

جامعة الشهيد حمّـة لخضر - الوادي  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق



عنوان المذكرة:

# ضمان التوازن المالي للصفقات العمومية في التشريع الجزائري

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

إشراف:  
د. دراجي بلخير

إعداد الطالبين:  
جلال الدين زيدان  
عليان عصام

## لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
د. جرمون محمد الطاهر	جامعة الشهيد حمّـة لخضر	رئيساً
د. دراجي بلخير	جامعة الشهيد حمّـة لخضر	مشرفاً ومقرراً
أ. العايبي سعيدة	جامعة الشهيد حمّـة لخضر	مناقشاً

جامعة الشهيد حمّـة لخضر - الوادي  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق



عنوان المذكرة:

# ضمان التوازن المالي للصفقات العمومية في التشريع الجزائري

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

إشراف:  
د. دراجي بلخير

إعداد الطالبين:  
جلال الدين زيدان  
عليان عصام

## لجنة المناقشة

الصفة	الجامعة	الاسم واللقب
رئيساً	جامعة الشهيد حمّة لخضر	د. جرّمون محمد الطاهر
مشرفاً ومقرراً	جامعة الشهيد حمّة لخضر	د. دراجي بلخير
مناقشاً	جامعة الشهيد حمّة لخضر	أ. العايبي سعيدة

السنة الجامعية 2019 - 2020



# آية القرآنية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا ﴾

صدق الله العظيم

سورة طه الآية 114

# الشكر والتقدير

أول الشكر وآخره لله تعالى الذي منحنا القوة والعزم والمقدرة على إتمام هذا البحث.

وإعترافاً بالفضل الجميل توجه بخاص الشكر والتقدير والإمتنان إلى أستاذنا الفاضل الدكتور "دراجي بلخير" الذي تفضل علينا بالإشراف على هذه المذكرة، والذي كان بحق سنداً لنا في مراحل إنجاز هذا العمل بتوجيهاته ونصائحه القيمة، كما أشكر لجنة المناقشة وإلى كل أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية.

فجزاكم الله عنا ألف خير

# الإهداء

إلى روح أبي الطاهرة رحمه الله

إلى أعز ما في الوجود أُمِّي أطال الله في عمرها

إلى قرّة العين ابنائي

إلى الزوجة الفاضلة

إلى إخوتي وأخواتي وأبنائهم

إلى كل من رفع راية العلم والاجتهاد

إلى كل من أحبه قلبي ولم يذكره قلمي

# الإهداء

الحمد لله الذي أنعم علي بالعقل

الحمد لله الذي جعلني من أهل العلم

الحمد لله الذي أعطاني القدرة والجهد

أهدي هذا العمل

إلى مصدر فخري وإمتناني والداي العزيزين أمي وأبي

إلى أعز الناس إلى قلبي إخوتي وأخواتي

إلى كل العائلة الكريمة صغيراً وكبيراً

إلى كل الأصدقاء قريبا وبعيداً

إلى كل من علمني حرفاً وأنا رلي دربا وكان لي على الصعاب معينا

إليهم جميعاً أهدي ثمرة جهدي

## قائمة أهم المختصرات

### 1- باللغة العربية:

ق إ م إ	: قانون الإجراءات المدنية والإدارية
ج ر	: الجريدة الرسمية
د م ج	: ديوان المطبوعات الجزائرية
ص	: الصفحة
ص ص	: من الصفحة الى الصفحة

### 2- باللغة الفرنسية:

P : page

### الكلمات المفتاحية:

- التوازن المالي - الصفقة العمومية - المصلحة المتعاقدة - المتعامل المتعاقد
- الملحق - التسوية الودية - التسوية القضائية

مقدمة

## مقدمة:

تعتبر الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام من أبرز المواضيع التي تشغل حيزا واسعا من اهتمام رجال القانون والإدارة والاقتصاد، لما يكتسي هذا الموضوع من أهمية بالغة في الوقت الراهن، بحيث تصنفها الإدارة العامة ضمن الاعمال التعاقدية التي بها يتم تنفيذ البرامج التنموية كما تعتبر من أهم أوجه الانفاق للمال العام.

تظهر الأعمال التعاقدية التي تقوم بها الإدارة العامة في شكل عقود إدارية، فالعقد الإداري لا يتم إلا بتوافق إرادتين أو أكثر بقصد احداث التزامات متقابلة بين الطرفين، إلا أن ما تملكه الإدارة من امتيازات يفوق ما يتمتع به المتعاقد الاخر، مما يستوجب اخضاع المصلحة الخاصة للمتعاقد لمقتضيات المصلحة العامة تماشيا مع مرونة العقد وقابليته للتغيير، وهذا من خلال نظرية العقد الإداري التي تدخل في مجالها الصفقات العمومية

هذه الأهمية البالغة للصفقات العمومية دفعت المشرع الجزائري إلى وضع تنظيم قانوني خاص بها، والذي عرف تطورات عديدة منذ الاستقلال وكانت اللبنة الأولى الأمر رقم 67 - 90 المتضمن قانون الصفقات العمومية،<sup>1</sup> ثم جاء المرسوم رقم 82 - 154 المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي،<sup>2</sup> تلاه المرسوم التنفيذي رقم 91 - 434،<sup>3</sup> ومن ثم المرسوم الرئاسي رقم 02 - 250 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 03 - 301 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية،<sup>4</sup> فالمرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم،<sup>5</sup> إلى غاية صدور المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247 المتضمن قانون الصفقات

<sup>1</sup>- الأمر رقم 67 - 90، المؤرخ في 17 جوان 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، عدد52، الصادرة بتاريخ 27 جوان 1967.

<sup>2</sup>- المرسوم التنفيذي رقم 82 - 145، المتضمن تنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، المؤرخ في 10 افريل 1982، ج ر، عدد 15، الصادرة بتاريخ 13 افريل 1982.

<sup>3</sup>- المرسوم التنفيذي رقم 91 - 434، المؤرخ في 04 نوفمبر 1991، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر، عدد 57، الصادرة بتاريخ 13 نوفمبر 1991.

<sup>4</sup>- المرسوم الرئاسي رقم 02 - 250، المؤرخ في 24 جويلية 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر، عدد 52، الصادرة بتاريخ 28 جويلية 2002.

<sup>5</sup>- المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر، عدد 52، الصادرة بتاريخ 07 أكتوبر 2010.

العمومية وتفويضات المرفق العام،<sup>1</sup> والذي حاول المشرع الجزائري من خلاله سد الثغرات القانونية وتجنب النقائص التي جاءت في القوانين السابقة.

فقد أعطى المشرع الجزائري تعريفا تشريعا للصفقة العمومية على غرار الفقه والقضاء، من خلال القوانين الخاصة بالصفقات العمومية فهي بمثابة عقد بين كل من المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد كما عرفها المرسوم الرئاسي 15-247 في مادته الثانية: «الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الاشغال واللوام والخدمات والدراسات».<sup>2</sup>

تحرص المصلحة المتعاقدة على اختيار المتعامل المتعاقد الكفاء فهو محور مهم ورئيسي في الصفقة، والذي بدوره يؤدي إلى تحقيق الأداء الجيد للصفقة سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو معنويين، أو كانوا وطنيين أو أجنب، فالمصلحة المتعاقدة تملك سلطات واسعة منحها إياها المشرع اتجاه المتعامل المتعاقد قبل وبعد تنفيذ الصفقة، كسلطة الاشراف والرقابة، وكذا سلطة تعديل العقد وتوقيع الجزاءات.

إن الامتيازات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة لا يملكها المتعامل المتعاقد، والتي من شأنها أن تقف عائق أمامه للحصول على حقوقه، مما أدى بالمشرع إلى أن يضع مجموعة من الضمانات من شأنها تكفل حقوق المتعامل المتعاقد في مواجهة الإدارة، والتي تهدف إلى حسن سير الصفقة العمومية من الإبرام إلى غاية الإنهاء والتسليم، دون المساس بحقوق الطرفين.

إذا كان تنفيذ الصفقة العمومية يتطلب من المتعامل المتعاقد الوفاء بالتزاماته، هذا لا يعني التضحية بحقوقه المستمدة من الصفقة وإلا أدى ذلك إلى إرهاقه، واختلال التوازن المالي بين الطرفين، لأن المتعامل المتعاقد يسعى إلى تحقيق الربح والمقابل المالي من جهة، والمصلحة المتعاقدة تسعى لتنفيذ الصفقة وفق الشروط المنصوص عليها في العقد والمحافظة على المال العام، مما ينجر عن اختلال التوازن المالي للصفقة نزاعات تفرض على الطرفين إيجاد حلاً لها،

<sup>1</sup> - المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247، المؤرخ في المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية، عدد 46، الصادرة بتاريخ 17 أكتوبر 2015.

<sup>2</sup> - المرسوم الرئاسي 15 - 247، المرجع نفسه، ص 3.

لذلك تبحث كل التشريعات لإيجاد منظومة قانونية متكاملة توفر حماية كافية للمال العام ولحقوق الأطراف المتعاقدة للمحافظة على ذلك التوازن.

### أسباب اختيار الموضوع:

.الدافع الشخصي:

الميول إلى البحث المتخصص في مجال الصفقات العمومية وخاصة التي تنصب على الجانب المالي، وكذا التقني والدور الجوهري الذي يلعبه المتعامل المتعاقد في فرض التوازن في الصفقة، كونه معاون للمصلحة المتعاقدة في تسيير المرافق العامة، لذلك لا بد من البحث والتأصيل في حفظ التوازن المالي بين الطرفين.

.الدافع الموضوعي:

إختيارنا لهذا الموضوع كان أساسا للتغيرات الاقتصادية التي شهدتها الجزائر، الأمر الذي أدى بالمشروع إلى تعديل النظام القانوني للصفقات العمومية من بداية الإستقلال بصدور الأمر رقم 67 - 90 الى غاية صدور المرسوم الرئاسي 15 - 247، الذي يسعى من خلاله المشروع لتكريس جملة من المبادئ من شأنها أن تحفظ التوازن المالي بين الطرفين.

### أهمية الموضوع:

تكمن أهمية دراستنا لهذا الموضوع في التطرق لاحدى اهم الضمانات في مجال الصفقات العمومية بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد، وهي ضمان التوازن المالي للصفقة العمومية، كذلك توضيح أسباب اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية من جهة المتعاقدين (المصلحة والمتعامل) او من جهة أخرى، وكيفية فض النزاعات الناجمة عن هذا الاختلال.

### الهدف من الدراسة:

تبرز الفائدة من الدراسة توضيح مضمون التوازن المالي للصفقات العمومية، لما له من فائدة على المتعاقدين (المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد) في ضمان حقوقهما، وكذا الأثر الإيجابي الذي يعود على الصفقة العمومية، هذا وفق قانون الصفقات العمومية والتنظيمات المعمول بها، والاجتهادات القضائية والفقهية.

صعوبات الدراسة:

- ندرة المراجع المتخصصة خاصة الحديثة المتعلقة بالتوازن المالي للصفقة العمومية بالإضافة للغموض الذي يعتري بعض النصوص.
- نقص الدراسات التي تناولت موضوع التوازن المالي للصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15 - 247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- صعوبة التنقل إلى المكاتب الخارجية بسبب الظروف الراهنة، من أجل الحصول على المراجع المتعلقة بموضوع الدراسة.

المنهج المتبع في الدراسة:

نعمد في دراستنا لهذا الموضوع على منهج تحليل المضمون للنصوص القانونية المتعلقة بالتوازن المالي للصفقة العمومية على ضوء ما جاء في المرسوم الرئاسي رقم 247.15 الأخير، وهذا بالرجوع لبعض النصوص والتنظيمات السابقة، المتعلقة بالصفقات العمومية. ومن هنا وجب علينا طرح الإشكالية التالية:

ماهي الآليات التي كفلها المشرع الجزائري لضمان التوازن المالي للصفقة العمومية؟

وللإمام بجميع جوانب الإشكالية طرحنا بعض التساؤلات الفرعية:

- 1- ماهي السلطات التي تملكها المصلحة المتعاقدة في إعادة التوازن المالي للصفقة العمومية؟
- 2- ماهي الأسس المعتمدة في تحقيق التوازن المالي للصفقة العمومية؟
- 3- كيف نظم المشرع منازعات التوازن المالي للصفقة العمومية؟
- 4- ماهي الجهة القضائية المختصة في منازعات التوازن المالي للصفقة العمومية؟

ومن أجل الإمام بالموضوع محل البحث قسمنا هذا الأخير وفق الإشكالية المطروحة سابقا تقسيما ثنائيا، تناولنا في الفصل الأول: الإطار النظري لحق إعادة التوازن المالي للصفقة العمومية، أما الفصل الثاني تطرقنا فيه إلى: آليات فض النزاعات الناجمة عن إعادة التوازن المالي للصفقة العمومية

# الفصل الأول

## الفصل الأول: الإطار النظري لحق إعادة التوازن المالي للصفقة العمومية

يتعرض المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ العقد لتدخل الإدارة التي تملك زيادة الالتزامات، والتي تتسم بالمرونة فإنه من الضروري إضفاء هذه الصفة على الحقوق المستمدة من العقد، كون أن العلاقة بين الطرفين قابلة للنقصان والزيادة من حيث الالتزامات والحقوق.

إن حقوق المتعامل المتعاقد مع الإدارة تسودها وتهيمن عليها فكرة أساسية، هي أن المتعامل المتعاقد يسعى إلى تحقيق الربح والعائد المالي، وإلى جانب هذه الفكرة تضاف إليه فكرة أخرى مقتضاها أنه يجب مساعدة المتعامل المتعاقد من الناحية المالية إذا ما حدثت صعوبات تجعل تنفيذ الصفقة أمراً عسيراً وشاقاً، والهدف من ذلك هو ضمان إستمرار تنفيذ الصفقة، لأن وجود هذه الصعوبات تزيد من إرهاقه وبالتالي من حق المتعامل المتعاقد المطالبة بالتوازن المالي للصفقة من أجل إكتساب حقه.

من خلال ما تم ذكره سنقوم بمعالجة هذا الفصل في مبحثين، المبحث الأول الذي سيكون بعنوان: سلطة المصلحة المتعاقدة في قبول إعادة التوازن المالي للصفقة العمومية، أما المبحث الثاني فندرجه تحت عنوان: الأسس المعتمدة للمتعامل المتعاقد في ضمان إعادة التوازن المالي للصفقة العمومية.

### المبحث الأول: سلطة المصلحة المتعاقدة في قبول إعادة التوازن المالي للصفقة العمومية:

تتمتع المصلحة المتعاقدة بامتيازات تقضي بترجيح كفة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها ومن مستلزمات ذلك أن لا تنقيد الإدارة بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين،<sup>1</sup> فنقوم بتعديل شروط الصفقة اثناء تنفيذها وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو لم يكن معروف أثناء الإبرام، فتزيد من أعباء المتعامل المتعاقد لأن الصفقة تقوم على هدف وهو فكرة استمرارية المرفق العام وقابلية التغيير والتعديل.

لذا سنتطرق في هذا المبحث إلى سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل العقد (المطلب الأول)، وكذا سلطة المصلحة المتعاقدة في مراجعة الأسعار وتحيينها (المطلب الثاني)، وسلطة المصلحة

<sup>1</sup> مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية مصر 2002، ص 115.

المتعاقدة في إستعمال الملحق (المطلب الثالث).

### المطلب الأول: سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل العقد:

تعتبر سلطة التعديل الإفرادي للعقد من أهم السلطات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقة العمومية بفرض تحقيق المصلحة العامة ولتفصيل ذلك سنعالج في هذا المطلب تعريف سلطة تعديل العقد (الفرع الأول) ومحددات وضوابط ممارسة سلطة تعديل العقد (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: تعريف سلطة تعديل العقد:

تعرف سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بأنها حق ثابت لها بوسع الإدارة استعماله ولو خلى من نص بشأنه، وحتى لو إنطوى العقد على نص يحضره حيث يبطل النص ويبقى الحق دائماً، حتى لو وجد نص العقد يجيز للإدارة تعديل العقد فإن هذا النص لا يعدو دوره أن يكون كاشفاً للحق لا منشأً له.

ونظراً لإستناد سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري لفكرة المرفق العام فإن حق استعمالها يتصل بالنظام العام الذي يجيز معه للإدارة التنازل عن استعمالها،<sup>1</sup> ومن منطلق ان القانون يسمو على الفقه والقضاء في التدرج الهرمي، وجب تقديم التعريف القانوني أولاً، ثم التعريف القضائي ثانياً، ثالثاً التعريف الفقهي.

### أولاً: التعريف القانوني (التشريعي):

من خلال ما جاء في قانون الصفقات العمومية بعد الإستقلال إلى غاية المرسوم الأخير الذي ينظم الصفقات العمومية فقد تم تناول سلطة التعديل وقد أدرجها المشرع من خلال التسلسل الزمني كما يلي:

### أ. الأمر رقم 67 - 90 المتضمن قانون الصفقات العمومية الأول:

حسب المادة 6 من الأمر أن دفا تر الشروط تحدد الشروط التي تبرم بموجبها الصفقات وتنفذ. وجاء في المادة من نفس الأمر بأن المصلحة المتعاقدة الحق دورياً في وضع الشروط التي توضح

<sup>1</sup> سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، مصر، 2005، ص 441.

شروطها لإبرام وتنفيذ صفقاتها، ومنها ما يتعلق بسلطة المصلحة المتعاقدة وحققها في تعديل صفقاتها التي تبرمها.<sup>1</sup>

وجاء أيضا في المادة 12 منه: «على المتعاقد ان ينفذ أوامر المصلحة التي تبلغ اليه كما يخضع للتغيرات المفروضة عليه خلال العمل عندما يأمر بتلك التغيرات مهندس الدائرة أو المهندس المعماري بموجب أمر المصلحة».<sup>2</sup>

ب - المرسوم الرئاسي 02 - 250 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية:

جاء هذا المرسوم ليعطي الطريقة التي من شأنها تعديل العقد والهدف منه، زيادة خدمة أو التقليل منها أو تعديل بند أو عدة بنود من الصفقة الأصلية.<sup>3</sup>

ج - المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية:

تضمن هذا المرسوم الاهتمام الكبير الذي أولاه المشرع الجزائري من خلال الاعتراف بالإدارة بممارسة سلطة التعديل اثناء تنفيذ العقد، وجاء ذلك في نص المادة 102 من المرسوم: «يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجا الى إبرام ملاحق الصفقة في إطار احكام هذا المرسوم».<sup>4</sup>

د . المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام:

لم يغير المشرع في هذا المرسوم، حيث منح للإدارة سلطة التعديل لبعض بنود الصفقة اثناء تنفيذها، والذي نصت عليه المادة 135 منه بشكل صريح: «يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم».<sup>5</sup>

من خلال ما جاء في كل المراسيم حسب تسلسلها فإن المشرع أقر للإدارة سلطة التعديل بما يحقق تنفيذ الصفقة وتقديم الخدمة، ومن ثم تحقيق المصلحة العامة، أي أن الإدارة من خلال التعديل حافظت على التزاماتها وضمنت حقوق المتعامل حتى لا يختل ذلك التوازن المبرم بينهما.

<sup>1</sup>- الأمر رقم 67 - 90 المتضمن قانون الصفقات، المرجع السابق، ص 718.

<sup>2</sup>- انظر المادة 12، الأمر رقم 67 - 90، المتضمن قانون الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 719.

<sup>3</sup>- المرسوم الرئاسي 02 - 250، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق.

<sup>4</sup>- انظر المادة 102، المرسوم الرئاسي 10 - 236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 24.

<sup>5</sup>- انظر المادة 153، المرسوم الرئاسي 15 - 247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع

السابق، ص 30.

ثانياً: التعريف القضائي:

يمكننا تبين ذلك من خلال أحكام القضاء الإداري والمتمثل في قضية المال (ع ط) ضد والي ولاية قالمة، ويتضمن أن السيد (ع ط) أبرم صفقة عمومية بتاريخ 1980/02/26 مع ولاية قالمة من أجل بناء 198 مسكن بالقرية الإشتراكية الفلاحية بعين تراب دائرة وادي زناتي، وأن بمجرد توجيه أمر بالخدمة رقم 01 شرع السيد (ع ط) بالأعمال، وأنه بعد مرور شهرين وفي 19 أبريل 1980 تلقى أمر بوقف الأشغال بسبب تغير الموقع، وأنه شرع في الأشغال في الموقع الجديد خلال سنة 1980، وعدم إثارة هذا التغيير أمام الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا.<sup>1</sup>

من هنا نستخلص أن القضاء الإداري الجزائري أقر بسلطة التعديل من خلال تغير موقع التنفيذ.

ثالثاً: التعريف الفقهي:

تملك المصلحة المتعاقدة الحق في التعديل لما تقوم بإبرام العقد مع الغير، وحقها مستمد من العقد ذاته الذي ينص على ذلك الحق أو ان تفرضه المصلحة العامة، التي قد تتطلب تغييراً في شروط العقد على ضوء ما طرأ من متغيرات، لم تكن قائمة أثناء إبرام العقد.

يؤكد الأستاذ أحمد محيو "أن حسن سير المرفق العام بانتظام وإطراد وتحقيقاً لنفع العام هو الهدف الوحيد الذي تستعمل الإدارة العامة من أجله سلطة التعديل الإفرادي، وأنه من الصعب إنكار وجود سلطة التعديل بصفة إفرادية".<sup>2</sup>

**الفرع الثاني: محددات وضوابط ممارسة سلطة التعديل**

إن سلطة المصلحة المتعاقدة ليست مطلقة في تعديل الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة،<sup>3</sup> بل تخضع لمجموعة من الضوابط والمحددات التي يجب توفرها حتى يتم ذلك التعديل، ويمكن تبينها كما يلي:

<sup>1</sup> قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، بتاريخ 26 ديسمبر 1989، ملف رقم 65145، قضية (ع ط)، ضد والي ولاية قالمة، المحكمة القضائية الجزائرية، العدد الأول، سنة 1991، ص 134.

<sup>2</sup> أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة: محمد عرب مصيلا، طبعة 1996، د و ن، الجزائر، ص 383.

<sup>3</sup> عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، الطبعة الأولى، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 146.

أولاً: أن تطرأ مستجدات بعد إبرام الصفقة العمومية.

يجب أن تكون هناك ظروف ظهرت بعد إبرام الصفقة أجبرت المصلحة المتعاقدة على تعديل مضمون الصفقة، وشرط ألا تكون هذه الظروف قد وجدت أثناء إبرام الصفقة. كما يمكن من للمصلحة المتعاقدة إذا تغيرت الظروف تعديل بعض شروط الصفقة، التي قد تعرقل إمكان مسايرتها للتغير الحادث، وبالتالي فإن في ذلك يمكن للصفقة من أن تحقق ما كانت تهدف إليه منذ إبرامها وهو تحقيق النفع العام لجهة الإدارة والأفراد. إن تغير الظروف ليس شرطاً لازماً للتعديل وإنما شرطاً يمهد للتعديل على حسب ما يستجد من تغيرات، وبقدر ما تريد المصلحة المتعاقدة إدخاله من مواصفات جديدة من شأنها أن تساير الوضع الإقتصادي، وهو ما يجعلها تُفرك من سلطتها في التعديل من صفقة الى أخرى. ففي صفقة الأشغال تمارس سلطة التعديل بصفتها صاحبة المشروع، ولكنها لا تمس بالشروط المتعاقد عليها حتى لا تحدث الإرهاق للمتعاقد، ويختل بذلك التوازن المالي للصفقة، ومثال ذلك أن تقوم المصلحة المتعاقدة بتغيير يؤدي إلى توفير مبالغ كبيرة لها مع الأخذ دائماً بعين الاعتبار الأضرار التي قد تلحق للمتعاقد.<sup>1</sup>

ثانياً: أن لا يتعدى التعديل موضوع الصفقة

من المسلم أن المصلحة المتعاقدة يقتصر حقها في التعديل على الإلتزامات المتصلة مباشرة بموضوع الصفقة، أي لا يجوز أن تفرض على المتعاقد الإلتزامات خارج موضوع العقد، وعليه لا تستطيع الإدارة أن تعدل أحكام العقد على نحو يغير موضوعه، وإلا كنا أمام عقد جديد، ذلك أن المتعاقد المتعاقد قد إلتزم بتنفيذ مضمون العقد في آجال محددة فإنه راعى في ذلك قدرته المالية والفنية،<sup>2</sup> فإذا تجاوز التعديل هذه الإمكانات إختل التوازن بين الطرفين، وبالتالي قد يؤدي إلى فسخ العقد، فعلى المصلحة المتعاقدة أن يكون تعديلها نسبي بحت لا يؤثر على العقد الأساسي.

ثالثاً: صدور قرار التعديل في حدود القواعد العامة للمشروعية

تستعمل المصلحة المتعاقدة عند إقبالها على تعديل الصفقة الوسائل المخصصة لها قانوناً،

<sup>1</sup>- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 32.

<sup>2</sup>- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 146.

من أبرزها القرار الإداري، فتصدر السلطة المختصة قرارًا إداريًا بموجبه تعلن عن نيتها في تعديل صفقة عمومية، شريطة أن تتوفر في هذا القرار سائر أركان القرار الإداري ليكون مشروعًا،<sup>1</sup> وفق الإجراءات والشكل المحدد في إطار القواعد القانونية، وطبعًا الهدف من التعديل هو تحقيق النفع العام وألا يمس بحقوق المتعامل المتعاقد.

#### رابعًا: أن يكون للتعديل أسباب موضوعية

إن جوهر سلطة التعديل يتمثل أساسًا في تلبية حاجات المرفق العام، فالمصلحة المتعاقدة لا تتحرك من فراغ بل هناك عوامل تدفعها إلى تعديل العقد.

إن الإدارة العامة تتعاقد في ظل ظروف معينة قد تتغير بعد توقيع العقد خاصة في العقود الإدارية التي تأخذ زمنًا طويلًا في تنفيذها، كعقد الأشغال أو عقد التوريد،<sup>2</sup> فإذا حدثت ظروف شُرِع لها أن تعدل العقد بما يحافظ على موضوع العقد الأصلي، ومن ثم المحافظة على الحاجات المتعلقة بالمرفق العام سواء من تقديم خدمة للجمهور أو سيره بانتظام وإطراد.

#### **المطلب الثاني: سلطة المصلحة المتعاقدة في مراجعة الأسعار وتحيينها.**

يعتبر السعر عامل مهم لتحصيل الصفقة العمومية وإطلاقها للمنافسة، ولما له من دور في إختيار المتعامل المتعاقد، كما يمكن أن يكون السعر ثابتًا أو قابلاً للمراجعة حيث يتم تغيير السعر طبقًا للأوضاع الاقتصادية أو ظروف خارجية، فيتعين على طرفي الصفقة العمومية التفاوض على تعديل السعر، ويتم ذلك عن طريق مراجعة الأسعار (الفرع الأول) أو تحيينها (الفرع الثاني).

#### **الفرع الأول: مراجعة الأسعار**

إن تطبيق صيغة المراجعة يعني أن السعر الابتدائي لم يعد صالحًا نتيجة حدوث تغيرات اقتصادية، ويمكن للمتعاقدين الاختيار نحو صيغة السعر الثابت أو جعله قابلاً للتعديل، وهو ما نصت عليه المادة 97 من المرسوم الرئاسي 247.15 «يمكن أن يكون السعر ثابتًا قابلاً للمراجعة

<sup>1</sup>- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 147.

<sup>2</sup>- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 33.

وعندما يكون السعر قابلا للمراجعة يجب ان تحدد الصفقة صيغة او صيغ مراجعته...»<sup>1</sup>.

### أولا: السعر الثابت

يقصد به أن يكون السعر ثابتا والأسعار نهائية لا يمكن تعديلها بسبب تغيير الظروف الاقتصادية.<sup>2</sup>

يعد السعر ثابتا حيث لا يتغير خلال فترة العقد لا على مستوى الطوارئ أو التغيرات التكنولوجية ولا على صعيد الشروط الاقتصادية.<sup>3</sup>

### ثانيا: السعر القابل للمراجعة

أ . تعريف السعر القابل للمراجعة: لا يمكن أن يكون السعر قابلا للمراجعة الا إذا كان محل الاتفاق يدرج كبنء في بيانات الصفقة، وتتضمن بشكل صريح أي أن السعر قابل للتغيير أو التبدل.

غيرانه عندما يكون السعر قابل للمراجعة فانه لا يمكن العمل بسند مراجعة الأسعار في الحالات الآتية:

. في الفترة التي تغطيها صلاحية العروض.

. في الفترة التي يغطيها بند تحيين الأسعار عند الاقتضاء.

. أكثر من مرة واحدة كل 03 أشهر.

لا يمكن العمل ببند مراجعة الأسعار إلا بعنوان خدمات المنفذة فعلا دون سواها، حسب شروط الصفقة والصفقات التي لا يمكن أن تتضمن صيغا لمراجعة الأسعار.<sup>4</sup>

<sup>1</sup>- انظر المادة 97 من المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247، المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق، ص 24.

<sup>2</sup>- طبي إبراهيم، الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص دولة ومؤسسات، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2014 - 2015، ص 18.

<sup>3</sup>-Mohamed sabri, Aoudia khaled, Lallam Mohamed Guide de gestion, des marchés publics, Edition de sahel Algérie, 2000, p 70

<sup>4</sup>- عباد صوفيا، المركز القانوني للمتعاقل المتعاقل في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة تخرج قدمت لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون اداري، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، 2011، ص 23.

## ب . صيغة المراجعة

إذا كان السعر قابل للمراجعة فهو محل إتفاق يدرج كبنء في بيانات الصفقة وقد حددت المادة 102 من المرسوم الرئاسي 247.15 على أنه: «يجب أن نراعي في صيغ مراجعة الأسعار الأهمية المتعلقة بطبيعة كل خدمة في الصفقة من خلال تطبيق معاملات وأرقام إستدلالية تخص (المواد) و(الأجور) و(العتاد).

تتمثل المعاملات التي يجب مراعاتها في صيغ مراجعة الأسعار فيما يأتي:

. المعاملات المحددة مسبقا والواردة في الوثائق المتعلقة بإستشارة المؤسسات بإستثناء الحالات المبررة كما ينبغي.

. المعاملات المحدد بإتفاق مشترك بين الأطراف المتعاقدة عندما يتعلق الأمر بصفقة عمومية مبرمة حسب إجراء تراضي البسيط.

. ويشترط قانون الصفقات العمومية أن تشمل صيغ مراجعة الأسعار على ما يأتي:

. جزء ثابت لا يمكن أن يقل عن النسبة المنصوص عليها في العقد فيما يخص التسبيق الجزائي ومهما يكن من أمر لا يمكن أن يقل هذا الجزء عن 15%، أي أن المتعامل المتعاقد قد يتحمل جزء من الأعباء إثر حدوث تغييرات وظروف طارئة اثناء تنفيذ الصفقة.

. حد إستقرار التغير في الأجور قدره 5%.

. أي أن المصلحة المتعاقدة لا تأخذ على عاتقها كل المتغيرات الحاصلة في الأجور وهو ما يعرف بحد إستقرار التغير أي أنها معفاة من تلك النسبة.

-الأرقام الإستدلالية "الأجور" "المواد" المطبقة ومعامل التكاليف الإجماعية».<sup>1</sup>

## ج - تاريخ سريان المراجعة

إن نقطة إنطلاق تطبيق بند المراجعة محدد ضمن المادة 103 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15 حيث يتضمن النقاط الآتية: «...تطبق المصالح المتعاقدة هذه الأرقام الاستدلالية ابتداءً من تاريخ التصديق والموافقة عليها بقرار من الوزير المكلف بالسكن بالنسبة لقطاع البناء والأشغال العمومية والري».<sup>2</sup>

<sup>1</sup>- انظر المادة 102، المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247، المتضمن قانون الصفقات وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق، ص 25.

<sup>2</sup>- انظر المادة 103، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

أما بالنسبة للأرقام الإستدلالية الأخرى، تطبق المصالح المتعاقدة الأرقام الإستدلالية التي تعدها الهيئات المخولة من تاريخ التصديق والموافقة عليها بقرار من الوزير الذي تتبعه الهيئة المعنية»<sup>1</sup>. إن معظم الصفقات العمومية التي تبرمها المصالح المتعاقدة تنص على أن الأسعار تكون مغلقة وغير قابل للتحيين ولا للمراجعة، وهو ما يمثل تعسفا من جانبها إتجاه المتعامل المتعاقد وهو ما يقلص الضمانات المقررة له أي إختلال التوازن المالي بين الأطراف.

## الفرع الثاني: تحيين الأسعار

### أولاً: مضمون التحيين

يعد التحيين آلية تستعمل لإعادة التقييم والنظر في الأسعار المتفق عليها في إنجاز الصفقة العمومية، والتي تؤثر سلبا على الأسعار المتفق عليها في إنجاز الصفقة العمومية، والتي عادة ما تكون من جراء الظروف الاقتصادية التي تؤثر سلبا على الأسعار.

وهذا ما تم النص عليه في المرسوم الرئاسي 247.15 والذي وضحته مادته 98 على: «يمكن قبول تحيين الأسعار التي يحدد مبلغها طبقا للمادة 100 من هذا المرسوم، إذا كان يفصل بين التاريخ المحدد للإيداع العروض وتاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة، أجل يفوق مدة تحضير العرض زائد مدته (03) أشهر، وكذلك إذا تطلبت الظروف الاقتصادية ذلك...»<sup>2</sup>.

نلاحظ من خلال نص المادة أن التحيين يمس مراجعة السعر الابتدائي الذي يحدد مبلغه، إما بطريقة إجمالية أو جزافية أو باتفاق مشترك، وتحدد آجاله بمدة تحضير العرض زائد ثلاثة (03) أشهر فالمدة محصورة بين التاريخ المحدد للإيداع العرض ثلاثة 03 أشهر وتاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة.

### ثانياً: عناصر تطبيق التحيين

من أجل تطبيق آلية التحيين وجب توفر ثلاثة عناصر أساسية متمثلة في مدة صلاحية العرض، وتاريخ إيداع العرض محددًا، وتاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة وهذا ما سنبينه كما يلي:

<sup>1</sup>- انظر المادة 103، المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247، المتضمن قانون الصفقات وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق، ص 25.

<sup>2</sup>- انظر المادة 98، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

أ. مدة صلاحية العروض: إن تحديد مدة صلاحية العروض هو من إختصاص المصلحة المتعاقدة ولم ينص القانون على تلك المدة حيث أعطى للمصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية واسعة في تحديده، وهو ما نصت عليه المادة 62 من المرسوم 247.15 على أنه: «يجب أن يحتوى إعلان طالب العروض على البيانات الإلزامية الآتية: ...مدة صلاحية العروض...»<sup>1</sup>.

غير أن المصلحة المتعاقدة ملزمة بتبنيه من خلال الإعلان عليه للمتعاملين المتعاقدين.

ب. التاريخ المحدد لإيداع العروض: طبقاً للفقرة 03 من نص المادة 66 من م ر 247.15 على أن: «...تحدد المصلحة المتعاقدة تحضير العروض، بالإستناد إلى تاريخ أول نشر للإعلان المنافسة، في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة أو بوابة الصفقات العمومية، ويدرج تاريخ وآخر ساعة للإيداع العروض، وتاريخ وساعة فتح الأظرف، في دفتر الشروط قبل تسليمه للمتعهدين...»<sup>2</sup>.

وبالرجوع إلى محتوى هذه الفقرة نجد أن تاريخ المحدد لإيداع العروض متروك للسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة.

ج. تاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة: لا يكون تاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة معروفاً عند إبرام الصفقة، إذ يتم تحديده من طرف المصلحة المتعاقدة لاحقاً، ويحدد مبلغ التحيين بتطبيق صيغة المراجعة الأسعار، وهو ما نصت عليه المادة 100 من المرسوم الرئاسي 247.15 في

<sup>1</sup>- المادة 62، المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247، المتضمن قانون الصفقات وتفويضات المرفق العام، تنص على «يجب ان

يحتوي اعلان طالب العروض على البيانات الإلزامية الآتية:

. تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي،

. كيفية طلب العروض،

. شروط التأهيل او الانتقاء الاولي،

. موضوع العملية،

. قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة الى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة ومكان إيداع العروض

. مدة صلاحية العروض

. الزامية كفالة التعهد، إذا اقتضى الأمر،

. تقديم العروض في ظرف مغلق بإحكام، تكتب فيه عبارة "لا يفتح الا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض"

. ثمن الوثائق، عند الاقتضاء.»، المرجع السابق، ص 15.

<sup>2</sup>- انظر المادة 66، المرسوم الرئاسي 247.15، المرجع نفسه، ص 16.

الفقرة الثالثة: «...الفترة تتراوح بين تاريخ آخر أجل لصلاحية العرض وتاريخ تبليغ الأمر بالشروع في الخدمات التعاقدية...»<sup>1</sup>.

### ثالثاً: الطابع التعاقدى لبند التحيين

كرست المادة 100 من قانون الصفقات العمومية الطابع التعاقدى لتحيين السعر، والتي تنص على: «إذا ورد في الصفقة بند ينص على تحيين الأسعار، فإن هذا البند يتوقف على الشروط الآتية:

. يحدد مبلغ التحيين بتطبيق صيغة مراجعة الأسعار دون الجزء الثابت، التي ينبغي أن تستعمل كمرجع، بإستثناء الحالات المبررة كما ينبغي، حتى وإن كانت الأسعار غير قابلة للمراجعة، . لا يمكن تطبيق تحيين الأسعار إلا على الفترة التي تتراوح بين تاريخ آخر أجل لصلاحية العرض وتاريخ تبليغ الأمر بالشروع في الخدمات التعاقدية.

الأرقام الإستدلالية القاعدية (10) التي يجب مراعاتها هي أرقام شهر نهاية صلاحية العرض غير أنه، يمكن السماح بتحيين الأسعار في حالة التأخير في بداية تنفيذ الصفقة إذا لم يتسبب في ذلك المتعامل المتعاقد.

وتطبق هذه الأحكام كذلك على الصفقات العمومية المبرمة بأسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة»<sup>2</sup>. من خلال نص المادة نستطيع القول أنه إذا ورد بند ينص على تحيين الأسعار فهو متوقف على الشروط المذكورة في نفس المادة، بالإضافة إلى شروط أخرى أدرجت ضمن المواد السابقة 99.98 المتعلقة بنفس الموضوع، مثل شرط الأجل، مبلغ الصفقة، والظروف الاقتصادية التي تؤدي إلى ذلك... الخ، و في حالة عدم إدراج بند التحيين في الصفقة فإن طرفي العقد قد تم الإتفاق بينهما على سعر ثابت ولا يمكن تحيين الأسعار، إلا في حالة التأخير في بداية تنفيذ الصفقة إذا لم يتسبب في ذلك المتعامل المتعاقد، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من نفس المادة.

نلاحظ من خلال جملة النقاط التي تم شرحها في مجال تحيين الأسعار، على أن المصلحة المتعاقدة تفضل التعامل بالسعر الثابت دون اللجوء إلى التحيين والمراجعة، وهو ما يحافظ على المال العام.

<sup>1</sup>- انظر الفقرة 03 من المادة 100، المرسوم الرئاسي 15.247، المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق، ص 25.

<sup>2</sup>- انظر المادة 100، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

أن هذا الطريق من شأنه أن ينعكس سلبا على الطرفين خاصة المتعامل المتعاقد، لأنه ينشط وفق ظروف إقتصادية غير ثابتة مما يهدد توازن العلاقة بين الطرفين.

### المطلب الثالث: سلطة المصلحة المتعاقدة في استعمال الملحق لضمان التوازن المالي

#### للصفقة العمومية

تلجأ المصلحة المتعاقدة الى أن تعدل العقد بإرادتها المنفردة، حيث خولت العقود الإدارية جهة الإدارة سلطات إستثنائية بتطبيقها لقواعد غير مألوفة في عقود القانون الخاص، وسلطة التعديل هي سلطة خطيرة مقارنة بسلطة الإشراف والرقابة، ومن بين الآليات التي تعهد للمصلحة المتعاقدة في ذلك، هي آلية الملحق والتي خصص له القسم الخامس من الفصل الرابع من المرسوم الرئاسي 15. 247 في المواد 135 الى 139، حيث نص في المادة 135 على أنه: «يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ الى إبرام ملاحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم».<sup>1</sup>

الأمر الذي يقودنا إلى توضيح آلية الملحق من خلال تعريفه (الفرع الأول)، وتمييزه عن الصفقة (الفرع الثاني) ثم شروط إبرامه (الفرع الثالث)، وأنواعه (الفرع الرابع).

#### الفرع الأول: تعريف ملحق الصفقة العمومية

أولا: لغة: هو الزائد، فنقول ألحق يلحق إلحاقاً، فهو ملحق وجمعه ملحقون أو ملاحق.

فنقول ما يلحق بالصفقة العمومية إضافة أو زيادة قبل الإنتهاء منها.<sup>2</sup>

#### ثانيا: تعريف الملحق في مجال الصفقات العمومية

الملحق لم يعرف في النصوص الفقهية والإجتهادات القضائية ولم يتم وضع تعريف له إلا من خلال قانون الصفقات العمومية، وإن كل القوانين والتطبيقات المتعلقة بالصفقات العمومية في الجزائر تعرضت لتعريف الملحق ابتداء من المرسوم 82. 145، وقد أجمعت تقريبا كلها على تعريف موحد للملحق في الصفقة العمومية،<sup>3</sup> وهذا ما سنبينه من خلال إعطاء بعض التعريفات التي وردت في بعض من المراسيم السابقة لقانون الصفقات العمومية الى غاية صدور المرسوم الرئاسي 15 - 247.

<sup>1</sup>- انظر المادة 135، المرسوم الرئاسي 15 - 247، المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق، ص 30.

<sup>2</sup>- بوسعيد محمود ويلمير عدنان، الإطار القانوني لملحق الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون اداري، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة احمد دراية أدرار، 2018 - 2019، ص 8.

<sup>3</sup>- حيمر شعيب، النظام القانوني لملحق الصفقة العمومية مذكرة قدمت لنيل شهادة الماستر، تخصص دولة ومؤسسات عمومية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2015 - 2016، ص 10.

أ. تعريف الملحق في ظل المرسوم رقم 82 - 145: ورد تعريف الملحق في هذا المرسوم من خلال نص المادة 93 والتي نصت على: «يمثل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، هدفها زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل شرط أو عدة شروط تعاقدية في الصفقة الأصلية...»<sup>1</sup>.

ب. تعريف الملحق في ظل المرسوم رقم 91 - 434: أتت المادة 89 من هذا المرسوم على بعض التغيير على تعريف الملحق، حيث نصت على أنه: «يمثل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة الأصلية...»<sup>2</sup>.

ج. تعريف الملحق في ظل المرسوم الرئاسي 02 - 250: حيث جاء تعريف الملحق في الفقرة الأولى من نص المادة 90 منه، والتي أتت مطابقة لتعريف السابق مع تغيير كلمة (يمثل) الملحق بكلمة (يشكل) الملحق.<sup>3</sup>

د. تعريف الملحق في ظل المرسوم الرئاسي 10 - 236: طابق تعريف الملحق في هذا المرسوم الذي ورد في الفقرة الأولى من نص المادة 103 التعريف السابق مع إزالة كلمة (الأصلية) في آخر الفقرة الأولى.<sup>(4)</sup>

هـ. تعريف الملحق في ظل المرسوم الرئاسي 15 - 247: وجاء المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247 في الفقرة الأولى من مادته 136 المعدل والمتم للمرسوم 10. 236، والتي إحتفظت بنفس التعريف الوارد في التنظيمات السابقة.

حيث جاء تعريف الملحق في المرسوم الرئاسي رقم 15. 247 على أنه:

«الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة...»<sup>5</sup>.

من خلال التعريف نلاحظ أن الدافع الرئيسي من إبرام الملحق هو التعديل في الإلتزامات التعاقدية، والذي يحتمل الزيادة أو النقصان أو إضافة أعمال جديدة شريطة أن تكون لها إتصال بموضوع الصفقة.

1- انظر المادة 93، المرسوم 82 - 145، المتضمن تنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، المرجع السابق، ص 75.

2- انظر المادة 89، المرسوم التنفيذي 91 - 434، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 2221.

3- انظر المادة 90، المرسوم الرئاسي 02 - 250، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 14.

4- انظر المادة 103، المرسوم التنفيذي 10 - 236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 22.

5- انظر المادة 136، المرسوم الرئاسي 15 - 247، المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق، ص 30.

## الفرع الثاني: تمييز الملحق عن الصفقة

يمكن تمييز الملحق عن الصفقة من خلال عدة معايير بدءاً من طريقة الإبرام، ومن حيث الشكل، والغاية، فالرقابة على كليهما:

أولاً: من حيث الشكل

الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة، فالطبيعة القانونية للصفقة العمومية هي عقد اداري مكتوب وفق أوضاع شكلية يقررها القانون، في مفهوم التشريع المعمول به. اما الملحق هو وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، فالملحق لا يمثل عقد جديد وإنما وثيقة مكتوبة تابع للصفقة ومتصل بالموضوع الأصلي.<sup>1</sup>

ثانياً: من حيث الإبرام

تبرم الصفقة وفق مجموعة إجراءات معقدة في حين الملحق هو وثيقة صادرة عن المصلحة المتعاقدة نتيجة تعديل الصفقة والتي لها صلة بالموضوع الأصلي.

ثالثاً: من حيث الغاية

الغرض الأساسي من إبرام الصفقة هو الإشغال أو اقتناء اللوازم أو الخدمات أو الدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة أما الهدف من إبرام الملحق هو زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود من الصفقة.<sup>2</sup>

رابعاً: من حيث الرقابة

تخضع الصفقة العمومية الى رقابة داخلية حسب ما جاء في الفقرة الاولى من نص المادة 159 من المرسوم 15 - 247،<sup>3</sup> وإلى رقابة خارجية حسب المادة 163 من نفس المرسوم،<sup>4</sup> وكذلك الى رقابة وصاعية كما جاءت في الفقرة الأولى من نص المادة 164 من المرسوم السابق الذكر.<sup>5</sup>

<sup>1</sup>- بوعبد الله نورالدين، سلطة تعديل الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15. 247، مذكر تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون اداري، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، 2017- 2018، ص 10.

<sup>2</sup>- حيمر شعيب، المرجع السابق، ص ص 12. 13.

<sup>3</sup>- انظر المادة 159، المرسوم الرئاسي 15 - 247، المتضمن قانون الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، المرجع السابق، ص 36.

<sup>4</sup>- انظر المادة 163، المرجع نفسه، ص 36.

<sup>5</sup>- انظر المادة 164، المرجع نفسه، ص 64.

في حين أن الملحق لا يخضع للرقابة المخصصة للصفقة العمومية وجاء ذلك في نص المادة 139 من المرسوم الرئاسي 247.15،<sup>1</sup> إذا لم يتجاوز المبلغ الإجمالي للملحق بالزيادة أو النقصان بنسبة 10% بالمئة من المبلغ الأصلي للصفقة، وإستثناءً يخضع للرقابة الخارجية إذا تضمنت خدمات تكميلية تجاوزت مبالغ النسبة المحددة.

### الفرع الثالث: شروط إبرام ملحق الصفقة العمومية

حتى تتم عملية إبرام الملحق لابد من توفر مجموعة من الشروط التالية:

#### أولاً: ان يكون هناك التزام تعاقدي جديد

يجب أن يصدر الملحق في صيغة كتابية ومصادق عليه من طرف السلطة المختصة.<sup>2</sup>

#### ثانياً: خضوع الملحق للشروط الاقتصادية للصفقة

يخضع الملحق للشروط الاقتصادية الأساسية للصفقة، وفي حالة تعذرا الاخذ بالأسعار التعاقدية المحددة في الصفقة بالنسبة للخدمات التكميلية الواردة في الملحق، فإنه يمكن أن تحدد أسعار جديدة عند الاقتضاء.<sup>3</sup>

#### ثالثاً: إبرام الملحق في الأجال التعاقدية

لقد حددت المادة 138 من المرسوم 247-15 ذلك، يمكن استخلاص الحالات المتعلقة بتلك الأجال التعاقدية كالآتي:

- أ. عندما يكون الملحق في مفهوم المادة 136 من المرسوم 247-15 عديم الاثار المالية ويتعلق بإدخال بند أو تبديل بند تعاقدي أو أكثر على البنود المتعلقة بآجال التنفيذ.
- ب. إذا ترتبت على أسباب استثنائية وغير متوقعة وخارجة عن إرادة الطرفين إختلال التوازن الاقتصادي للعقد إختلالاً معتبراً وأودى إلى تأخير الأجل التعاقدية الأصلي.<sup>4</sup>

<sup>1</sup>- انظر المادة 139، المرجع نفسه، ص 31.

<sup>2</sup>- مختار كامل، إبرام الصفقات العمومية ونظام مراقبتها في الجزائر، مذكرة قدمت لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية والتسيير، جامعة الجزائر، 2007. 2008، ص 113.

<sup>3</sup>- انظر المادة 131، المرسوم الرئاسي 15 - 247، المتضمن قانون الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، المرجع السابق، ص 30.

<sup>4</sup>- انظر المادة 138، المرسوم الرئاسي 15 - 247، المتضمن قانون الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، المرجع السابق، ص 31.

ج . إذا أبرم الملحق بصورة استثنائية بغرض الاقفال النهائي للصفقة، خاصة إذا كان يهدف الى تجنب الدعاوى القضائية المُضرة لمواصلة تنفيذ الخدمات موضوع الصفقة.

### الفرع الرابع: أنواع ملاحق الصفقة العمومية

يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة ويبرم إذا كان هدفه زيادة او تقليل الخدمات أو تعديل بند من البنود التعاقدية للصفقة غير أنه يأخذ مجموعة أشكال منها:

#### أولاً: ملحق التعديل

هو عمل مشروع من المصلحة المتعاقدة التي أبرمت الصفقة فهو إجراء ذو صبغة قانونية، ويأخذ التعديل شكلين، التعديل بالنقصان أو بالزيادة، ولإبرامه لابد من توفر شرطين:

. ألا تكون هذه الاشغال التكميلية عبارة عن حصة مستقلة يمكن طرحها للمنافسة عملاً بمبدأ تكافؤ الفرص.

. أن هذه الاشغال ضرورية لإكمال المشروع، ولا يمكن إنجازها إلا من طرف المقاول الحائز على الصفقة.<sup>1</sup>

إذا توفرت الشروط وجب على المتعامل المتعاقد أن يطلب من الجهة الإدارية تحضير جدول به المواد المضافة من أجل مناقشة الأسعار، حيث لا تزيد 10% من مبلغ الصفقة الاصلية، وهو ما جاء في الفقرة الخامسة من نص المادة 136 من المرسوم الرئاسي 15-247 «...ولا يمكن أن تتجاوز مدة الملحق 03 أشهر والكميات بالزيادة بنسبة 10%...»<sup>2</sup>.

#### ثانياً: ملحق المدة

نصت عليه المادة 103 وكذا المادة 106 من المرسوم 15/247 والتي جاء فيها أن إمكانية التعديل تمس بند أو عدة بنود تخص أجال التنفيذ على أن يكون الملحق مبرراً بزيادة حجم الاشغال الجديدة وعادة ما يكون هذا التعديل متعلق بسبب غير متوقع، كحالة الاضطراب الجوي (موج - امطار...)<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>- بوسعيد محمود ويلمير عدنان، المرجع السابق، ص 18.

<sup>2</sup>- انظر المادة 136 من المرسوم الرئاسي 15 - 247، المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق، ص 31.

<sup>3</sup>- انظر المادة 103 والمادة 106، المرجع نفسه، ص ص 25 - 26.

ثالثا: ملحق التغيير

يعد الوصول إلى هذا الملحق ضروري وحتمي للحالات الخارجة عن نطاق المتعاقدين، ومهما يكن فإن هذا التغيير في مبدئه لا يمس بجوهر الصفقة ولا يكون له أثر مالي، وهو ما أكدته مراسلة قسم الصفقات العمومية رقم 442 المؤرخة في 2015/03/30، فمواطن ابرام هذا الملحق تنصب على تغيير "الأطراف المتعاقدة"، أو تغيير "اسم العملية" أو تغيير "رقم الحساب البنكي".<sup>1</sup>

رابعا: ملحق الاقفال النهائي

هذا النوع من الملاحق يسمح بإقفال وقفل بصفة نهائية الخدمات المنفذة فعلا في الصفقة، وهذا الملحق مشروع بقرار الوضعية المالية للبرنامج، وهو ما يبرر إبرامه خارج الآجال التعاقدية واللجوء الي هذا النوع من الملاحق استثنائي ويجب أن يكون مبررا بعناية ومن مبررات ذلك:

. التخلي عن المشروع بقرار من الإدارة.

. حالة التسوية الودية للنزاع.

. حالة القوة القاهرة.<sup>2</sup>

وتجدر الإشارة ان اقفال الصفقة يمكن ان يعتمد إلى حد كبير على التسيير المالي للصفقة لبلوغ امكانييتين:

. اقفال الصفقة لبلوغ الهدف منها.

. اقفال الصفقة بعد فشلها.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>- بوسعيد محمود ويلمير عدنان، المرجع السابق، ص 21.

<sup>2</sup>- حيمر شعيب، المرجع السابق، ص ص 17 - 18.

<sup>3</sup>- بوعبد الله نور الدين، المرجع السابق، ص 21.

## المبحث الثاني: الأسس المعتمدة في ضمان التوازن المالي للصفقة العمومية:

قد ينجم عن تنفيذ الصفقة العمومية وقائع وأحداث، من شأنها إرهاب المتعامل المتعاقد وتؤثر على مركزه المالي، وهو ما يعطيه حق المطالبة بإعادة التوازن المالي حتى لا يتحمل العبء الذي لم يكن موجود وقت إبرام الصفقة، فالاعتراف له بهذا الحق يجعله في مركز من خلاله يستطيع تنفيذ التزاماته.

يرى الدكتور سليمان محمد الطماوي أن التوازن المالي للصفقة لا يعني الجمود الحسابي بين الحقوق والالتزامات، وإنما يقصد به مرونة التزامات المتعاقد تقتضي حقوقه في مواجهة الإدارة، أي الاحتفاظ بنفس نسبة الالتزامات الى حقوق وقت إبرام العقد بطريقة تقريبية، أو ما يعبر عنه بالتعادل الشريف.<sup>1</sup>

لذلك يجب توفر أسس للارتكاز عليها من طرف المتعامل المتعاقد كي يضمن حقه من جانب، ويحافظ على التوازن المالي للعقد المبرم (الصفقة)، وعليه تم تقسيم هذا المبحث إلى مطالب ثلاث نعالج فيها الأساس القانوني (المطلب الأول)، الأساس القضائي (المطلب الثاني)، ثم الأساس الفقهي في (المطلب الثالث).

### المطلب الأول: الأساس القانوني لضمان التوازن المالي للصفقة العمومية:

يجدر بنا الإشارة الى ان مبدأ التوازن المالي بصفة عامة طبقه المشرع الجزائري في العديد من العقود، نذكر من ذلك عقد الامتياز المتعلق بالمرافق العامة المحلية، فموجب التعليمات الوزارية الصادرة عن وزير الداخلية 842/394 الصادرة بتاريخ 1994/12/07، حيث أن صاحب الامتياز له حق قبض المقابل المتفق عليه من المنتفعين والحصول على المزايا المتفق عليها من الإدارة.

كما أن السلطة المانحة الإمتياز تعمل على ضمان التوازن المالي للمشروع، إذ ذكرت التعليمات «...لما كانت الإدارة مانحة الإمتياز أن تتدخل كما سبقت الإشارة إليه، وتعديل قوائم الأسعار وقواعد وتشغيل وتسيير المرفق العام محل الإمتياز، فإنه ليس من العدل في حالة حدوث أضرار مالية أن يقوم الملتزم بتحملها، وعليه فإن المسلم به أن كل إخلال من طرف الإدارة المانحة للإمتياز بالتوازن المالي للعقد، يجب عليها أن تتحمله...، إن حقوق الملتزم في هذه الحالة مرتبطة بضمان سير المرفق العام موضوع الامتياز بانتظام وإطراد، بحيث من واجبه أن يستمر

1- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 587.

في أداء الخدمات وإشباع الحاجات العامة للمنتفعين دون توقف، ولا يعفيه من هذا الالتزام إلا القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ...»<sup>1</sup>.

أما في مجال الصفقات العمومية سنتطرق إلى الأساس القانوني لمبدأ التوازن المالي في القوانين السابقة للصفقات العمومية (الفرع الأول)، والأساس القانوني لمبدأ التوازن المالي في المرسوم الرئاسي الجديد 15-247.

### الفرع الأول: الأساس القانوني لمبدأ التوازن المالي في القوانين السابقة للصفقات العمومية

أقر المشرع الجزائري لأول مرة في مجال الصفقات العمومية مبدأ التوازن المالي للصفقة العمومية في المرسوم رقم 82-145 المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي<sup>2</sup>، في مادته 104 والتي تنص على أنه: «تسوى الخلافات التي تطرأ إبان تنفيذ الصفقة، في إطار الأحكام الشريعة والتنظيمية الجاري بها العمل.

يجب على المتعامل العمومي على أية حال ودون المساس بتطبيق هذه الأحكام، أن يبحث عن حل ودي للخلافات التي تطرأ إبان تنفيذ صفقاته كلما سمح هذا الحل بما يأتي:

. إيجاد توازن للتكاليف المترتبة على كل واحد من الطرفين...»<sup>3</sup>.

وهذا كما ورد في نص المادة 99 من المرسوم التنفيذي 91 - 434<sup>4</sup>، وكذلك في المرسوم الرئاسي رقم 02 - 250 في مادته 102<sup>5</sup>، والمرسوم رقم 10 - 236 من خلال المادة 115 منه<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>- راضية بن مبارك، التعليق على التعليمات 394 - 842، المتعلقة بامتيازات المرافق العمومية المحلية وتأخيرها، مذكرة قدمت لنيل شهادة ماجستير، قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001 - 2002، ص 8.

<sup>2</sup>- ابن خليفة سميرة، "الملحق وعامل التوازن الاقتصادي للصفقة العمومية في القانون الجزائري"، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 9، العدد 2، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة طاهري محمد بشار، 2016، ص 196.

<sup>3</sup>- انظر المادة 104 من المرسوم رقم 82 - 145، المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، المرجع السابق، ص 752.

<sup>4</sup>- انظر المادة 99 من المرسوم التنفيذي رقم 91 - 434، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 2222.

<sup>5</sup>- انظر المادة 102 من المرسوم الرئاسي 02 - 250، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 17.

<sup>6</sup>- انظر المادة 115 من المرسوم الرئاسي 10 - 236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 25.

## الفرع الثاني: الأساس القانوني لمبدأ التوازن المالي في المرسوم الرئاسي الجديد رقم 15.247

كما أقر المشرع الجزائري مبدأ التوازن المالي للصفقة من خلال إصدار المرسوم الرئاسي الجديد رقم 15.247 وظهر ذلك جليا من نص المادة 153 منه والتي نصت على: «تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الاحكام الشرعية والتنظيمية المعمول بها.

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

إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين...»<sup>1</sup>

بالرجوع الى المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247 في الفقرة 9 نجد ان المشرع لا يقصد فقط عدم اختلال التوازن بين الواجبات والحقوق من الناحية الاقتصادية ولكن عدم الخروج عن التوازن المالي الأصلي للصفقة العمومية الذي كان عند الابرام.<sup>2</sup>

بعد المبلغ المالي المتفق عليه بين طرفي العقد من الشروط الأساسية في تقييم المنافسين، والذي من خلاله تمنح الصفقة العمومية، غير أن وقوع احداث خارجة عن نطاق الطرفين قد تؤدي الى إرهاب وحتى افلاس المتعاقد، لذا نص المشرع على إعفاء المتعامل من العقوبات المالية اذا لم يكن هو المتسبب فيها، وهذا ما نصت عليه المادة 147 من المرسوم الرئاسي 247.15 «... يعود القرار بالإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التأخير الى مسؤولية المصلحة المتعاقدة ويطبق هذا الاعفاء عندما لا يكون التأخير قد تسبب فيه المتعامل المتعاقد الذي تسلم له في هذه الحالة أوامر بتوقيف الاشغال او باستئنافها.

وفي حالة القوة القاهرة، تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف واستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة.

<sup>1</sup>- انظر المادة 153، المرسوم الرئاسي 15 - 247، المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق، ص 34.

<sup>2</sup>- ابن خليفة سميرة، المرجع السابق، ص 197.

في كلتا الحالتين يترتب على الاعفاء من العقوبات المالية بسبب التأخير في تحرير شهادة إدارية<sup>1</sup>.

وفي الأخير نرى أن مبدأ التوازن المالي للصفقة في التشريع الجزائري وخاصة في مجال الصفقات العمومية، يجد أساسه من خلال جملة النصوص التي تم عرضها، حيث أقر اللجوء إلى الحل الودي كلما سمح ذلك لإيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل الطرفين، هذا يدل على نيته في المحافظة على هذا المبدأ، وهذا يعد بمثابة ضمان ودافع قوي لطرفي الصفقة من أجل التعاقد.

### المطلب الثاني: الأساس القضائي لضمان التوازن المالي للصفقة العمومية

على الرغم من قلة الأحكام والقرارات القضائية في مجال الصفقات العمومية والتي كرست مبدأ التوازن المالي للصفقة، فقد كان القضاء الفرنسي السباق في تكريسه، وعلى غرار ذلك حاذى حذوه القضاء الجزائري ليفصح عن موقفه اتجاه هذا المبدأ، وسنبين موقف القضاء الفرنسي من ضمان التوازن المالي للصفقة العمومية في (الفرع الأول)، أما موقف القضاء الجزائري من ضمان التوازن المالي للصفقة العمومية في (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: موقف القضاء الفرنسي

كان للقضاء الإداري الفرنسي ممثلاً في مجلس الدولة، السبق في تكريس مبدأ التوازن المالي وهذا من خلال القضية المشهورة، والتي عرفت بقضية الشركة الفرنسية العامة للعربات الكهربائية بتاريخ 11 مارس 1910<sup>2</sup>، حيث تتلخص وقائع هذه القضية في أن الشركة أبرمت عقد امتياز لاستغلال خطوط النقل بالعربات الكهربائية مع الدولة مع تحديد ساعات الخدمة وكذا عدد العربات الواجب توفيرها، وقد حدث وأن تزايد عدد السكان داخل المدينة مما أدى إلى عجز مرفق النقل الأمر الذي أدى بحاكم المقاطعة إلى إصدار قرار لما له من سلطة الحفاظ على الامن العام، فتدخل حاكم المقاطعة وأصدر قراره بتحديد ساعات الخدمة، مما لزم الشركة إلى زيادة عدد العربات الكهربائية من أجل اشباع حاجات الجمهور.

<sup>1</sup>- انظر المادة 147، المرسوم الرئاسي 15 - 247، المتضمن قانون الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، المرجع السابق، ص 31.

<sup>2</sup>- Long(M) weil(p), les grands arret 2le la jurisprudence admunestrative, paris dollez 12<sup>eme</sup> edition 1999, p 139.

غير أن هذا الوضع لم تستسغه الشركة مما دفعها الى اعتبار ان هذا القرار باطل وغير مشروع لمخالفته شروط العقد المبرم وطالبت بإلغائه أمام القضاء الإداري، لينتظر النزاع ويعرض أمام المجلس الدولة الفرنسي.

وقد أصدر مجلس الدولة حكم اعتبر بمثابة ميلاد لمبدأ التوازن المالي، حيث قضى بأن قرار الحاكم صدر في إطار السلطات المخولة له بالمقابل يحق للشركة المطالبة بإصلاح الخسارة التي لحقتها من زيادة الاستغلال.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: موقف القضاء الجزائري

قد ينجم عن تنفيذ الصفقة أحداث أو وقائع من شأنها إرهاب المتعامل المتعاقد، وهي خارجة عن إرادته لم تكن متوقعة اثناء إبرام الصفقة، والتي تزيد من أعباءه المالية، لذا يلجأ المتعامل إلى مبدأ الحفاظ على التوازن المالي بفرض مراعاة هذا الطارئ الجديد، والإعتراف له بحقوقه المالية تشجيعاً له على تنفيذ التزاماته.<sup>2</sup>

ويظهر موقف المشرع الجزائري من خلال فكرة المحافظة على التوازن المالي، في قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا المؤرخ في 11 ديسمبر 1964، حيث أبرمت بلدية فوكة عقد إمتياز مع المتعامل المتعاقد غاز وكهرباء الجزائر، والذي ينصب موضوع القضية على توصيل أعمدة كهربائية، إلا أن المصلحة المتعاقدة المتمثلة في البلدية، اتخذت قرار يتعلق ببناء مدرسة في المسار المحدد لمد الأعمدة والخطوط الكهربائية، هذا ما أدى بالمتعامل المتعاقد إلى تغيير مساره، ووجهة الأعمدة مما ترتب عليه تحمل أعباء مالية إضافية من أجل تنفيذ الصفقة، الأمر الذي أدى به للجوء إلى القضاء الإداري المتمثل في الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بالجزائر لإستقاء حقه.

لقد ذهبت المحكمة إلى الأخذ مبدأ التوازن المالي للعقد المبرم، حيث ذكرت في حيثيات الحكم «... ونظراً أن المدرسة لم يكن بناؤها متوقعا حين التعاقد، تعتبر عملاً جديداً ويرتّب نفقات تخل

<sup>1</sup>- عباد صوفيا، المرجع السابق، ص 55.

<sup>2</sup>- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 166.

بتوازن العقد حتى ولو كانت لا تؤثر جذريا على إقتصادياته فإنه على الإدارة تعويض الشركة الملتزمة»<sup>1</sup>.

من خلال هذا الحكم نخلص إلى أن مبدأ ضمان التوازن المالي في الصفقات العمومية مكفول قضائيا.

### المطلب الثالث: الأساس الفقهي للضمان التوازن المالي للصفقة العمومية:

قد تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى زيادة الإلتزامات عن طريق آلية التعديل، والتي يكون الهدف منها تحقيق المصلحة العامة وسير المرفق العام بانتظام وإطراد، الأمر الذي يزيد الأعباء على المتعامل المتعاقد ويهرق كاهل من ذلك يؤثر على التوازن المالي للصفقة وقد برزت مجموعة من النظريات تعالج هذه الفكرة يمكن دراستها على فروع ثلاث: نظرية فعل الأمر (الفرع الأول)، نظرية الظروف الطارئة (الفرع الثاني)، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة (الفرع الثالث).

#### الفرع الأول: نظرية فعل الأمير (المخاطر الإدارية)

إن فكرة فعل الأمير مرتبطة بالقانون الإداري ارتباطا وثيقا فضلا عن ذلك فهي فكرة معقدة لذلك سعى كل من الفقه والقضاء لوضع تعريفا لها.

#### أولاً: تعريف النظرية

أ. فقهيًا: يعرفها الدكتور سليمان محمد الطماوي بأنه عمل يصدر عن سلطة عامة دون خطأ يلحق ضررًا بالمتعاقد في عقد إداري، ويؤدي نتيجة لذلك إلتزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك.<sup>2</sup>

يعرفها الدكتور عمار بوضياف على أنها: جميع الاعمال الإدارية المشروعة الصادرة عن السلطة الإدارية المتعاقدة، وتؤدي إلى الإضرار بالمركز المالي للمتعامل المتعاقد، وهذه النظرية من منشأ القضاء الفرنسي.<sup>3</sup>

أما الدكتور عمار عوابدي فيعرفها على أنها: تلك الاعمال والإجراءات الإدارية المشروعة التي تتخذها وتصدرها السلطة الإدارية المتعاقدة، ويكون من شأنها زيادة الأعباء المالية بالنسبة للطرف

<sup>1</sup> - حكم صادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة، في قضية بلدية فوكا ضد الشركة الجزائرية للكهرباء والغاز، بتاريخ 11 ديسمبر 1964، المنشور في المجلة القضائية.

<sup>2</sup> - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 598.

<sup>3</sup> - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 167.

المتعاقد مع الإدارة، أو زيادة الامتيازات المنصوص عليها في العقد الأمر الذي يشكل مخاطر إدارية استثنائية وغير عادية.<sup>1</sup>

من خلال التعاريف السابقة نلاحظ أن الفقهاء عبروا عن هذه النظرية بمفهوم واسع، فجعلوا كل تدخل من أي سلطة عامة في الدولة من شأنها أن تؤثر في أوضاع تنفيذ العقد، وتسبب أضرار للمتعاقد المتعاقد.

ب. قضائياً: برغم من حداثة القضاء الجزائري مقارنة بالقضاء الفرنسي فقد انتهج طريقا واضحا جعل بين فعل الأمير سببا في الاخلال بالتوازن المالي للصفقة، وقد ظهر من خلال الحكم الصادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بتاريخ 11 ديسمبر 1964،<sup>2</sup> في قضية بلدية فوكا وشركة كهرباء وغاز الجزائر، الذي ينص على توصيل الأعمدة الكهربائية، إلا أن المصلحة المتعاقدة اتخذت قرار يتعلق ببناء مدرسة في المسار المحدد لمد الأعمدة والخطوط الكهربائية، الأمر الذي أدى بالمتعاقد المتعاقد من تغيير مسار وجهة الأعمدة، الأمر الذي أدى به الى تحمل أعباء مالية إضافية من اجل تنفيذ موضوع الصفقة، لكن عندما طالب بالتعويض رفضت المصلحة المتعاقدة ككل فلجأ الى القضاء ممثلا في الغرفة الإدارية بمجلس قضاء الجزائر، الذي أقر أن عمل البلدية داخل في فعل الأمير نظرا لتوفر الشروط الآتية :

. تعلق موضوع النزاع بعقد صفقة عمومية.

. عدم توقع المتعاقد المتعاقد لقرار بناء المدرسة.

. اختلال التوازن المالي للصفقة بسبب قرار المصلحة المتعاقدة.<sup>3</sup>

ثانياً: شروط تطبيق نظرية فعل الأمير:

لتأسيس نظرية فعل الأمير وحتى يطالب المتعاقد المتعاقد بحقه في التوازن المالي وجب توفر مجموعة شروط نبينها كيميالي:

<sup>1</sup> - عمار عوابدي، القانون الإداري، (الجزء الثاني . النشاط الإداري)، د م ج، الجزائر، 2002، ص 223.

<sup>2</sup> - عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 389.

<sup>3</sup> - حكم صادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة، في قضية بلدية فوكا ضد الشركة الجزائرية للكهرباء والغاز، بتاريخ 11 ديسمبر 1964، المنشور في المجلة القضائية.

- أن يصدر العمل الذي تسبب في الخلل المالي للمتعاقل المتعاقل عن الإدارة المتعاقل نفسها، فإن صدر العمل والقرار عن جهة إدارية أخرى، فلا يمكن في هذه الحالة أعمال وتطبيق نظرية فعل الأمير.

فاذا مارست الإدارة حقها في تعديل العقد ونجم عن ذلك آثار مالية كان لازماً للمتعاقل المتعاقل المطالبة بإعادة التوازن المالي.<sup>1</sup>

- يجب أن يتعلق فعل الأمير بتنفيذ عقد إداري لا عقد من العقود الخاص حتى ولو كانت المصلحة المتعاقل طرفاً فيه.<sup>2</sup>

- يجب أن يؤدي هذا الاجراء أو العمل إلى إختلال التوازن المالي للصفقة العمومية اختلالاً كبيراً لا يدخل في دائرة الأمور العادية والمألوفة.<sup>3</sup>

- أن يكون العمل القانوني الصادر عن الإدارة المتعاقل مشروعاً غير مخالف للنظام العام فإن صدر العمل عنها وكان غير مشروع وجب للطرف الآخر اللجوء للقضاء.<sup>4</sup>

### ثالثاً: الآثار المترتبة عن تطبيق نظرية فعل الأمير

يترتب عن تطبيق نظرية المخاطر الإدارية، أثر هام يتمثل في التزام المصلحة المتعاقل بإعادة التوازن المالي، وذلك عن طريق تعويض المتعاقل المتعاقل عن الأضرار التي لحقت به من جراء ذلك العمل، ويكون التعويض كاملاً عن الربح أو الخسارة.<sup>5</sup>

وإلى جانب هذا الأثر الرئيسي هناك آثار فرعية أخرى تترتب على تطبيق هذه النظرية منها: حق المتعاقل المتعاقل بالمطالبة بعدم توقيع غرامات التأخير في التنفيذ إذا أثبت أنه فعل أمير، وأن لم يؤدي إلى استحالة التنفيذ فقد جعلته عسيراً.<sup>6</sup>

<sup>1</sup>- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 168.

<sup>2</sup>- سهام بن دعاس، المتعاقل المتعاقل في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة قدمت لنيل شهادة الماستر في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة عنابة، 2005، ص 103.

<sup>3</sup>- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 92.

<sup>4</sup>- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 169.

<sup>5</sup>- بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة قدمت لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون دولة ومؤسسات عمومية، كلية الحقوق، بن يوسف بن خدة الجزائر، ص

<sup>6</sup>- محمد خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة، عمان، ص 196.

تحرر المتعامل المتعاقد من الالتزام بالتنفيذ إذا ترتب عن فعل الأمير استحالة التنفيذ، ومثال ذلك صدور تشريع يحرم إستيراد سلعة لا يمكن الحصول عليها إلا من الخارج.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة

تعتبر نظرية الظروف الطارئة هي أيضا نظرية قضائية المنشأ، وهي من خلق مجلس الدولة الفرنسي، وهي تقوم على فكرة المخاطر الاقتصادية وهو ما يقودنا الى توضيح هذه النظرية من خلال تعريفها وبيان شروطها والآثار المترتبة عليها، بالإضافة الى أساسها القانوني في التشريع الجزائري.

#### أولاً: تعريف نظرية الظروف الطارئة

أ. التعريف الفقهي: يقصد بهذه النظرية قيام أو ظهور أحداث مفاجئة أثناء تنفيذ الصفقة لم تكن متوقعة عند إبرامها، كحدوث زلازل أو حروب... الخ، وهي تختلف عن النظرية فعل الأمير فهي تتعلق بالمخاطر الاقتصادية أما الثانية فهي مخاطر إدارية، ونظرية الظروف الطارئة ليس للمصلحة المتعاقدة أي دخل فيها أي في الحدث الذي وقع، وهو ما يؤسس المطالبة بالتعويض عن اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية.<sup>2</sup>

يفهم من هذه النظرية أن المبرر الأساسي لها هي ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد، وعدم تحمل المصلحة المتعاقدة لجزء من الخسائر قد يؤدي بالمتعامل المتعاقد إلى إرهاقه، وبالتالي إنقطاعه عن تنفيذ الصفقة أي وجب افادة المتعامل المتعاقد بالتعويض بسبب حدوث الظرف الطارئ الذي أدى باختلال الصفقة اختلال جسيماً.

#### ب. التعريف القضائي

قد بينا أن نظرية الظروف الطارئة هي قضائية المنشأ، حيث اقراها مجلس الدولة الفرنسي سنة 1916م، حيث فصل في قضية الانارة لمدينة "بورديو"، اذ نتج عن نشوب الحرب العالمية الأولى ارتفاع أسعار الفحم، مما سبب ضرراً للملتزم فلم يعد باستطاعته تحمل أعباء مالية جديدة حيث ارتفع سعر الفحم من 23 فرنك فرنسي سنة 1904 الى 73 فرنك فرنسي سنة 1916، مما سبب

<sup>1</sup>- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 653.

<sup>2</sup>- خلاف فاتح، محاضرات في قانون الصفقات العمومية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الصديق بن يحي جيجل، 2015-2016، ص 90.

خلل ماليا كبيرا،<sup>1</sup> وهو ما أدى بالمتعامل المتعاقد بطلب من المصلحة المتعاقدة من دفع الرسوم للمنتفعين، الأمر الذي قبل بالرفض من المصلحة المتعاقدة مما دفعه إلى رفع دعوى امام القضاء الإداري، والذي فصل بحقه الى الاستفادة من تعويض جزئي ومؤقت الى غاية زوال الظرف الطارئ من أجل سير المرفق باستمرار واطراء.

فقد اعترف مجلس الدولة الفرنسي بحق المتعامل المتعاقد في التوازن المالي للصفقة بسبب الظروف الطارئة.

ويمكن القول ان نظرية الظروف الطارئة في الجزائر طبقت من خلال القرار الصادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا المؤرخ في 10 أكتوبر 1993م بحق (د ج) ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة حيث جاء في حيثيات القرار «من المقرر قانون انه اذا طرأت ظروف استثنائية لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدى ان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين جاز للقاضي تبعا للظروف ومراعات للمصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول، ولما ثبت ان السوق محل العقد المبرم بين المستأنف والمستأنف عليه بقي مغلقا بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي فان ذلك يعد حادثا استثنائيا يجب الاخذ به».<sup>2</sup>

### ثانيا: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

إن المطالبة من طرف المتعامل المتعاقد بتطبيق نظرية الظروف الطارئة، وجب عليه توفر مجموعة من الشروط المتمثلة أساسا في حوادث إنسانية غير متوقعة اثناء التنفيذ، أو ان الحادث خارج عن إرادة المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة، كما يجب أن ينجم عن الحادث خسائر غير مألوفة.

أ. وقوع حوادث إنسانية غير متوقعة اثناء التنفيذ: أي انه لا يمكن تداركها ويشترط في هذا الظرف ان لا يكون متوقع لا في دفتر الشروط ولا الدراسات الأولية للمشروع،<sup>3</sup> كارتفاع أسعار بعض المواد المستعملة ارتفاعا غير عادي، أو وجود أزمات اقتصادية شديدة وذلك طبعا اثناء التنفيذ

<sup>1</sup> - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 170.

<sup>2</sup> - قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، ملف رقم 99624، المؤرخ في 10 أكتوبر 1993، قضية (د ج) مع رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة، منشور في المجلة القضائية، العدد الأول، 1994، ص 217.

<sup>3</sup> - عبد الحميد التواري، العقود الإدارية في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، منشأة المعارف، مصر، 2005، ص 57.

حيث لا يجب ان يكون الطرف الطارئ قبل ابرام العقد، كما أن الارتفاع البسيط للأسعار والطبيعي لأنه امر يقدر اثناء التعاقد من كلا الطرفين.

ب . أن يكون الحدث الطارئ خارج عن إدارة الطرفين: يجب ان يكون مستقل عن الطرفين ولا يستفيد المتعامل المتعاقد من إعادة التوازن المالي وفق الطرف الطارئ إذا تسبب هو في الضرر فلا مجال للقضاء له بالتعويض وكذلك الحال للمصلحة المتعاقدة إذا تسبب جاز مساءلتها تحت عنوان الاخلال بأحكام المسؤولية التصيرية لا نظرية الظروف الطارئة.<sup>1</sup>

ج . أن ينجم عن الحادث الطارئ خسائر غير مألوفة

المقصود به هو قلب اقتصاديات الوضع الاقتصادي للمتعامل المتعاقد حيث تلحق به خسائر غير طبيعية وغير مألوفة بحيث تهدده عن التوقف عن تنفيذ العقد، مثال ذلك كزيادة الضرائب واستحداث رسوم جديدة او تغيير شبكة الأجور او زيادة الرسم الجمركي المتعلق بالمواد المستعملة. إن توفر هذه الشروط يلزم المتعامل المتعاقد بمواصلة التنفيذ وعدم التوقف تطبيقاً لمبدأ الاستمرارية الذي هو مبدأ أساسي لسير المرافق العامة، وبالمقابل المطالبة بحقه في إعادة التوازن المالي، مع المصلحة المتعاقدة سواء عن طريق الاتفاق معها او اللجوء الى القضاء حيث تقع عليه عبئ اثبات توفر شروط النظرية.<sup>2</sup>

ثالثاً: الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة في التشريع الجزائري

نجد الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة من خلال المادة 107 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على: «يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن النية ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بماورد فيه بحسب بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام غيرانه اذا طرأت حوادث إنسانية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدى وان لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين

<sup>1</sup>. عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 172.

<sup>2</sup>. المرجع نفسه، ص 173.

بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاته للطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك»<sup>1</sup>.

أيضا جاءت المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15. 247 على انه تلجأ الإدارة الى إمكانية إعادة التوازن المالي من خلال الملحق دون الخضوع لهيئات الرقابة الخارجية أي ان قانون الصفقات العمومية راعى مسألة الظروف الطارئة.

يلاحظ من خلال ما جاءت به النصوص أن فكرة إعادة التوازن المالي في حالة الظروف الطارئة اجبارية فليس من المعقول ترك المتعامل المتعاقد ان يتحمل جميع الخسائر البشرية والاعباء المالية لوحده.

#### رابعاً: الآثار المترتبة عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة

إن حدوث ظروف غير متوقعة أثناء تنفيذ الصفقة تجعل من المتعامل المتعاقد المطالبة بإعادة الاعتبار المالي من جراء هذه الصفقة، وعند قبول المصلحة المتعاقدة ينجم عن ذلك آثار يمكن إيجازها في النقاط الآتية:

- استمرار المتعامل المتعاقد في تنفيذ الصفقة رغم حدوث الاختلال المالي تطبيقاً لمبدأ سير المرفق باستمرار وانتظام واطراد لان انقطاعه عن التنفيذ يجره للعقوبة المقررة في حالة عدم تنفيذ التزاماته.
- حصول المتعامل المتعاقد من طرف المصلحة المتعاقدة على تعويض جزئي من شأنه إعادة التوازن المالي بالقدر الذي سمح له بالاستمرار في تنفيذ الصفقة.<sup>2</sup>

- تعويض المتعامل المتعاقد يكون مؤقت الى غاية زوال الضرف الطارئ، أي من اجل تجاوز الضرف الطارئ وتنفيذ الصفقة، فمرور مدة زمنية طويلة قد تخرج الحالة من الضرف الطارئ الى حالة القوة القاهرة، وهو ما جاء في الفقرة الخامسة من نص المادة 147 من المرسوم 15. 247: «في حالة القوة القاهرة تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير

<sup>1</sup>- الأمر رقم 58.75، المتضمن القانون المدني، المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، الصادر في الجريدة الرسمية. عدد 78، المؤرخة في 1975.09.30، المعدل والمتمم.

<sup>2</sup>- خلاف فاتح، المرجع السابق، ص 93.

ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف واستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة»<sup>1</sup>، أي ان المتعامل المتعاقد يستفيد من تعليق آجال تنفيذ موضوع الصفقة.

### الفرع الثالث: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

إن هذه النظرية هي من خلق القضاء الفرنسي بغية تصحيح وضع المتعاقد مع الإدارة اثناء تعرضه لمخاطر تعوق تنفيذ التزاماته التعاقدية، ومن أجل ذلك سنحاول تقديم تعريف للنظرية، والتطرق لشروطها ثم إبراز أهم الآثار المترتبة عليها.

#### أولاً: تعريف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

يقصد بها انه إذا اعترضت تنفيذ التزامات الصفقة العمومية صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية خالصة لم يكن بوسع المتعامل المتعاقد توقعها عند الابرام، بحيث تجعل ذلك التنفيذ صعبا وأكثر كلفة، الا انها لا تصير مستحيلة فإن الاضرار التي تلحقه تبعاً لذلك تمكنه من المطالبة بالاستفادة من آثار الصعوبات المادية غير المتوقعة.<sup>2</sup>

-وهي أيضا تلك الإشكالات والصعوبات المادية التي يعترض لها المتعامل المتعاقد مع الإدارة اثناء تنفيذه لالتزاماته التعاقدية، وهذه الاشكالات والمعوقات ذات ميزة استثنائية وغير مألوفة وغير متوقعة وللمتعامل المتعاقد الحق في مطالبة الإدارة المتعاقدة معه بتعويضه كاملاً عما لحقه من ضرر.<sup>3</sup>

#### ثانياً: شروط تطبيق نظرية الصعوبات غير المتوقعة:

حتى يستحق المتعامل المتعاقد التعويض بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة يشترط القاضي الإداري مجموعة من الشروط يمكن توضيحها كالتالي:

- يجب أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية وهي ترجع في اغلب الحالات الى ظواهر طبيعية مردها الى الأراضي التي تنفذ فوقها او فيها الاشغال العامة.<sup>4</sup>

<sup>1</sup>- انظر المادة 147، المرسوم الرئاسي 15 - 247، المتضمن قانون الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، المرجع السابق، ص 33.

<sup>2</sup>- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص ص 710 - 711.

<sup>3</sup>- عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 228.

<sup>4</sup>- عباد صوفيا، المرجع السابق، ص 81.

- يجب أن لا تكون للمصلحة المتعاقدة يد في الصعوبات أي ان الإدارة ليس لها دخل في ذلك حتى يستفيد المتعامل المتعاقد من تطبيق النظرية ومن ثم التعويض.

- يجب أن تؤدي الصعوبات المادية إلى ضرر ليس في وسع المتعاقد تحمله، وذلك بزيادة الأعباء المالية لتنفيذ موضوع الصفقة بشكل يجعل استمراره في تنفيذ الصفقة من الأمور المرهقة.

. أن تكون الصعوبات المادية ذو طابع إستثنائي، أي ليست من طبيعة عادية يواجهها المتعامل المتعاقد، ويكون أمام أمر لم يكن يتصوره أو لم يتعرض له من قبل.<sup>1</sup>

### ثالثا: الآثار المترتبة عن تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

إذا توفرت الشروط تحققت النظرية الامر الذي يترتب آثار على الطرفين حيث:

. لا يعفى المتعامل المتعاقد من التزاماته بل لا يستمر في تنفيذ الصفقة وفق الشروط المنصوص عليها في دفتر الشروط.

. يترتب أيضا التعويض الكامل عن الاضرار التي لحقت به جراء هذه الصعوبات من طرف المصلحة المتعاقدة من اجل إعادة التوازن المالي للصفقة.

. تغطيه المصلحة المتعاقدة النفقات الإضافية في سبيل مواجهة الإشكالات التي اعترضت تنفيذ الصفقة بصورة طبيعية.<sup>2</sup>

### رابعا: الأساس القضائي لتطبيق نظرية الصعوبات المادية في القضاء الجزائري

بالرغم من ندرة التطبيقات القضائية في الجزائر إلا أن الحكم الصادر عن الفرقة الإدارية لمجلس قضاء بشار بخصوص تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

تتلخص القضية في السيد (م بوزيان) الذي ابرم مع بلدية كرزاز عقد حفر بئر بأرض رملية والتي تبعد عن الكثبان الرملية ب 30 متر، وبعد بدء التنفيذ صادفته صعوبات مادية كلفته نفقات إضافية اخلت بالتوازن المالي للعقد المبرم مما دفعه الى اللجوء الى القضاء للحصول على التعويضات، اذ عرض النزاع على الغرفة الإدارية لمجلس قضاء بشار والتي فصلت فيه بقرار

<sup>1</sup>- خلاف فاتح، المرجع السابق، ص 96.

<sup>2</sup>- بوشيرب مليكة، المتعامل مع الإدارة في الصفقات العمومية، مذكرة قدمت لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الهيئات الإقليمية، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2013 - 2014، ص 51.

أيدته مجلس الدولة الجزائري بتاريخ لاحق بعد استئناف الذي قام به المتعامل المتعاقد حيث قضت ب: «الاشغال التي طلب المستأنف تعويضه عنها هي صعوبات تصادف المتعاقد حين تنفيذ لالتزاماته التعاقدية مادية استثنائية غير متوقعة ولا تحدد فيها قيمتها أو حجمها أو نوعها لارتباطها غالب الأحيان بالأرض أو الأنهار...»<sup>1</sup>.

من خلال شرح النظريات الثلاث نخلص الى ان تطبيقها لا يكون الا بتوفر شروطها حتى يستطيع المتعامل المتعاقد الاستفادة من التعويض سواء كان جزئي في نظرية الظروف الطارئة أو كاملا في نظرية فعل الأمير أو الصعوبات المادية غير المتوقعة، والذي يمكنه من ضمان التوازن المالي للصفقة ومن ثم الاستمرار في تنفيذ التزاماته دون توقف وتحقق مبدا ضمان سير المرفق العام بانتظام وإطراد.

---

<sup>1</sup>- قرار صادر عن مجلس قضاء بشار، بتاريخ 20 جانفي 2004، ملف رقم 10605، فهرس 34، قضية (م بوزيان) ضد بلدية كرزاز، قرار غير منشور.

## ملخص الفصل الأول

إعترف المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة في القوانين المنظمة للصفقات العمومية بممارسة مجموعة من السلطات، تظهر جليا في كل مراحل الصفقة العمومية خاصة اثناء تنفيذ الصفقة، ففي هذه المرحلة تتمتع المصلحة المتعاقدة ببعض السلطات كسلطة تعديل العقد، وهي غير مطلقة خاضعة لمجموعة من الضوابط والمحددات التي تجعل المتعامل المتعاقد في مأمن من تعسفها وتضمن له حقوقه.

بإضافة الى هذه السلطات سلطة تحيين الأسعار ومراجعتها، لأن المقابل المالي الذي يتقاضاه المتعامل المتعاقد من المصلحة المتعاقدة إما أن يكون ثابتا أو قابل للمراجعة والتحيين، وهو ما كرسه المشرع من خلال قانون الصفقات العمومية، فمراجعة الأسعار وتحيينها تمكن للمصلحة المتعاقدة مسايرة متغيرات الأوضاع الاقتصادية والظروف الخارجية التي تلحق بالصفقة، بالإضافة الى الحفاظ على التوازن المالي خاصة تلك المتعلقة بالصفقات الطويلة الأمد.

تلجا المصلحة المتعاقدة الى إبرام الملحق كآلية لتعديل الصفقة من طرف المصلحة المتعاقدة كما نص عليه في قانون الصفقات العمومية، من أجل زيادة خدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية هذا من جهة، ومن جهة اخرى يعد كآلية لإعادة التوازن المالي إذا كانت الظروف تقتضي ذلك، من اجل تعويض المتعاقد عن ضرر لمساعدته على تنفيذ الصفقة وبالتالي استمرارية المرفق العام.

يعود الفضل إلى القضاء الفرنسي في إظهار فكرة التوازن المالي من خلال القضايا المعروضة عليه، فجعل من هذه الفكرة مبدأ يعتبر من أهم المبادئ التي تحكم الصفقة العمومية، بحيث يكفل للمتعامل المتعاقد الحق في إعادة التوازن المالي، ويجعله التزاما يقع على عاتق المصلحة المتعاقدة من اجل تعويضه عن الضرر لمساعدته على تنفيذ الصفقة، وبالتالي استمرارية المرفق العام، فتطبيق هذا المبدأ أدى الى ظهور عدة نظريات أصبحت بمثابة سند للمتعامل، وهي نظرية فعل الأمير ( المخاطر الإدارية)، ونظرية الظروف الطارئة، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة والتي هي من صنع الفقه والقضاء، مما أدى بالمشرع الجزائري بالأخذ بهذا المبدأ واسقاطه في التشريع المعمول به.

# الفصل الثاني

## الفصل الثاني: آليات فض النزاعات الناجمة عن ضمان التوازن المالي

### للصفقة العمومية

سبق لنا القول إن معظم النزاعات في مجال الصفقات العمومية تنشأ في المرحلة الثانية للصفقة العمومية وهي مرحلة التنفيذ، حيث تنشأ هذه النزاعات عن إخلال أحد طرفي الصفقة (المصلحة المتعاقدة أو المتعامل المتعاقد) بأحد التزاماتها التعاقدية، أو بسبب خارج عن إرادة الطرفين، والتي تؤثر (النزاعات) سلباً على تنفيذ الصفقة وعلى الأهداف المرجوة منها في الصورة المطلوبة والمرضية.

ومن أهم النزاعات التي تنشأ أثناء تنفيذ الصفقة العمومية هي النزاعات الناجمة عن اختلال التوازن المالي للصفقة، لأن عنصر المال دائماً ما يكون السبب الرئيسي في ذلك، ولضمان مواصلة التنفيذ الجيد للصفقة وتحقيقاً للمصلحة العامة، أوجد المشرع الجزائري آليات لفض هذه النزاعات من خلال المرسوم الرئاسي 15 - 247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، أو من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد 08.09 وهي آلية التسوية الودية، فحث المشرع أطراف النزاع على اللجوء إلى هذه الآلية قبل اللجوء إلى آلية التسوية القضائية، والتي قد تعرقل وترهق طرفي الصفقة لإيجاد حلاً سريعاً لهذه النزاعات من أجل مواصلة التنفيذ.

ومن خلال ما قدمناه قسمنا الفصل الثاني إلى مبحثين، حيث تناولنا في المبحث الأول: آلية التسوية الودية لفض النزاع الناجم عن ضمان التوازن المالي للصفقة العمومية، أما المبحث الثاني تطرقنا فيه إلى: آلية التسوية القضائية لفض النزاع الناجم عن ضمان التوازن المالي للصفقة العمومية.

### المبحث الأول: آلية التسوية الودية لفض النزاع الناجم عن ضمان التوازن

#### المالي للصفقة العمومية

أورد المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 15 - 247، في الفصل الرابع من الباب الأول قسماً خاصاً يتعلق بالتسوية

الودية لنزاعات المتعلقة بتنفيذ الصفقات العمومية، وهو القسم الحادي عشر في المواد (153-154 . 155).<sup>1</sup>

تعرف التسوية الودية على أنها مجموعة الوسائل والإمكانيات والتدابير التي يسمح القانون والتنظيم باتخاذها، ويتيحها للأطراف المتنازعة في مجال الصفقة العمومية دون الحاجة للقضاء، فهي وسيلة رضائية يحددها القانون ويضبط إجراءاتها للمتنازعين بوضع حد نهائي للنزاع القائم بينهم.<sup>2</sup>

وحسن فعل المشرع الجزائري حينما تبنى مبدأ الحسم الودي لمنازعات الصفقات العمومية في مرحلة التنفيذ حتى لا تتعطل المشاريع العمومية، ويتم مواصلة التنفيذ فيما يضمن في النهاية استلام المشروع في آجاله، ومن أهم ما جاء به المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247 على مستوى التسوية الودية للنزاعات هو نصه على تشكيل لجان محلية للتسوية الودية بجانب اللجان المركزية، بعدما كانت محصورة في اللجان المركزية فقط في المرسوم رقم 10 - 236 السابق.<sup>3</sup>

فمن خلال نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247 نرى أن المشرع أقر بتسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الاحكام الشرعية والتنظيمية المعمول بها، وأنه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق الأحكام الفقرة الأولى من المادة 153، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها، حيث نلاحظ أن هذه المادة تحيلنا إلى الاحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، أي إلى قانون رقم 08 - 09 المتضمن ق إ م إ.

<sup>1</sup>- انظر المواد من 153 الى 155، المرسوم الرئاسي 15. 247، المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق، ص ص 34 . 35.

<sup>2</sup>- بن دعاس سهام، "التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية، مجلة الدراسات القانونية"، العدد 02، جامعة يحي فارس المدينة، 2015، ص 2.

<sup>3</sup>- نادية يوسف، التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية، مذكرة قدمت لنيل شهادة ماستر أكاديمي، تخصص قانون اداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2017 - 2018، ص 22.

وفي حالة عدم إتفاق الطرفين، يعرض النزاع أمام اللجان المستحدثة المختصة بالتسوية الودية لنزاعات الصفقة العمومية، المنشأة بموجب أحكام المادة 154، وحسب الشروط المنصوص عليها في المادة 155 من نفس المرسوم.<sup>1</sup>

ومما سبق لنا عرضه، نقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب، سنتطرق إلى: التسوية الودية للحفاظ على التوازن المالي بالطرق الرضائية "التفاوض المباشر" (المطلب الأول)، التسوية الودية للحفاظ على التوازن المالي عن طريق لجان التسوية لمستحدثة (المطلب الثاني)، ثم التسوية الودية للحفاظ على التوازن المالي بالطرق البديلة (المطلب الثالث).

### المطلب الأول: التسوية الودية للحفاظ على التوازن المالي بالطرق الرضائية

نصت المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15.247 على أنه «تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الاحكام الشرعية والتنظيمية المعمول بها يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق الاحكام 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 الى أسرع انجاز لموضوع الصفقة،  
. الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة...»<sup>2</sup>.

من خلال نص الفقرة الأولى من المادة 153 يبرز لنا دور المصلحة المتعاقدة في إيجاد حل ودي للنزاع، حيث يعتبر مجهود ذاتي للمصلحة المتعاقدة مع المتعامل المتعاقد دون تدخل أي جهة أخرى حتى ولو كانت لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة التي لا يأتي دورها الا بعد هذه المرحلة، والتي يستدعيها عدم اتفاق الطرفين على حل ودي.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>- انظر المواد 153-154-155، المرسوم الرئاسي 15.247، المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق، ص ص 34.35.

<sup>2</sup>- انظر المادة 153، المرسوم الرئاسي 15.247، المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق، ص 34.

<sup>3</sup>- النوي خرشى، الصفقات العمومية، (دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2019، ص 384.

كذلك نرى من خلال هذه الفقرة من نفس المادة السابقة، ان المشرع ألزم المصلحة المتعاقدة أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي:

. إحترام الإدارة للتشريع والتنظيم المعمول به.

. إيجاد التوازن في تحمل التكاليف طرفي المتعاقدين.

. التوصل الى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.

. الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكاليف.<sup>1</sup>

وسوف نتطرق الآن إلى حدود وضوابط التسوية الودية وفق ما نصت عليه المادة السابقة الذكر، على أن يراعى في الحل الودي ما يلي:

### الفرع الأول: احترام الإدارة للتشريع والتنظيم المعمول به

نجد ان اثناء اللجوء الى طرق التسوية الودية للمنازعات لابد من مراعات الاحكام التنظيمية والتشريعية المعمول بها، وهذا ما نصت عليه المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15. 247 في الفقرة الأولى «تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الاحكام الشريعة والتنظيمية المعمول بها...».<sup>2</sup>

ومن هنا نستنتج أن كل اتفاق لحسم نزاع ودي يتعارض مع أحكام التشريع أو التنظيم المعمول به يقع باطل ولا يرتب أي أثر بالنسبة لأطرافه.<sup>3</sup>

### الفرع الثاني: إيجاد التوازن في تحمل التكاليف بين الطرفين المتعاقدين

مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية تخضع لكثير من الظروف والمتغيرات، تحمل المتعامل المتعاقد نفقات أكثر ترهق كاهل هذا الأخير، ففي هذه الحالة يجب على الإدارة أخذ هذه الظروف بعين

<sup>1</sup>- خليفة عقيلة، التسوية الإدارية لمنازعات الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي 15. 247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مذكرة قدمت لنيل شهادة الماستر في القانون العام، تخصص قانون إداري، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2018 - 2019، ص 87.

<sup>2</sup>- انظر الفقرة الثالثة من المادة 153، المرسوم الرئاسي 15 - 247، المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق، ص 34.

<sup>3</sup>- مباركي ريحة ومنديل ياسمينة، التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية على ضوء المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247، مذكرة قدمت لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الجماعات المحلية، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2015 - 2016، ص 79.

الاعتبار، وإنصاف المتعامل المتعاقد ومحاولة حسم هذا النزاع وحله ودياً، وإعطاءه حقه في التوازن المالي.<sup>1</sup>

حيث يمكن للمصلحة المتعاقدة إبرام ملحق من أجل إعادة التوازن المالي للصفقة العمومية كما بيناه سابقاً.

فنص الفقرة 04 من المادة 153 من المرسوم 15 - 247 في غاية الوضوح فهو يبيح صراحة للإدارة المعنية حق إعادة النظر في أسعار الصفقة وفق الظروف الجديدة.<sup>2</sup>

### الفرع الثالث: التوصل الى أسرع انجاز لموضوع الصفقة

لقد ألحت المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15 - 247 السابق الذكر على ضرورة إعطاء عامل الزمن عنصر مهم في الصفقة، وهذا ما يهتم به جميع أطراف النزاع للتوصل الى حل ودي في أقرب الآجال، فكلما تم التوصل الى حل ودي وضبط الاتفاق في وثائق رسمية كان ذلك انفع بالنسبة لزمن تنفيذ العمل موضوع الصفقة، مما يعود بالفائدة على أطراف الصفقة وعلى الأطراف المنتفعين منها.<sup>3</sup>

### الفرع الرابع: الحصول على تسوية نهائية في وقت أسرع وبأقل تكلفة

نظراً لأهمية عامل الزمن في تنفيذ موضوع الصفقات العمومية، هذا حتى لا يتسبب النزاع الناتج عن التنفيذ في عرقلة استمرارية الصفقة، فنجد أن المشرع الجزائري نص على ضرورة البحث عن حل ودي في أسرع وقت ممكن بما يكفل ضمان مواصلة إستمرارية العمل بتنفيذ موضوع الصفقة في آجالها المحدد في العقد.<sup>4</sup>

<sup>1</sup>- زيادة سامية، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، قانون عام معمق، كلية الحقوق، ملحقة مغنية، جامعة بلقايد تلمسان، 2015.2016. ص 56.

<sup>2</sup>- نادية يوسف، المرجع السابق، 24.

<sup>3</sup>- خليفة عقيلة، المرجع السابق، ص 89.

<sup>4</sup>- مباركي ربيحة ومنديل ياسمينة، المرجع السابق، ص 80.

## المطلب الثاني: التسوية الودية للحفاظ على التوازن المالي عن طريق لجان التسوية المستحدثة

يتم اللجوء إلى هذه اللجان في حالة قيام نزاع بين أطراف الصفقة وعدم وصولهم إلى حل ودي فيما بينهم، حسب ما نصت عليه المادة 153 ففي هذه الحالة يتم اللجوء إلى لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة وذلك من أجل دراسة النزاع والوصول إلى حل يرضي جميع الأطراف.

ويعتبر اللجوء إلى هذه اللجنة وجوباً بقوة القانون، ووجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج هذا اللجوء في دفتر الشروط بإجراء لازم قبل عرضه أمام العدالة.<sup>1</sup>

### الفرع الأول: تشكيلة واختصاصات لجان التسوية المستحدثة

#### أولاً: تشكيلة لجان التسوية المستحدثة

لقد حدد المرسوم الرئاسي رقم 15.247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تشكيل واختصاصات كل من تشكيل واختصاصات لجنة التسوية الودية للنزاعات في الوزارة والهيئة العمومية، ولجنة التسوية الودية للنزاعات في الولاية في المادة 154 منه، ومن خلال ذلك نتطرق إلى تشكيلة ثم اختصاص هذه اللجان في إطار هذا التنظيم كما يلي:

#### أ: تشكيل لجنة التسوية الودية للنزاعات في الوزارة والهيئة العمومية

حسب الفقرة الثانية من نص المادة 154 من المرسوم السابق الذكر والتي نصت على: «... تتشكل اللجنة كما يأتي:

. ممثل عن الوزير أو مسؤول الهيئة العمومية رئيساً

. ممثل عن المصلحة المتعاقدة

. ممثل عن الوزارة المعنية بموضوع النزاع

. ممثل عن المديرية العامة للمحاسبة...»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>- زيادة سامية، المرجع السابق، ص 50.

<sup>2</sup>- انظر المادة 154، المرسوم الرئاسي 15 - 247، المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق، ص 35.

ب: تشكيل لجنة التسوية الودية للنزاعات في الولاية

حسب نص المادة 154 من المرسوم الرئاسي رقم 15.247 والتي جاء فيها على أنه: «... تتشكل اللجنة كما يأتي:

. ممثل عن الوالي رئيسا

. ممثل عن المصلحة المتعاقدة

. ممثل عن المديرية التقنية المعنية بموضوع النزاع

. ممثل عن المحاسب العمومي المكلف...»<sup>1</sup>.

بالنسبة لأعضاء اللجان سواء أعضاء لجنة التسوية الودية للولاية أو بالنسبة للوزارة، يجب أن لا يكون قد شاركوا في إجراءات إبرام ومراقبة الصفقة المعنية، وهذا حسب نص الفقرة (05) من المادة 153 من المرسوم السابق، ويعينون نظرا لكفاءتهم في الميدان المعني بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي المعني.

توضع أمانة اللجنة لدى رئيس اللجنة وهو الذي يعين مقررًا من ضمن أعضاء اللجنة، كما يمكنه ان يستعين على سبيل الاستشارة بك لكفاءة من شأنها توضيح اشغال اللجنة وهذا حسب ما جاء في الفقرة الأخير من نص المادة 154 من المرسوم الرئاسي رقم 15.247.<sup>2</sup>

ثانيا: اختصاصات لجان التسوية المستحدثة

أ. أوجه الاختلاف:

يختلف اختصاص لجنتي التسوية الودية للصفقة العمومية من حيث نطاق(حدود) الاختصاص كل منهما ومن حيث الجهة المعنية بالنزاع، حسب نص المادة 154 من المرسوم الرئاسي 15.247 حيث تختص لجنة التسوية الودية لنزاعات في الوزارة والهيئة العمومية بدراسة نزاعات الإدارة المركزية ومصالحها الخارجية أو الهيئة العمومية والمؤسسات العمومية الوطنية التابعة لها،<sup>3</sup> وهذا من خلال الفقرة الثانية منها التي نصت على: «... لجنة التسوية الودية لنزاعات في

<sup>1</sup>- انظر الفقرة الثالثة من المادة 154، المرسوم الرئاسي 15.247، المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق، ص ص 34 - 35.

<sup>2</sup>- انظر المواد 153 - 154، المرجع نفسه، ص ص 34 - 35.

<sup>3</sup>- مباركي ربيحة، ومنديل يسمينة، المرجع السابق، ص 84.

الوزارة والهيئة العمومية تختص بدراسة نزاعات الإدارة المركزية ومصالحها الخارجية أو الهيئة العمومية والمؤسسات العمومية الوطنية التابعة لها...».

في حين أن إختصاص لجنة التسوية الودية للنزاعات على مستوى الولاية من خلال نص الفقرة الثالثة من المادة 154 من المرسوم الرئاسي 15. 247: «...لجنة التسوية الودية للنزاعات في الولاية، تختص بدراسة نزاعات الولاية والبلديات والمؤسسات العمومية المحلية التابعة لها والمصالح غير الممركزة للدولة...»<sup>1</sup>.

ب . أوجه الشبه:

يتم اللجوء الى لجنتي التسوية الودية للصفقات العمومية في حالة قيام نزاع من اجل دراسته والوصول الى حل ودي يرض الجميع.

إن لجنتي التسوية الودية للنزاعات الصفقة العمومية يتعلق اختصاصها بالحصري بالنزاعات التي تحدث بين المتعامل المتعاقد والإدارة فقط اثناء التنفيذ فلا يمتد اختصاصها لمرحلة الابرام أو مرحلة ما بعد التنفيذ.<sup>2</sup>

ونلاحظ من خلال نص الفقرة الأولى من المادة 154 من المرسوم الرئاسي 15. 247 ان لجنتي التسوية الودية المنشأة لدى الوزارة والهيئات العمومية أوفي الولاية هي لجان مختصة في التسوية نزاعات الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين فقط.

**الفرع الثاني: إجراءات التسوية الودية أمام لجان التسوية المستحدثة**

نصت المادة 155 من المرسوم الرئاسي رقم 15. 247 على أنه: «يمكن المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة عرض النزاع على اللجنة.

ويجه الشاكي إلى أمانة اللجنة تقريراً مفصلاً مرفقاً بكل وثيقة ثبوتية برسالة موصى عليها مع وصل استلام كما يمكنه ايداعه مقابل وصل استلام.

تدعى الجهة الشاكية من طرف رئيس اللجنة برسالة موصى عليها مع وصل استلام، في اجل أقصاه عشرة (10) أيام من تاريخ مراسلتها.

<sup>1</sup>- انظر المادة 154، المرسوم الرئاسي 15 - 247، المتضمن قانون الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، المرجع السابق، ص 35.

<sup>2</sup>- خليفة عقيلة، المرجع السابق، ص 95.

وتؤدي دراسة النزاع في اجل أقصاه ثلاثون (30) يوماً، ابتداء من تاريخ جواب الطرف الخصم، لرأي مبرر.

يمكن اللجنة أن تستمع لطرفي النزاع و/أو تطلب منهما إبلاغها بكل معلومة أو وثيقة من شأنها توضيح أعمالها.

وتؤخذ آراء اللجنة بأغلبية أصوات أعضائها وعند تعادل الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحاً. يبلغ رأي اللجنة لطرفي النزاع بإرسال موسى عليه مع وصل استلام، وترسل نسخة من هذا الرأي إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية، وتفويضات المرفق العام المنشأة بموجب أحكام المادة 213 من هذا المرسوم.

وتبلغ المصلحة المتعاقدة قرارها في رأي اللجنة للمتعامل المتعاقد في أجل أقصاه ثمانية (08) أيام، ابتداءً من تاريخ تبليغها برسالة موسى عليها، مع وصل استلام وتعلم اللجنة بذلك»<sup>1</sup>. كل ما تم عرضه سابقاً في آلية التسوية الودية لنزاعات الصفقة العمومية عن طريق لجان التسوية المستحدثة يخص المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين فقط.

أما المتعاملين المتعاقدين الأجانب ومن خلال ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247 على أنه «...ويخضع لجوء المصالح المتعاقدة في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين متعاقدين أجانب، إلى هيئة تحكيم دولية بناءً على اقتراح من الوزير المعني، للموافقة المسبقة اتناء اجتماع الحكومة»<sup>2</sup>.

ما يلاحظ من خلال ما تقدم أن اختصاصات لجان التسوية الودية للصفقة العمومية لا تمتد إلى النزاعات التي تطرأ بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل الأجنبي لأن هذه النزاعات تخضع لهيئة تحكيم دولية.

<sup>1</sup>- انظر المادة 155، المرسوم الرئاسي 15 - 247، المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق، ص 35.

<sup>2</sup>- انظر الفقرة الأخيرة من المادة 153، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

وبالنظر إلى نص المادة 213 من المرسوم السابق الذكر المتعلقة بسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث تتولى هذه الأخيرة صلاحيات عديدة منها البث في النزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين المتعاقدين الأجانب. ويحدد تنظيم وكيفيات سير سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بموجب مرسوم تنفيذي.<sup>1</sup>

يبقى التساؤل المطروح حول كيفية لجوء المصالح المتعاقدة للتحكيم حينما يكون أحد اطرافه متعاملون أجانب، ذلك أن المادة 153 لم توضح الإجراءات المتبعة أمام هذه الهيئة والى أي قانون تخضع هذه الهيئة.<sup>2</sup>

أمام سكوت تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة عن الطبيعة القانونية للتحكيم الذي يكون أحد اطرافه متعامل أجنبي، فسوف تقتصر الدراسة على تبيان التحكيم المنصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهذا ما سنتطرق إليه في الفرع الثالث من المطلب الثالث إن شاء الله

### المطلب الثالث: التسوية الودية للحفاظ على التوازن المالي بالطرق البديلة

بإضافة إلى آليات التسوية الودية لمنازعات الصفقة العمومية التي تضمنها المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247 السابق الذكر، أحالتنا المادة 153 منه إلى أحكام التشريع والتنظيم المعمول بهما، فالمقصود بإحالة المادة 153 هو الإحالة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08 - 09، والذي جاء الكتاب الخامس منه بعنوان "الطرق البديلة لحل النزاعات" ويقصد بها كل النزاعات حتى التي تنشأ عند تنفيذ الصفقات العمومية.

فالطرق البديلة لحل النزاعات التي تضمنها قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08. 09، والتي وردت في الباب الأول من الكتاب الخامس هي "الصلح والوساطة"، بالإضافة إلى "التحكيم" الذي ورد في الباب الثاني منه، والذي اقتصر في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق

<sup>1</sup>- انظر المادة 213، المرسوم الرئاسي 15 - 247، المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق، ص 45.

<sup>2</sup>- رحمانى راضية، النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية، أطروحة قدمت لنيل شهادة الدكتوراه ل م د في الحقوق، تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016 - 2017، ص 127.

العام رقم 15 - 247 على تسوية نزاعات الصفقات العمومية المبرمة مع المتعامل المتعاقد الأجنبي.

### الفرع الأول: الصلح كآلية للتسوية الودية بما يحقق التوازن المالي

أجاز المشرع الجزائري اللجوء إلى الصلح كوسيلة قانونية لتسوية النزاعات بطريقة ودية في جميع النزاعات من خلال المادة 04 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي تنص على أنه:

«يمكن للقاضي اجراء الصلح بين الأطراف اثناء سير الخصومة في أية مادة كانت».<sup>1</sup>

ومن خلال نص المادة السالفة الذكر، فإن الصلح يشمل كل المنازعات بما في ذلك الناشئة عن الصفقات العمومية، وهذا ما سنحاول معرفته من خلال دراستنا لنظام القانوني للصلح(أولاً)، ثم إلى مدى جواز الصلح في مثل هذه المنازعات(ثانياً).

#### أولاً: النظام القانوني للصلح

لتبيان النظام القانوني للصلح وجب علينا التطرق الى تعريفه ثم تحديد أنواعه والآثار المترتبة عليه.

أ. تعريف الصلح: عرفه المشرع الجزائري الصلح من خلال نص المادة 459 من القانون المدني بأنه: «الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه».<sup>2</sup>

كما عرفه المشرع الفرنسي بأنه: «عقد ينهي الفريقان به نزاعاً قائماً او محتمل الوقوع».<sup>3</sup>

تعريف المشرع الجزائري للصلح يشمل فقط الصلح بمسعى من الخصوم أو ما يعرف بالتراضي، وهو لا يشمل الصلح الذي يقوم به القاضي، أو الذي يتعلق بالأشخاص المعنوية العامة مما وجب تداركه من قبل المشرع.<sup>4</sup>

<sup>1</sup>- انظر المادة 04، القانون 08 - 09، المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الصادر بالجريدة الرسمية، عدد 21، الصادرة بتاريخ 23 ابريل سنة 2008، ص 2.

<sup>2</sup>- انظر المادة 459، الامر رقم 75 - 58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق، ص 72.

<sup>3</sup>- مباركي ربيعة ومنديل يسمينة، المرجع السابق، ص 87.

<sup>4</sup>- خليفة عقيلة، المرجع السابق، ص 100.

ويكون الصلح في كل مراحل الخصومة، وذلك وفق ما نصت عليه المادة 990 من القانون رقم 08 - 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية: «يجوز للخصوم التصالح تلقائياً أو بسعي من القاضي في جميع مراحل الخصومة».<sup>1</sup>

ب. أنواع الصلح: من خلال المادة 459 من الأمر 58.75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ومن القانون رقم 09.08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نستنتج أن للصلح صورتان الأولى هي التي تتم بمبادرة من الخصوم اثناء سريان الخصومة أو خارجها، أما الصورة الثانية تتم بمسعى من القاضي المختص عليه النزاع.<sup>2</sup>

ج. آثار الصلح: ينتج عن عملية الصلح آثار قانونية تختلف باختلاف انواعه فكل نوع ينتج عليه آثار معينة.

1. آثار الصلح الذي يتم بمسعى الخصوم:

نميز بين الصلح الذي يتم أثناء الخصومة، فتطبق عليه أحكام المادة 973 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث يتم تسوية النزاع وغلق الملف ولا يمكن الطعن فيه، أما إذا تم الصلح خارج الخصومة أين يتفق الخصوم حول تسوية النزاع فيما بينهم ويتدخل القاضي فقط من أجل تطبيق الاتفاق.<sup>3</sup>

2. آثار الصلح الذي يتم بمسعى من القاضي:

. يحزر القاضي الذي قام بالصلح بين طرفي النزاع محضر يوقعه الأطراف كما يوقعه القاضي وأمين الضبط ويوضع لدى امانة الضبط.

<sup>1</sup>- انظر المادة 990، القانون رقم 08 - 09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق، ص 111.

<sup>2</sup>- فرهي حسين، تسوية منازعات الصفقات العمومية في ضوء المرسوم الرئاسي 10 - 236 المعدل والمتمم وقانون 09.08، مذكرة قدمت لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص إدارة ومالية، فرع القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة اكلي محند اولحاج البويرة، 2014 - 2015، ص 32.

<sup>3</sup>- كراكري مسعودة ومش خيرة، ضمانات تنفيذ الصفقات العمومية، مذكرة مكملة لنيل شهادة ماستر أكاديمي، تخصص قانون اداري، شعبة الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرياح ورقلة، 2017 - 2018، ص 40.

- انتهاء النزاع وغلق ملف القضية ولا يمكن اثارته من طرف نفس الخصوم في نفس النزاع، وهذا ما نصت عليه المادة 973 السابقة الذكر.

- القوة التنفيذية للصلح.<sup>1</sup>

ثانيا: مدى جواز الصلح في تسوية نزاعات الصفقات العمومية

بالرجوع إلى نص المادة 04 من ق إ م إ نجد أن الصلح يجوز في كل مادة كانت، إذا فهو يجوز بصفة مبدئية في كل نزاعات الصفقات العمومية مالم يوجد نص خاص يحكم نزاع ما، لذا سنحاول معرفة نزاعات الصفقات العمومية التي لا يجوز فيها الصلح والتي يجوز فيها الصلح.

أ. منازعات الصفقات العمومية التي لا يجوز فيها الصلح

يستبعد الصلح في نزاعات الصفقات العمومية في مرحلة الإبرام لوجود قواعد وأساليب محددة مسبقا بالقانون، وفي حالة المخالفة تحل بواسطة وسائل قانونية أخرى، ولا تقبل الصلح.<sup>2</sup>

ب. منازعات الصفقات العمومية التي يجوز فيها الصلح

بالنسبة إلى النزاعات التي تطرأ في مرحلة التنفيذ الصفقة فإن الصلح يجوز فيها ونميز حالتين:

1. النزاعات التي تكون الأشخاص العمومية المذكورة في المادة 800 من ق إ م إ رقم 08 - 09 طرفا فيها، حيث أن هذه النزاعات إدارية يجوز أن تخضع للصلح المتعلق بحل النزاعات الإدارية والذي يحدد مجاله في مادة القضاء الكامل.<sup>3</sup>

2. وهي المنازعات التي تكون المؤسسات المذكورة في الفقرة الأخيرة من المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15 - 247 طرفا فيها وهي: «الدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري وكذا المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا ، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة او من الجماعات

<sup>1</sup>- خليفة عقيلة، المرجع السابق، ص ص 101 - 102.

<sup>2</sup>- زائدة سامية، المرجع السابق، ص 60.

<sup>3</sup>- خليفة عقيلة، المرجع السابق، ص 102.

الإقليمية»<sup>1</sup>، فإذا كيفت النزاعات المتعلقة بها أنها نزاعات إدارية فإنها تخضع للصلح المتعلق بالنزاعات الإدارية في مجال القضاء الكامل طبقاً لنص المادة 970 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أما إذا كيفت النزاعات على أنها نزاعات عادية، فإنها تخضع للصلح المتعلق بالنزاعات العامة.<sup>2</sup>

وفي الأخير نرى أن الصلح من أهم الآليات الودية لتسوية نزاعات الصفقات العمومية لما له مزايا عديدة أهمها تخفيف عدد القضايا على القضاء وريح الوقت.

### الفرع الثاني: الوساطة كآلية للتسوية الودية بما يحقق التوازن المالي

في إطار الطرق البديلة التي أحدثها المشرع كآلية قانونية للتسوية الودية نجد كذلك الوساطة، والتي وردت في الفصل الثاني من الباب الخامس، والعبرة من إحداثها هي المزايا التي تتمتع بها هذه الآلية، ولما توفر من وقت وجهد والنفقات على الخصوم وتفاذي للإجراءات الطويلة، كما تؤدي إلى التقليل من عدد النزاعات المعروضة على القضاء والتي أخص بها المشرع في ق إ م إ رقم 08 - 09 اثني عشر (12) مادة.

جاء نص المادة 994 من القانون رقم 08 - 09 السابق الذكر في الفقرة الأولى على أنه: «يجب على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد، باستثناء قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية وكل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام...»<sup>3</sup>.

ومن خلال نص هذه المادة نرى أن المشرع أوجب على القاضي عرض الوساطة على الخصوم في جميع المواد ما عدا المستثناة في نص المادة، إذا فهل الوساطة تشمل نزاعات الناجمة على تنفيذ الصفقات العمومية من أجل ضمان التوازن المالي؟، لذا سنحاول التطرق من خلال دراستنا إلى النظام القانوني للوساطة (أولاً)، ثم مدى جواز الوساطة في مثل هذه المنازعات (ثانياً).

<sup>1</sup>- انظر المادة 06، المرسوم الرئاسي 15 - 247، المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق، ص 35.

<sup>2</sup>- زرناجي وليد، المرجع السابق، ص 67.

<sup>3</sup>- انظر الفقرة الأولى من المادة 994، القانون رقم 08 - 09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية الإدارية، المرجع السابق، ص 112.

أولاً: النظام القانوني للوساطة

من أجل تبيان النظام القانوني للوساطة وجب علينا التطرق الى تعريف الوساطة، ثم الى أنواع وإجراءات الوساطة، فتحديد آثارها.

أ. تعريف الوساطة

لم يعرف المشرع الوساطة وإنما حدد الإطار القانوني لها الذي يتكون من 12 مادة من المادة 994 الى المادة 1005، وفي حين عرفها الفقه على أنها: «آلية تقوم على أساس تدخل شخص ثالث محايداً في المفاوضات بين الطرفين متخاصمين، حيث يعمل هذا المحايد على تقريب وجهات النظر بين الطرفين، وتسهيلاً لتواصل بينهما وبالتالي مساعدتهما على إيجاد تسوية مناسبة لحكم النزاع».<sup>1</sup>

ب. أنواع الوساطة

تنقسم الوساطة الى نوعين أساسيين هما:

1. الوساطة التعاقدية (الاتفاقية): وهي الوساطة المبنية على اتفاق الأطراف في اللجوء الى وسيط،<sup>2</sup> ويكون هذا الشرط مسبق في العقد ويضمن للأطراف كل الحرية في تنظيم إجراءات الوساطة أي يكون الاتفاق على تعيين الوسيط بأنفسهم دون اللجوء إلى المحكمة، وإذا لم يتفقوا على وسيط معين يجوز لأحدهم التقدم الى رئيس المحكمة لتعيين الوسيط إذا كان ذلك من شروط الوساطة بشكل عام، ولم يرد فيه اتفاق على ان تتولى المحكمة تعيين الوسيط ان لم يحدده الأطراف.<sup>3</sup>

2. الوساطة القضائية: هي الوساطة التي تتم بسعي من القاضي حيث يقوم القاضي باقتراح الوساطة في النزاع المعروض عليه، وأطراف النزاع لهم مطلق الحرية لرفض أو قبول الاقتراح، إذا ما قبل الأطراف يعين القاضي المكلف بملف النزاع وسيط، وتسيير الوساطة تحت رقابة

<sup>1</sup>- خليفة عقيلة، المرجع السابق، ص 104.

<sup>2</sup>- زرناجي وليد، المرجع السابق، ص 68.

<sup>3</sup>- فرهي حسين، المرجع السابق، ص 37.

القاضي إلى غاية اتفاق الأطراف الذي يكون موقعا من قبل الأطراف والوسيط، ومثبتا بموجب أمر من القاض، وهذا الاتفاق غير قابل للطعن ويشكل سند ذات قوة تنفيذية حسب المادة 994 من ق إ م إ.<sup>1</sup>

والمشرع الجزائري أخذ بالوساطة القضائية وهذا ما نلمسه من خلال المادة 994 في فقرتها الأولى،<sup>2</sup> وأعتبر الوساطة إجراء وجوبي يلزم القاضي اقتراحه على الخصوم باستثناء شؤون الأسرة والقضايا العمالية، وكل من شأنه أن يمس بالنظام العام.

### ج . إجراءات الوساطة

أوجب المشرع على القاضي إجراء الوساطة بين أطراف النزاع المطروح أمامه وهو إجراء جوهري ومن أول جلسة، ولا يصبح هذا الإجراء نافذا إلا بعد قبوله من طرف الخصمين، حيث يقوم القاضي بتعيين الوسيط من أجل إيجاد حل للنزاع ويعطي له أجلاً معيناً للقيام بهذه المهمة.<sup>(3)</sup> ورغم ذلك يتابع القاضي مجريات القضية، وله سلطة واسعة في إتخاذ التدابير والتي من شأنها المساهمة في حل النزاع.

والوسيط من أجل حل النزاع يقوم بالمهام التالية:

. دعوة الأطراف الى الوساطة حسب المادة 1000 من ق إ م إ.

. تلقي وجهات نظر الأطراف 994 من ق إ م إ.

. سماع لكل شخص ففي سماعه فائدة لتسوية النزاع.

. محاولة التوفيق بين الخصوم وعملية الوساطة قد تكون على كل النزاع أو جزء منه ومدتها 03

أشهر على الأكثر قابلة للتجديد بطلب من الوسيط وموافقة الخصوم.<sup>4</sup>

1- خليفة عقيلة، المرجع السابق، ص 104.

2- زرناجي وليد، المرجع السابق، ص ص 68، 69.

3- كراكري مسعودة ومش خيرة، المرجع السابق، ص 41.

4- زرناجي وليد، المرجع السابق، ص 69.

د. آثار الوساطة

تنتهي الوساطة بطريقتين هما كالتالي:

. إما تنتهي باتفاق الطرفين حيث يخبر الوسيط القاضي بذلك وتحرر محضراً يصادق عليه

القاضي بموجب امر غير قابل للطعن، حسب المادة 1003 و1004 من ق إ م إ.<sup>1</sup>

. تتمثل في انتهاء الوساطة عن طريق القاضي في أي وقت سواء بطلب الوسيط او من الخصوم

او من طرف القاضي منه تلقائياً، ذلك عندما يتبين له استحالة الوصول الى اتفاق ودي ينهي

النزاع، وهنا ترجع القضية الى الجلسة ويستدعى الوسيط والخصوم اليها عن طريق أمين ضبط.<sup>2</sup>

ثانياً: مدى جواز الوساطة في تسوية منازعات الصفقات العمومية

من خلال المادة 994 من القانون 08 - 09 نرى أن الوساطة جائزة في جميع المنازعات

ماعدا المستثناة في نص المادة نفسها، ومن اجل معرفة مدى جواز الوساطة في تسوية منازعات

الصفقات العمومية بحل ودي من أجل ضمان التوازن المالي، يجب أن نحدد مدى جواز الوساطة

في المنازعات الإدارية أي التي تكون الأشخاص المعنوية العمومية طرفاً فيها.

وحول هذا الموضوع إنقسم الفقه الإداري الجزائري الى رأيين:.

يرى الأستاذ "رشيد خلوفي" أن الوساطة هي طريق بديل متعلق بالقضايا غير الإدارية ولا

يتعلق بالقضايا الإدارية، حيث يرى أن ق إ م إ عدد الطرق البديلة في القضايا الإدارية لم يذكر

إلا الصلح والتحكيم ولم يشر إلى الوساطة.<sup>3</sup>

وترى الباحثة القاضية "شفيقة بن صاولة" مبررة موقفها من خلال اعتبارها ان خصوصية النزاع

الإداري لا يتحول دون تطبيق الوساطة عليه، بشرط أن لا تكون القضايا التي لها مساس بالنظام

العام وتتعارض مع مبادئ القانون الإداري.<sup>4</sup>

1- خليفة عقيلة، المرجع السابق، ص 106.

2- فرهي حسين، المرجع السابق، ص 38.

3- زرناجي وليد، المرجع السابق، ص 70.

4- فرهي حسين، المرجع السابق، ص 39.

والوساطة في القانون الجزائري غير موجودة على مستوى التطبيقي وبالتالي يصعب تحديد ذلك، لكن نحاول تمييز بين حالتين وهي النزاعات التي تكون في مرحلة إبرام الصفقات العمومية فلا تقبل الوساطة لأن الصفقة لم تبدأ بعد، أما مرحلة تنفيذ الصفقات بالنسبة للصفقة فإننا نميز حالتين وهما:

بالنسبة للنزاعات التي تكون طرفها الأشخاص المعنوية العمومية المذكورة في المادة 800 من

ق إ م إ أيضاً تخضع للوساطة عدا التي تمس بالنظام العام.<sup>1</sup>

أما بالنسبة للنزاعات التي تكون طرفا فيها المؤسسات العمومية المذكورة في المادة 6 من المرسوم الرئاسي 15 - 247 طرفا فيها فإذا كيفت أنها نزاعات عادية فإنها تخضع اكيد للوساطة، أما إذا كيفت أنها نزاعات إدارية فالأغلب أنها تخضع للوساطة عدا تلك التي تمس بالنظام العام، وتعود الإجابة على ذلك تطبيق للوساطة على أرض الواقع.<sup>2</sup>

### الفرع الثالث: التحكيم كآلية للتسوية الودية بما يحقق التوازن المالي

يعتبر التحكيم من أهم الآليات لحل المنازعات، وقد نص عليه المشرع في القانون رقم 08 - 09 المتضمن ق إ م إ في موقعين نص عليه أولا في المواد من 975 - 976 - 977 فيما يخص بالتحكيم في القضايا الإدارية، وثانيا نص عليه في الباب الثاني من الكتاب الخامس فيما يتعلق بالتحكيم في كل المنازعات وذلك في المواد 1006 إلى غاية المادة 1061 من نفس القانون، لذلك سنتطرق إلى النظام القانوني للتحكيم (أولا)، ثم مدى جواز التحكيم في تسوية نزاعات الصفقات العمومية (ثانيا).

#### أولاً: النظام القانوني للتحكيم

من أجل تحديد النظام القانوني فلا بد من تعريف التحكيم، وكذا تحديد أنواعه ثم الإجراءات والآثار المترتبة عليه.

<sup>1</sup>- خليفة عقيلة، المرجع السابق، ص 107.

<sup>2</sup>- زائدة سامية، المرجع السابق، ص ص 65. 66.

## أ. تعريف التحكيم

لم يعرف المشرع الجزائري التحكيم واكتفى بتعريف عناصر التحكيم والمتمثلة في شرط التحكيم و«اتفاق التحكيم»<sup>1</sup> حيث عرف شرط التحكيم في المادة 1007 من ق إ م إ كما يلي: «شرط التحكيم هو اتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوقه متاحة في مفهوم المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم»<sup>2</sup>.

أما اتفاق التحكيم نصت عليه المادة 1011 من ق إ م إ السابق الذكر على أنه: «اتفاق التحكيم هو الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم»<sup>3</sup>.

إلا هناك تعريفات عديدة في الفقه والقضاء نذكر منها: "التحكيم هو اتفاق على طرح نزاع على شخص معين أو اشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة"<sup>4</sup>.

وعرف الأستاذ بجاوي التحكيم على أنه: "نظام عدالة خاصة، ومن خلالها ينتزع النزاع من اختصاص المحاكم العادية ليعهد لأشخاص خواص يختارون مبدئيا من قبل الأطراف وبمساعدهم"<sup>5</sup>.

وفي تعريف آخر للتحكيم "هو نظام قانوني يتم بواسطته الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين الطرفين أو أكثر بواسطة شخص أو اشخاص من الغير يستمدون مهمتهم من إتفاق أطراف النزاع"<sup>6</sup>.

فحين عرفه مجلس الدولة الفرنسي على أنه: "سلطة إتخاذ القرار التي يعترف بها لطرف ثالث والتسليم بصفة قضائية لقرار المحكم"<sup>7</sup>.

1- خليفة عقيلة، المرجع السابق، ص 110.

2- انظر المادة 1007، قانون رقم 08 - 09، المتضمن ق إ م إ، المرجع السابق، ص 113.

3- انظر المادة 1011، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

4- أسامة قويدر زرفاف، منازعات ملحق الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة قدمت لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص إدارة ومالية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2016 - 2017، ص 46.

5- رحمانى راضية، المرجع السابق، ص 118.

6- زرناجي وليد، المرجع السابق، ص 73.

7- زائدة سامية، المرجع السابق، ص 68.

## ب . الطبيعة القانونية للتحكيم

يتميز التحكيم عن غيره من الآليات بمميزات وخصوصيات فهو يصدر من هيئة غير قضائية يطرح عليها النزاع بموجب اتفاق الأطراف، ومن جهة أخرى فإن الحكم الصادر ذو طبيعة قضائية لذلك اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم مما ظهرت اتجاهات نعرضها كما يلي:<sup>1</sup>

1. التحكيم ذو طبيعة تعاقدية: يرى أنصار هذا الاتجاه وبحق أن الاتفاق على التحكيم هو عقد يتم باتفاق الطرفين المحتكمين، ويعتبر مظهراً لسلطان إرادتين واستعمالاً لهما لحقهما في الالتجاء الى التحكيم وذلك من اجل حل نزاعهما من غير طريق القضاء العام في الدولة.<sup>2</sup>

ولكنه تعرض هذا الراي للنقد على أساس ان الاتفاق هو عنصر في التحكيم ولا يمكن اعتباره محل التحكيم، كما ان إرادة الأطراف ليس دائماً على أساس اللجوء الى التحكيم كما هو الحال في التحكيم الإجباري.<sup>3</sup>

2. التحكيم ذو طبيعة قضائية: يرى أصحاب هذا الاتجاه ان التحكيم هو نوع من أنواع القضاء أي ان التحكيم يقوم بنفس وظيفة القضاء وهو حسم النزاع وتحقيق العدالة، ولكن هذا الراي انتقد للفرق الشاسع بين التحكيم والقضاء فلا يمكن الخلط بينهما.<sup>4</sup>

3. التحكيم ذو طبيعة مختلطة: يرى أصحاب هذا الاتجاه انه عقدي إذا نظرنا اليه من حيث أصله متمثلاً في اتفاق التحكيم وهو قضائي من حيث الحكم الصادر عن المحكم والذي يعتبر ملزماً للأطراف، وهذا الراي أيضا تعرض للنقض حيث انه يؤدي إلى تناقضات كثيرة.<sup>5</sup>

1- خليفة عقيلة، المرجع السابق، ص 111.

2- نادية يوسف، المرجع السابق، ص 35.

3- زائدة سامية، المرجع السابق، ص 69.

4- زرناجي وليد، المرجع السابق، ص 74.

5- زائدة سامية، المرجع السابق، ص 69.

4. التحكيم ذو طبيعة مستقلة: لقد جاء هذا الإتجاه لكي يعترف بإستقلالية الذاتية للتحكيم كأسلوب لحل المنازعات بالطرق الودية بعيد عن مرفق القضاء من طبيعة إدارية وإنما له نظام قانوني خاص به.<sup>1</sup>

وذهب بعض الفقه في هذا الإتجاه إلى إعتبار التحكيم صورة من صور القضاء الخاص لأن منازعات التحكيم يتولى الفصل فيها شخص أو اشخاص عاديين ليسوا من بين رجال القضاء النظاميين ولا تسأل الدولة عن أعمالهم وإنما يختارون بواسطة أطراف المنازعة طبقاً للقانون.<sup>2</sup>

ج . أنواع التحكيم

ينقسم التحكيم إلى أشكال عديدة حسب المنظور أو الزاوية التي ينظر منها إليه فينقسم:

1. من حيث تدخل الإدارة: ينقسم إلى تحكيم اختياري وتحكيم إجباري.

1.1. التحكيم الإختياري: إذا كان اللجوء إليه بإرادة الأطراف المحكّمين، ويستند إلى إتفاق خاص ويستمد وجوده من الاتفاق، فالتحكيم يكون إختيارياً إذا لم يكن الإلتجاء إليه امراً مفروضاً على الأطراف المحكّمين.<sup>3</sup>

2.1. التحكيم الإجباري: عندما يوجبه المشرع على الخصوم من أجل الفصل في نزاعهم نفاذا لقاعدة قانونية آمرة، وأخذ المشرع بهذا النوع أثناء الحقبة الاشتراكية عندما أخذ بعض المنازعات الى التحكيم الاجباري بموجب الأمر رقم 75. 44 المؤرخ في 17 يونيو 1975 الذي يتعلق بالتحكيم الاجباري لبعض الهيئات.<sup>4</sup>

2. من حيث الجهة التي تقوم به: وينقسم إلى التحكيم الحر والتحكيم المؤسساتي.

1.2. التحكيم الحر: هو الذي يتولى أطرافه تنظيمه بأنفسهم وهو يمثل صورته بسيطة للتحكيم.

<sup>1</sup>- خليفة عقيلة، المرجع السابق، ص 112.

<sup>2</sup>- خليفة عقيلة، المرجع السابق، ص 112.

<sup>3</sup>- نادية يوسف، المرجع السابق، ص 38.

<sup>4</sup>- زائدة سامية، المرجع السابق، ص 70.

2.2 . التحكيم المؤسساتي: وهو الذي تتولاه هيئته أو هيئات وطنية أو دولية وفقا لقواعد واجراءات معدة مسبقا.<sup>1</sup>

3. من حيث النطاق الجغرافي: وينقسم إلى التحكيم الداخلي والتحكيم الخارجي.

1.3 . التحكيم الداخلي: وهو التحكيم الذي يتعلق بنزاع يمس دولة واحدة في جميع عناصره التي تشمل موضوع النزاع والمكان الذي يجري فيه التحكيم وجنسية الخصوم والقانون الواجب التطبيق على النزاع ومكان صدور الحكم ومكان تنفيذه.<sup>2</sup>

1.3 . التحكيم الخارجي (الدولي): وهو يخص النزاعات التي تتعلق بمصالح دولتين أو أكثر،<sup>3</sup> وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 1039 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية «التحكيم الذي يخصه النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الاقل».<sup>4</sup>

4 . ومن حيث القانون الواجب التطبيق: ينقسم إلى التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح.

1.4 . التحكيم بالقانون: وهو الذي يتقيد فيه المحكم بأحكام القانون فلا يكون للمحكم الا سلطة القضاء في النزاع المطروح عليه،

2.4 . التحكيم بالصلح: وهو ذلك التحكيم الذي يفوض اطرافه عقد التحكيم هيئة التحكيم في الحكم في النزاع بما تراه عادلا دون التقيد بأحكام قانون معين، الا ما تعلق منها بالنظام العام.<sup>5</sup>

ج . إجراءات التحكيم والآثار المترتبة عليه:

تنقسم إجراءات التحكيم وفق لإجراءات المدنية والإدارية إلى قسمين:

1. بالنسبة للتحكيم الداخلي يمر بإجراءات وهي: أن توجه إرادة الأطراف إلى التحكيم الداخلي حسب ما نصت عليه المادتين 1007 و 1011 من ق إ م إ، بعدها يتم تعيين المحكم أو المحكمين

<sup>1</sup>- زرناجي وليد، المرجع السابق، ص 76.

<sup>2</sup>- خليفة عقيلة، المرجع السابق، ص 113.

<sup>3</sup>- نادية يوسفى المرجع السابق، ص 39.

<sup>4</sup>- انظر المادة 1039، قانون رقم 09.08، المتضمن ق إ م إ، المرجع السابق، ص 116.

<sup>5</sup>- فرهي حسين، المرجع السابق، ص 39.

وفق إتفاق الطرفين، وفي حالة عدم الاتفاق يعين المحكم أو المحكمين من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة إختصاصها إبرام العقد أو محل تنفيذه.<sup>1</sup>

وحسب نص المادة 1014 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية أوجب مشرع أطراف النزاع الى اسناد التحكيم الى شخص طبيعي متمتعاً بحقوقه المدنية أو إلى شخص معنوي واشترطت المادة 1015 قبول المحكم بهذه المهمة ويجوز رد المحكم في الحالات الواردة في المادة 1016 من قانون نفسه.<sup>2</sup>

وتتم عملية التحكيم وفق المواد 1019 الى 1023 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية، وينتهي التحكيم بالحالات الواردة في المادة 1024 من نفس القانون.<sup>3</sup>

وتتمثل آثار التحكيم الداخلي في أحكام التحكيم التي يصدرها المحكمين بعد مداوات سريه بأغلبية الأصوات حائزة الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها، كما تعتبر أحكام التحكيم غير قابلة للمعارضة، وتكون قابلة للاستئناف خلال أجل شهر من تاريخ النطق، ما لم يتم ما يتم التنازل عن حق الاستئناف في إتفاق التحكيم ويسلم حكم التحكيم بالصيغة التنفيذية بأمر من رئيس المحكمة المختصة ويكون الحكم قابل للتنفيذ.<sup>4</sup>

بالنسبة للتحكيم الدولي يمر بإجراءات وهي أن يتم توجيه إرادة الاطراف إلى التحكيم، حسب ما نصت عليه المادة 1040 أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأي وسيلة تجيز الإثبات بالكتابة، وتكون صحيحة حسب شروط القانون الذي اتفق عليه الاطراف أو المنظم لموضوع النزاع أو الذي يراه المحكم ملائماً.<sup>5</sup>

<sup>1</sup>- زرناجي وليد، المرجع السابق، ص 43.

<sup>2</sup>- انظر المادتين 1004 و1016، قانون رقم 08 - 09، المتضمن ق إ م إ، المرجع السابق، ص ص 113. 114.

<sup>3</sup>- انظر المواد 1019 الى 1024، المرجع نفسه، ص 114.

<sup>4</sup>- خليفة عقيلة، المرجع السابق، ص 116.

<sup>5</sup>- انظر المادة 1040، قانون رقم 08 - 09، المتضمن ق إ م إ، المرجع السابق، ص 116.

ويتم تعيين المحكمين وفق نص المادة 1041 عن طريق الاطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو استبدالهم أو عزلهم يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل اللجوء الى الجهة القضائية المختصة.<sup>1</sup>

وفي عملية التحكيم نصت المادة 1043 من ق إ م إ على أنه: «يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الاجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة أو استناداً لنظام تحكيم، كما يمكن اخضاع هذه الاجراءات إلى قانون الاجراءات الذي يحدده الاطراف في اتفاقية التحكيم إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الاجراءات عند الحاجة مباشرة أو استناداً إلى قانون أو نظام التحكيم».<sup>2</sup>

وتتمثل آثار التحكيم الدولي في الحكم الصادر عن محكمة التحكيم الذي يكون قابلاً للتنفيذ بعد الاعتراف به من رئيس المحكمة المختصة، وفي حال تدور أمر يرفض الاعتراف بالحكم أو يرفض التنفيذ يمكن استئنافه امام المجلس القضائي المختص في أجل شهر من تاريخ التبليغ الرسمي له.<sup>3</sup>

### ثانياً: مدى جواز التحكيم في منازعات صفقات العمومية من أجل ضمان توازن المالي

من أجل معرفة مدى جواز التحكيم في مجال الصفقات العمومية لابد من تحديد من نزاعات الصفقات العمومية التي يجوز اللجوء فيها للتحكيم، ثم تحديد الاشخاص التي يجوز لها اللجوء الى التحكيم في مجال الصفقات العمومية.

#### أ. منازعات الصفقات التي يجوز فيها اللجوء الى التحكيم

يقتصر اختصاص التحكيم على المنازعات التي تتعلق بالحقوق المالية فقط (الحقوق التي لها مطلق التصرف فيها) وهذا ما يؤدي الى استبعاد بعض نزاعات الصفقات العمومية المذكورة كما يلي:

<sup>1</sup>- انظر المادة 1041، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

<sup>2</sup>- انظر المادة 1043، قانون رقم 08 - 09، المتضمن ق إ م إ، المرجع السابق، ص 116.

<sup>3</sup>- نادبة يوسف، المرجع السابق، ص 46.

. النزاعات الناشئة عند إبرام الصفقات العمومية.

. النزاعات التي تتعلق بمشروعية أعمال الإدارة كدعوى الإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة المتعلقة بالصفقة العمومية.<sup>1</sup>

. النزاعات المتعلقة بالنظام العام وحالة الأشخاص وأهليتهم.<sup>2</sup>

ب . الأشخاص التي يجوز لها اللجوء للتحكيم في مجال الصفقات العمومية:

أهلية الأشخاص التي يجوز لها اللجوء الى التحكيم بمجال الصفقات العمومية فنجد المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15. 247 في الفقرة الأولى والتي نصت على «تسوى النزاعات في إطار الاحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها».<sup>3</sup>

فمن خلال هذه الفقرة التي تحيلنا الى قانون الاجراءات المدنية والإدارية إلى نص المادتين 975 والمادة 1006 والتي نص من خلالهما المشرع على الاشخاص التي يجوز لها طلب التحكيم في مجال الصفقات عمومية، حيث نصت المادة 975 من القانون 08. 09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية على انه: «لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 اعلاه أن تجري تحكما الا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية».<sup>4</sup>

أما المادة 1006 والتي نصت على أنه «يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.

<sup>1</sup>- خليفة عقيلة، المرجع السابق، 118.

<sup>2</sup>- انظر الفقرة الثانية من المادة 1006، قانون رقم 08 - 09، المتضمن ق إ م إ، المرجع السابق، ص 113.

<sup>3</sup>- انظر الفقرة الأولى من المادة 153، المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247، المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق، ص 34.

<sup>4</sup>- انظر المادة 957، قانون رقم 08 - 09، المتضمن ق إ م إ، المرجع السابق، ص 110.

لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم، ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية»<sup>1</sup>.

وما يجدر التنويه إليه هو وجود تعارض من حيث المضمون بين المادتين حيث أن المادة 975 تجيز التحكيم إلا في مجال الاتفاقيات الدولية المصادق عليها وفي مجال الصفقات العمومية، في حين أن المادة 1006 لم تجيز التحكيم إلا في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية أو الصفقات العمومية.<sup>2</sup>

كذلك وقع في تعارض في تحديد الأشخاص التي يجوز لها اللجوء إلى التحكيم، فمن جهة يذكر الأشخاص المعنوية العامة ومن جهة أخرى يذكر الأشخاص المذكورة في المادة 800 فهناك فرق بين المصطلحين، المادة 800 لم تشمل إلا بعض الأشخاص المعنوية العامة وليست كلهم.<sup>3</sup>

وبالعودة إلى أحكام المرسوم 247.15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجد أن أهليه المصلحة المتعاقدة والتي تتمثل حسب نص المادة 06 في اللجوء للتحكيم وفق لأحكام المادة 153 من هذا المرسوم، وهذا في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجنب وأمام هيئه دوليه بناء على اقتراح من الوزير المعني للموافقة المسبقة أثناء إجتماع الحكومة.<sup>4</sup>

وعليه ويربط المادة 800 والمادة 975 والمادة 1006 من قانون إ م إ والمادة 06 من المرسوم الرئاسي 15 - 247 المتضمن قانون الصفقات العمومية، فإنه يمكن القول بأن باب التحكيم فتح أمام منازعات الصفقات العمومية، وهذا ما يعني أنه يمكن للمؤسسات المذكورة في المادة 06 من

<sup>1</sup>- انظر المادة 1006، قانون رقم 08 - 09، المتضمن ق إ م إ، المرجع السابق، ص 113.

<sup>2</sup>- زيادة سامية، المرجع السابق، ص 75.

<sup>3</sup>- موساوي مليكة، "التحكيم كطريق بديل لحل النزاع في مجال الصفقات العمومية"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، سداسية محكمة، عدد 09، معهد الحقوق، المركز الجامعي تامنغاست، الجزائر، سبتمبر 2015، ص 230.

<sup>4</sup>- لعجال ياسمينه ودوفان ليدية، "أهلية اشخاص القانون العام في اللجوء إلى التحكيم"، (دراسة نقدية لأحكام قانون التحكيم الجزائري)، دفاثر السياسة والقانون، العدد 16، جامعة قاصدي مرياح ورقلة، جانفي 2017، ص 303.

تنظيم الصفقات العمومية مهما كان طبيعتها أن تلجا للتحكيم في المنازعات التي ابرمتها إلى جانب الاشخاص المعنوية العامة.

ويفهم من ذلك أن في حال عدم التوصل الى حل ودي يقضي بإيجاد التوازن المالي للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين في منازعات الصفقات العمومية، فإنه يمكن اللجوء إلى التحكيم حسب ما قضت به المادة 153،<sup>1</sup> والتي اقتصر المشرع فيها على النص بجواز التحكيم للمصالح المتعاقدة في المنازعات التي تطرأ مع المتعاملين المتعاقدين الأجانب فقط دون ذكر المتعاملين الوطنيين.<sup>2</sup>

وهذا ما أكدته المادة 154 التي نصت في الفقرة الأولى على أنه: «تتشأ لدى كل وزير ومسؤول هيئه عمومية وكل والي لجنة للتسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين».<sup>3</sup>

كما لزم في نفس الوقت المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر شروطها اللجوء الى هذه التسوية، وهو ما يؤكد استبعاد التحكيم في المنازعات التي يكون المتعامل متعاقد فيها وطني.<sup>4</sup> ولقد أثبت الواقع العملي اللجوء إلى التحكيم إذ أن المؤسسات العمومية تمارس التحكيم الدولي، حيث سجلت سوناتراك بفردها 45 قضية تحكيم دولية بهذا الخصوص في الفترة الممتدة بين سنة 1971 و1996.<sup>5</sup>

<sup>1</sup>- زرناجي وليد، المرجع السابق، ص 81.

<sup>2</sup>- خليفة عقيلة، المرجع السابق، ص 112.

<sup>3</sup>- انظر الفقرة الأولى من المادة 154، المرسوم الرئاسي 15 - 247، المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق، ص 34.

<sup>4</sup>- خليفة عقيلة، المرجع السابق، ص 122.

<sup>5</sup>- زائدة سامية، المرجع السابق، ص 77.

## المبحث الثاني: آلية التسوية القضائية لفض النزاع الناجم عن ضمان التوازن

### المالي للصفقة العمومية

بعد إستتفاد سبل التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية الناجمة عن اختلال التوازن المالي للصفقة، سواء المقررة في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 15.247، أو في القانون رقم 08 - 09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، وفشلها في إيجاد حل الودي لإعادة التوازن المالي ودفع الضرر الذي لحقه من المصلحة المتعاقدة، أجاز المشرع الجزائري للمتعاقل المتعاقد حق اللجوء إلى القضاء وهذا ما يعرف بالتسوية القضائية.

وبالرغم من طول الإجراءات التي تستغرقها هذه الآلية، إلا أنها تؤدي إلى إنهاء الصراع بصفة جذرية والزامية بمجرد صدور حكم نهائي من القاضي المختص، ويصبح الحكم ملزم للطرفين، ومن هنا يبرز دور القضاء في تسوية منازعات الصفقات العمومية، خاصة الناجمة عن ضمان التوازن المالي التي تطرح عليه للفصل فيها سواء كان القضاء الإداري أو القضاء العادي بشكل يلائم وضع الصفقة.

وحسب ما نصت عليه المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15 - 247 في فقرتها الأولى أن منازعات الصفقات العمومية تسوى في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمولة بها دون توضيح القضاء المختص بالنظر في هذه المنازعات، ولا أنواع الدعاوى المرفوعة في هذا الإطار وهذا ما يحيلنا إلى ق إ م إ.

كانت المحاكم في ظل القضاء الواحد حيث لم يكن هناك تقسيم مستقل بين الجهات القضائية الإدارية والعادية، لذلك لم تكن أي صعوبة في تحديد اختصاص القاضي بالنظر في قضية ما، غير أنه وبإحداث نظام ازدواجية القضاء طرح العديد من الاشكالات لتحديد الجهة المختصة، سواء ما بين القضاء الإداري والقضاء العادي أو ما بين المحاكم الإدارية ومجلس الدولة، وطبيعة الدعاوى الممارسة في هذا المجال إن كانت تخضع لدعاوى الإلغاء أو دعاوى القضاء الكامل.

إنطلاقا مما قدمناه سنتطرق في هذا المبحث إلى ثلاث مطالب كما يلي: طبيعة الاختصاص القضائي لمنازعات الناجمة عن إعادة التوازن المالي (المطب الأول)، وقواعد توزيع اختصاص

القضاء الإداري في منازعات إختلال التوازن المالي (المطلب الثاني)، ثم الدعاوى الإدارية لضمان التوازن المالي للصفقة العمومية (المطلب الثالث).

### المطلب الأول: طبيعة الاختصاص القضائي للمنازعات الناجمة عن إعادة التوازن المالي

مع إزدواجية القواعد القانونية التي تخضع لها الصفقات العمومية بين المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247، والقانون رقم 08 - 09 تجعل من قواعد حل منازعات هذه الأخيرة تثير بعض الملاحظات القانونية الإجرائية منها والموضوعية، والتي تتعلق أساسا بتوزيع الاختصاص القضائي في مادة الصفقات العمومية، فالإختصاص هو صلاحية التحقيق والحكم بمقتضى القانون في خصومة معينة أي تحديد ولاية كل جهة من الجهات القضائية عندما تتعدد هذه الجهات، وبيان ما يدخل ضمن إختصاص القضاء العادي وما يدخل ضمن إختصاص القضاء الإداري وخاصة في ظل تعدد منازعات الصفقات العمومية.<sup>1</sup>

ومن خلال هذا سنتطرق إلى: المعيار العضوي كأساس لتحديد طبيعة الاختصاص القضائي (الفرع الأول)، والاستثناء الوارد على المعيار العضوي كأساس لتحديد طبيعة الاختصاص القضائي (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: المعيار العضوي كأساس لتحديد طبيعة الاختصاص القضائي

تبنى المشرع الجزائري المعيار العضوي كأساس لتحديد مجال اختصاص القضاء الإداري والذي يتسم بالبساطة والسهولة الكبيرة في مجال تطبيق القانون الإداري وتحديد اختصاص القضاء الإداري من خلال تحديد الطبيعة الإدارية للنزاع.<sup>2</sup>

وكرس المشرع المعيار العضوي في المادتين 800 و 801 من ق إ م إ، حيث نصت المادة 800 أن: «المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية، تختص بالفصل

<sup>1</sup>- بن عيشة عبد الحميد، "إشكالات الاختصاص القضائي في مجال الصفقات العمومية"، المجلة الجامعية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 1، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2017، ص 188.

<sup>2</sup>- العمري مزيان وبن كبوية ريم، تنازع الاختصاص في ظل الازدواجية القضائية، مذكرة قدمت لنيل شهادة الماستر في القانون العام، تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد اكلي محند اولحاج البويرة، ص 10 - 11.

في أول درجة بحكم قبل الإستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات صبغه الإدارية طرفا فيها».

كذلك في نص المادة 801 من نفس القانون السابق الذكر والتي نصت على أنه: «تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في:

1. دعاوي إلغاء القرارات الإدارية والدعوى والتفسيرية ودعوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن:

. الولاية والمصالح غير ممرضة للدولة على مستوى الولاية

. البلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية

. المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية،

2. دعاوى القضاء الكامل، القضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة».<sup>1</sup>

كذلك تبناه صراحة في المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15. 247 المتضمن قانون الصفقات العمومية، والتي حددت قائمة الأشخاص والهيئات العمومية التي تخضع لتنظيم الصفقات العمومية، حيث نصت على أنه: «لا تطبق احكام هذا الباب الا على الصفقات العمومية محل نفقات:

. الدولة

. الجماعات الإقليمية

. المؤسسات العمومي ذات الطابع الإداري

. المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية مموله كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية

<sup>1</sup>- انظر المادتين 800 و 801، المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247، المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق، ص 92.

وتدعى في صلب النص "المصلحة المتعاقدة"<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: الاستثناء الوارد على المعيار العضوي كأساس لتحديد طبيعة الاختصاص القضائي

لأن هناك إشكال من خلال ما تضمنته المادة 06 السابقة الذكر، حيث أن المطة الأخيرة تضمنت نوع آخر من الهيئات العمومية، والتي هي خاضعة للتشريع التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة، أو من الجماعات الإقليمية.

ف نجد موقف القضاء الإداري الجزائري غير مستقر في هذه المسألة أحيانا يرفض الاختصاص بالفصل في هذا النوع من المنازعات تمسكا بالمعيار العضوي<sup>2</sup>، كما هو الحال في قضية (أ ج) ضد الوكالة المحلية للتسيير والتنظيم العقاري الحضري، حيث قضى المجلس بأن هذه الوكالة هي مؤسسة عامة ذات طابع صناعي وتجاري، وبالتالي لا تكون نزاعها قائمة مع متقاضين خاضعين للقانون الخاص من إختصاص الجهة القضائية الإدارية طبقا لنص المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السابق، وهذا ما أكده كذلك مجلس الدولة في إحدى قراراته الصادر بتاريخ 27 / 05 / 2002 ملحق رقم 0547 الوكالة الوطنية لسدود ضد شركة لحمد انترناسيونال (فهرس 576 غير منشور) حيث أعتبر الوكالة الوطنية للسدود مؤسسة عمومية ذات الطابع التجاري وأقر عدم اختصاصه وبني قراره على المادة 07 من ق إ م سابقا<sup>3</sup>، وأحيانا يفصل وفق معايير أخرى كالمعيار المادي ومعيار التمويل.

### أولاً: المعيار المادي

تعد الصفقات التي تبرم من طرف الأشخاص الخاصة عقود إدارية كلما كان موضوعها يتعلق بتسيير مرفق عام، وهذا إعمالا بنص المادة 55 من قانون التوجيهي 88 - 01 بحيث نصت الفقرة الأولى على أنه: «عندما تكون المؤسسة العمومية الاقتصادية مؤهلة قانونا لتسيير مباني

<sup>1</sup>- انظر المادة 06، المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247، المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق، ص 03.

<sup>2</sup>- عطوى حنان، "إشكالات الاختصاص النوعي لمادة الصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، مجلة الافاق العلمية، عدد 02، الهيئة الجامعية الشاذلي بن جديد الطارف، 2019، ص 200.

<sup>3</sup>- محمد الكامل مختاري وعبد الكريم عوار حبيب، المركز القانوني للمتعاقد في عقود الصفقات العمومية، مذكرة قدمت لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون العام للأعمال، قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2017. 2018، ص ص 44 . 45.

عامة أو جزء من الأملاك العامة الإصطناعية وذلك في إطار المهمة المنوطة بها يضمن تسيير الاملاك العامة طبقا لتشريع الذي يحكم الاملاك العامة.

وفي هذا الإطار يتم التسيير طبقا لعقد اداري للامتياز ودفتر الشروط العامة وتكون المنازعة المتعلقة بملحقات الاملاك العامة من طبيعة إدارية»<sup>1</sup>.

وبذلك وسع الاجتهاد القضائي من اختصاص القضاء الاداري وأكد بأن عقود المؤسسات العمومية ذات الصبغة التجارية والصناعية التي تحتوي على مظاهر السلطة العامة والمتعلقة بتنفيذ مرفق عام ينبغي أن تعتبر عقود ادارية تخضع منازعاتها للقضاء الإداري،<sup>2</sup> وهو ما أقره المشرع في المادة 56 من نفس القانون التوجيهي والتي جاء فيها: «عندما تكون المؤسسات العمومية الاقتصادية مؤهلة قانونا لممارسة صلاحية السلطة العامة وتسلم بموجب ذلك وباسم الدولة ولحسابها ترخيصات وإجازات وعقود إدارية أخرى، فإن كيفية شروط ممارسة هذه الصلاحيات وكذا تلك المتعلقة بالمراقبة الخاصة بها تكون مسبقا موضوع نظام مصلحة يمد طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

تخضع المنازعة المتعلقة بهذا المجال للقواعد المطبقة على الإدارة»<sup>3</sup>.

ويظهر من خلال محتوى المادتين 55 و56 من القانون التوجيهي 88 . 01 أن المشرع اعتمد في تحديد اختصاص القاضي الاداري للفصل في منازعات المؤسسة العمومية ذات الطابع التجاري على المعيار المادي عندما تقوم بعمل من صلاحيات السلطة العامة.<sup>4</sup>

<sup>1</sup>- انظر الفقرة الأولى من المادة 55، القانون رقم 88 - 01، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، المؤرخ في 12/08/1988، الجريدة الرسمية، عدد 02، الصادرة بتاريخ 01/01/1988، ص 38.

<sup>2</sup>- بن عيشة عبد الحميد، المرجع السابق، ص 198.

<sup>3</sup>- انظر المادة 56، القانون رقم 88 - 01، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، المرجع السابق، ص 38.

<sup>4</sup>- تيراورى محمد الامين، "الاختصاص القضائي للفصل في المنازعات الصفقات العمومية الخاضعة للتشريع التجاري"، مجلة دفاتر البحوث العلمية، عدد 11، جامعة الجزائر 1، ديسمبر 2017، ص 250.

ثانياً: معيار التمويل

كما يمكن الأخذ أيضاً بمعيار تمويل الصفقة (الأموال العامة) وذلك ما يستتبط من خلال اشتراط المشرع لعملية تمويل الصفقة كلياً أو جزئياً وبمساهمة نهائية أو مؤقتة من ميزانية الشخص المعنوي العام، وبناء على ذلك يمكن ان تخضع منازعات المؤسسة العامة الصناعية التجارية المرتبطة بالصفقات العمومية لاختصاص القضاء الاداري آخذاً بمعيار الأموال العامة.<sup>1</sup>

وهو ما يمكن فهمه بمفهوم المخالفة من قرار محكمة التنازع في قرارها الصادر بتاريخ 11/13/2007 بين (ق ج) والشركة الجزائرية للتأمين (SAA) ووحدة بشار، حيث جاء في ما يلي: "...حيث و أنه إذا كان فعلاً في قضية الحال عقد صفقة عمومية مبرم بين السيد (ق ج) مدير مؤسسه البناء والشركة الجزائرية (SAA) ووحدة بشار ممثلة في مديرها فإنها الشركة الجزائرية ليست شخص من اشخاص القانون العام وانما مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري وغير مكلفة في النزاع الحالي بإنجاز مشاريع استثمارية عمومية بمساهمات نهائية من ميزانية الدولة وإن اختصاص الفصل في النزاع يرجع وجوباً الى الجهة القضائية المدنية...".<sup>2</sup>

نصت المادة 45 من قانون 88 - 01 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية على أنه: «تخضع الهيئة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري للقواعد المطبقة على الإدارة في علاقتها مع الدولة وتعد تاجرة في علاقتها مع الغير وتخضع لقواعد القانون التجاري ويكون لها في حياتها ذمة متميزة وموازنة خاصة طبقاً للأحكام القانونية والتنظيمية المطبقة في هذا الشأن».<sup>3</sup>

يستنتج من خلال النص ازدواجية نشاط هذه المؤسسة تختلف باختلاف الطرف الذي تتعامل معه، ولقد ميز النص حالتين:

<sup>1</sup> - عطوى حنان، المرجع السابق، ص 201.

<sup>2</sup> - تيراوري محمد الأمين، المرجع السابق، ص ص 253 - 254.

<sup>3</sup> - انظر المادة 54، القانون رقم 88 - 01، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، المرجع السابق، ص 38.

. في علاقتها مع الدولة تخضع لقواعد القانون العام عندما تتولى نشاط تسيير مرفق عام، فهي بذلك تستفيد من امتيازات السلطة العامة، فينعد بذلك اختصاص النظر في منازعاتها للقضاء الإداري.

. في علاقتها مع الغير عندما تمارس هذه المؤسسات نشاط تجاري لا يهدف إلى تسيير مرفق عام فإنها تخضع لقواعد القانون التجاري وخضوع كل ما تقوم به هذه المؤسسات إلى القانون الخاص فينعد اختصاص الفصل في منازعاتها للقضاء العادي.<sup>1</sup>

بما أن منازعات الناجمة عن اختلال التوازن المالي متعلقة بتنفيذ الصفقة العمومية فهي تخضع لاختصاص القضاء الإداري حسب تكييف الصفقة.

### المطلب الثاني: قواعد توزيع الاختصاص القضاء الإداري في منازعات اختلال التوازن المالي

نظم المشرع الجزائري قواعد الإختصاص من خلال ما جاء في النصوص القانونية أهمها ق إ م إ ضمن الباب الأول والثاني من كتاب الرابع الذي جاء بعنوان الاجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية، وسنتطرق لإختصاص المحاكم الإدارية (الفرع الأول)، وإختصاص مجلس الدولة (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: إختصاص المحاكم الإدارية في منازعات إختلال التوازن المالي

إن مسألة تحديد الاختصاص النوعي والاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية من النظام العام، حسب ما جاء في نص المادة 807 من ق إ م إ: «الاختصاص النوعي والاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية من النظام العام...»<sup>2</sup>، ولذلك سنتناول الإختصاص النوعي للمحاكم الإدارية (أولاً)، ثم الإختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية (ثانياً).

### أولاً: الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية في منازعات اختلال التوازن المالي

ذهب المشرع الجزائري عند تحديد الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية إلى العمل بصفة أساسية بالمعيار العضوي إلى جانب المعيار المادي باعتبارها الجهات المختصة للفصل في أول

<sup>1</sup>- تيراوري محمد الأمين، المرجع السابق، ص ص 239 - 240.

<sup>2</sup>- أنظر الفقرة الأولى من المادة 807، القانون رقم 08 - 09، المتضمن ق إ م إ، المرجع السابق، ص 93.

درجة بقرار قابل الاستئناف بجميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرف فيها.<sup>1</sup>

ونصت المادة 800 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية على أنه: «المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية تختص بالفصل في أول درجة بحكم قبل الاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرف فيها».<sup>2</sup>

وبالتالي فإن الإختصاص الأولي والمبدئي للنظر في المنازعات الإدارية يؤول إلى المحاكم الإدارية بما في ذلك منازعات الصفقات العمومية وهو ما يتأكد بالرجوع الى المادة 801 من ق إ م إ.<sup>3</sup> كما أضاف المشرع الجزائري في الفقرة 2 وضمن إختصاص المحاكم الإدارية اختصاص النظر في دعاوي القضاء الكامل والتي تندرج ضمنها منازعات صفقات عموميه إذا تعلق الأمر بالتعويض او المسؤولية الإدارية أو المطالبة بالحقوق.<sup>4</sup>

### ثانيا: الاختصاص الاقليمي للمحاكم الإدارية في منازعات اختلال التوازن المالي

يقصد بقواعد الاختصاص المحلي أو الاقليمي تلك القواعد التي تنظم توزيع المحاكم على أساس جغرافي والتي وضعت من أجل حماية الخصوم ومصالحهم، ومن أجل السرعة في فض المنازعات وتقريب القضاء من المتقاضين،<sup>5</sup> والتي وردت في المادة 803 من ق إ م إ، والتي بدورها أحالت إلى المادتين 37 38 من نفس القانون.

بالنسبة للقواعد المحددة للاختصاص الاقليمي لمنازعات الصفقات العمومية ضمن قانون اجراءات المدنية فإن المشرع قام بتحديد ثلاث معايير تتعلق بها والتي جاءت كلها كاستثناء على

<sup>1</sup>. غانية مبروك، المرجع السابق، ص 58.

<sup>2</sup>- أنظر المادة 800، القانون رقم 08 - 09، المتضمن ق إ م إ، المرجع السابق، ص 92.

<sup>3</sup>- بن عيشة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ص 202 - 203.

<sup>4</sup>- بن عيشة عبد الحميد، المرجع السابق، ص 203.

<sup>5</sup>- عمور حكيم، الرقابة على الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة قدمت لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص لقانون الخاص المعمق، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2015 - 2016، ص 63.

القاعدة العامة،<sup>1</sup> وذلك ضمن المادة 804 من قانون الاجراءات المدنية في فقراتها الثانية، الثالثة والرابعة، وذلك وفقا لما يلي:

. في مادة الاشغال العمومية: يؤولها الاختصاص الاقليمي للمحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال.

. في مادة العقود الإدارية مهما كانت نوعها: يؤول الاختصاص الاقليمي للمحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ابرام العقد او تنفيذه.

. في مادة التوريدات أو الاشغال أو تأجير خدمات فيه أو صناعية: يؤول الاختصاص الاقليمي للمحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ابرام الاتفاق او مكان تنفيذه، إذا كان أحد الاطراف مقيما به.<sup>2</sup>

المنازعات المتعلقة باختلال التوازن المالي للصفقة العمومية تؤول الى المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان التنفيذ او الابرام حسب ما تضمنته المادة 801 في فقراتها الثلاثة كما سبق ذكره.

### الفرع الثاني: اختصاص مجلس الدولة في منازعات إختلال التوازن المالي

يرتكز مجلس الدولة لتحديد مجال إختصاصه كقاضي أول وآخر درجة من نص المادة 09 من القانون العضوي 98 - 01 المتضمن اختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله،<sup>3</sup> والمادة 901 من ق إ م إ والتي نصت: «يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة بالفصل في دعاوى الإلغاء، والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية. كما يختص في الفصل في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة».<sup>4</sup>

<sup>1</sup>-رحماني راضية، المرجع السابق، ص 228.

<sup>2</sup>- انظر الفقرة الأولى والثالثة والسادسة من المادة 804، القانون رقم 08 - 09، المتضمن ق إ م إ، المرجع السابق، ص 93.

<sup>3</sup>- انظر المادة 09، القانون العضوي رقم 98 - 01، المتضمن اختصاصات مجلس الدولة وتنظيم عمله، المؤرخ في 30 ماي 1998، الجريدة الرسمية، عدد 37، الصادرة بتاريخ 01 جوان 1998، ص 04.

<sup>4</sup>- انظر المادة 901، القانون رقم 08 - 09، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق، ص 103.

وعلى إعتبار الصفقات العمومية عمليات قانونية مركبة تشمل على جزء من الشروط التعاقدية التي تتم بموافقة ارادة كل من المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد، وجزء آخر من الأعمال الإنفرادية الصادرة عن المصلحة المتعاقدة لما لها من امتيازات السلطة العامة، مما يجعل هذه الاعمال عرضة للطعن فيها أمام مجلس الدولة.

يختص مجلس الدولة بالنظر في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية كجهة إستئناف في الاحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية، وهو ما جاء في نص المادة 10 من القانون العضوي 98 - 01 السابق الذكر، وكذا نص المادة 902 ق إ م إ، وفي هذه الحالة فإن مجلس الدولة يمارس إختصاصه كدرج' ثانية من درجات التقاضي وهو مبدأ مكفول دستوريا.<sup>1</sup>

### المطلب الثالث: الدعاوى الإدارية لضمان التوازن المالي للصفقة

يعتبر القضاء الإداري المحرك الأساسي لدواليب التسوية القضائية للمنازعات الناشئة عن اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية باعتباره صاحب الولاية العامة، ويرجع في هذا المقام لكل من القضاء الكامل وقضاء الإلغاء.

قضاء الإلغاء يبنى على أحد أسباب عدم المشروعية، فسلطة قاضي الإلغاء تقف عند الحكم بإلغاء قرار معيب دون ان يوجه القاضي إلى الإدارة أوامر محددة للقيام بعمل أو امتناع عنه، أما القضاء الكامل فيخول للقاضي تصفيه النزاع كلياً، فيلغى القرارات المخالفة للقانون ان وجدت، ثم يرتب من ذلك نتائج كاملة من الناحية الإيجابية أو السلبية، ومن هنا إستمد هذا القضاء تسميته.<sup>2</sup>

وسنقتصر في دراستنا هذه على دعاوى القضاء الكامل المتعلقة بمنازعات إختلال التوازن المالي للصفقة العمومية، وهي الدعوى التي يرفعها المدعي أمام الجهات القضائية المختصة للمطالبة بالتعويض وإعادة التقدير المالي، وسميت بدعوى القضاء الكامل نظراً للتعدد وإتساع سلطات القضاء المختصة في هذه الدعوى مقارنة بسلطاته المحددة في الدعاوى الأخرى،<sup>3</sup> ومنها

<sup>1</sup>. عطوى حنان، المرجع السابق، ص 198.

<sup>2</sup>- حاجي ابتسام، المرجع السابق، ص 136.

<sup>3</sup>- خليفة جمال عبد الناصر، المرجع السابق، ص 45.

سنتطرق إلى دعوى الحصول على مبالغ مالية (الفرع الأول)، ودعوى التعويض (الفرع الثاني)، ودعوى الفسخ (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: دعوى الحصول على مبالغ مالية

إن دعوى حصول على مبالغ مالية يكون إما في صورة ثمن أو أجر متفق عليه في العقد، أو تعويض عن أضرار تسبب فيها الطرف المتعاقد، أو لأي سبب من الأسباب التي ترد في مجال العقود الإدارية، والتي تؤدي إلى حكم بمبلغ من المال، والدعاوى المتعلقة بالحصول على مبالغ مالية معينة كثيره جدا تكاد أن تغطي على بقية المنازعات الأخرى.<sup>1</sup>

حيث تدخل في هذا المجال المبالغ المالية عن الفوائد التأخيرية،<sup>2</sup> والمبالغ المالية لتماطل المصلحة في اداء المقابل المالي جراء تنفيذ المتعاقد لالتزاماته،<sup>3</sup> والمبالغ المالية عن الاشغال الإضافية، ومبالغ مالية عن مراجعه الأسعار.<sup>4</sup>

وإن التعويض في هذه الدعوى يختلف عن الغرامة والتي هي مبلغ من المال يحدد جزافيا في العقد كجزاء إخلال المتعاقد بشرط معين لشروط العقد حتى وان لم تحقق الضرر، أما التعويض مبلغه غير محدد مسبقا في العقد يلتزم المتعاقد بدفعه إذا نتج عن فعله ضرر.<sup>5</sup>

### الفرع الثاني: دعوى التعويض عن الضرر

إن دعوى التعويض هي من أهم دعاوى القضاء الكامل تهدف إلى المطالبة بالتعويض وجبر الاضرار.

كما يكون المتعامل المتعاقد الحق في المطالبة بالتعويضات عن خطأ الإدارة أو عن الخسائر الناجمة عن التعديل، ولو كان ذلك بغير خطأ من الإدارة بناء على حق المتعاقد في حفظ التوازن

1- خليفة جمال عبد الناصر، المرجع السابق، ص 46.

2- بن علو حاج عبد القادر، المرجع السابق، ص 86.

3- محمد بوناب، المرجع السابق، ص ص 70 - 71.

4- عباد صوفية، المرجع السابق، ص ص 175 - 176.

5- بوسعيد محمود ويلمير عدنان، المرجع السابق، ص 56.

المالي للعقد، من خلال نظرية فعل الأمير، أو في حالة الاختلال الناتج عن حدث طارئ بتطبيق نظرية الظروف الطارئة، أو الاختلال الناجم عن صعوبات المادية غير المتوقعة اعمالاً بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة،<sup>1</sup> وعليه يجب التعويض مقابل جميع ما أصاب المتعاقد من الإدارة من أضرار ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب، ويقدر التعويض حسب مقدار الضرر لا جسامته الخطأ.<sup>2</sup>

### أولاً: التعويض عن أساس فعل الأمير

ومن الاسباب التي شأنها الحاق الضرر بالمتعامل المتعاقد والمولدة لحقه في التعويض على أساس فعل الأمير:

. نتيجة تعديل المصلحة المتعاقدة لبند العقد بشرط ان يكون التعديل جسيماً.

. نتيجة اخلال المصلحة المتعاقدة التزاماتها التعاقدية

. نتيجة اثناء المصلحة المتعاقدة بلا سبب من خلال قيامه بأعمال إضافية وتمتتع هذه الأخيرة عن تسديد ثمنها.<sup>3</sup>

### ثانياً التعويض عن أساس الصعوبات المادية غير المتوقعة

يتم التعويض على أساس الصعوبات المادية غير المتوقعة عندما يصادف المتعاقد:

. صعوبات مادية استثنائية تلحق اضطراب في التوازن المالي للعقد.

. أن تكون الصعوبات المادية من غير عمل أحد طرفي العقد.<sup>4</sup>

. ظهور وقائع مادية خارجة عن إرادة الاطراف المتعاقدة تحول دون السير الحسن لعملية التنفيذ وتجعله أكثر كلفة.

<sup>1</sup>- حيمر شعيب، المرجع السابق، ص 78.

<sup>2</sup>- بن علو حاج عبد القادر، المرجع السابق، ص 83.

<sup>3</sup>- محمد بوناب، المرجع السابق، ص ص 72 - 73.

<sup>4</sup>- دوق رتيبة، المرجع السابق، ص 47.

ثالثا: التعويض عن اساس الظروف الطارئة

يكون للمتعاقل متعاقد الحق في التعويض بسبب حدث طارئ وأن تشاركه الإدارة في تحمل نصيب من الخسارة من أجل إعادة التوازن المالي للصفقة كلما كان:

. وقوع حوادث استثنائية غير متوقعة أثناء التنفيذ.

. الحادث الطارئ أدى إلى خسائر مألوفة تقلب الوضع الاقتصادي للمتعاقل للمتعاقد.<sup>1</sup>

. حدوث الظرف الطارئ بعد إبرام العقد ولم يتوقع حدوثه وقت الإبرام

. ان يكون الظرف الطارئ اجنبيا عن العقد.

. ان يؤدي الظرف الطارئ الى اختلال التوازن المالي اخلال خطيراً.<sup>2</sup>

**الفرع الثالث: دعوى الفسخ**

ورد الفسخ في المرسوم الرئيسي رقم 15 - 247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في المواد 149 الى 152.

لقد منح المشرع الجزائري المتعاقل متعاقد حق اللجوء إلى القضاء والمطالبة بفسخ الصفقة العمومية لأسباب جدية،<sup>3</sup> ويتم اللجوء إليه عندما يكون التعويض غير عادل في مواجهة التعديل الذي اقرته المصلحة المتعاقدة، كذلك عند اخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية، ويقترن هذا الفسخ بالتعويض.<sup>4</sup>

وفي حالة إستحالة التنفيذ لموضوع الصفقة خارج عن إرادة الطرفين، وهذا الفسخ يطلق عليه الفسخ بقوه القانون وهو مكفول لطرفي الصفقة.

<sup>1</sup> - غانية مبروك، المرجع السابق، ص 153.

<sup>2</sup> - حاجي ابتسام، المرجع السابق، ص 143.

<sup>3</sup> - بن عيشة عبد الحميد، المرجع السابق، ص 211.

<sup>4</sup> - حاجي ابتسام، المرجع السابق، ص 140

وموازاة مع نفس الإمتياز تملك المصلحة المتعاقدة سلطة فسخ الصفقة العمومية في ظل حدود قانونية معينة،<sup>1</sup> ويسمى الفسخ الإداري، وتقوم به بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة، ويترتب عنه التعويض، أو لارتكاب المتعاقد خطأ جسيماً ويتم استرجاع قيمة التعاقد لتكملة الصفقة الجديدة، وكل هذا من أجل إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها.<sup>2</sup>

ويمكن القيام بالفسخ التعاقد للصفقة العمومية عندما يكون مبرراً بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض.

ومن خلال ما تقدم من نستنتج أن فسخ الصفقة العمومية قد يضمن نوعاً ما عدم تحمل الأعباء المالية من جهة واحدة بين المتعامل المتعاقد المصلحة المتعاقدة التي قد تؤدي إلى إستحالة التنفيذ، وهذا تكريس لمبدأ ضمان التوازن المالي.

---

<sup>1</sup>- بن عيشة عبد الحميد، المرجع السابق، ص 211.

<sup>2</sup>- انظر المادة 152، المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247، المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق، ص 34.

## ملخص الفصل الثاني

نظم المشرع الجزائري منازعات الصفقات العمومية من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والقانون رقم 08 - 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بجملة من القوانين تضمن حقوق المتعاقدين (المتعامل المتعاقد، المصلحة المتعاقدة) والسير الحسن لبرامج التنمية والحفاظ على المال العام.

أوجب المشرع المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة التدرج قانونيا من أجل تسوية منازعات الصفقات العمومية الناجمة عن ضمان التوازن المالي للصفقة العمومية، عن طريق آلية التسوية الودية قبل عرض المنازعات على الجهة القضائية كآلية للتسوية القضائية.

تسوى المنازعات الناجمة عن ضمان التوازن المالي للصفقة العمومية ودياً تدرجاً وجوباً، وذلك عن طريق إزدواجية القواعد القانونية المنظمة لذلك بين المرسوم الرئاسي 15 - 247، الذي أقر على وجوب المصلحة المتعاقدة أن تبحث على حل ودي للمنازعات قبل عرضها على لجان التسوية المستحدثة، (لجنة التسوية على مستوى الوزارة والهيئة العمرانية أو على مستوى الولاية)، المختصة في تسوية منازعات الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الإقتصاديين الجزائريين فقط، أما بالنسبة لمنازعات الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الإقتصاديين الأجانب تسوى عن طريق التحكيم.

أما التسوية التي تتم وفق القانون 08 - 09 السابق الذكر، التي أطلق عليها الطرق البديلة للتسوية الودية عن طريق آلية الصلح، والوساطة، والتحكيم، كل هذا يتم وفق إجراءات قانونية منظمة.

تسوى منازعات الصفقات العمومية الناجمة عن ضمان التوازن المالي للصفقات العمومية عن طريق التسوية القضائية بصفة نهائية، بعد استنفاد سبل التسوية الودية في فض المنازعات، فيلجا المتخاصمين للقضاء الإداري (المحاكم الإدارية أو مجلس الدولة) كاختصاص أصيل في تسوية المنازعات الإدارية، عن طريق رفع دعاوى القضاء الكامل لإعادة التوازن المالي للصفقة المتمثلة في دعوى الحصول على مبالغ مالية، أو دعوى التعويض، أو دعوى الفسخ كما تم شرحه في المتن.

الخدمة  
الآتية

## الختامة

ختاماً لبحثنا الموسوم بضمان التوازن المالي للصفقة العمومية، ومن خلال دراستنا لجوانب الموضوع المتعلقة به، وبالتركيز على المواد المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي رقم 15 . 247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة، إتضح لنا جليا حرص المشرع في الوصول بالصفقة العمومية إلى الأهداف المرجوة والمنشأة من أجلها، بفضل السلطات والإمكانيات المتمتعة بها المصلحة المتعاقدة في الحفاظ على المال العام والسهر على سير المرفق العام بانتظام وإطراد، مع ضمانات تحفز المتعامل من التعاقد وتكفل حقوقه أثناء التنفيذ وبعد الإنتهاء.

تبينت لنا أهمية ضمان التوازن المالي للصفقة العمومية في العلاقة التي تربط طرفي الصفقة، بحيث يسعى المتعامل المتعاقد للحصول على المقابل المالي، في حين المصلحة المتعاقدة تسعى إلى تنفيذ الصفقة، غير أن هذه العلاقة غير متكافئة مما توقع دائما طرفي الصفقة في منازعات قد تؤثر على السير الجيد لموضوع الصفقة وتنفيذه.

تم بفضل الله عزوجل دراسة الموضوع من خلال فصلين تطرقنا فيهما إلى الإطار النظري وآليات فض المنازعات الناجمة عن إعادة التوازن المالي للصفقة العمومية وفق ما يقتضيه موضوع الدراسة، فوقفنا من خلالهما على جملة من النتائج نوردتها كما يلي:

- ✓ سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل الصفقة بصفة إنفرادية ليست مطلقة، بل هي محددة وفق شروط وضوابط لا بد من إحترامها.
- ✓ إقرار قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 15 - 247 بمراجعة الأسعار وتحيينها حماية للمصلحة المتعاقدة وعدم ارهاق المتعامل المتعاقد في تنفيذ الصفقة.
- ✓ نظام مراجعة الأسعار طريقة للحفاظ على التوازن المالي للصفقة طويلة الأمد.
- ✓ يكون السعر محل تعديل خارج الإطار التعاقدى من خلال إمتلاك المصلحة المتعاقدة سلطة التعديل الانفرادي.
- ✓ الملحق يعبر عن رغبة المشرع في منح إمكانية إجراء تعديلات بسيطة جراء الصعوبات في الإنجاز وظهور ظروف إستثنائية المتعلقة بالصفقة أو لمقتضيات المصلحة العامة.

- ✓ الملحق وسيلة وأداة لإعادة التوازن المالي.
- ✓ يستمد التوازن المالي أساسه القانوني من خلال النصوص القانونية التي جاء بها المشرع في قانون الصفقات العمومية، ومن خلال النظريات (نظرية فعل الأمير، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، نظرية الظروف الطارئة) التي أساسهم الفقه والقضاء الإداريين.
- ✓ منازعات الصفقات العمومية تخضع لإجراءات المقررة في قانون الصفقات العمومية وقانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- ✓ تسوى منازعات الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين عن طريق التسوية الودية المقررة في قانون الصفقات العمومية وقانون الإجراءات المدنية والإدارية وعن طريق التسوية القضائية، اما المتعاملين الأجانب يخضع للتسوية وفق قانون الصفقات العمومية الذي اقتصر على التحكيم فقط، وعن طريق التسوية القضائية.
- ✓ أوجب المشرع التدرج في التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية بدأ بوسائل المقرر في قانون الصفقات العمومية، ثم قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- ✓ يؤول إختصاص منازعات الصفقات العمومية للقضاء الإداري وفق المعيار العضوي كأصل عام
- ✓ اللجوء إلى القضاء أهم ضمان لحقوق المتعامل في مواجهة سلطة وامتيازات المصلحة المتعاقدة.

### توصيات:

- ضرورة تعديل نص المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15 - 247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بما يتماشى مع المعيار العضوي المكرس في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- رفع الغموض بالنسبة للمؤسسات ذات الطابع التجاري والصناعي في تحديد جهة القضاء المختص.
- إدراج لجنة للتسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية على مستوى البلدية.

## قائمة المصادر والمراجع

### أولاً: قائمة المصادر

#### أ. القوانين العضوية والأوامر:

- القانون العضوي رقم 98 - 01، المتضمن اختصاصات مجلس الدولة وتنظيم عمله، المؤرخ في 30 ماي 1998، الجريدة الرسمية، عدد 37، الصادرة بتاريخ 01 جوان 1998.
- القانون 08 - 09، المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الصادر بالجريدة الرسمية، عدد 21، الصادرة بتاريخ 23 ابريل سنة 2008.
- القانون رقم 88 - 01، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، المؤرخ في 12/08/1988، الجريدة الرسمية، عدد 02، الصادرة بتاريخ 01/01/1988.
- الأمر رقم 75 - 58، المتضمن القانون المدني، المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، الصادر في الجريدة الرسمية. عدد 78، المؤرخة في 30.09.1975، المعدل والمتمم.
- الأمر رقم 67 - 90، المؤرخ في 17 جوان 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 52، الصادرة بتاريخ 27 جوان 1967.
- المرسوم الرئاسي رقم 02 - 250، المؤرخ في 24 جويلية 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، عدد 52، الصادرة بتاريخ 28 جويلية 2002.
- المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، عدد 52، الصادرة بتاريخ 07 أكتوبر 2010.
- المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247، المؤرخ في المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية، عدد 46، الصادرة بتاريخ 17 أكتوبر 2015.
- المرسوم التنفيذي رقم 82 - 145، المتضمن تنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، المؤرخ في 10 افريل 1982، الجريدة الرسمية، عدد 15، الصادرة بتاريخ 13 افريل 1982.

- المرسوم التنفيذي رقم 91 - 434، المؤرخ في 04 نوفمبر 1991، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، عدد 57، الصادرة بتاريخ 13 نوفمبر 1991.

#### ب - القرارات والاحكام:

- قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، بتاريخ 26 ديسمبر 1989، ملف رقم 65145، قضية (ع ط)، ضد والي ولاية قالمة، المحكمة القضائية الجزائرية، العدد الأول، سنة 1991.

- قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، ملف رقم 99624، المؤرخ في 10 أكتوبر 1993، قضية (د ج) مع رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة، منشور في المجلة القضائية، العدد الأول، 1994.

- قرار صادر عن مجلس قضاء بشار، بتاريخ 20 جانفي 2004، ملف رقم 10605، فهرس 34، قضية (م بوزيان) ضد بلدية كرزاز، قرار غير منشور.

- حكم صادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة، في قضية بلدية فوكا ضد الشركة الجزائرية للكهرباء والغاز، بتاريخ 11 ديسمبر 1964، المنشور في المجلة القضائية.

#### ثانيا: قائمة المراجع

##### أ. باللغة العربية

##### 1. الكتب:

- أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة: محمد عرب مصيلا، طبعة 1996، د د ن، الجزائر، دون سنة نشر.

- النوي خرشي، الصفقات العمومية، (دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2019، ص 384.

- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، مصر، 2005.

- عبد الحميد التواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، منشأة المعارف، مصر، 2005.

- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009.

- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

- عمار عوابدي، القانون الإداري، (الجزء الثاني . النشاط الإداري)، د م ج، الجزائر، 2002.

- مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية مصر 2002.

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

- محمد خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر، عمان، 2001.

## 2. الرسائل والمذكرات

### 1.1. الرسائل

- رحمانى راضية، النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية، أطروحة قدمت لنيل شهادة الدكتوراه ل م د في الحقوق، تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016.

2017.

### 2.2 . المذكرات

#### 1.2.2 . الماجستير

- بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة قدمت لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون دولة ومؤسسات عمومية، كلية الحقوق، بن يوسف بن خدة الجزائر.

- راضية بن مبارك، التعليق على التعليمات 394 - 842، المتعلقة بامتيازات المرافق العمومية المحلية وتأخيرها، مذكرة قدمت لنيل شهادة ماجستير، قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001. 2002.

- عباد صوفيا، المركز القانوني للمتعاقل الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة تخرج قدمت لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون اداري، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، 2011.

- مختار كامل، إبرام الصفقات العمومية ونظام مراقبتها في الجزائر، مذكرة قدمت لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية والتسيير، جامعة الجزائر، 2007 - 2008.

## 2.2.2 . الماسر

- أسامة قويدر زفاف، منازعات ملحق الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة قدمت لنيل شهادة الماسر في الحقوق، تخصص إدارة ومالية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2016 - 2017،

- العمري مزيان وبن كبوية ريم، تنازع الاختصاص في ظل الازدواجية القضائية، مذكرة قدمت لنيل شهادة الماسر في القانون العام، تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد اكلي محند اولحاج البويرة.

- بوسعيد محمود وبلمير عدنان، الإطار القانوني لمعلق الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماسر، تخصص قانون اداري، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة احمد دراية أدرار، 2018 - 2019.

- بوشيرب مليكة، المتعاقل مع الإدارة في الصفقات العمومية، مذكرة قدمت لنيل شهادة الماسر، تخصص قانون الهيئات الإقليمية، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2013 - 2014.

- بوعبد الله نورالدين، سلطة تعديل الصفة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15 - 247، مذكرة تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماسر في الحقوق، تخصص قانون اداري، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لخضر الوادي، 2017 - 2018.

- حيمر شعيب، النظام القانوني لمعلق الصفة العمومية مذكرة قدمت لنيل شهادة الماسر، تخصص دولة ومؤسسات عمومية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2015 - 2016.

- خليفة عقيلة، التسوية الإدارية لمنازعات الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي 15 - 247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مذكرة قدمت لنيل شهادة الماستر في القانون العام، تخصص قانون إداري، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2018 - 2019.
- زائدة سامية، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، قانون عام معمق، كلية الحقوق، ملحقة مغنية، جامعة بلقايد تلمسان، 2015 - 2016.
- سهام بن دعاس، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة قدمت لنيل شهادة الماستر في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة عنابة، 2005.
- طبي إبراهيم، الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص دولة ومؤسسات، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2014 - 2015.
- عمور حكيم، الرقابة على الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة قدمت لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص لقانون الخاص المعمق، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2015 - 2016.
- فرهي حسين، تسوية منازعات الصفقات العمومية في ضوء المرسوم الرئاسي 10 - 236 المعدل والمتمم وقانون 08 - 09، مذكرة قدمت لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص إدارة ومالية، فرع القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة اكلي محند اولحاج البويرة، 2014 - 2015.
- كراكري مسعودة ومش خيرة، ضمانات تنفيذ الصفقات العمومية، مذكرة مكملة لنيل شهادة ماستر أكاديمي، تخصص قانون اداري، شعبة الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2017 - 2018.
- مباركي ربيحة ومنديل ياسمينة، التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية على ضوء المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247، مذكرة قدمت لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الجماعات المحلية، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2015 - 2016.

- محمد الكامل مختاري وعبد الكريم عوار حبيب، المركز القانوني للمتعاقل المتعاقل في عقود الصفقات العمومية، مذكرة قدمت لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون العام للأعمال، قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2017. 2018.

- نادية يوسف، التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية، مذكرة قدمت لنيل شهادة ماستر أكاديمي، تخصص قانون اداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2017 - 2018.

### المقالات

- ابن خليفة سميرة، "الملحق وعامل التوازن الاقتصادي للصفقة العمومية في القانون الجزائري"، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 9، العدد 2، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة طاهري محمد بشار، 2016.

- بن عيشة عبد الحميد، "إشكالات الاختصاص القضائي في مجال الصفقات العمومية"، المجلة الجامعية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 1، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2017.

- بن دعاس سهام، "التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية، مجلة الدراسات القانونية"، العدد 02، جامعة يحي فارس المدينة، 2015.

- تيراورى محمد الامين، "الاختصاص القضائي للفصل في المنازعات الصفقات العمومية الخاضعة للتشريع التجاري"، مجلة دفاتر البحوث العلمية، عدد 11، جامعة الجزائر 1، ديسمبر 2017.

- عطوى حنان، "إشكالات الاختصاص النوعي لمادة الصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، مجلة الافاق العلمية، عدد 02، الهيئة الجامعية الشاذلي بن جديد الطارف، 2019.

- لعجال ياسمين ودوفان ليديّة، "أهلية اشخاص القانون العام في اللجوء الى التحكيم"، (دراسة نقدية لأحكام قانون التحكيم الجزائري)، دفاتر السياسة والقانون، العدد 16، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، جانفي 2017.

- موساوي مليكة، "التحكيم كطريق بديل لحل النزاع في مجال الصفقات العمومية"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، سداسية محكمة، عدد 09، معهد الحقوق، المركز الجامعي تامنغاست، الجزائر، سبتمبر 2015.

### ج . المحاضرات

- خلاف فاتح، محاضرات في قانون الصفقات العمومية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الصديق بن يحي جيجل، 2015. 2016.

### ب - باللغة الاجنبية

- Long(M) weil(p), les grands arret 2le la jurisprudence admunestrative, paris dollez 12<sup>eme</sup> edition 1999.

-Mohamed sabri, Aoudia khaled, Lallam Mohamed , Guide de gestion, des marchées publics, Edition de sahel Algérie, 2000.



# فهرس المحتويات

## فهرس المحتويات

. الآية القرآنية

. الشكر والتقدير

. الاهداءات

. قائمة المختصرات والكلمات المفتاحية

مقدمة.....أ.د

06..... الفصل الأول: الإطار النظري لحق إعادة التوازن المالي للصفقة العمومية

06..... المبحث الأول: سلطة المصلحة المتعاقدة في قبول إعادة التوازن المالي للصفقة العمومية..

07..... المطلب الأول: سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل العقد

07..... الفرع الأول: تعريف سلطة تعديل العقد

09..... الفرع الثاني: محددات وضوابط سلطة التعديل

11..... المطلب الثاني: سلطة المصلحة المتعاقدة في مراجعة الأسعار وتحيينها

11..... الفرع الأول: مراجعة الأسعار

14..... الفرع الثاني: تحيين الأسعار

المطلب الثالث: سلطة المصلحة المتعاقدة في استعمال الملحق لضمان التوازن المالي للصفقة

17..... العمومية

17..... الفرع الأول: تعريف ملحق الصفقة

19..... الفرع الثاني: تمييز الملحق عن الصفقة

20..... الفرع الثالث: شروط ابرام ملحق الصفقة العمومية

21..... الفرع الرابع: أنواع ملاحق الصفقة العمومية

المبحث الثاني: الأسس المعتمدة في ضمان التوازن المالي للصفقة العمومية.....	22
المطلب الأول: الأساس القانوني لضمان التوازن المالي للصفقة العمومية.....	23
الفرع الأول: الأساس القانوني لمبدأ التوازن المالي في القوانين السابقة للصفقات العمومية.....	24
الفرع الثاني: الأساس القانوني لمبدأ التوازن المالي في المرسوم الرئاسي رقم 15-247.....	24
المطلب الثاني: الأساس القضائي لضمان التوازن المالي للصفقة العمومية.....	26
الفرع الأول: موقف القضاء الفرنسي.....	26
الفرع الثاني: موقف القضاء الجزائري.....	27
المطلب الثالث: الأساس الفقهي لضمان التوازن المالي للصفقة العمومية.....	27
الفرع الأول: نظرية فعل الأمير.....	28
الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة.....	30
الفرع الثالث: نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة.....	34
خلاصة الفصل الأول.....	38
<u>الفصل الثاني: آليات فض النزاعات الناجمة عن ضمان التوازن المالي للصفقة العمومية....</u>	40
المبحث الأول: آليات التسوية الودية لفض النزاع الناجم عن ضمان التوازن المالي للصفقة العمومية.....	40
المطلب الأول: التسوية الودية للحفاظ على التوازن المالي بالطرق الرضائية.....	42
الفرع الأول: احترام الإدارة للتشريع والتنظيم المعمول به.....	43
الفرع الثاني: إيجاد التوازن في تحمل التكاليف بين الطرفين المتعاقدين.....	43
الفرع الثالث: التوصل الى أسرع انجاز لموضوع الصفقة.....	44
الفرع الرابع: الحصول على تسوية نهائية في وقت أسرع وبأقل تكلفة.....	44

المطلب الثاني: التسوية الودية للحفاظ على التوازن المالي عن طريق لجان التسوية المستحدثة.....	44
الفرع الأول: تشكيلة واختصاصات لجان التسوية المستحدثة .....	45
الفرع الثاني: إجراءات التسوية الودية أمام لجان التسوية المستحدثة .....	47
المطلب الثالث: التسوية الودية للحفاظ على التوازن المالي بالطرق البديلة .....	49
الفرع الأول: الصلح كآلية للتسوية الودية بما يحقق التوازن المالي .....	49
الفرع الثاني: الوساطة كآلية للتسوية الودية بما يحقق التوازن المالي .....	53
الفرع الثالث: التحكيم كآلية للتسوية الودية بما يحقق التوازن المالي.....	57
المبحث الثاني: آلية التسوية القضائية لفض النزاع الناجم عن ضمان التوازن المالي للصفقة العمومية.....	66
المطلب الأول: طبيعة الإختصاص القضائي للمنازعات الناجمة عن إعادة التوازن المالي ....	67
الفرع الثاني: المعيار العضوي كأساس لتحديد طبيعة الاختصاص القضائي.....	68
الفرع الثاني: الاستثناء الوارد على المعيار العضوي كأساس لتحديد طبيعة الاختصاص القضائي .....	69
المطلب الثاني: قواعد توزيع الاختصاص القضاء الإداري في منازعات اختلال التوازن المالي.....	72
الفرع الأول: اختصاص المحاكم الإدارية في منازعات اختلال التوازن المالي.....	73
الفرع الثاني: اختصاص مجلس الدولة في منازعات اختلال التوازن المالي .....	75
المطلب الثالث: الدعاوى الإدارية لضمان التوازن المالي للصفقة .....	75
الفرع الأول: دعوى الحصول على مبالغ مالية .....	76
الفرع الثاني: دعوى التعويض عن الضرر.....	77

78.....	الفرع الثالث: دعوى الفسخ.
80.....	ملخص الفصل الثاني
81.....	الخاتمة
85.....	قائمة المصادر والمراجع.
92.....	الفهرس

## المخلص:

تأسيسا على ما تقدم في دراسة الموضوع، فإن ضمان التوازن المالي نشأ في مواجهة السلطات الواسعة التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في تعديل شروط تنفيذ الصفقة العمومية، وبالرغم من إقرار المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة بمجموعة من السلطات كسلطة تعديل العقد، ومراجعة الأسعار وتحيينها، بالإضافة إلى استعمال الملحق كألية للحفاظ على التوازن المالي، فهذا لا يمنع المتعامل المتعاقد للإستناد على القوانين والنظريات التي أسسها الفقه والقضاء، والذي أخذ بها المشرع الجزائري كأساس يكفل به حقوق الطرفين ( المصلحة المتعاقدة . المتعامل المتعاقد).

إن زيادة التزامات المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة نتيجة تدخلها لتعديل شروط الصفقة، والذي يكون الهدف منه المصلحة العامة وسير المرفق العام بانتظام وإطراد، هذا ما يؤثر على التوازن المالي للصفقة العمومية ، مما يقود كلا الطرفين الى إستعمال مجموعة من الوسائل والأليات للحفاظ على ذلك التوازن التي أقرتها القوانين، قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، سواءاً المتعلقة بألية التسوية الودية التي تكون بطرق سريعة وغير مكلفة ومريحة للوقت، أما في حالة الإنسداد وعدم الوصول إلى الحل بهذه الألية، فإن اللجوء إلى القضاء يعد الوسيلة الثانية (التسوية القضائية) التي يمكن من خلالها إعطاء لكل من الطرفين حقه في الصفقة ومن ثم الحفاظ على ذلكم التوازن.

## Summary:

Based on the above in the study of the subject, the guarantee of financial balance arose in the face of the broad powers enjoyed by the contracting interest in amending the terms of the implementation of the public deal, despite the Algerian legislator's recognition of the contracting interest to a group of authorities as the authority to amend the contract, review and update prices, in addition to using The appendix as a mechanism to maintain financial balance, this does not prevent the contracting customer to rely on the laws and theories based on jurisprudence and the judiciary, which the Algerian legislator took as a basis by which he guarantees the rights of the two parties (the contracting authority - the contracting customer).

An increase in the obligations of the contractor customer with the contracting interest as a result of its intervention to amend the terms of the deal, which is the goal of the public interest and the functioning of the public facility regularly and steadily, this affects the financial balance of the public deal, which leads both parties to use a set of means and mechanisms to maintain that balance that was Approved by laws the law of public procurement and the mandates of the public attachment,

the civil and administrative procedures law, Whether related to the friendly settlement mechanism that is fast, inexpensive and profitable for time, and in the case of blockage and lack of access to the solution with this mechanism, resorting to the judiciary is the second means (judicial settlement) by which each of the two parties can be given their right to the deal and then preserve On that balance.