التي توافق عليها الإدارة[2], والغرامات هي مبالغ مالية, تقدرها الإدارة مقدما وتنص على توقيعها متى أخل المتعاقد بالتزام معين, لاسيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ[3].

وقد نظمها المشرع في المادة 147 من قانون الصفقات العمومية 15-147, وقد حدد فيها مجالات تطبيق الغرامات وهي حالتين :

- حالة عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعامل المتعاقد في الآجال المحددة.
- حالة تنفيذها, ولكن تنفيذ غير مطابق للمواصفات المتفق عليها والمطلوبة[4].

1- بحري إسماعيل, المرجع السابق, ص.100.

2- عبد العزيز عبد المنعم خليفة, المرجع السابق, ص.284.

3- سليمان محمود الطماوي, المرجع السابق, ص.490.

4- حابي فتيحة, المرجع السابق, ص.266.

ب- خصائص غرامة التاخير:

1- **محددة مسبقا:** تتميز غرامات التأخير بأنها اتفاقية ، أي أنها محددة مقدما في العقد أو القانون, فالصفقة عادة ما تحدد مقدار الغرامة التي تملك الإدارة إيقاعها بحق المتعامل المتعاقد غالبا, وبذلك يلتزم الطرفان بتلك الأحكام الواردة في العقد ولا يملك أيا منهما التحلل منها, وليس بالضرورة أن يتناسب الضرر مع قيمة الغرامة لأن الضرر هنا متحقق بمجرد وقوع التأخير لتعلق موضوع العقد بتنفيذ أو تسيير مرفق عام[1].

2- **ذات طبيعة عقابية:** تملك الإدارة المتعاقدة سلطة هذا النوع من الجزاءات المالية على المتعاقد المقصر أو المخالف، دون أن تكون ملزمة بإثبات أنه قد أصابها ضرر من جراء التأخير في تنفيذ العقد، ويجوز جمع الجزاءات المتمثلة في الغرامة التأخيرية والجزاءات الأخرى الضاغطة والفاسخة إذا توافرت أسباب توقيع تلك الجزاءات[2].

3- **ذات طبيعة إدارية :** توقعها الإدارة المتعاقدة بنفسها دون حاجة إلى الالتجاء للقضاء للحكم بتوقيعها, فالمصلحة المتعاقدة تفصح عن رغبتها في استعمال سلطة توقيع جزاءات على المتعامل المتعاقد المقصر في أداء التزاماته[3].

4- **ذات طبيعة تلقائية :**حيث تطبق بصفة تلقائية بمجرد التأخير, حتى لو لم يثبت أن هذا التأخير قد ألحق ضررا بجهة المصلحة المتعاقدة, فلها الحق في استيفاء الغرامة دون إلزامها باثبات وقوع الضرر لها, حيث ان الضرر مفترض افتراضا بمجرد التأخير[4].

ثانيا : مصادرة التأمين

أ- مفهوم مصادرة التامين : وهو احد الجزاءات ذات الطابع المالي غالبا ما تنص عليه الصفقات العمومية, ، وهي عبارة عن مبالغ مالية تودع لدى جهة الإدارة تتجنب بها آثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذه بنود العقد و يضمن لها ملاءته لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره حيث تتمثل في كفالة حسن التنفيذ كضمان مالي تكفل به الإدارة التنفيذ الجدي والحسن

1- بحري إسماعيل, المرجع السابق, ص.102.

2- عباد صوفية, المرجع السابق, ص.148.

3- بحري إسماعيل, نفس المرجع, نفس الصفحة.

4- عبد العزيز عبد المنعم خليفة, المرجع السابق, ص.289.

للصفقة[1], بحيث أذا قصر في ذلك كان للمصلحة المتعاقدة حق مصادرة هذا الضمان حتى ولو لم ينص على ذلك في دفتر الشروط أو العقد مادام ان الغاية من التامين هي التنفيذ الفعلي[2].

ب- خصائص مصادرة التامين : يتميز هذا النوع من الجزاء بالخصائص التالية[3] :

- تقوم المصلحة المتعاقدة بمصادرة الضمان عند تقصير المتعاقد في التنفيذ, بدون نص في العقد أو الالتجاء للقضاء, كما يمكنها خصم مقداره مباشرة.
- هو جزاء مالي يفعل متى ما أخل المتعاقد في التزامه دون اشتراط حدوث ضرر, ولا تحتاج الإدارة إثبات هذا الضرر.

ثالثا: التعــويض

يرى البعض أن التعويض لا يعتبر من الجزاءات الإدارية لأنه مجرد تطبيق للقواعد العامة في القانون الخاص ، إلا أنه مادامت الإدارة لديها القدرة على الحصول على ذلك التعويض و بنفسها دون عرض الأمر على القضاء مقدما ،فإن ذلك يكفي للقول بأن سلطة الإدارة ملاحظة فيه بشكل واضح ، وبما يكفي لاعتباره من نوع الجزاءات الإدارية المالية[4].

نظرا لأن العقود الإدارية تستهدف تسيير المرافق العامة, فمن مقتضيات ذلك التسيير إخطار الإدارة سلطة التنفيذ المباشر لاقتضاء حقوقها, على أن لا تتعسف في الحصول على التعويض من المتعاقد معها وان تقدره بإنصاف[5].

الفرع الثاني : الجزاءات الضاغطة

هي جزاءات ذات طبيعة مؤقتة تملك الإدارة حق توقيعها على المتعاقد معها إعمالا لامتيازها في التنفيذ المباشر لإجبار المتعاقد على الوفاء بالتزامه على نحو ما ينبغي, كما في حالة حلول الإدارة محل المتعاقد معها في تنفيذ التزامه, أو تكليف الغير بذلك[6].

1- بحري إسماعيل, المرجع نفسه, ص.103.
2- عباد صوفية, المرجع نفسه, ص.151.
3- حابي فتيحة, المرجع السابق, ص.282.
4- محمود خلف الجبوري, المرجع السابق, ص.134.
5- محمود خلف الجبوري, المرجع السابق, ص.134.
6- عبد العزيز عبد المنعم خليفة, المرجع السابق, ص.297.

فوسائل الضغط توجه بصفة خاصة لتحقيق الغاية في سير المرفق العام بانتظام واستمرار, حيث تلجأ لها الإدارة بمثابة جزاءات مؤقتة لا تنهي العقد[1], وتتخذ الجزاءات الضاغطة ثلاث صور بالنسبة للعقود الإدارية وتنفيذ الصفقات العمومية:

أولا: سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة

يقصد بهذا الجزاء أن تحل الإدارة محل المقاول في تنفيذ أعماله،و قيامها بتنفيذ العمل بنفسها على حسابه وتعهد على الغير بتنفيذ هذه الأعمال على مسؤولية المقاول الأول وحسابه وذلك تحت إدارتها المباشرة كلا أو جزاء لضمان إنجاز العمل[2].

ومنه فإن هذا الجزاء يهدف إلى إرغام المقاول على تنفيذ العقد و ليس من شأنه إنهاؤه, بل يستمر منتجا لآثاره و تظل الرابطة التعاقدية قائمة, و يؤدي هذا الإجراء إلى حلول المصلحة المتعاقدة أو مقاول آخر مؤقتا محل المقاول المخل بالتزاماته و لذلك لا يوقع هذا الإجراء إلا مع قيام الرابطة العقدية[3].

و نظرا لخطورة هذا الإجراء المخول للمصلحة المتعاقدة توقيعه على المقاول المتعاقد معها في حالة تقصيره, وما ينتج عنه من آثار قد تكون سلبية في مجال الأشغال بسبب تخوف المقاولين من التعاقد مع المصلحة المتعاقدة فلا بد من توافر شروط محددة لممارسته لكي تترتب آثاره .

أ –**شروط إعمال جزاء السحب من المقاول:** نظرا لخطورة هذا الإجراء, وما ينتج عنه من آثار سلبية خاصة في مجال الأشغال العمومية[4], فلا بد من توافر شروط وتتمثل فيما يلي :

1- **ارتكاب المقاول لخطأ يوجب السحب** : وهذا الخطأ إما أن يكون لمخالفة نصوص العقد أو مخالفة روح العقد، فهنا يفترض خطأ المقاول, ويكون هذا الأخير مخطئا إذا لم يتقيد بشروط الصفقة أو لم يمتثل لأوامر المصلحة بيد أنه يتعين أن تكون هذه الأخطاء على درجة كافية من

1– الطماوي محمد سليمان, المرجع السابق, ص.503.

2– عباد صوفية, المرجع السابق, ص.156.

3– بحري إسماعيل, المرجع السابق, ص104.

4- حابي فتيحة, المرجع السابق, ص.288.

الجسامة حتى تكون مبررا لتطبيق هذا الإجراء فالأخطاء البسيطة والقليلة الأهمية لا تكف لتبرير هذا الجزاء[1].

2- **أعذار المتعاقد المقاول** : من المسلم به كقاعدة عامة كقاعدة عامة في أثناء تطبيق جزاء سحب العمل من المقاول، أن تقوم الإدارة بإعذاره قبل توقيع الجزاء عليه, وفي ذلك يشير الفقه والقضاء الإداري، إلى أن إعذار المقاول قبل وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة، يجب أن يعقبه مهلة كافية لكي يصلح مخالفاته[2].

علاوة على ذلك فإن الإنذار يعد إثبات قانونيا, لحالة تأخر المقاول في تنفيذ إلتزاماته أي إثبات عدم وفائه من الناحية القانونية وعليه فالإنذار شرطا ضروريا لسحب العمل من المقاول ومع ذلك يمكن في حالة الإستعجال والحالات الخاصة للمصلحة المتعاقدة أن تسحب العمل من المقاول المقصر دون إنذاره ويتحمل النفقات المترتبة على هذا الإجراء رغم عدم وجود إنذار وفقا للمادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة[3].

ب –آثـار إعمال جزاء السحب من المقاول: ثمة العديد من المترتبات على إجراء الإدارة القاضي بسحب العمل من المقاول, ويمكن حصر أهمها فيما يأتي[4]:

- يعد جزاء سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة، إجراء مؤقتا لا ينتهي به العقد، حيث يظل المقاول مسؤولا عن الأعمال، مع أنه يستبعد مؤقتا عن تنفيذها.
- تنفيذ العقد على حساب المقاول المقصر إما بمباشرة المصلحة المتعاقدة بنفسها أو بواسطة مقاول آخر تختار لذلك،وبالطريقة التي تراها مناسبة.
- يظل المقاول مسؤول عن جميع إلتزاماته التعاقدية، بعد سحب العمل ولا يمكنه إسترداد التأمين أو الضمان وقت الإعلان عن إجراء السحب،ومنطقي ألا يطالب بإقتضاء الأشغال التي نفذها بعد إعلان السحب ما دام أن العمل مستمر في التنفيذ على حسابه[5].

1- عباد صوفية, المرجع السابق, ص.158.

2- باخبيرة سعيد عبد الرزاق, سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري,رسالة دكتوراه في القانون العام, جامعة الجزائر يوسف بن خدة, كلية الحقوق بن عكنون, الجزائر, 2008,ص.257.

3- عباد صوفية, المرجع السابق, ص.159.

4- باخبيرة سعيد عبد الرزاق,المرجع نفسه, ص.258.

5- عباد صوفية, المرجع نفسه, ص.159.

- كما يحق له في إدارة المقاولة وإن كان له حق الرقابة والمتابعة للإشغال مقابل إلتزاماته بالمصروفات و النفقات الإضافية الناجمة عن هذا الإجراء،شريطة ألا يعرقل تنفيذ أوامر المصلحة،ومنه يحق له طلب إستبعاد بعض المصاريف التي لا أساس لها أو المبالغ فيها[1].

ثانيا: الشراء على حساب ومسؤولية المتعاقد في عقود التوريد

وتستعمل وسيلة الضغط هذه في مواجهة المتعاقدين المقصرين في عقود التوريد[2], تتخذ الإدارة هذا الجزاء عند قيام خطأ جسيم من قبل المتعاقد سواء تمثل في التأخير في التوريد أو توريد أصناف غير مطابقة أو غير ذلك, مما يهدد نشاط المرفق العام فتوقع الجزاء على المتعاقد في قيامها بالشراء على حسابه, ويتحمل هذا الأخير فروق الأسعار أو أية زيادات وتكاليف إدارية[3].

أ – شروط توقيع جزاء الشراء على حساب المورد:

1– يجب أن يكون إخلال المتعاقد من الجسامة بحيث يبرر للإدارة استخدام هذا الجزاء ، و يتمتع القضاء بسلطة تقديرية واسعة في هذا الشأن عند الطعن في مشروعية قرار الإدارة بفرضه.

2- إعطاء مهلة أولية بإخطار المتعاقد بوجوب تنفيذ إلتزاماته، مع توقيع غرامته إذا اقتضى الأمر ذلك ، إلا إذا اشترط في العقد على إعفاء الإدارة من توجيه الإعذار.

3- أن يكون القرار الصادر بالشراء مشروعا ، فيمكن للمتعاقد أن يطعن في صحته ، و كما هو الحال في عقود الأشغال العامة ، يجوز للقاضي أن يحكم بإلغاء قرار الشراء على أن تتحمل الإدارة أيضا نتائج قرارها غير المشروع[4].

1– المرجع نفسه, ص.160.

2– الطماوي محمد سليمان, المرجع السابق, ص.515.

3– دراجي عبد القادر, سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية , مجلة المفكر, العدد العاشر, كلية الحقوق والعلوم السياسية, جامعة محمد خيضر, بسكرة, ص.102.

4– بحري إسماعيل, المرجع السابق, ص.107.

ب – آثار توقيع جزاء الشراء على حساب المورد:

1- الشراء على حساب المورد المقصر إجراء مؤقت، لا ينهي عملية التوريد القائمة بين الإدارة والمورد, فالعقد يظل قائما بين أطرافه، ويتم الشراء على حساب المورد الأصلي وتحت مسؤوليته.

2- للإدارة اختيار الطريق المناسب لإجراء الشراء على حساب وتحت مسؤولية المورد.

3- يتحمل المورد الأصلي النتائج المالية كافة، التي تترتب على إجراء التنفيذ على حسابه بما في ذلك حالة أن أجريت العملية بثمن أقل من ثمن العقد الأصلي، إذ إن الفرق يكون من حق الإدارة ولا شأن للمورد به[1].

4– تكون الإدارة عندما تقوم بالشراء على حساب المتعاقد وكيلا عنه في هذا الشأن،فتلزم بأن تبذل في تنفيذ هذه الوكالة العناية التي تبذلها في أعمالها الخاصة[2].

ثالثا: وضع المشروع تحت الحراسة في عقد الامتياز

اذا أخل الملتزم في عقد الامتياز بالتزامه اخلالا جسيما , فان ذلك يخول الإدارة حقا في ان تضع المشروع تحت الحراسة حرصا على سير المرفق العام بانتظام[3], وحينما تضع الإدارة مرفقا ما تحت الحراسة, فاما تديره بنفسها واما تعهد الإدارة به الى حارس آخر تختاره[4] .

أ – شروط وضع المشروع تحت الحراسة في عقد الامتياز

1– يجب أن يكون إخلال المتعاقد من الجسامة بحيث يبرر للإدارة استخدام هذا الجزاء ، و يتمتع القضاء بسلطة تقديرية في إلغاء هذا القرار وكذلك تعويض الضرر اللاحق بالإدارة.

1– باخبيرة سعيد عبد الرزاق,ص.273.

2– عباد صوفية, المرجع السابق, ص. 161.

3– عبد العزيز عبد المنعم خليفة, المرجع السابق,ص.298.

4– الطماوي محمد سليمان, المرجع السابق, ص.507.

2- لا يشترط لاستعمال الإدارة هذا الحق توجيه اعذار للملتزم لان طبيعة هذا الحق تقتضي أن تتمكن الإدارة من استعماله فورا دون حاجة لأعذار إلا إذا نص على ذلك في العقد[1].

ب – وضع المشروع تحت الحراسة في عقد الامتياز

1– اذا أعلنت الحراسة كجزاء لتقصير الملتزم, فانه يتحمل مخاطر الإدارة, بمعنى أن الخسارة تقع على عاتقه.

2– للإدارة السلطة التقديرية في المدة التي تحددها في وضع المشروع تحت الحراسة وفي هذه افترة يتحمل الملتزم جميع المصروفات التي يقتضيها سير المرفق[2].

المطلب الأول: الجزاءات المنهية للصفقة

تنتهي صفقة الاشغال العمومية إما بنهاية طبيعية أو نهاية غير طبيعية في حالات معينة, فتنتهي نهاية طبيعية شأنها بقية العقود, بتنفيذ العقد محل الالتزام .

الفرع الاول : الجزاءات الفاسخة

تندرج الجزاءات التي تملك المصلحة المتعاقدة توقيعها على المتعامل المتعاقد معها حسب درجة الخطأ الذي يرتكبه هذا الأخير, فكلما كان الخطأ جسيما كلما تدرجت العقوبة إلى درجة أشد قساوة, وهذا بمقتضى النصوص المنظمة للصفقات العمومية و دفاتر الشروط المتعلقة بها[3], فالفسخ يعد من أشد أنواع الجزاءات التي توضع نهاية الصفقة العمومية، لأنه يفترض أن المتعاقد قد ارتكب خطأ جسيما، وهذا الخطأ الجسيم يجعل الإدارة تفقد الأمل والثقة من إستمرارية المتعاقد في تنفيذ إلتزاماته مستقبلا، ومن خلال فقدها للثقة في الإستمرارية، تلجأ إلى هذا الجزاء من أجل إنهاء الرابطة التعاقدية نتيجة إخلاله[4].

1– الطماوي محمد سليمان, المرجع نفسه, ص.509.

2– الطماوي محمد سليمان, المرجع السابق, ص.507.

3– بحري إسماعيل, المرجع السابق, ص.108.

4– عباد صوفية, المرجع السابق, ص162.

أولا : شروط ممارسة جزاء الفسخ

حتى تلجأ الإدارة المتعاقدة إلى توقيع جزاء الفسخ على المتعاقد معها كانت عدة شروط تستوجب توقيع هذا الجزاء منها :

أ- **الخطأ الجسيم** : من المسلم به أن هذا الجزاء يفترض وقوع أخطاء جسيمة من المتعاقد و بوجه عام فإن الوقائع التي تبرر تطبيق الجزاءات الضاغطة إذا ظهرت خطورتها بدرجة كافية يمكن أن تكون مبررات للفسخ ذاته[1].

تملك المصلحة المتعاقدة وحدها تقدير جسامة الإخلال بتلك الالتزامات التعاقدية هذه الأخيرة التي اعتبرها قانون الصفقات 15-247 مبرر لفسخ الصفقة من جانب واحد, وهذا دون تعداد لصور الإخلال أو أسباب الفسخ, كما لم يشترط درجة معينة من جسامة الخطأ المرتكب من جانب المتعامل المتعاقد لمعاقبته بالفسخ, وهذا من شأنه أن يسمح للمصلحة المتعاقدة بإعتبار أي خطأ أو إخلال يرتكبه المتعاقد مبررا لفسخ الصفقة المبرمة بينهما،فورود النص بهذه العمومية قد يفتح باب التعسف من جانب المصلحة المتعاقدة في توقيع هذا الجزاء[2]. وقد أفادت المادة 01/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة لصفقات العامة أنه تعتبر من الأخطاء الجسيمة التي تعرض المتعاقد لجزاء الفسخ قيامه بأعمال الغش والتدليس أثناء إنجاز الأشغال،وفي هذه الحالة لا تتوقف العقوبة عند حد الفسخ بل تتعداه إلى حرمان من دخول المنافسة في الصفقات العمومية[3].

ب- الإعـــذار : من حيث المبدأ يجب إعذار المتعاقد مسبقا بالفسخ الجزائي و منحه فترة معقولة تسمح له بأداء إلتزاماته ، و يعتبر الفسخ غير المسبوق بهذا الإجراء معيبا, و يعفى المتعامل المتعاقد من نتائجه الباهظة[4], ويكفل الإعذار حماية المتعامل المتعاقد فلا فسخ دون إعذار وأن

1- نفس المرجع, نفس الصفحة.

2- حابي فتيحة, المرجع السابق, ص. 301.

3- عباد صوفية, المرجع نفسه, ص.163.

4- بحري إسماعيل,المرجع السابق.ص.109.

هذا الأخير يعطى له فرصة تدارك الأمر بما قد لا يؤدي إلى استخدام الإدارة سلطة الفسخ, وأنها قد تكون في وضعية تعسف وخروج عن القانون ان هي بادرت إلى الفسخ دون إعذار[1].

وهذا ما أقرته صراحة المادة 01/149 بنصها " إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته, توجه له المصلحة المتعاقدة إعذار ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد.

و إن لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه يمكن المصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد".

على أن يتم توجيه الإعذار في شكل إعلان قانوني بحيث يحدد الوزير المكلف بالمالية بقرار البيانات الواجب إدراجها في الإعذار وكذا آجال نشره[2].

ج –**توقيع جزاء الفسخ بقرار من الإدارة** : الفسخ يوقع بقرار من جانب الإدارة دون حاجة الى الالتجاء إلى القضاء3, يشترط في القرار أن يكون مشروعا ، و يخضع لرقابة القاضي التي يكن مشروعا أو ملائما لخطئه وإذا كان الفسخ لا يقوم على أسباب مبررة له فإنه يمكن للقاضي أن يمنح المتعاقد تعويضا كاملا يشمل ما لحقه من خسارة مؤكدة وما فاته من كسب إذا أثبت أنه كان يستطيع أن يحقق ربحا لو قام بالتنفيذ بنفسه[4].

نصت المادة 152 من المرسوم الرئاسي 15–247 على أنه " لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان،والملاحظات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب سوء تصرف المتعاقد معها, وزيادة على ذلك يتحمل هذا الأخير التكاليف الاضافية التي تنم عن الصفقة الجديدة "

والملاحظ هنا أن المشرع اضافة لى منحه للمصلحة المتعاقد السلطة في فسخ العقد كجزاء ضد المتعاقد المقصر, نجده قد منحها أيضا الحق في متابعته وملاحقته بالتعويض جبرا للضرر اللاحق بها بسبب إخلاله في تنفيذ إلتزاماته, وهو ما من شأنه أن يدفع بالمتعاقد إلى إتخاذ كل الإحتياطات الضرورية لأداء إلتزاماته التعاقدية و التقيد ببنود الصفقه المبرمة لتجنب

1– عمار بوضياف, المرجع السابق, ص.369.

2– انظر: المادة 146 فقرة 03 من المرسوم الرئاسي 15–247 السابق الذكر.

3– الطماوي محمد سليمان, المرجع السابق, ص.532.

4– عباد صوفية, نفس المرجع, ص.165.

توقيع مثل هذا الجزاء عليه[1], كما منح قانون الصفقات15-247 في المادة 149 منه للمصلحة المتعاقدة إمكانية الفسخ الجزئي للصفقة.

ثانيا :الآثار المترتبة عن توقيع جزاء الفسخ

إذا صدر قرار الفسخ وتم تبليغه للمتعامل المتعاقد،ترتبت عنه الآثار التالية:

أ –إنهاء الصفقة وإنفصام الرابطة العقدية بين طرفيه ويشمل الفسخ الصفقة كلها أو جزءا منها, ويرجع تقدير هذا للمصلحة المتعاقدة .

ب- يجب على المقاول أن يخلي أماكن العمل وإلا تحققت مسؤوليته، كما أن من حق الإدارة أن ترفض إستلام أية توريدات بعد فسخ الصفقة او جزء منها.

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

الفرع الثاني : الجزاءات الجنائية

تستطيع الإدارة أحيانا فرض بعض أنواع الجزاءات الجنائية على المتعاقد معها وتستمد قدرتها في فرض هذه الجزاءات لا بصفتها طرفا في العقد وإنما بصفتها سلطة عامة فتقوم بممارسة نشاط ضبط إداري على المتعاقد معها, إلا أنه من غير الجائز أن تمارس الإدارة جزاءات على الالتزامات العقدية بل يجب أن تنحصر على الالتزامات التنظيمية في العقد[2].

أولا : شروط ممارسة الجزاءات الجنائية

أ- إذا أخل المتعاقد مع الإدارة عمدا بتنفيذ التزاماته وترتب على ذلك خطأ جسيما.

ب- أذا ارتكب غشا في تنفيذ العقد.

ج- اذا استعمل أو ورد بضاعة أو مواد مغشوشة[3].

1- بحري إسماعيل , عباد صوفية , المرجع السابق, ص.ص.169.110.

2- محمود خلف الجبوري,المرجع السابق, ص.146.

3- الحلو راغب ماجد, العقود الإدارية, دار الجامعة الجديدة, الإسكندرية, مصر, 2015,ص.202.

و يتوقف توقيع هذا النوع من الجزاءات على اعتبار عدم وفاء المتعامل المتعاقد فوق كون هذا الإخلال خطأ عقديا ، يشكل جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات ، و ذلك تطبيقا لمبدأ " لا جريمة و لا تدابير أمن إلا بنص. "[1]

ثانيا : آثار ممارسة الجزاءات الجنائية

وقد تجسدت آثار ممارسة هذه الجزاءات في قانون العقوبات الجنائية التي يمكن أن تكون محل تطبيق على المتعاقد المقصر في تنفيذ إلتزاماته، في المادة 161 من قانون العقوبات حيث عالجت جنايات وجنح متعهدي تموين الجيش, أما المادة 01/136 فقد عالجت حالات الغش وما يقابلها من عقوبات جنائية, و في جميع الأحوال المنصوص عليها في هذا القسم لا يجوز تحريك الدعوى العمومية إلا بناء على شكوى من وزير الدفاع الوطني[2].

المبحث الثاني

تسوية النزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقة العمومية

لمـا كان للصفقات العمومية صلة بالمال العام وحقوق الخزينة العمومية من جهة, وانها ترتب حقوق والتزامات لأطرافها من جهة أخرى, فإنها لاشك تثير منازعات بين هذه الأطراف وذلك عند تنفيذ هذه الصفقة حين تصطدم مصلحة الإدارة مع مصلحة المتعامل المتعاقد, حيث تظهر سلطة الإدارة وامتيازاتها بشكل كبير وتتجسد من المراحل الاولى لإبرام الصفقة إلى غاية تنفيذها, وتظهر بشكل أكثر تمييزاً في مرحلة التنفيذ نظراً لحرصها على أداء الخدمات المتعاقد عليها مع المتعامل المتعاقد على أكمل وجه ، لذا فإن معظم نزاعات الصفقات العمومية تتركز في هذه المرحلة لتعلقها المباشر بحقوق و واجبات الطرفين.

وضمانا لحسن تنفيذ الصفقة وكذا حفاظا على حقوق الطرفين لم يغفل قانون الصفقات العمومية مسألة هامة و هي تسوية المنازعات الناجمة عن تنفيذ الصفقة , حيث كرست المادة

1- انظر المادة 01 من الامر 66-165 المؤرخ في 08 يونيو1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم, جريدة رسمية, العدد48.

2- انظر المادة 164 من الأمر 66-165 المتضمن قانون العقوبات المذكور أعلاه.

153 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام , اللجوء إلى آليتين أساسيتين لضمان حل النزاعات التي قد تطرأ.

المطلب الاول : التسوية الودية للنزاع

جاء في نص المادة 153 من قانون الصفقات العمومية 15-247 أنه: " تسوى النزاعات التي تطرأ عن تنفيذ الصفقة العمومية في إطار الأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها.

يجب على المصلحة المتعاقدة, دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة اعلاه ان تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي :

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

وفي حالة عدم اتفاق الطرفين يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة....." نلاحظ أن المشرع قد كرس طريقتين لتسوية النزاع بطريقة ودية.

الفرع الأول : المصالحة

أرسى المشرع الجزائري قاعدة الحل الودي للنزاع الناتج عن التنفيذ تفاديا لتعطل المشاريع العمومية[1], حتى يمكن لأطراف النزاع من إيجاد حل يناسبهم يضعون به حدا لمنازعة طرأت اثناء التنفيذ ويتم بهذا الحسم في أمر المنازعة مواصلة التنفيذ بما يضمن في النهاية استلام المشروع في آجاله, وهو ما يتماشى وهدف الصفقات العمومية في مختلف قطاعات الدولة[2].

ونلمس هذا الحرص من خلال المادة 153 من قانون الصفقات العمومية, حيث فرض المشرع على المصلحة المتعاقدة بعض الأحكام و الضوابط التي تلتزم بها من أجل الوصول الى حل ودي يرضي الأطراف من خلال مراعاة ما يلي[3] :

1- عباد صوفية,المرجع السابق, ص.167.

2- بوضياف عمار, المرجع السابق, ص.324.

3- المرجع نفسه, ص.325.

1. احترام الإدارة المعنية للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها : فكل اتفاق ودي لحسم النزاع يخالف ويتعارض مع أحكام التشريع والتنظيم يعد باطلا ولا يرتب أي أثر.
2. الحرص على إيجاد التوازن في تحمل التكاليف بين الطرفين : قد تظهر ظروف أثناء تنفيذ العقد تكلف المتعامل المتعاقد تكاليف اكثر, ففي هذه الحالة على الإدارة أخذ هذه الظروف بعين الاعتبار وحسم الحل وديا بإعطائه الحق في إعادة التوازن المالي.
3. التوصل لأسرع إنجاز لموضوع الصفقة:حيث يعتبر عامل الزمن من أهم الأمور الواجب مراعاتها, حيث كلما تم التوصل لحل ودي وضبطه في وثائق رسمية كان ذلك انفع.
4. الحصول على الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة : ضمانا لعدم زعزعة استمرار الصفقة, فرض المشرع البحث عن حل ودي في أسرع وقت لتنفيذ الصفقة في الآجال المحددة في العقد.

الفرع الثاني : لجنة التسوية الودية للنزاعات

أحدثت هذه اللجنة بموجب المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام, فهي لجنة حديثة النشأة وهي محلية لامركزية في تسوية النزاعات التي تطرأ أثناء تنفيذ الصفقة, أسستها المادة 154 من التنظيم .

حيث تتكون :

1/ لجنة التسوية الودية للنزاعات في الوزارة والهيئة العمومية : وتختص بدراسة نزاعات الإدارة المركزية ومصالحها الخارجية أو الهيئة العمومية والمؤسسات العمومية الوطنية التابعة لها , وتتشكل هذه اللجنة من :

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

2/ لجنة التسوية الودية للنزاعات في الولاية : تختص في دراسة نزاعات الولاية والبلديات والمؤسسات العمومية المحلية التابعة لها والمصالح الغير ممركزة للدولة.

وتتشكل هذه اللجنة من:

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

حيث يتم عرض النزاع أمام هذه اللجنة متى لم يوفق الاطراف في حل النزاع فيما بينهم عن طريق المصالحة, ويعتبر اللجوء إلى هذه اللجنة وجوبيا حيث على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط اللجوء إلى التسوية الودية للنزاعات هذا, قبل كل مقاضاة أمام العدالة[1].

وخلافا لما سبق نجد ان الطعن اما هذه اللجنة متاحا للطرفين, سواء المتعامل المتعاقد أو المصلحة المتعاقدة وهنا على الشاكي أن التوجه إلى أمانة اللجنة بتقرير مفصل ومرفق بكل وثيقة ثبوتية برسالة موصى عليها مع وصل إستلام, كما يمكنه إيداعه مقابل وصل استلام.

ومن هنا تستدعى الهيئة الشاكية من طرف رئيس اللجنة وفق الاجراءات المحددة, ويجب عليها تبليغ رأيها لرئيس اللجنة في ظرف عشرة(10) أيام من تاريخ استدعائها أو مراسلتها, وعللى اللجنة ان تفصل في النزاع في اجل أقصاه ثلاثون(30) يوما من تاريخ جواب الطرف الخصم ويكون الرأي مبررا.

يبلغ رأي اللجنة لطرفي النزاع برسالة موصى عليها, كما ترسل نسخة من هذا الرأي إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام, وتبلغ المصلحة المتعاقدة المتعامل المتعاقد قرارها في رأي اللجنة في اجل أقصاه ثمانية (8) أيام من تاريخ تبليغها[2].

- **<u>التحكيم</u>**

يعتبر التحكيم كغيره من الوسائل المستحدثة في القوانين لتسوية النزاعات بالطرق الودية, وهو إتفاق بين طرفي علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية على تسوية ما ينشأ بصد تلك العلاقة من منازعات بالتحكيم[3].

1- انظر: المادة 04/153 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر.

2- انظر المادة 155 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر.

3- عبد العزيز عبد المنعم خليفة, المرجع السابق, ص.375.

نصت عليه المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها", و بالنسبة للنزاعات المتعلقة بتنفيذ عقود الصفقات العمومية لا سيما الصفقات المبرمة مع المؤسسات الأجنبية ، فإن المشرع موازاة مع التزامات الدولة مع الخارج و كذا لإضفاء أكثر مرونة لتجاوز الخلافات التي من شأنها أن تمس بمبدأ الشفافية في الإجراءات و الحق في ممارسة كل طرق الطعن و التسوية ، قد أجاز للمصلحة المتعاقدة أن تطلب إجراء التحكيم و هذا استثناءا لمبدأ عدم جواز طلب التحكيم بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة و هو ما أفادت به المادة 1006 السابقة الذكر[1].

حيث جاء في نص المادة 07/153 من قانون الصفقات العمومية " ويخضع لجوء المصالح المتعاقدة , في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين اجانب, إلى هيئة تحكيم دولية بناءا على اقتراح من الوزير المعني, للموافقة مسبقا أثناء اجتماع الحكومة".

المطلب الثاني : التسوية القضائية للنزاع

باعتبار العقد الإداري عمل قانوني اتفاقي فإنه يرتب حقوقا والتزامات على كلا الطرفين،غير أن مركز الإدارة أسمى من مركز المتعاقد معها وذلك نظرا للشروط الاستثنائية التي يتضمنها العقد، مما أدى إلى تقرير حق المتعاقد مع الإدارة للجوء إلى القضاء لاستفاء حقه والدفاع عن مركزه, بل وأبعد من ذلك، يمكن لكل من له مصلحة رغم كونه أجنبي على العقد أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بإلغاء تصرفات الإدارة المتعلقة بالعقد، ليس باعتبارهم أطرافا في العقد إنما باعتبارهم مستفيدين ومنتفعين بخدمات المرفق العام محل العقد فهؤلاء لا يستمدون حقوقهم من العقد ذاته بل من التشريعات والتنظيمات[2].

وبناءا على المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247, إذا فشل المتعامل المتعاقد في تسوية نزاعاته مع المصلحة المتعاقدة بالطريق الودي له أن يلجأ إلى القضاء لأن هذا الطريق

1- بحري إسماعيل, المرجع السابق, ص.116.

2- سليماني السعيد, محاضرة بعنوان " دور القاضي الإداري في معالجة منازعات عقود الإدارة ", كلية الحقوق بجامعة جيجل, ص.09.

الأنجع غالبا في هذا الصدد، وهذا دون أن يضع النص القضاء المختص بالنظر في هذه النزاعات ولا نوع الدعاوى المرفوعة[1].

الفرع الأول : طبيعة الدعوى والاختصاص القضائي

نظم المشرع الجزائري الاختصاص القضائي للمنازعات الإدارية عموما, دون أن يشير صراحة إلى للاختصاص القضائي لمنازعات الصفقات العمومية, حيث يتبين بالرجوع للمادتين 02/800 و801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2], أن المشرع الجزائري قد اعتمد المعيار العضوي في تحديد الاختصاص القضائي للمنازعات الإدارية وهو ما جاء في نص المادة 801 المذكورة أعلاه التي نصت على مايلي " تختص المحاكم الإدارية كذلك في الفصل فيما يلي : دعاوى القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن :

- الولاية والمصالح الغير ممركزة للدولة على مستوى الولاية
- البلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية
- المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية
- دعاوى القضاء الكامل
- القضايا المخول لها بموجب نصوص خاصة

كما قد نصت المادة 02 من قانون الصفقات العمومية 15-247 على أنه " لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات :

- الدولة
- الجماعات الاقليمية
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري
- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري....."

ومن ثم فإن القضاء المختص في النظر في النزاعات الناشئة في مرحلة تنفيذ الصفقات العمومية هو القضاء الإداري, وهو ما أكدته محكمة التنازع في قرارها الصادر بتاريخ

1- عباد صوفيا, المرجع السابق, ص.175.

2- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/04/15, المتضمن قانون الإجراءات المدنية, الجريدة الرسمية رقم 21 المؤرخة في 2008/04/30.

08-05-2000 حال فصلها في النزاع بين بلدية رايس حميدو والمدعو(ص.ج) الذي جاء فيه :" أن النزاع القائم بين الطرفين يتعلق بصفقة أبرمت بين بلدية رايس حميدو والمدعو(ص.ج) وأن النزاعات الناتجة عن الصفقات العمومية هي من اختصاص الغرفة الإدارية"[1].

وقد خرج القاضي الإداري على هذه القاعدة في قضيتين مشهورتين واللتين طبق فيهما المعيار المادي استثنائيا وفي ظروف خاصة بكل قضية وهما قضية ضد الديوان الجزائري المهني للحبوب, أين أصدرت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا أنذاك (مجلس الدولة حاليا)اجتهاد قضائي طبقت من خلاله المعيار المادي على هذه القضية, أما القضية الثانية فهي القضية رقم 020431 بتاريخ 2004/03/03 المتعلقة بنزاع داخلي لحزب سياسي حيث أصدر مجلس الدولة قرار طبق من خلاله المعيار المادي على هذه القضية.

ونجد أن القاضي الإداري أصبح يتمسك باختصاصه في منازعات الصفقات العمومية وفق للمعيار المادي وفق المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية, كما أصبح يطبق المعيار المادي و المتمثل في عنصر التمويل من ميزانية الدولة.

الفرع الأول : أوجه وطرق ممارسة الدعوى

ان اختصاص القضاء الإداري في مجال الصفقات العمومية يمكن رده إلى نوعين رئيسين قضاء الإلغاء والقضاء الكامل.

أولا: القضاء الكامل في منازعات الصفقات العمومية

يختص القضاء الاداري بالنظر في دعوى القضاء الكامل في منازعات الصفقات العمومية حيث يتمثل دوره في اعادة الحال الى ما كان عليه واعادة الحقوق لأصحابها, يدخل تحت هذا النوع من القضاء ، الدعاوى المتعلقة ببطلان العقود والدعاوى المتعلقة بالحصول على مبالغ مالية معينة و هي كثيرة جدا و تكاد تطغى على بقية أنواع المنازعات الأخرى ، لكن يمكن حصر هذه الدعاوى في الصور التالية[2].

1- خضري حمزة, الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في الجزائر, مجلة المفكر, العدد الثالث عشر, كلية الحقوق والعلوم السياسية, جامعة محمد خيضر, بسكرة, ص.200.

2 - بحري إسماعيل, المرجع السابق, ص.119.

أ – دعوى الحصول على مبالغ مالية : و ذلك إما في صورة ثمن أو أجر متفق عليه في العقد أو تعويض عن أضرار تسبب فيها الطرف المتعاقد, أو لأي سبب آخر من الأسباب التي تؤدي إلى الحكم بالتعويض.

ب – دعوى إبطال بعض التصرفات الصادرة من الإدارة على خلاف التزاماتها التعاقدية : فإذا صدر من الإدارة تصرف على خلاف التزاماتها التعاقدية ، فإنه يحق للمتعامل المتعاقد الحصول على حكم بإبطال تلك التصرفات عن طريق القضاء الكامل لأنه لا يستطيع أن يلجأ إلى قضاء الإلغاء ، وتحتفظ دعواه في هذه الحالة بصفتها تلك من حيث أنها تنتمي إلى القضاء الكامل حتى لو اقتصرت على طلب إلغاء قرار إداري أصدرته الإدارة بصفتها متعاقدة ، ولهذا أثره الخطير فيما يتعلق بإجراءات التقاضي ومدده لاختلاف كل من قضائي الإلغاء والتعويض عن الآخر في ذلك الخصوص.

ج – دعوى فسخ العقد : ذلك أن المتعامل المتعاقد له أن يطالب بفسخ الصفقة مع الإدارة المتعاقدة في حدود معينة و دعواه في هذا الصدد تندرج في نطاق القضاء الكامل أيضاً.

و عليه نلاحظ أن اختصاص القضاء الكامل يمتد ليشمل جل منازعات تنفيذ الصفقة باعتبار أن أعمال هذه المرحلة معظمها متصلة بالعقد و غير قابلة للفصل و بالتالي تخضع لقاضي العقد, و باعتبار أن النظام القانوني للصفقات العمومية لم يشر إلى نوع الدعاوى المرفوعة في إطار تسوية منازعات الصفقات العمومية ، بل تم تركها للقواعد العامة التي تحكم سير مثل هذه الدعاوى.

ثانيا: قضاء الإلغاء في منازعات الصفقات العمومية

من حيث المبدأ المنازعات المتعلقة بالإجراءات التي تتخذها الإدارة إزاء المتعاقد معها تندرج تحت ولاية القضاء الكامل ، حتى لو انصب النزاع على طلب إلغاء قرار إداري اتخذته الإدارة اتجاهه ، و أساس ذلك أن ما تصدره الإدارة من قرارات تنفيذا للصفقة مثل القرارات الصادرة بتوقيع إحدى الجزاءات التعاقدية أو فسخ العقد أو إنهائه أو إلغائه، دائما يدخل في منطقة العقد و تكون المنازعات المتولدة عن تلك القرارات و الإجراءات هي منازعات حقوقية تثير ولاية القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء و مؤدى ذلك عدم تقيد الطعن بالإجراءات و المواعيد المتعلقة بدعوى الإلغاء[1].

1 - بحري إسماعيل, المرجع السابق, ص.120.

و منه فإن الأصل أن يلجأ المتعامل المتعاقد إلى قاضي العقد إذا أصدرت الإدارة قراراً انتهكت فيه نصا من نصوص العقد أو عدلت في العقد بأن زادت مثلاً في حجم الأشغال الموكولة إليه ، أو أنقصت من ثمن الخدمة التي يتقاضاه من المنتفعين أو أصدرت قرارا بإلغاء العقد ، لكن في إطار ما يعرف فقها بالأعمال المنفصلة و يجوز حينئذ للمتعامل المتعاقد الطعن فيها بالإلغاء1 ، حيث أورد القضاء الإداري استثناءً على الأصل و سمح بممارسة دعوى الإلغاء في هذه القرارات بصورة مستقلة عن دعوة العقد ، إذا ما صدرت هذه القرارات من السلطات الإدارية ليست بصفتها كمتعاقدة ، كأن تصدر هذه القرارات باعتبارها سلطة ضبط إداري إما كلوائح عامة إدارية أو تطبيقا للقوانين.

و قد سبق القول أن سلطة قاضي الإلغاء ضيقة جدا فقبل أن ينطق بإلغاء قرار إداري ما ينبغي أن يسبب قراره بتبيان .وجه الخرق بالقرار الصادر عن المصلحة المتعاقدة كأن يشير لمخالفته ركن الاختصاص أو ركن الشكل والإجراءات وغيرها[2].

1- نفس المرجع , نفس الصفحة.

2 - عمار بوضياف, المرجع السابق, ص.334.

خلاصة الفصل الثاني

منح المشرع الجزائري المصلحة المتعاقدة سلطات واسعة في مجال تنفيذ الصفقة والمتمثلة في امكانية فرض جزاءات على المتعامل الذي أخل بالتزاماته, حيث قرر لها سلطات علاجية متمثلة في فرض الجزاءات المالية والضاغطة لتنبيه المتعامل المتعاقد وتحفيزه على تنفيذ التزامه, إلا أنه وفي حالة اخلاله اخلالا جسيما فإن للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ العقد ولها السلطة التقديرية في الفسخ الجزئي أو الكلي للصفقة.

وللنزاع الناتج عن التنفيذ للصفقة نجد ان المشرع الجزائري قد أرسى الحل الودي للصفقة رغبة منه في مواصلة التنفيذ بما يضمن انهاء المشروع في آجاله, وقد استحدث لجنة خاصة بالتسوية الودية للنزاعات وذلك تخفيفا لعبء اللجوء للقضاء الذي اذا لم يتم إيجاد حل ودي للنزاع.

الخـــــاتمة

إن مذكرتنا تمحورت حول المركز القانوني للمتعامل المتعاقد, وهذا في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام, وقد تبين لنا أن المشرع قد نظم طبيعة المتعامل المتعاقد وبين مركزه القانوني في الصفقة منذ بداية تعاقده مع الإدارة (المصلحة المتعاقدة).

بناء على ذلك درسنا القواعد المنظمة للمتعامل المتعاقد في الفصل الأول, حيث تطرقنا في المبحث الاول للحقوق التي يكتسبها المتعاقد مع الإدارة واتضح لنا ان المشرع وبإقراره هذه الحقوق قد حاول ان يوازي بين السلطات الممنوحة للإدارة والمتعاقد كي لا يتهيب الأفراد في الإقدام على التعاقد معها, وبما ان هدف المتعاقد تحقيق الربح فقد اهتم بالجانب المالي حيث مكن له : الحق في المقابل المالي اي اقتضاء ثمن الصفقة متى ما اوفى بالتزاماته, الحق في إعادة التوازن المالي متى حدث خلل أثناء تنفيذه للصفقة خارج عن إرادته ولم يتسبب فيه , وتطرقنا في المبحث الثاني للالتزامات التي تقع على عاتق المتعامل المتعاقد حيث ولضمان جديته في التنفيذ أقر المشرع على هذا الاخير جملة من الإجراءات تتخذ الطابع المالي وهذا حماية للمصلحة المتعاقدة وهذا مايطلق عليه التنفيذ المالي للصفقة, أما الجانب الثاني فهو التنفيذ التقني وينصب على شخص المتعامل المتعاقد.

وتناولنا في الفصل الثاني فقد تناولنا الجزاءات المترتبة عن اخلال المتعامل المتعاقد بتنفيذ الصفقة وكذا النزاعات الناجمة عنه, حيث تطرقنا بداية في المبحث الاول للجزاءات التي منحت للإدارة في مواجهة المتعامل المخل بالتزاماته التعاقدية, وتدرجت هذه الجزاءات على حسب جسامة الخطأ الذي ارتكبه المتعاقد معها, فهناك جزاءات مؤقتة غير منهية للعقد وهناك جزاءات توقعها الإدارة بهدف إنهاء العلاقة التعاقدية كونها فقدت الثقة في انهاء المتعامل لالتزاماته, ونظرا لخطورة هذه الجزاءات وسلطات الإدارة في توقيعها ونظرا لحساسية هذه المرحلة أي مرحلة التنفيذ فنجد ان المشرع قد نظم وكرس آليات لحل أي نزاع قد يطرأ بين طرفي العلاقة

التعاقدية, فنجده كرس الحل الودي مقابل الحل القضائي وذلك بهدف ضمان استمرارية التنفيذ للصفقة تفاديا لتعطل المشاريع العمومية.

ومن خلال دراستنا للموضوع من مختلف جوانبه خلصنا إلى عدة نتائج أهمها :

- نجد أن المشرع الجزائري قد وضع عدة قواعد وضوابط بقصد حماية المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ للصفقة خاصة ما اعتبر أهم حق له وهو المقابل المالي والذي هو هدفه من التعاقد مع الإدارة.
- وفي مقابل ذلك بين للمتعامل المتعاقد الالتزامات التي تقع على عاتقه أثناء تنفيذه للصفقة , سواء من الجانب المالي الذي هو مكرس لحماية المصلحة المتعاقدة ولاثبات جدية المتعامل المتعاقد في التنفيذ, او من الجانب التقني الذي يعتبر الهدف الأساسي من هذه الصفقة وهو التنفيذ الفعلي لها.
- كما لاحظنا السلطات الاستثنائية للمصلحة المتعاقدة من خلال الجزاءات التي تستطيع فرضها على المتعامل المتعاقد نتيجة لإخلاله بالتزاماته, بالرغم من تحديد ضوابط لهاته الجزاءات إلا أنها تعتبر أخطر السلطات الممنوحة للإدارة.
- وباعتبار ان الصفقة العمومية ذات صبغة إدارية في تكوينها فهي تخضع للقانون لإداري والقضاء الإداري متى ما ثار نزاع حول تنفيذ لصفقة سواء من ناحية اخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته أو من ناحية تعسف الإدارة في استعمال سلطاتها إزاء المتعامل المتعاقد معها .

ونرى أنه لتفعيل دور الصفقات العمومية وتحقيق الهدف المرجو منها وهو التنمية الوطنية لمختلف المجالات خاصة الإقتصادية منها, وكذا حماية المال العام على المعنيين بهذا القانون أن :

- على المشرع أن يوضح ويزيل الغموض على بعض النصوص ذلك ان الغموض في النص يؤدي إلى إرتكاب الخطأ في حق المتعامل المتعاقد وبالتالي نشوء النزاع.
- تدعيم النصوص الغامضة عن طريق قرارات وتعليمات بهدف تفسيرها و سهولة تطبيقها.

قائمة المراجع

أولا: النصوص الرسمية

أ-الدستور

- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996, الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 1996/12/07, الجريدة الرسمية عدد 76 المؤرخة في 1996/12/08.

ب-القوانين والأوامر:

1- القانون رقم 90-11 المؤرخ في 1990/04/21, المتعلق بعلاقات العمل, الجريدة الرسمية رقم 17 المؤرخة في 1990/04/25.

2- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/04/15, المتضمن قانون الإجراءات المدنية, الجريدة الرسمية رقم 21 المؤرخة في 2008/04/30.

3- الأمر رقم 66-165 المؤرخ في 1966/06/08, المعدل والمتمم والمتضمن قانون العقوبات, الجريدة الرسمية عدد 49 المؤرخة في 1966/06/11.

4- الامر رقم 67-90 المؤرخ في 1967/06/17 المعدل والمتمم والمتضمن قانون الصفقات العمومية, الجريدة الرسمية رقم52 المؤرخة في 1967/06/27.

5- الامر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/11/26 المعدل والمتمم والمتضمن القانون المدني, الجريدة الرسمية رقم78 المؤرخة في 1975/09/30.

ج- النصوص التنظيمية

1- المرسوم الرئاسي رقم 02-205 المؤرخ في 2002/07/24, المتضمن تنظيم الصفقات العمومية, الجريدة الرسمية رقم 52 المؤرخة في2002/07/28.

2- المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المؤرخ في 2008/10/26, المتضمن تنظيم الصفقات العمومية, الجريدة الرسمية رقم 62 المؤرخة في2008/11/09.

3- المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 2010/10/07, المتضمن تنظيم الصفقات العمومية, الجريدة الرسمية رقم 58 المؤرخة في.....

4- المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 2015/09/12, يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام,الجريدة الرسمية العدد50 مؤرخة في 2015/09/20.

5- المرسوم التنفيذي رقم 98-67 المؤرخ في 1998/02/21,المضمن إنشاء وتنظيم سير صندوق ضمان الصفقات العمومية, الجريدة الرسمية العدد 11 المؤرخة في.....

6- القرار الوزاري المؤرخ في 1964/11/21, المتضمن الموافقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة البناء والأشغال العمومية والمواصلات, الجريدة الرسمية العدد 06 المؤرخة في 1965/01/19.

7- القرار الوزاري المؤرخ في 1984/04/15, يتضمن المصادقة على قائمة الأرقام الاستدلالية للمواد المستعملة في مراجعة الأسعار في صفقات الأشغال العمومية, الجريدة الرسمية العدد 22 المؤرخة في 1984/05/29.

ثانيا: الكتب المتخصصة

1- أحمد محمود جمعة, العقود الإدارية طبقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد, منشأة المعارف, الاسكندرية, مصر, 2002.

2- بعلي محمد الصغير، الوجيز في المنازعات الإدارية, دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة الجزائر، 2002.

3- بعلي محمد الصغير، القانون الإداري (التنظيم الإداري، النشاط الإداري), دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة, الجزائر, 2004.

4- بوضياف عمار, شرح تنظيم الصفقات العمومية, الطبعة الرابعة, دار جسور للنشروالتوزيع، الجزائر, 2011.

5- كنعان نواف, القانون الإداري, دار الثقافة للنشر والتوزيع, الأردن, 2005.

6- الحلو ماجد راغب, العقود الإدارية, دار الجامعة الجديدة, الاسكندرية, مصر, 2015.

7- الطماوي محمد سليمان, الأسس العامة للعقود الإدارية،(دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي,القاهرة, مصر, 2008.

8- الجبوري محمود خلف، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن,2010.

9- الشواربي عبد الحميد, العقود الإدارية (في ضوء القضاء-الفقه-التشريع), منشأة المعارف, الاسكندرية, مصر, 2003.

10- مازن ليلو راضي, العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن, منشأة المعارف, الاسكندرية, مصر, 2003.

11- محمد أنس قاسم جعفر, العقود الإدارية(دراسة مقارنة لنظم المزايدات), مركز جامعة القاهرة, مصر, 1999.

12- معطى الله علي, تقنين الصفقات العومية وتفويضات المرفق العام, درا هومة, الجزائر, 2016.

13- ناصر لباد , القانون الإداري , النشاط الإداري, لباد EDITEUR, الجزء الثاني, الطبعة الأولى,

14- عبد العزيز عبد المنعم خليفة, الأسس العامة في العقود الإدارية(الإبرام- التنفيذ- المنازعات), المركز القومي للإدارات القانونية, الطبعة الاولى, مصر, 2008.

ثالثا: المقـــالات

رابعا: رسائل الدكتوراه والماجستير

1- باخبيرة سعيد عبد الرزاق, سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري,رسالة دكتوراه في القانون العام, جامعة الجزائر يوسف بن خدة, كلية الحقوق بن عكنون, الجزائر, 2008.

2- بن شعبان علي, آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري , رسالة دكتوراه دولة في القانون العام , جامعة قسنطينة ,2011.

3- بحري إسماعيل, الضمانات في مجال الصفقات , مذكرة ماجستير , كلية الحقوق ,جامعة الجزائر , 2009.

4- حابي فتيحة, النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية (في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم), مذكرة ماجستير , كلية الحقوق ,جامعة مولود معمري , تيزي وزو , الجزائر, 2013.

5- عباد صوفية, المركز القانوني للمتعامل المتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية , مذكرة ماجستير, كلية الحقوق, جامعة باجي مختار, عنابة, 2011 ,ص.12 .

خامسا: المجلات

1- رفح رزوقي, الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري(دراسة مقارنة), مجلة المحقق الحلي للعلوم السياسية, العدد الثالث, السنة الثامنة, 2016.

2- دراجي عبد القادر, سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية , مجلة المفكر, العدد العاشر, كلية الحقوق والعلوم السياسية, جامعة محمد خيضر, بسكرة.

سادسا: المحاضرات

1- سليماني السعيد, محاضرة بعنوان " دور القاضي الإداري في معالجة منازعات عقود الإدارة ", كلية الحقوق بجامعة جيجل.

الفهرس

الصفحة

مقدمة :..... 05
الفصل الأول : القواعد المنظمة للمركز القانوني للمتعامل المتعاقد..... 09
المبحث الاول: حقوق المتعامل المتعاقد في الصفقة..... 10
المطلب الاول: الحق في اقتضاء ثمن الصفقة..... 10
الفرع الأول: آليات تحديد السعر في الصفقة..... 11
أولا: السعر الإجمالي والجزافي..... 12
ثانيا: بناء على قائمة سعر الوحدة..... 13
ثالثا: بناء على نفقات المراقبة..... 13
رابعا: السعر المختلط..... 14
الفرع الثاني: تحديد طبيعة السعر في الصفقة..... 14
أولا: السعر الثابت..... 15
ثانيا: السعر القابل للمراجعة..... 15
ثالثا: تحيين السعر في الصفقة العمومية..... 17
الفرع الثالث: كيفيات دفع السعر في الصفقة..... 17
أولا: التسبيق..... 18
ثانيا: الدفع على الحساب..... 22
ثالثا: التسوية على رصيد الحساب.....23
المطلب الثاني: الحق في إعادة التوازن المالي.....25
الفرع الأول: نظرية المخاطر الإدارية.....26
أولا: مفهوم نظرية المخاطر الإدارية.....26
ثانيا: شروط تطبيق نظرية المخاطر الإدارية.....26
ثالثا: آثار تطبيق نظرية المخاطر الإدارية.....27
رابعا: أساس النظرية في التشريع الجزائري.....28
الفرع الثاني: نظرية المخاطر الاقتصادية.....29

أولا: مفهوم نظرية المخاطر الإدارية.....29
ثانيا: شروط تطبيق نظرية المخاطر الاقتصادية.....30
ثالثا: آثار تطبيق نظرية المخاطر الاقتصادية.....31
رابعا: أساس النظرية في التشريع الجزائري.....32
الفرع الثاني: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.....33
أولا: مفهوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.....33
ثانيا: شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.....34
ثالثا: آثار تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.....35
رابعا: أساس النظرية في التشريع الجزائري.....36
المبحث الثاني: إلتزامات المتعامل المتعاقد.....36
المطلب الاول: الالتزام بالتنفيذ المالي للصفقة.....37
الفرع الأول: الطبيعة القانونية للكفالة في الصفقة العمومية.....37
أولا: مفهوم الكفـالة.....37
ثانيا: أنواع الكـفالة.....38
الفرع الثاني: أدوات تنفيذ نظام الكفالة.....42
أولا: البنـــوك.....42
ثانيا: صندوق ضمان الصفقات العمومية.....42
المطلب الثاني: الالتزام بالتنفيذ التقني للصفقة.....46
الفرع الأول: حالة التنفيذ العادي للصفقة.....46
أولا: الأداء الشخصي للخدمة موضوع الصفقة.....46
ثانيا: أداء الخدمة حسب الكيفيات والشروط المتعاقد عليها.....47
ثالثا: الالتزام بتنفيذ موضوع الصفقة بطريقة سليمة وعناية تامة.....48
رابعا: إحترام الآجال اللازمة لتنفيذ العقد.....48
الفرع الأول: حالة التنفيذ غير العادي للصفقة.....49
أولا: مفهوم القوة القاهرة في الصفقات العمومية.....49
ثانيا: تطبيقات القوة القاهرة في الصفقات العمومية.....49

ثالثا: آثار تطبيقات القوة القاهرة في الصفقات العمومية.....50
خلاصة الفصل الأول.....51
الفصل الثاني: الجزاءات المترتبة عن إخلال المتعامل المتعاقد بتنفيذ الصفقة والمنازعات الناجمة عنه.....52
المبحث الأول: الجزاءات المترتبة عن إخلال المتعامل المتعاقد بتنفيذ الصفقة.....53
المطلب الأول: الجزاءات الغير منهية للعقد.....53
الفرع الأول: الجزاءات المالية.....54
أولا: غرامة التأخير.....54
ثانيا: مصادرة التأمين.....55
ثالثا: التعويض.....56
الفرع الثاني: الجزاءات الضاغطة.....56
أولا: سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة.....57
ثانيا: الشراء على حساب ومسؤولية المتعاقد في عقود التوريد..... 59
ثالثا: وضع المشروع تحت الحراسة.....60
المطلب الثاني: الجزاءات المنهية للعقد.....61
الفرع الأول: الجزاءات الفاسخة.....61
أولا: شروط ممارسة جزاء الفسخ.....61
ثانيا: الآثار المترتبة عن توقيع جزاء الفسخ.....64
الفرع الثاني: الجزاءات الجنائية.....64
أولا: شروط ممارسة الجزاءات الجنائية.....64
ثانيا: الآثار المترتبة عن توقيع الجزاءات الجنائية.....64
المبحث الثاني: تسوية النزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقة.....65
المطلب الأول: التسوية الودية للنزاعات.....65
الفرع الأول: المصالحة.....66
الفرع الثاني: لجنة التسوية الودية للنزاعات.....67
التحكيم في الصفقات العمومية.....68
المطلب الثاني: التسوية القضائية للنزاعات.....69

الفرع الأول: طبيعة الدعوى والاختصاص القضائي.....69
الفرع الثاني: أوجه وطرق ممارسة الدعوى.....71
أولا: القضاء الكامل في منازعات الصفقات العمومية.....71
ثانيا: قضاء الإلغاء في منازعات الصفقات العمومية.....72
خلاصة الفصل الثاني.....74
الخاتمة.....75
قائمة المراجع.....78
الفهرس.....82